

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law



Cilt: XIV - Sayı: II - Yıl: Aralık - 2024
Volume: XIV - Issue: II - Year: December - 2024

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW.....

- Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN - Hüseyin Ömer ADAGİDELİ
1960 Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Hukuki ve Siyasi Zemini
Legal and Political Basis of the Republic of Cyprus 1960
- Doç. Dr. Lale Burcu ÖNÜT
İdari Usul ve İdari Yargı Kararları Işığında Uluslararası Koruma Statüsü Başvuruları
International Protection Status Applications within the Framework of Administrative Procedure and Administrative Jurisprudence
- Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU
Antalya Körfezi'nin Tarihi Körfez Statüsüne İlişkin Bir Değerlendirme
An Evaluation of the Historic Bay Status of the Gulf of Antalya
- Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA
Hükümet Sistemlerinin Demokratiklik Görünümü Üzerine Değerlendirme
Evaluation on the Democratic Appearance of Government Systems
- Dr. Öğr. Üyesi İlhan BULUT
Banka Hesaplarının Kullanılması ve Ceza Sorumluluğu
Money Muling and Criminal Liability
- Dr. Öğr. Üyesi Özgür AYDIN
İbn-i Haldun'un Asabiyet Teorisi Temelinde Devletin Göç Planlaması ve Göçmenlerin Hakları İlişkisi
The Relationship between the State's Migration Planning and the Rights of Migrants on the Basis of Ibn-i Haldun's Theory of Asabiyyah
- Dr. Öğr. Üyesi Yağmur TEMİZ GÜL
Çevrenin Ceza Hukukuyla Korunması Kapsamında "Gürültü"
"Noise" within the Scope of Environmental Protection Through Criminal Law
- Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU
Yargı Kararlarında Kullanılan Sinkaflı Sözlerle Hakaret İbaresinin Hakaret Suçu Bağlamında Değerlendirilmesi
The Evaluation of the Expression Insult with Words 'Sinkaflı' in Judicial Decisions on the Crime of Insult

ANTALYA 2024

- Arş. Gör. Dr. **Esra DEMİR BELİN**
Yurt Dışında Yapılan İnşaat, Onarım, Montaj İşleri ile Teknik Hizmet Faaliyetleri İstisnası Düzenlemelerinin Vergilerin Kanuniliği İlkesi Işığında Değerlendirilmesi
Evaluation of the Exemption Regulations for Construction, Repair, Installation Works and Technical Service Activities Abroad in the Light of the Legality Principle of Taxation
- Arş. Gör. Dr. **Efe Can KARABULAT**
Cinsel Suçlarda Davranışın Cinsel Niteliğinin Belirlenmesi ve Cinsel Arzuların Tatmini Amacıyla İşlenen Fiil Sorunu
Determining the Sexual Nature of Conduct in Sexual Crimes and the Problem of Acts Committed with the Purpose of Sexual Gratification
- Dr. **Mahmut GÖKPINAR**
Ceza Muhakemesinin Temel Bir İlkesi Olarak Delillerin Doğrudan Doğruluğu
Immediacy of Evidence as a Fundamental Principle of Criminal Procedure
- Dr. **Tayfur YUMUŞAK**
Uluslararası Hukuk Bakımından Kıbrıs Sorunu: 1959-1960 Andlaşmalarının Hukuki Geçerliliği
The Cyprus Problem in Terms of International Law: Legal Validity of the 1959-1960 Agreements
- Arş. Gör. **Melike ÇOLAKOĞLU KAPLAN**
Kamu Düzeninin Unsuru Olarak "Dirlik ve Esenlik" Perspektifinden Koku Kirliliği Üzerine Değerlendirmeler
Evaluations on Odour Pollution From the Perspective of 'Vibrancy and Well-Being' as Elements of the Public Order
- **Emre DADAŞ** - Dr. Öğr. Üyesi **Dursun ÇELİK**
Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev Alanına Dair Bir Değerlendirme
Subjects That are Outside the Duty of the Public Audit Institution

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

- Dr. Öğr. Üyesi **Serkan KAYA**
İcra-İflâs Hukuku Kapsamında Kripto Varlıkların Kıymet Takdiri
Valuation of Crypto Assets within the Scope of Enforcement and Bankruptcy Law
- Dr. Öğr. Üyesi **Tuğçem SEÇER**
Hacamat Tedavisinden Doğabilecek Olası Tıbbi Kötü Uygulamanın Koşulları
Provisions of Potential Medical Malpractice Arising from Cupping Treatment
- Arş. Gör. Dr. **Bülent Ferat İŞÇİ**
İşçilik Alacaklarının Takası
Set-Off of Labor Claims
- Dr. **Mustafa NALBANT**
Confidentiality, Representation and Evidence in ADR in Employment Disputes in Turkey and the United Kingdom
Gizlilik, Temsil ve Deliller: Türkiye ve Birleşik Krallık'taki İş Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları
- Arş. Gör. **Derviş KOÇ**
Pazarlamacılık Sözleşmesinde Pazarlamacının Borçları
Obligations of the Traveling Salesman in the Traveling Salesman Contract
- Arş. Gör. **Feyza ÇALIK KILAR**
Türk Anonim Şirketler Hukukunda Blok Zinciri Teknolojisi Kullanılarak Genel Kurul Toplantısı Yapılabilir Mi?
Can a General Assembly Meeting be Held Using Blockchain Technology in Turkish Corporate Law?
- **Burak YAKAN** - Prof. Dr. **Murat DOĞAN**
Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi ve Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Aynen İfadan Vazgeçilerek Müspet Zararın İstendiği Hâllerde Sözleşmenin Şerhinin Hukuki Akıbeti
Annotation of the Development Agreement and Legal Consequences in Cases of Waiving Specific Performance and Claiming Compensation for Positive Damages Due to Contractor's Default
- **Zmnako Mohammed SHARI**
Erken İfa
Early Performance

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

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Adına Sahibi

Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK

Sorumlu Müdür ve Editör

Doç. Dr. Ayşe ARAT

Editör Yardımcısı

Arş. Gör. Yakup ÇOKKAŞ

Arş. Gör. Dr. Melih İŞİK

Arş. Gör. Dr. Rahman İRİ

Arş. Gör. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ

İletişim Adresi

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı PK. 10

Dumlupınar Bulvarı 07070 Kampus/ANTALYA

Tel: 0242 227 69 75-76

Faks: 0242 227 69 77

E-posta: hukukdergi@akdeniz.edu.tr

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

Sayfa & Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Mizanpaj

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

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Yayın Yeri | Yılı

ANKARA | Ocak 2025

ISSN

2147-3854

E-ISSN

2979-9325

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

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

Publisher

Akdeniz University Faculty of Law

Representative of the Publisher

Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK

Managing Director and Editor in Chief

Assoc. Prof. Dr. Ayşe ARAT

Vice Editor

Res. Asst. Yakup ÇOKKAŞ

Res. Asst. Dr. Melih İŞİK

Res. Asst. Dr. Rahman İRİ

Res. Asst. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ

Contact Information

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

Phone: 0242 227 69 75-76

Fax: 0242 227 69 77

E-mail: hukukdergi@akdeniz.edu.tr

Website: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

Layout and Cover Design

Emre KIZMAZ

Publisher

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

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Publication Location | Date

ANKARA | December 2025

ISSN

2147-3854

E-ISSN

2979-9325

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

YAYIN KURULU
(Publishing Board)

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM

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

Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN

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

Prof. Dr. Esra CENKÇİ

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Andreas EICKER

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

Prof. Dr. iur. Ulrich M. GASSNER

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

Prof. Dr. Hayri KESER

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

Prof. Dr. Nedim MERİÇ

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

Doç. Dr. Bilge BİNGÖL SCHRIJER

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

Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ

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

Doç. Dr. Loïc LEVOYER

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

Doç. Dr. Karine MICHELET

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

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ

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

Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN

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

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI

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

Dr. Öğr. Üyesi Furkan KARARMAZ

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

DANIŞMA KURULU

(Advisory Board)

Prof. Dr. Şahin AKINCI

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

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

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

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

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

Prof. Dr. Enver BOZKURT

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

Prof. Dr. Arslan KAYA

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

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

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

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

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

Prof. Dr. Aziz TAŞDELEN

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

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAG

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

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

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

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

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

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

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

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

9. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KOYU VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KOYU VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Koyu ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

a.1. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

“GİRİŞ” başlığı kullanıldığı takdirde numaralandırılmamalıdır.

10. Kısaltmalar cetveline ve içindekiler kısmına yer verilmemelidir.

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

a) Kitaba yapılan atıflarda;

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

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

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

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

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

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

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

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

Sonraki atıf: Lattimore, *Iliad*, 24.

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

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

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

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

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

1960 Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Hukuki ve Siyasi Zemini

Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN - Hüseyin Ömer ADAGİDELİ 603

İdari Usul ve İdari Yargı Kararları Işığında Uluslararası Koruma Statüsü Başvuruları

Doç. Dr. Lale Burcu ÖNÜT 635

Antalya Körfezi'nin Tarihi Körfez Statüsüne İlişkin Bir Değerlendirme

Doç. Dr. Uğur BAYILLOĞLU 663

Hükümet Sistemlerinin Demokratiklik Görünümü Üzerine Değerlendirme

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA 695

Banka Hesaplarının Kullanılması ve Ceza Sorumluluğu

Dr. Öğr. Üyesi İlhan BULUT 719

İbn-i Haldun'un Asabiyet Teorisi Temelinde Devletin Göç Planlaması ve Göçmenlerin Hakları İlişkisi

Dr. Öğr. Üyesi Özgür AYDIN 757

Çevrenin Ceza Hukukuyla Korunması Kapsamında "Gürültü"

Dr. Öğr. Üyesi Yağmur TEMİZ GÜL 781

Yargı Kararlarında Kullanılan Sinkaflı Sözlerle Hakaret İbaresinin Hakaret Suçu Bağlamında Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU 831

Yurt Dışında Yapılan İnşaat, Onarım, Montaj İşleri ile Teknik Hizmet Faaliyetleri İstisnası Düzenlemelerinin Vergilerin Kanuniliği İlkesi Işığında Değerlendirilmesi

Arş. Gör. Dr. Esra DEMİR BELİN 859

Cinsel Suçlarda Davranışın Cinsel Niteliğinin Belirlenmesi ve Cinsel Arzuların Tatmini Amacıyla İşlenen Fiil Sorunu

Arş. Gör. Dr. Efe Can KARABULAT 899

Ceza Muhakemesinin Temel Bir İlkesi Olarak Delillerin Doğrudan Doğrualığı

Dr. Mahmut GÖKPINAR 937

Uluslararası Hukuk Bakımından Kıbrıs Sorunu: 1959-1960 Andlaşmalarının Hukuki Geçerliliği	
Dr. Tayfur YUMUŞAK.....	987
Kamu Düzeninin unsuru olarak “Dirlik ve Esenlik” Perspektifinden Koku Kirliliği Üzerine Değerlendirmeler	
Arş. Gör. Melike ÇOLAKOĞLU KAPLAN	1027
Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev Alanına Dair Bir Değerlendirme	
Emre DADAŞ - Dr. Öğr. Üyesi Dursun ÇELİK	1061
ÖZEL HUKUK	
İcra-İflâs Hukuku Kapsamında Kripto Varlıkların Kıymet Takdiri	
Dr. Öğr. Üyesi Serkan KAYA.....	1091
Hacamat Tedavisinden Doğabilecek Olası Tıbbi Kötü Uygulamanın Koşulları	
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçem SEÇER.....	1125
İşçilik Alacaklarının Takası	
Arş. Gör. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ	1169
Confidentiality, Representation and Evidence in ADR in Employment Disputes in Turkey and the United Kingdom	
Dr. Mustafa NALBANT	1205
Pazarlamacılık Sözleşmesinde Pazarlamacının Borçları	
Arş. Gör. Derviş KOÇ	1237
Türk Anonim Şirketler Hukukunda Blok Zinciri Teknolojisi Kullanılarak Genel Kurul Toplantısı Yapılabilir Mi?	
Arş. Gör. Feyza ÇALIK KILAR.....	1269
Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Şerhi ve Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Aynen İfadan Vazgeçilerek Müspet Zararın İstendiği Hâllerde Sözleşmenin Şerhinin Hukuki Akıbeti	
Burak YAKAN - Prof. Dr. Murat DOĞAN.....	1299
Erken İfa	
Zmnako Mohammed SHARI.....	1345

CONTENTS

PUBLIC LAW

Legal and Political Basis of the Republic of Cyprus 1960

Assoc Prof. Dr. Yılmaz YURTSEVEN - Hüseyin Ömer ADAGİDELİ 604

International Protection Status Applications within the Framework of Administrative Procedure and Administrative Jurisprudence

Assoc Prof. Dr. Lale Burcu ÖNÜT 636

An Evaluation of the Historic Bay Status of the Gulf of Antalya

Assoc Prof. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU 664

Evaluation on the Democratic Appearance of Government Systems

Asst. Prof. Dr. Semih Batur KAYA 695

Money Muling and Criminal Liability

Asst. Prof. Dr. İlhan BULUT 720

The Relationship between the State's Migration Planning and the Rights of Migrants on the Basis of Ibn-i Haldun's Theory of Asabiyyah

Asst. Prof. Dr. Özgür AYDIN 758

Çevrenin Ceza Hukukuyla Korunması Kapsamında "Gürültü" "Noise" within the Scope of Environmental Protection Through Criminal Law

Asst. Prof. Dr. Yağmur TEMİZ GÜL 782

The Evaluation of the Expression Insult with Words 'Sinkaflı' in Judicial Decisions on the Crime of Insult

Asst. Prof. Dr. VeySEL Candan CANOĞLU 832

Evaluation of the Exemption Regulations for Construction, Repair, Installation Works and Technical Service Activities Abroad in the Light of the Legality Principle of Taxation

Res. Asst. Dr. Esra DEMİR BELİN 860

Determining the Sexual Nature of Conduct in Sexual Crimes and the Problem of Acts Committed with the Purpose of Sexual Gratification

Res. Asst. Dr. Efe Can KARABULAT 900

Immediacy of Evidence as a Fundamental Principle of Criminal Procedure

Dr. Mahmut GÖKPINAR 937

The Cyprus Problem in Terms of International Law: Legal Validity of the 1959-1960 Agreements	
Dr. Tayfur YUMUŞAK.....	987
Evaluations on Odour Pollution From the Perspective of ‘Vibrancy and Well-Being’ as Elements of the Public Order	
Res. Asst. Melike ÇOLAKOĞLU KAPLAN.....	1028
Subjects That are Outside the Duty of the Public Audit Institution	
Emre DADAŞ - Asst. Prof. Dr. Dursun ÇELİK.....	1062
PRIVATE LAW	
Valuation of Crypto Assets within the Scope of Enforcement and Bankruptcy Law	
Asst. Prof. Dr. Serkan KAYA	1092
Provisions of Potential Medical Malpractice Arising from Cupping Treatment	
Asst. Prof. Dr. Tuğçem SEÇER	1126
Set-Off of Labor Claims	
Res. Asst. Dr. Bülent Ferat İŞÇİ.....	1169
Gizlilik, Temsil ve Deliller: Türkiye ve Birleşik Krallık’taki İş Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları	
Dr. Mustafa NALBANT	1206
Obligations of the Traveling Salesman in the Traveling Salesman Contract	
Res. Asst. Derviş KOÇ.....	1238
Can a General Assembly Meeting be Held Using Blockchain Technology in Turkish Corporate Law?	
Res. Asst. Feyza ÇALIK KILAR.....	1270
Annotation of the Development Agreement and Legal Consequences in Cases of Waiving Specific Performance and Claiming Compensation for Positive Damages Due to Contractor’s Default	
Burak YAKAN - Prof. Dr. Murat DOĞAN.....	1300
Early Performance	
Zmnako Mohammed SHARI.....	1345

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

1960 KIBRIS CUMHURİYETİ'NİN HUKUKİ VE SİYASİ ZEMİNİ^(*)

Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN^(**)
Hüseyin Ömer ADAGİDELİ^(***)

Öz

Kıbrıs, Doğu Akdeniz'de gerek fizikî gerek stratejik konumu itibarıyla tarih boyunca hep cazibe merkezi olmuş bir adadır. 1571'de Osmanlı Devleti adayı o dönem Akdeniz'deki en büyük askeri deniz gücüne sahip olan Venedik'in elinden almıştır. Ada, 1877-1878 Osmanlı Rus Savaşı'nın ardından gelişen olaylar sonrasında İngiltere'nin egemenliği altına girmiştir. 300 yılı aşkın Osmanlı yönetiminde kalan adanın Türk ve Rum halkları barış içinde bir arada yaşamışlardır. Ancak adanın İngiliz egemenliğine girmesiyle bu barış ortamı bozulmuş ve ada günümüze kadar süren bir istikrarsızlığa sürüklenmiştir.

1878'den bu yana Kıbrıs sorunu, halen uluslararası gündemden düşmeyen önemli bir yere sahiptir. Çözumsuzlüğü getiren önemli etkenlerden biri ilgili tarafların çok olmasıdır. Ada halkını oluşturan Türkler ve Rumlar, Türkiye, Yunanistan, İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği ile adaya yakınlıkları sebebiyle Akdeniz'in güney kesiminde yer alan ülkeler Kıbrıs Sorunu ile bağlantılı konumdadır.

II. Dünya Savaşı'nın ardından değişen dünya dengeleri çerçevesinde İngiltere'nin dünya politikası üzerindeki etkinliği azalmıştır. Bu durum İngiltere'nin Kıbrıs üzerindeki egemenliğini de sürdürülebilir olmaktan çıkarmıştır. Adada yaşayan Türk ve Rum halkları arasında şiddete varan çatışmalar, meselenin Birleşmiş Milletler'e taşınmasına yol açmıştır.

Bu makalede II. Dünya Savaşı sonrası Kıbrıs'ın uluslararası bir soruna dönüşmesi sonucunda gerek BM gerek meseleye taraf olan devletlerin Kıbrıs'ta bir statüko oluşturmak için ortaya koydukları politik ve diplomatik çabaların bir sonucu olan Kıbrıs Cumhuriyeti'ni doğuran hukuki ve siyasi gelişmeler ele alınmıştır. Çalışmada, Kıbrıs'ta iki toplumlu ve tek devletli bir yapının ortaya konabilmesi için, soruna taraf olan devletlerin Londra ve Zürih antlaşmaları ile başlattıkları hukuki süreç incelenmiştir. Sürecin sonucunda kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin yapısı, cumhuriyete esas olan anayasanın hukuki ve siyasi açmazları ve bu sürecin başarıları ve başarısızlıkları ortaya konmaya çalışılarak, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin neden sürdürülebilir olamadığı sorusunun cevapları aranmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kıbrıs Sorunu, Self Determinasyon, Londra Antlaşması, Zürih Antlaşması, Kıbrıs Cumhuriyeti, Kıbrıs Anayasası.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 13.09.2024](#) - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 11.10.2024](#)
[DOI No: 10.54704/akdhfd.1549775](#)

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Konyaaltı / Antalya, Türkiye
[E-posta: yyurtseven@akdeniz.edu.tr](#)
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0003-3736-3510](https://orcid.org/0000-0003-3736-3510)

^(***) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Konyaaltı / Antalya, Türkiye
[E-posta: adagideli@akdeniz.edu.tr](#)
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0002-3946-7789](https://orcid.org/0000-0002-3946-7789)



LEGAL AND POLITICAL BASIS OF THE REPUBLIC OF CYPRUS 1960

Abstract

Cyprus has always been a centre of attraction throughout history due to its physical and strategic location in the Eastern Mediterranean. In 1571, the Ottoman Empire took the island from Venice, which had the largest military naval power in the Mediterranean at that time. The island came under the sovereignty of Britain following the events that developed after the Ottoman-Russian War of 1877-1878. For more than 300 years under Ottoman rule, the Turkish and Greek peoples of the island lived together in peace. However, with the entry of the island under British rule, this peaceful environment was disrupted and the island was dragged into an instability that has lasted until today.

Since 1878, the Cyprus problem still occupies an important place on the international agenda. One of the important factors leading to the lack of a solution is the large number of parties involved. The Turkish and Greek Cypriots, Turkey, Greece, the United Kingdom, the United States of America, the European Union and the countries in the southern part of the Mediterranean due to their proximity to the island are connected to the Cyprus Problem.

Within the framework of the changing world balance after World War II, Britain's influence on world politics decreased. This situation has also made Britain's sovereignty over Cyprus unsustainable. Violent conflicts between the Turkish and Greek Cypriots living on the island led to the transfer of the issue to the United Nations.

In this article, the legal and political developments that gave birth to the Republic of Cyprus, which is the result of the political and diplomatic efforts of both the UN and the states party to the issue to create a status quo in Cyprus as a result of the transformation of Cyprus into an international problem after World War II, are discussed. In the study, the legal process initiated by the states party to the problem with the London and Zurich treaties in order to establish a bi-communal and one-state structure in Cyprus is analysed. The structure of the Republic of Cyprus established as a result of the process, the legal and political dilemmas of the constitution of the Republic and the successes and failures of this process are tried to be revealed and answers to the question of why the Republic of Cyprus could not be sustainable are sought.

Keywords

Cyprus Problem, Self Determination, Treaty of London, Treaty of Zurich, Republic of Cyprus, Constitution of Cyprus.

Extended Abstract

Cyprus has always been a centre of attraction throughout history due to its physical and strategic location in the Eastern Mediterranean. Due to this location, all civilisations and authorities established in the Mediterranean basin since ancient times have wanted to dominate this small island. The fact that it is very close to the Anatolian peninsula (70 km) is another reason for the high attraction of the island. In 1571, the Ottoman Empire captured the island from Venice, which had the largest military naval power in the Mediterranean at that time. The island came under the sovereignty of Britain after the events that followed the Ottoman-Russian War of 1877-1878. For more than 300 years under Ottoman rule, the Turkish and Greek peoples of the island lived together in peace. However, with the entry of the island under British rule, this peaceful environment was disrupted and the island was dragged into an instability that has lasted until today.

Since 1878, the Cyprus problem, although still unresolved, has an important place on the international agenda due to the geopolitical position of the island. One of the important factors leading to the lack of a solution is the large number of parties involved. The Turkish and Greek Cypriots, Turkey, Greece, the United Kingdom, the United States of America, the European Union and the countries in the southern part of the Mediterranean due to their proximity to the island are all connected to the Cyprus Problem. As a result of the developments in the period between 1914 and 1960, when the island remained under British rule for a definite period of time, and as a result of the implementation of the policies of the British in every region of the world, which served the non-solution in the island, the Cyprus problem has ceased to be a problem between the two communities and has gained an international dimension. Starting from the 1940s, in our opinion, the aforementioned policies of the UK had a great impact on the violent practices of some Greek Cypriots and armed gangs supported by Greece against the Turkish community. Just as in the Palestinian

issue, Britain implemented policies in Cyprus that pitted communities that had lived together peacefully for centuries against each other and brought the problem to the United Nations, giving it a global dimension.

Within the framework of the changing world balance after World War II, Britain's influence on world politics decreased. This situation also made Britain's sovereignty over Cyprus unsustainable. Violent conflicts between the Turkish and Greek Cypriots living on the island led to the transfer of the issue to the United Nations.

In this article, the legal and political developments that gave birth to the Republic of Cyprus, which is the result of the political and diplomatic efforts of both the UN and the states party to the issue to establish a status quo in Cyprus as a result of the transformation of Cyprus into an international problem after World War II, are discussed.

Many international documents have been concluded in order to establish an independent state in Cyprus or to stabilise the island. Many objections were raised to these documents, sometimes on legal grounds and sometimes for political reasons. These objections and allegations are the claims that the treaties establishing the Republic of Cyprus are either invalid or have expired. The fact that the Cyprus problem is still continuing today, and the existence of two states, one of which is not recognised, which emerged after Turkey's military operation on the island in 1974, has resulted in these claims and objections being voiced on every platform.

In 1955, with the encouragement of the UK, Turkey and Greece came together in London and started negotiations and the 1959-1960 treaties were signed with joint initiatives. The legal validity of all the treaties signed in this process is still important today. In this article, the legality and legitimacy of developments such as whether Greek Cypriots have the right to rule the island alone, the legitimacy of the Cyprus Peace Operation, the establishment of the Turkish Federated State of Cyprus and the Turkish Republic of Northern Cyprus, and the full membership process of Southern Cyprus to the European Union have been evaluated within the framework of the 1959-60 Treaties.

In the study, the legal process initiated by the states parties to the problem with the Treaties of London and Zurich in order to establish a bi-communal and single state structure in Cyprus is analysed. The structure of the Republic of Cyprus established as a result of the process, the legal and political dilemmas of the constitution of the Republic, the successes and failures of this process, and the answers to the question of why the Republic of Cyprus could not be sustainable were sought.

The Basic Document, the Treaty of Alliance and the Treaty of Guarantee, which constitute the basic provisions of the Constitution of the Republic of Cyprus, do not only constitute the constitutional order of the Republic of Cyprus. It also imposes obligations on the parties under international law. Therefore, the violation of the Constitution of the Republic of Cyprus is not only a matter of domestic law, but also a violation of international law. The Constitution

I. GİRİŞ VE TARİHİ ARKA PLAN

Kıbrıs, Doğu Akdeniz'de gerek fizikî gerek stratejik konumu itibarıyla tarih boyunca hep cazibe merkezi olmuş bir adadır. Söz konusu konumu nedeniyle ilk çağlardan beri Akdeniz havzasında kurulan tüm uygarlıklar ve otoriteler bu küçük adaya egemen olmak istemişlerdir. Anadolu yarımadasına çok yakın oluşu (70 km) adanın cazibesinin yüksek oluşunun bir başka nedenidir.

Roma İmparatorluğu'nun M.S. 395 yılında ikiye bölünmesiyle Kıbrıs Doğu Roma (Bizans) egemenliğinde kalmıştır. 1571'de Osmanlı Devleti adayı o dönem Akdeniz'deki en büyük askeri deniz gücüne sahip olan Venedik'in elinden almıştır. Osmanlı egemenliğine girdiğinde Ada'nın nüfusu ağırlıklı olarak Ortodoks Hristiyanlardan oluşmaktaydı. Feodal bir düzen içinde Venedik-Latin baskısı altında yaşayan Kıbrıs halkı, Osmanlı Devleti'nin sunmuş olduğu din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde yüzyıllar boyunca huzur içinde yaşamıştır. Bu durum, Osmanlı Devleti'nin Ada'ya Anadolu'dan Müslüman-Türk aileleri getirip yer-

leştirmesiyle dahi değişmemiş, 1821 Yunan isyanı döneminde yaşanan olaylar dışında, adada asayiş ve huzuru bozacak kayda değer gelişmeler yaşanmamıştır. Hatta yüzyıllar sonra adanın Türk sakinlerine büyük sıkıntılar yaşatacak olan Ortodoks Rum Kilisesi, Osmanlı yönetimi döneminde geniş hak ve yetkilerle donatılarak güçlendirilmiştir. Dolayısıyla Kıbrıs, tarihindeki en istikrarlı dönemini 1571-1878 yılları arasında, Osmanlı egemenliği altında yaşamıştır¹.

XVIII. Yüzyılın başlarından itibaren Osmanlı Devleti'nin dünya politikası içerisinde güç kaybına uğraması, Ada'da yüzyıllardır süren istikrarı da önemli ölçüde etkilemiştir. Sömürgeciliğin etkisiyle dünya zenginlik kaynakları üzerinde söz sahibi olmayan başlayan Avrupalı denizci uluslar, özellikle XIX. Yüzyılın belirleyici faktörü Sanayi Devrimi'nin etkisiyle Osmanlı Devleti'nin stratejik ve ekonomik değeri yüksek bölgelerine göz dikmeye başlamışlardır. Kuşkusuz Kıbrıs adası da stratejik konumu nedeniyle sömürgeci güçlerin iştahını kabartan önemli bir noktadır.

İngiltere, Mısır ve Doğu Akdeniz ile XIX. Yüzyılın başlarından itibaren yakından ilgilenmeye başlamıştır. 1869'da Kızıldeniz'i Akdeniz'e bağlayan Süveyş Kanalı'nın açılması, Doğu Akdeniz'in stratejik önemini daha da artırmıştır. Hindistan başta olmak üzere ünlü "İmparatorluk Yolu"nu güvence altına almak isteyen İngiltere için Kıbrıs hem Kanal'ın güvenliğini sağlamak hem ortaya çıkabilecek tehditleri kısa sürede savuşturmak için adeta doğal bir askeri üs konumundadır. 1877-1878 Osmanlı-Rus Savaşı ve Ayastefanos Antlaşması ile ortaya çıkan yeni ve kritik statü, İngiltere için Doğu çıkarlarına yönelik ciddi bir tehdit olarak görülmüştür. Artan Rus yayılcılığı ve baskısına karşı İngiltere, Doğu Akdeniz'de daha aktif bir politika izlemeye çalışmıştır. İngiliz İmparatorluğu için bu politikanın önemli ayaklarından belki de birincisi Kıbrıs'ı egemenliği altına almak olmuştur².

1878, İngiltere'nin Osmanlı Devleti'ne karşı uzun süredir izlediği politikada önemli bir dönüm noktasıdır. 1878'den itibaren İngiltere, Osmanlı Devleti'nin toprak bütünlüğünü koruma politikasını terk etmiştir. İngiltere'nin yeni politikası, gücü tükenmiş Osmanlı Devleti'ni yıkarak bu topraklar üzerinde kendisine bağlı koloniler kurmak ya da doğrudan yerleşmek yönündedir. Ancak İngiltere'nin yeni politikasını hayata geçirmesinin önündeki en büyük engel, Rusya'nın Balkanlar ve Kafkasya'dan başlayarak Doğu Anadolu'da etkin bir güç haline gelmesidir. Bölgedeki Rus yayılcılığı İngiltere için İmparatorluk yolu üzerinde önemli bir tehdit olarak görülmüştür. Bu çerçevede çıkarları birleşen İngiltere ve Avusturya, Ayastefanos Antlaşması'nın değiştirilmesi için Rusya'ya baskı yapmışlar, bunda da başarılı olmuşlardır. Osmanlı Devleti ile Rusya arasında yapılan Berlin Antlaşması bu başarının bir sonucu olup, aynı zamanda İngiltere'nin Kıbrıs'ı alma-

¹ Gül Akyılmaz, *Siyasi Tarih*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022) s. 314-315.

² Rifat Uçarol, *Siyasi Tarih (1789-1994)*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995) s. 347.

sının anahtarı olmuştur. İngiltere Berlin Antlaşması'nda Rusya'ya karşı Osmanlı Devleti'ni destekleme sözüne karşılık Kıbrıs'ın kendisine kiralanmasını istemiştir³. Kuşkusuz buradaki kiralamadan kasıt Kıbrıs'ın bir daha dönmek üzere Osmanlı Devleti'nden koparılmasıdır.

İngiltere'nin Kıbrıs'a ilişkin talebine Osmanlı yönetiminin kuşku ile yaklaşması, İngiltere'nin Osmanlı Devleti üzerindeki baskılarını tehdit boyutuna vardırması-na yol açmıştır. İngiltere, eğer Kıbrıs kendilerine verilmez ise Berlin Kongresi'nin toplanmasına engel olunacağı, kongre toplansa bile bu koşullarda İngiltere'nin Osmanlı Devleti aleyhine çalışacağı ve hatta Kıbrıs'ın işgal edileceği konusunda tehditlerde bulunmuştur. Yapılan tehditler sonuç vermiş ve Kıbrıs'ın İngiltere'ye bırakılmasına ilişkin antlaşma 4 Haziran 1878'de imzalanmıştır. Böylece Kıbrıs 307 yıllık Osmanlı-Türk egemenliğinden çıkmıştır. I. Dünya Savaşı patlak verdiğinde Osmanlı Devleti'nin Üçlü İttifak (Almanya, Avusturya-Macaristan, Osmanlı İmparatorluğu) bloğunda yer alması sonucunda İngiltere 5 Kasım 1914'te Kıbrıs'ı ilhak ettiğini açıklamıştır⁴. I. Dünya Savaşı henüz bitmeden, 3 Mart 1918'de imzalanan Brest-Litovsk Antlaşmasıyla Rusya, Kars, Ardahan ve Batum'u Osmanlı Devleti'ne geri vermiştir. Söz konusu gelişmelere bağlı olarak, Osmanlı Devleti ile İngiltere arasında imzalanan 1 Temmuz 1878 tarihli ek anlaşmanın 6. maddesine göre, İngiltere'nin Kıbrıs'ı Türkiye'ye iade etmesi gerekirken olaylar bu yönde gelişmemiştir. Yeni Türk Hükümeti, 24 Temmuz 1923 Lozan Antlaşması'yla Kıbrıs'ın İngiltere tarafından ilhakını kabul etmek zorunda kalmıştır⁵. 1878 ile başlayan süreç, adada yaşayan özellikle Türk toplumu için günümüze kadar uzayan bir kaotik belirsizlik olarak devam etmektedir.

1914'te Kıbrıs'ın İngiltere tarafından ilhakı, aslında 1878'den beri süregelen adı konulmamış sömürge yönetiminin resmiyet kazanmasıdır. Bu ilhak, İngiltere'ye Doğu Akdeniz'e egemen olma imkanını sağlamıştır. Ada, Süveyş Kanalı ve dolayısıyla İmparatorluk Yolu'nun güvenliği için çok önemli bir role sahiptir. Buna ek olarak Kıbrıs, Ortadoğu'da İngiltere ve müttefikleri tarafından yapılacak muhtemel operasyonlar için çok önemli bir ikmal merkezidir. 1914'ten itibaren İngiltere'nin Kıbrıs'ta uyguladığı politikalar, adada yaşayan Türk ve Rum nüfusun azalmasına yol açmıştır. Ancak bu azalma Türk nüfus üzerinde daha belirgin olmuştur. Türklere yönelik yürütülen sert politikaların yanında Rumlara karşı daha hoşgörülü bir politika izlenmesi adanın demografik yapısında Türkler aleyhine bozucu etkiler doğurmuştur⁶. İngiltere, sömürcülüğe başladığı dönemlerden bugüne, işgal ettiği tüm ülkelerde yaptığı gibi, kalıcı sorunlar bırakma geleneğini Kıbrıs'ta da devam ettirmiştir.

³ Oral Sander, *Siyasi Tarih İlkçağlardan - 1918'e*, (Ankara: İmge Yayınevi 1989), s. 221-222.

⁴ Akyılmaz, *Siyasi Tarih*, 317, 319.

⁵ Müge Vatansver, "Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, Özel Sayı, (2012), s. 1495.

⁶ Erol Manisalı, *Dünden Bugüne Kıbrıs*, (İstanbul: Gündoğan Yayınları, 2000), s. 19.

I. Dünya Savaşı'nın sona ermesinin ardından dünya siyaseti ve uluslararası hukuk alanında çok önemli değişiklikler yaşanmıştır. Savaşın etkileri XXI. Yüzyılın ilk çeyreğinin sonlarına geldiğimiz günümüzde bile hala tartışılmaktadır. Savaş uluslararası dengeleri öylesine alt üst etmiştir ki Osmanlı İmparatorluğu, Rus Çarlığı ve Avusturya Macaristan İmparatorluğu gibi üç yaşlı imparatorluk tarihe karışmıştır. Başta İngiltere olmak üzere Avrupalı kolonyalist güçlerin sömürgeleri üzerindeki etkinliği zayıflamaya başlamış, birçoğu da bağımsızlık kazanmıştır. Yalnızca Osmanlı Devleti'nin toprakları üzerinde birçok devlet kurulmuştur. Bunlarla birlikte I. Dünya Savaşı, Avrupa'da 1648 Westphalia Antlaşmaları ve 1815 Viyana düzenlemeleri ile ortaya çıkan statüyü de alt üst etmiştir. 1776'da İngiltere'den bağımsızlık kazanan Amerika Birleşik Devletleri, ilk kez dünya siyasetinde etkin rol oynayan bir aktöre dönüşmüştür.

Birinci Dünya Savaşı, aynı zamanda adeta "barışa son veren barışların yapıldığı" bir savaş olmuştur. Savaş sonrası parçalanan ülkelerin demografik yapıları ve siyasal, toplumsal, kültürel farklılıkları dikkate alınmadan, yalnızca emperyalist galiplerin çıkarları doğrultusunda çizilen haritalar, günümüze kadar uzanan kronikleşmiş sorunları miras bırakmıştır. Afrika kıtasından Orta Doğu'ya, Uzak Asya'dan Orta ve Güney Amerika'ya kadar birçok bölge günümüzde bu sorunlarla boğuşmaktadır. Kuşkusuz bu sorunlu bölgelerden biri de Kıbrıs'tır.

Bu makalede genel olarak Kıbrıs sorununu ele almaktan öte, 1960 yılında kurulan, adadaki Türk ve Rum toplumlarının birlikte, aynı devlet çatısı altında yaşamasını esas alan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kuruluşu incelenmeye çalışılmıştır. Bu yapılırken, I. Dünya Savaşı sonrası İngiliz egemenliğindeki Kıbrıs'ın genel durumu, adadaki halkların içinde buldukları süreç içerisinde karşılıklı tutumları, İngiltere'nin adadaki yönetim tarzı ve ortaya çıkan siyasi ve hukuki sorunlar inceleme konusu olmuştur. Ayrıca II. Dünya Savaşı'nın ardından kurulan Birleşmiş Milletler Örgütü'nün Kıbrıs Sorunu'na yönelik çabaları, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kuruluşuna etki eden hukuki ve siyasi gelişmeler, uluslararası hukuk düzenlemeleri ve antlaşmalar değerlendirmeye esas alınmıştır.

1878'den bu yana Kıbrıs sorunu, halen çözülememekle birlikte adanın jeopolitik konumu sebebiyle uluslararası gündemden düşmeyen önemli bir yere sahiptir. Çözumsuzluğu getiren önemli etkenlerden biri ilgili tarafların çok olmasından kaynaklanmaktadır. Ada halkını oluşturan Türkler ve Rumlar, Türkiye, Yunanistan, İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği ile adaya yakınlıkları sebebiyle Akdeniz'in güney kesiminde yer alan ülkeler Kıbrıs Sorunu ile bağlantılı konumdadır⁷. Adanın kesin olarak İngiliz egemenliğinde kaldığı 1914-1960 arası dönemde yaşanan gelişmeler, İngilizlerin dünyanın her bölgesinde uyguladıkları çözumsuzlüğe hizmet eden politikalarını Ada'da da uygula-

⁷ Vatansaver, "Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi", 1487.

maları sonucunda, Kıbrıs sorunu iki toplum arasında yaşanan sorunlar olmaktan çıkmış, uluslararası bir boyut kazanmıştır. 1940 yıllardan başlayarak adadaki kimi Rumların ve Yunanistan destekli silahlı çetelerin Türk toplumuna karşı başlattıkları şiddet uygulamalarının yaşanmasında kanaatimizce İngiltere'nin sözü-nü ettiğimiz politikalarının etkisi büyüktür. Tıpkı Filistin meselesinde olduğu gibi İngiltere, Kıbrıs'ta da yüzyıllardır barış içinde bir arada yaşayan toplumlari birbirine düşürecek politikalar uygulamış ve meselenin Birleşmiş Milletler'e taşınmasına neden olarak soruna küresel bir boyut kazandırmıştır.

1914-1960 yılları arasındaki İngiliz egemenliği döneminde adadaki Türk toplumu kendi yaşayış biçimini Osmanlı Devleti'nden devraldığı şekliyle sürdürmeye çalışmıştır. Bu yıllarda Türkler, özel hukuk kapsamına giren şahsın hukuku, aile hukuku, miras hukuku ve vakıflar hukuku gibi alanlarda Şer'î hukuk temelli Osmanlı Hukukunu günlük hayatlarında uygulamaya devam etmişlerdir. Yine sosyolojik olarak Osmanlı yönetim kültürünün devrettiği miras ile başta Rumlar olmak üzere adada yaşayan diğer toplumların haklarına riayet etmeye çalışmışlardır. Kaldı ki eldeki bulgular bu bilgileri doğrular niteliktedir. Adada şiddeti başlatan Türk toplumu olmamıştır.

Adada süregiden şiddet ve kaotik durum karşısında İngiltere, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 73. maddesi kapsamında adadan çekilmek mecburiyetinde kalmıştır⁸. Ancak İngiltere'nin 1878'den itibaren uyguladığı politikalar Kıbrıs'ın uluslararası bir sorun olarak dünya gündemine oturmasını sağlamıştır. İlerleyen başlıklarda inceleme konumuz olan tarihi gelişmeler, sorunun tarafları olan Türkiye, İngiltere, Yunanistan ve ada toplumunu oluşturan Türk ve Rumları, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kuruluşuna yönlendirmiştir⁹. Ancak Kıbrıs Cumhuriyeti, Rum toplumunun ve dolayısıyla Yunanistan'ın Enosis hedefine ulaşma hayalinden vazgeçmemesi ve ülke bütünlüğüne zarar veren şiddet eylemleri neticesinde 1963 yılında fiilen ortadan kalkmıştır¹⁰. 1963'ten Türkiye'nin Ada'ya çıkarma yaptığı 1974 "Kıbrıs Barış Harekâtı"na kadar Türk toplumuna karşı uygulanan şiddet olayları katlanarak sürmüştür.

II. TÜRKİYE, İGİLTERE VE YUNANİSTAN'I ADADA TEK DEVLET KURULMASINA YÖNLENDİREN GELİŞMELER

İkinci Dünya savaşının ardından imzalanan 1947 Paris Antlaşmasıyla Balkan Savaşları öncesinde Türk egemenliğinde bulunan On İki Ada ve Meis Yunanistan'a bırakılmıştır. Ancak bu devir yapılırken Yunanistan'ın söz konu-

⁸ İzzettin Doğan, "Kıbrıs Sorununun Milletlerarası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 4, S. 3-4, (1975), s. 168-170. (163-193).

⁹ Yavuz Güler, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Kuruluşuna Kadar Kıbrıs Meselesi", *G.Ü. Kırsehir Eğitim Fakültesi Dergisi*, 5, S. 1, (2004), s. 105-106 (101-112).

¹⁰ Ergenekon Savrun/Melih Tinal, "Soğuk Savaş Döneminde İngiltere ve Türkiye'nin Kıbrıs Politikaları (1955-1964)". *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, 17, S. 34 (2017), s. 349 (349-371).

su adaları silahlandırmayacağı şartı öngörülmüştür¹¹. Elbette dönemin Türk Hükümeti'nin adalar üzerinde haklı beklentileri olsa da savaş sonrası dönemin konjonktürel yapısı ve henüz filizlenmekte olan “Soğuk Savaş” sürecinin yarattığı ortam Türkiye'nin dış politik tercihlerinde ciddi baskı unsurları olmuştur.

Ege'de bir kısım adaların Yunanistan'a bırakılması, savaş sonrası İngiltere'nin Kıbrıs üzerindeki egemenliğinin farklı bir boyuta taşınmış olması ile de ilgilidir. 1956'da Mısır devlet başkanı General Cemal Abdünnasır'ın Süveyş Kanalı'nı millileştirmesi, Ortadoğu'da yaşanan bunalımlara bir yenisini eklemiştir. Nasır'ın kanalı millileştirme kararı, kanal şirketinin ortakları olan İngiltere ve Fransa'yı kızdırmıştır. İngiltere ve Fransa'nın İsrail'in de katılımıyla Mısır'a askeri müdahalede bulunmalarına, BM'de Amerika Birleşik Devletleri ve Sovyetler Birliği'nin karşı cephe almasıyla, İngiltere ve Fransa ateşkes ilan ederek geri çekilmek zorunda kalmışlardır. Mısır ve dolayısıyla Nasır, kanal üzerindeki egemenliğini böylece garanti altına almıştır. Ancak bu gelişme İngiltere'nin başta Orta Doğu olmak üzere dünya siyasetinde ciddi prestij kaybına neden olduğu gibi etkinliğini de zafiyete uğratmıştır¹².

İngiltere, 1957 Eisenhower Doktrini¹³ ile bölgedeki çıkarlarını Amerika Birleşik Devletleri'ne devretmek zorunda kalmıştır. Artık İngiltere adadaki askeri üsleri ile yetinmek durumunda kalacaktır. İngiltere'nin 1957 yılında aldığı, uluslararası alandaki askeri yükünü azaltmaya gitme yolundaki karar, Kıbrıs'a karşı yaklaşımını da yeniden gözden geçirmesini gerektirmiştir. Kıbrıslı Rumlar tarafından kurulan ve “Kıbrıslıların Millî Mücadele Örgütü” (Ethniki Organosis Kypriou Agonisto) ismini taşıyan EOKA'nın eylemlerinin kabul edilebilir düzeyi aşması İngiltere için adadaki egemenliğin sürdürülebilirliğini sorunlu hale getirmiştir. Bu bağlamda İngiltere, tüm adada egemenliğini sürdürebilmek yerine askeri üs olarak kullanabileceği yerlerin egemenliğini yeterli gören bir politika izlemeyi tercih etmiştir. Bu politikadan hareketle İngiltere, 1958 yılında Kıbrıs'ta yeni ve bağımsız bir devlet kurulması ve Türkiye ile Yunanistan'ın da kuruluş aşamasında söz sahibi olması gerektiği düşüncesini benimsemeye başladı. Self-determinasyon yoluyla Enosis hedefine ulaşamayacağını anlayan Yunanistan ise adada var olan Türklere yönelik saldırgan tavrın devamının Yunanistan'ı Türkiye ile karşı karşıya getirdiğinin farkındaydı. Bunun bir sonucu olarak Türkiye ile savaşmak zorunda kalmaktan çekinmesi nedeniyle adada bağımsız tek bir devlet fikrini kabul etti. İngiltere'nin yeni politikasına karşı Türkiye, adanın bölünerek

¹¹ Fuat İnce, “Lozan Barış Antlaşması ve Ege Adaları”, *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, S. 53 (Lozan Antlaşması Özel Sayısı) (2013), s. 101 (101-128); Yaşar Baytal, “Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kuruluşu, Türklerin Ada'daki Durumu ve Rum Tedhiş Faaliyetlerinin Sonuçları”, *Avrasya Uluslararası Araştırma Dergisi*, 11, S. 35 (2023), s. 952 (950-974).

¹² Oral Sander, “*Siyasi Tarih 1918-1994*”, (Ankara: İmge Kitabevi, 1998), s. 270-274; Fahir Armaoğlu, *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi Cilt 1 1914-1980*, (Ankara: İş Bankası Kültür Yayınları, 1991), s. 492-501); Güler, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Kuruluşuna Kadar Kıbrıs Meselesi”, 105.

¹³ Eisenhower Doktrini için bkz. Fahir Armaoğlu, *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi Cilt 1 1914-1980*, (Ankara: İş Bankası Kültür Yayınları, 1991), s. 501-504.

iki farklı devlet oluşturulması yönündeki temel düşüncesinden ayrılmak durumunda kaldı. Türkiye için bu politika değişikliğinin nedenleri; İngiltere tarafından sorunun çözümünde paydaş olarak kabul edilmesi, ekonomik olarak ülkenin sıkışık bir süreçten geçiyor oluşu ve Irak yönetiminde yaşanan kriz sonucunda Bağdat Paketi'nin yara alması olarak gösterilmektedir¹⁴.

Yaşanan bu gelişmelerin ardından, 1955 yılında İngiltere'nin teşvikleriyle Türkiye ve Yunanistan Londra'da bir araya gelerek görüşmelere başlamış ve ortak girişimlerle 1959-1960 antlaşmalarına imza atılmıştır. Bu süreçte imzalanan antlaşmaların tümünün hukuki geçerliliği günümüzde halen önem arz etmektedir. Kıbrıslı Rumların tek başına adayı yönetme hakkının var olup olmadığı, Kıbrıs Barış Harekati'nin meşruluğu, Kıbrıs Türk Federe Devleti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin kuruluşu, Güney Kıbrıs'ın Avrupa Birliği'ne tam üyelik süreci gibi gelişmelerin hukukiliği ve meşruiyeti 1959-60 Antlaşmaları çerçevesinde değerlendirilmek durumundadır¹⁵.

1959-60 antlaşmalarıyla kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin uluslararası uzlaşıyla kurulmuş devlet şeklinde değerlendirilmesi dikkat çekici bir durumdur. Kıbrıs'ta yaşayan Türkler ve Rumlar Kuruluş, Garanti ve İttifak Antlaşmalarıyla self determinasyon haklarının sınırlandırılmasını kabul etmiş ve iki toplumun ortak söz sahibi olduğu devlet yapısını kurulmasını onaylamışlardır¹⁶.

Normal koşullarda bir halkın self determinasyon hakkının sınırlandırılması, halkın kendi geleceğini tayin hakkına getirilen bir kısıtlama doğurmaktadır. Ancak birbirinden farklı etnik köken ve kültürel olgular taşıyan toplumlarda kendi kaderini tayin hakkının sınırlandırılması, aslında o toplumu oluşturan farklı katmanların haklarını güvence altına alan sonuçlar doğurmaktadır. Bu noktada, adadaki Türk ve Rum halklarının gerek uluslararası etkiler gerek kendi iradelerinin sonucu olarak self determinasyon hakkına getirilen bu sınırlamalar, adada sağlanan barış ortamı sayesinde her toplumun kendi kararlarını daha güvenli bir şekilde alma ve uygulama hakkına sahip olması amaçlanmıştır¹⁷. Günümüzde dünyanın birçok bölgesindeki heterojen yapılar gösteren toplumlarda self determinasyon hakkının kimi zaman uluslararası etkilerle kimi zaman da ülkenin kendi iç dinamikleri çerçevesinde kısıtlandığı bir gerçektir. Özellikle Ortadoğu, Balkanlar ve Kafkasya bölgesi bu tür sorunların sıkça yaşandığı bölgelerdir.

¹⁴ Kudret Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 2009), s. 7-8; Şevki Kırılıp, "Kıbrıs Cumhuriyeti'nde Etnik Uyuşmazlık ve Türkiye'nin Kıbrıs Politikası: Anayasa Krizi, Şiddet ve Uluslararası Siyaset (1960-1963)", *Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi (CTAD)*, S. 37 (Bahar 2023), s. 635 (631-665); Hüseyin Bağcı, "Kıbrıs Sorunu", *Türk Dış Politikası 1919-2008 (ed. Haydar Çakmak)* (Ankara: Platin Yayınevi 2008), s. 523 (521-530).

¹⁵ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 5.

¹⁶ Füsün Arsava, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 51, S. 1 (1996), s. 43-44 (43-51).

¹⁷ Arsava, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", 45; Sönmezoğlu, "Kıbrıs ve Birleşmiş Milletler", 232.

III. KIBRIS CUMHURİYETİNİ KURAN ANTLAŞMALAR

Kıbrıs Cumhuriyeti bir halk devrimi, bağımsızlık savaşı ya da bağımsız bir devletten ayrılan bir bölgenin yeni bir devlet kurması şeklinde ortaya çıkmış değildir. Kıbrıs, Doğu Akdeniz’de yüzyıllar boyunca Osmanlı Devleti’nin egemenliğinde kalmıştır. 1878’den sonra adı konmamış bir İngiliz sömürgesine dönüşmüş olan Ada, I. Dünya Savaşı başında bir oldu bitti ile tamamen İngiliz egemenliğine geçmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi Ada, 1878 yılında Osmanlı egemenliğinden çıkmasından bu yana huzur bulamamış, giderek kronikleşen uluslararası bir soruna dönüşmüştür. Ada üzerinde yaşayan Türk halkına yönelik olarak diğer ada sakinleri olan Rum halkının Türkleri yok sayma ve adayı Helenleştirme politikalarına hizmet eden şiddet sarmalı, II. Dünya Savaşı sonrasında büyük değişim yaşayan dünya dengeleri içerisinde ilgili devletleri soruna kayıtsız kalmamaya zorlamıştır. Bu gelişmeler içinde ada ile ilgisi olan üç devlet; İngiltere, Türkiye ve Yunanistan arasında gerçekleşen bir dizi görüşmeler sonucunda ortaya çıkan antlaşmalar, Kıbrıs’ta bağımsız bir devlet kurulmasına giden yolun -deyim yerindeyse- taşlarını döşemiştir.

A. 11 ŞUBAT 1959 ZÜRİH ANTLAŞMASI

Kıbrıs sorununun çözümü için Türkiye Cumhuriyeti dışişleri bakanı Fatin Rüştü ZORLU ile Yunan mevkîdaşı Evangelos Averoff arasında 1958-59 yılları arasında bir takım diplomatik görüşmeler yapılmıştır. Görüşmeler ilk kez 4 Aralık 1958’de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na bağlı Siyasi Komite’de İran Tasarısı’nın kabulünün hemen ardından gerçekleştirilmiştir. Yunanistan İran Tasarısı’ndan memnun değildi. Bu memnuniyetsizlik karşılıklı üstü kapalı uzlaşmalar sonucunda İran Tasarısı’nın düşürülmesi ve Meksika tasarısının kabulü ile yumuşadı. Söz konusu görüşmelerin ardından, 5-11 Şubat 1959’da iki ülke başbakanları Menderes ve Karamanlis, dışişleri bakanları nezdinde yapılan görüşmeler çerçevesinde alınan kararları İsviçre’de Zürih Antlaşması olarak sonuçlandırmışlardır¹⁸.

Zürih görüşmelerinde üç farklı antlaşmaya imza atılmıştır. Bunlar; yeni kurulacak Kıbrıs Cumhuriyeti’nin temel yapısını oluşturan belge, Garanti Antlaşması ve İttifak Antlaşması’dır. Zürih Antlaşmasının henüz Kıbrıs Cumhuriyeti kurulmadığı için uygulanabilirliği söz konusu değildi. Zürih görüşmeleri sonucunda ortaya çıkan metinlerin işlevsellik kazanabilmesi için halen İngiltere’nin ege-

¹⁸ Fahir Armaoğlu, “Kıbrıs Meselesi 1954-1959 Türk Hükümeti ve Kamuoyunun Davranışları”, (Ankara: SBF Yayınları, 1963), s. 522; Murat Sarıca/Erdoğan Teziç/Özer Eskiyyurt, “Kıbrıs Sorunu”, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, 1975), s. 12-13; Sevin Toluner, “Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk”, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, 1977) s. 71; Faruk Sönmezoğlu, “Kıbrıs Sorunu ve Birleşmiş Milletler: 1954-1975, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, 38, S. 3-4 (1984), s. 235 (223-255); Vatansöver, “Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi”, 1500; Savrun ve Tinal, “Soğuk Savaş Döneminde İngiltere ve Türkiye’nin Kıbrıs Politikaları, 360.

menliği altında olan Kıbrıs Adası'nın bu statüden çıkması gerekliydi ki bu da ancak Londra Antlaşması'ndan sonra mümkün olmuştur. Türkiye ve Yunanistan'ın, İngiltere'nin yetki alanına giren bir konuda bu şekilde antlaşmalar yapması normal koşullarda kabul edilebilir bir uluslararası davranış olarak değerlendirilmemektedir. Ancak İngiltere bu durumu kabullenir gözükmekle kalmamış, Türkiye ve Yunanistan'ı bu konuda teşvik ederek söz konusu görüşmelerin meşruiyet kazanmasına destek olmuştur. Başka bir dikkat çekici konu ise imzalanan Garanti antlaşmasının tarafı olan İngiltere'nin, bu antlaşmada imzasının bulunmaması ve İttifak Antlaşması'nın tarafı kabul edilen Kıbrıs Cumhuriyeti'nin henüz kurulmamış olmasıydı. Bu eksiklerin giderilmesi için Londra Konferansı beklenmektedir¹⁹.

B. 19 ŞUBAT 1959 LONDRA ANTLAŞMALARI

Zürih'te sadece Türkiye ve Yunanistan'ın yetkililerinin bir araya gelerek antlaşmalara imza attıkları, İngiltere'den bir yetkilinin görüşmelerde yer almaması nedeniyle Zürih Antlaşmalarının hukuki geçerliliği hususunda soru işaretlerinin bulunduğu belirtilmişti. Londra'daki görüşmeler biraz da bu eksikliklerin giderilmesi için yapıyordu. İki bakan arasındaki görüşmeler 16-18 Aralık 1958 tarihleri arasında, Paris'teki NATO Bakanlar Konseyi toplantısında da sürdü. Görüşmeler devam ederken Zorlu ve Averoff İngiliz Dışişleri Bakanı Selwyn Lloyd'la da görüşerek, süreç hakkında gelinen noktaya ilişkin olarak kendisini bilgilendirdiler. Türkiye ve Yunanistan arasında gizli olarak yürütülen bu görüşmeler, 1959'un ocak ayı ortalarına kadar sürdürüldü. Görüşmeler iki ülkenin dışişleri bakanları nezdinde 17-21 Ocak 1959 tarihleri Paris'te devam etti. Türk ve Yunan başbakanları süregiden tüm bu görüşmelerin sonucunda ortaya çıkan metinlere son halini vermek amacıyla 5-11 Şubat 1959 tarihleri arasında Zürih'te bir araya geldiler. Sonuç itibariyle Karamanlis ve Menderes, 11 Şubat 1959'da Kıbrıs'ın yakın geleceğini tayin edecek üç antlaşma ve bir de centilmenler anlaşmasını kabul edip parafladılar. Paraflanan Antlaşmalar şunlardır²⁰:

1. Kurulacak yeni devletin temel kuruluş esaslarını içeren ve 27 maddeden oluşan "Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Temel Yapısı" başlıklı adlı belge,
2. İngiltere, Türkiye, Yunanistan ve Kıbrıs Cumhuriyeti arasında yapılması öngörülen bir "Garanti Antlaşması" metni,
3. Türkiye, Yunanistan ve Kıbrıs Cumhuriyeti arasında kurulması öngörülen "İttifak Antlaşması" metni.

Antlaşmaların imzalandığı gün Türk ve Yunan dış işleri bakanları Zorlu ve Averoff Londra'ya gittiler. Zorlu ve Averoff, Londra'da 17-19 Şubat 1959'da toplanan konferansta, üzerinde anlaşılmış olan metinlere ilişkin olarak İngiltere ve

¹⁹ Özarsay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 9-10; Baytal, "Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kuruluşu", 954.

²⁰ Uçarol, 748; Özarsay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 9.

Kıbrıs'taki Türk ve Rum toplum temsilcilerini bilgilendirdiler. Üzerinde uzlaşmış bu üç antlaşma, ilave bazı başka belgelerle 19 Şubat 1959 tarihli Londra Antlaşması'yla aynen kabul edildi²¹.

Londra Antlaşmaları ile kabul edilen belgelerin ayrıntısına girmek konumuz bakımından yararlı olacaktır. Bu nedenle söz konusu belgeler ayrı başlıklar halinde incelenmeye çalışılmıştır.

1. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Temel Yapısı ile İlgili Belge

Londra'da imzalanan belgelerden biri Zürih'te antlaşmaya varılan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Temele Yapısı ile ilgili belgeydi²². Belge, kurulacak Kıbrıs Cumhuriyeti'nin yönetim şeklinin başkanlık sistemi olacağını ve cumhurbaşkanının Rumlardan, cumhurbaşkanı yardımcısının ise Türklerden seçileceğini hükme bağlıyordu²³. Yine söz konusu belge, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin yasama, yürütme ve yargı organları ile resmi dili, bayrağı, belediye sistemi, kamu hizmetlerinin Türk ve Rum halkları arasındaki paylaşımı gibi ülkenin kurumsal yapısıyla ilgili düzenlemeleri içeriyordu. Ayrıca Antlaşma'nın 27. maddesinde bu antlaşmanın Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın temel maddelerini oluşturacağı hükmü yer alıyordu²⁴.

2. Garanti Antlaşması

Zürih'te görüşülen diğer belge ise Türk ve Yunan yetkilileri tarafından imzalanmış olan Garanti Antlaşmasıydı. Bu antlaşma; Türkiye, İngiltere ve Yunanistan'ın, kurulacak olan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsız ve üniter yapısını koruyarak, hukuki varlığının devam ettirilmesinin üç ülke için de ortak çıkar ve hedef olarak belirlemektedir. Antlaşma kapsamında "garantör" olarak nitelenen Türkiye, İngiltere ve Yunanistan, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin ülke bütünlüğü, bağımsızlığı ve anayasasının devamı hususunda yükümlülük altına girmektedir²⁵. Garanti antlaşmasında dikkat çekici ve uluslararası hukuk açısından tartışmalara sebep olan unsur Kıbrıs Cumhuriyeti'ne yönelik de birtakım yükümlülükler içermesidir. Başka devletlerin bir araya gelerek bağımsız bir başka devlete yükümlülükler içeren antlaşmalara imza atıp atamayacağı bu tartışmanın odak noktasını oluşturmaktadır. Antlaşmanın Kıbrıs Cumhuriyeti'ne yüklediği yükümlülükler; bağımsızlık, ülke bütünlüğü ve güvenliği ile oluşturulacak anayasayı tehlikeye sokacak işlem ve eylemlerden uzak durmak ve bu amaca hizmet eden başka bir dev-

²¹ Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 9; Savrun ve Tinal, "Soğuk Savaş Döneminde İngiltere ve Türkiye'nin Kıbrıs Politikaları", 361.

²² Güler, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Kuruluşuna Kadar Kıbrıs Meselesi", 106.

²³ Vatanserver, "Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi", 1502.

²⁴ Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 12-13.

²⁵ Toluner, "Kıbrıs Uyuşmazlığı", 78; Vatanserver, "Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi", 1506; Armaoğlu, *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi*, 533.

letle hiçbir siyasi-ekonomik iş birliğine dahil olmamaktı²⁶. Garanti Antlaşmasıyla ilgili tartışılan diğer bir konu ise antlaşmanın 3. maddesinde yer alan ve garantör devletlere Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bütünlük, güvenlik ve anayasal güvenliğini tehlikeye sokacak bir durum ortaya çıktığında öncelikle diğer garantörlerle birlikte hareket etmeyi deneyip mümkün olmazsa tek başına harekete geçme yetki ve yükümlüğü getiren düzenlemeydi²⁷. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlığının başka ülkeler tarafından garanti edilmesi, tarihte ilk kez rastlanılan bir durum değildir. Örneğin 1919 St. Germain ve 1922 Cenevre antlaşmaları Avusturya'nın bağımsızlığını garanti etmektedir²⁸.

Garanti Antlaşması kendine özgü özelliklere sahip bir antlaşma olarak uluslararası hukuk tarihine etkiler bırakmış bir antlaşmadır. Bu özellikler; Antlaşma'nın objektif statü oluşturması ve süreklilik arz eden bir yapı oluşturmasıdır²⁹:

- *Objektif statü oluşturması:*

Konunun antlaşmalar hukukunun temel kurallarından biri olan *pacta tertiis nec procunt* kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. *Pacta tertiis nec procunt*; bir antlaşmanın ona taraf olmayan ülkeler için herhangi bir hak ve yükümlülük oluşturmayacağı kuralıdır. Kuralın temelinde, devletlerin bağımsızlık ve egemen eşitliği bulunmaktadır. *Pacta tertiis* kuralı, 1969 Viyana Konvansiyonu'nun 34. maddesinde “*Bir antlaşma, rızası olmadan üçüncü bir Devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Kıbrıs Antlaşmalarının, henüz var olmayan Kıbrıs Cumhuriyeti üzerinde hak ve yükümlülük doğuruyor oluşu, antlaşmaların hukuki geçerliliği hususunda en yoğun eleştirilerin gerçekleştiği kısımlardan biridir. Ancak *pacta tertiis* kuralının uluslararası hukukta kabul edilen birtakım istisnaları bulunmaktadır. 1969 Viyana Konvansiyonu da bu istisnalara 35, 36 ve 38. maddelerinde yer vermiştir. Üçüncü devletler için yükümlülük doğuracak nitelikte antlaşma yapamamanın istisnasını düzenleyen 1969 Konvansiyonu madde 5'te; bu istisnayı antlaşmayı imzalayan taraf devletlerin açıkça irade etmiş olmalarına ve üçüncü devletin getirilen yükümlülük yazılı beyanla kabul etmesine bağlamıştır. Konvansiyonu'nun 36. maddesinde ise üçüncü ülkeye hak doğuracak şekilde antlaşma yapabilmek, taraf devletlerin bu yöndeki iradesine ve üçüncü devletin rızasına bağlanmıştır. Ancak üçüncü ülke adına hak doğurma konusunda antlaşmaya taraf olmayan ülkenin yazılı beyanı aranmamış sadece rıza göstermesinin yeterli olacağı öngörülmüştür. 1969 Viyana Konvansiyonunun 38. maddesi, iki veya çok taraflı bir antlaşmanın içerdiği bir kuralın sonradan uluslararası bir teamüle dönmesi halinde artık tüm ülkeler için bağlayıcı hale gelmesi önünde bir engel bulunmadığının

²⁶ Arsava, “Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, 44.

²⁷ Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 15-16; Armaoğlu, *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi*, 533.

²⁸ Arsava, “Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, 46.

²⁹ Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 16-17.

altı çizilmektedir. Bu haliyle 1969 Konvansiyonun 38. Maddesi, 34. Maddede yer alan *pacta tertiis*³⁰ kuralının doğal ve beklenen bir istisnasına yer vermektedir.

Kıbrıs Cumhuriyeti’ni kuran antlaşmaların, antlaşmalara taraf olmayan diğer ülkelerin de saygı göstermek zorunda olduğu *erga omnes*³¹ etkiye sahip antlaşmalar olduğu kabul edilmektedir. Bu durum antlaşmaların tarafları olan devletlerin iradelerinden ve sonradan kurulan devlet olan Kıbrıs Cumhuriyeti’nin kendisine yüklenen hak ve yükümlülükleri kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla Garanti Antlaşması ile güvence altına alınan Kıbrıs Cumhuriyeti’nin bütünlüğü, bağımsızlığı ve hukuki devamlılığına yönelik üçüncü ülkeler tarafından gelecek olası saldırılar da garanti antlaşmasının yüklediği müdahale yetkisine dahil olmaktadır. Diğer devletlerin kurulan bu yeni devlete ve kurucu antlaşmalara karşı çıkmaması, Kıbrıs Cumhuriyeti’nin Birleşmiş Milletlere kabul edilmiş olması ve diğer devletler tarafından tanınmış olması; Garanti Antlaşmasını taraf olmayan devletler açısından Garanti Antlaşması’nı yapılageliş kuralı haline getirmiştir³².

- *Süreklilik arz eden bir antlaşma olması*

Garanti anlaşması belirli bir süre için imzalanmış veya antlaşmaya dahil edilen birtakım şartların gerçekleşmesi ile son bulması kabul edilmiş olmadığından süreklilik arz etmektedir. Bunun yanında antlaşma metni herhangi bir fesih hükmü içermemektedir. Diğer tüm uluslararası antlaşmalarda olduğu gibi tarafların ortak kabulüyle Garanti Antlaşması’na son verilmesi ve taraflara fesih hakkı tanıyan objektif koşulların ortaya çıkacağı durumlar ayrık tutulduğu takdirde taraf iradeleri Garanti Antlaşması’nın sürekli olması yönündedir³³.

1969 Viyana Konvansiyonu’nun 56. maddesinde, sona ermeyle ilgili hüküm barındırmayan antlaşmaların bazı haller saklı kalmak kaydıyla çekilmeye tabi olmadıkları hüküm altına alınmıştır. Sona erme, fesih veya çekilmeyle ilgili hüküm barındırmamakla birlikte; tarafların çekilme niyetlerinin tespit edilebildiği durumlar ile antlaşma, fesih ve antlaşmanın niteliği gereği çekilme hakkı barındırdığı durumlar 1969 Viyana Konvansiyonu’nun 56. maddesinin birinci fıkrasının istisnasını oluşturmaktadır. Kıbrıs Antlaşmalarını ve konu özelinde de Garanti Antlaşması’nı imzalayan devletlerin fesih veya çekilme yönünde iradelerine rastlanmamaktadır. Ayrıca yeni bir devlet kuran antlaşmanın doğası gereği devam-

³⁰ Bir uluslararası hukuk ilkesi olarak “*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*”, bir devlete taraf olmadığı anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin isnat edilememesidir. Ayşe Fusun Arsava, “Uluslararası Hukuk ve BM Teşkilatındaki Değişimler”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 5, S. 115 (2015), s. 116 (115-130).

³¹ Uluslararası hukukta “*erga omnes*” kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Başlar, “Uluslararası Hukukta “*Erga Omnes*” Kavramı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22, S. 2 (2002), s. 75-108.

³² Özersay, “*Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*”, 20.

³³ Özersay, “*Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*”, 20.

lılık iradesiyle imzalandığı meydandır. Ancak tarafların ortak irade beyanlarıyla, antlaşmaları sona erdirmeleri de olağan haklarıdır³⁴.

3. İttifak Antlaşması

Londra konferansında imzalanan antlaşmalardan bir diğeri de İttifak Antlaşması'dır. Türkiye, Yunanistan ve Kıbrıs Cumhuriyeti arasında imzalanan bu antlaşmaya İngiltere taraf olmamıştır. Antlaşma Ada'da barışın korunması ve tarafların güvenliğinin sağlanması yanında, kurulacak Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlık ve ülke bütünlüğünün korunması hususlarını kapsayan iş birliğini hedeflemektedir.

İttifak Antlaşması'na göre;

1. Taraflar ortak savunmaları için iş birliği yapacaklardır. Bu iş birliği taraflara savunma dolayısıyla ortaya çıkabilecek sorunlarda birbirlerine danışma yükümlülüğü getirir.
2. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlığına veya toprak bütünlüğüne karşı doğrudan veya dolaylı yönetilen herhangi bir saldırı karşısında tarafların birlikte karşı koyma yükümlülüğü altındadır.
3. Antlaşma, amaçların belirtildiği ilk maddeyi takiben bu amaçlara ulaşılmasına yönelik Kıbrıs Cumhuriyeti, Türkiye ve Yunanistan askerlerinden oluşan üçlü karargâh kurulması ve kurulacak karargâhın niteliklerini belirlemektedir. Buna göre Yunanistan 950 kişilik, Türkiye 650 kişilik askeri personeli üçlü karargâh çerçevesinde adada bulunduracaktır. Bu askeri personelin esas görevi kurulacak Kıbrıs Cumhuriyeti'nin ordusunun eğitimidir. Üçlü karargâhın yönetimi sırayla Türk, Yunan ve Kıbrıslı bir generalin, her yıl değişmesi suretiyle sağlanacaktır³⁵.

İttifak antlaşmasında tıpkı Garanti Antlaşmasında olduğu gibi sona erme, fesih veya çekilmeyle ilgili bir düzenlemeye gidilmiş değildir. Dolayısıyla garanti antlaşmasının sürekliliği ile ilgili yaptığımız açıklamalar İttifak Antlaşması için de geçerliliğini korumaktadır. Buna ek olarak Temel Yapı Belgesi'nin 21. maddesi doğrultusunda İttifak Antlaşması, yeni kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın 181. maddesi ile anayasa hükmü haline getirilmiştir³⁶. Bu yönüyle Kıbrıs Cumhuriyeti açısından İttifak Antlaşması, kendi anayasasına bağlı kalma

³⁴ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 21.

³⁵ İbrahim Hali Tanık/Nurhan Kılavuz, "İngiliz İdaresinden Sonra Adada Kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti ve 1960-1963 Arası Gelişmeler", *Ekev Akademi Dergisi*, 15, S. 46 (2011), s. 304 (301-314); Arsa-va, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", 47; Vatansver, "Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi", 1507-1508.

³⁶ Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası 181. Madde: "Suretleri Ek I ve II olarak bu Anayasaya eklenmiş bulunan Cumhuriyetin bağımsızlığını, toprak bütünlüğünü ve Anayasasını teminat altına alan ve Cumhuriyet, Yunanistan krallığı, Türkiye Cumhuriyeti ve Büyük Britanya ve Şimalî İrlanda Birleşik Krallığı arasında akdedilen Antlaşma ve Cumhuriyet, Yunanistan Krallığı ve Türkiye Cumhuriyeti arasında akdedilen Askerî İttifak Antlaşması Anayasa hükmünü haizdirler."

yükümlülüğü ile de perçinlenerek, bir devletin ittifak antlaşmalarından ayrılabilceği ile ilgili olan genel kuraldan ayrılmış olmaktadır³⁷.

Londra Konferansında imzalanan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Temel Yapısı ile İlgili Belge, Garanti Antlaşması ve İttifak Antlaşması, takip eden süreçte Lefkoşa'da imzalanacak nihai antlaşmalar öncesi hazırlık metinleri olarak nitelendirilebilir. Kıbrıs Cumhuriyeti, Londra görüşmeleri sırasında henüz kurulmamış olduğundan hukuksal açıdan burada imzalanan metinlerin sonuç antlaşmalara dönüşmesine engel teşkil ediyordu³⁸.

4. Lefkoşa Antlaşmaları

Zürih ve Londra'da gerçekleşen hazırlıklar sonrasında 16.08.1960 tarihinde Lefkoşa'da imzalanan toplam 17 farklı antlaşma ile Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran nihai metinlere ulaşılmıştır. Kıbrıs Cumhuriyeti 16 Ağustos'ta resmen kurulmuş ve Lefkoşa Antlaşmalarına Türkiye, Yunanistan ve İngiltere'nin yanında egemen ve eşit olarak imza atmıştır³⁹.

Lefkoşa Antlaşmalarının, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin katılımıyla imzalanmasının yanında Londra ve Zürih antlaşmalarına getirdiği yenilik Kurucu Antlaşma adı altında yeni bir düzenleme içermesidir. Kurucu Antlaşma Kıbrıs Cumhuriyeti'nin, İngiltere'ye ait üs bölgeleri haricindeki topraklarını belirlemesi açısından önemli bir belgedir. Ayrıca antlaşma taraf ülkelere Kıbrıs Cumhuriyeti'nin güvenliğini sağlama noktasında birlikte çalışma yükümlülüğü getirmektedir⁴⁰.

IV. KIBRIS CUMHURİYETİ ANAYASASI

Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası uluslararası birtakım antlaşmaların sonucunda meydana gelmesinden dolayı önemli bir yapıya sahiptir⁴¹. Anayasanın özellikle temel hükümlerine Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulmasına öncülük eden devletlerin imzaladığı antlaşmalar şekil vermiştir. Bununla birlikte Kıbrıs Cumhuriyeti uluslararası antlaşmalar yoluyla kurulan tarihteki tek örnek değildir⁴². Anayasa'nın 182/1'de yer alan "*Bu Anayasanın, 11 Şubat, 1959 tarihli Zurich Antlaşmasından ithal edilmiş bulunan ve Ek III'ünde gösterilen maddeleri veya maddelerin kısımları, bu Anayasanın Temel Maddeleri olup hiçbir suretle gerek değiştirme gerek ilave veya gerekse kaldırma suretile tadil edilemezler.*" ifadeleri bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

³⁷ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 25.

³⁸ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 29.

³⁹ Yasin Aydoğdu, "Kolejyal Yürütme Uygulamaları 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti ve Uruguay Örneği", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 4, Sy.93 (2014), s. 97 (93-113).

⁴⁰ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 32.

⁴¹ Baytal, "Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kuruluşu", 955.

⁴² Yunanistan, Belçika, Sırbistan, Bulgaristan, Vietnam ve Endonezya da uluslararası antlaşma yönemiyle kurulmuştur.

Görüldüğü üzere Zürih Antlaşmalarından iltibasla Anayasa'nın temel maddeleri olarak belirlenen hükümlere ayrıca hiçbir şekilde değiştirilmez denilerek ayrıcalıklı bir konum tanınmıştır. Buna ilave olarak Türkiye, İngiltere ve Yunanistan arasında imzalanan Garanti Antlaşması ile anayasanın temel maddelerine uluslararası ölçekte bir güvence getirilmiştir. Bu durum Kıbrıs Cumhuriyeti'nin anayasasının değiştirilmesi prosedürünü, sadece kendi iç meselesi olmaktan çıkmış ayrıca kendisi dışındaki devletlerin yapacağı uluslararası antlaşmalara da ihtiyaç duyar hale getirmiştir.

Kıbrıs Cumhuriyeti, kendi iç hukuk düzeninde değişikliğe gidebilmesi farklı devletlerin kararına bağlı olduğu için *yetkileri kısıtlı devlet* olarak vasıflandırılmaktadır. Anayasanın temel hükümlerini sadece kendi iradesiyle değiştirememektedir. Ayrıca Kıbrıs Cumhuriyeti, Garanti Antlaşması'nın getirdiği hüküm nedeniyle başka bir devletle siyasi ve ekonomik birliğe girmesi yasaklanmıştır. Bunun yanında Temel Yapı ile ilgili belgeyle getirilen düzenlemeyle antlaşmanın türü ve içeriği fark etmeksizin garantör devletler olan Türkiye, İngiltere ve Yunanistan'a karşı en çok gözetilen unsur sorumluluğu altına girmiştir⁴³. Dolayısıyla Kıbrıs Cumhuriyeti'nin yetkilerindeki kısıtlılık sadece iç hukukuyla sınırlı kalmamış dış ilişkilerinde de yetki sınırlamasına gidilmiştir⁴⁴.

Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın önemli bir diğer özelliği ise iki toplum temeli üzerine oturtulmuş olmasıdır⁴⁵. Anayasa, Kıbrıs Cumhuriyeti'nde yaşayan halkları Kıbrıs ve Rum toplumu olarak ikiye ayırmakta ve adada yaşayan herkesi bu iki gruptan birine dahil olmayı zorunlu kılmaktadır. Aslında Kıbrıs Cumhuriyeti ve bu devletin anayasası ile Türk ve Rum topluluklarının birbirine eşit ve dayanışma içinde ve her bir toplumun diğer toplumun haklarına saygı göstererek barış içinde yaşamaları amaçlanmıştır. Bu amaca matuf olarak devletin erklerini düzenleyen anayasa hükümlerine de iki toplumun ortak yaşamını devam ettirmesine yönelik düzenlemelerin getirildiği görülmektedir. Türk ve Rum toplumlarının self determinasyon haklarında kısıtlamalar getiren bu düzenlemeler ayrıca garantör devlet konumundaki Türkiye, İngiltere ve Yunanistan'ın çıkarlarını ortak paydada birleştirmektedir⁴⁶.

⁴³ Kıralp, "Kıbrıs Cumhuriyeti'nde Etnik Uyuşmazlık", 641. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Temel Yapısı ile belgenin 23. maddesi: "*Kıbrıs Cumhuriyeti; İngiltere, Yunanistan ve Türkiye'ye, niteliği ne olursa olsun, her türlü anlaşmalar için, en ziyada müsaadeye mazhar ülke koşulu taniyacaktır.*"

⁴⁴ Özersay, "*Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*", 36-37.

⁴⁵ Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın iki toplumu tanımlayan 2. maddesi: "(1) *Elen Cemaati, Elen aslından ve ana dili Elence olan veya Yunan kültür ananelerini paylaşan veya Elen-Ortodoks Kilisesine mensup bulunan bütün Cumhuriyet vatandaşlarını içine alır. (2) Türk Cemaati, Türk aslından ve ana dili Türkçe olan veya Türk kültür ananelerini paylaşan veya Müslüman olan bütün Cumhuriyet vatandaşlarını içine alır.*"

⁴⁶ Arsava, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", 47; Sönmezöğlü, "Kıbrıs ve Birleşmiş Milletler", 232.

Yasama, yürütme ve yargı alanında getirilen çeşitli düzenlemelerle iki toplum temelinde kurulan devletin devamlılığı sağlanmaya çalışılmıştır. Anayasa'nın 46. maddesine göre Kıbrıs Cumhuriyeti'nin yürütme yetkisi Rum Cumhurbaşkanı ve Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısı'na aittir⁴⁷. Yürütme konusundaki yetkilerin hangilerinin ortak hangilerinin Cumhurbaşkanı ve Yardımcısı tarafından tek başına kullanılacağı da ayrıca anayasal düzenleme altında belirlenmiştir. Yedi adet Rum, üç adet Türk'ten oluşacak bakanlar kurulu Cumhurbaşkanı ve Yardımcısına yürütmede eşlik edecekler⁴⁸.

Yasama fonksiyonu ise temsilciler meclisi ve cemaat meclisleri tarafından yerine getirilecektir. Esasen yasama, temsilciler meclisinin elindedir. Cemaat meclislerine verilen yetkiler, temsilciler meclisinin yetkilerinin kapsamının dışında kalan konulardır. Temsilciler meclisi on beşi Türk, otuz beşi Rum olmak üzere toplam elli kişiden oluşmaktadır. Her iki topluluk da kendi temsilcilerini kendi aralarında yapacağı seçimlerle iş başına getirecektir⁴⁹. Anayasa değişikliğini içeren bir kanun çıkarılması için her iki toplumu takip eden temsilcilerin kendi içlerinde üçte ikilik çoğunluğu yakalaması gerekmektedir⁵⁰. Bu düzenleme ile amaçlanan her iki toplumun kendi içinde demokratik süreci işletebilmesi ve özerkliklerinin korunmasıdır.

Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın yasama yetkisini verdiği Cemaat Meclisleri de yasama ile ilgili önemli görevler üstlenmektedir. Cemaat Meclislerinin yasama yetkileri incelendiğinde kendi cemaatlerinin dini, kültürel ve eğitim-öğretim alanlarıyla ilgili yetki sahibi olduğu görülmektedir⁵¹. Bunun yanında Türkiye ve Yunanistan da kendi ırkdaşları olan ada toplumuna dini, kültürel ve eğitim-öğretim alanlarında mali yardımda bulunabilecektir⁵². Toplum meclislerinin hazırladığı kanun teklifleri kendi cemaatlerine mensup olan Cumhurbaşkanı ve Yardımcısı tarafından sadece 15 günlüğüne yeniden ele alınmak üzere iade edilebilmekte ancak Cemaat Meclisleri aldıkları kararları yeniden sunmaları halinde kabul etmek zorunda kalmaktadırlar⁵³.

İkili Toplum anlayışının yargı mercilerinde de etkilerini görmek mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin yapısını belirleyen Anayasa'nın 153. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*İki Elen hâkimden, bir Türk hâkimden ve bir tarafsız hâkimden mürekkep bir Yüksek Adalet Mahkemesi kurulmuştur. Tarafsız hâkim*

⁴⁷ Aydoğdu, "Kolejyal Yürütme Uygulamaları", 98-99.

⁴⁸ Kılavuz ve Tanık, "İngiliz İdaresinden Sonra", 304.

⁴⁹ Aydoğdu, "Kolejyal Yürütme Uygulamaları", 101.

⁵⁰ Temsilciler Meclisi hakkındaki anayasal düzenlemeler için bkz. Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası 61-85. maddeleri.

⁵¹ Arsava, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", 49.

⁵² Güler, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Kuruluşuna Kadar Kıbrıs Meselesi", 107.

⁵³ Cemaat Meclisi hakkındaki anayasal düzenlemeler için bkz. Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası 86-111. maddeleri.

Mahkemenin Reysidir ve iki reye sahiptir" ifadeleri, İki Cemaat üzerine kurulan sistemi açıkça göstermektedir. Bu durumu destekler nitelikte, Cemaat Meclislerinin yetki alanına giren konularla sınırlı olmak üzere cemaat mahkemeleri kurulmuştur. Ancak cemaat mahkemelerinin konusu dışında kalan konularda Yüksek Adalet Mahkemesi ve alt mahkemeler yetkilidir⁵⁴.

V. KIBRIS CUMHURİYETİNİ KURAN ANTLAŞMALARLA YÖNELİK GEÇERSİZLİK VE SONA ERME İDDİALARI

Yukarıda belirtildiği gibi Kıbrıs'ta bağımsız bir devletin kurulması ya da adada istikrarın sağlanması yolunda birçok uluslararası belge akdedilmiştir. Söz konusu belgelere ilişkin kimi zaman hukuki gerekçelerle kimi zaman siyasi nedenlerle birçok itiraz yükselmiştir. Bu itiraz ve iddialar Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmaların ya geçersizliğini ya da sona erdiğini ileri süren çıkışlardır. Günümüzde Kıbrıs sorununun halen devam ediyor olması, Türkiye'nin Ada'ya 1974 yılında yaptığı askerî harekât ile ortaya çıkan ve biri tanınmamakla birlikte iki devletin varlığı, bu iddia ve itirazların her platforma dile getirilmesi sonucunu doğurmuştur.

A. 1969 VİYANA ANTLAŞMALAR HUKUKU SÖZLEŞMESİ'NİN UYGULANABİLİRLİĞİ KONUSU

Öncelikle 1969 Viyana Sözleşmesi'nin, Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmalarda uygulanıp uygulanamayacağı belirlenmesi gerekmektedir. Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran Antlaşmaların tarafları farklı tarihlerde 1969 Viyana Sözleşmesi'ne taraf olmuştur. Türkiye ise bu sözleşmeye taraf değildir. Viyana Konvansiyonu'nun 34. maddesinde belirtildiği üzere rıza olmaksızın, taraf olmayan üçüncü ülke için konvansiyon hak veya yükümlülük oluşturmamaktadır. Bahsi geçen 34. madde ve *pacta tertiis* kuralı ile Viyana Konvansiyonu'nun Türkiye için uygulanabilirliği tartışmalı hale gelmektedir. 1963 yılında fiilen ortadan kalkmış olmasına rağmen Kıbrıs Cumhuriyeti'nin, uluslararası toplumun kabulü ve Rum Hükümeti tarafından temsil edilmesiyle hukuki geçerliliğinin devam ettiği iddia edilmektedir. Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmalarda kabul edilen iki toplumlu yapıya aykırı şekilde yalnızca Rum Hükümeti tarafından temsil edilmesinin, Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın değiştirilemez temel maddelerine aykırı

⁵⁴ Turgut Turhan, Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57, S. 2 (2008), s. 270 (253-288). Yüksek Mahkeme ve alt mahkemelerinin yetkilerinin belirlendiği Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. maddesi: "1. IX'uncu Kısım gereğince Yüksek Anayasa Mahkemesi ve bu maddenin 2'nci fıkrası gereğince bir cemaat kanununda gösterilen mahkemeler tarafından kullanılanın dışında kazaî kuvvet, bir Yüksek Adalet Mahkemesi ve bu Anayasa hükümlerine tabi olarak ve onlar gereğince yapılan bir kanunla gösterilen alt mahkemeler tarafından kullanılır. 2. 87'nci madde gereğince Cemaat Meclislerine ayrılan ahvalî şahsiye ve dinî konular ile ilgili hukuk davaları hususunda kazaî kuvvet, bu Anayasa hükümleri gereğince yapılan bir cemaat kanununda gösterilen mahkemeler tarafından kullanılır."

olduğunu savunan görüşe göre, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Viyana Konvansiyonuna katılması geçersizdir. Dolayısıyla bu görüş kabul edilecek olursa Viyana Konvansiyonu yalnızca İngiltere ve Yunanistan arasındaki antlaşmalara uygulanabilecektir⁵⁵.

Viyana Konvansiyonu'nun uygulanabilirliği ile ilgili diğer konu olan ve Viyana Konvansiyonu'nun 4. maddesinde yerini bulan geriye yürümezlik kuralı "... bu Sözleşme sadece Devletler tarafından bu Sözleşmenin kendileri bakımından yürürlüğe girmesinden sonra akdedilen antlaşmalara uygulanır." ifadeleriyle hüküm altına alınmıştır. Viyana Konvansiyonu'nun sadece çok taraflı bir antlaşma olarak değerlendirildiğinde Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmalara uygulanması, Viyana Konvansiyonuna taraf olan İngiltere ve Yunanistan arasındaki uyuşmazlıklar için dahi mümkün görünmemektedir⁵⁶.

Ancak Viyana Konvansiyonu'nun mevcut durumdaki yapılageliş kurallarının metne dökülmüş hali olduğu göz önüne alındığında; konvansiyon uluslararası yapılageliş kurallarının kodifikasyonu olduğu ölçüde incelemeye konu antlaşmalar için değerlendirilebilecektir. Uluslararası Adalet Divanı konuya aynı yönde yaklaşım göstererek, Viyana Konvansiyonu'nun uluslararası yapılageliş kurallarının kodifikasyonu olması nedeniyle yürürlük tarihi olan 27.01.1980 tarihinden önceki olaylara da uygulamaktadır⁵⁷. Sonuç olarak Viyana Konvansiyonu'nun içerdiği kurallar uluslararası yapılageliş kurallarına dönüştüğü oranda Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmaların tarafları açısından da bağlayıcı olacaktır⁵⁸.

B. ANLAŞMALARIN YAPILIŞ AŞAMASINA YÖNELİK İDDİALAR

1. Temsilciye Baskı Yapıldığı İddiası

Kıbrıs Cumhuriyeti'ni Kuran Antlaşmalara yönelik geçersizlik iddialarından bir tanesini ada topluluklarından Rumların görüşmelere gönderdiği temsilci üzerinde baskı yapıldığı iddiası oluşturmaktadır. Viyana Konvansiyonunun 51. maddesinde yer alan *bir devlet temsilcisinin icbar edilmesi*⁵⁹ başlığını taşıyan kurala göre yapılacak olan antlaşmanın görüşmeleri sırasında taraf devletlerden birinin temsilcisine yönelik hakaret ve tehdit yoluyla zorla antlaşmaya bağlanma iradesi göstermeye zorlanması durumunda, zorlanan temsilcinin beyanları hukuken geçersiz olacaktır. Ancak Viyana Konvansiyonu'nun 45. maddesinde ifade edildiği üzere; temsilcisinin zorlamaya tabi tutulduğunu iddia eden devlet, davranışlarıyla

⁵⁵ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 52.

⁵⁶ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 58.

⁵⁷ Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı 1971 Namibya ve Uluslararası Adalet Divanı 1999 Kasikili/Sedudu Davaları.

⁵⁸ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 64.

⁵⁹ Viyana Konvansiyonu 51. madde: "Bir Devletin temsilcisine karşı yöneltilen hareket veya tehditler ile icbar edilerek sağlanan Devletin bir antlaşma ile bağlanma rızasının açıklanmasının herhangi bir hukuki etkisi olmayacaktır."

açıkça antlaşmaya yönelik uygulama iradesini ortaya koyarsa veya davranışlarına göre devletin zımnen antlaşmaya rıza gösterdiği anlaşılıyorsa, artık temsilcisine baskı gösterildiği iddiası ile hükümsüzlük savında bulunamayacaktır. Bu kural Viyana Konvansiyonu öncesinde de yapılageliş kuralı olarak kabul edildiğinden, Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmalar açısından bu yönde dile getirilen iddiaların değerlendirilmesinde Viyana Konvansiyonu'nun konuyla ilgili düzenlemelerinden yararlanılabilecektir. Antlaşma imzalanması öncesinde taraf devlet temsilcisine yönelik zorlamanın, Viyana Konvansiyonu öncesinde de uluslararası hukuk öğretisinde hukuki geçersizlik sebebi olarak kabul edildiği bilinmektedir. Sözü edilen baskıyı, devlete karşı güç kullanmaktan ayrılan yönü tehdit ve eylemlerin yöneldiği konumdan kaynaklanmaktadır. Yapılan tehditler devlete yönelikse bu sefer devlete karşı güç kullanma kuralları devreye girecektir. Ancak yapılan tehdit ve hakaretlerin temsilcinin şahsına veya yakınlarına yönelikse temsilcisinin icbar edilmesinden bahsedilecektir⁶⁰.

Rum Toplumu'nun temsilcisi olarak görüşmeye katılan Makarios, 1963 yılında yaptığı açıklamada Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın bazı maddeleri ile ilgili itirazlarının olduğunu ancak kendisini zorunlu hissettiği için antlaşmayı istemeyerek imzaladığını beyan etmiştir⁶¹. Ancak Makarios'un bahsettiği baskıların neler olduğu hiçbir zaman açıkça ifade edilememiştir. Bunun yanında Rum toplumu tarafından Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmaların imzalanmasını takip eden açıklamalarda da yapıldığı iddia edilen baskılardan bahsedilmemiştir. Bir tarafın getirdiği değişiklik tekliflerinin diğer taraflarca kabul edilmemesi, tek başına temsilciye baskı yapıldığı iddiasını doğrulamakta yetersiz kalacaktır. Ayrıca söz konusu baskılara yönelik söylemler iddiadan öteye geçememiş, bu konuda Rum Toplumu tarafından herhangi bir başvuruda bulunulmamıştır. Bu sebeple temsilciye uygulanan cebir iddiaları Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmaların geçerliliğini etkileyecek bir konumda bulunmamaktadır⁶².

2. Devlete Baskı Yapıldığı İddiası

Bir diğer geçersizlik iddiası da Kıbrıs Cumhuriyeti'ni Kuran antlaşmaların bir tek temsilciye değil tümüyle ada toplumlarına yapılan baskı sonucunda imzalandığı yönündedir. Söz konusu iddia Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulmasından dört yıl sonra başlamak üzere kimi Rum yazarlar tarafından dile getirilmiştir. *Eşit olmayan antlaşma* terimiyle ifade edilen hukuki geçersizlik sebebinin birden farklı ortaya çıkış şekli olabilmektedir⁶³.

⁶⁰ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 69-71.

⁶¹ Vatasever, "Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi", 1510.

⁶² Vatasever, "Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi", 1510.

⁶³ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 92.

Bunlardan ilki bir devlete karşı kuvvet kullanmak veya kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak suretiyle devletin bir antlaşmaya taraf olmaya mecbur edilmesidir. Viyana Konvansiyonu'nun 52. maddesinde ele alınan bu geçersizlik sebebinde, uluslararası hukukun ilkelerini ihlal eder boyutta kuvvet kullanma tehdidi veya fiilen kuvvet kullanmanın gerçekleşmesi bir devletin icbar edilmesi olarak tanımlanmıştır. Devletin icbar edilerek antlaşmaya katılmasının sağlanmasının batıl olması tıpkı temsilciye uygulanan baskıda olduğu gibi Viyana Konvansiyonu öncesinde de var olan yapılageliş kuralıdır. Ancak temsilciye yapılan baskıya nazaran daha sonraki yıllarda uluslararası kural olarak kabul edilmeye başlamıştır. Öğretide savaşta yenilen tarafın, galip devlet tarafından baskı altında tutuluyor oluşu bu kuralın istisnasını oluşturduğu ifade edilmektedir. Geçmişte baskı yoluyla imzalanan antlaşmaların geçersiz sayılmasının uluslararası istikrara zarar vereceği endişesi ve antlaşmalarda istikrarın önemi hasebiyle, devlete baskı yoluyla imzalanan antlaşmaların geçersizliği konusunda uzun yıllar boyunca fikir birliğine varılamamıştır. Bu kuralın ikinci dünya savaşı sonrası barış antlaşmalarına zarar vermemesi açısından yapılageliş kuralı olarak kabul edilmesi Birleşmiş Milletler Şartı'nın kabulüne kadar ötelenmektedir⁶⁴.

Devlete yapılacak baskı nedeniyle antlaşmanın batıl sayılması hususunda uygulanacak baskının sadece silahlı güç ile mi sınırlı olacağı başka bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. Acaba ekonomik ve siyasi baskının da bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün müdür? Aksi halde siyasi ve ekonomik baskı ifadelerinin çok geniş yorumlanabileceği bunun da antlaşmaların istikrarına zarar verebileceği ifade edilmektedir. Daha çok gelişmekte olan ülkeleri temsil eden görüş ise ülkelerin iradelerinin ekonomik ve siyasi baskı unsurlarıyla da sakatlanabileceği için ülkelere cebir kullanılması kapsamında değerlendirilmesi yönündedir. Ancak genel kanı, bir ülkenin ekonomik veya siyasi gücünü kullanarak başka bir uluslararası sorumluluğunu da ihlal etmeksizin sözcülemi antlaşmayı kendi isteği doğrultusunda imzalatmak adına yapacağı ekonomik yardımı iptal etmekle yerine getirdiği hukuki tehdidin ancak ahlaki boyutunun tartışılabileceği yönündedir. Varılan noktada uluslararası toplumda kabul edilen görüş; ülkelere antlaşma imzalatılması noktasında uygulanacak siyasi ve ekonomik baskıların, geçersizlik sebebi olan cebir kullanımı kapsamında ele alınamayacağı yönünde şekillenmiştir⁶⁵.

Diğer bir geçersizlik sebebi ise eşit olmayan antlaşma şartlarıdır. Eşit olmayan antlaşma şeklinde ifade edilen durum; anlaşma tarafı olan devletlerin sahip oldukları pazarlık aşamasındaki üstünlükleri nedeniyle karşı tarafa benimsettikleri antlaşma metinlerinde belirleyici güç olmalarıyla ilgilidir. Öğretide salt taraflar arasında bulunan aşırı güç farkının eşit olmayan antlaşmalara sebep olabileceği

⁶⁴ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 93-94.

⁶⁵ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 96 vd.

yönünde görüşler ileri sürülmüşse de böyle bir kabulün az gelişmiş bir ülkeyle gelişmiş başka bir ülke arasında antlaşma yapılmasını ilelebet engelleneceğinden bahisle bu görüş revaç bulmamıştır. Eşit olmayan antlaşmalara getirilen diğer yaklaşım ise antlaşmanın içeriğinin taraflara yüklediği hak ve yükümlülükler arasında büyük farklılıkların olduğu durumları içermektedir. Modern uluslararası hukuk öğretisinin başlangıç aşamalarında, hak ve yükümlülükler arasındaki dramatik farkların eşitsizliğe yol açtığı ele alınmakla birlikte geçersizlik sebebi olarak kabul edilmemekteydi. Sonraki dönemde farklı yazarlar tarafından ele alınan eşit olmayan antlaşmalara ilişkin görüşlerde fikir birliğine varılamamıştır. Bir antlaşmanın hangi koşulları içerdiği takdirde eşit olmayan bir antlaşma oluşturacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür⁶⁶.

Bu konularda baskı yapıldığına dair Rum Toplumundan açıklamalar yapılmasına neden olan gelişmeler; Yunanistan tarafından Rum toplumuna antlaşmaları teklif edilen şartlarda kabul etmedikleri takdirde adadaki mücadelede yalnız kalacaklarını söylenmesi ve İngiltere'nin hazırlıklarını yaptığı Macmillan Planı çerçevesinde Kıbrıs'ın bölüneceğine yönelik Rum toplumu üzerindeki endişelerdir. Görüleceği gibi bahse konu zorlamalar uluslararası yapılageliş kurallarında geçersizlik sebebi sayılmayan siyasi ve ekonomik baskı boyutlarını aşmaktadır. Bu sebeplere dayanarak devlete uygulanan cebir dolayısıyla Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmaların geçersizliğinin ileri sürülmesi anlamlı görülmemektedir. Eşit olmayan antlaşma tarafları nedeniyle geçersizlik iddiaları ise uluslararası hukuk doktrininde koşulları üzerinde fikir birliğine varılmamış oluşu ve antlaşmaların istikrarı üzerindeki muhtemel olumsuz etkileri nedeniyle geçersizlik sebebi olarak kabul edilmemektedir. Adadaki Rum toplumu da antlaşma taraflarının eşitsizliği sebebiyle bütün antlaşmaların iptal edilmesi durumunda her şeyin en eski haline dönerek Kıbrıs'ın yeniden İngiltere hakimiyeti altına girme ihtimalini öngörerek bu yöndeki iddialarını dillendirmekten vazgeçmişlerdir⁶⁷.

3. Antlaşmaların Sona Erdiğine Yönelik İddialar

a. İttifak Antlaşması'nın Objektif Nedenlerle Sona Erdiği İddiası

Rumların giriştikleri daha sonraları “Kanlı Noel” olarak isimlendirilecek eylemler, 21.12.1963 Tarihinde yirmi dört Türk'ün ölümüne sebep olmuştur⁶⁸. Bunun üzerine Türkiye tarafından 25.12.1963 Tarihinde hava harekâtı gerçekleştirilmiştir. Rumlar, Türkiye'nin gerçekleştirdiği hava harekâtı sonucunda İttifak Antlaşması'nı tek taraflı sona erdiklerine yönelik açıklamalarda bulunmuştur⁶⁹. Türkiye, 04.03.1964 Tarihinde adada yaşanan gerginlikler sonucunda müdahale-

⁶⁶ Özersay, “Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme”, 103-108.

⁶⁷ Özersay, “Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme”, 117.

⁶⁸ Güler, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Kuruluşuna Kadar Kıbrıs Meselesi”, 107.

⁶⁹ Savrun ve Tinal, “Soğuk Savaş Döneminde İngiltere ve Türkiye'nin Kıbrıs Politikaları”, 365.

de bulunan Türk askerlerinin geri çağırılması talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Kıbrıs Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı, Türkiye'nin İttifak Antlaşması'nı esaslı şekilde ihlal ettiğini ileri sürerek Türkiye'ye gönderdiği bildirimle antlaşmaya tek taraflı olarak son verdiğini açıklamıştır. Türkiye ise bu açıklamayı hukuk dışı bulduğunu ve kabul etmediğini ifade etmiştir⁷⁰.

Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmaların objektif sona erdirme sebepleri kapsamında hükümsüz hale geldiğine yönelik iddiaların, Viyana Konvansiyonu'nun "Bir antlaşmanın ihlal edilmesi sonucu sona erdirilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması" başlıklı 60. maddesi kapsamında değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Konvansiyondaki düzenlemeye göre esaslı bir ihlalin söz konusu olması gerekmektedir. Esaslı ihlal, aynı maddenin üçüncü fıkrasında "antlaşmanın, *bu Sözleşmenin tasvip etmediği bir şekilde inkâr edilmesi*" veya "antlaşmanın konu veya amacının gerçekleştirilmesi için elzem olan bir hükmün ihlal edilmesi" şeklinde tanımlanmıştır. Viyana konvansiyonunda yer alan antlaşmanın ihlali sebebiyle karşı tarafa antlaşmayı sona erdirmeye veya askıya almaya yönelik başvuru hakkı veren bu düzenleme, öğretide uluslararası yapılageliş kuralı olarak kabul edilmektedir. Ancak ihlal edilen antlaşma sonrasında bu durum antlaşmaya son verme hakkı mı yoksa antlaşmanın ihlal edildiğinden bahisle sona erdirmeye yönelik beyan hakkı mı verdiğinin tespiti önem arz etmektedir. İlk görüş kabul edildiğinde antlaşmanın esaslı olarak ihlal edilmesi durumunda karşı taraf antlaşmayı doğrudan sonlandırabilecekken ikinci görüşün kabul edildiği durumda karşı tarafın ihlali ileri sürmesinin ardından uluslararası hukukun sunduğu uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması gerekecektir. Uluslararası Adalet Divanı'nın 1997 tarihli Gabcikova kararında; Viyana Konvansiyonu'ndaki düzenlemenin var olan yapılageliş kuralının sözleşmeye aktarılmış hali olduğu ve antlaşmanın esaslı ihlalinin karşı taraf sona erdirmeye yönelik uluslararası hukuk yollarına başvuru hakkı tanıdığı ifade edilmiştir. Öğretide hâkim görüşün de bu yönde olduğu belirtilmektedir⁷¹.

Antlaşmaların esaslı şekilde ihlal edilmesinden kaynaklı sona erdirme talebi hakkında yaptığımız açıklamalar doğrultusunda Türkiye'nin adada çıkan karışıklıklar nedeniyle ülke bütünlüğünün bozulmasına engel olmak amacıyla gerçekleştirdiği askeri hareketliliğin İttifak antlaşmasının amaçlarının gerçekleşmesine yönelik hamleler olduğu açıktır. Dolayısıyla Kıbrıs Rum toplumunun esaslı ihlalden bahisle antlaşmanın sona erdirildiği yönündeki iddialarının bir geçerliliği bulunmamaktadır. Ayrıca yukarıda da değinildiği üzere esaslı ihlal olduğu varsayımında dahi Kıbrıslı Rum yöneticilerinin tek taraflı beyanla antlaşmalara yönelik sona erdirme bildirimleri hukuken geçerli değildir. Rum toplumunun iddia ettiği gibi esaslı bir ihlal olması durumunda yapması gereken sona erdirmeye yönelik taleplerini uluslararası hukuk başvuru yollarında dile getirmesidir. Öte yan-

⁷⁰ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 138.

⁷¹ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 126 vd.

dan adada meydana gelen karışıklıkların oluşmasında Rum toplumunun EOKA kapsamında ülke bütünlüğüne zarar verecek eylemlerin rol oynaması sebebiyle⁷², yapılageliş kuralı olarak da kabul edildiği üzere, kendi sebep olduğu bir ihlal yüzünden bu sona erdirmeye nedenine başvuru hakkı bulunmamaktadır. Buna ek olarak Kıbrıslı Rumların sonraki hareketleriyle İttifak Antlaşması'nın devamına yönelik davranışları nedeniyle uluslararası yapılageliş kuralı gereği⁷³ bahse konu sona erdirmeye nedenini ileri sürme hakkını yitirmiş olmaktadır⁷⁴.

b. Şartlarda Meydana Gelen Esaslı Değişikler Bakımından Kıbrıs Cumhuriyeti'ni Kuran Antlaşmaların Durumu

Viyana Konvansiyonu'nun 62. maddesinde yer alan şartların esaslı şeklide değişmesi durumunu inceleyen düzenleme, Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmalar açısından da ele alınmaya değer görünmektedir. *Rebus sic stantibus*⁷⁵ şeklinde de ifade edilen bu ilke gerek öğretide gerek Uluslararası Adalet Divanı kararlarında uluslararası yapılageliş kuralı olarak kabul görmektedir. Dolayısıyla tarafların Viyana Konvansiyonu'na taraf olup olmamasından veya konvansiyonunun yürürlüğe giriş tarihinden bağımsız olarak incelemeye konu antlaşmalara için de hüküm doğurabilecektir⁷⁶.

Kıbrıs Cumhuriyeti'nin varlığını devam ettirmemesi nedeniyle onu kuran antlaşmaların yürürlüğü hakkında soru işaretinin oluşması son derece normaldir. Antlaşmaların yapıldığı tarihte var olan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin ortadan kalkışı şüphesiz tarafların antlaşmaya yönelik iradelerinin esasını teşkil etmektedir. Günümüzde, adada iki ayrı devlet bulunmakta ve Kıbrıs Cumhuriyeti'nin temelini oluşturan iki toplumlu tek devlet şeklinde oluşan yapının yerini tutmaktadır. Dolayısıyla Viyana Konvansiyonu 62/1-a'da yer alan "bu şartların mevcudiyeti, tarafların antlaşma ile bağlanma rızalarının esaslı bir temelini teşkil etmedikçe" şartı gerçekleşmiş olmaktadır.

⁷² Kılavuz ve Tanık, "İngiliz İdaresinden Sonra", 308.

⁷³ Ayrıca bu kural Viyana Konvansiyonunun 45. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Bir Devlet, 46-50. maddelere veya 60. ve 62. maddelere göre bir antlaşmayı geçersiz kılma, sona erdirmeye, ondan çekilme veya yürürlüğünü askıya almayla ilgili bir gerekçeye aşağıdaki hallerde artık başvuramaz: Eğer olayları öğrendikten sonra, a - antlaşmanın, olura göre, geçerli olduğu veya yürürlükte kaldığı veya yürürlükte olmaya ettiği hususunu açıkça kabul etmiş olursa; veya b - davranışı sebebiyle antlaşmanın, olura göre, geçersizliğine veya yürürlükte tutulmasına zımnen rıza gösterdiğinin kabul edilmesi gerekiyorsa."

⁷⁴ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 139-142.

⁷⁵ "Rebus sic stantibus", bazı koşulların varlığı halinde bir uluslararası antlaşmanın, tamamen veya kısmen sona erdirilebileceğini ifade eden ilkedir. Uluslararası hukukta "rebus sic stantibus" ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ceren Zeynep Pirim, "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Değişim, İstikrar ve Değişim Yoluyla İstikrar: Rebus Sic Stantibus", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, S. 51 (Temmuz 2022), s. 47-76; Halis Ayhan, "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Rebus Sic Stantibus İlkesi", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014).

⁷⁶ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 211.

Aynı şekilde Viyana Konvansiyonun 62/1-b düzenlemesindeki “*değişiklik antlaşmaya göre hala icra edilecek yükümlülüklerin kapsamını köklü bir şekilde değiştirme etkisini haiz olmadıkça.*” şeklinde ifade edilen şart açısından da Kıbrıs Cumhuriyeti’nin ortadan kalkmasıyla kurucu antlaşmaların ortaya koyduğu birçok yükümlülük yerine getirilemez duruma gelmiştir. Ancak *rebus sic stantibus* ilkesi hem öğretide hem Uluslararası Adalet Divanı kararlarında antlaşmaları doğrudan ortadan kaldıran değil taraflara şartların esaslı şekilde değişmesinden bahisle antlaşmaların sona erdirmeye yönelik başvuruda bulunma hakkı tanıyan bir ilkedir. Kıbrıs Cumhuriyeti’ni Kuran Antlaşmaların tarafları bugüne kadar uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde sona ermeye yönelik işlem tesis etmemekle kalmamış eylemleriyle antlaşmaların yürürlükte olduğu yönünde izlenim oluşturmuşlardır⁷⁷.

c. Sonraki İmkânsızlık ve Kıbrıs Cumhuriyeti’ni Kuran Antlaşmalar

Kıbrıs Cumhuriyeti’ni kuran antlaşmalarla ilgili olarak ele alınması gereken diğer bir husus da sonraki imkânsızlık nedeniyle antlaşmaların uygulanacağı bir durum kalmaması nedeniyle sona ermesidir. Viyana Konvansiyonu madde 61’de yer alan düzenlemeye göre antlaşmanın ifası için gerekli olan bir nesnenin ortadan kalkması veya tahrip olması antlaşmayı sona erdirmeye veya çekilme hakkı vermektedir. Ancak bu durum geçici olmamalı ve sona erdirmeye yoluna başvuran tarafın fiili nedeniyle sonraki imkânsızlık durumu ortaya çıkmamış olmalıdır. Kıbrıs Cumhuriyeti’nin ortadan kalkması kurucu antlaşmaların ifası ile ilgili olarak sonradan ortaya çıkan imkansızlıktan bahsedilmesine sebep olabilecektir.

Ancak şartlarda meydana gelen esaslı değişiklikler konusuyla paralel olarak sonraki imkânsızlık durumu da doğrudan antlaşmaları ortadan kaldıran bir etkiye sahip değildir. Yalnızca taraf devletlere sonradan meydana gelen imkansızlığı sebep göstererek antlaşmaları sona erdirmeye veya antlaşmadan çekilmeye yönelik başvuru hakkı sağlamaktadır. Kıbrıs Cumhuriyeti’ni kuran antlaşmaların tarafı olan devletler tarafından bu yönde bir başvuru bulunulmamıştır⁷⁸.

C. GARANTİ ANTLAŞMASI’NA YÖNELİK İDDİALAR

1. Kuvvet Kullanma Yasağına Aykırılık İddiası

Garanti Antlaşması’nın 4. maddesinde, antlaşma ihlal edilecek olursa garantör devlet konumundaki Türkiye, İngiltere ve Yunanistan ihlalin giderilmesi için öncelikle birbirilerine danışacaklardır. İhlale karşı birlikte hareket etmeleri mümkün olmadığı takdirde her bir garantör devlet sadece bozulan antlaşma düzenini yeniden tesis etmek amacıyla harekete geçebileceklerdir⁷⁹.

⁷⁷ Özersay, “Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme”, 213.

⁷⁸ Özersay, “Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme”, 214-216.

⁷⁹ Bkz. Garanti Antlaşması 4. madde.

Bu madde kapsamında bazı yazarlar tarafından öne sürülen ilk argüman harekete geçmek ifadesinin muğlak olduğundan bahisle Kıbrıs Cumhuriyeti'nin egemenliği lehine olarak sınırlı yorumlanması gerektiği yönündedir. Ancak öğretilerde sınırlı yoruma başvurmadan önce olağan yorum yöntemlerinin kullanılması, ardından antlaşmanın hazırlık aşamasındaki taraf iradelerinin tespit edilmeye çalışılması buna rağmen kesin bir yargıya varılamıyorsa devlet egemenliğine yönelik sınırlayıcı yorum kullanılması gerektiği belirtilmektedir. Uluslararası hukukta gerçekleştirilen bütün antlaşmalar, doğaları gereği devletlerin kendi rızalarıyla egemenliklerinden verdikleri tavizlerden oluşmaktadır⁸⁰.

Garanti Antlaşması'nın 4. Maddesi yönelik bir diğer yaklaşım ise, Rum temsilcilerinin dile getirdiği üzere; jus cogens niteliğindeki kuvvet kullanma yasağına aykırı olması nedeniyle Garanti Antlaşması'nın geçersiz olduğu yönündedir. Ancak antlaşmadan kaynaklanan müdahale hakkı kuvvet kullanma yasağının istisnasını oluşturması sebebiyle bu yaklaşım doğru değildir. Adadaki Türk toplumunun hedefi olan taksim⁸¹ ve Rum toplumunun hedefi olan Enosis⁸² göz önünde alındığında iki toplumun self determinasyon haklarından karşılıklı rıza ile sınırlandırılarak kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bütünlüğü garanti eden devletlerin sadece barışçı diplomatik yollar ile başarılı olamayacakları açıktır. Bu nedenle Garanti Antlaşması'nın temel hedefi doğrultusunda gerekli durumlarda garantör devletlerin adaya müdahalesini kaçınılmaz olmaktadır. Ayrıca garantör devletlerin Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmaların verdiği yetkiye dayanarak adada bulundukları askeri birlikler de adanın bütünlüğünü tehdit eden durumlara karşı olası müdahalelere hazırlık anlamına gelmektedir⁸³.

Uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağının bazı istisnaları bulunmaktadır. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Garanti Antlaşması'nı imzalayarak antlaşmanın kurduğu düzenin korunması amacıyla sınırlı olarak açıkça verdiği rıza, kuvvet kullanma yasağının istisnalarından birini oluşturmaktadır. Adada yaşayan iki toplumun self determinasyon haklarından karşılıklı tavizler vererek bir çatı yapı altında yaşamaya yönelik iradelerinden yalnızca iki toplumun ortak mutabakatıyla vazgeçilebilecek olması sayesinde adada çıkabilecek bir karışıklığın iki toplumlu yapıyı bozması engellenmek istenmiştir. Türk ve Rum toplumları tek başlarına ortaya koyacakları irade ile bu yapıyı ortadan kaldıramayacaklardır. Bu nedenle Garanti Antlaşması'nın geçersizliğine yönelik söylemler iddianın ötesine gitmemiştir⁸⁴.

⁸⁰ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 145-147.

⁸¹ Emrah Balıkcıoğlu, "Kıbrıs Müzakerelerinde "Taksim" Tartışmaları (1956-1959)". *Vakanüvis- Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi*, 1, S. 2 (2016), s. 43-44 (30-60).

⁸² Balıkcıoğlu, "Taksim Tartışmaları", 35-38.

⁸³ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 149-152.

⁸⁴ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 198-203.

2. Garanti Antlaşması'nın Birleşmiş Milletler Şartı Kapsamında İncelenmesi

Rum toplumu tarafından Garanti Antlaşması'na yönelik ileri sürülen bir diğer iddia ise, antlaşmanın kuvvet kullanma hakkı tanıyan hükümlerinin Birleşmiş Milletler Şartına aykırı olması yönündedir. Rum toplumu 27.12.1963 Tarihinde antlaşmanın garantör devletlere sunduğu müdahale hakkının Birleşmiş Milletler Şartına aykırı olduğu gerekçesiyle konuyu Güvenlik Konseyi'ne taşımıştır⁸⁵.

Birleşmiş Milletler Şartı 2/4'de yer alan "*Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin Amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar.*" düzenleme kapsamında kuvvet kullanımı yasaklanmıştır. Bu düzenlemenin şartın içinde getirilen yegâne istisna 51. maddede yer alan "*... bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına halel getirmez.*" şeklinde ifade edilen meşru savunma hakkıdır. Ancak Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca farklı olaylar kapsamında ele alınan kuvvet kullanımıyla ilgili kararlarda ve öğretide ilgili devletin rızasının kuvvet kullanma yasağının istisnasını oluşturduğu saptanmaktadır⁸⁶.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 1965 yılında aldığı 2077 sayılı kararıyla Kıbrıs'ın ülke bütünlüğüne saygı gösterilmesi gerekliliği ifade edilmiş ancak Garanti Antlaşması'nın müdahaleye yönelik düzenlemeleriyle ilgili herhangi bir sonuca varılmamıştır⁸⁷. Daha sonraki dönemde de Rum toplumunun başvurusu neticesinde Birleşmiş Milletler nezdinde kuvvet kullanma yasağına aykırılık nedeniyle Garanti Antlaşması'nın aleyhinde alınmış bir karar olmamakla birlikte Güvenlik Konseyi, antlaşmanın geçerliliğinin devam ettiğine yönelik tutum içinde bulunmuştur. Örneğin 20.07.1974 tarihli kararında, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin antlaşmalarla garanti edilen bütünlüğüne değinen Konsey, 18.11.1983 tarihli kararında da tesis edilen işlemin Garanti Antlaşmasına aykırılık oluşturduğunu tespit etmiştir. Güvenlik Konseyi'nin, Garanti Antlaşması'nın geçerli ve yürürlükte olduğunu bildiren kararları bunlarla da sınırlı değildir. Dolayısıyla Garanti Antlaşması, Birleşmiş milletler nezdinde de geçerliliğini sürdürmektedir⁸⁸.

VI. SONUÇ

1878'de Osmanlı egemenliğinden İngiltere'nin hakimiyetine geçmesinden bu yana çözülemeyen bir sorun olan Kıbrıs, II. Dünya Savaşı'ndan sonra Birleşmiş Milletler'in inisiyatifi ile hazırlanan birçok plana rağmen hala uluslararası bir sorun olarak gündemi meşgul etmektedir. 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmalar, sadece Kıbrıs Cumhuriyeti'nin iç hukuk meselesi konumunda değildir.

⁸⁵ Doğan, "Kıbrıs Sorununun Milletlerarası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", 182.

⁸⁶ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 204-206.

⁸⁷ Doğan, "Kıbrıs Sorununun Milletlerarası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", 184.

⁸⁸ Özersay, "Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme", 208-209.

Antlaşmaların diğer taraflarını oluşturan Türkiye, İngiltere ve Yunanistan'a da bir takım hak ve yükümlülükler getirmektedir. Ancak bu yükümlülüklerin taraflarca ne denli yerine getirildiği tartışmalıdır.

Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın temel hükümlerini oluşturan Temel Belge, İttifak Antlaşması ve Garanti Antlaşması sadece Kıbrıs Cumhuriyeti'nin anayasal düzenini oluşturmamaktadır. Bunun yanında taraflara uluslararası hukuk kapsamında yükümlülükler de getirmektedir. Dolayısıyla Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın ihlali sadece bir iç hukuk meselesi olmaktan çıkmakta ve uluslararası hukuk kurallarının da çiğnenmesi anlamına gelmektedir. Anayasanın temel hükümlerinde meydana getirilmek istenen bir değişiklik için ada toplumunu oluşturan Türk ve Rumların iradeleri tek başına yeterli olamamaktadır. Yapılmak istenilen değişiklik öncesinde antlaşmaların diğer taraflarının da onayı alınmak zorundadır.

Yapılan incelemeler, her ne kadar Kıbrıs Cumhuriyeti ortadan kalkmış olsa da Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran antlaşmaların usulüne uygun şekilde ortadan kaldırılmaması sebebiyle halen geçerli ve yürürlükte olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla şartlar el verdiği oranda tarafların antlaşma hükümlerine uygun davranması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Gül, *Siyasi Tarih*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.
- Armaoğlu, Fahir, *Kıbrıs Meselesi 1954-1959 Türk Hükümeti ve Kamuoyunun Davranışları*, Ankara: SBF Yayınları, 1963).
- Armaoğlu, Fahir, *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi Cilt 1 1914-1980*, Ankara: İş Bankası Kültür Yayınları, 1991.
- Arsava, Ayşe Füsün, “Uluslararası Hukuk ve BM Teşkilatındaki Değişimler”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 5, S. 115, 2015: s. 115-130.
- Arsava, Füsün, “Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 51, S. 1, 1996: s. 43-51.
- Aydoğdu, Yasin, “Kolejyal Yürütme Uygulamaları 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti ve Uruguay Örneği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 4, S. 93, 2014, s. 93-113.
- Ayhan, Halis, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Rebus Sic Stantibus İlkesi”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Bağcı, Hüseyin, “Kıbrıs Sorunu”, *Türk Dış Politikası 1919-2008 (Ed. Haydar Çakmak)*, Ankara: Platin Yayınevi 2008, s. 521-530.
- Balıkçioğlu, Emrah, “Kıbrıs Müzakerelerinde “Taksim” Tartışmaları (1956-1959)”. *Vakarıvis- Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi*, 1, S. 2, 2016, s. 30-60.
- Başlar, Kemal, “Uluslararası Hukukta “Erga Omnes” Kavramı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22, S. 2, 2002: s. 75-108.
- Baytal, Yaşar, “Kıbrıs Cumhuriyeti’nin Kuruluşu, Türklerin Ada’daki Durumu ve Rum Tedhiş Faaliyetlerinin Sonuçları”, *Avrasya Uluslararası Araştırma Dergisi*, 11, S. 35 (2023): s. 950-974.
- Doğan, İzzettin, “Kıbrıs Sorununun Milletlerarası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 4, S. 3-4, (1975): s. 163-193.
- Güler, Yavuz, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin Kuruluşuna Kadar Kıbrıs Meselesi”, *G.Ü. Kırşehir Eğitim Fakültesi Dergisi*, 5, S. 1, (2004): s. 101-112.
- İnce, Fuat, “Lozan Barış Antlaşması ve Ege Adaları”, *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, S. 53 (Lozan Antlaşması Özel Sayısı) (2013): s. 101-128.
- Kıralp, Şevki, “Kıbrıs Cumhuriyeti’nde Etnik Uyuşmazlık ve Türkiye’nin Kıbrıs Politikası: Anayasa Krizi, Şiddet ve Uluslararası Siyaset (1960-1963)”, *Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi (CTAD)*, S. 37 (Bahar 2023), s. 631-665.
- Manısalı, Erol, *Dünden Bugüne Kıbrıs*, İstanbul: Gündoğan Yayınları, 2000.
- Müge Vatansver, “Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, Özel Sayı, (2012), S. 1495.
- Özersay, Kudret, “*Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*”, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 2009.
- Pirim, Ceren Zeynep, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Değişim, İstikrar ve Değişim Yoluyla İstikrar: Rebus Sic Stantibus”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, S. 51 (Temmuz 2022), s. 47-76.
- Sander, Oral, *Siyasi Tarih İlkçağlardan - 1918’e*, Ankara: İmge Yayınevi 1989.

- Sander, Oral, *Siyasi Tarih 1918-1994*, Ankara: İmge Kitabevi, 1998.
- Sarıca, Murat/Teziç, Erdoğan/Eskiyurt, Özer; *Kıbrıs Sorunu*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, 1975.
- Savrun, Ergenekon/Tinal, Melih, "Soğuk Savaş Döneminde İngiltere ve Türkiye'nin Kıbrıs Politikaları (1955-1964)". *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, 17, S. 34 (2017): s. 349-371.
- Sönmezoğlu, Faruk, "Kıbrıs Sorunu ve Birleşmiş Milletler: 1954-1975", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 38, S. 3-4 (1984): s. 223-255.
- Tanık, İbrahim Halil/Kılavuz, Nurhan, "İngiliz İdaresinden Sonra Adada Kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti ve 1960-1963 Arası Gelişmeler", *EKEV Akademi Dergisi*, 15, S. 46, 2011, s. 301-314.
- Toluner, Sevin, "*Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*", İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, 1977.
- Turhan, Turgut, "Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57, S. 2, 2008, s. 253-288.
- Uçarol, Rifat, *Siyasi Tarih (1789-1994)*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.

İDARİ USUL VE İDARİ YARGI KARARLARI IŞIĞINDA ULUSLARARASI KORUMA STATÜSÜ BAŞVURULARI^(*)

Doç. Dr. Lale Burcu ÖNÜT^(**)

Öz

İdare hukuku statülere dayalı bir hukuk dalıdır. Kişiler belirli bir statüye dahil olmakla söz konusu statüye ilişkin kurallara tabi olurlar. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na göre; mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüleri uluslararası koruma statüleridir. Söz konusu statüler, ilgililerine statü belirleme işlemleri sonrasında verilmektedir. Bu sürecin dört temel aşamadan oluştuğu belirtilebilir. Bu aşamalardan ilki başvuru, ikincisi kayıt ve kontrol, üçüncüsü mülakat ve dördüncüsü karar aşamasıdır. Uluslararası koruma statüsüne başvuru üzerine kabul veya ret kararı verilebileceği gibi 6458 sayılı Kanun m. 64'te belirtilen durumlarda uluslararası korumanın haricinde tutulma, 6458 sayılı Kanun m. 72'de belirtilen durumlarda kabul edilmezlik kararı, 6458 sayılı Kanun m. 77'de belirtilen durumlarda başvurunun geri çekilmiş sayılmasına karar verilebilir. 6458 sayılı Kanun m. 79'da belirtilen durumlarda da hızlandırılmış değerlendirme süreci neticesinde karar verilir. Uluslararası koruma statüsü başvuruları üzerine verilen kararların tebliğinden itibaren kural olarak on gün içerisinde Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonu'na itiraz edilebilir. İtiraz üzerine veya doğrudan idari yargıda dava açılabilmesi de mümkündür. Bu durumda İdare Mahkemesi'nin kararı üzerine istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Kabul edilmezlik kararı ile hızlandırılmış değerlendirme neticesinde verilen kararlara karşı ise yalnızca yargı yoluna başvuru söz konusu olabilir. İdare mahkemelerinin bu durumda verdiği kararlar kesindir. İdari yargı kararları çerçevesinde uluslararası koruma statüsü verilmesi sürecinde yaşanan başlıca sorunların özellikle mülakat aşamasına, korku, risk ve inanılırlık değerlendirmesine, kamu düzeni ile bireysel çıkar dengesinin sağlanması ile uluslararası raporların mümkün mertebe dikkate alınması gerekliliğine ilişkin olduğu belirtilebilir. Çalışmamızda öncelikle idari usul yönüyle uluslararası koruma statüsü verilmesi sürecinin aşamaları ile başvurular üzerine verilen kararlara karşı hukuki başvuru yolları incelenmekte, ardından idari yargı kararları ışığında statü belirleme işlemlerine ilişkin başlıca sorunlar değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Mülteci, Şartlı Mülteci, İkincil Koruma, Uluslararası Koruma Statüsü, İdari Yargı.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 02.09.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 05.11.2024
DOI No: 10.54704/akdhfd.1542492

Bu çalışma 05.04.2022 tarihinde düzenlenen "International Refugee Crisis" konferansında sunulan "*Status of Refugees in Recent Administrative Jurisprudence*" başlıklı bildirisinin güncellenmiş ve makale haline getirilmiş şeklidir.

^(**) Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / İzmir, Türkiye
E-posta: burcu.onut@deu.edu.tr
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9853-5238>



INTERNATIONAL PROTECTION STATUS APPLICATIONS WITHIN THE FRAMEWORK OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND ADMINISTRATIVE JURISPRUDENCE

Abstract

Administrative law is a branch of law based on statutes. People who have a certain status, become subject to the rules related to that status. According to the Law no. 6458 on Foreigners and International Protection, refugee, conditional refugee, and subsidiary protection status are international protection statuses. International protection status can be granted upon completion of the status determination process. It can be affirmed that this process is composed of four main stages. The first of these stages is the application, the second is the registration and control, the third is the interview and the fourth is the decision stage. An acceptance or rejection decision may be made upon application for international protection status. An exclusion decision from international protection in cases mentioned in article 64 of the Law no. 6458 and a decision on the inadmissibility in cases mentioned in article 72 may also be made. In cases mentioned in article 77 of the Law no. 6458 the application may be deemed withdrawn. In cases mentioned in article 79 of the Law no. 6458 the decision is made after accelerated procedure. As a rule, an objection can be made to the International Protection Evaluation Commission within ten days from the notification of decisions made on applications for international protection status. It is also possible to file a lawsuit upon administrative objection or directly in administrative jurisdiction. In this case, an intermediate appeal may be taken upon the decision of the Administrative Court. However, decisions on the inadmissibility and decisions given after accelerated procedure can only be subject to judicial review. In this situation, decisions of the administrative court shall be final. It can be indicated within the framework of administrative jurisprudence that the main problems in the process of granting international protection status are especially related to interview, the assessment of fear, risk and credibility, the need to ensure the balance between public order and individual interests, the necessity of taking into account as much as possible international reports. In this study, the stages of the process of granting international protection status in terms of administrative procedure, recourse to review procedures against decisions given upon applications are examined and the main problems relating to the process of granting international protection status are evaluated within the framework of administrative jurisprudence.

Keywords

Refugee, Conditional Refugee, Subsidiary Protection, International Protection Status, Administrative Jurisdiction.

Extended Abstract

In Turkey, the Law on Foreigners and International Protection (Law no. 6458), defines international protection status as “*the status granted for refugee, conditional refugee, and subsidiary protection*”. These statutes can be granted upon completion of the status determination process. Only those who come from European countries are granted refugee status. People who have been granted refugee or subsidiary protection status, may work independently or as employees without needing a separate work permit. Individuals who arrive from countries such as Afghanistan, Algeria, Iran, and Nigeria cannot be admitted as a refugee.

The status determination process is composed of four main stages. These stages are the application, the registration and control, the interview, and the decision stage. An acceptance or rejection decision may be made upon application for the international protection status. An exclusion decision from the international protection in cases mentioned in article 64 of the Law no. 6458 and a decision on the inadmissibility in cases mentioned in article 72 may also be made. In cases mentioned in article 77 of the Law no. 6458 the application may be deemed withdrawn. These decisions are individual administrative acts. As a rule, the competent authority who give the international protection status is the Presidency of Migration Management. The competent authority can delegate its powers to the governorships. The reason of the refugee status decision is indicated in article 61, the reason of conditional refugee status decision is indicated in article 62 and the reason of subsidiary protection status decision is indicated in article 63 of the Law no. 6458. The form of these administrative acts is the written form. Compliance with the procedural rules specified in the legislation, such as rules relating to interview process are related to formal element

of the decision. Indicating the material facts, legal grounds, procedures, and time limits for appeal in the decision are also related to formal element of the decision. The subject of these acts is granting international protection status. The aim is public interest.

Foreigners whose international protection status are rejected have as a rule the right to recourse to administrative review. They have also the right to recourse to judicial review. There is a special provision in the Law no. 6458 regarding the administrative and judicial review of the decision relating to international protection status. According to article 80 of the Law no. 6458, it is possible to recourse to the International Protection Evaluation Commission, except the decision on the inadmissibility of the application and decisions given after accelerated procedure. In case of a negative decision of the Commission, it is also possible to file a lawsuit in the competent administrative court.

As a rule, Ankara Administrative Court have jurisdiction over the case since the Presidency of Migration Management is situated in Ankara. Because it is the court at the place of the administration that establishes the administrative act on international protection status. If the governorate establishes the act, the court at the place of the governorate is the venue for the case. It is possible to apply to an intermediate appeal as a rule against verdicts relating international protection status decisions given by Administrative Courts. Article 46 of the Law No. 2577 is listed actions that can be appealed before the Council of State. It is not allowed to apply to the Council of State against decisions of the Regional Administrative Court regarding international protection status. However, decisions on the inadmissibility and decisions given after accelerated procedure can only be subject to judicial review. Since it is indicated in Article 80 of the Law no. 6458 that these decisions of the court are final, the Regional Administrative Court is not competent as an intermediate appeal court.

In disputes regarding international protection status, the court states that the applicant's situation must be evaluated firstly in terms of "refugee status", then "conditional refugee status", and if it is understood that the applicant cannot obtain either of these statuses, the situation of the appellant should be evaluated in terms of "subsidiary protection". However, the purpose of the international protection cannot be regarded as allowing applicants to stay in the country for reasons that are not determined by the legislation.

GİRİŞ

Türkiye, dünya çapında hemen bütün ülkeleri etkileyen göç olgusundan hem hedef ülke hem de geçiş ülkesi olarak etkilenen bir ülkedir¹. Yabancıların ülkeye giriş, kalış ve çıkışları ile Türkiye’de yabancılara sağlanacak uluslararası korumanın kapsamı, uygulama usulü ile esasları 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda ve söz konusu Kanun’un uygulanmasına ilişkin yönetmelikte² düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeler uyarınca uluslararası koruma, “*mülteci, şarhli mülteci veya ikincil koruma statüsünü*” ifade etmektedir (6458 sayılı Kanun m. 3/1-r; Yönetmelik m. 3/1-z-gg). Geçici koruma statüsü ise uluslararası koruma statüsünden farklıdır. Geçici koruma, ülkesinden ayrılmaya zorlanarak kitlesel olarak Türkiye’ye gelmiş olan, ayrıldıkları ülkeye geri dönemeyen yabancılara sağlanan acil ve geçici korumayı ifade etmekte olup (6458 sayılı Kanun m. 2, 91), Suriye’den gelenler geçici koruma prosedürüne tabidir. Geçici korumanın temel amacının acil kabul sağlanması ile insan haklarının korunması olduğu belirtilebilir³.

¹ Oğuz Sancakdar, “The Legal Status of “Conditional Refugees” in the Light of Turkish Administrative Jurisdiction Decisions”, Sibel Safi ve Lale Burcu Önüt, editör, *Projecting Migration over the Next Twenty Years and Beyond* (Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2022), 183.

² “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” için bkz. RG, 17.03.2016, S. 29656.

³ Işıl Özkan, *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 369.

Uluslararası koruma statüleri, ilgililerine statü belirleme işlemleri sonrasında verilmektedir. Kişilerin uluslararası koruma statülerinden hangisine sahip olduğu hak ve yükümlüklerinin tespiti bakımından önemlidir. Nitekim idare hukuku statülere dayalı bir hukuk dalı olup, statüden kaynaklanan hak ve yükümlülükler önceden genel ve soyut kurallarla belirlenmiştir⁴. Ancak statüye ilişkin kurallar, söz konusu statüdeki kişiler bakımından doğrudan kazanılmış hak oluşturmaz⁵. Bununla birlikte kişiler belirli bir statüye dahil olmakla söz konusu statü içerisindeki hak ve yükümlülüklerini düzenleyen kurallara tabi olurlar. Örneğin çalışma hakkı bakımından, 6458 sayılı Kanun m. 89/4 uyarınca mülteciler ile ikincil koruma statüsüne sahip kişiler, ayrıca bir çalışma iznine ihtiyaç olmadan bağımsız olarak veya belli bir işverenin yanında çalışabilirler. İkamet bakımından da şartlı mülteci statüsüne ve ikincil koruma statüsüne sahip kişilere, belli bir ilde ikamet ile belirlenen süre ve usullerle bildirim yükümlülüğü getirilebilir (6458 sayılı Kanun m. 82). Uluslararası koruma statüsüne ilişkin uyumsuzluklarda mahkeme, başvurucunun durumunun öncelikle “*mülteci statüsü*” ardından “*şartlı mülteci statüsü*”, bu statülerden herhangi birini kesinlikle elde edemeyeceği anlaşılan başvuruda bulunan kişinin durumunun ikincil koruma açısından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁶.

Uluslararası koruma statülerinden biri olan mülteci statüsü, “*Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye*” verilen statüyü ifade eder (6458 sayılı Kanun m. 61). Mülteci statüsü bakımından 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nde⁷ Türkiye’nin coğrafi kısıtlaması söz konusu olup, yalnızca Avrupa ülkelerinden gelen kişilere mülteci statüsü verilmektedir. 6458 sayılı Kanun uygulamasında, Avrupa Konseyi’ne üye ülkeler ve Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen diğer ülkeler Avrupa ülkeleridir (6458 sayılı Kanun m. 3/1-b).

⁴ Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 46.

⁵ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 42.

⁶ Ankara 1. İdare Mahkemesi, 11.06.2015, E. 2014/2352, K. 2015/1252; Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/945, K. 2016/88; Karar için bkz. Sibel Safi, *Mülteci Hukuku* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017), 699-701.

⁷ Cenevre Sözleşmesinin mülteci kavramına yaklaşımı için bkz. Uğur Samancı, “Powers of the UN Security Council under Chapter VII of the UN Charter and Situations Giving Rise to the Mass Influx as a Threat to the Peace”, Sibel Safi ve Lale Burcu Önüt, editör, *Projecting Migration*, 320; 6458 sayılı Kanun’daki mülteci tanımı Cenevre Sözleşmesi’ne uygundur. Özkan, *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku*, 446.

Şartlı mülteci statüsü ise, “Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle...” verilen bir uluslararası koruma statüsü olup, mülteci statüsü verilmesini gerektiren sebepler şartlı mülteci statüsü açısından da söz konusudur (6458 sayılı Kanun m. 62). Afganistan, Cezayir, İran, Nijerya gibi ülkelerden gelen kişilere şartlı mülteci statüsü verilebilmektedir⁸. Ancak örneğin Ukrayna Avrupa Konseyi üyesi olduğundan Ukrayna’dan gelenler şartlı mülteci statüsüne sahip olamaz⁹. Bununla birlikte somut olaya göre söz konusu kişiler 6458 sayılı Kanun m. 61’deki sebeplere bağlı olarak mülteci statüsüne sahip olabilirler¹⁰.

Gerek mülteci gerek şartlı mülteci statüsüne sahip olabilmek için yukarıda belirtilen beş unsurdan (belli bir toplumsal gruba mensubiyet, ırk, din, tabiiyet, siyasi düşünce) en az birine bağlı olarak zulme uğranılacağı yönünde haklı sebebe dayanan korkunun ortaya konulması gerekir. Söz konusu beş unsurdan en az birine bağlı olarak zulme uğrama korkusu ve riski bulunan kişilere mülteci veya şartlı mülteci statüsü verilir. Genelleşmiş bir şiddet ortamına maruz kalınacak olması, örneğin savaş ortamında bulunulması nedeniyle yaşamın sürdürülebilmesi bakımından kaygı duyulması mülteci veya şartlı mülteci statüsüne sahip olunmasına neden olmamaktadır¹¹. Benzer şekilde ekonomik nedenler de söz konusu statülerin verilmesine neden olmaz¹².

İkincil koruma statüsü ise, mülteci veya şartlı mülteci olamayan, bununla birlikte menşe ülkesine veya ikamet ülkesine gönderilmesi durumunda, “ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek”, “işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak”, “uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak” olduğundan menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya belirtilen durumlar nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı veya vatansız kişiye tanınan statüyü ifade eder (6458 sayılı Kanun m. 63). Örneğin, savaş nedeniyle şiddete uğrayacağı korkusuyla Ukrayna’dan gelen ve mülteci statüsüne sahip olamayan kişilerin durumu ikincil koruma statüsü çerçevesinde değerlendirilebilir¹³.

Belirtilen statülere başvuruların değerlendirildiği çalışmamızda öncelikle idari usul yönüyle uluslararası koruma statüsü verilmesi sürecindeki aşamalar (I) ile uluslararası koruma statüsü başvurusu üzerine verilen kararlara karşı hukuki başvuru yolları (II) incelenmekte, ardından idari yargı kararları ışığında statü belirleme işlemlerine

⁸ Sancakdar, “Conditional Refugees”, 184.

⁹ Aslıhan Çoban, “Türkiye’de Bulunan Ukraynalıların Uluslararası Koruma Statüleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *TAAD15*, S. 58 (2024): 95.

¹⁰ Çoban, “Türkiye’de Bulunan Ukraynalıların”, 96.

¹¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 839.

¹² Sakarya 1. İdare Mahkemesi, 30.05.2018, E. 2018/118, K.2018/503; İstanbul BİM10.İDD, 14.11.2018, E. 2018/3171, K. 2018/3036.

¹³ Çoban, “Türkiye’de Bulunan Ukraynalıların”, 96-97.

ilişkin başlıca sorunlar (III) değerlendirilmektedir. Statü belirleme işlemlerine ilişkin başlıca sorunların özellikle mülakat aşamasına, korku, risk ve inanılabilirlik değerlendirmesine, kamu düzeni ile bireysel çıkar dengesinin sağlanmasına ve uluslararası raporların mümkün mertebe dikkate alınması gerekliliğine ilişkin olduğu belirtilebilir.

I. İDARİ USUL YÖNÜYLE ULUSLARARASI KORUMA STATÜSÜ VERİLMESİ SÜRECİNDEKİ AŞAMALAR

Uluslararası koruma statüleri, ilgililerine statü belirleme işlemleri sonrasında verilebilmektedir. Bu sürecin dört temel aşamadan oluştuğu belirtilebilir. Bu aşamalardan ilki başvuru, ikincisi kayıt ve kontrol, üçüncüsü mülakat ve dördüncüsü karar aşamasıdır. Ülkemizde genel bir idari usul kanunu bulunmamakla birlikte, 6458 sayılı Kanun'da uluslararası koruma statüsü verme süreci ve başvuruda bulunan kişilerin bu süreçteki hak ve yükümlülükleri¹⁴ düzenlenmiştir. Uluslararası koruma statüsü verme işlemleri, 6458 sayılı Kanun'da düzenlenen usul hükümlerine tâbidir.

A. BAŞVURU AŞAMASI

Uluslararası koruma statüsü verilmesi sürecindeki ilk aşama başvuru aşamasıdır. Başvurular, kural olarak valiliklere yapılır. Sınır kapılarındaki veya ülke içindeki kolluk birimlerine yapılmaları durumunda da başvurular derhal valiliğe bildirilir (6458 sayılı Kanun m. 65). Başvurunun kural olarak yasal temsilci¹⁵ veya avukat¹⁶ aracılığıyla yapılamayacağı kabul edilmektedir¹⁷. Nitekim 6458 sa-

¹⁴ Akıllıoğlu, yönetim hukukunun yönetsel yöntem (idari usul) ve yönetsel yargı yöntemi (idari yargılama usulü) olmak üzere iki usul alanına sahip olduğunu, yönetsel yöntemin (idari usul) ihlal vukuunu önlere konumda olduğunu, yönetsel yöntemde "yönetimin mükemmel ve tam işleyişinin, etkisinin sağlanması" yanında "bireyin korunması"nın da ikinci büyük amaç ve değer olarak yer aldığını belirtmektedir. Tekin Akıllıoğlu, "İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, S. 2, (2008): 13; İdari usul ilkelerinin işlemin tesisi öncesinde bireylere işlemin yapılmasına katılma imkanı sağladığı için demokratik devletle, bireylere önceden kanunla belirlenmiş haklar verdiği ve idareye de önceden kanunlarla belirlenmiş usullerde işlem yapma ödevi yüklediği için hukuk devleti ilkesiyle yakından ilgili olduğu yönünde bkz. Çınar Can Evren, "İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 23, S. 91 (2010): 111; İdari usul kurallarının işlem yapma sürecinde idarenin ve işlemin muhatabı kişi ve kişilerin sürece ilişkin hak ve yükümlülüklerini ifade ettiği yönünde bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 560.

¹⁵ Yasal temsilde temsil yetkisinin kaynağı kanun hükmüdür. Kanunun verdiği yetkiye dayanarak başkası adına hukuki işlem yapan kişi yasal temsilcidir. Örneğin Medeni Kanun m. 342'de anne ve babanın çocuklarının yasal temsilcisi olduğu belirtilmiştir. Yasal koşullar oluştuğunda yasal temsilci mahkeme kararı ile de belirlenebilir. Veli ve vasi yasal temsilcidir. Kanuni temsilci kavramına ilişkin olarak bkz. İsmail Kayar, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 101; Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 126-127.

¹⁶ Temsil olunanın verdiği temsil yetkisine dayanarak onun adına hukuki işlem yapan kişi iradi temsilcidir. İradi temsil yetkisinin kaynağını temsil olunanın iradesi oluşturmaktadır. İradi temsilci kavramına ilişkin olarak bkz. Kayar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri*, 101; Ünlütepe, *Borçlar Hukuku*, 127. Uluslararası koruma statüsünde bulunan kişinin avukatı da iradi temsilcidir.

¹⁷ <https://www.goc.gov.tr/uluslararasi-koruma-sss>, Erişim Tarihi: Eylül 16, 2024.

yılı Kanun m. 65'te de başvurunun bizzat yapılacağı ve yabancı veya vatansız kişinin kural olarak yalnızca kendisi adına başvuru yapabileceği belirtilmiştir. Başvuruda bulunan kişinin aile üyesi adına başvuru yapabilmesi bu kişinin kendisiyle birlikte gelmiş olması ve kendisiyle aynı gerekçelere dayanması durumunda mümkündür. Söz konusu kişi ergin ise ayrıca muvafakati aranır (6458 sayılı Kanun m. 65). İdari gözetim altındayken Göç İdaresi Başkanlığı'na¹⁸ bağlı geri gönderme merkezinde başvuru yapılabilmesi de mümkündür. İdari gözetim kararı idari tedbir niteliğindedir¹⁹. Bu karara karşı sulh ceza hâkimine²⁰ başvurulabilir. İdari gözetimi durdurmayan söz konusu başvuru üzerine inceleme beş gün içerisinde sonuçlandırılarak kesin karar verilir (6458 m. 57/6). İdari gözetim altındayken başvuru yapılması durumunda başvuru Göç İdaresi Başkanlığı'na iletilir. Başvuruda bulunan kişiler başvuru aşaması ile aşağıda belirtilen kayıt ve mülakat aşamalarında tercüman yardımından yararlanma hakkına sahiptirler (6458 sayılı Kanun m. 70).

Başvuru sahibinin başvurusunu geri çekmesi veya 6458 sayılı Kanun m. 77'de belirtilen nedenlerle başvurunun geri çekilmiş sayılması durumunda statü belirleme sürecindeki sonraki aşamalara geçilmez. Bu durumlar statü belirleme sürecindeki herhangi bir aşamada söz konusu olduğunda değerlendirme durdurulur. Örneğin 6458 sayılı Kanun m. 77/1-ç uyarınca mazereti olmadan; bildirim yükümlülüğünün üst üste üç kez yerine getirilmemesi, belirlenmiş olan ikamet yerine gidilmemesi, kişinin ikamet yerinden izinsiz ayrılması durumunda başvurunun geri çekilmiş sayılmasına karar verilir. Uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişilerin kendilerine yüklenen yükümlülüklere uygun davranmaları, yükümlülüklerin yerine getirilmesine engel teşkil edecek bir mazeretin söz konusu olduğu durumlarda mazereti ispatlayacak gerekli bilgi ve belgeleri idareye iletmeleri gerekir. Uyuşmazlık konusu olan bir olayda, uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişi ikamet ilini izinsiz terk etmemesi gerekirken izin almadan İzmir'e gitmiş ve imza bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Başvuru sahibinin imza bildirim yükümlülüğüne tabi olduğunu ve ikamet ilini izinsiz terk

¹⁸ 85 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Genel Müdürlüğün statüsü Başkanlık olarak değiştirildiğinden çalışmamızda Göç İdaresi Genel Müdürlüğü yerine Göç İdaresi Başkanlığı denilmektedir. RG, 29.10.2021, S. 31643. Fransız sistemindeki l'Office Française de l'immigration et de l'integration'a ilişkin olarak ayrıca bkz. Elif Altınok Çalışkan ve Serkan Seyhan, "Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat Yapısı ve Hukuksal Statüsü", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*16, S. 2 (2017): 140- 145.

¹⁹ İdari cezaların temel amacı hukuka aykırı fiilleri cezalandırmak iken, idari tedbirlerin temel amacı kamu düzeninin korunmasıdır. Fransa'da idari tedbir ve idari ceza kavramlarına ilişkin değerlendirme için bkz. Hasan Dursun, "Fransa'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması", *TAAD* 8, S. 31 (2017): 486- 490; Ayrıca idari tedbir ve idari ceza ayırımına ilişkin olarak bkz. Ali D. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 17; Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 485-488.

²⁰ Sulh ceza mahkemeleri 6545 sayılı Kanun ile kaldırılmış ve sulh ceza hakimlikleri kurulmuştur. RG, 28.06.2014, S. 29044.

edemeyeceğini bildiren yazının davacı ile tercümanı tarafından imzalanmış olduğunu ve söz konusu yazı içeriğinin muğlak olmayıp somut ve açık olduğunu dikkate alan İdare Mahkemesi 6458 sayılı Kanun m. 77/1-ç uyarınca başvurunun geri çekilmiş sayılması işleminin hukuka uygun olduğu kanaatine varmıştır²¹.

B. KAYIT VE KONTROL AŞAMASI

Başvuruların kaydı valilikler tarafından yapılır. Başvuranın kayıt sırasında kimliğini doğru bildirme ve mevcut ise kimliğin ispatını sağlayacak belge ile seyahat evraklarını yetkili makamlara verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kimliğin tespiti için başvuranın eşyalarında ve üzerinde kontrol söz konusu olabilir. Başvuranın kimliğine ilişkin belge bulunmaması durumunda, kişisel veri karşılaştırması ve araştırma sonucunda elde edilen bilgiler kullanılır. Bu çerçevede kimliğe ilişkin bilgi edinilememesi durumunda beyan esastır (6458 sayılı Kanun m. 69).

Kayıt sırasında; başvuranın menşe veya ikamet ülkesini terk nedenlerine, ülkesinden ayrıldıktan sonra yaşadığı, başvurusuna sebep olan olaylara, Türkiye'ye giriş şekline, kullandığı güzergâhlar ile araçlara, önceden uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş veya korumadan yararlanmış ise, bu durumlara ilişkin bilgi ve belgeler alınır (6458 sayılı Kanun m. 69).

Bu aşamada idarenin başvuranı bazı hususlarda bilgilendirme yükümlülüğü söz konusudur. Kayıt sırasında bir sonraki aşama olan mülakatın zamanı ve yeri başvurana bildirilir (6458 sayılı Kanun m. 69). Başvuran aynı zamanda başvurusuyla ilgili izlenecek usuller, değerlendirme sürecinde sahip olduğu hak ve yükümlülükleri ile bunlara uymaması veya yetkililerle iş birliği yapmaması durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar, itiraz usulleri ve itiraz süreleri hakkında da bilgilendirilir (6458 sayılı Kanun m. 70).

C. MÜLAKAT AŞAMASI

Mülakat aşaması, başvurular hakkında etkin ve adil bir değerlendirme yapılabilmesi bakımından önemli bir aşamadır²². Bu aşamanın 6458 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmiş olması hukuki dinlenilme hakkı bakımından da önemlidir. Bu hak, genel olarak idari işlemde etkilenecek kişilere idare tarafından, idari işlemin hazırlanışı öncesinde karar için belirleyici önemli vakıalarla ilgili olarak görüş açıklama fırsatı verilmesini ifade eder²³. Her ne kadar ülkemizde henüz genel bir idari usul hakkı olarak hukuki dinlenilme hakkı tanınmadığı belirtilebi-

²¹ Erzurum 1. İdare Mahkemesi, 21.11.2019, E. 2019/308, K. 2019/1525; Bildirim yükümlülüğüne ilişkin olarak ayrıca bkz. Kasım Ocak, "6458 Sayılı Kanun Uyarınca Yapılan Uluslararası Koruma Başvurularının Türk İdari Yargısında Ele Alınması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*23, S. 4 (2019): 373- 376.

²² Ocak, "6458 Sayılı Kanun", 379.

²³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 562; Söz konusu hakka ilişkin olarak ayrıca bkz. Mehpare Çaptuğ, *İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 153-167.

lirse²⁴ de 6458 sayılı Kanun'da öngörülen mülakat aşaması geniş anlamda hukuki dinlenilme hakkı kapsamındadır.

6458 sayılı Kanun'da, kural olarak kayıttan itibaren otuz gün içerisinde başvuranla bir mülakat yapılacağı belirtilmiştir²⁵. 6458 sayılı Kanun m. 75'te başvuranın talep etmesi durumunda avukatının mülakata gözlemci olarak katılabileceği düzenlenmiştir. Mülakat aşaması başvuru üzerine verilen kararın şekil unsuru ile ilgili olup, bu aşama alınacak kararı doğrudan etkilemektedir. Bu aşamada avukata sadece gözlemci olarak katılım yetkisi verilmesi ise, avukatların yetki alanını kısıtlamakta olup, başvuranın iddialarına hukuksal zemin kazandırılması bakımından avukatın söz konusu sürece etkin katılımına imkân sağlayacak bir düzenleme yapılması uygun olacaktır²⁶.

Mülakat aşamasında başvuran yetkililerle iş birliği yapmalı, başvurusunu destekleyecek tüm bilgi ve belgeleri sunmalıdır. Gerekli ise başvuranla on gün aralıklarla ek mülakatlar yapılabilir. Mülakatlar başvuran bilgilendirilerek kayıt altına alınabilir. Mülakatların sonunda tutanak düzenlenerek başvurana verilir (6458 sayılı Kanun m. 75).

Mülakat aşamasındaki işlemler hazırlık işlemi niteliğinde olduklarından iptalleri için dava açılmaz²⁷. Nitekim dilekçeler ilk incelemede İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m. 14 uyarınca, incelenir ve idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken işlemlerden olmadıkları için hazırlık işlemlerine karşı dava açılması durumunda İYUK m. 15/1-b uyarınca dava reddedilir. Bu çerçevede örneğin mülakatın olumsuz sonuçlandığından bahisle mülakatın iptali için dava açılmaz²⁸. Bununla birlikte mülakata ilişkin işlemler hazırlık işlemi niteliğinde olduklarından dava konusu olmasa da uluslararası koruma başvurusunun reddi işlemine karşı dava açılabilir. Söz konusu davada ise resen inceleme ilkesi çerçevesinde mahkeme idareden işlem dosyasını ister ve mülakatın usulüne uygun olup olmadığını da denetler. Bu çerçevede örneğin mülakatta görev alan personelin, mülakat teknikleri ile mülteci ve insan hakları hukuku ile menşe ülke bilgisi vb. konularda eğitim alıp almadığı da incelenebilir²⁹.

²⁴ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 563.

²⁵ Hızlandırılmış değerlendirme sürecinde ise başvuru tarihinden itibaren en geç üç gün içerisinde mülakat yapılır ve başvuru mülakattan sonra en geç beş gün içerisinde sonuçlandırılır. (6458 sayılı Kanun m. 79/2)

²⁶ Nazım Taha Koçak, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Avukatla Temsil Sorunu", *İstanbul Barosu Dergisi*89, S. 3 (2015): 112-113, 117.

²⁷ Nihai işlem öncesindeki işlemler hazırlık işlemi niteliğindedir ve iptalleri için dava açılmaz. Mülakatın olumsuz sonuçlandığından bahisle mülakatın iptali için dava açılmaz. Nuray Ekşi, "2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi", *Göç Araştırmaları Dergisi* 1, S. 1 (2015): 24.

²⁸ Ekşi, "İstinaf Müessesesinin", 24.

²⁹ Çanakale İdare Mahkemesi, 18.08.2020, E. 2020/1388, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2024, <https://multecihukuku.net>.

D. KARAR AŞAMASI

Uluslararası koruma başvurusu üzerine kabul veya ret kararı verilebileceği gibi 6458 sayılı Kanun m. 64'te belirtilen durumlarda uluslararası korumanın haricinde tutulma, 6458 sayılı Kanun m. 72'de belirtilen durumlarda kabul edilmezlik kararı, 6458 sayılı Kanun m. 77'de belirtilen durumlarda da başvurunun geri çekilmiş sayılmasına karar verilebilir. 6458 sayılı Kanun m. 79'da belirtilen durumlarda da hızlandırılmış değerlendirme süreci neticesinde karar verilir. Uluslararası koruma başvurusunun kabul veya reddi ile başvurunun geri çekilmiş sayılması, uluslararası korumanın haricinde tutulma, kabul edilmezlik kararları idari işlem niteliğindedir. Söz konusu kararlar birel idari işlem niteliğinde olup, icrai niteliğe sahip söz konusu kararlara karşı idari yargıda dava açılabilir³⁰.

Uluslararası koruma başvurusu hakkında kayıttan itibaren kural olarak en geç altı ay içerisinde Göç İdaresi Başkanlığı karar verir. Karar yetkisinin valiliklere devri de mümkündür (6458 sayılı Kanun m. 78). Kanun günümüzde valiliklere yetki devri³¹ yapılmasına izin vermektedir. Karar yetkisinin valiliğe devri durumunda yetki ve sorumluluğun paralelliği çerçevesinde yetkiyi devralan valilik sorumluluğu da üstlenmektedir. Karar yetkisinin valilik dışında bir makama devri durumunda karar, yetki tecavüzü nedeniyle hukuka aykırı olur³². Uyuşmazlık konusu bir olayda İran asıllı M.S.'nin başvurusu Aksaray Valiliği İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından reddedilmiştir. Ancak karar tarihinde Kanun'da Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün sadece alt kademelerine yetki devrinde bulunabileceğine ilişkin düzenleme bulunmaktaydı. Bu çerçevede başvurunun reddi kararına karşı açılan davada karar verme yetkisi bulunmayan Valiliğin işleminin yetki açısından hukuka uygun olmadığı kabul edilmiştir. Aksaray İdare Mahkemesi, "... Kanununun 78. maddesinde uluslararası koruma başvurularının ... Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nce sonuçlandırılacağı (karar verme yetkisinin anılan genel müdürlüğe aynı kanununun 112/2 maddesi uyarınca yetki devri halinde alt kademelerine ait olduğu) açıkça hüküm altına alındığından..." işlemin iptaline karar vermiştir³³.

³⁰ Fransa'da ise statü belirleme işlemlerine karşı tam yargı davası açılmakta olup, söz konusu işlemlerin denetimi bakımından ihtisas mahkemeleri görevlidir. Yargısal denetim bakımından Fransa ile karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Burak Öztürk, "Fransa ve Türkiye'de Uluslararası Koruma Statüsü Değerlendirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi", *Ankara Barosu Dergisi* 77, S.3 (2019): 99.

³¹ Kanun veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi istisnai olarak, idari makamın diğer bir makama yetkilerinin bir kısmını devredebilmesine izin verebilmektedir. Yetki devri; yetkinin Kanun veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin izin verdiği durumlarda idare adına irade açıklayabilecek bir başka makama verilmesidir. Yetki devri istisnaidir. Kural olarak yetkiyi devralan makam sorumluluğu da devralır. Yetki devrine ilişkin olarak ayrıca bkz. Sancakdar, Önüt, Doğan Us, Turhan Kasapoğlu ve Seyhan, *İdare Hukuku Teorik*, 133, 328; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 188-198.

³² Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 195.

³³ Aksaray İdare Mahkemesi, 10.10.2017, E. 2017/547, K. 2017/1375; Benzer yönde bkz. İzmir 1. İdare Mahkemesi, 10.12.2020, E. 2020/22, K. 2020/1632, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2024, <https://multecihukuku.net>.

Başvurunun reddi halinde kararın maddi gerekçeleri ile dayanakları kararda belirtilir (6458 sayılı Kanun m. 78). Esasen gerekçe yükümlülüğünün temel dayanağı hukuk devleti ilkesidir³⁴. Gerekçe yükümlülüğü, iyi yönetim hakkının bir gereğidir³⁵. İdari usulün önemli ilkelerinden biri olan gerekçe ilkesinin, yalnızca hukuk devletinin, idarenin kanuniliğinin bir sonucu olmadığı kişilerin hukuki korunmasının da ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilmekte, genel olarak gerekçe yükümlülüğünün kontrol, açıklık kazandırma, ispat, ikna ve tatmin ile hukuki yardım işlevine sahip olduğu belirtilmektedir³⁶. Ancak ülkemizde gerekçe yükümlülüğüne yer veren genel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. 6458 sayılı Kanun'un ise, idareyi gerekçe bildirmekle yükümlü tutan özel düzenlemelerden biri olduğu belirtilebilir. İşlem sebebinin işlem metninde gösterilmesinin zorunlu tutulduğu durumlarda işlemin sebebinin gösterilmemesi şekil yönünden sakatlığa neden olur³⁷. Ancak bu durum her zaman Danıştay tarafından iptal sebebi olarak kabul edilmemektedir³⁸.

6458 sayılı Kanun m. 78 uyarınca karar başvurana, yasal temsilcisine veya avukatına tebliğ edilir. Başvuranın avukatla temsil edilmemesi durumunda 6458 sayılı Kanun m. 78/6 uyarınca kararın sonucu, itiraz usul ve süreleri hakkında başvuran veya yasal temsilcisi bilgilendirilir. Karara karşı başvuru yolları ve süreleri hakkında bilgilendirme yükümlülüğü esasen anayasal bir yükümlülüktür. Nitekim Anayasa m. 40/2 uyarınca karar metninde başvuru yolları ile başvuru sürelerine yer verilmesi gerekir. Danıştay da Anayasa'daki söz konusu düzenlemenin ayrı bir yasal düzenleme gerekmezden doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğunu ve öncelikle uygulanması gerektiğini belirtmiştir³⁹. Kişilerin başvuru yapabilecekleri süreleri ve mercileri bilmelerinin sağlanması hukuk devletinin bir gereğidir⁴⁰. Kararda karara karşı başvuru yolları ile süresinin belirtilmesi hak arama hürriyetinin güvence altına alınması açısından da önemlidir. Karar metninde karara karşı dava açma süresinin belirtilmemesi durumunda, özel dava açma

³⁴ Bahtiyar Akyılmaz, "İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü", *Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2005), 18, 20, 21, 33; Atıla Erkal, "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 1, (2009): 125-126; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 575.

³⁵ Sancakdar, Önüt, Doğan Us, Turhan Kasapoğlu ve Seyhan, *İdare Hukuku Teorik*, 108-109.

³⁶ Akyılmaz, "Gerekçe Yükümlülüğü", 21, 22-24; Gerekçe yükümlülüğünün işlevine ilişkin olarak ayrıca bkz. Erkal, "Gerekçe Yükümlülüğü", 126, 131.

³⁷ Erkal, "Gerekçe Yükümlülüğü", 134; Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, "Disiplin Cezalarında Gerekçe İlkesi", *Danıştay Dergisi*, S. 152 (2020): 121, 124.

³⁸ Erkal, "Gerekçe Yükümlülüğü", 127, 131; Evren, "İdari Usul İlkelerinin", 138-139; Danıştay kararlarında gerekçe ilkesine ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Çınarlı ve Azak, 124-129.

³⁹ Örneğin bkz. D4.D, 13.11.2006, E. 2005/2134, K. 2006/2156, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2024, www.kazanci.com.tr; Anayasa'da açıkça düzenlenmiş bir konunun kanuni düzenlemeye ihtiyaç olmaksızın doğrudan uygulanabilmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. Mustafa Oğuzhan Bölükbaşı, "Devlet İşlemlerinde Kanun Yolları, Merciler ve Başvuru Sürelerini Gösterme Yükümlülüğü (Anayasa'nın 40/2. Maddesi)", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, S. 15 (2020): 101.

⁴⁰ Bölükbaşı, "Anayasa'nın 40/2. Maddesi", 98.

süresinin geçirildiğinden bahisle davanın reddi hukuka uygun olmaz⁴¹. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2022 tarihli kararında da bu durumda genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁴². Ancak genel olarak dava açma süresini gösterme zorunluluğunun, yalnızca özel dava açma süresinin söz konusu olduğu durumlarda aranmasının da hak arama hürriyeti ile bağdaşmayacağı belirtilebilir⁴³.

Uluslararası koruma statüsü başvurusunda bulunan kişinin başvurusu ile ilgili bilgi edinme hakkı da bulunmaktadır. Söz konusu hak genel olarak hukuk devleti, düşünce özgürlüğü, dilekçe hakkı, hak arama hürriyeti ve basın özgürlüğü gibi anayasal ilkelerle bağlantılıdır⁴⁴. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda da Türkiye'de ikamet eden yabancıların bilgi edinme hakkı düzenlenmiştir (m. 4). Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileri ile ilgili bilgi istediklerinde, 4982 sayılı Kanun hükümlerinden "*karşılıklılık ilkesi*" çerçevesinde yararlanırlar. Karşılıklılığı ispat yükümlülüğü ise başvuru sahibine değil, idareye aittir⁴⁵.

6458 sayılı Kanun'a ilişkin uygulama yönetmeliği m. 117'de de başvuru sahibinin kişisel dosyasında bulunan belgelerin örneğini yazılı olarak talep edebileceği, bu durumda kendisine, yasal temsilcisine veya avukatına belgenin tutanakla teslim edileceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre tutanakta, verilen belge örneklerinin yalnızca idari itiraz veya yargı sürecinde savunma için kullanılabileceği, üçüncü kişilere verilmeleri veya açıklanmaları durumunda hukuki sorumluluğun söz konusu olacağı uyarısına da yer verilir.

Uluslararası koruma statüsü başvurusu üzerine verilen başvurunun kabulüne veya reddine ilişkin kararlar yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere idari işlemdir. Başvurunun kabulü durumunda, uluslararası koruma statüsüne sahip olunmaktadır. Maddi açıdan yapılan sınıflandırma çerçevesinde bu işlem birel koşul işlemdir⁴⁶. Başvurunun reddi durumunda ret kararlarının hukuka uygunluğu idari yargıda idari işlemlerin unsurları yönünden incelenebilir. Diğer bir ifade ile işlemin hukuka uygunluğu iptal davasında yetki, şekil, sebep, konu, amaç unsurları bakımından incelenir (İYUK m. 2/1).

Söz konusu unsurlar çerçevesinde incelendiğinde; uluslararası koruma statüsü başvurusu üzerine verilen kararlarda yetkili makam yukarıda belirtmiş ol-

⁴¹ Örneğin bkz. D4.D, 13.11.2006, E. 2005/2134, K. 2006/2156, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2024, www.kazanci.com.tr.

⁴² DİBK, 15.03.2022, E. 2021/2, K. 2022/1, RG, 19.06.2022, S. 31871.

⁴³ Bölükbaşı, "Anayasa'nın 40/2. Maddesi", 105.

⁴⁴ Cemil Kaya, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005): 210.

⁴⁵ Kaya, *Bilgi Edinme Hakkı*, 219.

⁴⁶ "Bir kişi, nesne ya da olaya ilişkin olarak yapılan ve genel bir hukuksal durumdan bir diğerine girme, onun içinde bulunma veya ondan çıkma sonucunu doğuran" işlemler koşul (şart-tasarruf, durum) işlemidir. İl Han Özay, *Günışığında Yönetim* (İstanbul: Alfa Yayınları, 1996), 338; Ayrıca bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınevi, 2011), 127.

duğumuz üzere kural olarak Göç İdaresi Başkanlığıdır. Ancak valiliklere yetki devri yapılabilmesi mümkündür. İşlem yazılı şekle tabidir. Mevzuatta belirlenen usul kurallarına uyulmasının, bu çerçevede mülakat süreci ile 6458 sayılı Kanun m. 78 uyarınca, olumsuz kararda kararın maddi gerekçeleri ile dayanaklarının, karara karşı başvuru yolları ile süresinin belirtilmesinin de işlemin şekil unsuru ile ilgili olduğu belirtilebilir⁴⁷. İşlemin sebebi mülteci statüsü bakımından 6458 sayılı Kanun'un 61., şartlı mülteci statüsü bakımından 62., ikincil koruma statüsü bakımından 63. maddesinde belirtilmiştir. İşlemin konusu, başvurana ilgili uluslararası koruma statüsünün verilmesidir. İdari işlemin amacı da genel olarak kamu yararadır. Somut olaya göre değerlendirme yapılmalı, insan onuru ile kamu düzeni ve güvenliği korunmalıdır⁴⁸. Uluslararası korumanın amacı, kişilerin mevzuatta belirtilen sebepler dışında ülkede kalmalarına izin verilmesi değildir⁴⁹.

II. KARARLARA KARŞI HUKUKİ BAŞVURU YOLLARI

Uluslararası koruma statüsü başvurusu üzerine verilen kararlara karşı kural olarak idareye itiraz ve yargı yoluna başvurma hakkı söz konusudur. İdareye itiraz veya yargı yoluna başvurulması durumunda söz konusu başvurular sonuçlandırılıncaya kadar ilgilinin ülkede kalışına izin verilir (6458 sayılı Kanun m. 80/1-e). Dolayısıyla ilgilinin ülkede kalışı için ayrıca bir yürütmenin durdurulması kararı gerekli değildir. 6458 sayılı Kanun'da idari itiraz ve yargı yoluna başvuruya ilişkin özel hüküm bulunmaktadır. 6458 sayılı Kanun'da belirtilen idari yargıda dava açma süresine, yürütmenin durmasına, idare mahkemesi kararlarının kesinliğine ilişkin düzenlemeler İYUK'a göre öncelikle uygulama alanı bulur⁵⁰. Bu çerçevede örneğin dava açma süresi bakımından, İYUK'taki genel dava açma süresi yerine 6458 sayılı Kanun'daki özel dava açma süresi uygulanacaktır. 6458 sayılı Kanun m. 78'de uluslararası koruma başvurularının kayıttan itibaren ku-

⁴⁷ Sebep ile gerekçenin farklı işlevleri olduğu, sebep unsurunun yargıca, gerekçenin ise daha çok ilgiliiye yönelik olduğu, işlemin gerekçesinin işlemin şekil unsuru ile ilgili olduğu yönünde bkz. Akyılmaz, "Gerekçe Yükümlülüğü", 18; Sebebin daha ziyade idareyi işlem yapmaya yönelten etken, gerekçenin ise en basit şekliyle işlem sebebinin ilgiliiye bildirilmesi olduğu yönünde bkz. Erkal, "Gerekçe Yükümlülüğü", 120; Gerekçenin işlem nedeninin işlem metninde gösterilmesi olduğu yönünde bkz. Evren, "İdari Usul İlkelerinin", 136; Danıştay'ın gerekçe ilkesine aykırı olarak tesis edilen işlemlere ilişkin yaklaşımının ise işlemin şekil unsuru yönünden iptali yerine işlemin sebebinin araştırılması ve uyumsuzluğun esastan çözümüne doğru evrildiği, bazı kararlarda hukuka uygunluk değerlendirmesinin şekil unsuru yönünden değil, işlemin sebep unsuru yönünden yapıldığı yönünde bkz. Çınarlı ve Azak, 128; Genel olarak idari işlemlerde işleme karşı başvuru yolları ile süresinin belirtilmesinin işlemin şekil unsuru ile ilgili olduğu, bununla birlikte Danıştay'ın başvuru süresi ile mercinin gösterilmemesini salt şekle aykırılık olarak kabul etmediği, Anayasa m. 40/2'yi dava açma süresi bağlamında değerlendirdiği yönünde bkz. Bölükbaşı, "Anayasa'nın 40/2. Maddesi", 105, 108-111, 116, 119.

⁴⁸ Sancakdar, "Conditional Refugees", 189.

⁴⁹ Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/594, K. 2015/2960; Karar için bkz. Sibel Safi, *Mülteci Hukuku*, 698-699.

⁵⁰ Ekşi, "İstinaf Müessesesinin", 39.

ral olarak en geç altı ay içerisinde sonuçlandırılacağı öngörüldüğünden, İYUK m. 10 uyarınca otuz gün içerisinde idarenin cevap vermemesi zımni ret olarak kabul edilemeyecektir⁵¹. Ayrıca idari itiraz özel olarak düzenlendiğinden, kabul edilemez başvurular ile hızlandırılmış değerlendirme neticesinde verilen kararlar bakımından da sadece yargı yoluna başvurulabileceği kabul edildiğinden İYUK m. 11’de yer alan üst makamlara başvuruya ilişkin düzenleme de uygulanamayacaktır. Yetkisiz üst makama başvurulması dava açma süresini durdurmayaacaktır⁵².

A. İDARİ BAŞVURU

6458 sayılı Kanun m. 80 uyarınca, uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişi, yasal temsilcisi veya avukatı Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonu’na⁵³ kararın tebliğinden itibaren on gün içerisinde, kabul edilemez başvurular ile hızlandırılmış değerlendirme neticesinde verilen kararlar hariç itiraz edebilir. Söz konusu idari itiraz ihtiyari başvuru yolu olarak düzenlenmiştir⁵⁴. 6458 sayılı Kanuna ilişkin uygulama yönetmeliği m. 100’de Komisyon’un itirazları değerlendirirken dikkate alacağı hususlar belirtilmiştir. Komisyon, idarenin kararını usul ve esas yönünden incelerken yetkili makamlardan bilgi talep edebilir, itiraz sahibiyle, yasal temsilcisiyle veya avukatıyla da görüşebilir.

İdari itiraz yapılmadan veya itiraz sonuçlanmadan da dava açılabilir. İtiraz sonuçlanmadan dava açılması durumunda itiraza ilişkin inceleme durdurulur (Yönetmelik m. 101/3). 6458 sayılı Kanun’da itiraz sonucunun ilgili kişiye, yasal temsilcisine veya avukatına tebliğ edileceği belirtilmiştir. Kararın olumsuz olması durumunda avukatla temsil durumu yoksa, kararın sonucu, itiraz usul ve sürelerine ilişkin olarak ilgili kişi veya yasal temsilcisi bilgilendirilir (6458 sayılı Kanun m. 80/1-b).

Yönetmelikte itirazın dava açma süresini durdurmayaacağı belirtilmiştir (Yönetmelik m. 101/3). Ancak idari itirazın dava açma süresine etkisi bakımından bilgilendirilmemiş olan kişiler tarafından açılan davalarda Ankara Bölge İdare Mahkemesi, usul kurallarının hak arama hürriyetini engelleyecek şekilde katı olarak yorumlanmaması gerektiğini belirtmiş, aksi yorumun dava açma hakkını ortadan kaldıracığını dikkate alarak davanın süre aşımından reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararlarının kaldırılmasına karar vermiştir⁵⁵. Söz konusu düzenleme-

⁵¹ Ekşi, “İstinaf Müessesesinin”, 23.

⁵² Sancakdar, “Conditional Refugees”, 191.

⁵³ 4 numaralı Cumhurbaşkanlığı Karamamesi’nin 164. maddesinde Komisyon’un oluşumu ile görevleri düzenlenmiştir. 4 numaralı Cumhurbaşkanlığı Karamamesi için bkz. RG, 15.07.2018, S. 30479.

⁵⁴ D10.D, 19.06.2018, E. 2015/876, K. 2018/2103, Erişim Tarihi: Eylül 16, 2024, www.lexpera.com.tr; D10.D, 09.07.2018, E. 2015/907, K. 2018/2401, Erişim Tarihi: Eylül 16, 2024, www.lexpera.com.tr; İhtiyari ve zorunlu idari itiraza ilişkin olarak bkz. Oğuz Sancakdar ve Lale Burcu Önüt, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 516-517.

⁵⁵ Ankara BİM10.İDD, 04.09.2020, E. 2020/2471, K. 2020/1104, Erişim Tarihi: Eylül 16, 2024, www.lexpera.com.tr; Ankara BİM10.İDD, 24.09.2020, E. 2020/2131, K. 2020/1502, Erişim Tarihi: Eylül

nin kanunda yer almaması, yönetmelik ile kabulü, yargılama usulü ile ilgili sınırlandırıcı düzenlemelerin kanunilik ilkesi ile ele alınması gerektiği belirtilerek eleştirilebilir⁵⁶. Ayrıca İYUK m. 11'den farklı söz konusu düzenlemenin normlar hiyerarşisine uygun olmadığı da belirtilebilir.

Kabul edilemez başvurular ile hızlandırılmış değerlendirme neticesinde verilen kararlara karşı ise yalnızca yargı yoluna başvurulabilir. (6458 sayılı Kanun m. 80/1-a). Söz konusu kararlar bakımından idari itiraz yoluna başvurulamaz.

B. YARGISAL BAŞVURU

Uluslararası koruma statüsü başvurusu üzerine verilen kararlar özel dava açma süresine tabi idari işlemlerdir. Kabul edilemez başvurular ile hızlandırılmış değerlendirme neticesinde verilen kararlar hariç uluslararası koruma statüsü başvurusu üzerine verilen kararlara karşı ilgili kişi, yasal temsilcisi veya avukatı kararın tebliğinden itibaren 6458 sayılı Kanun m. 80/1-ç uyarınca otuz gün içerisinde yetkili idare mahkemesinde dava açabilir. Avukatla temsil bakımından, dezavantajlı grupta yer alan başvuruçuların içinde buldukları konum (kimlik tespitine ilişkin belgelerinin kaybolması gibi) değerlendirildiğinde, vekaletname için aranan şekil şartından muafiyete ilişkin düzenleme yapılmasının yararlı olacağı belirtilebilir⁵⁷.

Yetkili idare mahkemesine ilişkin olarak 6458 sayılı Kanun'da özel düzenleme bulunmadığından, İYUK uygulama alanı bulur⁵⁸. Yetkili idare mahkemesi İYUK m. 32 uyarınca idari işlemi yapan idari merciin bulunduğu yer idare mahkemesidir. Göç İdaresi Başkanlığı'nın kararlarına karşı yetkili idare mahkemesi Ankara İdare Mahkemesi'dir. Başvurunun reddi kararı valilik tarafından alınmışsa yetkili idare mahkemesi kararı veren valiliğe göre belirlenir. Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonu'nun itirazın reddi kararına karşı açılacak iptal davasında da Ankara İdare Mahkemesi yetkilidir. 6458 sayılı Kanun m. 80/1-ç uyarınca, söz konusu karara karşı açılacak iptal davası bakımından da otuz günlük özel dava açma süresi söz konusudur. Danıştay'ın 2020 tarihli kararına konu olayda, davacı uluslararası koruma başvurusunun reddine ilişkin Valilik işlemine karşı Komisyon'a idari itirazda bulunmuş, Komisyon davacının itirazını inceleyerek reddetmiştir. Uluslararası koruma başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davaya ilişkin olarak Danıştay, idari sürecin tamamlanmasından sonra açılan davada iptale konu işlemin Valilik işlemi olduğunu belirterek işlemi tesis eden idarenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğunu belirtmiştir⁵⁹.

16, 2024, www.lexpera.com.tr; Ankara BİM10.İDD, 24.09.2020, E. 2020/1705, K. 2020/1515, Erişim Tarihi: Eylül 16, 2024, www.lexpera.com.tr.

⁵⁶ Mutlu Kağıtçıoğlu, "Sınır Dışı Etme Kararları ile Uluslararası Koruma Kapsamındaki Kararlarda İdari Yargı Denetimi", *Adalet Dergisi*150, S. 70 (2023): 360-361.

⁵⁷ Koçak, "Avukatla Temsil Sorunu", 113, 115, 116, 117.

⁵⁸ Öztürk, "Uluslararası Koruma Statüsü", 103; Kağıtçıoğlu, "Sınır Dışı Etme Kararları", 360, 361.

⁵⁹ D10.D, 28.05.2020, E. 2020/2171, K. 2020/1429, Erişim Tarihi: Eylül 16, 2024, www.lexpera.com.tr.

İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nin 2022 tarihli kararına konu benzer bir olayda ise Mahkeme, Komisyon'a başvurunun ihtiyari nitelikte olduğunu, itiraz yolunun kullanıldığı durumlarda idari sürecin komisyonun ret kararı ile kesinleştiğini, itirazın reddi üzerine Valilik kararının iptali istemiyle açılan davada yetkili İdare Mahkemesi'nin kesin olumsuz işlemi tesis eden komisyonun bulunduğu Ankara İdare Mahkemesi olduğunu belirtmiştir⁶⁰. Samsun Bölge İdare Mahkemesi'nin 2023 tarihli kararında ise, Komisyon kararının ilk kararı etkiler nitelikte olduğu, asıl ve nihai karar hüviyeti kazandığı, itiraz durumunda Komisyon tarafından verilen nihai kararın dava konusu edilmek istenip istenmediğinin netleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶¹. Başvurunun reddi kararına karşı dava açma süresi içerisinde Komisyon'a yapılan itirazın sonuçlanabilmesi mümkündür. Hem başvurunun reddi kararına karşı hem de itirazın reddi kararına karşı açılan davalar söz konusu olmuştur. Danıştay'ın 2023 tarihli kararında da, uluslararası koruma başvurusunun reddi ile söz konusu işleme karşı yapılan itirazın reddi işlemine karşı açılan davaların aynı maddi sebepten doğması ve biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması nedeniyle bağlantılı davalar olduğu sonucuna varılmıştır⁶². Her ne kadar idari itiraz durumunda kural olarak itiraz edilen kararlara karşı yargı yoluna gidilebilirse⁶³ de, burada kanun koyucu istisnai bir düzenleme getirerek idari itiraza konu başvurular sonucu verilen karara karşı idari yargı yoluna gidilebileceğini de hüküm altına almıştır. Böylece idari usul açısından tekemmül ederek icrai hale gelmiş birel-koşul işlem olan valilik kararına karşı idari yargı yoluna gidilmemiş olsa dahi idari itiraz üzerine Komisyon tarafından verilen karara karşı idari yargı yoluna gidilmesi mümkün hale getirilmek suretiyle söz konusu işlemin idari yargıda denetiminin temini suretiyle kamu yararı genişletilmek istenmiştir.

Kabul edilemez başvurular ile hızlandırılmış değerlendirme neticesinde verilen kararlara karşı yapılan başvurular hariç uluslararası koruma statüsü başvurusu üzerine verilen kararlar üzerine açılan davalarda ilk derece mahkemesi kararlarına karşı İYUK m. 45 uyarınca otuz gün içinde istinaf kanun yoluna başvurulabilir⁶⁴. Ancak söz konusu kararlar temyiz edilemez. Danıştay idari

⁶⁰ İzmir BİM6.İDD, 07.04.2022, E. 2022/591, K. 2022/709, Erişim Tarihi: Eylül 16, 2024, www.kazanci.com.tr.

⁶¹ Samsun BİM3.İDD, 09.02.2023, E. 2023/100, K. 2023/183, Erişim Tarihi: Eylül 16, 2024, www.kazanci.com.tr.

⁶² D10.D, 01.06.2023, E. 2023/3000, K. 2023/3069, Erişim Tarihi: Eylül 16, 2024, www.lexpera.com.tr.

⁶³ Örneğin İYUK m. 11 çerçevesinde yapılan başvurular üzerine yargı yoluna gidildiğinde de dava konusu işlem ilk işlemdir. Bilgi edinme talebinin reddi üzerine Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na yapılan başvuru sonrasında ret kararı verildiğinde de idari yargıda aleyhine dava açılan işlem ilk işlem olur.

⁶⁴ Örneğin Erzurum Bölge İdare Mahkemesi tarafından 16.05.2019 tarih ve E. 2019/474, K. 2019/1006 sayılı kararda, ilk derece idare mahkemesinin kararı esas yönünden incelenmiş, esas yönünden hukuka aykırılık görülmemiş ve istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

yargıda özel görevli temyiz merci olup⁶⁵, İYUK m. 46'da temyize tabi kararlar belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme Danıştay'ın iş yükünün azaltılmasına yöneliktir. Uluslararası koruma statüsü başvurularının reddine ilişkin kararlar da konu bakımından temyize tabi kararlar arasından sayılmamıştır. Bu çerçevede Bölge İdare Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarının kesin olduğu belirtilebilir. Esasen kanun yoluna başvurma hakkı, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kapsamındadır⁶⁶. Söz konusu hakkın Anayasa m. 13'e uygun olarak sınırlandırılabilmesi ise mümkündür. Bu çerçevede makul sürede yargılanma ve usul ekonomisi bakımından, önem derecesi nispeten düşük olan bazı uyuşmazlıklardaki kararların kesin olmasının kararın denetlenmesini talep hakkına aykırı olmadığı kabul edilmektedir⁶⁷. Anayasa Mahkemesi tarafından da belirtilmiş olduğu üzere, "... Kanun yoluna başvurma hakkı, ... her uyuşmazlığın zorunlu olarak iki ya da üç dereceli yargılamaya tabi olmasını gerektirmemektedir. Buna göre, kanun koyucu, uyuşmazlıkların niteliklerini gözетerek, Anayasa'daki yargı ile ilgili temel ilkelere ve güvencelere aykırı olmamak şartı ile yargı yerlerinde verilecek kararlara karşı başvurulacak kanun yollarını belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir..."⁶⁸. Bununla birlikte kanaatimizce uluslararası koruma statüsüne başvurular bakımından konunun insani boyutu ve önemi nedeniyle söz konusu kararlar bakımından kanun değişikliği ile temyiz yolunun açık hale getirilmesi uygun olacaktır⁶⁹.

6458 sayılı Kanun'da kabul edilemez başvurular ile hızlandırılmış değerlendirme neticesinde alınan kararlara karşı dava açma süresine ilişkin olarak da özel hüküm bulunmaktadır. Söz konusu kararlar bakımından dava açma süresi tebliğden itibaren on beş gündür (6458 sayılı Kanun m. 80/1-ç). Söz konusu kararlara karşı açılan davalar on beş gün içerisinde sonuçlandırılır ve mahkemenin kararı kesindir (6458 sayılı Kanun m. 80/1-d). Söz konusu kararlara karşı olağan kanun yollarına diğer bir ifade ile istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulamaz⁷⁰.

⁶⁵ İdari yargıda özel görevli ilk ve son derece mahkemesi Danıştay'dır. Sancakdar ve Önüt, *İdari Yargılama Hukuku*, 154.

⁶⁶ AYM Kararı, 19.03.2015, E. 2014/146, K. 2015/31, RG, 13.06.2015, S. 29385; AYM Kararı, 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, RG, 15.02.2019, S. 30687; AYM Kararı, 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53, RG, T. 17.11.2020, S. 31307; AYM, 26.07.2023; E. 2023/36, K. 2023/142, RG, 13.10.2023, S. 32338; AYM Kararı, 26.10.2023, E. 2023/81, K. 2023/184, RG, 21.12.2023, S. 32406.

⁶⁷ AYM Kararı, 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30, RG, 05.04.2023, S. 32154; AYM Kararı, 26.07.2023; E. 2023/36, K. 2023/142, RG, 13.10.2023, S. 32338.

⁶⁸ AYM Kararı, 19.03.2015, E. 2014/146, K. 2015/31, RG, 13.06.2015, S. 29385; Türkiye, AIHS Ek 7 numaralı protokole taraftır. Söz konusu protokolün 2. maddesi; mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararının ve cezanın bir başka yargı merci tarafından denetlenmesini talep hakkını güvence altına almaktadır.

⁶⁹ Sancakdar, "Conditional Refugees", 194.

⁷⁰ İlk derece mahkemesi kararlarının kesin olduğuna ilişkin hüküm bulunması durumunda istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulamaz. Sınır dışı etme kararları bakımından da idare mahkemesinin kararının kesin olduğu 6458 sayılı Kanun m. 53/3'te belirtilmiş olup, istinaf ve temyiz kanun yolu-

İYUK'ta istinaf kanun yoluna ilişkin 45. maddede 2014 yılındaki değişiklik çerçevesinde yer alan “*aksine hüküm bulunsa dahi*” ifadesi 2017 yılında “*farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi*” şeklinde değiştirilmiştir⁷¹. 6458 sayılı Kanun m. 80/1-d ise farklı bir kanun yolu öngörülmemiş, mahkemenin kararının kesin olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla 6458 sayılı Kanun m. 80/1-d uyarınca söz konusu kararlara karşı istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulamaz. Olağanüstü kanun yollarına başvuru ise söz konusu olabilir. Mahkeme kararının kesin olduğunu belirten düzenleme mahkemeye erişim hakkını kısıtlamaktadır⁷². Hızlandırılmış değerlendirme kapsamında yapılan başvurunun işleme alınmaksızın zımnı reddi işlemine karşı açılan davalarda istinaf yolunun açık olduğu kabul edilmektedir⁷³. Bununla birlikte örneğin, başvuru sırasında uluslararası korumayı gerektirecek konulara değinilmediğinden bahisle başvurunun hızlandırılmış değerlendirme usulü çerçevesinde incelenmesi neticesinde reddi kararına karşı açılan davalarda 6458 sayılı Kanun m. 79'da belirtilen durumların gerçekleşmediğinin anlaşılması üzerine işlemin iptaline kesin olarak karar verilmektedir⁷⁴. Uluslararası koruma statüsü ile ilgili kabul edilemezlik kararı ile hızlandırılmış değerlendirme neticesinde verilen kararlar üzerine açılan davalar neticesinde İdare Mahkemelerinin verdiği kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulmuş olması durumunda ise istinaf mercii başvurunun incelenmeksizin reddine karar vermektedir. Örneğin, 2012 yılında ülkemize giriş yapan Azerbaycan uyruklu başvuru uluslararası koruma başvurusunda bulunurken Azerbaycan İnterpol'ü tarafından arandığını, ülkesine iade edilmek üzere tutuklandığını, cezaevinde iken, ülkesinde hasmının bulunduğunu, iade edilmesi durumunda ölüm tehlikesinin bulunduğunu ileri sürmüştür. Başvurucunun talebi hızlandırılmış değerlendirmeye tabi tutulmuş ve başvurusu ileri sürdüğü hususların ekonomik gerekçeler olduğu, ülkesinde siyasi, dini, sendikal bir örgüte üyeliğinin olmadığı, somut gerekçeler ileri sürülmediği gerekçesiyle reddedilmiştir. Ret kararının iptali istemiyle açtığı dava da reddedilmiş ve istinaf yoluna başvuru üzerine İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 6458 sayılı Kanun m. 79 uyarınca kabul edilen işlemlere karşı açılan davalarda idare mahkemelerinin kararlarının kesin olduğunu, temyiz veya istinaf yoluyla incelenmelerinin mümkün olmadığını belirtmiş ve istinaf başvurusunun incelen-

na başvurulamaz. Hüseyin Bilgin, *Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 68-69; Lale Burcu Önut, “Administrative Sanctions Arising From Visa Violation in Turkey”, Sibel Safi ve Lale Burcu Önut, editör, *Projecting Migration*, 314.

⁷¹ 2017 yılı öncesindeki duruma ilişkin bir değerlendirme için bkz. Ekşi, “İstinaf Müessesesinin”, 40-41.

⁷² Kağıtçıoğlu, “Sınır Dışı Etme Kararları”, 362.

⁷³ Denizli 1. İdare Mahkemesi, 27.05.2024, E. 2023/1923, K. 2024/926, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2024, <https://multecihukuku.net>.

⁷⁴ Çanakkale İdare Mahkemesi, 22.04.2021, E. 2020/1637, K. 2012/725, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2024, <https://multecihukuku.net>; Çanakkale İdare Mahkemesi, 22.04.2021, E. 2020/1660, K. 2012/721, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2024, <https://multecihukuku.net>.

meksizin reddine karar vermiştir⁷⁵. İdare Mahkemelerinin ilk inceleme üzerine verdiği ret kararlarına karşı yapılan istinaf başvuruları ise uygulamada kabul edilebilmektedir⁷⁶.

Kanaatimizce konunun insani boyutu ve önemi nedeniyle söz konusu kararlar bakımından kanun değişikliği ile olağan kanun yollarına başvurunun kabulü uygun olacaktır. Söz konusu kararlara karşı istinaf yolunun açık hale getirilmesi durumunda uyumsuzluğun esasının yeniden incelenebilmesi mümkün olacaktır. Bununla birlikte uyumsuzlukların belirtilen durumlarda ivedi olarak çözümlenmesi gereği dikkate alındığında kanun değişikliği ile İYUK m. 20/A'da belirtilen ivedi yargılama usulüne tabi işlemler arasına dahil edilmelerinin uygun olabileceği de belirtilebilir. Bu durumda istinaf aşaması söz konusu olmadan temyiz kanun yoluna başvurulabilecek, diğer bir ifade ile sıçramalı temyiz⁷⁷ söz konusu olacaktır. Bu yönde bir düzenleme yargılamanın makul sürede tamamlanmasını da kolaylaştıracaktır.

III. İDARİ YARGI KARARLARI IŞIĞINDA STATÜ BELİRLEME İŞLEMLERİNE İLİŞKİN BAŞLICA SORUNLAR

Uluslararası koruma statüsü, statü belirleme işlemleri neticesinde verilmektedir. Bu süreçte yaşanan başlıca sorunlar özellikle mülakat aşamasına, korku, risk ve inanılabilirlik değerlendirmesine, kamu düzeni ile bireysel çıkar dengesinin sağlanmasına ve uluslararası raporların mümkün mertebe dikkate alınması gerekliliğine ilişkindir⁷⁸. Bu çerçevede aşağıda idari yargı kararlarından örneklerle uluslararası koruma statüsü verme sürecinde yaşanan başlıca sorunlar incelenmektedir.

A. MÜLAKAT AŞAMASINDA YETERLİ İNCELEME YAPILMASI

İdari yargı önüne gelen uyumsuzluklarda mülakat aşamasında yeterli inceleme yapıp yapılmadığı denetlenmektedir. Mülakatlarda; başvuru sahiplerinin ülkelelerinde siyasi, sendikal veya herhangi bir örgüte üye olup olmadıkları, menşe ülke hükümetiyle aralarında siyasi bir sorun olup olmadığı, ülkelerinin baskısından kurtulmak için gerekli hukuki çabayı harcıyıp harcamadıkları, illegal yollardan Türkiye'ye girip girmedikleri araştırılmaktadır. Başvurucunun mevcut durumundan ziyade geçmişine dair eksik incelemeye dayalı işlemler ise hukuka uygun

⁷⁵ İstanbul BİM9.İDD, 23.12.2016, E. 2016/951, K. 2016/908; Ayrıca Türkmenistan uyruklu başvuru sahibinin başvurusu üzerine verilen benzer yönde bir karar için yine bkz. İstanbul BİM9.İDD, 8.6.2017, E. 2017/2153, K. 2017/1964; Benzer yönde ayrıca bkz. İstanbul BİM10.İDD, 08.01.2019, E. 2018/3828, K. 2019/7.

⁷⁶ Sınır dışı etme kararları bakımından da 6458 sayılı Kanun m. 53/3'te, kararın kesin olduğu belirtilmiştir. İzmir Bölge İdare Mahkemesi, ilk inceleme neticesinde verilen ret kararına karşı yapılmış olan istinaf başvurusunu kabul etmiştir. İzmir BİM6.İDD, 06.04.2017, E. 2017/511, K. 2017/571.

⁷⁷ Sancakdar ve Önüt, *İdari Yargılama Hukuku*, 428, 452.

⁷⁸ Sancakdar, "Conditional Refugees", 210.

değildir. Mülakatta başvurucunun anlattıklarının inandırıcı olup olmadığına bakılmalıdır. Uluslararası koruma statüsü verilebilmesi için başvurucunun korktuğu ve bu korkunun haklı olduğu anlaşılmalı, başvurucu için korumanın gerekli olduğu kanaatine varılmalıdır.

Kazakistan uyruklu başvurucunun açmış olduğu bir davada da mahkeme, başvurucu hakkındaki kararın ülkesine gönderilirse yaşayacağını ileri sürdüğü dini ve siyasi düşünceleri nedeniyle zulüm göreceği korkusuna ilişkin yeterli inceleme yapılmaksızın verildiğini, sadece ülkemize girmeden önce yaşadığı ülkelerde uluslararası koruma başvurusunda bulunmadığı, ülkemizde gözaltına alındıktan sonra başvurduğu belirtilerek somut bir gerekçeye dayanmaksızın ek- sik inceleme ile ve mevcut durumu değerlendirilmeksizin karar verildiğini belirtmiştir. Kararda mülakatında yer alan beyanlarına yönelik inceleme yapılmaksızın mevcut şu anki durumundan çok geçmişine yönelik ve eksik incelemeye dayalı işlemin hukuka uygun olmadığı kabul edilmiştir⁷⁹.

B. KORKU, RİSK VE İNANILIRLIK DEĞERLENDİRMESİ

Uluslararası koruma statüsü belirleme sürecinde elde edilen veriler yeterince açık değilse, başvurucunun korkusunun makul olup olmadığına ilişkin inanılrlık ve risk değerlendirmesi yapılması gerekir. Diğer bir ifade ile bu durumda inanılrlık ve risk değerlendirmesiyle makul düzeyde korkunun ortaya konulması gerekir. Haklı sebeplere dayanan zulüm korkusu nesnel ve öznel durumlar dikkate alınarak değerlendirilir. Nesnel durumlar çerçevesinde menşe ülkedeki koşullar incelenmelidir. Bunlar başvuranın öznel unsurlardaki korkusunun saptanması açısından da önemlidir. Her bireyin olaylar karşısında aynı davranmasını beklemek imkânsız olup, başvuranın olaylar karşısındaki öznel durumu da önemlidir. Bu çerçevede mülakatlarda zulüm korkusunun makul bir düzeyde ortaya konulması gerekir. Mülakat neticesinde elde edilen verilerin yeterli açıklıkta olmaması halinde korku, risk ve inanılrlık değerlendirilmesi yapılması, kişinin korkusunun makul olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir⁸⁰.

Rus uyruklu başvurucu açmış olduğu bir davada, uluslararası koruma başvurusunun reddi işleminin iptalini talep etmiştir. Başvurucu rejime muhalefeti nedeniyle ülkesine geri gönderilmesi durumunda kötü muameleye maruz kalacağını belirtmiştir. Başvurucu ile yapılan mülakat sonucu hazırlanan raporda, başvurucu hakkında net bir kanaat ortaya konulmamış, korku, risk ve inanılrlık değerlendirilmesi yapılmamıştır. Mahkeme, başvurucunun ülkesine geri gönderilmesi halinde

⁷⁹ Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2014/2158, K. 2015/823; Karara ilişkin olarak bkz. Sibel Safi, *Mülteci Hukuku*, 695-698; Sancakdar, "Conditional Refugees", 195.

⁸⁰ D10.D, 01.03.2018, E. 2015/5254, K. 2018/963; D10.D, 15.11.2017, E. 2635, K. 2017/4850; Ayrıca bkz. Bursa BİM3.İDD, 17.03.2022, E. 2022/251, K. 2022/423, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2024, <https://multecihukuku.net>; Edirne İdare Mahkemesi, 30.04.2024, E. 2023/3118, K. 2024/1370, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2024, <https://multecihukuku.net>; İzmir BİM6.İDD, 13.09.2022, E. 2022/1836, K. 2022/1599, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2024, <https://multecihukuku.net>.

zulme uğrama riski karşısında idare tarafından gerek Cenevre Sözleşmesi gerekse ulusal mevzuat yönünden mülteci veya ikincil koruma statüsü bakımından gereken araştırmanın yapılmadığını ve zulme uğrama durumu olup olmadığını netleştirilmediğini, eksik incelemeyle alınan kararın hukuka uygun olmadığını belirtmiştir⁸¹.

C. KAMU DÜZENİ İLE BİREYSEL ÇIKAR DENGESİNİN SAĞLANMASI

Egemenlik yetkisinin doğal bir sonucu olarak ülkede kalmasına izin verilecek yabancılarla ilgili karar alma sürecinde idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır⁸². Uluslararası koruma statüsü verme sürecinde bu yetki kamu yararı doğrultusunda kullanılmalıdır. Bu çerçevede kamu düzeni ile bireysel çıkar dengesinin sağlanması önemlidir. Kamu düzeni bakımından Türkiye'ye girişi sakıncalı görüldüğünden hakkında genel güvenlik tahdit kodu G-87 ile veri girişi yapılmış olan kişilerin uluslararası koruma statüsü başvuruları reddedilebilir.

Örneğin Çeçen etnik kökenli Rusya Federasyonu vatandaşı tarafından, uluslararası koruma statüsü başvurusunun reddi üzerine açılan davada, Türkiye'yi çatışma bölgelerine geçmek için kullananların, ülkeye girişlerinin, ülkeyi güzergâh olarak kullanmalarının, terör faaliyetlerinde bulunmalarının önlenmesi amacıyla Genel Güvenlik Tahdit Kodu (G-87, Genel Güvenlik) ile veri girişi yapıldığı ve uluslararası koruma başvurusunun kabulünü sağlayacak koşulların bulunmadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir⁸³.

Çeçen asıllı bir başka Rusya vatandaşının açmış olduğu davada ise, Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün işlemi iptal edilmiştir. Kararda, işlemin gerekçesi olarak G-87 tahdit kodunun gösterilmiş olduğu, ancak tahdit kodunun dayanağının idare tarafından ispatlanamadığı belirtilmiştir⁸⁴. Kararda ayrıca, Rusya'ya gönderilmesinin yaşamı veya maddi ve manevi varlığı açısından riskli olduğuna ilişkin iddiaların ciddi olduğu, davacının nesnel durumuna göre değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Danıştay da konuya ilişkin kararında, başvurusunun iddiaları dikkate alındığında, ülkesine iadesi halinde baskı ve zulüm görme tehlikesinin varlığı ile hayati açıdan tehdit altında bulunması nedeniyle, üçüncü bir ülke tarafından sığınma talebi kabul edilinceye kadar uluslararası koruma talebinin kabul edilmesi gerektiğini belirterek, talebin reddine ilişkin işlemin hukuka aykırı olduğunu kabul etmiştir⁸⁵. Yine bir başka uyuşmazlığa ilişkin

⁸¹ Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/945, K. 2016/88; Karara ilişkin olarak ayrıca bkz. Sibel Safi, *Mülteci Hukuku*, 699-701; Sancakdar, "Conditional Refugees", 197-198.

⁸² Edirne İdare Mahkemesi, 30.04.2024, E. 2023/3118, K. 2024/1370, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2024, <https://multecihukuku.net>.

⁸³ Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/594, K. 2015/2960; Karara ilişkin olarak ayrıca bkz. Sibel Safi, *Mülteci Hukuku*, 698-699; Sancakdar, "Conditional Refugees", 196.

⁸⁴ Ankara 1. İdare Mahkemesi, 12.11.2015, E.2014/2342, K.2015/2264. Karara ilişkin olarak ayrıca bkz. Sancakdar, "Conditional Refugees", 192-193.

⁸⁵ D10.D, 13.02.2017, E. 2016/2825, K. 2017/695. Karara ilişkin olarak ayrıca bkz. Sancakdar, "Conditional Refugees", 192-193.

olarak Danıştay, hakkında G-87 tahdit veri girişi olan ve Türkiye'ye girer girmez uluslararası koruma başvurusunda bulunmaksızın, vize ihlali suçundan hakkında yapılan işlemlerin ardından sevk edildiği geri gönderme merkezinde uluslararası koruma başvurusunda bulunan davacının, menşe ülkesinde zulme uğrama riski olduğuna ilişkin olarak mülakatında ileri sürdüğü iddialar ile hakkında bulunan G-87 tahdit veri girişinin dayanağı araştırılmak suretiyle anılan tahdit kodunun uluslararası koruma başvurusuna etkisi ortaya konularak değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir⁸⁶.

D. ULUSLARARASI RAPORLARIN MÜMKÜN MERTEBE DİKKATE ALINMASI

Belli bir toplumsal gruba mensubiyet, ırk, din, tabiiyet veya siyasi düşünce nedeniyle zulme uğranılacağı yönünde haklı sebebe dayanan korkunun varlığı durumunda mülteci veya şartlı mülteci statüsü verilebilmektedir. İkincil koruma statüsü ise, menşe ülkesine veya ikamet ülkesine gönderilmesi durumunda, 6458 sayılı Kanun'un 63. maddesinde belirtilen durumlarla karşılaşabilecek kişiye verilir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere haklı sebeplere dayalı zulüm korkusunun var olup olmadığına ilişkin değerlendirme nesnel ve öznel durumlar dikkate alınarak yapılmalıdır. Mülteci veya şartlı mülteci statüsüne sahip olmayan başvurusunun durumu ikincil koruma statüsü açısından değerlendirilir. Bu çerçevede ikincil koruma statüsü verilmesini gerektiren bir durum olup olmadığı incelenir. Söz konusu incelemeler başvuranın menşe ülkesindeki şartların somut olarak incelenmesini gerektirmektedir. Nitekim 6458 sayılı Kanun m. 93'te etkin ve adil karar verilebilmesi ve başvurusunun iddialarının doğruluğunun tespiti için ilgili ülkelere ilişkin kaynaklardan (Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) kaynakları ile diğer kaynaklar) güncel bilgi toplanacağı belirtilmiştir⁸⁷. Bu çerçevede ilgili ülkenin durumu hakkında hükümetler, hükümetler arası örgütler⁸⁸ ve hükümet dışı örgütler⁸⁹ tarafından hazırlanan raporların dikkate alınması önem arz etmektedir. Örneğin Ukrayna'dan gelen kişinin başvurusu mülteci veya ikincil koruma statüsü çerçevesinde değerlendirilirken, Rusya-Ukrayna savaşına ilişkin güncel raporların dikkate alınması önemlidir⁹⁰.

Afganistan uyruklu başvuru tarafından, uluslararası koruma talebinin reddi işlemine karşı açılan bir davada da, başvuru İngilizce öğrettiği için Taliban

⁸⁶ D10.D, 23.01.2018, E. 2015/3427, K. 2018/49.

⁸⁷ İdarenin bilgi toplama yükümlülüğüne ilişkin olarak ayrıca bkz. Ocak, "6458 Sayılı Kanun", 376- 378.

⁸⁸ Hükümetler arası örgütlerin ortak özelliği devletler tarafından oluşturulup üye devletlerden ayrı uluslararası hukuk kişiliğini haiz olmalarıdır. Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 167-168; BM uzmanlık kurumları için ise bkz. Uğur Samancı, "Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi", *DEÜ SBE Dergisi* 18, S.1 (2016): 63, dpn. 12.

⁸⁹ Hükümet dışı örgütler, farklı uyrukluğa sahip gerçek veya tüzel kişilerin oluşturdukları, uluslararası anlaşmaya dayanmayan, uluslararası alanda gayri ticari amaçla faaliyet gösteren örgütlerdir. Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 168.

⁹⁰ Çoban, "Türkiye'de Bulunan Ukraynalıların", 97.

tarafından hayatına ve hürriyetine yönelik ağır tehditler aldığını, oğlunun örgüt tarafından öldürüldüğünü, Afganistan'da Taliban'ın çok etkili bir örgüt olduğunu, meşru hükümet seçilmesine rağmen etkinliğini yitirmediğini ve kendi kurallarına uymayan insanları katlettiğini ileri sürmüştür. Davalı idare, başvurunun şartlı mülteci kapsamında değerlendirildiğini, başvuruda asıl amacın refah seviyesi yüksek bir ülkeye gitmek ve uluslararası prosedürü kullanarak Türkiye'de kalış süresini uzatmak olduğunu, bu nedenle de talebin olumsuz karşılandığını belirtmiştir. Uyuşmazlıkta davacının başvurusunun temeli esasen Afganistan'daki genel çatışma ortamına dayanmaktadır. Bu çerçevede ayırım gözetmeyen şiddet hareketine maruz kalma riskinden söz eden başvurucunun talebinin ikincil koruma statüsü bakımından menşe ülkeye ilişkin ulusal, uluslararası kuruluşlar (BMMYK vb.) ve sivil toplum kuruluşları ile ülkenin Afganistan'daki diplomatik misyonları tarafından hazırlanan raporlar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir⁹¹.

Başvurucunun iadesi durumunda iade edileceği ülkede baskı, zulüm görme tehlikesi ile hayati tehlikesinin olup olmadığını da yetkili makamlar söz konusu raporları dikkate alarak değerlendirmelidir⁹². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) konu ile ilgili kararlarında da bu hususa vurgu yapılmakta ve ilgilinin iade edileceği ülkenin durumu hakkında hazırlanan raporlara atıfta bulunmaktadır⁹³. MSS v. Belçika ve Yunanistan davasına⁹⁴ konu olayda da Afgan vatandaşı MSS Yunanistan'a giriş yaparak Belçika'ya geçmiş ve iltica başvurusunda bulunmuştur. Belçika, MSS'nin Yunanistan'a geri gönderilmesine karar vererek başvurusunu Yunanistan'a iletmıştır. BMMYK, Yunanistan'daki iltica başvurularının değerlendirilmesi sürecindeki sorunları ve iltica talep edenlerin maruz kaldıkları zor koşulları eleştiren bir mektup hazırlayarak Belçika makamlarına göndermiş ve Yunanistan'a iade işlemlerinin durdurulmasını tavsiye etmiştir. Uluslararası örgütlerin raporlarında da Yunanistan'daki olumsuz koşullara yer verilmiştir. 2009'da Yunanistan'a gönderilen başvurucu, olumsuz ve sağlıksız koşullar altında, Atina Havalimanı'nın yanındaki bir binada tutulmuş, salıverildikten sonra da hayatta kalmasını sağlayacak imkanlardan yoksun bir şekilde sokakta yaşamış, sahte kimlik kartıyla Yunanistan'ı terk etmeye çalışırken

⁹¹ Ankara 1. İdare Mahkemesi, E.2014/2031, K. 2015/601. Karar için bkz. Sibel Safi, *Mülteci Hukuku*, 702-704; Ayrıca bkz. Bursa BIM3.İDD, 17.03.2022, E. 2022/251, K. 2022/423, Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2024, <https://multecihukuku.net>.

⁹² Sancakdar, "Conditional Refugees", 206.

⁹³ Örneğin Klein v. Rusya, N. v. İsveç davalarında kişinin gönderilmesi planlanan ülkenin durumu hakkında hazırlanan raporlara atıfta bulunulmuştur. Klein v. Rusya kararı için bkz. AİHM Kararı, Başvuru No: 24268/08, 04.10.2010, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-98010>; N. v. İsveç kararı için bkz. AİHM Kararı, Başvuru No: 23505/09, 20.10.2010, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-99992>.

⁹⁴ AİHM Kararı, Başvuru No: 30696/09, 21.01.2011, Erişim Tarihi: Temmuz 25, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-103293>.

yakalanan başvuru yine aynı yere gönderilmiştir. Salıverildikten sonra, yine sokakta yaşamıştır. Mahkeme, başvurunun özgürlüğünden mahrum bırakıldığı yerdeki koşulların ve yaşam şartlarının kötülüğünden dolayı, Yunanistan tarafından 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda Belçika bakımından da değerlendirme yapılmış ve başvuranın iltica başvurularının değerlendirilme sürecindeki kusurlara, 3. maddeye aykırı alıkonulma ve yaşam koşullarına bağlı risklere maruz bırakılması nedeniyle, Belçika'nın da 3. maddeyi ihlal ettiği kabul edilmiştir. Belçika'nın söz konusu riskleri bilmesini sağlayacak birçok verinin ve bilgi kaynağının mevcut olması, bu sonuca varılmasında belirleyici olmuştur. Dolayısıyla, kişinin iade edileceği ülkenin durumu hakkında hazırlanan raporların dikkate alınması gerekmekte olup, iade veya sınır dışı edilecek kişinin gönderileceği ülkede AİHS'ne aykırı muameleye maruz kalma riskinin bulunduğunu gösteren ciddi sebepler var ise, kişiyi iade veya sınır dışı ederek bu riske maruz bırakan devletin de sorumluluğu kabul edilmektedir⁹⁵.

SONUÇ

6458 sayılı Kanun'a göre uluslararası koruma statüsü; mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsünü ifade eder. İlgililerin başvurusu üzerine statü belirleme işlemleri sonrasında uluslararası koruma statüsü verilebilmektedir. Bu süreç; başvuru, kayıt ve kontrol, mülakat ve karar olmak üzere dört temel aşamadan oluşur. Uluslararası koruma statüsüne başvuru üzerine verilen başvurunun kabulü veya reddi ile başvurunun geri çekilmiş sayılması, uluslararası korumanın haricinde tutulma, kabul edilmezlik kararları idari işlem niteliğindedir. Kararı alacak yetkili makam kural olarak Göç İdaresi Başkanlığı'dır. Ancak valiliklere yetki devri yapılabilmesi mümkündür. İşlem yazılı şekle tabidir. Mevzuatta belirlenen usul kurallarına uyulması, bu çerçevede mülakat süreci ile 6458 sayılı Kanun m. 78 uyarınca olumsuz kararda kararın maddi gerekçeleri ile dayanaklarının, karara karşı başvuru yolları ile süresinin belirtilmesi de işlemin şekil unsuru ile ilgilidir. İşlemin sebebi 6458 sayılı Kanun'un 61, 62 ve 63. maddelerinde belirtilmiştir. İşlemin konusu, başvurana ilgili uluslararası koruma statüsünün verilmesidir. İdari işlemin amacı genel olarak kamu yararı olup somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır. Uluslararası korumanın amacı mevzuatta belirlenen sebepler dışında ülkede kalınmasına izin vermek değildir.

Uluslararası koruma statüsü başvurusu üzerine verilen kararlara karşı kural olarak idareye itiraz ve yargı yoluna başvurma hakkı söz konusudur. İdareye itiraz veya yargı yoluna başvurulması durumunda söz konusu başvurular sonuçlandırılıncaya kadar ilgilinin ülkede kalışına izin verilir. Dolayısıyla ilgilinin ülkede kalışı için ayrıca bir yürütmenin durdurulması kararı gerekli değildir. 6458

⁹⁵ Karara ilişkin olarak ayrıca bkz. Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, 205-206; Ayrıca bkz. Sancakdar, "Conditional Refugees", 205, 206.

sayılı Kanun'da idari itiraz ve yargı yoluna başvuruya ilişkin özel hüküm bulunmakta olup, İYUK'a göre öncelikle uygulama alanı bulur. Kabul edilmezlik kararı ile hızlandırılmış değerlendirme neticesinde verilen kararlar hariç kararın tebliğinden itibaren on gün içerisinde Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonu'na itiraz edilebilir. İtiraz üzerine veya doğrudan idari yargıda dava açılabilmesi de mümkündür. Bu durumda İdare Mahkemesi'nin kararı üzerine istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Uluslararası koruma statüsü başvurularının reddine ilişkin kararlar konu bakımından temyize tabi kararlar arasından sayılmamıştır. Ancak kanaatimizce uluslararası koruma statüsüne başvurular bakımından konunun insani boyutu ve önemi nedeniyle kanun değişikliği ile temyiz yolunun açık hale getirilmesi uygun olacaktır. Kabul edilmezlik kararı ile hızlandırılmış değerlendirme neticesinde verilen kararlara karşı sadece yargı yoluna başvurulabilir ve İdare Mahkemelerinin bu durumda verdiği kararlar kesindir. Kanaatimizce uluslararası koruma statüsü ile ilgili kabul edilemezlik kararı ile hızlandırılmış değerlendirme neticesinde verilen kararlar üzerine açılan davalar neticesinde İdare Mahkemelerinin verdiği kararlara karşı da konunun insani boyutu ve önemi nedeniyle kanun değişikliği ile olağan kanun yollarına başvurunun kabulü uygun olacaktır. Belirtilen durumlarda uyuşmazlıkların ivedi olarak çözümlenmesi gereği dikkate alındığında, İYUK m. 20/A'da belirtilen ivedi yargılama usulüne tabi işlemler arasına dahil edilmelerinin de uygun olabileceği belirtilebilir. Bu yönde bir düzenleme yargılamanın makul sürede tamamlanmasını da kolaylaştıracaktır.

Uluslararası koruma statüsü verilmesi sürecinde yaşanan başlıca sorunlar özellikle mülakat aşamasına, korku, risk ve inanılabilirlik değerlendirmesine, kamu düzeni ile bireysel çıkar dengesinin sağlanması ile uluslararası raporların mümkün mertebe dikkate alınması gereğine ilişkindir. İdari yargı önüne gelen uyuşmazlıklarda mülakat aşamasında yeterli inceleme yapıp yapılmadığı denetlenmektedir. Başvurucunun mevcut durumundan ziyade geçmişine dair eksik incelemeye dayalı işlemlerin hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir. Uluslararası koruma statüsü verilebilmesi için başvuru açısından korumanın gerekli olduğu kanaatine varılmalıdır. Mülakat aşamasında elde edilen veriler yeterince açık değilse, başvuru-kunun korkusunun makul olup olmadığına ilişkin inanılabilirlik ve risk değerlendirmesi yapılmalıdır. Uluslararası koruma statüsü verme sürecinde kamu düzeni ile bireysel çıkar dengesinin de sağlanması gerekir. Kamu düzeni bakımından Türkiye'ye girişi sakıncalı görülmesi nedeniyle hakkında genel güvenlik tahdit kodu G-87 ile veri girişi yapılmış olan kişilerin uluslararası koruma statüsü başvuruları reddedilebilir. Bu durumda söz konusu tahdit kodunun uluslararası koruma başvurusuna etkisi ortaya konularak değerlendirme yapılmalıdır. Uluslararası koruma statüsü verme sürecinde başvuru-kunun iadesi durumunda iade edileceği ülkede baskı ve zulüm görme tehlikesinin olup olmadığı ve hayati tehlikesinin olup olmadığının değerlendirilmesi, bu çerçevede varsa ilgilinin iade edileceği ülkenin durumu hakkında hazırlanan raporların da dikkate alınması önemlidir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin. “İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, (2008): 13-27.
- Akyılmaz, Bahtiyar. “İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü”, *Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Bilgin, Hüseyin. *Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Bölükbaşı, Mustafa Oğuzhan. “Devlet İşlemlerinde Kanun Yolları, Merciler ve Başvuru Sürelerini Gösterme Yükümlülüğü (Anayasa’nın 40/2. Maddesi)”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 8, Sayı: 15, (2020): 97-122.
- Çalışkan, Elif Altınok ve Seyhan, Serkan. “Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat Yapısı ve Hukuksal Statüsü”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 2, (2017): 119-148.
- Çaptuğ, Mehpare. *İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Çınarlı, Serkan ve Azak, Kerim. “Disiplin Cezalarında Gerekçe İlkesi”, *Danıştay Dergisi*, Sayı: 152 (2020): 109-141.
- Çoban, Aslıhan. “Türkiye’de Bulunan Ukraynalıların Uluslararası Koruma Statüleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *TAAD*, Cilt: 15, Sayı: 58 (2024): 77-101.
- Dursun, Hasan. “Fransa’da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması”, *TAAD*, Cilt: 8, Sayı: 31, (2017): 469-516.
- Ekşi, Nuray. “2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi”, *Göç Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, (2015): 12-43.
- Erkal, Atıla. “Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 1, (2009): 119-150.
- Evren, Çınar Can. “İdari Usul İlkelere Yönelik Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 91, (2010): 110-145.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.
- Kağıtçıoğlu, Mutlu. “Sınır Dışı Etme Kararları ile Uluslararası Koruma Kapsamındaki Kararlarda İdari Yargı Denetimi”, *Adalet Dergisi*, Cilt: 150, Sayı: 70, (2023): 347-368.
- Kaya, Cemil. *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Kayar, İsmail. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Koçak, Nazım Taha. “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Avukatla Temsil Sorunu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 89, Sayı: 3, (2015): 110-117.
- Ocak, Kasım. “6458 Sayılı Kanun Uyarınca Yapılan Uluslararası Koruma Başvurularının Türk İdari Yargısında Ele Alınması”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 4, (2019): 363- 393.

- Önüt, Lale Burcu. “Administrative Sanctions Arising From Visa Violation in Turkey”, Sibel Safi ve Lale Burcu Önüt, editör. *Projecting Migration over the Next Twenty Years and Beyond*. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2022.
- Özay, İl Han. *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul: Alfa Yayınları, 1996.
- Özkan, Işıl. *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Öztürk, Burak. “Fransa ve Türkiye’de Uluslararası Koruma Statüsü Değerlendirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 77, Sayı: 3, (2019): 95-117.
- Safi, Sibel. *Mülteci Hukuku*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.
- Samancı, Uğur. “Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi”, *DEÜ SBE Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 1 (2015): 55-89.
- Samancı, Uğur. “Powers of the UN Security Council under Chapter VII of the UN Charter and Situations Giving Rise to the Mass Influx as a Threat to the Peace”, Sibel Safi ve Lale Burcu Önüt, editör, *Projecting Migration over the Next Twenty Years and Beyond*. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2022.
- Sancakdar, Oğuz. “The Legal Status of “Conditional Refugees” in the Light of Turkish Administrative Jurisdiction Decisions”, Sibel Safi ve Lale Burcu Önüt, editör. *Projecting Migration over the Next Twenty Years and Beyond*. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2022.
- Sancakdar, Oğuz, Önüt, Lale Burcu, Doğan Us, Eser, Turhan Kasapoğlu, Mine ve Seyhan, Serkan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Sancakdar, Oğuz ve Önüt, Lale Burcu. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sancakdar, Oğuz ve Önok, Rifat Murat. *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ulusoy, Ali D. *İdari Yaptırımlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Ulusoy, Ali D. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Ünlütepe, Mustafa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

ANTALYA KÖRFEZİ'NİN TARİHİ KÖRFEZ STATÜSÜNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU^(**)

Öz

Gerek 1958 Cenevre Kararları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi gerek 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, tarihi körfez kavramına, hukuki anlamda körfeze ilişkin kuralların bir istisnası olarak yer vermiştir. Bununla beraber her iki metinde de tarihi körfezin tanımı yapılmamıştır. Tarihi körfez konusundaki uluslararası hukuk kuralları, uluslararası hukukun asli şekli kaynaklarından birini teşkil eden örf ve adet hukuku tarafından düzenlenmiştir. Söz konusu örf ve adet kuralını oluşturan devlet uygulamaları açısından, 1962 tarihli Birleşmiş Milletler Raporu öne çıkmaktadır. Lakin 1962 raporu ve müderecatı, konuyla ilgili tek ve yegâne örf ve adet kuralını oluşturmamaktadır. Böylece raporda öngörülen şartlar, sadece konuyla ilgili örfi kurallardan birini teşkil eder. Böylece tarihi körfezin tespitinde, iktisadi, ticari, zirai, endüstriyel, askeri ve stratejik çıkarları gerekçe olarak kabul eden mihver körfez (vital bay) kavramı, normatif geçerliliğe sahiptir. Antalya Körfezi, mihver körfez özelliklerini taşımaktadır. Gerçekten de Körfez; Antalya, Kemer ve Alanya gibi büyük kentleri ve bunların limanlarını içine almaktadır. Türkiye'nin en önemli turizm merkezlerinden bir kısmını içine almaktadır. Gerek sahilleri gerek hinterlandı itibarıyla zirai anlamda büyük önem taşır. Körfez girintisi, Anadolu'nun içlerine yönelen uzanımı nedeniyle askeri açıdan dezavantajlı bir durum yaratmaktadır. Dolayısıyla stratejik çıkarlar ve savunma ihtiyaçları, Körfez sularının açık deniz rejimine tabi olmasını Türkiye'nin aleyhine kılmaktadır. Yine körfez sularının açık denize yönelik projeksiyonu, Türkiye'nin ticaretten, ulaşım ve savunmaya kadar birçok konuda hayati çıkarları ilgilendirmektedir. Türkiye'nin henüz Antalya Körfezi için açık bir tarihi körfez ilanı bulunmaması, Antalya Körfezi'nin tarihi körfez statüsüne sahip olmadığı veya Türkiye'nin bu yönde bir iradesi bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim Türkiye'nin 13 Kasım 2019 tarihli notası bu konuda bir açık kapı bırakmıştır. Türkiye'nin söz konusu körfezi tarihi körfez olarak ilan etmesi halinde, diğer devletlerin tutumları belirleyici olacaktır. Bu konuda tek bir örf ve adet kuralının bulunmaması da Türkiye lehine bir hukuki durum yaratmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Körfez Statüsü, Tarihi Körfez, Düz Esas Hatlar, Antalya Körfezi, Körfez ve Esas Hatlar Konusunda Türk Mevzuat ve Uygulamaları.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 25.09.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 18.11.2024
DOI No: 10.54704/akdhfd.1555923

^(**) Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / Ankara, Türkiye
E-posta: ugurbayil@cankaya.edu.tr
Orcid Id: https://orcid.org/0000-0002-8601-7908



AN EVALUATION OF THE HISTORIC BAY STATUS OF THE GULF OF ANTALYA

Abstract

Both the 1958 and the 1982 Conventions included the concept of a historic bay as an exception to the rules on juridical bays. However, historic bay is not defined in both texts. The rules of international law on the historic bays are regulated by customary law. In terms of state practices that constitute the customary rule in question, the 1962 report comes to the fore. However, the 1962 report and its contents do not constitute the sole and exclusive customary rule on the subject. Thus, the conditions included in the report constitute only one of the customary rules on the subject. So, the concept of the vital bay, which accepts economic, commercial, agricultural, industrial, military and strategic interests as justification in determining the historic bay, has normative validity. The Gulf of Antalya has the characteristics of a vital bay. Indeed, the Gulf includes major cities such as Antalya, Kemer and Alanya and their ports. It includes some of the most important tourism centers of Türkiye. It is of great agricultural importance both with its coasts and its hinterland. Its indentation towards the interior of Anatolia is of military and strategic importance. The projection of the Gulf waters to the high sea concerns Türkiye's vital interests in many areas, from trade to transportation and defense. The fact that Türkiye has not yet declared Gulf of Antalya as a historic bay explicitly does not mean that the Gulf of Antalya does not have the status of a historic bay or that Türkiye does not have an intent in this direction. As a matter of fact, Türkiye's 13 November 2019 dated note left an open door on this issue. If Türkiye declares the gulf as a historic bay, the attitudes of other states will be determining.

Keywords

Status of Bay, Historic Bay, Straight Baselines, Gulf of Antalya, Turkish Legislations and Practices on Bays and Baselines.

Extended Abstract

Both the 1958 Geneva Convention on Territorial Sea and Contiguous Zones and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea included the concept of a historic bay as an exception to the rules on juridical bays. However, the historic bay is not defined in both texts. The rules of international law on the historic bays are regulated by customary law, which constitutes one of the primary sources of international law. In terms of state practices that constitute the customary rule in question, the 1962 United Nations Report comes to the fore. However, the 1962 report and its contents do not constitute the sole and exclusive customary rule on the subject. Thus, the conditions included in the report constitute only one of the customary rules on the subject. So, the concept of the vital bay, which accepts economic, commercial, agricultural, industrial, military and strategic interests as justification in determining the historic bay, has normative validity.

It is clear that the Gulf of Antalya has the characteristics of a vital bay. Indeed, the Gulf includes major cities such as Antalya, Kemer and Alanya and their ports. It includes some of the most important tourism centers of Türkiye. It is of great agricultural importance both with its coasts and its hinterland. The Gulf indentation creates a disadvantageous position in military terms due to its extension into the interior of Anatolia. Therefore, Gulf waters to be subject to the high sea regime is against Turkish strategic interests and defense needs. The projection of the Gulf shores to the high sea concerns Türkiye's vital interests in many areas, from trade to transportation and defense.

The geographical location of the Gulf and the extent of its coasts are important in terms of the Eastern Mediterranean maritime delimitation dispute, which is one of the most important foreign policy problems on Türkiye's agenda recently. Indeed, at this point, the relevant coast of Türkiye (Antalya Gulf) projects towards the coasts of the Greek Cypriot Administration and Egypt with its concave shape starting from Gelidonya Cape in the east-west direction. It also affects Greece in terms of a possible delimitation between the Greek Cypriot Administration and Greece, which is the main purpose of that countries. The delimiting effect of the Gulf coast will result in Türkiye's favor in the possibility of closing the entrance of the Gulf with a straight baseline. This practice will also increase the sea area subject to Türkiye's internal waters. However, since the Gulf of Antalya does not meet the conditions of a juridical bay within the framework of Article 10, paragraphs 1-5 of the 1982 United Nations Convention on the Law of

the Sea, it must be accepted as a historic bay in order to provide such benefits in favor of Türkiye.

After Antalya was captured by the Anatolian Seljuk Sultan Gıyâseddin Keyhusrev I in 1207, it remained under continuous Turkish rule, with short-term exceptions. The Gulf waters are also subject to this sovereignty. Both during the Ottoman period and the Republic period, the Gulf was accepted as a sovereign area. However, the practices in both periods are not sufficient to provide direct support for the historic bay character of Antalya Gulf. Undoubtedly, contrary interpretations can be reached with other facts and data provided by the science of history.

Türkiye's national legal regulations also yield similar results today. Indeed, Türkiye has not yet declared its intent on the historic bay status of Gulf of Antalya through an act within the framework of its own national law. Undoubtedly, Türkiye may adopt the opposite attitude with its national legal regulations. As a matter of fact, with its 13 November 2019 dated note submitted to the United Nations, Türkiye takes into account the possibility of considering the Gulf of Antalya as a historic bay and closing its entrance with a straight line, and leaves the door open to such an application.

The fact that Türkiye has not yet declared Gulf of Antalya as a historic bay explicitly does not mean that the Gulf of Antalya does not have the status of a historic bay or that Türkiye does not have an intent in this direction. If Türkiye declares the Gulf as a historic bay, the attitudes of other states will be determining. The absence of a sole customary rule on this issue also creates a legal situation in favor of Türkiye. Moreover, the inconsistent attitudes and practices of some states, especially Greece, towards the so-called historic bay status of the Gulf of Sidra and the Gulf of Taranto in the Mediterranean also constitute a normative advantage for Türkiye.

GİRİŞ

Antalya Körfezi ve sahilleri, gerek kentleşme ve nüfus yoğunluğu açısından gerekse iktisadi, ticari, zirai ve endüstriyel faaliyetler açısından Türkiye'nin önemli bir yöresini oluşturmaktadır. Yörenin coğrafi konumu, askeri ve stratejik yönden oldukça dikkate değerdir. Türkiye'nin son dönemde gündemde olan dış politika sorunlarının başında gelen Doğu Akdeniz deniz yetki alanları sınır uyumsuzluğu açısından da Körfez'in coğrafi konumu ve sahillerinin uzanımı önem taşımaktadır. Gerçekten de bu noktada Türkiye'nin ilgili sahili (Antalya Körfezi), doğu batı istikametinde, Kırlangıç (Gelidonya) Burnu'ndan itibaren arz ettiği içbükey şekliyle Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY) ve Mısır sahillerine projeksiyon göstermektedir. Yine GKRY-Yunanistan ikilisinin temel amacı olan muhtemel bir GKRY-Yunanistan sınırlandırması açısından Yunanistan'ı da etkilemektedir¹. Körfez sahillerinin sınırlandırmaya yönelik etkisi, Körfez'in girişinin düz hatla kapatılması ihtimalinde Türkiye lehine sonuç doğuracaktır. Bu uygulama aynı zamanda Türkiye'nin iç sularına tabi deniz alanını da arttıracaktır. Lakin Antalya Körfezi, hukuki anlamda körfez şartlarını taşımadığı için sınırlandırmada Türkiye lehine bu nevi faydalar sağlaması için tarihi körfez olarak kabulü gerekecektir.

Eldeki çalışmada, Türkiye lehine bu sonuçları doğuracak, Antalya Körfezi'nin tarihi körfez niteliği meselesi odak noktası yapılmıştır. Bunun için öncelikle genel olarak körfez statüsü, tarihi körfez statüsü ve bu statülerin sonuçları incelenmiş,

¹ Doğu Akdeniz deniz yetki alanları sınırlandırma uyumsuzluğu hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Uğur Bayilloğlu, *Türkiye-Libya Antlaşması Ekseninde Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırma Uyuşmazlığı*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021).

akabinde konuyla ilgili uluslararası düzenlemelerde tanımı yapılmayan tarihi körfez statüsü ve şartları tespit edilmiştir. İlaveten, meseleyi açıklığa kavuşturmak adına, körfezler ve esas hatlar konusunda Türk düzenleme ve uygulamaları çerçevesinde Antalya Körfezi'ne yönelik Osmanlı ve Cumhuriyet dönemi yaklaşımları incelenmiş ve söz konusu Körfez'in tarihi körfez statüsüne ilişkin sonuçlar çıkarılmıştır.

I. DENİZ HUKUKUNA GÖRE KÖRFEZ VE TARİHİ KÖRFEZ STATÜSÜ VE BUNLARA BAĞLANAN HUKUKU SONUÇLAR

Coğrafi anlamda bir körfezin, hukuki anlamda körfez kabulü ve düz hat vasıtasıyla girişinin kapatılabilmesi için gereken şartlar, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS²) 10. maddesinde açıkça düzenlenmiştir³. Buna göre:

- “1. İşbu madde yalnızca, sahilleri tek bir devlete ait olan körfezleri ilgilendirir.
2. İşbu Sözleşmenin amaçları açısından “körfez” belirli bir deniz girintisi olup, karalara doğru girişinin ağız genişliğine oranı içerde sahille çevrili sular ihtiva edecek şekildedir ve sahilin basit bir kıvrımından ibaret değildir. Bununla beraber, bir girinti ancak, yüzölçümü bu girinti ağzına çizilen bir doğruyu çap olarak alan bir yarım dairenin yüzölçümüne eşit veya ondan büyük olduğu takdirde bir körfez sayılacaktır.
3. Bir girintinin yüzölçümü, girintinin kıyıları boyunca uzanan en düşük cezir hattı ile, doğal giriş noktalarını en düşük cezir halinde birleştiren doğru arasında kalan kısmın yüzölçümüdür. Adaların varlığı sebebiyle, bir girintinin pek çok girişi olduğu takdirde, yarım dairenin çapı, geçitli girişleri birleştiren doğruların uzunluklarının toplamına eşit olacaktır. Bir girinti içerisinde bulunan adaların yüzölçümü girintinin toplam yüzölçümüne dahil olacaktır.
4. Bir körfezin doğal giriş noktaları arasında en düşük cezir durumundaki mesafe 24 deniz milini aşmadığı takdirde, bu en düşük cezir noktaları arasında bir sınırlandırma çizgisi çizilebilir, bu çizginin berisinde kalan sular iç sular olarak kabul edilecektir.
5. Bir körfezin doğal giriş noktaları arasında en düşük cezir durumundaki mesafe 24 deniz milini aştığı takdirde, körfez içerisinde en fazla su alanı bırakacak şekilde, 24 deniz millik bir düz esas hat çizilecektir.
6. Yukarıdaki hükümler “tarihi” körfezlere uygulanmadığı gibi, 7. maddede öngörülen düz esas hatlar yönteminin izlendiği hallerde de uygulanmaz.”

² Çalışma boyunca BMDHS'ye yapılan atıflarda şu çeviri esas alınmıştır: M. Aydoğan Özman (Çev.), *Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, (İstanbul: İstanbul Deniz Ticaret Odası, 1984).

³ Aynı düzenleme, 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 7. maddesinde de yer almıştır. Orijinal metin için bkz: "United Nations Treaty Series, Vol. 516, 1964, s. 206-225", Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2024, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20516/v516.pdf>.

Şu halde, tüm sahilleri aynı devlete ait olan, doğal giriş noktaları arasındaki mesafe 24 mili geçmeyen ve 2. paragraftaki testi karşılayıp, sahilin basit bir kıvrımından ibaret olmayan bir coğrafi körfez, hukuki anlamda körfez teşkil edecektir. Dolayısıyla körfez statüsüne bağlanan hukuki sonuçları intaç edebilecektir. Buna göre söz konusu körfezin girişi düz bir hatla kapatılabilir ve bu düz hattın berisinde kalan deniz alanı, iç sular rejimine tabi kılınabilir. Böylece karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge alanlarının iç sınırı, artık coğrafi sahil çizgisi değil, körfezin ağzını kapatan düz hat olacaktır. Bir başka ifadeyle söz konusu deniz alanlarının ölçülmeye başlandığı esas hat, artık körfezin girişini kapatan düz hat olacaktır. Bu da söz konusu alanlarının dış sınırını (genişliğini) etkileyecek, bu alanları açıklara doğru veya komşu sahildevletinin deniz alanlarına doğru ilerletecektir. Böylece açık denize bakan sahillerden insanlığı ortak mirasını oluşturan deniz alanları daralırken, çakışma durumunda, komşu sahildevletler arasındaki deniz alanı sınırlandırmalarında, bu uygulamayı benimseyen devletler lehine etkiler ortaya çıkacaktır.

Lakin 6. paragraf hükmünün açıkça gösterdiği gibi tarihi körfez statüsü, bu şartlardan bağımsızdır. Dolayısıyla bir coğrafi körfez, her ne kadar örf ve adet hukukunu da yansıtan bu maddedeki şartları taşımamaktaysa da körfez statüsüne bağlanan hukuki sonuçlardan faydalanması, yani, düz hatla girişinin kapatılması hukuken mümkündür. Bunun gerçekleşebilmesi için BMDHS'nin 10. maddesindeki şartları taşımayan bir coğrafi körfezin, tarihi körfez statüsünü haiz olması gerekir. Dolayısıyla bu noktada gündeme gelen hayati soru, tarihi körfezin ne olduğu, tarihi körfez statüsünün nasıl kazanıldığıdır.

II. NORMATİF AÇIDAN TARİHİ KÖRFEZ STATÜSÜ VE ŞARTLARI

A. GENEL HUKUKİ DURUM

Tarihi körfez kavramı, tarihi sular kavramının bir parçasını oluşturmaktadır⁴. Tarihi sular, Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 1951 tarihli Balıkçılık kararında; "Tarihi sular ile genellikle iç sular olarak kabul edilen ancak tarihi bir hakkın varlığı olmasaydı bu karaktere sahip olmayacak sular kastedilmektedir⁵." şeklinde simgesel bir tanıma kavuşmuştur. Buna paralel olarak Güney Çin Denizi Tahkiminde, Daimi Hakemlik Mahkemesi, tarihi körfezi, "bir devletin tarihi sular olduğunu iddia ettiği körfezdir" şeklinde tanımlamıştır⁶.

⁴ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap*, (Ankara: Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, 2023), s. 305.

⁵ "Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, s. 130", Erişim Tarihi: Mayıs 22, 2024, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf>.

⁶ "PCA Case No. 2013-19, The South China Sea Arbitration, Award of 12 July 2016, para, 225", Erişim Tarihi: Mayıs 3, 2024, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>.

Tarihi körfezin bir kavram olarak ilk ortaya çıkışı, Daimi Hakemlik Mahkemesi'nin, 1910 yılında verdiği Kuzey Atlantik Sahilleri Balıkçılığı Davasına ilişkin kararına muhalefet eden hakem Drago'ya atfedilmiştir⁷. Yine karar metninde de istikrarlı kullanım temelinde tarihi körfezlere atıf yapıldığı görülmektedir⁸. Hemen belirtmek gerekir ki bundan önce de ilki 1604 yılına tarihlendirilen, diğer girinti ve çıkıntılı sahil tipleriyle beraber, çeşitli koy ve körfezler açısından da tarihi hak argümanına dayanan düz esas hat iddiaları ortaya atılmıştır⁹.

Konuyla ilgili uluslararası yargı kararları incelenince, ilk önemli tespitlerin, UAD'nin Balıkçılık kararında yapıldığı görülmektedir. Bu çerçevede UAD'nin Norveç sahillerindeki fiyort ve boğaz yapılarının düz hatlarla kapatılması konusundaki şu tespiti büyük önem arz etmektedir:

“Norveç, bu suların karasuları veya iç sular olduğu iddiasını, diğer devletlerin itirazı olmadan uzun bir süre boyunca bu sular üzerinde egemenlik yetkisini kullandığı gerekçesiyle haklı gösterebilir; bu, bir nevi *possessio longi temporis*'tir ve neticede bu sular üzerindeki yetkisi, yürürlükteki kurallara aykırılık oluştursa da artık tanınmalıdır¹⁰.”

Görüldüğü gibi kararda tarihi körfez için bazı şartlar ortaya koyulmuştur. Uluslararası hukuk kaynakları açısından bakarsak, deniz hukukunu düzenleyen ve yukarıda değinilen uluslararası antlaşmalarda, tarihi körfezin tanımı yapılmadığı gibi şartları da belirlenmemiştir. Bu nedenle tarihi körfez müessesesi gerek tanım gerek şartlar açısından örf ve adet hukukunun düzenleme konusu olarak kalmıştır¹¹. Örf ve adet hukukunun bir unsuru olan devlet uygulamalarını tespit için Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) isteği üzerine Sekreterliğe bağlı Hukuk İşleri Kodifikasyon Bölümü tarafından hazırlanan 9 Mart 1962 tarihli

⁷ M.P. Strohl, *The International Law of Bays*, The Hague, 1963, s. 269'dan nakleden, Pazarıcı, *II. Kitap*, s. 305.

⁸ “PCA Case No. 1909-1, The North Atlantic Coast Fisheries Case, Award of the Tribunal, 7 September 1910, s. 25”, Erişim Tarihi: Haziran 29, 2024, <https://pcacases.com/web/sendAttach/496>. Uyuşmazlık ve karar hakkında bilgi ve değerlendirmeler için bkz: C. John Colombos, *The International Law of the Sea*, (London-Harlow: Longmans, Sixth Revised Edition, 1967), s. 186-188.

⁹ Bu konudaki örnekler için bkz: Charles Crozat, “Koy ve Körfez Hukuki Mefhumları Hakkında Bazı Mülahazalar”, (Çev. Edip Çelik), *Tahir Taner'e Armağan*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1956), s. 633-635; Mehmet Gönlübol, *Barış Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukuk Statüsü*, (Ankara: Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1959), s. 124-127; Colombos, *The International Law of the Sea*, s. 180-186.

¹⁰ Fisheries case, s. 130. Aslında bu, İngiltere'nin tespitidir ve Divan tarafından teyide mazhar olmuştur. Lakin İngiltere'nin asıl iddiası, bir düz hattın uzunluğunun en fazla 10 mil olacağı yönünde bir uluslararası hukuk kuralı bulunduğu ki Divan, bunu reddetmiş ve Norveç'in düz hatlarını uluslararası hukuka aykırı bulmamıştır. Bkz: Fisheries case, s. 130-132.

¹¹ Donald R. Rothwell ve Tim Stephens, *The International Law of the Sea*, (Oxford: Hart, 2010), s. 48. R. R. Churchill ve A.V. Lowe, *The Law of the Sea*, (Manchester: Manchester University Press, Third Edition, 2014), s. 43; Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, (Cambridge: Cambridge University Press, Second Edition, 2015), s. 58.

raporun¹² yol gösterici olduğu belirtilmiştir¹³. Madem tarihi körfez, tarihi sularla bağlantılıdır ve tarihi suların bir kategorisidir¹⁴, o halde 1962 raporunda öngörülen ve tarihi sular için aranan şartlar, tarihi körfezler için de aranabilir. Hatta Birinci Deniz Hukuku Konferansı'nda yine Sekreterlik tarafından hazırlanan tarihi körfezlere ilişkin 1958 raporunda o dönemde tarihi hak iddialarına konu deniz alanlarını nitelendirme açısından tarihi körfezden ziyade tarihi sular şeklinde giderek artan bir eğilime dikkat çekilmiştir¹⁵. Üstelik 1962 raporunun başlığı, "Tarihi körfezler dâhil olmak üzere tarihi suların hukuki rejimi" olarak belirlenmiştir. Şu halde 1962 raporundaki şartlar, tarihi körfezlerin normatif bir ifadesi olarak değerlendirilebilir. Buna göre bir coğrafi körfezin, tarihi körfez olarak kabulü için şu şartlar gereklidir: Devletin tarihi hak iddia ederek söz konusu alan üzerinde egemenlik yetkisi kullanması, bu yetki kullanımının devamlılığı ve diğer devletlerin tutumu¹⁶.

Burada gündeme gelen ilk mesele, icra edilen yetkinin hangi sıfatla ifade edildiğidir. Devlet, yetki icra ettiği alanı, iç sular olarak mı yoksa karasuları olarak mı tanımış olmalıdır? Acaba bu alan mutlaka iç sular olarak mı nitelendirilmelidir, yoksa karasuları nitelendirmesi yeterli midir? 1962 raporundan çıkan anlama göre tarihi hak iddiası açısından tek bir devletin sahil dar olduğu körfezlerde, egemenlik icrasının, iç sular sıfatıyla yapılması gerekmektedir¹⁷. Aşağıda değinilecek olan El Salvador-Honduras-Nikaragua davasında UAD, 1917 tarihli Orta Amerika Adalet Divanı kararında geçen *territorial waters* teriminin, 75 yıl

¹² "A/CN.4/143, Juridical Regime of Historic waters including historic bays - Study prepared by the Secretariat", Erişim Tarihi: Temmuz 28, 2024, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_143.pdf.

¹³ Tanaka, *The International Law of the Sea*, s. 58. Symmons'ın da rapordaki şartların, uluslararası hukuki bağlamda tasvip edildiğini belirtmek suretiyle, raporun örf ve adet hukuku niteliğine vurgu yaptığı söylenebilir. Clive R. Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea: A Modern Re-Appraisal*, (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s. 111-112. Yine, raporda öngörülen ölçütlerin, ABD Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarına yansıdığı vurgulanmalıdır. Bkz: James C.F. Wang, *Handbook on Ocean Politics & Law*, (New York/Connecticut/London, Greenwood Press, 1992), s. 9; Churchill ve Lowe, *The Law of the Sea*, s. 43-44. Rapor, bugüne kadar yapılmış, uluslararası düzeyde konuyla ilgili en kapsamlı resmi çalışma olarak tasvir edilmiştir. Tomasz Kamiński, "The Status of Historic Bay in International Law. Libya's Claim to the Gulf of Sidra", *Studia Iuridica*, Vol. 54, (2012), s. 77. Lakin söz konusu şartların, BMDHS'de ve hazırlık çalışmalarında kabul edilmediği, hatta Kolombiya'nın bu şartların benimsenmesi yönündeki teklifinin de çabucak reddedildiği belirtilmiştir. Francesco Francioni, "The Status of Gulf of Sirte in International Law", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 11, (1984), s. 321.

¹⁴ Rene Jean Dupuy ve Daniel Vignes, *A Handbook on the New Law of the Sea*, (Dordrecht/Boston/Lanchester: Martinus Nijhoff Publishers, 1991), s. 266; Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea*, s. 2; Rothwell ve Stephens, *The International Law of the Sea*, s. 48; Tanaka, *The International Law of the Sea*, s. 57-58.

¹⁵ "A/CONF.13/1, Historic Bays: Memorandum by the Secretariat of the United Nations, para, 8", Erişim Tarihi: Temmuz 28, 2024, https://legal.un.org/diplomaticconferences/1958_los/docs/english/vol_1/a_conf13_1.pdf.

¹⁶ A/CN.4/143, para, 80 ve 185.

¹⁷ A/CN.4/143, para, 164-166.

önce günümüzde iç sular veya ulusal sular olarak adlandırılan alanları belirtmek için sıklıkla kullanıldığını; bu bağlamda, günümüzde *territorial sea* olarak adlandırılan alanı ifade etmediğini belirtmiştir. UAD'ye göre Orta Amerika Adalet Divanı'nın *territorial waters* terimini kullanırken muradı egemenlik iddiasına konu olan alanı ifade etmektir¹⁸.

Bu çerçevede, iç sular-karasuları ayırımının 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi ile antlaşmalar hukuku açısından ortaya koyulduğu ve bu bağlamda Sözleşme'nin tarihi körfezlerdeki egemenlik iddiası açısından iç sular-karasuları ayırımı için bir milat olarak alınabileceği söylenebilir. Böylece, 1958'den sonra tarihi körfezler açısından iç sular veya karasuları nitelemesinin önem kazandığı düşünülebilir. Her ne kadar örf ve adet hukuku açısından 1958 raporundaki tespitler göz ardı edilemese de¹⁹ yukarıda değinilen Balıkçılık kararında UAD'nin, tarihi hak kazanımı şartları açısından hem iç suları hem de karasularını ayrı ayrı kullandığı gözden uzak tutulmamalıdır.

Böylece tarihi hak kazanım şartları açısından belirleyici olanın iç sular veya karasuları şeklindeki bir nitelendirmeden ziyade sahildevletinin söz konusu alanı kendi yetki alanı içinde görmesi olduğu ileri sürülebilir. Nitekim doktrinde, sığa öneme vermeden egemenlik icrasını yeterli olarak kabul eden görüşler mevcuttur²⁰. Lakin mutlaka iç sular nitelendirilmesini arayan görüşler de mevcuttur²¹. Dolayısıyla belki de en uygun yorum tarzı, en azından 1958'den sonra bu yetki icrasının iç sular sıfatıyla yapılmasını aramaktır. Şüphesiz bu, 1962 raporunun konu hakkındaki yegâne örf ve adet kuralı olduğu anlayışı karşısında savunulabilecek bir görüştür ki hemen aşağıda aksinin geçerli olduğu görülecektir.

Şu halde, tarihi körfezin şartları açısından, UAD'nin Balıkçılık kararında yaptığı tanım ile 1962 raporu ve yukarıdaki değerlendirmeleri telif edince, şu

¹⁸ "Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), para, 392", Erişim Tarihi: Mayıs 22 2024, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/75/075-19920911-JUD-01-00-EN.pdf>.

¹⁹ Bkz: A/CONF.13/1, para, 9-10 ve 137.

²⁰ Dupuy ve Vignes, *A Handbook on the New Law of the Sea*, s. 267; Pazarıcı, *II. Kitap*, s. 305-306. Tanaka ise yukarıda belirtildiği gibi 1962 raporunu devlet uygulamaları açısından yol gösterici olarak ifade etmekle birlikte, raporun iç sular nitelemesini arayan kısımlarına değil, sadece hak iddia edilen alan üzerinde nitelendirmeden bağımsız şekilde egemenlik icrasını yeterli gören tespitlerine atıf yapmıştır. Bkz: Tanaka, *The International Law of the Sea*, s. 58-59. Yine somut tarihi körfez iddialarını inceleyen iki çalışmada da yazarlar doğrudan iç sular zorunluluğu vurgusu yapmamıştır. Bkz: Natalino Ronzitti, "Is the Gulf of Taranto an Historic Bay?", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 11, (1984), s. 275-296; Francioni, "The Status of Gulf of Sirte in International Law", s. 311-326.

²¹ Crozat, "Koy ve Körfez Hukuki Mefhumları Hakkında Bazı Mülahazalar", s. 632-633 ve 637-638; Gönlübol, *Barış Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukuk Statüsü*, s. 123; Aydoğan Özman, *Deniz Hukuku I (Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları)*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), s. 224, Rothwell ve Stephens, *The International Law of the Sea*, s. 47-48; Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea*, s. 128-129; Churchill ve Lowe, *The Law of the Sea*, s. 43-44.

sonuca ulaşabiliriz: Uzun bir süredir, fasılasız olmak şartıyla bir coğrafi körfez üzerinde egemenlik yetkisi kullanmak ve diğer devletlerin itirazına maruz kalmamak²². Symmons'a göre 1962 raporunda yer alan ve uluslararası hukuki bağlamda tasvibe mazhar olmuş şartlar; "resmi iddia, egemenlik yetkisinin etkin ve devamlı kullanımı ve uluslararası onay" şeklinde teessüs etmiştir²³.

B. MİHVER KÖRFEZ (VITAL BAY) KAVRAMI VE NORMATİF ÇEŞİTLİLİK

Normatif açıdan bu tespitle yetinmek, doğru sonuca götürmekten uzak, eksik bir değerlendirme olacaktır. Gerçekten de bu noktada şüphe doğuran mesele, bu şartların tek ve yegâne bir örf ve adet kuralını yansıtıp yansıtmadığıdır. Bu şüpheyi doğuran da UAD'nin 1982 tarihli Tunus-Libya kararında yaptığı bir tespittir. Söz konusu kararda UAD öncelikle, tarihi körfezlere ilişkin düzenleme tarihçesini incelemiştir. Buna göre 1958 Birinci Deniz Hukuku Konferansı, Genel Kurul'dan konuyla ilgili bir çalışma yapmasını talep etmiş, 1959'da Genel Kurul, UHK'den tarihi körfezler de dâhil olmak üzere tarihi suların hukuki rejiminin incelenmesini talep eden bir karar almış, lakin UHK henüz bu talebi yerine getirmemiştir²⁴. Görüldüğü gibi kararda UAD, 1962 raporuna atıf yapmamıştır. Yukarıda belirtildiği gibi UHK bu talep doğrultusunda 1962 raporunu Sekreterliğe bağlı Hukuk İşleri Kodifikasyon Bölümüne hazırlatmışsa da bu rapor sonradan UHK'nin bir kararına mazhar olmamıştır. Demek ki UAD, 1962 raporuna, doğrudan UHK görüşünü yansıtmadığı için değer atfetmemiştir. Lakin UAD, El Salvador-Honduras-Nikaragua kararında birden çok devletin sahil dar olduğu körfezler açısından rapor münderecatına atıf yapmıştır²⁵.

Tunus-Libya kararında düzenleme tarihçesine devam eden UAD'ye göre BMDHS taslağında, tarihi sular ve tarihi körfezlere atıflar olmasına ve bunların ana kurallardan sapmak için gerekçe teşkil ettikleri kabul edilmesine rağmen, söz konusu kavramların bir tanımı bulunmadığı gibi hukuki rejimleri de detaylı düzenlenmemiştir. Bu nedenle uluslararası hukuk, tarihi sular ve tarihi körfezler için tek bir rejimden ziyade, somut ve tanınmış durumların her biri için özel bir rejim içermektedir²⁶. UAD bu tespitini, sonraki El Salvador-Honduras-Nikaragua kararında yorumlarken, bu özel rejim konusunda belirleyici etkenin, körfezin maziisi olduğunu belirtmiştir²⁷.

²² Lakin hemen yukarıdaki açıklamaların gösterdiği gibi egemenlik icra edilen alanın nitelenmesi açısından, UAD'nin Balıkçılık kararında iç sular ve karasularını birlikte kullandığı, 1962 raporunun ise son derece karışık ifadelerinden iç sular nitelenmesini aradığı hatırlatılmalıdır.

²³ Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea*, s. 111.

²⁴ "Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, para, 100", Erişim Tarihi: Mayıs 22, 2024, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/63/063-19820224-JUD-01-00-EN.pdf>.

²⁵ El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, para, 394.

²⁶ Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya, para, 100.

²⁷ El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, para, 387.

Demek ki tarihi körfez statüsüne bağlanan hukuki sonuçlar, özel bir rejimden kaynaklıdır; bu özel rejimin kaynağı da geçmiştir. Belirli bir geçmiş olan bir körfez, tarihi körfez olup, bu özel rejimden faydalanabilecektir. Burada gündeme gelen soru, bu geçmişin hangi özellikleri barındırıp barındırmaması gerektiğidir. Bu soru da örf ve adet hukuku hakkında doğan şüpheyi beraberinde getirmektedir. Gerçekten de UAD'nin tarihi körfezler için tek bir rejimin olmadığı tespiti ve özel rejimler vurgusu, örf ve adet hukukunda tarihi körfezler için tek bir rejim olmadığı, bir başka ifadeyle tek bir örf ve adet kuralı bulunmadığı şeklinde anlaşılmaktadır. Bu anlamda 1962 raporu ve münderecatı, tarihi körfezler açısından yegâne örf ve adet kuralı veya bu nevi bir kuralın yansıtıcısı değildir. Böylece tarihi körfez için gereken şartların durumu da tek bir rejime indirgenemez. Bir başka ifadeyle, körfezin mazisinin niteliği, tek tip bir rejime bağlı değildir. Bu durum, şartları oluşturan unsurlar ve bunların dereceleri için de geçerlidir²⁸. Ezcümle 1962 raporu, konuyla ilgili mevcut örf ve adet kurallarından sadece birinin göstergesidir.

Tarihi körfezlerin gündeme geldiği söz konusu kararlardan El Salvador-Honduras-Nikaragua kararında, Fonseca Körfezi'nin durumu hakkında yapılan tespitler, bu açıdan önemlidir. Fonseca Körfezi, üç devletin sahil dar olması nedeniyle BMDHS'nin 10. maddesinde yer alan hukuki anlamda körfez şartlarını karşılamamaktadır. UAD, bu hususa dikkat çektikten sonra, tarafların ve yazarların Fonseca'nın tarihi bir körfez olduğu ve dolayısıyla sularının da tarihi sular olduğu konusunda ittifak ettiklerini vurgulamıştır²⁹. Bundan sonra UAD, körfezin tarihçesine ilişkin tespitler yapmıştır. Buna göre Körfez, 1522'de İspanyollar tarafından keşfedilip İspanyol tacına bağlanmış, 1821'de İspanyol egemenliğinin son bulması üzerine, halefiyet yoluyla ve *uti possidetis juris* ilkesi gereği, 1821-1829 arası dönemde her üç devletin de üyesi bulunduğu Orta Amerika Federal Cumhuriyeti'nin kontrolü altına girmiştir. Burada gündeme, *uti possidetis juris* ilkesinin körfez sularını da kapsayıp kapsamadığı meselesi gelmiş ve halefiyeti müteakip körfez sularının hukuki statüsünün ne olduğu sorusu, 1917'de Orta Amerika Adalet Divanına arz edilmiştir³⁰.

UAD bu noktada, Fonseca Körfezi'nin özel rejimini inceleyen 1917 kararının, Körfez tarihinin önemli bir parçası olarak dikkate alınması gerektiği tespitini yapmıştır³¹. Böylece bir tarihi körfezin şartları incelenirken, uluslararası

²⁸ UAD tespiti bağlamında benzer görüşü ifade eden Kamiński, yine de her somut körfez iddiasının karşısına 1962 raporunda öngörülen şartların çıkacağını vurgulamıştır. Kamiński, "The Status of Historic Bay in International Law. Libya's Claim to the Gulf of Sidra", s. 78.

²⁹ El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, para, 383.

³⁰ El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, para, 385-386. Davaya konu olan olay, Nikaragua ile ABD arasında akdedilen ve ABD'ye Fonseca Körfezi içinde seçeceği yerde deniz üssü kurma ve kanal açma hakkı veren 5 Ağustos 1914 tarihli antlaşma düzenlemeleridir. Söz konusu düzenlemeler, Kosta Rika ve El Salvador'un itirazına uğramıştır. Bkz: Colombos, *The International Law of the Sea*, s. 188-189.

³¹ El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, para, 387.

yargı ve hakemlik kararlarının da dikkate alınacağını göstermiştir. Bu çerçevede kıymetlendirilen 1917 kararında, Fonseca'nın kapalı deniz özelliği taşıyan tarihi bir körfez olduğu vurgulanmıştır³². Demek ki 1917 kararında Fonseca, kapalı bir deniz olduğu gerekçesiyle tarihi körfez kabul edilmiştir. Lakin UAD, 1917 kararındaki diğer gerekçelerin de altını çizmiştir. Bunlardan ilki, tarihi körfezin yukarıda da belirtilen temel şartlarına yapılan vurgu neticesi, Fonseca'nın tarihi körfez niteliğinin, diğer devletlerin rızasıyla barışçıl ve uzun süren, sürekli egemenlik kullanımına dayandırılmasıdır. 1917 kararındaki diğer gerekçe, konumuz açısından önem arz etmektedir. Gerçekten de 1917 kararında, tarihi körfez yanında, mihver körfez (hayati çıkarları ilgilendiren körfez) kavramına da atıf yapılmıştır ve UAD'ye göre bu, sahildevletlerinin stratejik ve savunma ihtiyaçlarına yapılan bir vurgudur³³. Mihver körfez kavramı, aşağıda gösterileceği gibi Antalya Körfezi'nin tarihi körfez niteliği açısından önemli bir argüman sunabilir.

Bu çerçevede, 1917 kararında, Fonseca'nın tarihi körfez niteliği, diğerleri yanında;

“Sahildar devletlerin, iktisadi, ticari, zirai ve endüstriyel hayatı için büyük önemi haiz pek çok çıkarı koruyan özel coğrafi uzanımı ve bu devletlerin Körfez'e, mezkûr asli menfaatlerin, milli savunmanın ve çıkarların gerektirdiği ölçüde tam olarak sahip olmaları yönündeki mutlak, vazgeçilmez gereklilik³⁴”

ile açıklanmıştır.

Netice olarak UAD, Fonseca'ya ilişkin 1917 kararındaki Orta Amerika Adalet Divanı'nın görüşünü paylaştığını belirtmek suretiyle³⁵ hem tarihi körfez ve şartlarını teyit etmiş hem de sahildevletinin hayati çıkarlarını ilgilendiren mihver körfez kavramını kabul etmiştir. Böylece UAD, bir taraftan 1962 raporunda öngörülen şartları diğer taraftan da söz konusu rapor ile dışlanan mihver körfez kavramını aynı normatif değeri ifade eder şekilde belirlemiştir. Bu da çok açık şekilde, ortada tarihi körfezler açısından, 1962 raporu kaynaklı tek bir örf ve adet kuralı bulunmadığının göstergesidir³⁶.

³² El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, para, 390. 1917 kararında kapalı deniz ibaresi, bugünkü anlamında değil, açık denizin bir parçası ve uluslararası sular teşkil etmeyen anlamında kullanılmıştır. Bkz: El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, para, 390.

³³ El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, para, 391.

³⁴ El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, para, 397.

³⁵ El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening, para, 404. Hırvatistan-Slovenya kararında, bu karara atıf yapan Hakemlik Mahkemesi, Piran Körfezi ile Fonseca Körfezi arasında benzerlik kurarak, Hırvatistan ve Slovenya'nın, Piran Körfezi'ni halefiyet yoluyla devraldıklarını ve Yugoslavya'nın dağılmasının, Piran Körfezi'nin iç sular statüsünü ortadan kaldırmadığını belirtmiştir. Bkz: “PCA Case No. 2012-4, The Republic of Croatia-The Republic of Slovenia, Final Award 29 June 2017, para, 881-885”, Erişim Tarihi: Haziran 27, 2024, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2172>.

³⁶ Karş. Ronzitti, “Is the Gulf of Taranto an Historic Bay?” s. 286-287.

Mihver körfez kavramı, ekonomik ve stratejik nedenlerin ön plana çıktığı ve esas itibariyle bu nedenlere dayanan tarihi körfez iddiasını ifade etmektedir. Ahnish'e göre, çağdaş devlet uygulamaları, tarihi körfez kavramı açısından ekonomik ve stratejik nedenlerin, maziden daha fazla etkili olması yönünde bir evrime işaret etmektedir. Yazara göre egemenlik uygulamaları ve tarih gibi tarihi körfez şartlarını ifade eden şartlar aslında ekonomik ve stratejik nedenlerden kaynaklı coğrafi ve siyasi olgular arasındaki kaçınılmaz etkileşime bağlıdır. Bu da anakaraya sokulan bir körfez ve bu sahilde yaşayan bir topluluğun varlığının sonucudur³⁷. Görüldüğü gibi yazar, soyut şartları, daha somut hale getirmekte ve bu somutlaştırma faaliyetinin kaynağını da hayati çıkarlara dayandırmaktadır ki bunlar ekonomik ve stratejik nedenlerden kaynaklıdır ve tarihi körfez şartlarına esneklik sağlamaktadır. Bu bağlamda yazar; amacın, uzun süreli kullanım şeklindeki katı şartı, daha esnek olan kullanımın hayatiyeti kavramıyla ikame etmek olduğunu belirtmiştir. Ayrıca yazar tarihi körfez şartları içinde yer alan zamanı ise söz konusu kullanımın mevcudiyet ve devamlılığına bağlamıştır³⁸.

Zaman şartını devre dışı bırakmak yönünde bir amacın ifadesi olan bu teori, uzun bir uygulamaya sahip olamayacak başta Latin Amerika devletleri ve yeni bağımsız devletler için tarihi körfezler konusunda bir dayanak bulma arayışının ürünüdür³⁹. Lakin başta ABD ve İngiltere olmak üzere büyük denizci devletlerin bu teoriyi, uluslararası toplumun aleyhine geniş deniz alanları üzerinde hak iddia etmeyi engellemek için reddettikleri belirtilmiştir⁴⁰. Benzer endişe mihver körfez kavramının sübjektif niteliği çerçevesinde vurgulanmış ve yine zamanı ve tarihselliği devre dışı bırakmanın tarihi körfez kavramıyla bağdaşmayacağı hususunun altı çizilmiştir⁴¹. Ekonomik, stratejik veya siyasi çıkarların tek başına tarihi körfez iddialarını haklı çıkaramayacağı, bu anlamda hayati çıkarların rolünün, sadece tarihi hakların tespitinde delil niteliği arz edeceği aktarılmıştır⁴². Görüldüğü gibi bu görüş, hayati çıkarları, 1962 raporunda öngörülen şartları ispat açısından kullanılabilir birer araç durumuna indirgemıştır. Bu görüşün şampiyonu Symmons'a göre, mihver körfez kavramı eskimiştir ve belki bugün tarihi körfez kavramına karşılık, alternatif bir hukuki kavram olarak karşılanabilir⁴³. Yazara göre, devletlerin deniz alanlarındaki yetkilerinin münhasır ekonomik

³⁷ Faraj Abdullah Ahnish, *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean*, (Oxford: Clarendon Press, 1993), s. 230. Sirte Körfezi'ni bu çerçevede değerlendiren argümanlar için bkz: Ahnish, *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean*, s. 232-251.

³⁸ Ahnish, *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean*, s. 249.

³⁹ Crozat, "Koy ve Körfez Hukuki Mefhumları Hakkında Bazı Mülahazalar", s. 638; Churchill ve Lowe, *The Law of the Sea*, s. 44.

⁴⁰ Churchill ve Lowe, *The Law of the Sea*, s. 44.

⁴¹ Tanaka, *The International Law of the Sea*, s. 59.

⁴² Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea*, s. 255 ve eşlik eden dipnotlar. Benzer görüş için bkz: Ronzitti, "Is the Gulf of Taranto an Historic Bay?", s. 288.

⁴³ Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea*, s. 256 ve eşlik eden dipnot.

bölge gibi kavramlarla artması neticesi, hayati çıkarlar korunmaktadır ve böylece “tarihi körfez ve sular yanında, mihver körfez veya mihver sular olarak etiketlenilebilecek ayrı bir üçüncü kategori körfez veya sulara daha az ihtiyaç vardır⁴⁴”. Bu görüş aslında, 1962 raporunda yer alan, tarihi hakların farklı, hayati çıkarların farklı olduğu şeklindeki anlayışı yansıtmaktadır⁴⁵.

Lakin burada gündeme gelen soru, mihver körfez kavramının kategorik açıdan başka bir körfez tipi mi olduğu yoksa tarihi körfezin bir unsuru mu olduğudur. Şurası açıktır ki mihver körfez kavramı, tarihi körfez kavramında mündemiçtir. Dolayısıyla mihver körfezin normatif açıdan farklı bir körfez türü olduğu sonucu, bu konuda tek bir rejim ve örf ve adet kuralı bulunduğunu ve bunu da 1962 raporunun ortaya koyduğunu kabul anlamına gelecektir. Böyle bir sonucun ise UAD'nin tespitiyle ifade ettiği normatif gerçeklikten uzak olduğu açıktır.

Üstelik hayati çıkarlarla tarihi hakların birlikte kullanıldığı olaylar bulunmaktadır ve bunlardan biri için Crozat, UAD'nin 1951 tarihli kararını örnek göstermiştir. Yazara göre körfezler açısından 10 mil kuralını reddetmekle UAD, “karasularının başlangıç hatlarının istisnai bir şekilde çizilmesinde”, tarihilik niteliği yanında, “sahilin coğrafi hususiyeti gibi mahalli ve hayati zaruretler” ile “hakikiliği ve ehemmiyeti uzun bir gelenekle teyid edilmiş bölgeye has ekonomik menfaatleri” nazara almıştır⁴⁶. Şu halde normatif olarak mihver körfezin veya tarihi körfezin tespitinde hayati çıkarları tamamen dışlamak mümkün değildir. Söz konusu kavramlar, tarihi körfez statüsünün mahiyetinde mündemiç olup, normatif açıdan yaşamaya devam etmektedir. Bu normatif yaşam sadece mihver körfez kavramını kabul eden ve yeni bağımsız devletler sınırlı⁴⁷ değildir. Zira bu yoruma dayanak teşkil edecek tek tip bir normatif rejimin varlığı şüpheden uzak şekilde ortaya koyulmuş değildir.

C. DEVLET UYGULAMALARININ NORMATİF ÇEŞİTLİLİĞE KATKISI

Tarihi körfezler açısından örf ve adet hukuku temelinde tek bir normatif rejimin bulunmadığı, devlet uygulamaları ile de desteklenmektedir. Gerçekten de neden 1962 raporuna dayanan tek bir örf ve adet kuralı bulunmadığını göstermek açısından, devletlerin her ikisi de hukuki anlamda körfez şartlarını taşımayan Sirte Körfezi ile Taranto Körfezi'ne yönelik farklı yaklaşım ve tutumları önemli bir veri sunmaktadır.

Libya temsilcisi, BM'ye sunduğu 19 Ekim 1973 tarihli notasıyla Libya'nın Sirte Körfezi'ne ilişkin tarihi körfez iddiasını ortaya koymuştur⁴⁸. Notada; öncelikle Körfez'in iç sular oluşturduğu ve tarih boyunca hiçbir tartışmaya yer vermeden Libya'nın ege-

⁴⁴ Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea*, s. 256-257.

⁴⁵ A/CN.4/143, para, 139.

⁴⁶ Crozat, “Koy ve Körfez Hukuki Mefhumları Hakkında Bazı Mülahazalar”, s. 638-640.

⁴⁷ Churchill ve Lowe, *The Law of the Sea*, s. 45.

⁴⁸ Bkz: “United Nations Legislative Series, National Legislation and Treaties Relating to the Law of the Sea, New York, 1976, ST/LEG/SER.B/18, s. 26-27”, Erişim Tarihi: Mart 26, 2024, <https://legal.un.org/legislativeseries/pdfs/volumes/book18.pdf>.

menliğine tabi bulunduğu belirtildikten sonra, coğrafi konumu nedeniyle, Libya'nın güvenliği açısından hayati önem taşıdığı ve bu nedenle tam olarak tarassut altında tutulması gerektiği vurgulanmıştır. İtalya ise 26 Nisan 1977 tarihli Başkanlık Kararı⁴⁹ ile Taranto Körfezi'ni tarihi körfez olarak ilan etmiş olmakla beraber, bunu haklı çıkarabilecek nedenleri ortaya koymamıştır⁵⁰. Lakin doktrinde NATO üyelerinin bundan çıkar sağladıkları, savunma ve stratejik nedenlerle bu tür deniz alanlarını genişleten iddialara geleneksel muhalif ABD ve İngiltere'nin bile buna itiraz etmediği belirtilmiştir⁵¹. ABD'nin Libya'nın iddiasına yönelik itirazı ve hatta silahlı çatışmaya ulaşan tutumu⁵², Taranto Körfezi konusundaki sessizliğinin önemini arttırmaktadır. Şu halde, birbirine benzeyen coğrafi açıdan iki körfezde de (Sirte için açıkça, Taranto için Soğuk Savaş döneminin şartlarında zımnen) stratejik ve savunmaya ilişkin meselelerin gündemde olduğu açıktır. Her iki iddiaya yönelik farklı tutum da açıktır.

Kaldı ki Taranto'nun tarihi körfez niteliği konusunda 1962 raporunda yer alan şartların sağlandığına ilişkin bir veri yoktur. Hatta İtalya, bu iddiasını haklılaştıracak bir argüman dahi ortaya koymamıştır. Hal böyleyken, diğer devletlerin hangi örf ve adet kuralına göre Taranto'nun tarihi körfez iddiasına itiraz etmediği sorusu normatif açıdan sorulmalıdır. Bir başka ifadeyle eğer konuyla ilgili yegâne örf ve adet kuralını 1962 raporunda yer alan şartlar yansıtıyorsa itiraz etmeme olgusu, normatif olarak ne şekilde bir sonuç doğurabilir?

Sirte Körfezi'ne yönelik tarihi körfez iddiası ve buna bağlı sonuçlar, Libya'nın bitişik bölge ilan eden 5 Aralık 2023 tarihli notasıyla⁵³ yeniden günde-

⁴⁹ Bkz: "Decree of the President of the Republic No. 816 of 26 April 1977 containing regulations concerning the application of Law No.1658 of 8 December 1961 authorizing accession to the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, adopted at Geneva on 29 April 1958, and giving effect to that Convention" Erişim Tarihi: Temmuz 8, 2024, https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/ITA_1977_Decree.pdf.

⁵⁰ Ronzitti, "Is the Gulf of Taranto an Historic Bay?", s. 276.

⁵¹ Francioni, "The Status of Gulf of Sirte in International Law", s. 323-324; Ahnish, *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean*, s. 226-227. Churchill ve Lowe, ABD ve İngiltere'nin İtalya'nın Taranto Körfezi'ne ilişkin iddiasına itiraz ettiğini belirtmiştir. Churchill ve Lowe, *The Law of the Sea*, s. 45 ve 38 no.lu dipnotta zikredilen eser. Lakin ABD'nin beyanlarına bakıldığında (ABD ve İngiliz beyanları için bkz: "Limits in the Seas, No, 112, United States Responses to Excessive National Maritime Claims, Office of Ocean Affairs Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs, 9 March 1992, s. 14", Erişim Tarihi: Ağustos 4, 2004, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/12/LIS-112.pdf>), bunun, ikili görüşmelerde sarf edildiği ve bir protesto niteliği taşımaktan ziyade nasihat niteliğinde olduğu görülmektedir. İngiltere'den sadır olan açıklamanın ise bir protesto olmadığı doktrinde genel kabul görmektedir. Bkz: Ahnish, *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean*, s. 227, 155 no.lu dipnot; Ronzitti, "Is the Gulf of Taranto an Historic Bay?", s. 296; Francioni, "The Status of Gulf of Sirte in International Law", s. 323-324.

⁵² Bkz: Limits in the Seas, No, 112, s. 17; Bkz: Yehuda Z. Blum, "The Gulf of Sidra Incident", *American Journal of International Law*, Vol. 80, (1986), s. 673 ve eşlik eden dipnotlar. İngiltere'nin itiraz iradesi için bkz: Blum, "The Gulf of Sidra Incident", s. 675.

⁵³ Bkz: "Note verbale dated 5 December 2023 from the Permanent Mission of Libya to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/78/672", Erişim Tarihi: Mart 26, 2024, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/406/78/pdf/n2340678.pdf?token=4FbgBvTKOLcD3Wiu95&fe=true>.

me gelmiştir. Libya'nın bu konudaki iç hukuk düzenlemesi, söz konusu notanın ekinde yer alan, Libya Ulusal Birlik Hükümeti Bakanlar Konseyi'nin 5 Kasım 2023 tarih ve 727 sayılı kararıdır. Kararın 1. maddesinde, Libya bitişik bölgesinin önceden belirlenmiş düz esas hatlardan itibaren ölçüldüğü üzere, kuzeye doğru 24 deniz miline uzandığı ilan edilmiştir. Kararın ekinde yer alan koordinat listesi ve haritadan da anlaşılacağı gibi bitişik bölgenin iç sınırı, diğer düz esas hatlar yanında Sirte Körfezi'nin girişini kapatan düze hattın itibaren ölçülmeye başlanmıştır. Böylece Sirte için tarihi körfez iddiası tekrarlanmış ve yeni bir hukuki işleme konu olmuştur.

Yunanistan ise 17 Ocak 2024 tarihli notayla⁵⁴ Sirte Körfezi'nin girişini kapatan düz hatta itiraz etmiştir. Bu bağlamda Yunanistan, 15 Mart 1974 tarihli notasına referans vererek, Libya'nın bu iddiasına itirazını, 1974'de yaptığını hatırlatmış ve Libya bitişik bölgesinin kuzey sınırının, Körfez'in girişini kapatan düz hattın itibaren ölçülmesini, BMDHS'ye ve örf ve adet hukukuna aykırı bulmuştur. Lakin Yunanistan'ın itirazında, tarihi körfez kavramı kullanılmamıştır.

Oysa Yunanistan, İtalya ile akdettiği 1977 tarihli kıta sahanlığı sınırlandırma antlaşması⁵⁵ ve 2020 tarihli münhasır ekonomik bölge sınırlandırma antlaşmasında⁵⁶, Taranto Körfezi'ne ilişkin İtalyan düz hat sistemini açıkça kabul etmiştir. Bu bağlamda, Rozakis, sınırlandırma hattının güney yönünde, Taranto Körfezi'nin girişini kapatan hat kaynaklı olarak, Yunanistan aleyhine ortay hattın sapıldığını belirtmiştir⁵⁷. Birbirine çok benzeyen Sirte Körfezi ile Taranto Körfezi'ne ilişkin Yunanistan'ın bu ikircikli ve tutarsız yaklaşımı, hem tarihi körfezler açısından tek bir rejim bulunmadığı konusundaki *opinio juris*ini göstermekte hem de Doğu Akdeniz'deki tezlerinin temeli olan ortay hat yöntemi açısından kendi aleyhine hukuki sonuçlar intaç etmektedir. Lakin 1977 tarihli İtalya-Yunanistan Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Antlaşması'nda taraflar, Sirte Körfezi'nin girişini kapatan düz hatta ilişkin tartışmadan kaçınmak için sınırlandırma hattını, Yunanistan-İtalya-Libya kavşağına ulaşmadan daha önce sona erdirmişlerdir⁵⁸. Üstelik İtalya'nın

⁵⁴ Bkz: "Letter dated 17 January 2024 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/78/718", Erişim Tarihi: Mart 29, 2024, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/015/41/pdf/n2401541.pdf?token=231jXn92cMWc9sT7bG&fe=true>.

⁵⁵ Metin için bkz: Jonathan I. Charney ve Lewis M. Alexander, editör, *International Maritime Boundaries, Volume II*, (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996), s. 1598-1600.

⁵⁶ Metin için bkz: "Agreement between the Hellenic Republic and the Italian Republic on the Delimitation of their Respective Maritime Zones, Erişim Tarihi: Mayıs 1, 2024", <https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/GreeceItalyTreaty.pdf>.

⁵⁷ Christos L. Rozakis, "The Greek Continental Shelf", *Greece and the Law of the Sea*, Theodore C. Kariotis, editör, (The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1997), s. 91 ve 76 no.lu dipnot. Ayrıca bkz: Ronzitti, "Is the Gulf of Taranto an Historic Bay?", s. 282 ve 296; Angelos M. Syrigos, *The Status of the Aegean Sea According to International Law*, (Athens/Bruxells: Sakkoulas/Bruylant, Bila-tarih), s. 138-139. 1977 ve 2020 İtalya-Yunanistan sınırlandırma antlaşmaları hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Bayılıoğlu, *Türkiye-Libya Antlaşması*, s. 277-283.

⁵⁸ Charney ve Alexander, *International Maritime Boundaries*, s. 1592 ve 1594.

Sirte Körfezi'ne ilişkin iddiası nedeniyle Libya'yı protesto ettiği bilgisi verilince⁵⁹ meselenin ne kadar karmaşık olduğu ve bunun normatif açıdan tek bir rejim iddiasını geçersiz kıldığı açıkça görülecektir.

Devletlerin herhangi bir konudaki tutum ve eylemlerindeki istikrarsızlık, örf ve adet kuralının kurucu unsurlarından istikrarlı uygulamayı bertaraf ettiği gibi *opinio juris* açısından da olumsuz bir göstergedir. Yukarıdaki açıklamaların gösterdiği gibi devletlerin, Sirte ve Taranto Körfezlerinin tarihi körfez iddialarına yönelik yaklaşım farkı siyasi çıkar odaklıdır. Siyasi çıkar odaklı yaklaşımın zorunlu sonucu olan siyasi zikzaklar, yani tutarsızlık ve çelişkiler, hukuki açıdan bir tutarlılığı ve dolayısıyla istikrarlı bir uygulamayı imkânsız hale getireceğinden, bu konuda (tek ve yegâne) bir örf ve adet hukuku kuralı yaratılmasını önleyecektir. Zira her tarihi körfez iddiasında gündeme gelen seçicilik ve tutarsızlık, bir istikrarsızlık nedeni olarak bir örf ve adet hukuku kuralının oluşumu için gereken istikrarlı bir uygulamanın ortaya çıkmasını önleyecektir. Dolayısıyla ortada tarihi körfezler konusunda tek bir örf ve adet kuralının bulunduğu veya mihver körfez kavramının, bu yegâne örf ve adet kuralına dâhil olmadığı şeklindeki yaklaşım hukukten sorunludur.

Bu anlamda tarihi körfezin, sahildevletinin iyi niyete dayanan çıkarlarının ve üçüncü devletlerin rızasının ön plana çıktığı daha esnek bir kavrama dönüştüğü vurgusu önemlidir⁶⁰. Böylece konu hakkındaki örf ve adet kuralının devlet uygulamalarına bağlı dinamik karakteri, normatif gelişim ve çeşitlenme olarak kendini göstermektedir. Bu çerçevede doktrinde ifade edildiği gibi hem Taranto'ya hem de Sirte'ye ilişkin iddialar, söz konusu körfezlerin tarihi körfez statüsü açısından başlangıç noktası teşkil etmektedir ve bu iddiaların geleceğini yeni tutumlar belirleyecektir⁶¹. Yalnız aşağıda değinileceği gibi diğer devletlerin tarihi körfez iddiasını tanıması da bu tanımın niteliği de devletlerin tutumlarına göre değişecektir. Daha açık bir ifadeyle bir olayda farklı davranan devletin başka bir olayda yaptığı itiraz, normatif açıdan kendisine beklediği hukuki korumayı sağlamayacaktır. Bu husus özellikle Yunanistan'ın yukarıda değindiğimiz tutarsız ve çelişkili tutumu açısından önem arz etmektedir.

Antalya Körfezi'nin bu açıdan değerlendirmesini yapabilmek için öncelikle genel olarak Türk mevzuat ve uygulamasında esas hatlar ve körfezlerin durumu ele alınmalı, akabinde söz konusu Körfez özelindeki incelemeyle bir sonuca ulaşılmalıdır.

⁵⁹ Ronzitti, "Is the Gulf of Taranto an Historic Bay?", s. 285 ve eşlik eden dipnotlar.

⁶⁰ Francioni, "The Status of Gulf of Sirte in International Law", s. 325.

⁶¹ Ronzitti, "Is the Gulf of Taranto an Historic Bay?", s. 296, Francioni, "The Status of Gulf of Sirte in International Law", s. 324.

III. GENEL OLARAK KÖRFEZLER VE ESAS HATLAR KONUSUNDA TÜRK DÜZENLEME VE UYGULAMALARI

Türk mevzuatında, körfez müessesesi, esas hatlar ve iç sular bağlamında düzenlenmiştir. Lakin mevzuatta tarihi körfez konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçekten de 15 Mayıs 1964 tarihli 476 sayılı Karasuları Kanunu'nun⁶² 5. maddesine göre;

“Esas hatların kara tarafında kalan sular, ağız genişliği 24 deniz milini aşmayan körfezler, ağız genişliği 24 deniz milini aşan körfezlerin, körfez içinde iki kıyıyı, en geniş su alanını kara tarafında bırakacak şekilde, birleştiren 24 millik düz esas hattın arkasında kalan kısımları, liman manzumesinin mütemmim cüz'ünü teşkil eden daimi tesislerden en açıkta olanların berisinde kalan sular ve dış limanlar Türk iç sularından sayılır.”

Görüldüğü gibi maddede Türkiye'nin iç sularını teşkil eden alanlar sayılmıştır ve bu düzenleme, Kanun'un yapıldığı esnada antlaşmalar hukuku bakımından yegâne metin olan 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi düzenlemeleri ile uyumlu olarak gözükmektedir. Maddenin gerekçesinde⁶³, “... İç suların, limanlar ve bazı koy ve körfezler ile beraber kapalı ve iç denizleri de ihtiva eylediği Devletler Hukukunca tanınmıştır... Maddede zikri geçen haller tahdidi değildir; Devletler Hukukunca iç su addedilen diğer haller de mevcuttur.” Devletler hukukuna yapılan genel atfın, tarihi körfezleri de kapsadığı açıktır. Böylece tarihi körfez müessesesi, madde metninde olmasa da gerekçede bir vurguya mazhar olmuştur. Madde gerekçesinin devamına göre;

“En düşük cezir hatları arasındaki tabii giriş genişliği 24 deniz milini aşmayan körfezlerin iç sular addedileceği esas da 1958 de kabul edilen Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesinin 7'nci maddesinden mülhemdir. Böylece İskenderun Körfezi ve bu şartları haiz diğer körfezlerimiz Türk iç suları rejimine tabidir.”

Böylece ağız genişliği 24 mili aşmayan, hukuki anlamda körfez düzenlemesi ön plana çıkartılmıştır. Şüphesiz tüm madde gerekçesinin değerlendirilmesi, genel olarak uluslararası hukuka yapılan atıfla, Türk sahillerinde tarihi körfez ihtimalinin varlığının da hesaba katıldığını gösterir. Lakin madde metni için bu söylenemez.

Körfez veya tarihi körfez statüsüne karar verme yetkisi, Kanun'un 11. maddesinde belirtildiği gibi genel yürütme kuralı gereği, Bakanlar Kuruluna aittir. Bakanlar Kurulu'nun esas hatlara ilişkin bir karar vermesi halinde, Kanun'un 7. maddesi gereğince keyfiyeti tevsik eden büyük ölçekli haritalar ilan edilip dağı-

⁶² Metin için bkz: “Resmi Gazete, 25 Mayıs 1964, Sayı: 11711”, Erişim Tarihi: Mayıs 13, 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11711.pdf>.

⁶³ Bkz: Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 29, Dönem: 1, Toplantı: 3, Sıra Sayısı: 156'ya 1'inci ek, s. 5.

tılacaktır. Aşağıda belirtileceği gibi bu kanunun yürürlükte olduğu dönemde bu konuda herhangi bir Bakanlar Kurulu kararı alınmamıştır. Böylece bu dönemde Türkiye, körfez (veya tarihi körfez) uygulaması benimsememiştir.

476 sayılı Kanunu ilga eden 20 Mayıs 1982 tarihli 2674 sayılı Kararları Kanunu'nda⁶⁴ yer alan körfez ve düz esas hatlara ilişkin düzenleme, mülga kanuna nazaran açık olmadığı gibi madde gerekçeleri de çok doyurucu değildir⁶⁵. 2674 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre:

“Esas hatların kara tarafında kalan sular ve körfez suları, Türk iç sularıdır. Daimi liman tesisleri kıyının bir parçası sayılır ve bu tesislerden en açıkta olanlarının kara tarafında kalan sular ve dış limanlar iç sulara dahildir.”

Türkiye'nin iç sularını düzenleyen maddenin mülga kanun ile arasındaki hemen göze çarpan farklılık, körfez suları ifadesinin soyut bir şekilde kullanılması ve hangi özellikleri haiz körfezlerin girişinin kapatılabileceğinin belirtilmemiş olmasıdır. Lakin bu düzenleme tekniği, tarihi körfezler açısından mülga kanuna nazaran daha öngörülü ve iç hukuk dayanağı yaratmak için daha elverişlidir. Zira 476 sayılı Kanun'un 5. maddesinin metninde, ağız genişliği 24 mili aşmayan veya aşsa bile uygun iki nokta arasında 24 millik düz hatla birleştirilebilen körfezler, düzenleme konusu yapılmıştır. Oysa 2674 sayılı Kanun'un 4. maddesi; körfez sularının, Türk iç suları olduğunu düzenlemek suretiyle, tüm körfez tiplerini (hukuki, tarihi) kapsamına almıştır. Böylece aslında, 2674 sayılı Kanun her ne kadar ayrı bir körfez tipi olarak ayrıca ve açıkça vurgu yapmasa da tarihi körfezleri de içermektedir.

2674 sayılı Kanun düzenlemeleri çerçevesinde, körfez statüsünü tespit konusunu, anılan Kanun'un 3. maddesi ile beraber değerlendirmek gerekir. Anılan maddenin ilk şekline göre; “Kararlarının genişliği, Bakanlar Kurulunca tespit edilecek esas hatlardan itibaren ölçülür.” 698 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin⁶⁶ 36/b maddesi ile “Bakanlar Kurulunca” ibaresi yerine “Cumhurbaşkanınca” ibaresi ikame edilmiş ve söz konusu değişiklik, 698 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 73/b maddesi gereği, 9 Temmuz 2018'de yürürlüğe girmiştir. Şu halde 9 Temmuz 2018'den önce esas hatları tespit yetkisi Bakanlar Kurulu'nda iken, bu tarihten sonra artık Cumhurbaşkanına ait bir yetkidir. Hemen belirtelim ki 9 Temmuz 2018 tarihine kadar Bakanlar Kurulu bu yetkiyi kullanmamıştır.

⁶⁴ Metin için bkz: “Resmi Gazete, 29 Mayıs 1982, Sayı: 17706”, Erişim Tarihi: Mayıs 13, 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17708.pdf>.

⁶⁵ Kanun'un 4. maddesinin gerekçesinde, bu madde ile Türkiye'nin iç sularının tanımlandığı, körfez sularının da bunlardan biri olduğu belirtilmiştir. Bkz: Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 5, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayı: 117, s. 1.

⁶⁶ Metin için bkz: “Resmi Gazete, 4 Temmuz 2018, Sayı: 30468”, Erişim Tarihi: Mayıs 12, 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180704-1.htm>.

Hukuki veya tarihi, herhangi bir körfezin girişini kapatan düz hat, Türk karasularının ölçülmeye başlanacağı esas hat olacağı için bu konuda karar vermeye yetkili makam, Cumhurbaşkanı'dır. Şu halde Türk hukukunda, Türk sahilindeki herhangi bir coğrafi körfezi, tarihi körfez statüsüne yükseltme yetkisi Cumhurbaşkanı'na ait olduğu gibi, bu körfezin girişini kapatacak düz hattın hangi noktalardan itibaren çizileceğine, dolayısıyla bu hattın uzunluğuna karar verme yetkisi anılan makama aittir. Kanun'un 5. maddesine göre: "İç suların dış sınırını belirleyen ve karasularının genişliğini ölçmekte esas olan hatlar, bu amaçla hazırlanan büyük ölçekli deniz haritalarında gösterilir." Şu halde, Cumhurbaşkanı, 2674 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan yetkiyi kullanıp, tarihi körfez tespiti yapar ve bir coğrafi körfezin girişini düz hatla kapatma kararı verirse, Kanun'un 5 maddesine göre söz konusu hat, büyük ölçekli deniz haritalarında gösterilecektir. Zira artık Türk iç sularının dış sınırı ve dolayısıyla Türk karasularının ölçülmeye başlandığı esas hat, körfezin coğrafi sahil çizgisi değil, körfezin girişini kapatan düz hat olacaktır.

Hülasaten ne önceden Bakanlar Kurulu ne sonradan Cumhurbaşkanı, körfez veya düz esas hat tespit yetkisini kullanmıştır. Dolayısıyla hâlihazırda Türkiye'nin düz esas hat ve tarihi körfez uygulaması bulunmamaktadır. Bunun hukuki sonucu olarak, Türk karasularının iç sınırını, coğrafi sahil çizgisine tekabül eden normal esas hat oluşturmaktadır⁶⁷.

Hukuki durum bu olmakla beraber, yaşanan bazı gelişmeler, tereddüt doğurmuştur. Türk Deniz Kuvvetleri Seyir, Hidrografi ve Oşinografi Dairesi Başkanlığı, 1965 yılında, Ege ve Akdeniz'de düz esas hat ve girişi kapatılan körfezleri de içine alan, Türkiye'nin iç sularını gösteren bir harita yayımlamıştır⁶⁸. Haritada, Saros Körfezi'nden, İskenderun Körfezi'ne kadar uzanan Türk sahilindeki düz esas hatlar ve girişi kapatılan körfezler gösterilmiştir.

Haritada, İskenderun Körfezi'nin girişi, Karataş Burnu ile Hınzır Burnu arasında çizilen bir düz hatla kapatılmıştır. Demek ki İskenderun Körfezi, 476 sayılı Kanun ve 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi hükümlerini karşıladığı için hukuki anlamda körfez olarak kabul edilmiştir⁶⁹. Doktrininde de İskenderun Körfezi'nin girişinin kapatılması, "Körfez'in karasularının genişliğinin 12 mil ol-

⁶⁷ Türkiye'nin ve körfez ve esas hat düzenlemeleri ve uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Uğur Bayilloğlu, *Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), s. 7 vd.

⁶⁸ Harita için bkz: "United States Department of State Bureau of Intelligence and Research, Limits in the Sea, No: 32 Straight Baselines: Turkey, s. 5", Erişim Tarihi: Nisan 25, 2024, <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/10/LIS-32.pdf>. Daha sonra ilga edilen ve aslında Türk hukuku bakımından geçerliliği de tartışmalı olan söz konusu harita hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Bayilloğlu, *Ege Karasuları Sınırlandırması*, s. 6-12.

⁶⁹ Acer de bugün için İskenderun Körfezi'nin BMDHS'nin 10. maddesindeki şartları taşıdığı fikrinde-dir. Bkz: Yücel Acer, "Doğu Akdeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Türkiye", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 1, (2005), s. 92.

masına” bağlanmıştır⁷⁰. Bunu, her iki burundan itibaren ölçülen mesafenin toplamının 24 mil olduğu şeklinde anlamak gerekir. Buna karşın haritada, Antalya Körfezi ve Mersin Körfezi’nin girişi kapatılmamıştır. Demek ki bunlar, belirtilen kaynaklarda yer alan şartları taşımadıkları için hukuki anlamda körfez olarak değerlendirilmemiştir. Lakin 476 sayılı Kanun’un gerekçesinde atıf ve dayanak yapılan 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi’nin 7/6. maddesinde tarihi körfez düzenlemesi mevcuttur. Antalya ve Mersin Körfezlerinin girişlerinin kapatılmaması, adı geçen körfezlerin tarihi körfez olarak değerlendirilmediğini göstermektedir. 2019 yılına kadar, Türkiye’nin bu iki körfezin tarihi körfez oluşturup oluşturmadığı konusundaki anlayışını gösteren bir veriye tarafımızca ulaşılamamıştır.

Lakin Türkiye’nin deniz hukuku uygulamaları açısından öne çıkan 2019 yılında, bu konuda Antalya Körfezi bağlamalı bir gelişme yaşanmıştır⁷¹. Gerçekten de 27 Kasım 2019 tarihli Türkiye-Libya Antlaşması, Türkiye’nin şimdiye kadar yaptığı sınırlandırma antlaşmaları içinde en lehine olanı ve en çok tartışma doğurandır. Antlaşma’nın imzalanmasından hemen önce 13 Kasım 2019 tarihli notası⁷² ile Türkiye, hak iddia ettiği kıta sahanlığı alanlarını, koordinat listesi sunmak suretiyle açıkça tanımlamıştır. Bu anlamda, Kıbrıs Adası’nın batısında (GKRY karasularının hemen nihayetini müteakip), 32°16’18” boylamı ile 28°00’00” boylamı arasındaki Türkiye-Mısır ortay hattı, Türk kıta sahanlığının dış sınırı olarak ilan edilmiştir⁷³. Lakin bu hattın esneme ihtimalinin mevcudiyeti, söz konusu ko-

⁷⁰ Mustafa Koç, *Uluslararası Hukukta Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Gelişmeleri ve Türkiye’nin Deniz Alanlarının Sınırlandırılması*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006), s. 289-290.

⁷¹ Şu an için Mersin Körfezi’nin durumu, Doğu Akdeniz deniz yetki alanları sınırlandırma uyuşmazlığında kritik önemi haiz değildir. Zira sahil projeksiyonu, Kıbrıs’ın kuzeydoğusuna ve Suriye’ye yöneliktir. Her ne kadar Mersin Körfezi’nin tarihi körfez olarak girişinin düz hatla kapatılması, Türkiye ile KKTC sınırlandırmasında Türkiye lehine olacağı da zaten 21 Eylül 2011 tarihli kıta sahanlığı sınırlandırma antlaşmasındaki hakça ilkeler uygulamaları, Türkiye’ye kıta sahanlığı alanı kazandırmıştır. (Metin için bkz: “Resmi Gazete, 10 Ekim 2012, Sayı: 28437”, Erişim Tarihi: Mayıs 21, 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121010-3.htm>. (Antlaşma hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Bayillioğlu, *Türkiye-Libya Antlaşması*, s. 225-247). Suriye’ye gelince bugün Türkiye ile bu devlet arasında, bir sınırlandırma sorunu temel gündem maddesi değildir. Lakin ileride gündeme geleceği ve Türkiye-Suriye sınırlandırmasında Mersin Körfezi’ndeki esas hat uygulamasının önem arz edeceği açıktır. Gerçekten de Mersin Körfezi’nin girişinin kapatılmaması halinde, sınırlandırma hattında Türkiye aleyhine 10 millik bir sapma olacağı hesaplanmıştır. Koç, *Uluslararası Hukukta Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Gelişmeleri*, s. 296-297. Benzer görüş için bkz: Acer, “Doğu Akdeniz’de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Türkiye”, s. 92-93, 41 no.lu dipnot.

Yine de konuyu, güncel etkisine binaen Antalya Körfezi’ne hasrettik. Zira Antalya Körfezi’nin düz hatla girişinin kapatılması, hem bugün gündemde olan Doğu Akdeniz deniz yetki alanları sınırlandırma uyuşmazlığı açısından etki doğuracak hem de boyutu nedeniyle Türkiye’ye daha fazla iç su alanı kazandıracaktır. Nitekim hemen aşağıda değinilen nota, Türkiye’nin bu arayışının ifadesidir.

⁷² Metin için bkz: “Letter dated 13 November 2019 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/74/550”, Erişim Tarihi: Nisan 27, 2024, <https://undocs.org/en/A/74/550>.

⁷³ Türkiye-Libya Antlaşması ile de Türkiye, 28°00’00” boylamının batısındaki kıta sahanlığının dış sınırını tayin etmiştir. 13 Kasım 2019 tarihli nota hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Bayillioğlu, *Türkiye-Libya Antlaşması*, s. 17-23.

ordinatlar verildikten sonra koyulan bir dipnotta anlaşılmaktadır. Gerçekten de dipnotta, Kıbrıs Adası'nın batısına ilişkin tanımlanan koordinatların, iki durum nedeniyle değişebileceği belirtilmiştir. Bu anlamda, Türk kıta sahanlığının dış sınırını değiştirebilecek ilk durum, bölgedeki sahildevletleri ile ileride yapılacak sınırlandırma anlaşmaları olarak ifade edilmiştir. Demek ki Türkiye'nin bölgedeki sahildevletleri ile ileride yapacağı sınırlandırma anlaşmaları ile bu sınırlar değişebilecektir. Yine aynı dipnota göre Türk kıta sahanlığının dış sınırını değiştirebilecek diğer durumu, düz esas hat yöntemi ve/veya tarihi körfez uygulamaları oluşturmaktadır. Söz konusu alana projeksiyonu bulunan Türk sahillerine bakarsak, sadece Antalya Körfezi'nin hukuki körfez şartlarını taşımadığını gözlemliyoruz. Yoksa Dalaman Çayı'ndan, Antalya Körfezi'nin batı yönünden giriş noktası olarak kabul edilebilecek Kırılmaç Burnu'na kadarki Türk sahilinde, düz esas hat yönteminin uygulanmasını mümkün kılan girinti ve çıkıntılar mevcuttur ki zaten 1965 haritasında birçok alanda düz esas hat yöntemi gösterilmiştir. Şu halde bölgeye projeksiyonu bulunan tek tarihi körfez adayını Antalya Körfezi olduğuna göre ve notada açıkça tarihi körfez uygulamasının, Kıbrıs Adası'nın batısındaki kıta sahanlığı sınırını değiştirebileceği belirtildiğine göre⁷⁴ demek ki Türkiye, Antalya Körfezi'ni tarihi körfez olarak değerlendirme ve girişini düz hatla kapatma ihtimalini hesaba katmakta ve bu yönde bir uygulamaya açık kapı bırakmaktadır.

Teorik açıdan Antalya Körfezi'nin girişini kapatan hat, Kırılmaç Burnu'ndan Gazipaşa'ya doğru doğu batı eksenli olabileceği gibi Gazipaşa'nın aşağısında bulunan, Kesik Burun, Aksay Burnu, Südürme Burnu, Karataş Burnu ve hatta biraz zorlama da olsa Anamur Burnu'na kadar, güney yönlerinde tayin edilebilir.

Şurası açıktır ki Antalya Körfezi, BMDHS'de yer alan şartları karşılamadığı için hukuki anlamda bir körfez değildir. Zira ağız genişliği 24 milden oldukça fazladır ve BMDHS'nin 10/2. maddesindeki testi karşılayamaz. Nitekim doktrinde Antalya Körfezi'nin girişinin söz konusu düzenleme kapsamında kapatılmayacağı belirtilmiştir⁷⁵. Hal böyle olmakla beraber, burada gündeme gelen soru, Antalya Körfezi'nin BMDHS'nin 10/6. maddesi kapsamında bir tarihi körfez olarak kabul edilebilir olup olmadığıdır. Nitekim doktrinimizde bu iddia gündeme getirilmiştir⁷⁶. Eğer öyleyse, girişinin düz bir hatla kapatılması, hattın kara tarafında kalan suların iç sular rejimine tabi kılınması ve daha önemlisi, artık Türkiye'nin karasularının (ve deniz yetki alanlarının) söz konusu düz hattın iti-

⁷⁴ Acer de Antalya Körfezi'nin tarihi körfez sıfatıyla girişinin kapatılması ihtimaline dikkat çekmiş ve bunun, "sınırlandırma çizgisi üzerinde önemli etkiler doğuracağını" vurgulamıştır. Acer, "Doğu Akdeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Türkiye", s. 92-93, 41 no.lu dipnot.

⁷⁵ Acer, "Doğu Akdeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Türkiye", s. 92; Koç, *Uluslararası Hukukta Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Gelişmeleri*, s. 285.

⁷⁶ Mehmet Zeki Akın, *Karasuları İçsular Gemilerin Bu Sulardaki Rejimi ve Kıta Sahaneliği*, (Ankara: Öztuğ Matbaası, 1978), s. 206, 22 no.lu dipnot.

baren ölçülmesi mümkün hale gelecektir. Antalya Körfezi'nin tarihi körfez şartlarını taşıyıp taşımadığını tespit için yapılması gereken de öncelikle tarih ilmine müracaat etmek akabinde de Türkiye'nin iç hukuk düzenlemelerini değerlendirmektir. Ancak ondan sonra üçüncü devletlerin tutumu meselesi, normatif açıdan önem kazanacaktır.

IV. ANTALYA KÖRFEZİNE İLİŞKİN TÜRK UYGULAMA VE DÜZENLEMELERİ

A. ANTALYA'NIN TARİHÇESİ VE OSMANLI DEVLETİ İLE TÜRKİYE'NİN ANTALYA KÖRFEZİ'NİN SULARINA İLİŞKİN TUTUMU

Antalya, 1207'de Anadolu Selçuklu sultanı I. Gıyâseddin Keyhusrev tarafından alındıktan sonra, 1212-1216 ve 1361-1373 yılları hariç, sürekli Türk egemenliğinde kalmıştır. Gerçekten de Antalya ve çevresi, Anadolu Selçuklularının dağılmasından sonra Hamidoğulları ve bunun bir kolu olan Tekeoğulları tarafından yönetilmiş, akabinde 1390 (veya 1391 veya 1392) tarihinde Yıldırım Bayezid'in fethiyle Osmanlı Devleti'ne katılmıştır. Hatta öyle ki Ankara Savaşı'ndan sonra bile fiilen Osmanlı egemenliği en azından Antalya şehrinde sona ermemiştir⁷⁷. Antalya Körfezi'nin önemli bir kenti ve yerleşim merkezi olan Alanya ise 1221 yılında I. Alâeddin Keykubad tarafından fethedilmiş, 1293'te Karamanoğulları'nın eline geçmiş ve nihayetinde 1471'de Osmanlı egemenliğine girmiştir⁷⁸.

Antalya çevresi ve tüm Antalya Körfezi, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Sevr'de imzalanan üçlü pakt ile İtalyan ekonomik nüfuz bölgesinde kalmıştır⁷⁹. İtalya, Mart-Nisan 1919'da Antalya ve çevresini işgal etmiş, bu işgal Temmuz 1921 başına kadar sürmüştür⁸⁰. Bu fiili durumun nihayetini takiben, bölge üzerindeki Türk egemenliği fiilen yeniden tesis edilmiştir.

Antalya, Alanya ile beraber, Türk denizcilik tarihi açısından çok önemlidir. Zira buraların fethi, "Anadolu'da Türklerin denizcilığe başlama tarihleri için ilk önemli gelişmeler" olarak değerlendirilmiştir⁸¹. Hatta Alanya ve Antalya Anadolu Selçuklularında kışlık başkent bile sayılmıştır⁸².

⁷⁷ Bkz: İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi, Cilt: 1, Anadolu Selçukluları ve Anadolu Beylikleri hakkında Bir Mukaddime ile Osmanlı Devleti'nin Kuruluşundan İstanbul'un Fethine Kadar*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 14. Baskı, 2023), s. 49, 54, 265 ve 2 no.lu dipnot, 347, 401-402; Feridun Emecen, "Antalya", Erişim Tarihi: Mayıs 5, 2024, <https://islamansiklopedisi.org.tr/antalya>.

⁷⁸ İdris Bostan, "Alanya", Erişim Tarihi: Mayıs 5, 2024, <https://islamansiklopedisi.org.tr/alanya>.

⁷⁹ Baskın Oran, "Sevres Barış Antlaşması", *Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, Cilt: 1*, Baskın Oran, editör, (İstanbul: İletişim Yayınları, 11. Baskı, 2005), s. 128.

⁸⁰ İlhan Uzel, "Batı Avrupa'yla İlişkiler", *Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, Cilt: 1*, Baskın Oran, editör, (İstanbul: İletişim Yayınları, 11. Baskı, 2005), s. 151-153.

⁸¹ İdris Bostan, "Mare Nostrum'dan Bahr-i Sefid'e Akdeniz'de Ticaret", *Antalya'nın Denizcilik ve Deniz Ticareti Tarihi*, Fatma Şimşek, editor, (İstanbul: İMEAK Deniz Ticaret Odası Antalya Şubesi Yayınları, 2022), s. 14.

⁸² Bostan, "Mare Nostrum'dan Bahr-i Sefid'e Akdeniz'de Ticaret", s. 14.

Osmanlı Klasik döneminde Anadolu eyaletine bağlı Teke-ili sancağının merkezi olan Antalya, “XV ve XVI. yüzyıllarda, Anadolu'nun güneyinde Akdeniz kıyısında kendi ismiyle anılan körfezin etrafında yer alan ve Anadolu'nun Akdeniz'e açılan en önemli çıkış kapılarından biridir⁸³”. İncalık ve Emecen'in, Akdeniz içindeki ve Hint ticaret yollarındaki yenilik ve değişiklikler nedeniyle, “Antalya ve civarındaki iskelelerin XV ve XVI. yüzyıllarda sahip oldukları ticari canlılığı XVII. yüzyılın başlarından itibaren kaybettikleri, hatta sıradan birer yerel liman derecesine düştükleri konusunda hemfikir oldukları” bildirilmiştir⁸⁴.

Osmanlı Devleti ile Venedik arasında akdedilen 1720 tarihli bir antlaşma ile Antalya limanı da dâhil bazı Osmanlı limanlarından itibaren 30 millik deniz alanı sınır sayılmıştır ki bu, karasuları genişliği olarak kabul edilmiştir⁸⁵. Aslında bu uygulama, karasuları bağlamında, Osmanlı Devletinin egemenlik anlayışının bir göstergesidir. Şüphesiz egemenliğin bir tezahürü olan bu karasuları anlayışı zaman içinde uluslararası toplumun geçirdiği evrimden nasibini almıştır. Fakat Osmanlı Devleti'nin 1911'e gelindiğinde Selanik Körfezi'ne ilişkin uygulaması oldukça kayda değerdir. Mart 1911'de Avusturya savaş gemilerinin Selanik Körfezi girişinde atış talimi yapmaları ve diğer devletlerin de benzer fiillerde bulunma ihtimali üzerine Osmanlı Hükümeti, 13 Ekim 1911 tarihli bir notayla Körfez'in girişinde yer alan iki burnu düz bir hatla birleştirmiş ve bu hattın berisinde kalan suları, karasuları olarak ilan etmiştir⁸⁶. Görüldüğü gibi ortada egemenlik alanını geniş tutmak amaçlı, düz hattı esas alan bir körfez uygulaması bulunmaktadır. Bu uygulama bir güvenlik ihtiyacından kaynaklanmıştır ve sadece Selanik Körfezi'yle ilgilidir. Lakin burada asıl bahis ve tartışma konusu olan husus, karasuları genişliğidir. Üstelik bu uygulamanın Antalya Körfezi'nin statüsü açısından doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Zira Osmanlı Devleti'nde, Antalya ve diğer körfezlerin statüsü hakkında bir düzenleme veya uygulamanın bulunmadığı, tartışma ve arayışın karasuları genişliği üzerinden yürüdüğü görülmektedir⁸⁷. Şu halde eldeki verilerden, doğrudan, Osmanlı Devleti'nin Antalya Körfezi (ve diğer körfezler) açısından tarihi körfez uygulaması yaptığı sonucu çıkarılamamaktadır. Lakin yukarıda değinilen UAD'nin El Salvador-Honduras-Nikaragua kararında belirttiği gibi *territorial sea* ve *territorial waters* ayrımının o dönemde henüz yerleşmemesi, Babıali'nin iç sular ve karasuları fark etmeksizin ortaya koyduğu egemenlik icra ve iddiasını yine de kayda değer kılmaktadır.

⁸³ Abdüllatif Armağan, “Akdeniz'de Seyahat ve Ticaret: XV. ve XVI. Yüzyıllarda Antalya Limanı”, *Antalya'nın Denizcilik ve Deniz Ticareti Tarihi*, Fatma Şimşek, editor, (İstanbul: İMEAK Deniz Ticaret Odası Antalya Şubesi Yayınları, 2022), s. 184 ve 193.

⁸⁴ Mikail Acıpinar, “Antalya ve Doğu Akdeniz Ticareti: Tüccarlar, Korsanlar ve Devlet (1600-1650)”, *Antalya'nın Denizcilik ve Deniz Ticareti Tarihi*, Fatma Şimşek, editor, (İstanbul: İMEAK Deniz Ticaret Odası Antalya Şubesi Yayınları, 2022), s. 199 ve eşlik eden dipnot.

⁸⁵ İdris Bostan, *Osmanlı Akdenizi*, (İstanbul: Küre Yayınları, 2. Baskı, 2021), s. 308.

⁸⁶ Bostan, *Osmanlı Akdenizi*, s. 313.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Bostan, *Osmanlı Akdenizi*, s. 308-316.

Kısa süreli İtalyan işgali sonrası yeniden Türk egemenliğine dönen Antalya ve çevresi, denizcilik açısından Cumhuriyet döneminde de önemini korumuştur. Lakin özellikle ulaşım imkânlarının yetersizliği ve geç gelişmesi nedeniyle Antalya Körfezi'nin önemli limanlarını teşkil eden Antalya ve Alanya limanlarının yetersiz kaldığı, hatta bugün bile Antalya şehrinin kalkınmasında deniz ticaretinden ziyade turizm ve tarım yatırımlarının etkili olduğu görülmektedir⁸⁸.

Türkiye'nin Antalya Körfezi'nin statüsüne ilişkin bakış açısını gösteren önemli bir veriyi, İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan *Saint Didier* olayında görebiliriz⁸⁹. Fransız *Vichy* Hükümetine bağlı söz konusu gemi ve refakatçisi savaş gemisi, Selanik'ten Suriye'ye giderken, İngiliz uçaklarının taarruzu nedeniyle Antalya Körfezi'ne girmiştir. Adrasan önlerinde refakatçi savaş gemisi batmış, *Saint Didier* ise 4 Temmuz 1941 günü Körfez içindeki Kemer önlerinde yine hava taarruzuna uğramış ve vuruşa vuruşa Antalya limanına ulaşmış ve demirlemiştir. Lakin burada da taarruza devam eden İngiliz uçakları, attıkları torpidolarla hem gemiyi batırmış hem de bir kısım liman tesisine zarar vermiştir. Bunu karşın Türkiye, İngiltere'yi protesto etmiş ve gerekçe olarak olayın Türk karasularında cereyan etmesini göstermiştir⁹⁰.

Şu halde Türkiye, karasuları nitelemesi yapmak suretiyle Körfezi, egemenlik alanı olarak gördüğünü ifade etmiş olmaktadır. Yine de geminin limanda taarruza uğraması ve bizzat limanın zarar görmesine karşılık, Türkiye'nin sadece karasuları vurgusu yapması, UAD'nin yukarıda değinilen El Salvador-Honduras-Nikaragua kararındaki *territorial sea* ve *territorial waters* ayrımının henüz yerleşmesinden kaynaklandığı izlenimini vermektedir.

Kanımızca yukarıda gösterilen Osmanlı ve Cumhuriyet dönemine ilişkin uygulamalar, tarihi körfez müessesesi için doğrudan dayanak sağlamak için pek yeterli değildir. Şüphesiz, başka olgu ve verilerle aksi yorumlara ulaşılabılır ki burada görev tarihçilere düşmektedir. Bu noktada Türkiye'nin son dönem hukuki düzenlemelerine bakmak belirleyici olacaktır.

B. TÜRKİYE'NİN SON DÖNEM HUKUKİ DÜZENLEMELERİ

Bu konuda fikir verici temel düzenleme olan 2012 tarihli Limanlar Yönetmeliği⁹¹ ile liman başkanlıklarının liman idari sahaları tespit edilmiştir. Böylece

⁸⁸ Bkz: Murat Koraltürk, "Erken Cumhuriyet Yıllarında Antalya'da Deniz Ulaşımının Sorunları", *Antalya'nın Denizcilik ve Deniz Ticareti Tarihi*, Fatma Şimşek, editor, (İstanbul: İMEAK Deniz Ticaret Odası Antalya Şubesi Yayınları, 2022), s. 341-342.

⁸⁹ Bkz: Aydın Yiğit, "II. Dünya Savaşı Yıllarında Antalya Sahillerinde Yaşanan Gelişmeler ve Saint Didier Olayı", *Antalya'nın Denizcilik ve Deniz Ticareti Tarihi*, Fatma Şimşek, editor, (İstanbul: İMEAK Deniz Ticaret Odası Antalya Şubesi Yayınları, 2022), s. 399-401.

⁹⁰ Yiğit, "II. Dünya Savaşı Yıllarında Antalya Sahillerinde Yaşanan Gelişmeler ve Saint Didier Olayı", s. 402.

⁹¹ Metin için bkz: "Resmi Gazete, 31 Ekim 2012, Sayı: 28453". Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121031.pdf>. Söz konusu Yönetmelik 2013'te iki defa

Antalya Körfezi'ndeki üç önemli liman olan Antalya, Alanya ve Kemer liman başkanlıklarının da yetki sahaları belirlenmiştir. Körfez içinde açıklara doğru liman başkanlıklarına yetki verilen söz konusu sahalar, koordinat ve harita marifetiyle tanımlanmıştır. Bu koordinat ve haritalarca gösterilen sahalar, farklı yönlerde Körfez'in içine doğru kimi zaman düz nitelikli çizgilerle uzanmaktadır. Bu çizgilere bakıp, birer düz esas hat oluşturdukları düşünülmemelidir. Bir defa yukarıda değinildiği gibi 2674 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre düz esas hatları tespit yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. Üstelik adı geçen Kanun'un 5. maddesi açıkça harita, üstelik büyük ölçekli harita yayımlama zorunluluğu getirmiştir. Buna karşın ne bu konuda bir Cumhurbaşkanı (önceden Bakanlar Kurulu) tasarrufu mevcuttur ne de bu nevi yetkili makam tarafından yayımlanmış bir harita bulunmaktadır. Ayrıca Yönetmelik'te 2674 sayılı Kanun'a bir atf olmaması, düz esas hatlara yönelik bir düzenleme amacı bulunmadığını göstermektedir.

Yönetmeliğin amacı doğrultusunda bu çizgiler, Türk karasuları içindeki deniz alanlarında liman başkanlıklarının idari görev sahalarını belirlemektir. Gerçekten de 2012 Yönetmeliğinin "Kapsam" başlıklı 2/1. maddesine göre "Bu Yönetmelik; iç sularda bulunan liman başkanlıkları hariç olmak üzere liman başkanlıklarının görev, yetki ve sorumlulukları ile tüm denizcilik faaliyetlerine ilişkin olarak gemi, deniz aracı ve kıyı tesisi ilgililerinin liman başkanlığına karşı sorumluluklarını kapsar". Demek ki iç sulardaki yetki konusu kapsam dışı tutulmuştur. Bir başka ifadeyle Yönetmelik aslında iç sulara ilişkin bir düzenleme oluşturmaktadır. Gerçekten de liman başkanlık idari sahalarının uzandığı deniz alanları, Türk karasuları içinde kalmaktadır. Şu halde Yönetmelik ile Türkiye'nin deniz ülkesinin bir parçasını oluşturan Türk karasuları üzerinde, Türkiye'nin egemenlik alanı içinde, liman başkanlıklarına ilişkin, yetkili Bakanlık tarafından (önceden Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı; sonradan, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı) idari bir düzenleme yapılmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi her ne kadar tarihi körfez için mutlaka iç sular nitelmesi yapılmasının gerekliliği tartışılabilecekse de Türkiye, kendi iç hukuku çerçevesinde bir işlem ile tarihi körfez iradesini açıklamış değildir. Yine bu düzenlemelerden, Türkiye'nin egemenlik alanını, tüm körfez sularından ziyade, karasularıyla sınırlı tutmayı yeğlediği anlaşılmaktadır. Şüphesiz başka düzenlemelerle, aksi tutum benimsenebilir. Şurası açıktır ki Türkiye'nin Antalya Körfezi'ni tarihi körfez olarak değerlendirdiği anlayışını gösteren ve buna doğrudan hukuki dayanak sağlayan bir iç hukuk metni bulunmamaktadır. Lakin bu durum, Türkiye'nin Antalya için tarihi körfez iradesine sahip bulunmadığını tam ve kesin

ve 2023'te değişikliğe uğramıştır. Bkz: "Resmi Gazete, 27 Şubat 2013, Sayı: 28572", Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/02/20130227.pdf>; "Resmi Gazete, 6 Ağustos 2013, Sayı: 28730", Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/08/20130806.pdf>; "Resmi Gazete, 14 Nisan 2023, Sayı: 32163 (Mükerrer)", Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230414M1.pdf>.

olarak göstermez. Sadece bugüne kadar böyle bir iddianın ileri sürülmediğini gösterir. Nitekim Türkiye, yukarıda değinilen ve Doğu Akdeniz’de hak iddia ettiği kıta sahanlığı alanlarını tanımlayan 13 Kasım 2019 tarihli notasında, Türk kıta sahanlığının dış sınırını değiştirebilecek diğer durum olarak tarihi körfez uygulamalarına atıf yapmak suretiyle, bu ihtimale açık kapı bırakmakta belki de bu yönde teessüs edecek bir iddiaya hazırlık yapmaktadır.

SONUÇ

Antalya Körfezi’nin bugün için 1962 raporunda tarihi körfez statüsü için öngörülen şartlardan, özellikle ilan ve belirli bir sürenin geçmesi şartlarını karşılaması pek mümkün değildir. Zira her şeyden önce bu konuda Türk iç hukukuna uygun olarak bir ilan yapılmış değildir. Fakat 1962 raporundaki şartların, konuyla ilgili tek bir örf ve adet kuralının gerekleri olduğu unutulmamalıdır ki UAD’nin Tunus-Libya kararındaki farklı rejimler vurgusu, normatif açıdan bu nevi bir teklifi reddetmektedir. Şu halde farklı devlet uygulamalarının ortaya koyduğu örfi nitelikteki kurallar açısından, mihver körfez kavramına müracaat edilebilir. Gerçekten de tarihi körfezi, iktisadi ve stratejik nedenlere dayandıran ve kullanımın hayatiyeti, mevcudiyeti ve devamlılığı şeklinde şartlarında esneklik sağlayan mihver körfez kavramı, doğrudan Antalya Körfezi’ne uymaktadır. Bu açıdan UAD’nin El Salvador-Honduras-Nikaragua kararındaki tespitlerinde mihver körfez kavramına müracaatı önemlidir. Böylece tarihi körfezler açısından sahildevletlerin stratejik ve savunma ihtiyaçları, iktisadi, ticari, zirai ve endüstriyel hayatı için büyük önemi haiz çıkarlar, tarihi körfezin varlığı için birer neden haline gelmektedir. Körfez; Antalya, Kemer ve Alanya gibi büyük kentleri ve bunların limanlarını içine almaktadır. Yine Türkiye’nin en önemli turizm merkezlerinden biri olduğu gibi gerek sahilleri gerek hinterlandı itibarıyla zirai anlamda büyük önem taşır. Stratejik çıkarlar ve savunma ihtiyaçları, Körfez sularının açık deniz rejimine tabi olmamasını gerektirmektedir. Zira Körfez’in girintisi, Anadolu’nun içlerine yönelen uzanımı nedeniyle askeri açıdan dezavantajlı bir durum yaratmaktadır. Yine Körfez sularının projeksiyonunun, kuzeyden güneye Yunan adaları ile çevrelenmiş Türk sahillerinin, Yunan karasularından geçmeden açık denize ulaşabildiği sınırlı alanlardan bir kısmını kapsamaması da Türkiye’nin ticaretten, ulaşım ve savunmaya kadar birçok konuda hayati çıkarları ilgilendirmektedir.

Dolayısıyla Türkiye’nin Antalya Körfezi’ni tarihi körfez olarak ilan etmesini haklı çıkaracak dayanaklar mevcuttur. Böyle bir ilan halinde bu, körfezin statüsü açısından bir milat teşkil edecektir. Türkiye’nin Antalya Körfezi’ne yönelik tarihi körfez iddiasının geleceğini üçüncü devletlerin tutumları belirleyecektir. Zira başta gösterildiği gibi ortada tarihi körfezler konusunda sadece tek bir örf ve adet kuralı bulunmamaktadır. Tıpkı antlaşmalarda olduğu gibi birden fazla örf ve adet kuralı da hukuk alanında bir arada yaşayabilir ki UAD içtihadındaki

farklı rejimler vurgusu buna işaret etmektedir. Bu konudaki devlet uygulamaları dinamik olup, farklı kuralların oluşumuna kapı açmaktadır. Buna paralel olarak mihver körfez veya hayati çıkarları ilgilendiren körfez gibi kavramlar da mevcut örf ve adet kuralları içinde birer şart veya karakterize edici unsur olarak yerlerini almışlardır. Dolayısıyla Türkiye'nin söz konusu ilanının akıbeti, devlet uygulamaları neticesi şekillenecektir.

Bu noktada yukarıda değinilen, bir devletin uygulamalarındaki tutarsızlık meselesi ön plana çıkacaktır. Belirtildiği gibi bir olayda farklı davranan devletin başka bir olayda yaptığı itiraz, normatif açıdan kendisine beklediği hukuki korumayı sağlamayacaktır. Türkiye'nin Antalya Körfezi'ni tarihi körfez olarak ilan etmesi halinde, Yunanistan ve GKRY'nin bunu protesto edeceği açıktır. Fakat Yunanistan'ın Taranto ve Sirte Körfezlerine yönelik tutarsız uygulamaları, normatif olarak Antalya Körfezi'nin statüsü açısından Yunanistan'ın beklediği hukuki sonucu doğurmayacaktır. Gerçekten de Yunanistan, protestosu neticesi, Antalya Körfezi'nin tarihi körfez iddiasını kendisi açısından geçersiz kılabilir. Lakin bu protesto, objektif açıdan diğer devletlerin tutumuna ilişkin kümülatif tabloda bir etki etmeyecektir. Aynı tespit, Taranto ve Sirte Körfezlerine yönelik farklılaşan tutumlar takınmış diğer devletler için de geçerlidir. Üstelik tarihi körfezler konusunda çıkarları doğrudan etkilenen komşu devletlerin rızasını ön plana alan değerlendirmeler⁹², Yunan itirazının hukuki etkisinin azaltmasının önemini göstermektedir⁹³.

Şu halde, bugüne kadar Antalya Körfezi'nin tarihi körfez olarak ilan edilmesi veya Körfez için açıkça iç su nitelemesi yapılmaması, Türkiye'nin bundan sonra bu hakkı olmadığı anlamına gelmez. Zira Antalya Körfezi'nin tarihi körfez statüsünü haiz olmadığını gösteren bir uluslararası hukuk kuralı yoktur. Aksine, Türkiye bu konuda farklı devlet uygulamalarından kaynaklanan ve mihver körfez kavramını da içine alan örfi nitelikteki kurallardan faydalanabilir. Bu farklı devlet uygulamalarının oluşmasında da şüphesiz siyasi çıkar değerlendirmeleri belirleyicidir.

⁹² Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea*, s. 239-241

⁹³ GKRY'nin ise düz esas hat iddiaları vaki olmakla beraber, tarihi körfez uygulaması henüz bulunmamaktadır. Bkz: Acer, "Doğu Akdeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Türkiye", s. 93. Dolayısıyla tarihi körfez konusundaki tutumu belirsizdir.

KAYNAKÇA

- Acer, Yücel. “Doğu Akdeniz’de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Türkiye”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 1, (2005): 83-104.
- Acıpınar, Mikail. “Antalya ve Doğu Akdeniz Ticareti: Tüccarlar, Korsanlar ve Devlet (1600-1650)”, *Antalya’nın Denizcilik ve Deniz Ticareti Tarihi*. Fatma Şimşek, editor. İstanbul: İMEAK Deniz Ticaret Odası Antalya Şubesi Yayınları, 2022: 197-220.
- Ahnish, Faraj Abdullah. *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- Akın, Mehmet Zeki. *Karasuları İçsular Gemilerin Bu Sulardaki Rejimi ve Kıta Sahanlığı*. Ankara: Öztuğ Matbaası, 1978.
- Armağan, Abdüllatif. “Akdeniz’de Seyahat ve Ticaret: XV. ve XVI. Yüzyıllarda Antalya Limanı”, *Antalya’nın Denizcilik ve Deniz Ticareti Tarihi*. Fatma Şimşek, editor. İstanbul: İMEAK Deniz Ticaret Odası Antalya Şubesi Yayınları, 2022: 183-196.
- Bayıllıoğlu, Uğur. *Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Bayıllıoğlu, Uğur. *Türkiye-Libya Antlaşması Ekseninde Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırma Uyuşmazlığı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Blum, Yehuda Z. “The Gulf of Sidra Incident”, *American Journal of International Law*, Vol. 80, (1986): 668-677.
- Bostan, İdris. “Alanya”, Erişim Tarihi: Mayıs 5, 2024, <https://islamansiklopedisi.org.tr/alanya>.
- Bostan, İdris. “Mare Nostrum’dan Bahr-i Sefid’e Akdeniz’de Ticaret”, *Antalya’nın Denizcilik ve Deniz Ticareti Tarihi*. Fatma Şimşek, editor. İstanbul: İMEAK Deniz Ticaret Odası Antalya Şubesi Yayınları, 2022: 13-19.
- Charney, Jonathan I. ve Lewis, M. Alexander, editör. *International Maritime Boundaries, Volume II*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- Churchill, R. R. ve A.V. Lowe. *The Law of the Sea*, Manchester: Manchester University Press, Third Edition, 2014.
- Colombos, C. John. *The International Law of the Sea*. London-Harlow: Longmans, Sixth Revised Edition, 1967.
- Crozat, Charles. “Koy ve Körfez Hukuki Mefhumları Hakkında Bazı Mülahazalar”, (Çev. Edip Çelik). *Tahir Taner’e Armağan*. (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1956): 627-667.
- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 5, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayı: 117.
- Dupuy, Rene Jean ve Vignes, Daniel. *A Handbook on the New Law of the Sea*, Dordrecht/Boston/Lanchester: Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- Emecen, Feridun. “Antalya”, Erişim Tarihi: Mayıs 5, 2024, <https://islamansiklopedisi.org.tr/antalya>.
- Francioni, Francesco. “The Status of Gulf of Sirte in International Law”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 11, (1984): 311-326.
- Gönlübol, Mehmet. *Barış Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukuk Statüsü*. Ankara: Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1959.
- Kamiński, Tomasz. “The Status of Historic Bay in International Law. Libya’s Claim to the Gulf of Sidra”, *Studia Iuridica*, Vol. 54, (2012): 73-89.

- Koç, Mustafa. *Uluslararası Hukukta Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Gelişmeleri ve Türkiye'nin Deniz Alanlarının Sınırlandırılması*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006.
- Koraltürk, Murat. “Erken Cumhuriyet Yıllarında Antalya’da Deniz Ulaşımının Sorunları”, *Antalya'nın Denizcilik ve Deniz Ticareti Tarihi*. Fatma Şimşek, editor. İstanbul: İMEAK Deniz Ticaret Odası Antalya Şubesi Yayınları, 2022: 323-346.
- Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 29, Dönem: 1, Toplantı: 3, Sıra Sayısı: 156’ya 1’inci ek.
- Oran, Baskın. “Sevres Barış Antlaşması”, *Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, Cilt: 1*. Baskın Oran, editör. İstanbul: İletişim Yayınları, 11. Baskı, 2005): 113-138.
- Özman, Aydoğan M. (Çeviren). *Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*. İstanbul: İstanbul Deniz Ticaret Odası, 1984.
- Özman, Aydoğan. *Deniz Hukuku I (Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap*. Ankara: Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, 2023.
- Ronzitti, Natalino. “Is the Gulf of Taranto an Historic Bay?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 11, (1984): 275-296.
- Rothwell, Donald R. ve Stephens Tim. *The International Law of the Sea*. Oxford: Hart, 2010.
- Rozakis, Christos L. “The Greek Continental Shelf”, *Greece and the Law of the Sea*. Theodore C. Kariotis, editör. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1997: 67-113.
- Symmons, Clive R. *Historic Waters in the Law of the Sea: A Modern Re-Appraisal*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Syrgios, Angelos M. *The Status of the Aegean Sea According to International Law*. Athens/Bruxells: Sakkoulas/Bruylant, Bila-tarih.
- Tanaka, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, Second Edition, 2015.
- Uzgel, İlhan. “Batı Avrupa’yla İlişkiler”, *Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, Cilt: 1*. Baskın Oran, editör. İstanbul: İletişim Yayınları, 11. Baskı, 2005: 139-154.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. *Osmanlı Tarihi, Cilt: 1, Anadolu Selçukluları ve Anadolu Beylikleri hakkında Bir Mukaddime ile Osmanlı Devleti'nin Kuruluşundan İstanbul'un Fethine Kadar*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 14. Baskı, 2023.
- Wang, James C.F. *Handbook on Ocean Politics & Law*, New York/Connecticut/London. Greenwood Press, 1992.
- Yiğit, Aydın. “II. Dünya Savaşı Yıllarında Antalya Sahillerinde Yaşanan Gelişmeler ve Saint Didier Olayı”, *Antalya'nın Denizcilik ve Deniz Ticareti Tarihi*. Fatma Şimşek, editor. İstanbul: İMEAK Deniz Ticaret Odası Antalya Şubesi Yayınları, 2022: s. 383-417.

Uluslararası Yargı ve Hakemlik Kararları

- Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951. Erişim Tarihi: Mayıs 22, 2024. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf>.
- PCA Case No. 2013-19, The South China Sea Arbitration, Award of 12 July 2016, para, 225. Erişim Tarihi: Mayıs 3, 2024. <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>.
- PCA Case No. 1909-1, The North Atlantic Coast Fisheries Case, Award of the Tribunal, 7 September 1910. Erişim Tarihi: Haziran 29, 2024. <https://pcacases.com/web/sendAttach/496>.
- Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening). Erişim Tarihi: Mayıs 22 2024. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/75/075-19920911-JUD-01-00-EN.pdf>.
- Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982. Erişim Tarihi: Mayıs 22, 2024. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/63/063-19820224-JUD-01-00-EN.pdf>.
- PCA Case No. 2012-4, The Republic of Croatia-The Republic of Slovenia, Final Award 29 June 2017. Erişim Tarihi: Haziran 27, 2024. <https://pcacases.com/web/sendAttach/2172>.

BM Yayın ve Belgeleri

- United Nations Treaty Series, Vol. 516, 1964. Erişim Tarihi: Ağustos 25, 2024. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20516/v516.pdf>.
- A/CN.4/143, Juridical Regime of Historic waters including historic bays - Study prepared by the Secretariat. Erişim Tarihi: Temmuz 28, 2024. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_143.pdf.
- A/CONF.13/1, Historic Bays: Memorandum by the Secretariat of the United Nations. Erişim Tarihi: Temmuz 28, 2024. https://legal.un.org/diplomaticconferences/1958_los/docs/english/vol_1/a_conf13_1.pdf.
- United Nations Legislative Series, National Legislation and Treaties Relating to the Law of the Sea, New York, 1976, ST/LEG/SER.B/18. Erişim Tarihi: Mart 26, 2024. <https://legal.un.org/legislativeseries/pdfs/volumes/book18.pdf>.
- Decree of the President of the Republic No. 816 of 26 April 1977 containing regulations concerning the application of Law No.1658 of 8 December 1961 authorizing accession to the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, adopted at Geneva on 29 April 1958, and giving effect to that Convention. Erişim Tarihi: Temmuz 8, 2024. https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/ITA_1977_Decree.pdf.
- Agreement between the Hellenic Republic and the Italian Republic on the Delimitation of their Respective Maritime Zones, Erişim Tarihi: Mayıs 1, 2024, <https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/GreeceItalyTreaty.pdf>.
- Note verbale dated 5 December 2023 from the Permanent Mission of Libya to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/78/672. Erişim Tarihi: Mart 26, 2024. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/406/78/pdf/n2340678.pdf?token=4FbgBvTKOLcD3Wiu95&fe=true>.

Letter dated 17 January 2024 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/78/718. Erişim Tarihi: Mart 29, 2024. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/015/41/pdf/n2401541.pdf?token=231jXn92cMwC9sT7bG&fe=true>.

Letter dated 13 November 2019 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/74/550. Erişim Tarihi: Nisan 27, 2024. <https://undocs.org/en/A/74/550>.

Resmi Gazete

Resmi Gazete. 25 Mayıs 1964, Sayı: 11711. Erişim Tarihi: Mayıs 13, 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11711.pdf>.

Resmi Gazete. 29 Mayıs 1982, Sayı: 17706. Erişim Tarihi: Mayıs 13, 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17708.pdf>.

Resmi Gazete. 4 Temmuz 2018, Sayı: 30468. Erişim Tarihi: Mayıs 12, 2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180704-1.htm>.

Resmi Gazete. 10 Ekim 2012, Sayı: 28437. Erişim Tarihi: Mayıs 21, 2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121010-3.htm>.

Resmi Gazete. 31 Ekim 2012, Sayı: 28453. Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121031.pdf>.

Resmi Gazete. 27 Şubat 2013, Sayı: 28572. Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/02/20130227.pdf>.

Resmi Gazete. 6 Ağustos 2013, Sayı: 28730. Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/08/20130806.pdf>.

Resmi Gazete. 14 Nisan 2023, Sayı: 32163 (Mükerrer). Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230414M1.pdf>.

Limit in the Seas Series

Limits in the Seas, No, 112, United States Responses to Excessive National Maritime Claims, Office of Ocean Affairs Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs, 9 March 1992. Erişim Tarihi: Ağustos 4, 2004. <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/12/LIS-112.pdf>.

United States Department of State Bureau of Intelligence and Research, Limits in the Sea, No: 32 Straight Baselines: Turkey. Erişim Tarihi: Nisan 25, 2024. <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/10/LIS-32.pdf>.

HÜKÜMET SİSTEMLERİNİN DEMOKRATİKLİK GÖRÜNÜMÜ ÜZERİNE DEĞERLENDİRME^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA^(**)

Öz

Hükümet sistemleri meselesi karmaşık kimi kavram ve kurumlar üzerinden ilerlemektedir. Bu kavram ve kurumlar dizisinden en önemlileri erkler ayrılığı ve demokratiklik değeridir. Erkler ayrılığı ve demokratiklik değer bakımından parlamenter hükümet sisteminin daha etkin olduğu kanaatindeyiz. Bu çalışmada, başkanlık sistemi ve parlamenter sistemin kavramsal ve kurumsal özellikleri ortaya konulduktan sonra demokratiklik değer bakımından delegasyon özellikleri tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu doğrultuda öncelikle erkler ayrılığı ve hükümet sistemine etkilerini incelemeye çalıştık. İkinci olarak başkanlık, hiper-başkanlık sisteminin kavramsal ve kurumsal dizilerini kısaca ortaya koyduktan sonra Türkiye'deki cari hükümet sistemiyle ilişkisini irdeledik. Esasen burada Türkiye'deki mevcut hükümet sisteminin özelliklerini detaylı incelemekten ziyade kavramsal bir ilişkilendirme yapmakla yetindik. Son olarak ise erkler ayrılığı ve demokratiklik değer bakımından parlamenter sistemin daha cazip olduğunu, ülkemizin de sistem dışı (off-path) bir çözüm olarak bu sisteme dönmemesinin gerekliliğini vurgulamaya çalıştık.

Anahtar Kelimeler

Erkler Ayrılığı, Hükümet Sistemleri, Demokratiklik Değer, Hiper-Başkanlık Sistemi, Parlamenter Sistem.

EVALUATION ON THE DEMOCRATIC APPEARANCE OF GOVERNMENT SYSTEMS

Abstract

The issue of government systems proceeds through some complex concepts and institutions. The most important of these concepts and set of institutions are the separation of powers and the value of democracy. We believe that the parliamentary government system is more effective in terms of separation of powers and democracy. In this study, after the conceptual and institutional features of the presidential system and the parliamentary system were revealed, the delegation features were tried to be determined in terms of democracy value. In this direction, we first tried to examine the separation of powers and its effects on the government system. Secondly, after briefly presenting the conceptual and institutional sequences of the presidential, hyper-presidential system, we examined its relationship with the current government system in Turkey. Essentially, we have contented ourselves with making a conceptual association rather than examining the features of the current government system in Turkey in detail. Finally, we tried to emphasize that the parliamentary system is more attractive in terms of separation of powers and democracy, and that our country should return to this system as an off-path solution.

Keywords

Seperation of Powers, Government Systems, Democracy Value, Hyper-Presidential System, Parliamentary System.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 19.06.2024](#) - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 23.09.2024](#)
[DOI No: 10.54704/akdhfd.1502259](#)

^(**) Balıkesir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı / Balıkesir, Türkiye
[E-posta: drsemih.batur@gmail.com](#)
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0001-5888-1750](#)



Extended Abstract

Although the engineering aspect of law on the field of politics brings with it many debates, in our opinion, this direction determination can be seen as a problem of freedom. Because when the political emerges in the form of power, it requires a controlling and balancing power. Here, legal or more specifically constitutional engineering reveals the structural conditions of this power. In this respect, the history of Western political thought expresses this effort of a set of modern legal principles, the effects of which have been studied and discussed over the centuries.

The issue of freedom is closely related to the limitation of state power. As such, constitutional engineering depicts its development and elaboration on this relevance. Therefore, the historical context of the discussions about the institutional structures and procedures necessary for the practical realization of the set of principles of freedom and positioning them against state power becomes equally important. When looked at such a context, it can be said that the problem of freedom has gained its current dimensions thanks to the principles of modern law. Undoubtedly, the principle of freedom, with its self-realization and all the contradictions it contains, has received universal acceptance.

As stated, when the principle of freedom is mentioned, first of all, the map of authority and influence of state power, that is, its structural conditions, comes to mind. This leads us to the separation of powers. The concept of separation of powers as a political doctrine has, of course, existed since at least the mid-seventeenth century. Among the various theorists who wrote about the need to divide governmental powers among different institutions, Montesquieu influenced the founding actors who created the structural conditions in many democratic states of law.

In our opinion, it would not be wrong to assume that Montesquieu's view of the separation of powers (of course, there is a line of development of this principle) broke new ground, especially in terms of the bodies of constitutional authorization, and aimed to dictate a modern understanding of the constitutional structure of state power. Because this issue is expressed with a certain formula that we encounter in many constitutional engineering works. Therefore, as a matter of law, there is a concrete method inherent in the actual text of the constitution regarding the separation of powers.

Democracy should become the only game played in the political arena and the rules of the game should be determined by the state of law within the rule of law. However, as stated by Linz and Stepan, the following elements must be present in an established democracy:

- a. While socially active actors carry their will to the political arena, they should not engage in activities aimed at creating an anti-democratic regime, should not spend their resources for this purpose, should not resort to foreign intervention or violence.
- b. A significant part of the social base must believe that democracy is the most suitable system and make this a life practice.
- c. Effective social forces must agree that all contradictions and conflicts can be resolved in democracy, and an institutional tradition must be formed in this regard.

In fact, it is not possible to say that these conditions cannot be met in both the presidential system and the parliamentary system. However, we cannot say that this system is successful except for the USA, which introduced the pure version of the presidential system and put it into practice.

Indeed, although there are many elements that differ from the pure presidential system, especially in Latin American countries; It has been observed that systems inspired by the presidential system here do not contribute to political and government stability and have evolved into coups and dictatorships as a result of coups. It should be noted that the system implemented in Latin American countries is not exactly a presidential system, and the different political structure and party systems here play a role in this.

In short, constitutional state democracy mediates the reflection of society's interests through the process of will formation at the state level. While doing this, it ensures the assurance of people's freedom against the said process. Thus, the separation of subject and field between the two elements preserves the protective meaning of freedom. This situation is even more important in the face of the tendency of the state to expand the scope of power and action inherent in the structure of democracy. The government system suitable for limited or moderated democracy is carried out by the norm structure of the principle of separation of powers, which is the rule of law in current constitutional law, and this is the parliamentary government system.

However, parliamentary democracy, as a form of political order, manifests itself as the exercise of both political power and counter-power. Thus, parliamentary democracy is concerned not only with the formation of a particular power, but also with its liquidation. At the same time, the special regulation and structural conditions of existence regarding the administration are also within the scope of parliamentary democracy.

GİRİŞ

Hukukun siyaset alanı üzerindeki mühendislik yönü, beraberinde pek çok tartışma getirmekle birlikte, bu yön tayini bir özgürlük sorunu olarak görülebilir. Çünkü siyasal olan, bir iktidar biçiminde ortaya çıktığında, karşısında denetleyici ve dengeleyici bir gücü gerekli kılar. İşte hukuksal veya daha özelde anayasal mühendislik bu gücün yapısal şartlarını ortaya koyar. Bu bakımdan Batı siyasal düşüncesinin tarihi, etkileri yüzyıllar boyunca incelenmiş ve tartışılmış bir dizi modern hukuk ilkesinin bu çabasını ifade eder.

Özgürlük meselesi, devlet kudretinin sınırlandırılmasıyla yakından ilintilidir. Böyle olmakla anayasal mühendislik, gelişimini ve detaylandırılmasını bu ilinti üzerine tasvir eder. Dolayısıyla özgürlüğe dair ilkeler manzumesinin pratikte gerçekleştirilmesi ve devlet kudreti karşısında konumlandırılması için gerekli olan kurumsal yapılar ve prosedürler hakkındaki tartışmaların tarihsel bağlamı da bir o kadar önem kazanmaktadır. Böylesi bir bağlama bakıldığında ise, modern hukukun ilkeleri sayesinde özgürlük sorununun günümüzdeki boyutlarını kazandığı söylenebilir. Kuşkusuz özgürlük ilkesi kendi kendini gerçekleştirmekle, bünyesinde barındırdığı tüm çelişkilerle, evrensel bir kabul görmüştür.

Belirtildiği üzere özgürlük ilkesi denilince ise her şeyden önce devlet kudretinin yetki ve etki haritası, yani bir anlamda yapısal şartları akla gelir. Bu da bizi erkler ayrılığına götürür. Siyasi bir doktrin olarak erkler ayrılığı kavramı, elbette, en azından on yedinci yüzyılın ortalarından beri var olmuştur. Hükümet yetkilerini farklı kurumlar arasında bölme ihtiyacı hakkında yazan çeşitli teorisyenler arasında Montesquieu, pek çok demokratik hukuk devletinde yapısal şartların ihdas edicisi konumundaki kurucu aktörleri etkilemiştir¹.

Montesquieu'nün erkler ayrılığı görüşünün (elbette bu ilkesinin bir gelişim çizgisi de söz konusudur) özellikle anayasal yetkilendirmeye dair organlar bakımından bir çığır açtığı ve devlet kudretinin anayasal yapısına ilişkin modern bir anlayışı dikte etmeyi amaçladığını varsaymak yanlış olmaz. Çünkü bu husus, pek çok anayasal mühendislikte karşımıza çıkan belirli bir formülle ifadesini bulmaktadır. Dolayısıyla, bir hukuk meselesi olarak erkler ayrılığı hakkında anayasanın asıl metninde mündemiç somut yöntem bulunmaktadır.

İşte tüm bu bağlamlarda, erkler ayrılığı ve demokratiklik değer bakımından parlamenter hükümet sisteminin daha etkin olduğu kanaatindeyiz. Bu çalışmada,

¹ Bkz. Arnold I. Burns ve Stephen J. Markman, "Understanding Separation of Powers", *Pace Law Review* 7, S.3 (1987): 578.

başkanlık sistemi ve parlamenter sistemin kavramsal ve kurumsal özellikleri ortaya konulduktan sonra demokratiklik değer bakımından delegasyon özellikleri tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu doğrultuda öncelikle erkler ayrılığı ve hükümet sistemine etkilerini incelemeye çalıştık. İkinci olarak başkanlık, hiper-başkanlık sistemi kavramsal ve kurumsal dizilerini kısaca ortaya koyduktan sonra Türkiye'deki cari hükümet sistemiyle ilişkisini irdeledik. Esasen burada Türkiye'deki mevcut hükümet sisteminin özelliklerini detaylı incelemekten ziyade kavramsal bir ilişkilendirme yapmakla yetindik. Son olarak ise erkler ayrılığı ve demokratiklik değer bakımından parlamenter sistemin daha cazip olduğunu, ülkemizin de sistem dışı (off-path) bir çözüm olarak bu sisteme dönmeyi gerekliliğini vurgulamaya çalıştık.

I. ERKLER AYRILIĞI VE HÜKÜMET SİSTEMİNE ETKİLERİ

Önsel olarak söylemeliyiz ki, erkler ayrılığı tek başına anayasacılığın kanonik (doğrulanmış) bir ilkesi olarak işleyiş göstermez. Kurumsal meşruyetin mihenk taşları olarak hem ayrı hem de birlikte çalışan birbirine sıkı sıkıya bağlı ilkelere biridir. Bu bakımdan erkler ayrılığının ayırt edici vasıfları şunlardır²:

- Devlet görevlerinin birbirinden ayrılması ilkesi (Separation of Powers Principle).
- Siyasi gücün herhangi bir kişi, grup veya kurumun elinde toplanmasına karşı tavsiyede bulunan ilke (Division of Power Principle).
- Bir devlet kurumunun diğerinin eylemlerinde olağan mutabakatını gerektiren ve böylece bir kurumun diğerinin eylemlerini kontrol etmesine veya veto etmesine izin veren ilke (Checks and Balances Principle).
- Kanunların eşgüdümlü iki yasama meclisinde oylanarak çıkarılmasını gerektiren ilke (Bicameralism Principle).

Öte yandan ve konumuz bakımından Montesquieu'nun varsayımsal temeli bağlamında değinilemesi önemli bir husus, İngiliz anayasasında erkler ayrılığının önemini ortaya konulmasıdır. Devleti tanımlayan kuralların ve kararların arkasında yatan anayasal kültür, erkler ayrılığında oldukça esinlenmiştir. Erkler ayrılığı, yukarıda da değindiğimiz üzere, İngiliz anayasal düşüncesinde yavaş yavaş kendine yer bulmuştur. Gerçekten de ilke İngiliz anayasasının temelini oluşturan bir ilke olarak kabul edilmektedir. Öyle ki ilke, yargıçlar tarafından alıntılanmakta ve siyasi tartışmalarda da başvuru gücü olarak kullanılmaktadır³. İlk ortaya çıkışında özgürlüğün kaba bir koruyucusu mahiyetinde olmuştur. Modern halinde ise, etkili kurumsal düzenleme ilkesi olarak görülmektedir. Tam anlamı ve sonuç-

² Bu vasıflar için bkz. Jeremy Waldron, "Separation of Powers in Thought and Practice", *Boston College Law Review* 54, S.2 (2013): 438.

³ N. W. Barber, "The Separation of Powers and the British Constitution", *University of Oxford Legal Research Paper Series* 3, S.03 (2012): 18.

ları üzerinde henüz çalışılmamış olsa da, erkler ayrılığının İngiliz anayasasının gelişmesinde ve daha genel olarak anayasaların itici gücü olan bir anayasacılık ilkesi olarak önemli bir rol oynadığı görülmektedir⁴.

Belki de bu çalışmadaki amacımız açısından en kritik gözlemimiz, anayasa biliminin demokrasi ve erkler ayrılığını neredeyse eşanlamli olarak görmesidir. Gerçekten de ikincisi birincisi için vazgeçilmez kabul edilmelidir. Esasen biz bu hususu, Albert'in aksine⁵, büyük ölçüde bir İngiliz olgusu olarak kabul etmekteyiz. Esasen İngiliz anayasal temellerinin yetki ve etki haritası incelendiğinde bunun şaşırtıcı olmadığını söyleyebiliriz. Bu bakımdan da erkler ayrılığının demokrasinin temeli olarak tasavvur edilmesi aynı derecede olağan karşılanmalıdır. Bu noktada, anayasal sistemlerde erkler ayrılığının yararlı sonuçları hafife alınmamalıdır. Güçlü bir parlamenter sistemin, rakip sistemlerin sağlayamadığı belirli yönetim standartlarına ulaştığı varsayımı da esasen aşağıda gösterileceği gibi bunun üzerine kuruludur.

Nitekim Eric Barendt, güçlerin ayrılmasıyla ilgili etkili makalesinde, erkler ayrılığının en az dört demokratik değere hizmet edebileceğini öne sürer⁶: (1) hükümet zulmüne karşı koruma, (2) yasama üstünlüğüne karşı savunma, (3) keyfi hükümeti önleme ve (4) hükümet verimliliğinin teşvik etme.

Albert'in metodolojisi takip edilerek bunlar şu şekilde ortaya konulabilir⁷:

- a. Zorbalıkla yöneten bir devlet, demokratik meşruiyet iddiasında bulunamaz. Tiranlığı, halkın seçimini sınırlama gücünü elinde tutan, kısıtlanmamış zorlayıcı bir otorite olarak tanımlayan Montesquieu'ya göre, tiranca yönetim, özgürlük kavramını kendi içine katan demokrasinin özüne meydan okur⁸.

⁴ 1990'dan önce İngiliz anayasası üzerine yazan çoğu araştırmacı, doktrinin anayasaya uygulanabilirliği konusunda derinden şüpheyle yaklaşmıştır. Buna göre en temel olarak, parlamenter tarzdaki anayasalarda erkler ayrılığının uygulanmaması gerektiği kanaati yaygın olmuştur. Parlamenter sistemlerin erkler ayrılığına değil, erkler birleşimine dayandığı iddia edilmiştir. Parlamenter bir sistemde yasama organı, yürütme organının siyasi bölümünü seçer, bu da daha sonra konumu ve gücü için yasama organına bağlı kalınmasına sebep olur. Önde gelen yürütmenin şefi olarak başbakan halk tarafından seçilmez ve anayasal olarak korunan bir yetki alanına da sahip değildir. Sadece yasama organının açık veya zımnî desteği ile hareket edebilir. Başkanlık sisteminde ise tam tersine, önde gelen yürütme yetkilisi olarak başkan halk tarafından seçilir ve ardından diğer yürütme görevlilerini seçer. Yürütme, yasama organından bağımsız bir meşruiyete sahiptir ve buna yasama organının ihlal edemeyeceği anayasal olarak korunan bir yetki alanı verilir. Başkanlık tarzı bir anayasa modeli basit erkler ayrılığı açıklamasıyla parlamenter modelden daha yakından örtüştüğü iddia edilebilir. Bkz. BARBER, s. 6-7. Kanaatimizce burada anayasal mühendislik bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Anayasa, devlet erkleri arasındaki yapısal şartlardan ibaret değildir. Çünkü bir de hakların gerçekleştirilmesini ifade eden "haklar şartı" vardır. İşte tüm şartların sağlanması anayasanın metodolojik olarak bir bütün şeklinde değerlendirilmesini gerekli kılar.

⁵ Richard Albert, "Presidential Values in Parliamentary Democracies", *I-CON* 8, (2010): 210.

⁶ Bkz. Eric Barendt, "Seperation of Powers and Constitutional Governmet", *Publix Law*, (1995): 601 vd.

⁷ Bkz. Albert, "Presidential Values in Parliamentary Democracies," 210 vd.

⁸ Bkz. Gerhard Casper, "An Essay in Seperation of Powers: Some Erarly Versions and Practices", *William and Mary Law Review* 30, (1989): 214.

Buna karşılık, Montesquieu'ya göre özgürlük, özgür bir ruha sahip olma anlamında, kişinin kendi kendini yönetme ve temsili demokrasi aracılığıyla devletini yönetme kapasitesini talep eder. Özgürlüğün bu iki unsuru, Montesquieu'nün erkler ayrılığını, yöneticilerin zalim hırslarını boşa çıkaran yapısal bir araç olarak⁹ savunmasının çekirdeğini oluşturur.

- b. Erkler ayrılığı aynı zamanda ikinci bir demokratik değere de hizmet eder ki bu da, yasama üstünlüğüne karşı savunmadır¹⁰. Yasama tiranlığının tehdidi bir şekilde örtülüdür; çünkü yasama organı aracılığıyla demokratik yönetim belirli bir popüler çekiciliğe sahiptir. Yasama üstünlüğü, usule dayalı demokrasinin kaba bir anlayışıyla tutarlı olabilse de, özü itibarıyla demokrasinin idealleriyle çatışabilir¹¹. Yasama üstünlüğünü karakterize eden çoğunlukçuluk, siyasi olarak elverişli olduğunda veya kriz zamanları başka bir alternatif sunmuyor görüldüğünde temel hakları ayaklar altına alabilir. Stephen Gardbaum'un yazdığı gibi, yasama üstünlüğü, yasal olarak sınırsız çoğunlukçuluk sorununu gündeme getirir. Böyle olmakla bu, yasama yetkisinin herhangi bir sınırlamasından muzdarip olur; ister kanuni, ister geleneksel, ister kültürel, ahlaki veya örf ve adet hukukundan türetilmiş sınırlar olsun durum böyledir. Tercihleri uzlaştırmak için bir mekanizma olarak çoğunluk kuralının çekiciliği tartışılmazdır; ancak buradaki çekicilik, çoğulcu liberal demokrasi zemininde buharlaşmaktadır¹². Erkler ayrılığı, yalnızca yasama üstünlüğünün yükselişini değil, aynı zamanda yargı ve yürütme üstünlüğünün de yükselişini engellemeye yardımcı olabilir. Çünkü yurttaşların korkması gereken sadece yasama üstünlüğü değildir. Demokratik süreçlerin bütünlüğüne ilişkin eşit derecede endişe verici durumlar, yargı üstünlüğü¹³ ve yürütme üstünlüğünden kaynaklanacaktır.
- c. Ayrı güçlerin üçüncü demokratik değeri, belki de en az takdir edilen ama en önemlisidir ki, bu da keyfi yönetimin önlenmesidir. Bu üçüncü demokratik değerın önemi, resmi gücün kullanılmasında öngörülebilirliğin olması ve hukukun idaresinin tecellisi mahiyetindeki adalet olan hukukun üstünlüğünün temel demokratiklik ilkesinden ileri gelmesidir¹⁴. Erkler ayrılığı, tasarımı gücün

⁹ Ayşe Özkan Duvan, "Devlet Teorisinde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke ve Montesquieu", *YBHD* 4, S.1, (2019): 48.

¹⁰ Özkan Duvan, "Devlet Teorisinde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke ve Montesquieu," 47.

¹¹ Çünkü yasama ve yürütmenin tek elde toplandığı durumda güce dayalı baskıcı bir uygulama her zaman ihtimal dâhilindedir. Zafer Gören, "Erkler Ayrılığı İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Benimsenen Hükümet Sistemi", *İzmir Barosu Dergisi*, (Eylül 2019): 471.

¹² Stephen Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *The American Journal of Comparative Law* 49, (2001): 739.

¹³ Gören, "Erkler Ayrılığı İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Benimsenen Hükümet Sistemi," 471.

¹⁴ Gerçekten de siyasal düşünce tarihine bakıldığında, çoğunlukçuluğun (bu anlamıyla demokrasinin) diğer toplumsal-siyasal güç olgularıyla dengelenmesi gayesi söz konusudur. Kuvvetler ayrılığı kuramı, bu anlayış bağlamında demokratik ilke ve kurumları dengelemek için kurgulanmıştır. İrfan Çelik, "Kuvvetler Ayrılığı: Bir İndirgeme ve Dönüşüm", *Liberal Düşünce Dergisi* 16, S.64 (2011): 136.

keyfi olarak kullanılmasını karmaşıklaştırdığı için bu hedeflere ulaşılmasına yardımcı olur. Her şubeye kendi yetkinliklerinin kazandırılması, bir çeşit bildirim işlevi görmektedir. Hükümet sorumluluklarının yerine getirilmesinde öngörülebilirliği teşvik eder ve kamu görevlerinin yerine getirilmesinde halkın hesap verebilirliğini kolaylaştırır. Richard Bellamy'nin açıkladığı gibi, kuvvetler ayrılığı, keyfi hükümetin yerini, olası yasalardan oluşan tarafsız bir hukuk sistemini yöneten daha istikrarlı bir devletle değiştirir. Ayrılmış güçler bu nedenle devletin organları arasında sınırlar oluşturur. Bu organlar yetkilerini kullanırken belirli bir takdir payına sahip olmakla birlikte, bu takdir yetkisinin kendisi hukukun üstünlüğü ile sınırlıdır. Bu şekilde, kuvvetler ayrılığının keyfi yönetime engel olacağı ve dolayısıyla hükümet kollarını rasyonel, keyfi olmayan ve kamuyu ilgilendiren bir yönetim yaklaşımı benimsemeye zorlayacağı düşünülmektedir¹⁵. Bu ilişkinin pratik bir örneği, kuvvetler ayrılığı teorisinden doğan ve hükümetin bir kolunun yetkilerini bir başkasına devredemeyeceğini savunan yetki vermeme (non-delegation) ilkesidir. Yetki vermeme kavramını harekete geçiren şey, yalnızca tiranlığı veya gücün toplanmasını önleme zorunluluğu değil, daha ziyade seçmenleri, her şubeyi eyleminden veya eylemsizliğinden sorumlu tutacak araçlarla donatma arzudur¹⁶.

- d. Erkler ayrılığının hükümetin verimliliğini artırdığı da belirtilmektedir. Buradaki teori, hükümet daireleri arasındaki işbölümünün, bir hükümet dairesini, diğerinin gereksiz müdahalesi olmaksızın işlerini yürütmesi için serbest bırakmasıdır. Richard Posner, bu teoriyi daha detaylı bir şekilde açıklayarak, yetkileri ayırmanın, belirli kamu fonksiyonlarını, bu fonksiyonların belirtilen amacına ulaşmak için en uygun şubelere atayarak hükümetin etkinliğinin çıkarına hizmet ettiğini kuramsallaştırmaktadır¹⁷.

Görüldüğü üzere erkler ayrılığının hükümet sistemleri üzerindeki etkinliği önem arz etmektedir. Esasen benimsenen hükümet sistemi ne olursa olsun erkler ayrılığı olmazsa olmaz bir konumdadır. Ancak yine de erkler ayrılığının demokratiklik değer bakımından hükümet sistemini de pekiştirdiği açıktır.

II. BAŞKANLIK, HİPER-BAŞKANLIK SİSTEMİ: KAVRAMSAL TARTIŞMA VE TÜRKİYE ÖRNEĞİ

Başkanlık sisteminin siyaset bilimi alanında düzenli gözlem ve araştırmaya dayalı ilk tanımlarından biri Verney'e aittir. Verney, Parlamentarizm örneğinde

¹⁵ Richard Bellamy, "The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy", *Political Studies* XLIV, (1996): 438.

¹⁶ Dolayısıyla burada "yetki verme" (delegation) kuvvetler ayrılığının yerine geçmemelidir, aksine onu tamamlamalıdır. David Epstein ve Sharyn O'Halloran, "The Nondelegation Doctrine and the Separation of Powers: A Political Science Approach", *Cardozo Law Review* 20, (1999): 951.

¹⁷ Richard A. Posner, "The Constitution as an Economic Document", *George Washington Law Review* 56, (1987): 12.

olduğu gibi, klasik modellerden zıt rejimlerin tanımına dayalı unsurlar sunar. İlk başta, başkanlık sistemiyle ilgili tartışma, tarihsel yöntemi takip ederek, sistemin kendisinde bulunan özelliklere tabi unsurları sıralamaya daha fazla yönelmiş olabilir; ancak daha sonra operasyonel özelliklere ve kurumsal sonuçlara da odaklanmıştır. Bu ampirik yaklaşımın sistem tarafından üretilen ve hesaplanan sonuçları ABD dışındaki başkanlık siyasi çatışmasını çözme kabiliyetini de ortaya koymaktadır.

Başkanlık için Verney tarafından öne sürülen orijinal önerme şu unsurları haizdir¹⁸:

- a. Meclis, yalnızca meclis olarak kalır.
- b. Yürütme monisttir; meclis seçimleri sırasında halk tarafından belirli bir süre için seçilen bir başkandır.
- c. Hükümet başkanı, devlet başkanıdır.
- d. Başkan, kendisine bağlı sekreterlerini atar.
- e. Yürütmede başkan tek yetkili konumdadır.
- f. Meclis üyeleri, yürütmede göreve uygun değildir ve bunun tersi de geçerlidir.
- g. Yürütme, anayasaya karşı sorumluluk taşımaktadır.
- h. Başkan, meclisi feshedemez veya onu buna zorlayamaz.
- i. Meclis, nihai olarak hükümetin diğer organları üzerinde yücedir ve parlamenter sistemde olduğu gibi yürütme ve yasama organlarının birleşmesi yoktur.
- j. Yürütme, seçmene karşı doğrudan sorumludur.
- k. İlke olarak siyasi sistemde güç odağı bulunmamaktadır.

Öte yandan doktrinde geleneksel olarak başkanlık sistemlerinin iki temel sorunu belirlenmiştir. Birinci olarak Linz'in "ikili meşruiyet sorunu" dediği şey söz konusudur, yani yürütme ve yasama organı arasındaki, ikisinden hangisinin halkın iradesini gerçekten temsil ettiğine dair anlaşmazlıkları çözecek hiçbir demokratik ilkenin olmadığı gerçeğidir. Bu nedenle, bir azınlık hükümeti icracı olduğunda (iktidar partisinin ara seçimleri kaybetmesi sonucunda), doğrudan seçilen bu iki şube arasındaki rekabetin yarattığı açmaz, "çıkılmaz", "hareketsizliğe" ve "zayıf yönetilebilirliğe" neden olabilir. İkincisi, başkanlık yetkisinin "katılığı" sorununa dairdir. Linz'in yazdığı gibi, görev şartlarındaki esnekliğin olmaması olayların gerektirebileceği sürekli yeniden düzenlemelere yer bırakmadan siyasi süreci süresiz, katı bir şekilde sınırlandırılmış dönemlere böler¹⁹. Böylece, parlamenter sistemde bir hükümet krizi olan husus, başkanlık sisteminde tam gelişmiş bir rejim krizine dönüşebilir.

¹⁸ Douglas V. Verney, *The Analysis of Political System*, (Glencoe: The Free Press, 1959), 39 vd.

¹⁹ Juan J. Linz, "The Perils of Presidentialism", *Journal of Democracy* 1, S.1 (1990): 51-69.

Başkanlık sistemi bu şekilde kısaca ortaya konulduktan sonra üzerine durulması bir husus, güç dengesinde başkanlığa yönelik ikna edici bir eğilim olarak siyasi araştırma literatüründe “güçlü başkanlıkçılık” veya “hiper-başkanlıkçılık” şeklinde yapılan adlandırılmadığı²⁰. Bu kavram, hem olağanüstü anayasal yetkilerin miktarına hem de başkana tanınan yetkilerin kullanımına ve ayrıca üç siyasi önkoşulla başkana tevdi edilen net anayasal yetkilere dayanmaktadır. Bunlar²¹; a. birleşik hükümet, b. parti disiplini ve c. başkanın parti lideri olarak tanınması olarak belirtilebilir. Bu hallerde bazen başkanlar eylem ve işlemlerine yönelik eleştirilerin üstesinden gelmek için etkili ve merkezi yönetim ihtiyacına dayanırlar. Belirli bir durumda yönetsel verimlilik argümanının esası ne olursa olsun, hiper-güçlü bir başkanlık kök saldıgında, mevcut güçler ve dengeler, acil durum veya diğer özel durum geçtikten sonra bile ilgisizlik riskiyle karşı karşıya kalır ki²², bu da yerleşik bir güç yoğunlaşmasına neden olur.

Demokrasi ise toplumsal bir uygulamadan başka bir şey değildir ve bu haliyle belirli bir değere veya amaca yönelik kurumları doğuran bir dizi düzenli davranış ve tutumla doğrulanır. Kolektif sürekli tavrın cisimleşmiş hali olarak kurumlara ilişkin bu fikir (geleneksel *caudillismo* değişkeni²³ ve güçlü başkanlarla birlikte), kendi içinde ideolojik kurumsal güçler üçgeninin kasıtlı olarak dengesizliğini taşımaktadır. Bu dengesizlik, hiper-başkanlık rejimlerine²⁴ ve aynı anda delegasyona dayalı²⁵ yasama organlarına zemin ve varlık kazandırabilecek bir husustur²⁶.

²⁰ Demet Çelik Ulusoy, “Measuring the Presidential Powers: New Governmental Design in Turkey”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, S.3 (2021): 1017.

²¹ Ivo Hernandez-Mirabal, *Legislative Control over the Executive in Latin American Presidential System*, (Tübingen: Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades Doktor der Sozialwissenschaften in der Fakultät für Sozial- und Verhaltenswissenschaften der Eberhard-Karls-Universität, Januar 2004), 36 vd.

²² Susan Rose-Ackerman, Diane A. Desierto ve Natalia Volosin, “Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Checks and Balances in Argentina and the Philippines”, *Berkeley Journal of International Law* 29, S.1 (2011): 246-333, s. 250.

²³ Hector Fix Ferro ve Pedro Salazar-Urgate, “Presidentialism”, in Michel Rosenfeld ve Andras Sajo, editör, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 636.

²⁴ Susan Rose-Ackerman ve Edgar Andres Melgar, “Hyper-Presidential Administration: Executive Policymaking in Latin America”, *Arizona Law Review* 54, (2022): 1112.

²⁵ Christopher Larkins, “The Judiciary and Delegative Democracy in Argentina”, *Comparative Politics* 30, S.4 (1998): 424.

²⁶ Ayrıca burada delegasyona bağlı güç yoğunlaşmasının yanında yürütme erki etrafında gelişen bir diğer iktidar yoğunlaşması biçimi “rekabetçi otoriterizm”dir. Birçok Latin Amerika örneğinde olduğu gibi, popülizmin yürütmedeki güç yoğunlaşmasına neden olan yönünü, yalnızca rekabetçi otoriterliğin yükselişi için bir katalizörü temsil ettiğini söylememiz gerekir. Levitsky ve Way’e göre, gerçek bir demokraside özgür, adil, rekabetçi seçimler söz konusu olmalı, oy hakkı genel olmalı, bireysel özgürlükler (ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü gibi) var olmalı ve nihai olarak iktidar ve muhalefet arasındaki mücadele eşit koşullar altında yürümelidir. Buna göre özellikle etkili muhalefet hakkı iktidar karşısında yozlaştırılmamalıdır. Bu son unsur gerçekleştirilmediği takdirde mevcut rejim otoriterlik ve demokrasi arasındaki kaygan zeminde yer

Başkana güçlü bir yasama manevra alanı verilen ülkelerde, hiper-başkanlık sistemi, yasama-yürütme ilişkilerinde sistem tıkanıklığını önlemek için operasyonel bir araç olarak kendini gösterebilir. Başkanlığın başarısı, bu bağlamda, başkanın yasa tasarısı girişimlerinin yoklama oyları üzerindeki onay oranlarının tahmin edilmesiyle ölçülebilir. Hareketsizlik veya kurumsal hareketin parlamento ile yürütme arasında çökmesi, başkanın parlamentoda belirli bir parti çoğunluğu ve desteği ile sayılabileceği durumlarda, iki şubenin bağımsız olarak seçilmesinin bir sonucu olarak gerçekleşmesi gerekmez. Yürütmenin parlamentodaki iktidar partisi veya iktidar koalisyonunun desteğini tehlikeye atan gevşek bir parti disiplini olduğunda veya başkanın yasa koyucuları disipline etme olasılığı çok düşük olduğunda riskler artar.

Öte yandan hiper-başkanlık demokrasilerinin başkanlık sistemine içkin olan bu iki sorunu özel olarak ele alma biçimleri, onları arketip başkanlık modelinden (Amerika Birleşik Devletleri) genellikle ayıran ölçüt olarak ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, hiper-başkanlık sistemleri yürütme ve yasama arasındaki açmazı, başkanın yetkilerini daha da genişleterek, ona Kongre ile gelişen güç anlaşmazlığında bir avantaj sağlayarak çözüme eğiliminde olmuştur. İkincisi, hiper-başkanlık sistemleri, örneğin görevden almayla ilgili anayasal hükümleri çok alışılmışın dışında bir şekilde yorumlamak gibi, başkanlığın görev süresinin esnekliğini artırmanın “gayri resmi” yollarını bulmuşlardır²⁷. Görüldüğü gibi hiper-başkanlık, genel itibariyle başkanın aşırı ve yoğun yetkilere sahip olduğu bir siyasal sisteme işaret etmektedir²⁸. Üstelik hukuksal mekanizmalar da bu doğrultuda araç haline gelmektedir.

Şu halde, hiper-başkanlık sistemlerinin başkanları, ABD başkanından daha fazla yasama yetkisine sahiptir²⁹. Örneğin Latin Amerika’daki bu türden baş-

almaya devam edecektir. Etkin muhalefet hakkı anayasal bir şekilde korunmadığında yarışmacı otoriter rejim ortaya çıkmaktadır. Yarışmacı otoriter rejimlerde resmi olarak demokratik kurumlar söz konusu olup, bunlar geniş kitleler tarafından iktidara ulaşmanın yolu olarak görülür. Fakat, bu şekildeki sivil rejimlerde, iktidardakiler bünyelerinde bulunan makam ve kaynakları kötü amaçla kullanırlar ve bu yolla rakiplerine üstünlük elde ederler. Muhalefet partilerin olması ve demokratik yollarla iktidara gelmeyi hedeflemeleri söz konusu rejimleri rekabetçi kılarken, bu yarışmanın yönetenlerin yoğun yönlendirmesi altında olması ise bunları anti-demokratik kılmaktadır. Steven Levitsky ve Lucan A. Way, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 6-7. Bu rejimler yarışmacı olup adil değillerdir. Bu türden olan rejimleri Brownlee “seçimli otoriterizm” olarak da adlandırmaktadır. Jason Brownlee, “Potents of Pluralism: How Hybrid Regimes Affect Democratic Transitions”, *American Journal of Political Science* 53, S.3 (2009): 523 vd.

²⁷ Llanos Mariana ve Detlef Nolte, “The Many Faces of Latin American Presidenatualism”, *Latin America*, S.1 (2016): 8.

²⁸ Christopher A. Martinez ve Andres Dockendorff, “Hyper-Presidentialism under Question: Evidence from Chile”, in Mariana Llanos ve Leiv Marsteintredet, editör, *Latin America in Times of Turbulence* (Melbourne: Routledge, 2023), 54.

²⁹ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. Şule Özsoy Boyunsuz, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, (Ankara: İmge Yayınları, 2017).

kanların (a) kapsamlı kararname yetkileri vardır, yani farklı politika alanlarında kendi başlarına yasa yapabilirler. Bazı durumlarda, bu yetkiler önceden kongre tarafından yetki verilmesini gerektirirken, diğer durumlarda doğrudan anayasa tarafından yetkilendirilme söz konusudur. Bazı başkanlar ayrıca (b) belirli politika alanlarında münhasır yasama girişimi yetkisine sahiptir³⁰. Shugart ve Mainwaring'ın “münhasır yetki” diye açıkladıkları bu yetki, bazı kritik konulara, özellikle bütçelere, ama aynı zamanda askeri politikaya, yeni bürokratik ofislerin oluşturulmasına ve tarife ve kredi politikalarına ilişkin yasalara kadar uzandığı gözlemlenmektedir³¹. Cheibub, Elkins ve Ginsburg ayrıca, (c) 1979 sonrası Latin Amerika başkanlık anayasalarının neredeyse yüzde 90'ının başkana anayasa değişiklikleri teklif etmesine izin verdiğini belirtmektedirler. Keza bu sistemlerde başkanların (d) kısmi veto yetkileri vardır, bu da onlara bir tasarının yalnızca istedikleri kısımlarını ilan etmelerine izin verir ve böylece kongrede yapılan oturum kayıtlarını reddetme fırsatını sunar. Son olarak, bazı başkanların (e) bağlayıcı olan referandum çağrısı yapma yetkisi vardır. Böyle olmakla birlikte hiper-başkanlık demokrasileri, başkanların gücünü geleneksel başkanlık modelinin ötesinde artıran yasama dışı kurumsal özelliklere de sahiptir. Gerçekten de Latin Amerika'daki çoğu başkan (a) kongre onayı olmadan bakanlarını atama kapasitesine sahiptir. Ayrıca, (b) parlamentoların genellikle kabine üyelerini sansürlemek için çok zayıf yetkileri vardır. Bu tür sistemlerde başkanların (c) ABD anayasasının sağladığı “nispeten dar” olanlardan çok daha kapsamlı olağanüstü hal yetkileri de söz konusudur. Son olarak, Brezilya ve Arjantin gibi ülkelerde, (d) başkan, eyalet hükümetlerine kendi başına müdahale edebilmektedir³².

Öte yandan burada kısaca 2017 Anayasa değişikliği³³ ile getirilen Türkiye'deki Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine değinmekte fayda vardır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi bir başkanlık hükümet sistemi değildir³⁴. Bu sistemin esasen başkanlık sistemiyle kavram ve unsur bakımından bir ilgisi de bulunmamaktadır. Başkanlık sistemi bir sert erkler ayrılığı sistemidir. Dolayısıyla bir başkanlık sisteminde yasama ve yürütme organları kesinkes bir şekilde ayrışır. Böyle olmakla yasama ve yürütme organları da birbirlerinin görevleri-

³⁰ Laurence Whitehead, “Varieties of Presidentialism, and the Quality of Democracy,” Erişim Tarihi: Mart 10, 2023, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2748/28.pdf>, 480 vd.

³¹ Matthew Soberg Shugart ve Scott Mainwaring, “Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate”, in Scott Mainwaring ve Matthew Soberg Shugart, editör, *Presidentialism and Democracy in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 48.

³² Jose Antonio Cheibub, Zachary Elkins ve Tom Ginsburg, “Still the Land of Presidenatialisim? Executives and the Latin American Constitution”, in Detlef Nolte ve Almut Schilling-Vacaflor, editör, *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices* (Farnham: Ashgate, 2012), 92.

³³ Bu tür anayasa değişiklikleri için Landau “suiistimalci anayasacılık” tabirini kullanmaktadır. Bkz. David Landau, “Abusive Constitutionalism”, *University of California Davis* 47, (2013): 195-200.

³⁴ Keza bkz. Şule Özsoy Boyunsuz, “Türkiye'nin İçinde Bulunduğu Sistem Gerçek Bir Başkanlık Sistemi Değil,” Erişim Tarihi: Ocak 8, 2024, <https://daktilo1984.com/roportajlar/sule-ozsoy-boyunsuz-turkiyenin-icinde-bulundugu-sistem-gercek-bir-baskanlik-sistemi-degil/>.

ne son veremezler; başkan meclisi feshedemez, meclis de başkanlık seçimlerini yenileyemez³⁵. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde bu karakteristik özellikler yoktur. Ayrıca seçimlerin yenilenmesi halinde seçimler aynı gün birlikte yapılmaktadır. Belli ki yasama ve yürütme arasında bir birlik kurulmuştur. Böyle olmakla birlikte Cumhurbaşkanının cari sistemde parti genel başkanı olabildiğini de hatırlamak gerekir. Partili Cumhurbaşkanı ve Meclis özdeşliği ve eşgüdümü yaratılmak istenen bir ortamda erkler ayrılığından söz etmek pek mümkün değildir. Dolayısıyla cari hükümet sisteminde denge ve denetim mekanizması da pek zayıf kalmaktadır. Haliyle ülkemizde gerçek anlamda bir anayasanın olmadığı, mevcut anayasanın “görünüşte”, “sahte” ve hatta “tuzak” anayasa³⁶ olduğu dahi söylenmektedir³⁷.

Bu bağlamda Türkiye'nin başkanlık sisteminden mülhem sistemin halk tarafından seçilmiş otoriter devlet başkanı öngördüğü söylenmektedir³⁸. Buna göre Türkiye tercihini, yasama üstünlüğü doğrultusunda (daha temsili bir seçim kuralı ve daha çağdaş bir parlamenter yapı oluşturmak ve liberal temsili demokrasiyi uygulamak için hukuk çerçevesinde faaliyet göstermek) bir anayasal yapı inşa etmek yönünde kullanmamıştır. Dolayısıyla Türkiye'nin karşı karşıya olduğu şey, başkanlık demokrasisi değildir, daha ziyade parlamenter demokrasiye karşı bir tür başkanlık sistemidir³⁹. Bu da, hukukun üstünlüğüne bağlı kurallara, demokratik kurumlara ve özellikle insan hakları bakımından cari olan Sözleşmesel (örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) gerekliliklere yönelik olumlu yaklaşımın zayıfladığını göstermektedir⁴⁰. Öte yandan doktrinde her ne kadar demokratik standartlar bakımından üstünlükleri olduğu söylenese de kanaatimizce ülkele-
rin siyasi yapısına göre bazı sistemlerin, örneğin Türkiye örneğinde parlamenter sistemin, demokratik değerinin daha üstün olduğu⁴¹ söylenebilir.

³⁵ Ergun Özbudun, “Başkanlık Sistemi ve Türkiye”, *Liberal Perspektif Analiz*, S.1 (2015): 2.

³⁶ Kavramlar için bkz. Giovanni Sartori, “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, *The American Political Science Review* 56, S.4 (1962): 863.

³⁷ Bkz. Kemal Gözler, “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa,” Erişim Tarihi: Mart 11, 2023, <https://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf>.

³⁸ Ersin Kalaycıoğlu, “The Challenge of Presidentialism à la Turca in Turkey”, *Istanbul Policy Center Commentary*, (November 2014): 3.

³⁹ Kalaycıoğlu, “The Challenge of Presidentialism à la Turca in Turkey,” 3.

⁴⁰ Bu doğrultuda Türkiye’de bir direnç bariyerinin olduğuna yönelik bir çalışma için bkz. Yaşar Salihaşaoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XIII, S.1-2 (2009): 253. Ayrıca bkz. Ebru Karaman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXXII, S.1 (2014): 433. İnsan hakları ihlallerinin Türkiye’deki örnek bir görünümü için bkz. Simay Doğmuş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin X-Türkiye Kararı Hakkında Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, S.1 (2018): 381 vd.

⁴¹ Levent Korkut, “Ergun Özbudun’la Hükümet Sistemleri Üzerine Söyleşi”, *Demokrasi Platformu* 9, S.33 (2013): 1-12, s. 3.

III. PARLAMENTER HÜKÜMET SİSTEMİNİN DEMOKRATİKLİK DEĞERİ VE TÜRKİYE İÇİN ÖNERİ

Amerikan federalizminin veya başkanlık sisteminin aksine, parlamenter hükümet kasıtlı kurumsal tasarımın ürünü olmamıştır. Aksine, birkaç yüzyıl boyunca İngiltere’de yavaş yavaş gelişim göstermiştir⁴². Örneğin Norton 1688’i, ülkeyi terk etmek zorunda kalan Kral II. James ile olan çatışmasında parlamentonun galip geldiği zamanı, parlamenter egemenliğin başlangıcı olarak tanımlar⁴³. Parlamento, o zaman, yani 1689’da, yeni Kralı William Orange’ı etkili bir şekilde seçebilmiş ve yetkilerine önemli kısıtlamalar getirebilmiştir. Lowell’e göre de, parlamenter hükümetin kökleri, Kral’ın partiden (Whigler) bir çoğunluğa sahip olan bir hükümeti atayarak Avam Kamarası’nı ilk kez yatıştırdığı 1693 yılına kadar geri götürülebilir⁴⁴.

Görüldüğü gibi 1688 tarihi, Britanya’da parlamentonun ağırlığını hissettirmeye başladığı tarihtir. Zira bu tarihte Parlamento, Kral II. James’i ülkeyi terk etmek zorunda bırakarak, William of Orange’ı tahta çıkartmış ve yetkileri üzerinde önemli kısıtlamalara gitmiştir. 1693’te ise Kral ilk defa Avam Kamarası’nda çoğunluğa sahip gruptan (the Whigs) bir hükümet oluşturmuştur. 1714 yılında Hanovra Hanedanı’nın tahta geçmesiyle, İngilizce bilmeyen Kral George, Kabin toplantılarına katılmadan, sonradan yapılan tercüme ile müzakere neticelerini öğrenmekteydi. Ondan sonraki krallar ise İngilizce bilmekle beraber kabine toplantılarına katılmayarak bu geleneğin yerleşmesini sağladılar. Keza 18. yüzyıl sonlarına doğru evrilmeye başlayan *impeachment* kurumunun, siyasi sorumluluğu ortaya çıkarmasıyla birlikte parlamenter sistemin gelişiminde önemli bir eşik daha geçilmiştir. *Impeachment* bir ceza usul kurumu olarak, suç işlediği ileri sürülen bakanların mahkeme vazifesi gören Lordlar Kamarası’na sevki anlamına gelmekteydi⁴⁵. Kurum, süreç içerisinde siyasi sorumluluğu yerine getirecek bir tehdit aracına dönüşmüş ve bu suretle Avam Kamarası’nın güvenine sahip olmayan bakanların istifaya mecbur edilmesi sağlanmıştır.

Parlamento, yüzyıllardır, görüş ayrılıklarını dile getirmek ve adil oyun ruhuyla vatandaşların temsilcileri arasında tartışmalar yürütmek için merkezi bir Avrupa siyasi kurumu olmuştur. Modern bir parlamento, temyiz olmaksızın egemen kararlar alma hakkını talep ederek hükümeti ve bürokrasiyi kontrol eder⁴⁶.

⁴² Sezen Kama, "Parlamenter Hükümet Sistemi Olarak 'Westminster Modeli' Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme", *MÜHFHAD* C. 22, S.2 (2016): 163-164.

⁴³ Philip Norton, *The Commons in Perspective*, (Oxford: Basil Blackwell, 1981), 12.

⁴⁴ A. Lawrence Lowell, *Governments and Parties in Continental Europe*, (London: Longmans Green, and Co., 1896), 3.

⁴⁵ Scott s. Barker, "An Overview of Presidential Impeachment", *Colorado Lawyer*, (August-September 2018): 31.

⁴⁶ John Adler, *Constitutional and Administrative Law*, (London: Macmillan, 1999), 90 vd.

Bu çalışmada biz parlamentarizmi; müzakere (parlamentodaki karşıt bakış açıları arasında), temsil (bir parlamentoda vatandaşların), sorumluluk (hükümetin parlamentoya karşı) ve egemenliğin (bir yönetim içindeki bir parlamentonun) çekirdeğini oluşturduğu tezi üzerine inşa etmekteyiz. Bu bakımdan parlamenter sistem parlamentarizm kavramını kullanmakla parlamentoyu diğer meclis türlerinden ayırır, onu benzersiz bir temsil kurumu yapar⁴⁷. Parlamentarizmin bu ayırt edici kavramlar kümesi, özellikle bu boyutların her biri çoğu Avrupa parlamentosunda şiddetle tartışıldığından, tüm gerçek parlamentoların karşı karşıya kaldığı sorunların tarihsel, söylemsel ve politik analizi için net bir gündem yaratır. Parlamento, parlamentarizm ve parlamenter kavramlar kümesi, siyasi temel kavramların özünde tartışmalı doğasının mükemmel bir örneğini oluşturur⁴⁸. Herhangi bir ulusal bağlamda parlamentarizm, bir dizi siyasi anlaşmazlığın ürünü olmuştur ve doğası hakkında devam eden bir siyasi tartışma sürecinin bir sonucu olarak daha da gelişmiştir⁴⁹. Çoğu, Avrupa siyasi kültürünün o kadar önemli bir özelliği haline geldi ki, bu tür anlaşmazlıklar ve bunun sonucunda siyasi sistemlerde meydana gelen dönüşüm süreci tolere edilir hale gelmiştir. Başlangıçta belirtildiği gibi, varsayımsal hareket noktamız, siyasi bir kavram olarak parlamentonun kendisi tarafından bir arada tutulan bir kavramlar kümesini içeren dört boyutlu ideal bir parlamento tipinin işleyişinden ibarettir. Temsil, müzakere, egemenlik ve sorumluluğun boyutları⁵⁰, siyasi failer ve siyaset yazarları tarafından⁵¹ benzer şekilde kullanılan bir kavram olan parlamento kavramının tarihsel incelemesinin gündemini belirler.

Öte yandan hükümet biçimi, demokratik bir rejimin hayatta kalma şansı açısından ne tür bir fark yaratır? Demokratik hükümetlerin iki temel biçimi vardır. Birinde hükümet var olmak için yasama organının güvenine bağlıdır. Diğerinde hükümet, daha doğrusu başı, belirli bir süre için görev yapar; dolayısıyla yasama ve yürütme birbirinden bağımsızdır⁵². Parlamenter olan eski tip sistemlerde yasama çoğunluğu, ya hükümete güvensizlik oyu vererek ya da hükümet tarafından başlatılan güven oylamasını reddederek hükümeti görevden alabilir. Bundan

⁴⁷ Parlamentoların işlevleri bilim adamları tarafından ve parlamento belgelerinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bunlar için bkz. Ken Coghill and Others, "The Functions of Parliament: Reality Challenges Tradition", *Australasian Parliamentary Review* 27, S.2 (2012): 57.

⁴⁸ Hironori Yamamoto, *Tools for Parliamentary Oversight*, (Switzerland: Inter-Parliamentary Union, 2007), 9.

⁴⁹ David Beetham, *Parliament and Democracy in the Twenty-First Century*, (Switzerland: Inter-Parliamentary Union, 2007), 1.

⁵⁰ Cristina Leston, *Parliamentary Institutions: Basic Concepts*, (Vietnam: United Nations Development Programme Project, 2007), 12-14.

⁵¹ Pasi Ihalainen, Cornelia Lie ve Kari Palonen, "Parliament as a Conceptual Nexus", in Pasi Ihalainen, Cornelia Lie ve Kari Palonen, editör, *Parliament and Parliamentarism* (New York: Berghahn, 2016), 6 vd.

⁵² Bkz. Jose Antonio Cheibub, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 1.

sonra ya mevcut milletvekilliği dağılımı temelinde yeni bir hükümet kurulur ya da bu mümkün olmazsa, yeni sandalye dağılımının öyle olacağı umuduyla yeni seçimler yapılır⁵³. Başkanlık olan ikinci tür sistemlerde⁵⁴, hükümeti devirmek için böyle bir mekanizma yoktur. Hükümet başkanı seçildikten sonra belirli bir süre için görev yapar. Başkanlık sistemlerinde, hükümet başkanı belirli politikalardan yana olsa bile görevden alınmaz⁵⁵.

Lijphart'ın parlamenter hükümet tanımı⁵⁶, parlamento hükümetinin veya kabine hükümetinin; kısaca, yürütme yetkisinin yasama yetkisinden çıktığı ve ona karşı sorumlu olduğu anayasal demokrasi biçimi olarak tanımlanabileceğini kabul eden Leon Epstein'inkine yakındır⁵⁷. Tanım, yürütmeye yetkinin, yürütmenin de sorumlu ve hesap verebilir olduğu bir varlık olan parlamento tarafından verildiği gerçeğini özetlemektedir. Tanımlar, yürütme erkinin desteğini ve biçimini oluşturan, onun üzerinde her türlü denetimi sağlayan ve onu yasalara ve yasama tartışmalarına tabi kılanın parlamento olduğu şeklindeki temel varsayımdan pek farklı değildir⁵⁸. Sistem aynı zamanda parlamentonun egemen olduğu ve parlamento ile hükümet arasında herhangi bir kuvvetler ayrılığına izin vermediği, sadece yasama/yürütme erki paylaşımına yapısal olarak izin verdiği kurucu ilkesinden de adını almıştır.

1959'da Douglas Verney deparlamenter sistemin bileşimini tanımlayan noktalar belirlemiştir. Ona göre parlamentarizm en yaygın olarak benimsenen hükümet sistemidir ve birçok ülkeye örnek teşkil eden İngiliz sistemi olduğu için özellikle İngiliz parlamenter deneyimine atıfta bulunmak uygun görünmektedir⁵⁹.

⁵³ David J. Samules ve Matthew S. Shugart, *Presidents, Parties, and Prime Ministers*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 4.

⁵⁴ Başkanlık sisteminin özü erkler ayrılığıdır, ancak örtüşen kontroller ve dengeler kavramı da aynı derecede önemlidir. Ne var ki başkanlık sistemi bozulmaya eğilimlidir. Örneğin hiper-başkanlık sisteminde, başkanlar, eylemlerini savunmak için erkler ayrılığı söylemini kullanmaktaysa da diğer şube ve kurumlar tarafından kontrol ve denge dayatılmasına karşı çıkmaktadırlar. Bkz. Rose-Ackerman, Desierto ve Volosin, "Hyper-Presidentialism: Seperation of Powers without Checks and Balances in Argentina and the Philippines," 247.

⁵⁵ Literatürde demokratik hükümet biçimlerinin sınıflandırılması bol miktarda bulunmaktadır. Parlamenter ve başkanlık olmak üzere iki "saf" sistem türü ve her ikisinin özelliklerini birleştiren bir sistem, çeşitli şekillerde karma, yarı-başkanlık veya parlamenter- başkanlık sistemi olarak adlandırılan bir sistem olduğu konusunda genel bir fikir birliği var gibi görünmektedir. Böylece; hükümetlerin var olmak için yasama çoğunluğunun desteğini alması gereken sistemler parlamenter olarak sınıflandırılır; hükümetlerin var olmak için yasama çoğunluğunun desteğine ihtiyaç duymadığı sistemler başkanlık olarak sınıflandırılır ve hükümetlerin var olmak için hem yasama meclisindeki çoğunluğa hem de seçilmiş başkanlara bağlı olduğu sistemler karma olarak sınıflandırılır. Cheibub, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, 33, 35.

⁵⁶ Arend Lijphart, *Patterns of Democracy*, (New Haven: Yale University Press, 2012), 106-107.

⁵⁷ Bkz. Mehmet Turhan, "Stabilization of the Parliamentary System in Turkey", *Dicle University Journal of Law Faculty* 1, S.1 (1983): 135.

⁵⁸ Hernandez-Mirabal, *Legislative Control over the Executive in Latin American Presidential System*, 21 vd.

⁵⁹ Hernandez-Mirabal, *Legislative Control over the Executive in Latin American Presidential System*, 22.

Verney'nin vardığı sonuçlardan önemli bir ayrıntı, parlamenter sistemin devrimci bir değişimin sonucu olmadığı ülkelerde, üç büyük evrim adımı veya aşamasından geçmiş olabileceğidir⁶⁰:

- a. Tüm siyasi sistemden sorumlu olarak bir Hükümdar tarafından hükümet edilmesi
- b. Kralın hegemonyasına meydan okuyan üyelerden oluşan bir meclisin ortaya çıkışı
- c. Meclis, yürütme yetkisini kendi üyeleri arasından ve demokratik yollardan seçerek kralın yönetim yetkisini devralması.

Bununla birlikte Verney'nin ortaya koyduğu bu fikir, son yüzyıllarda Birleşik Krallık'ta yaşanan durumu tasvir etmektedir. Bu bağlamda parlamenter sistemin çeşitli ilkeleri ise şunlardır⁶¹:

- a. Meclis, parlamento adını alır.
- b. Yürütme ikiye ayrılır.
- c. Devlet Başkanı, Hükümet Başkanını atar.
- d. Hükümet Başkanı, bakanları atar.
- e. Hükümet kolektif bir organdır.
- f. Bakanlar genellikle parlamento üyeleridir.
- g. Hükümet, meclise karşı siyasi olarak sorumludur.
- h. Hükümet Başkanı, Devlet Başkanına parlamentoyu feshetmesini tavsiye edebilir.
- i. Bir bütün olarak Parlamento, hiçbirini diğerine hâkim olamayacak olan onu oluşturan parçalar olan Hükümet ve Meclis üzerinde üstündür.
- j. Hükümet bir bütün olarak seçmenlere karşı ancak dolaylı olarak sorumludur.
- k. Parlamento, siyasi sistemde iktidarın odak noktasıdır.

Sartori ise, parlamentarizmin mevcut ve tarihsel biçimlerini üç ana kategoriye ayırır: a. yürütmenin parlamentoza zorla hâkim olduğu İngiliz tipi başbakanlık veya kabine sistemi; b. yönetmeyi neredeyse imkânsız hale getiren Fransız (üçüncü ve dördüncü cumhuriyet) tipi hükümet meclisi; c. parti kontrollü parlamentarizmin "orta yol" formülü. Parlamentarizmin, parlamentonun egemen olduğu bir siyasi sisteme verilen tek tip bir isimden ziyade, "bir dizi işlevsel siyasi sonucu" tanımlayan bir terim olduğu fikri buradan kaynaklanmaktadır⁶². Böyle olmakla parlamentarizmin çeşitlilik gösterebileceği fikri, mevcut farklılıkların

⁶⁰ Verney, *The Analysis of Political System*, 17 vd.

⁶¹ Hernandez-Mirabal, *Legislative Control over the Executive in Latin American Presidential System*, 22-23.

⁶² Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, (London: Macmillan Press, 1994), 101.

her ülkeye göre farklı yasama-yürütme ilişkileri modellerinin sonucu olabileceğini anlamamıza yol açar.

Tüm bunlardan sonra parlamenter hükümet sisteminin demokratiklik değerini de sorgulamak gerekir.

Demokrasi komplike bir mantıktan ilerler, ancak yine de doğrudan ve mümkün olabilmektedir. Yirminci yüzyıl, insanlık tarihinin en büyük siyasi vahşetlerinden bazılarını tanık olurken, aynı zamanda demokrasinin dünyanın büyük bir bölümünde yavaş yavaş kurulduğu ve pekiştiği bir yüzyıldır. Gerçekten de bin yılın sonunda, her zamankinden daha istikrarlı demokrasiler var olmuş ve demokrasinin tamamen yabancı olduğu hiçbir kıta söz konusu olmamıştır⁶³. Vadedini yerine getirmek için, demokratik hükümet etkili olduğu kadar iyi huylu da olmalıdır. Çokça belirtildiği üzere asıl kaygı, devleti ehliileştirmek ve hükümetin gücünü kısıtlamaktır. Yasa ve düzeni uygulayabilen ve hakları güvence altına alabilen bir hükümet olmadan demokratik hükümet var olamaz. Gerçekten de aynı zamanda, demokrasi sınırlı hükümet anlamına gelmektedir. Bu bakımdan hükümetin düzenleme yapmasının yasak olduğu korunan bir özel alanın varlığı ve saygı göstermekle yükümlü olduğu bir dizi insan hakkı söz konusudur. Kamusal alan ile özel alan arasındaki kesin sınırlar sürekli olarak gözden geçirilirken, bir tür özel alan ve bir dizi yurttaş haklarına bağlılık olmalıdır.

Popüler hükümet birçok biçim alabilir⁶⁴, ancak çağdaş örnekler ağırlıklı olarak temsili demokrasilerdir. Böylece, halk egemenliği, vatandaşlardan bireysel politikacılara ve özellikle siyasi partiler olmak üzere kolektif aktörlere yetki devri yoluyla gerçekleştirilir. Nasıl demokratik toplumlarda vatandaşlar özel yaşamlarındaki önemli görevleri uzmanlara devredebiliyorlarsa, kamusal yaşamlarının büyük bir bölümünü politikacılara devretmektedirler⁶⁵. İşte bu çalışmada yukarı-

⁶³ Wolfgang Müller, Torbjörn Bergman ve Kaare Storm, "Parliamentary Democracy: Promise and Problems", in Wolfgang C. Müller, Torbjörn Bergman ve Kaare Storm, editör, *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies* (Oxford ve New York: Oxford University Press, 2006), 3 vd.

⁶⁴ Bkz. Jose Antonio Cheibub, Zachary Elkins ve Tom Ginsburg, "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective", *Texas Law Review* 89, (2011): 1737.

⁶⁵ Öte yandan Cheibub'a göre, parlamentarizm ve başkanlık sisteminin içkin özelliklerine dayanan açıklamalarda, hayatta kalma, hükümet biçimine içkindir. Bu tür teoriler, başkanlık sistemini tanımlayan kuvvetler ayrılığının başlayarak nedensellik zincirlerini dile getirmekte, bu sistemin çözümsüz çarışmalara eğilimli olduğu iddiasını üretmekte ve bu tür çarışmaların demokratik kurumları baltaladığı sonucuna varmaktadır. Cheibub, başkanlık demokrasilerinin kırılganlığının nedeninin, demokrasinin her türlüşünün yok olma ihtimali olan ülkelerde başkanlık kurumlarının benimsenmiş olması olduğunu ileri sürmektedir. Başka bir deyişle, başkanlık demokrasilerinin sorunu "kurumsal olarak kusurlu" olmaları değildir. Aksine sorun, demokrasilerin herhangi bir türden demokrasinin istikrarsız olma ihtimalinin yüksek olduğu toplumlarda var olma eğiliminde olmalarıdır. Pek çok yeni demokrasinin başkanlık kurumlarını "seçmiş" olmasından kaynaklanan korkular bu nedenle yersizdir. Kesin kurumsal bir bakış açısından, başkanlık sistemi parlamentarizm kadar istikrarlı olabilir. Anayasal çerçevelerin bir kez kabul edildikten sonra değiştirilmesinin zor olduğu göz önüne alındığında, bunları değiştirmeye çalışmanın siyasi açıdan savurgan olabileceği sonucu çıkar. İstikrarsızlığın kaynağının o yapıyla hiçbir ilgisi yokken, bir kurumsal yapıyı demokratik istikrar zemininde değiştirmeye kalkışmak, kaynakların yanlış kullanılması olacaktır. Cheibub, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, 2-3.

da tanımladığımız parlamenter hükümet, çağdaş demokrasilerde delegasyonu ve hesap verebilirliği organize etmenin⁶⁶ en yaygın yoludur⁶⁷.

Gerçekten de hükümet biçiminin demokrasilerin hayatta kalmasını etkilediği fikri, 1980'lerin sonlarında ve 1990'larda karşılaştırmalı siyaset bilimcileri arasında en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Parlamenter kurumların başkanlık kurumlarına üstünlüğü hakkında ilk olarak Juan Linz tarafından geliştirilen argüman⁶⁸, üçüncü demokratikleşme dalgasının ardından doğan demokrasilerin geleceği hakkındaki tartışmaların çoğuna rehberlik etmiştir⁶⁹. Karşılaştırmalı siyaset araştırmacıları arasında, bu demokrasilerin başarılı olması durumunda parlamenter kurumları benimsemeleri gerektiği yönündeki geleneksel bir görüşün ortaya çıktığını söylemek gerekir. Gerçekten de, Cheibub ve Limongi'nin belirttikleri üzere, parlamenter demokrasiler, başta çok çeşitli koşullar altında hayatta kalma kapasiteleri olmak üzere, birçok kilit açıdan başkanlık demokrasilerinden daha iyi performans gösteriyor gibi görünmektedir. 1946 ile 1999 yılları arasında her yirmi başkanlık rejiminden biri yok olmuştur (yani diktatörlüğe dönüşmüştür), oysa her elli sekiz parlamenter rejimden yalnızca biri yok olmuştur. Gerçi şöyle bir durum da söz konusudur; ekonomik gelişmenin çok düşük düzeylerinde, örneğin Sahra-altı Afrika'da gözlenen düzeyde, ne parlamenter ne de başkanlık demokrasilerinin hayatta kalması muhtemel değildir. Bununla birlikte, daha yüksek gelişim seviyelerinde işler farklıdır. Parlamenter demokrasilerin başkanlık demokrasilerinden sürekli olarak daha fazla hayatta kalma olasılığı⁷⁰ olmak-

⁶⁶ Özgürlük meselesinin tek kriteri, parlamento aracılığıyla ifade edilen toplumun sağduyusu ve vicdanıdır. Tüm özgürlük buna bağlı olmalıdır. Bkz. A. F. Pollard, *The Evolution of Parliament, Institute of Historical Research*, (Second Edition, 1926), 186.

⁶⁷ Kanaatimizce parlamenter sistemde denge ve denetimi sağlayan "veto aktörleri" daha çok ve etkin konumdadır. Bu aktörler için bkz. George Tsebelis, "Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism", *British Journal of Political Science* 25, S.3 (1995): 301.

⁶⁸ Linz'e göre, parlamentarizmin bizatihi başkanlık sistemi ile dikkatli bir şekilde karşılaştırılması, her şeyi göz önünde bulundurarak, ilkinin istikrarlı demokrasiye ikincisinden daha elverişli olduğu sonucuna götürür. Bu sonuç, özellikle derin siyasi bölünmelere ve çok sayıda siyasi partiye sahip uluslar için geçerlidir; bu tür ülkeler için parlamentarizm genellikle demokrasiyi korumak için daha iyi bir umut sunar. Linz, "The Perils of Presidentialism," s. 52.

⁶⁹ Daha sonra Linz, demokratik rejimler çalışmasının seçim sistemleri çalışmasından ayrılamayacağı konusunda Profesör Horowitz'e katıldığını belirtmekte ve analizinin olası tüm başkanlık seçim yöntemlerini kapsamadığını kabul etmektedir. Linz'in argümanı, en yaygın başkanlık sistemi türlerinde belirli siyaset kalıplarının olasılığıyla ilgilidir ve doğrudan seçilmiş her türden yöneticinin kapsamlı bir analizini yapmaya kalkışmaz. Söz konusu kalıpların, başkanlık yöneticilerinin performansındaki istikrarsızlığa veya zorluklara katkıda bulunması muhtemeldir. "İhtimal" kelimesini, bu sonuçların her başkanlık sisteminde olması gerektiğini veya demokrasinin kendisinin çökmesine yol açmadığını vurgulamak için Linz kullanmaktadır. Aksine, yakın zamandaki deneyimler, oldukça beceriksiz demokratik rejimlerin bile hayatta kalma şansının yüksek olduğunu göstermekte, çünkü ilgili tüm aktörler demokratik olmayan alternatifleri daha da az tatmin edici bulmaktadır. Juan J. Linz, "The Virtues of Parliamentarism", *Journal of Democracy* 1, S.4 (1990): 86.

⁷⁰ Karşılaştırınız Scott Mainwaring ve Matthew S. Shugart, "Juan Linz, Presidentialism, and democracy: Critical Appraisal", *Comparative Politics* 29, S.4 (1997): 460 vd.

la kalmaz⁷¹, ekonomik kriz altında hayatta kalma şansları en azından ekonomik genişleme altında başkanlık demokrasilerinin hayatta kalma şansı kadar iyidir⁷².

Öte yandan Türkiye’deki cari siyasal sistem için kullanılabilecek en ayırt edici niteleme Guillermo O’Donnell tarafından kavramsallaştırılan “delegasyoncu demokrasi”dir. Buna göre bu tür demokrasilerde seçimi kazanan başkan ülkeyi uygun gördüğü şekilde yönetme hakkına sahip olduğunu düşünmektedir. Başkan, ulusun vücut bulmuş halidir ve ulusun çıkar ve tercihlerini yegâne belirleyici konumdadır. Böyle olmakla siyasi partilerin ve örgütlü tüm çıkarların üzerinde konumlanan başkan, yasama organı veya yargı erki gibi diğer kurumları bir ayak bağı olarak görmektedir. Dolayısıyla burada hesap verilebilirlik söz konusu değildir. Ayrıca buradaki siyasal sisteme başkan etrafında konulanmış güçlü bir çoğunlukçuluk hâkimdir⁷³. Türkiye’nin delegasyoncu demokrasi etrafında şekillenen kavramlar ve kurumlar kümesinden sıyrılması için yukarıdaki vurgularımızla birlikte parlamenter demokrasiye geçmesi gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Demokrasi siyasal arenada oynanan tek oyun haline gelmeli ve oyunun kuralları hukukun üstünlüğü içerisinde hukuk devleti tarafından belirlenmelidir. Böyle olmakla, yerleşik bir demokraside şu unsurların yer alması gereklidir⁷⁴:

- Toplumsal etkin aktörler siyasal arenaya iradesini taşıırken anti- demokratik bir rejimin yaratılması doğrultusunda bir faaliyet içerisine girmemeli, kaynaklarını buna yönelik harcamamalı, yabancıların müdahalesine veya şiddete başvurmamalıdır.
- Toplumsal tabanın önemli bir kesimi demokrasinin en uygun sistem olduğu inancını taşımaları ve bunu yaşam pratiği haline getirmelidir.
- Etkin toplumsal güçler, tüm çelişki ve çatışkılarını demokraside giderilebileceği konusunda anlaşmış olmalı ve bu hususta kurumsal bir gelenek oluşmuş olmalıdır.

⁷¹ Çünkü parlamenter sistemlerde demokratik olarak meşrulaştırılan tek kurum parlamentodur ve hükümet yetkisini parlamentonun güvensizliğinden, ya parlamento çoğunluklarından ya da azınlık hükümetlerinin parlamenter hoşgörüsünden ve sadece yasama organının seçimler arasında desteklemeye istekli olduğu durumlarda alır. Bkz. Juan J. Linz, “Democracy: Presidential or Parliamentary Does It Make Difference?”, *Yale University*, (July 1985): 2.

⁷² Geleneksel olan ve bizim de katıldığımız bu görüşe göre parlamenter rejimlere avantaj sağlayan üç alan bulunmaktadır; yasama çoğunlukları, işbirliği için teşvikler ve karar verme sürecinin merkezileştirilmesi. Netice olarak, parlamenter sistemler “çoğunluk buyruğu” altında işlemez; kilitlenme, başkanlık sisteminde olduğu kadar sık değildir. Böyle olmakla birlikte koalisyon hükümetleri başkanlık sistemlerine yabancı değildir ve parlamenter sistemler nazaran maliyetsiz de değildir. Bkz. Jose Antonio Cheibub ve Fernando Limongi, “Democratic Institutions and Regime Survival: Parliamentary and Presidential Democracies Reconsidered”, *Annual Review of Political Science*, (2002): 2.

⁷³ Bkz. Guillermo O’Donnell, “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy* 5, S.1 (1994): 59-60.

⁷⁴ Unsurlar için bkz. Juan J. Linz ve Alfred Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation*, (Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1996), 5-6.

Esasında gerek başkanlık sisteminde gerek parlamenter sistemde bu şartların sağlanamayacağını söylemek mümkün değildir. Ancak başkanlık sisteminin saf halini ortaya koyan ve bunu uygulamaya sokan ABD dışında bu sistemin başarılı olduğunu söyleyemeyiz.

Gerçekten de, özellikle Latin Amerika ülkelerinde saf başkanlık sisteminden ayrılan pek çok unsur söz konusu olmakla birlikte; buradaki başkanlık sisteminin mülhem sistemlerin siyasal ve hükümet istikrarına katkı sunmadığı, darbele-re ve darbeler sonucunda diktatörlüklere evirildikleri görülmüştür. Bunda Latin Amerika ülkelerinde uygulanan sistemin tam anlamıyla başkanlık sistemi olma-masının yanında, buradaki siyasal yapı ve parti sistemlerinin farklı olmasının rolü olduğunu belirtmek gerekir.

Kıyascaı anayasal devlet demokrasisi, toplum menfaatlerinin devlet kade-mesinde irade oluşumu süreciyle akis bulması için aracılık etmektedir. Bunu ya-parken insanların hürriyetinin anılan süreç karşısında güvencesini sağlamaktadır. Böylelikle iki unsur arasındaki konu ve alan ayrışması, özgürlüğün koruyucu anlamını muhafaza etmektedir. Bu durum demokrasinin yapısında mevcut olan devletin iktidar ve icraat alanını genişletme eğilimi karşısında daha da önem arz etmektedir⁷⁵. Sınırlandırılmış veya mutedilleştirilmiş demokrasiye uygun hükü-met sistemi, yürürlükteki anayasa hukukunca hukuk devleti kaidesi olan erkler ayrımı ilkesinin normlar yapıtı tarafından gerçekleştirilmektedir ki bu da, parla-menter hükümet sistemidir.

Bununla birlikte parlamenter demokrasi bir siyasal düzen biçimi olarak ge-rek siyasal iktidarın gerek karşı iktidarın icrası şeklinde tezahür eder. Böylece parlamenter demokrasi salt belirli bir iktidarın oluşumu ile değil, fakat aynı za-manda onun tasfiyesi ile de ilgilenir. Aynı zamanda yönetime ilişkin özel tanzim ve yapısal var oluş şartları da parlamenter demokrasinin kapsam alanı içerisinde-dir. Kuşkusuz bu sağlıklı işleyen hemen her tipolojik hükümet sistemi için cari-dir. Ancak özellikle ülkemiz açısından parlamenter demokrasinin bu demokratik güvenceleri daha başarılı bir şekilde sağlayacağını söylememiz gerekir.

⁷⁵ Hans-Detlef Horn, "Demokrasi", Çev. Hüseyin Yıldız, in Otto Depenheuer ve Christoph Graben-warter, editör, *Anayasa Teorisi* (İstanbul: Lale Yayıncılık, 2014), 767.

KAYNAKÇA

- Adler, John. *Constitutional and Administrative Law*. London: Macmillan, 1999.
- Albert, Richard. "Presidential Values in Parliamentary Democracies.", *I-CON* 8, (2010): 207-236.
- Barber, N. W.. "The Separation of Powers and the British Constitution.", *University of Oxford Legal Research Paper Series* 3, S.03 (2012): 1-18.
- Barendt, Eric. "Separation of Powers and Constitutional Government.", *Public Law*, (1995): 599-619.
- Barker, Scott. "An Overview of Presidential Impeachment.", *Colorado Lawyer*, (August-September 2018): 30-36.
- Beetham, David. *Parliament and Democracy in the Twenty-First Century*. Switzerland: Inter-Parliamentary Union, 2007.
- Bellamy, Richard. "The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy.", *Political Studies* XLIV, (1996): 436-456.
- Boyunsuz, Şule. *Dünyada Başkanlık Sistemleri*. Ankara: İmge Yayınları, 2017.
- Boyunsuz, Şule Özsoy. "Türkiye'nin İçinde Bulunduğu Sistem Gerçek Bir Başkanlık Sistemi Değil." Erişim Tarihi: Ocak 8, 2024, <https://daktilo1984.com/roportajlar/sule-ozsoy-boyunsuz-turkiyenin-icinde-bulundugu-sistem-gercek-bir-baskanlik-sistemi-degil/>.
- Brownlee, Jason. "Potents of Pluralism: How Hybrid Regimes Affect Democratic Transitions.", *American Journal of Political Science* 53, S.3 (2009): 515-532.
- Burns, Arnold I. ve Stephen J. Markman. "Understanding Separation of Powers.", *Pace Law Review* 7, S.3 (1987): 575-607.
- Casper, Gerhard. "An Essay in Separation of Powers: Some Early Versions and Practices.", *William and Mary Law Review* 30, (1989): 211-261.
- Jose Antonio Cheibub ve Fernando Limongi, "Democratic Institutions and Regime Survival: Parliamentary and Presidential Democracies Reconsidered", *Annual Review of Political Science*, (2002): 1-32.
- Cheibub, Jose Antonio. *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Cheibub, Jose Antonio, Elkins, Zachary ve Ginsburg, Tom, "Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective.", *Texas Law Review* 89, (2011): 73-98.
- Cheibub, Jose Antonio, Elkins, Zachary ve Ginsburg, Tom. "Still the Land of Presidentialism? Executives and the Latin American Constitution", in Detlef Nolte ve Almut Schilling-Vacaflor, editör. *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*. Farnham: Ashgate, 2012.
- Coghill, Ken and Others. "The Functions of Parliament: Reality Challenges Tradition.", *Australasian Parliamentary Review* 27, S.2 (2012): 55-70.
- Çelik, İrfan. "Kuvvetler Ayrılığı: Bir İndirgeme ve Dönüşüm.", *Liberal Düşünce Dergisi* 16, S.64 (2011): 135-159.
- Çelik Ulusoy, Demet. "Measuring the Presidential Powers: New Governmental Design in Turkey.", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, S.3 (2021): 1013-1105.

- Doğmuş, Simay. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin X-Türkiye Kararı Hakkında Bir Değerlendirme.”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, S.1 (2018): 351-396.
- Epstein, David ve Sharyn O’Halloran. “The Nondelegation Doctrine and the Separation of Powers: A Political Science Approach.”, *Cardozo Law Review* 20, (1999): 947-987.
- Ferro, Hector Fix ve Salazar-Urgate, Pedro. “Presidentialism”, in Michel Rosenfeld ve Andras Sajó, editör. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Gardbaum, Stephen. “The New Commonwealth Model of Constitutionalism.”, *The American Journal of Comparative Law* 49, (2001): 707-760.
- Gören, Zafer. “Erkler Ayrılığı İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Benimsenen Hükümet Sistemi.”, *İzmir Barosu Dergisi*, (Eylül 2019): 469-489.
- Gözler, Kemal. “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa.” Erişim Tarihi: Mart 11, 2023, <https://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf>.
- Hernandez-Mirabal, Ivo. *Legislative Control over the Executive in Latin American Presidential System*. Tübingen: Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades Doktor der Sozialwissenschaften in der Fakultät für Sozial- und Verhaltenswissenschaften der Eberhard-Karls-Universität, Januar 2004.
- Horn, Hans-Detlef. “Demokrasi”, Çev. Hüseyin Yıldız, in Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, editör. *Anayasa Teorisi*. İstanbul: Lale Yayıncılık, 2014.
- Pasi Ihalainen, Cornelia Llie ve Kari Palonen, “Parliament as a Conceptual Nexus”, in Pasi Ihalainen, Cornelia Llie ve Kari Palonen, editör. *Parliament and Parliamentarism*. New York: Berghahn, 2016.
- Kalaycıoğlu, Ersin. “The Challenge of Presidentialism à la Turca in Turkey.”, *Istanbul Policy Center Commentary*, (November 2014): 1-4.
- Kama, Sezen. “Parlamentar Hükümet Sistemi Olarak ‘Westminster Modeli’ Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme.”, *MÜHFAD* C. 22, S.2 (2016): 161-201.
- Karaman, Ebru. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk.”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXXII, S.1 (2014): 411-434.
- Korkut, Levent. “Ergun Özbudun’la Hükümet Sistemleri Üzerine Söyleşi.”, *Demokrasi Platformu* 9, S.33 (2013): 1-12.
- Landau, David. “Abusive Constitutionalism.”, *University of California Davis* 47, (2013): 189-260.
- Larkins, Christopher. “The Judiciary and Delegative Democracy in Argentina.”, *Comparative Politics* 30, S.4 (1998): 423-442.
- Leston, Cristina. *Parliamentary Institutions: Basic Concepts*. Vietnam: United Nations Development Programme Project, 2007.
- Levitsky, Steven ve Way, Lucan A.. *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Lijhpart, Arend. *Patterns of Democracy*. New Haven: Yale University Press, 2012.
- Linz, Juan J.. “Democracy: Presidential or Parliamentary Does It Make Difference?.”, *Yale University*, (July 1985): 1-19.

- Linz, Juan J.. “The Perils of Presidentialism.”, *Journal of Democracy* 1, S.1 (1990): 51-69.
- Linz, Juan J.. “The Virtues of Parliamentarism.”, *Journal of Democracy* 1, S.4 (1990): 84-91.
- Linz, Juan J. ve Stepan, Alfred. *Problems of Demcoratic Transition and Consolidation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1996.
- Lowell, A. Lawrence. *Governments and Parties in Continental Europe*. London: Longmans Green, and Co., 1896.
- Mainwaring, Scott ve Shugart, Matthew S.. “Juan Linz, Presidenatialisim, and democracy: Critical Apprasial.”, *Comparative Politics* 29, S.4 (1997): 449-471.
- Mariana, Llanos ve Nolte, Detlef. “The Many Faces of Latin American Presidenatialisim.”, *Latin America*, S.1 (2016): 1-12.
- Martinez, Christopher A. ve Dockendorff, Andres. “Hyper-Presidentialism under Question: Evidence from Chile”, in Mariana Llanos ve Leiv Marsteintredet, editör, *Latin America in Times of Turbuluence*. Melbourne: Routledge, 2023.
- Müller, Wolfgang, Torbjörn Bergman ve Kaare Storm, “Parliamentary Democracy: Promise and Problems”, in Wolfgang C. Müller, Torbjörn Bergman ve Kaare Strom, editör. *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*. Oxford ve New York: Oxford University Press, 2006.
- Norton, Philip. *The Commons in Perspective*. Oxford: Basil Blackwell, 1981.
- O’Donnell, Guillermo. “Delegative Democracy.”, *Journal of Democracy* 5, S.1 (1994): 59-69.
- Özbudun, Ergun. “Başkanlık Sistemi ve Türkiye.”, *Liberal Perspektif Analiz*, S.1 (2015): 1-18.
- Özkan Duvan, Ayşe. “Devlet Teorisinde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke ve Montesquieu.”, *YBHD* 4, S.1, (2019): 35-60.
- Pollard, A. F.. *The Evolution of Parliament, Institute of Historical Research*. Second Edition, 1926.
- Posner, Richard A.. “The Constitution as an Economic Document.”, *George Wahsington Law Review* 56, (1987): 4-38.
- Rose-Ackerman, Susan, Desireto, Diane A. ve Volosin, Natalia, “Hyper-Presidentialism: Seperation of Powers without Chceks and Balances in Argentina and the Philippines.”, *Berkeley Journal of International Law* 29, S.1 (2011): 246-333.
- Rose-Ackerman, Susan ve Melgar, Edgar Andres. “Hyper-Presidenatial Administration: Executive Policymaking in Latin America.”, *Arizona Law Review* 54, (2022): 246-333.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler.”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XIII, S.1-2 (2009): 253-281.
- Samuels, David J. ve Shugart, Matthew S.. *Presidents, Parties, and Prime Ministers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Sartori, Giovanni. “Constitutionalism: A Preliminary Discussion.”, *The American Political Science Review* 56, S.4 (1962): 853-864.

- Sartori, Giovanni. *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*. London: Macmillan Press, 1994.
- Shugart, Matthew Soberg ve Mainwaring, Scott. “Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate”, in Scott Mainwaring ve Matthew Soberg Shugart, editör. *Presidentialism and Democracy in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Tsebelis, George. “Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism.”, *British Journal of Political Science* 25, S.3 (1995): 289-325.
- Turhan, Mehmet. “Stabilization of the Parliamentary System in Turkey.”, *Dicle University Journal of Law Faculty* 1, S.1 (1983): 133-149.
- Verney, Douglas V.. *The Analysis of Political System*. Glencoe: The Free Press, 1959.
- Yamamoto, Hironori. *Tools for Parliamentary Oversight*. Switzerland: Inter-Parliamentary Union, 2007.
- Waldron, Jeremy. “Seperation of Powers in Thought and Practice.”, *Boston College Law Review* 54, S.2 (2013): 433-468.
- Whitehead, Laurence. “Varieties of Presidentialism, and the Quality of Democracy.” Erişim Tarihi: Mart 10, 2023, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2748/28.pdf>.

BANKA HESAPLARININ KULLANDIRILMASI VE CEZA SORUMLULUĞU^(*)

Dr. Öğr. Üyesi İlhan BULUT^(**)

Öz

Banka hesaplarının kullanılması, üçüncü kişilerin belli bir menfaat karşılığında banka hesaplarının kullanımını suç faaliyeti yürüten kişilere devretmesi anlamına gelmektedir. Halk arasında “banka hesaplarının kiralanması” olarak adlandırılan bu durum, son yıllarda sıkça rastlanan yeni bir kriminolojik olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ekonomik sıkıntılar yaşayan kişilerden belirli bir ücret karşılığında elde edilen banka hesapları, yasadışı bahis, suç gelirlerinin aklanması, dolandırıcılık, hırsızlık ve terörizmin finansmanı gibi suçlarda kullanılmaktadır.

Suç örgütleri, suç faaliyetlerini kolaylaştırmak ve kimliklerini gizlemek için başkalarına ait banka hesaplarını tercih etmektedir. Bu hesaplar aracılığıyla suçtan elde edilen paralar hızla yurt içindeki veya yurtdışındaki güvenli hesaplara aktarılmakta, nakit olarak çekilmekte veya kripto paraya dönüştürülmektedir. Böylece paranın izini sürmek ve asıl suçlulara ulaşmak oldukça zorlaşmaktadır. Banka hesaplarını kullandıran kişilerin çoğu, işlenen suçlar ya da hesaplarını kullanan kişiler hakkında yeterli bilgiye sahip olmamaktadır. Bu durum, suçla mücadelede ciddi engeller oluşturmaktadır.

Siber alanda işlenen suçlar açısından önemli bir enstrüman haline gelen banka hesaplarının yol açtığı cezai sorumluluğun incelenmesi büyük önem taşımaktadır. Bu çalışmada, banka hesaplarını kullandıran kişilerin işlenen suçlar karşısındaki cezai sorumluluğu, farklı suç tipleri açısından değerlendirilmektedir. Uygulamada, bu kişilerin cezai sorumluluklarının tespitinde çeşitli sorunlar yaşandığı gözlemlenmektedir. Özellikle hesap sahiplerinin işlenen suçlara ilişkin kastlarının yeterince incelenmediği, genellikle yardım eden konumunda olan bu kişilerin faillik çerçevesinde değerlendirildiği, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında ihtilaflar bulunduğu görülmektedir. Ayrıca banka hesaplarının suç işlemek amacıyla kullanılması sorununun Türk hukukunda yeterince bilinmediği ve yargılamalarda bu olgunun kendine has özelliklerinin dikkate alınmadığı tespit edilmiştir.

Sonuç olarak, banka hesaplarının suç amacıyla kullanılması sorununun kavramsal olarak netleştirilmesi, kriminolojik yönlerinin daha iyi anlaşılması ve yargılamalarda daha titiz ve ayrıntılı incelemeler yapılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Banka Hesaplarının Kullanılması, Banka Hesaplarının Kiralanması, 5549 s. Kanun m. 15, Yasadışı Bahis, Dolandırıcılık, Hırsızlık, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, Terör Örgütüne Finansman Sağlanması Suçu.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi](#): 26.09.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih](#): 11.11.2024
[DOI No](#): 10.54704/akdhfd.1556442

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı / Ankara, Türkiye
[E-posta](mailto:ibulut@aybu.edu.tr): ibulut@aybu.edu.tr, ilhnbtl@gmail.com
[Orcid Id](https://orcid.org/0000-0003-1246-7137): <https://orcid.org/0000-0003-1246-7137>



MONEY MULING AND CRIMINAL LIABILITY

Abstract

The utilization of bank accounts refers to the transfer of bank account usage to individuals engaged in criminal activities in exchange for a certain benefit. Commonly referred to as “*renting bank accounts*,” this has emerged as a new criminological phenomenon, particularly in recent years. Bank accounts obtained from individuals facing financial difficulties are frequently used in crimes such as illegal betting, money laundering, fraud, theft, and financing of terrorism.

Criminal organizations prefer using others’ bank accounts to facilitate illegal activities and conceal their identities. Through these accounts, proceeds are quickly transferred to secure accounts domestically or abroad, withdrawn in cash, or converted into cryptocurrency, making it difficult to trace the money and apprehend the true perpetrators. Most individuals who allow their bank accounts to be used are often unaware of the crimes or the people involved, creating significant obstacles in combating crime.

Given the increasing role of bank accounts in cybercrimes, analyzing the criminal liability stemming from their use has become critical. This study evaluates the criminal responsibility of those who permit the use of their bank accounts, focusing on various types of crimes. It is observed that there are several issues in practice when determining their liability. Particularly, the intent of account holders in relation to the committed crimes is often inadequately assessed, and these individuals, who usually play an aider role, are frequently treated as principal offenders. Additionally, there are conflicts regarding the application of successive offenses provisions. Furthermore, the unique characteristics of this phenomenon are insufficiently recognized in Turkish law.

In conclusion, the conceptual clarification and better understanding of the criminological aspects of this issue are necessary, along with more detailed scrutiny in judicial practice.

Keywords

Money Muling, Renting of Bank Accounts, Law No. 5549 art. 15, Illegal Betting, Fraud, Theft, Money Laundering, Financing Terrorism.

Extended Abstract

Criminal organizations have increasingly leveraged technological advancements to exploit banking systems, with money muling emerging as a prominent tool for criminal activities. The rapid development of technology has made it easier to transfer large sums of money quickly and discreetly, providing significant opportunities for criminal enterprises. However, increased scrutiny of bank accounts by legal authorities has led perpetrators to use bank accounts belonging to ordinary individuals in order to maintain anonymity.

In the process known as money muling, criminals recruit individuals to transfer illicit funds through their personal bank accounts in exchange for a commission. These individuals, referred to as money mules, often have little to no knowledge of the crimes being committed or the identities of the perpetrators. Typically, they hand over their banking information, mobile banking access, or even physical bank cards, without a real understanding of the legal consequences of their actions.

Money muling is frequently employed in a wide range of criminal activities, including illegal betting, money laundering, fraud, theft, and financing terrorism. Under Turkish law, Article 15 of Law No. 5549 makes it a criminal offense to fail to declare that banking transactions are carried out on behalf of another individual. This law aims to combat the growing use of personal bank accounts for criminal purposes.

The use of money muling significantly complicates law enforcement efforts to track both the criminals behind the operation and the illicit funds. In cases such as fraud, the existence of a legitimate bank account can give victims a false sense of security. Additionally, the use of money mule accounts allows criminals to rapidly withdraw funds, transfer them to foreign accounts, or convert them into cryptocurrencies, thereby obscuring the money trail. Investigations often reveal that the owners of the mule accounts know little about the actual perpetrators, which further impedes efforts to bring the masterminds of these schemes to justice.

Given the crucial role that money mules play in these schemes, they face criminal liability for facilitating illegal activities. Despite this, the role of the money mule is often passive compared to that of the primary perpetrators. In

most cases, mules are merely providing their accounts and remain largely unaware of the full extent of the criminal activity. These distinctions necessitate a careful analysis of the extent of their criminal liability.

This study examines the criminological framework of money muling and explores the criminal liability of money mules under Turkish law. It also analyzes the main types of crimes in which money mules are utilized, noting that each crime's unique characteristics impact the degree of criminal responsibility assigned to the mule.

In Turkish law, money muling remains a relatively unknown phenomenon, leading to challenges in judicial proceedings. One of the key issues involves the interpretation of mens rea, or criminal intent, in these cases. Courts often fail to adequately examine whether money mules acted with full knowledge or intent regarding the crimes they facilitated. Furthermore, the potential application of Article 30/4 of the Turkish Penal Code, which absolves individuals from criminal liability if they were inevitably mistaken about the illegality of their actions, is never considered in court decisions involving money mules.

Another area of concern is the role of complicity in these cases. In many instances, the actions of a money mule would qualify them as an aider rather than a principal offender. However, court rulings often do not sufficiently distinguish between aiders and perpetrators, resulting in unfair convictions. These and other procedural issues have led to a number of unjust verdicts in cases involving money mules.

The challenges surrounding money muling in Turkish criminal law stem largely from the fact that the phenomenon is not yet well understood, leading to superficial investigations and prosecutions. As this issue becomes more prevalent, it is essential for Turkish legal practitioners to develop a more nuanced understanding of money muling and for courts to approach these cases with greater precision. While criminal proceedings must serve as a deterrent, they must also ensure fairness in assessing the liability of money mules.

GİRİŞ

Dünya hızlı bir teknolojik dönüşüm içerisinde. Bu dönüşüm suç dünyasını da etkilemekte ve yeni suç yöntemlerinin ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Teknolojinin ve artan sosyal iletişimin nimetleri suç endüstrisi tarafından hızlıca benimsenmektedir. Bu doğrultuda suç örgütleri daha kolay suç işlemek ve ceza tehdidinden kurtulmak amacıyla karmaşık ve çok katmanlı suç mekanizmaları inşa etmektedir.

Teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak ortaya çıkan yeni suç yöntemlerinden biri de üçüncü kişilere ait banka hesaplarının bir menfaat karşılığında suçtan elde edilen gelirlerin aktarılmasında kullanılmasıdır. Banka hesaplarının hukuka aykırı işlemler yapan kişi ve örgütlere kullandırılması görece yeni bir yöntem olmakla birlikte önemli bir hukuki ve toplumsal soruna dönüşmeye başlamıştır¹. Halk arasında “*banka hesabının kiralınması*” olarak bilinen bu eylem ile sıradan kişilere ait banka hesapları suçtan kaynaklanan malvarlıklarını aklama, dolandırıcılık, yasa dışı bahis ve terör örgütlerine finansman sağlanması başta olmak üzere çeşitli suçların işlenmesinde kullanılmaktadır. Bu sayede anonimlik sağlanarak asıl faillerin takibi ve tespiti engellenmektedir.

¹ Ticaret Bakanlığı 26 Nisan 2024 tarihinde yaptığı bir duyuru ile banka hesaplarının kullandırılması sorununa ve sosyal medyanın bu amaçla kullanımına dikkat çekmiş ve konuyla ilgili vatandaşları uyarmıştır. Ayrıca banka hesabı (IBAN) kiralama sorunu Ticaret Bakanlığı ve diğer ilgili kurumların katılımıyla Sosyal Mühendislik Dolandırıcılığını Önleme Çalıştay'ında (20-21 Nisan 2024) ele alınmıştır. Bkz. “Ticaret Bakanlığı İban Kiralama İlanları Başta Olmak Üzere Sosyal Mühendislik Dolandırıcılıklarına Karşı Harekete Geçti”, Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı, Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2024, <https://ticaret.gov.tr/haberler/ticaret-bakanligi-iban-kiralama-ilanlari-basta-olmak-uzere-sosyal-muhendislik-dolandiriciliklarina-karsi-harekete-gecti>.

Banka hesaplarının kullanılması sorunu sadece ülkemiz ile sınırlı olmayıp diğer ülkelerde de karşılaşılan bir problem niteliğindedir. İngilizce’de “*money muling*”, Almanca’da “*Finanzagententätigkeit*” olarak adlandırılan bu olgu için genellikle genç ve yoksul kişilerin seçildiği ve bu kişilerin kolay yoldan para kazanma vaadi ile ikna edildiği görülmektedir. Bu amaçla açılan sosyal medya sayfaları aracılığı ile kolay bir şekilde geniş kitlelere ulaşılmaktadır².

İngilizce litatürde “*money muling*” olgusu resmi makamlarca ilk defa 2005 yılında rapor edilmiştir³. Almanya’da bu mesele benzer tarihlerden itibaren resmi raporlara ve mahkeme kararlarına yansımıştır⁴. Dolayısıyla çalışmamıza konu olan bu olgu görece yeni bir suç fenomenidir. Buna rağmen yabancı literatürde bu konuyla ilgili akademik çalışmaların bulunduğu ve giderek arttığı görülmektedir. Türk hukukunda ise bu konuya ilişkin müstakil bir çalışmanın eksikliği hemen göze çarpmaktadır.

Çalışmamız belirli bir olgu ve onun kavramsal çerçevesi ile sınırlıdır. Buna göre banka hesabını kullandıran kişiler, asıl suç failleri ile organik bir ilişkileri olmayan ve bir menfaat karşılığında banka hesaplarını suç teşkil eden eylemler için kullandıran kişilerdir. Banka hesap sahiplerinin işlenen suçlardaki rolü banka hesabını üçüncü kişilere kullandırma ve bazı durumlarda para transferlerini de gerçekleştirme eylemi ile sınırlıdır. Bu eylem ve suçlu profili kriminolojik olarak belirli ve özel bir olgunun varlığına işaret etmektedir. Dolayısıyla asıl faillerin bizzat kendi banka hesaplarını suçta kullanmaları veya belli bir menfaat talebi olmaksızın hatır gönül için gerçekleştirilen banka hesabı kullandırma eylemleri bu olgunun dışında kalmakta ve çalışmamızın doğrudan konusunu teşkil etmemektedir.

Son olarak terim sorununa değinmek gerekmektedir. Farklı ülkelerde çerçevesini çizdiğimiz bu olguya ilişkin özel bir adlandırma yapılmış ve bu adlandırma hem öğreti hem de uygulamada genel kabul görmüştür. Buna karşın Türk yar-

² Bu konuyla ilgili medyada son yıllarda pek çok haber yapılmaktadır: “Kiralık banka hesabı’ tuzagında şok detaylar: 300 bin liraya yüzde 8’lik pay!”, Milliyet Gazetesi, Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2024, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/kiralik-banka-hesabi-tuzaginda-sok-detaylar-300-bin-liraya-yuzde-8lik-pay-7047177>; “Yüksek kazançla kiralık banka hesabı araniyor” ilanlarına dikkat! Baş şüpheli olabilirsiniz”, NTV, Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2024, https://www.ntv.com.tr/galeri/turkiye/yukse-kazancla-kiralik-banka-hesabi-araniyor-ilanlarina-dikkat-bas-supheli-olabilirsiniz-HqAo_4MrsknlhMKuQStRg; “Banka hesabınızı kiralayın’ mesajına dikkat”, TRT Haber, Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2024, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/banka-hesabinizi-kiralayin-mesajina-dikkat-654878.html>.

³ Rainer Hulsse, “The Money Mule: Its Discursive Construction and the Implications”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 50, no. 4 (2017): 1010.

⁴ Baden-Württemberg eyaletinin 2010 yılına ait finansal suçlar raporunda banka hesabını kiraya veren kişilerin finansal suçlardaki rolü ile ilgili bilgilere ve önemine yer verilmiştir. Bkz. “Finanzermittlungen Jahrbuch 2010”, Baden-Württemberg Landes Kriminalamt, Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, https://ub01.unituebingen.de/xmlui/bitstream/handle/10900/80311/Finanzermittlungen_20101.pdf?sequence=1&isAllowed=y

gı uygulamasında bu olgu için kullanılan özel bir ifade bulunmamaktadır. Halk arasında kullanılan “banka hesabının kiralanması” ifadesi ise hukuki anlamda sorunlu ve yanlış bir adlandırmadır⁵. Dolayısıyla bu olgu için “banka hesabının kullandırılması” ifadesinin kullanılması hukuki olarak daha doğru olacaktır. Bu nedenle çalışmamızda yaygın kullanımın aksine “banka hesabının kullandırılması” ifadesi tercih edilmiştir.

I. BANKA HESABININ KULLANDIRILMASI KAVRAMI

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Banka hesabının kullandırılması kavramını, bir kişinin kendi adına açılmış olan banka hesabından, belli bir menfaat karşılığında olmak üzere, yine kendi adına ama başkası hesabına bizzat işlem yapması veya hesap bilgilerini, banka şifrelerini, banka kartlarını ve mobil bankacılık sistemleri de dahil olmak üzere banka hesabının kişiye mahsus kullanım imkanlarını üçüncü kişilere devretmesi olarak tanımlayabiliriz.

Banka hesabının kullandırılması eyleminde iki temel unsur bulunmaktadır. İlk unsur bu işlemin belli bir menfaat karşılığında yapılması, ikinci unsur ise banka işleminin görünüşte banka hesap sahibi adına gerçekte ise suçun arka planında yer alan asıl suç ortakları hesabına yapılmasıdır.

Karşılaştırmalı hukukta banka hesabının kullandırılması daha çok suç gelirlerinin aklanması suçu çerçevesinde ele alınmaktadır⁶. “*Money muling*” olarak adlandırılan işlemde “*mule*” yani katır olarak adlandırılan şahıs üçüncü bir kişiden banka hesabına gelen parayı nakit veya başka bir formda çoğunlukla yurtdışındaki başka banka hesaplarına aktaran ve bunun karşılığında bir komisyon alan kişi olarak tanımlanmaktadır⁷. Uygulamada çoğunlukla virüs ve benzeri zararlı

⁵ Kira bir sözleşme türü olup 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) m. 299'da “*Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Banka hesapları ise kişiye özel olarak tanımlanmakta olup bu hesapların üçüncü kişilere belli bir komisyon veya kira karşılığında kullandırılması hukuka uygun değildir. Dolayısıyla banka hesaplarının bir kira sözleşmesinin konusu olması ve üçüncü kişilere kullandırılması hukuka aykırıdır. Bir kişinin kendisi adına fakat başkası hesabına bankacılık işlemi yapması ise 5549 s. Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun (5549 s. K.) çerçevesinde düzenlenmiş ve yükümlü kuruma yazılı bildirim koşuluna tabi tutulmuştur.

⁶ Muhammad Subtain Raza, Qi Zhan ve Sana Rubab, “Role of Money Mules in Money Laundering and Financial Crimes a Discussion Through Case Studies”, *Journal of Financial Crime* 27, no. 3 (2020): 912; Luuk Marc Jacobus Bekkers ve ER Leukfeldt, “Recruiting Money Mules on Instagram: A Qualitative Examination of the Online Involvement Mechanisms of Cybercrime”, *Journal of Deviant Behavior* 44, no. 4 (2023): 604-05; Jochen Metz, “Neue Phänomene bei Kriminalität und Rechtsmissbrauch”, *Juristische Rundschau* 2019, no. 10 (2019): 499; “Public Awareness and Prevention Guides - Money Muling”, EUROPOL, Erişim Tarihi: Temmuz 02, 2024, <https://www.europol.europa.eu/operations-services-and-innovation/public-awareness-and-prevention-guides/money-muling>.

⁷ Raza, Zhan ve Rubab, “Role of Money Mules in Money Laundering,” 912.

yazılım ve yöntemler ile ele geçirilen banka hesaplarından ya da diğer siber suçlardan elde edilen paralar, kimliklerinin ifşa olmaması için asıl suçluların hesapları yerine “*money muling*” yapan yani hesabını kullandıran kişilerin hesaplarına gönderilmekte, aktarılan para ilk fırsatta çekilmekte ya da yurtdışında belli bazı ülkelerdeki bankalara gönderilmektedir⁸.

“*Money muling*” ekonomik çıkar amaçlı siber suçlarda⁹ çok önemli bir rol oynamaktadır. Çünkü bu transfer işlemine aracılık eden şahıslar suç örgütlerinin suçtan elde ettikleri gelirleri aklarken veya güvenli bir yere aktarırken kimliklerinin gizli kalmasına yardımcı olmaktadır¹⁰.

Banka hesabını kullandırma kavramının daha iyi anlaşılması için ayrıca banka hesabının ne olduğuna bakmamız gerekmektedir. Banka hesabının kanuni bir tanımı bulunmamaktadır. Öğretide ise banka hesabı kavramı; müşteri ile banka arasındaki ticari işlemlerin temelini oluşturan, hesap sahiplerinin bütün para hareketlerini bir bütün olarak gösteren ve belirli muhasebe kurallarına uygun olarak tutulan muhasebe kayıtları olarak ifade edilmektedir¹¹. Banka hesabı genel bir kavram olup banka işletmeleri özel amaç ve hizmetler için farklı hesap türleri açmaktadır¹².

Banka hesabının kullandırılması olgusunun kapsamına girebilmesi için bir banka veya finansal kuruluşa ait olan ve para transferlerine izin veren bir hesabın varlığı yeterli olacaktır. Bu hesabın bir gerçek veya tüzel kişiye ait olması önemli değildir. Tüzel kişi adına açılmış banka hesaplarının bu iş için kullanılması halinde tüzel kişi adına banka hesaplarını kullandıran gerçek kişiler sorumlu olacaktır.

B. SUÇ MEKANİZMASINDA BANKA HESABININ KULLANDIRILMASININ İŞLEVİ VE KRİMİNOLOJİK ÇERÇEVESİ

Banka ve finans sektöründe para transferleri internet ve dijital altyapının gelişmesi ile çok pratik ve ucuz hale gelmiştir. Artık para transferlerinin büyük

⁸ Luuk Bekkers, Ynze Van Houten, Remco Spithoven vd., “Money Mules and Cybercrime Involvement Mechanisms: Exploring the Experiences and Perceptions of Young People in The Netherlands”, *Journal of Deviant Behavior* 44, no. 9 (2023): 1369.

⁹ Siber suçlar, siber bağımlı (cyber-dependent) ve siber destekli (cyberenabled) suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Siber bağımlı suçlar, gelişen teknoloji ile birlikte ortaya çıkan yeni bir suç türü olup bilgi teknolojilerini kullanarak yine bilgi teknolojilerini hedef alır. Hackleme ve fidye yazılımları siber bağımlı suçlar olarak ifade edilmektedir. Siber destekli suçlar ise geleneksel suçların bilgi teknolojileri kullanılarak işlenmesini ifade eder. İnternet ortamında yapılan dolandırıcılık, hırsızlık vb. bütün suçlar bu kapsam girmektedir. Her iki suç türünün işleyiş mekanizmasında (modus operandi) banka hesaplarını para transferleri için kullandıran kişiler (money mules) önemli bir rol oynamaktadır. Bekkers ve Leukfeldt, “Recruiting Money Mules,” 603-04.

¹⁰ Raza, Zhan ve Rubab, “Role of Money Mules in Money Laundering,” 912, 17; Bekkers, Van Houten, Spithoven vd., “Money Mules and Cybercrime,” 1368.

¹¹ İbrahim Kaplan, “Banka Hesabı Türleri, Hesap Sahibinin ve Hesap Türünün Tayininden Uygulanacak Kurallar”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 49, no. 01 (1994): 273.

¹² Kaplan, “Banka Hesabı Türleri,” 274 vd.

çoğunluğu fiziki ortam ve araçlar yerine elektronik ortamda yapılmaktadır. Suç dünyası da elektronik para transferinin getirdiği imkanlardan yararlanmak için harekete geçmiştir. Mevzuattakki eksiklik ve boşlukların varlığı teknolojinin kriminal amaçlar ile kullanılmasını kolaylaştırmaktadır¹³.

Banka hesabını kullandıran kişilerin işlenen suçlardaki rolünü anlamak için öncelikle dahil oldukları suç mekanizmasının genel bir açıklamasını yapmak gerekir. Dolandırıcılık, yasadışı bahis, suç gelirlerini aklama gibi suçların işlenmesi için kurulan örgütler bu mekanizmanın temelidir. Bu örgütlerin içerisinde hiyerarşik bir düzen bulunmaktadır. Bu hiyerarşide örgütün temel işleyişini, işlenecek suçun planlamasını yapan çekirdek üyeler, belli konulardaki bilgi ve uzmanlıkları ile örgüte destek veren ve suçun işlenmesini kolaylaştıran destekleyici ve suçu kolaylaştırıcı kişiler ve hiyerarşinin en altında yer alan banka hesabını kullandıran kişiler bulunmaktadır¹⁴.

Dolandırıcılık, yasadışı bahis ve suçtan kaynaklanan malvarlıklarının aklanması başta olmak üzere çeşitli suçları işleyen kişiler banka hesapları üzerinden para transferleri yoluyla izlerini kaybettirmektedir. Ayrıca bu kişiler sözkonusu banka hesaplarını yasadışı bahisten kaynaklanan paraların toplanması, nakledilmesi ve ödenmesi gibi işlemler için kullanmakta, bu hesaplar yoluyla terör örgütlerini finanse etmekte, suçtan elde edilen paraların aklanmasını sağlamakta ve vergi kaçırmak için ticari ödemeleri bu amaçla kullanılan hesaplara yapmaktadır¹⁵.

Banka hesabını kullandırma farklı aşamaları içeren bir süreçtir. İlk aşama irtibat aşamasıdır. Suç örgütleri banka hesaplarını kullanmak istedikleri kişilere toplu e-mailler, iş ilanları siteleri, sosyal medyada verilen ilanlar, okul ve sosyal ağlar veya yüz yüze irtibat kurma gibi farklı yollarla ulaşmaktadır¹⁶. Bu suç için te-

¹³ Kim-Kwang Raymond Choo, "Money Laundering and Terrorism Financing Risks of Prepaid Cards Instruments", *Asian Journal of Criminology* 4, no. 1 (2009): 11-12.

¹⁴ Bekkers, Van Houten, Spithoven vd., "Money Mules and Cybercrime," 1370.

¹⁵ Bu tespitler için bkz. "Ticaret Bakanlığı İban Kiralama İlanları Başta Olmak Üzere Sosyal Mühendislik Dolandırıcılıklarına Karşı Harekete Geçti" Bildirisi, Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı. Bu bildiri Ticaret Bakanlığı ve Türkiye Bankalar Birliği (TBB) tarafından 20-21 Nisan 2024 tarihlerinde yapılan "Sosyal Mühendislik Dolandırıcılığını Önleme Çalıştayı" sonucunda yayınlanmıştır. Farklı alanlardan pek çok paydaşın katılımı ile gerçekleştirilen bu çalıştayı konuyla ilgili güncel sorunların farkına varılması ve harekete geçilmesi açısından önem arz ettiği kanaatindeyiz.

¹⁶ Raza, Zhan ve Rubab, "Role of Money Mules in Money Laundering," 912. Yazarlar, Hollanda polislerinin raporlarına dayandıkları çalışmalarında yüz yüze yapılan irtibatların okul, park, spor kulüpleri, aile ve arkadaş çevreleri kanalıyla gerçekleştiğini belirtmektedir. Suç örgütlerinde banka hesapları için kullanılacak kişileri bulmakla görevli elemanlar (recruiter) bulunmaktadır. Bu şekilde para kazanabileceklerini duyan bazı şahıslar bizzat kendileri de suç örgütlerine ulaşmaya çalışmaktadır. Bir diğer önemli irtibat kurma metodu internette verilen sahte iş bulma ilanlarıdır. Bu yöntemde iş arayan kişiler iş bulma umuduyla sahte iş ilanlarına başvurmakta ya da suç örgütünün irtibat elemanı iş arayan kişilerin online iş arama ilanlarını ve özgeçmişlerini incelediklerini söyleyerek iş teklif etmektedir. En çok kullanılan bir diğer yöntem sosyal medyada yapılan ilanlardır. Facebook, Whatsapp, Telegram veya Instagram gibi mecralarda açılan sayfa ve gruplarda

mel hedef grupları ise geçim sıkıntısı çeken öğrenciler, genç işsizler, ev hanımları, engelliler, göçmenler ve mültecilerdir. Bu grupların ortak özellikleri ekonomik olarak sıkıntı yaşamaları ve ek bir gelire ihtiyaç duymalarıdır. İnternet ortamında gerçekleştirilen aldatici yöntemlere daha az aşına olan yaşlı ve emekliler de bu tür eylemlerin önemli hedef grupları arasında yer almaktadır¹⁷.

İkinci aşama ise irtibat kurulan kişiden suçun işlenme türüne göre gerekli olan banka hesap bilgilerinin veya kartlarının alınması ve kullanılmasıdır. Şayet yüz yüze irtibat kurulduysa hesap sahibinden banka kartı ve şifresi alınmakta, suça konu para yatırıldıktan sonra irtibatı sağlayan örgüt elemanı tarafından bu paralar ATM cihazlarından çekilmektedir. Bankaların para çekme limitleri sınırlı olduğundan tek bir suç için bazı durumlarda onlarca kişinin banka hesabı kullanılmaktadır¹⁸. Diğer yöntemlerde ise suça konu para, kullandırılan banka hesabına geldikten sonra üçüncü bir hesaba gönderme, nakit olarak çekip asıl faillere teslim etme, ön ödemeli kartlara yükleme vb. yollar ile dağıtılmaktadır. Buradaki temel amaç asıl suç failleri ile mağdur arasına menfaat karşılığında kullandırılan banka hesapları aracılığı ile katmanlar ekleyerek paranın takibini zorlaştırmaktır¹⁹. Son yıllarda suç konusu paraların bu amaçla kullandırılan banka hesabına

para kazanmak isteyen kişilerin kendilerine ulaşmaları istenmektedir. Son olarak romantik ilişki vaadiyle online veya yüz yüze bağlantı kurulan kişilerden banka hesaplarını kullandırması talep edilmektedir. Bkz. Raza, Zhan ve Rubab, "Role of Money Mules in Money Laundering," 915-18; Yine Hollanda'da suç faaliyetlerinde kullanmak için banka hesapları arayan örgüt üyelerinin Instagram adlı sosyal medya sitesinde kullandıkları yöntemleri, ifade ve görselleri, hedeflerini ikna etmek için kullandıkları araçları inceleyen bir araştırma için bkz. Bekkers ve Leukfeldt, "Recruiting Money Mules," 607 vd; ABD'de daha çok dolandırma amaçlı e-mail ve mesajlar ile bulunan kişilerin banka hesapları üzerinden illegal para transferlerinin yapıldığı görülmektedir. Banka hesabını kullanarak evden çalışıp para kazanacağı vaadiyle, romantik ilişki kurulan kişilerden sıradan bir talep görüntüsünde ve diğer farklı yollar ile kişiler ikna edilmekte ve banka hesapları illegal para transferlerinin yapılmasında kullanılmaktadır. Böylece başta yaşlılar ve gençler olmak üzere pek çok insan milyarlarca dolarlık bir suç endüstrisinin önemli bir parçası haline gelmektedir. Michael C. Galdo, Monica E. Tait ve Lisa E. Feldman, "Money Mules: Stopping Older Adults and Others from Participating in International Crime Schemes", *Department of Justice Journal of Federal Law and Practice* 66, no. 7 (2018): 98 vd; Türkiye'de ise genellikle sosyal medya ve yüz yüze ilişki metodunun kullanıldığı görülmektedir. Facebook ve Instagram'da "*Banka Hesabı Kiralama*" başlıklı ve binlerce takipçili sayfalar bulunmaktadır. Bu sayfalar incelendiğinde bu işlemler için Whatsapp ve Telegram gibi iletişim mecralarının da yoğun olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Kolay yoldan para kazanma vaat edilen bu gruplarda banka hesabını kiralamak isteyenlerin de bizzat ilan verdikleri görülmektedir. Bunun yanında sosyal medya mecralarında banka hesabını kiraya verdiği için hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılan kişilerin oluşturduğu ve binlerce üyesi bulunan "*Banka Hesap Kiralama Mağdurları*" vb. başlıklarda gruplar bulunmaktadır. Bu mecraların çeşitliliği, yoğunluğu ve üye sayısının yüksekliği bu sorununun büyüklüğü hakkında önemli bir fikir vermektedir.

¹⁷ Hulsse, "The Money Mule," 1013; Galdo, Tait ve Feldman, "Money Mules," 97-98. Hollanda'da gençler arasında yapılan geniş kapsamlı bir araştırmada, gençlerin %10'u banka hesaplarını kullanmak isteyen kişiler ile çeşitli şekillerde karşılaştıklarını beyan etmiştir. Bu temasların çoğu online mecralarda olmakla birlikte kişisel ilişkiler yoluyla da irtibat kuran kişiler bulunmaktadır. Bekkers, Van Houten, Spithoven vd., "Money Mules and Cybercrime," 1373-74.

¹⁸ Bekkers ve Leukfeldt, "Recruiting Money Mules," 604.

¹⁹ Raza, Zhan ve Rubab, "Role of Money Mules in Money Laundering," 912-13.

geldikten sonra kripto para borsalarına aktarıldığı ve kripto para birimlerine dönüştürülerek izinin kaybettirildiği görülmektedir²⁰. Bu nedenle kripto para borsalarının yasal olarak regüle edilmesi, kullanıcıların kimlik bilgilerinin alınmasının zorunlu kılınması gibi çeşitli koşullar ile bu mecra ve araçların suç takibinden kurtulmak için elverişli bir yöntem olmaktan çıkarılması amaçlanmaktadır²¹.

Son aşama, kullandırılan banka hesabındaki para trafiğinin izlenmesi neticesinde hesap sahibinin suç örgütü tarafından işlenen suçlardan dolayı cezai takibat ile karşılaşmasıdır. Bu noktada para transferine banka hesabı ile aracılık eden kişilerin çoğu zaman iş veya ek gelir arayan, suç dünyasının karmaşık mekanizmasını yeterince anlayamayan kişiler olduğu, hatta bazılarının yasal bir iş yaptığını sandığı, bu kişilerin işlenen suçlar ve hesaplarını kullandırttıkları kişi veya örgütler hakkında çoğu zaman yeterli bilgiye sahip olmadığı görülmektedir²².

Banka hesaplarını kullandıran kişilerin profilleri ile ilgili yapılan kriminolojik çalışmalarda bu kişilerin çoğunlukla erkek ve sıradan vatandaş olarak nitelenen kişilerden oluştuğu, bu profilin para transferlerinde dikkat çekmek istemeyen örgütler için özellikle tercih edildiği ifade edilmektedir²³. Banka hesaplarını suç örgütlerine kullandıran kişilerin sayısı ise oldukça yüksektir. Europol banka hesabını kullandıran kişilere karşı 2021 yılında yaptığı operasyonda (Anti-Money Mule Operation - EMMA 7) üç aylık bir sürede 18.000 kişinin banka hesaplarını suç örgütlerine kullandırttığını tespit etmiş ve 1803 kişiyi yakalamıştır²⁴. Türkiye’de banka hesabını bir menfaat karşılığında kullandıran kişilerin sayısına ilişkin resmi bir veri veya akademik bir çalışma bulunmamaktadır. Fakat sosyal medyada “*banka hesabı kiralama mağdurları*” başlıkları ile açılan sayfa ve gruplara binlerce kişinin üye olduğu görülmektedir.

Banka hesapları kullanılan kişiler ile ilgili genel algı bu kişilerin kötü niyet taşımadığı, yasal bir iş veya işlem yaptığını düşündüğü veya parçası olduğu suç mekanizmasının farkında olmayan kişiler olduğu yönündedir. Bu nedenle Avrupa’da EUROPOL gibi kamu otoriteleri bu kişilere tipik bir suçlu olarak yaklaşmamakta, onların da suç örgütlerinin mağduru olduğu düşüncesiyle uyarıcı

²⁰ Murat Balcı ve Kerim Çakır, *Kripto Para ve Elektronik Para Suçları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 117-18.

²¹ Kripto paralarla ilişkin ilk olarak “*Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasından Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik*”, (Resmi Gazetede Yayınlanma Tarihi: 16.04.2021, RG Sayı: 31456.) yayınlanmıştır. 26/6/2024 tarihinde kabul edilen ve 02.07.2024 tarih, 32590 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren 7518 s. Kanun ile 6362 s. Sermaye Piyasası Kanunu’na kripto varlıklar ile ilgili hükümler eklenerek bu varlıklar ve varlıklara ilişkin platform ve hizmet sağlayıcıların yasal çerçevesi oluşturulmuştur.

²² Raza, Zhan ve Rubab, “Role of Money Mules in Money Laundering,” 913.

²³ Hulsse, “The Money Mule,” 1014.

²⁴ “European Money Mule Action leads to 1 803 arrests”, EUROPOL, Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024, <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/european-money-mule-action-leads-to-1-803-arrests>.

ve bilinçlendirici²⁵ çalışmalar yapmaktadır. Buna karşılık banka hesaplarını kullandıran kişiler ile ilgili bu imajın gerçekçi olmadığı, bu işlemi yapan çoğu kişinin bir suç mekanizmasına dahil olduklarının tamamen farkında olduğu yönünde farklı bir bakış açısı da bulunmaktadır²⁶.

Sonuç olarak suç örgütleri gerek banka hesaplarını kullanmak istedikleri kişilere ulaşmak gerek bu hesapları kullanmak konusunda farklı metod ve araçları kullanmaktadır. Teknolojinin gelişmesi ile birlikte bu yöntemler de karmaşıklaşmaktadır. Üçüncü kişilere ait banka hesaplarını kullanma suç faillerine önemli avantaj sağladığından iletişim dünyasının olanakları kullanılarak hedef gruplara ulaşılmakta ve banka hesapları belli bir komisyon karşılığında yasadışı işlemler için kullanılmaktadır. Bu karmaşık mekanizmada banka hesaplarını kullandıran kişilerin gerçekte bir mağdur mu yoksa hızlı kazanç hedefleyen ve her şeyin farkında olan kişiler mi olduğu tartışmalıdır. Kanaatimizce banka hesabını kullandıran kişilerin homojen bir grup olmadığı, dolayısıyla herkese uygulanacak standart bir şablonun bulunmadığı gerçeği göz önüne alınmalıdır. Bu nedenle her bir olayda somut koşullar ve kişisel özellikler çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

II. BANKA HESABININ KULLANDIRILMASINDAN KAYNAKLANAN CEZA SORUMLULUĞU

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Bir menfaat karşılığında kullandırılan banka hesapları yoluyla suçtan elde edilen paraların mağdurdan asıl suç faillerine aktarılması sağlanmaktadır. Bu nedenle banka hesabını kullandıran kişilerin farklı suç tipleri çerçevesinde ceza so-

²⁵ EUROPOL, bilinçlendirme kampanyası çerçevesinde "*Money Muling*" başlıklı web sayfasında bu konuyla ilgili bilgilendirme yaparak vatandaşları uyarmaktadır. Aynı sayfada otuzdan fazla dilde uyarıcı ve bilinçlendirici poster ve broşürler hazırlanmıştır. Bu broşürler için bkz. "*Money Muling*", EUROPOL, Erişim Tarihi: Temmuz 09, 2024, https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/austria_flyer.pdf.

²⁶ Hulsse, "The Money Mule," 1014. Nitekim Hulsse, çalışmasında banka hesabını kullandıran kişiler ile ilgili egemen olan naif mağdurlar söylemini analiz ederek eleştirmektedir. Aynı yönde; Galdo/Tait/Feldman banka hesabını kullandıran kişilerin yapılan işlemlerin içeriğine tamamen vakıf olmasa da basit bir araştırma ile yapılan işlemlerin meşru olmadığını anlayabileceğini ve banka hesabını kullandıran kişilerin bilerek gerçeğe karşı gözlerini kapattıklarını ileri sürmektedir. Galdo, Tait ve Feldman, "Money Mules," 102. Banka hesaplarını kullandıran kişilerin konuyla ilgili bilgisinden ziyade bakış açısına odaklanan görüşler de bulunmaktadır. Kriminolojik olarak gençler arasında varolan bazı alt kültür akımlarında suç ve suçlu kavramları egemen normatif söylemden farklı olarak olumlu olmakta ve yüceltilmektedir. Bu tür gruplarda dolandırıcılık ve benzeri suçların yanlış görülmediğine ve suç ağlarının bakış açısının benimsendiğine işaret edilmektedir. Dolayısıyla bu kişiler yapılan eylemin suç niteliğinin farkındadır ama onu farklı yorumlayıp kendi bakış açılarına göre meşru kabul etmektedir. Bekkers, Van Houten, Spithoven vd., "Money Mules and Cybercrime," 1371. Bu tür tepkisel alt kültür gruplarının Türkiye'de de mevcut olduğunu, bu çevrelerde suç ve suçluluğun olumlandığını hatta ünlü suçluların rol model olarak benimsendiğini görmekteyiz. Banka hesabını kullandırma gibi fiillerin hızlı ve kolay kazanç elde etmek isteyen bu tür bir alt kültür grubunun ahlak kodları ile çatışmayacağı açıktır.

rumluluğu ortaya çıkmaktadır. Yasadışı para transferlerine aracılık etme eylemi, kullandırılan banka hesaplarının sözkonusu olduğu bütün suç tiplerinde ortakır. Fakat her suç tipinin özelliklerine ve kanundaki düzenleniş biçimine göre banka hesabını kullandırmadan kaynaklanan cezaî sorumluluğun şartlarında farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede banka hesabını kullandırma ile ilgili suçların teorik çerçevesi içerisinde kalan tartışmalar bu başlık altındaki incelememizin konusunu oluşturmaktadır.

Bir menfaat karşılığında kullandırılan banka hesaplarına genel olarak siber suçlar alanında başvurulmaktadır. Siber suçlar amaç, etki ve içerik gibi kriterler göz önüne alınarak farklı kategorilere ayrılabilir. Bu kategoriler içerisinde bilişim sistemlerini hedef alan suç kategorileri ile bilgisayar ile bağlantılı geleksel suçlar ayrıca önem taşımaktadır²⁷. Başkalarına ait bilgisayar sistemlerine girerek onlara ait bilgilerin elde edilmesini amaçlayan siber suçlar oldukça yaygın olup; “*truva atı*” (trojan horse), “*hacking*” “*bilişim virüsleri*”, “*istem dışı alınan e-postalar*” (spam) ve “*phishing*” (oltalama) başta olmak üzere çeşitli yöntemler siber suçlarda oldukça sık kullanılmaktadır²⁸.

Siber alanda yukarıda sözü edilen yöntemler ile banka ve kredi kartı bilgileri ele geçirildikten sonra bu hesaplardaki paraların aktarılması için sıklıkla üçüncü kişilere ait banka hesapları kullanılmaktadır. Dolandırıcılık, yasadışı bahis ve suçtan elde edilen malvarlıklarının aklanması gibi bazı suç tiplerinde başkasına ait banka hesap bilgilerinin ele geçirilmesine gerek olmayıp mağdurun veya asıl suç faillerinin bizzat gönderdikleri paraların transferinde bu tür banka hesapları kullanılmaktadır. Çünkü kayıtlı hesaplar üzerinden para transferleri yasal otoriteler tarafından kolaylıkla takip edilebilmektedir. Bundan kaçınmak için suçtan elde edilen paralar bir veya daha fazla banka hesabı arasında dolaştırılmakta, dikkat çekmemesi için gerektiğinde küçük meblağlara bölünüp aktarılmaktadır. Bu paralar en sonunda nakit olarak çekilmekte veya belli ülkelerdeki güvenli hesaplara aktarılmaktadır²⁹.

Banka hesabını başkasına kullandırmanın temelinde yükümlü kuruluşları bilgilendirmeden kendi adına ama başkası hesabına işlem yapmak bulunmakta-

²⁷ Siber suçlar ile ilgili kategoriler için bkz. Sacit Yılmaz, *Türk Ceza Hukuku Sisteminde Siber Suçlar*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 22 vd.

²⁸ Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 109 vd. Truva atı genellikle ücretsiz sunulan yazılımların içine gizlenen ve program yüklendiğinde bilgisayar sistemini başkalarının komutlarına göre yönlendiren bir zararlı yazılımdır. Hacking başkalarına ait bilgisayar ve ağlara izinsiz girmeyi ifade etmektedir. Phishing (oltalama) yöntemi ise bir şirket, resmi kurum veya bankadan gelmiş gibi hazırlanan e-postalar yardımıyla yine bu kurumlara ait internet sitelerine benzetilen sahte adreslere yönlendirilen kişilerin banka ve kredi kartı bilgilerinin çalınmasını ifade etmektedir. Bkz. Yılmaz, *Siber Suçlar*, 23, 29; Dülger, *Bilişim Suçları*, 110, 12, 23. Bu adlandırmalar genel başlıklar olup siber suçlar alanında çok farklı ve sürekli kendini yenileyen yöntemler ortaya çıkmaktadır.

²⁹ Karsten Altenhein, “StGB § 261 Geldwäsche,” in *Nomos Kommentar StGB*, ed. Urs Kindhauser et al. (Nomos Verlag, 2023), 100; Metz, “Neue Phänomene bei Kriminalität,” 499.

dır. Öncelikle bu eylemin bizzat kendisi 5549 s. Kanun m. 15'te “başkası hesabına işlem yapıldığının beyan edilmemesi” başlığıyla suç olarak düzenlenmiştir. Bunun dışında belli bir menfaat karşılığında kullanılan banka hesaplarının görüldüğü temel suç tipleri; 7258 s. Kanun m. 5/1-c'de düzenlenen yasadışı bahis ve şans oyunlara ilişkin para nakline aracılık etme suçu, dolandırıcılık suçu (TCK m. 157 vd.), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu (TCK m. 282), hırsızlık suçu (TCK m. 141 vd.) ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun m. 4'te düzenlenen terörizmin finansmanı suçudur. Aşağıda bu suç tipleri ile banka hesabını kullandırma eylemi arasındaki ilişki ceza hukuku bağlamında ele alınacaktır.

B. BANKA HESABININ KULLANDIRILMASINDAN DOLAYI ORTAYA ÇIKABİLECEK SUÇ TIPLERİ

1. Başkası Hesabına İşlem Yapıldığının Beyan Edilmemesi Suçu

5549 s. Kanun ile kişilerin banka hesaplarında kendi adlarına ama başkası hesabına yapılan işlemlerin durumu düzenlenmiştir. 5549 s. Kanun m. 3/1'de “kendileri nezdinde yapılan veya aracılık ettikleri işlemlerde işlem yapılmadan önce, işlem yapanlar ile nam veya hesaplarına işlem yapılanların kimliklerini tespit etmek ve gerekli diğer tedbirleri almak zorundadır.” hükmü ile bankalara yapılacak işlemin nam veya hesabına yapılacağı kişilerin kimliklerini tespit etme zorunluluğu getirilmiştir. Buna karşılık; 5549 s. Kanun m. 15 “Yükümlüler nezdinde veya aracılığıyla yapılacak kimlik tespitini gerektiren işlemlerde, kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket eden kimse, bu işlemleri yapmadan önce kimin hesabına hareket ettiğini yükümlülere yazılı olarak bildirmediği takdirde altı aydan bir yıla kadar hapis veya beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.” hükmüyle başkası hesabına işlem yapıldığının beyan edilmemesini suç olarak düzenlemiştir³⁰. Bu kanun hükümleri çerçevesinde bir kişi kendisine ait banka hesabından başkası hesabına işlem yapacağı takdirde bunu önceden yazılı olarak beyan etme yükümlülüğü altında olacaktır.

5549 s. Kanun m. 15 ile bir kişinin kendi hesabını bildirim yapmaksızın başka kişiler için kullanması veya kullandırması tek başına bir suç olarak kabul edilmektedir. Bu şekilde kendi hesabına işlem yapılan kişilerin gizli kalması engellenmek istenmiştir. İlgili maddenin gerekçesi, “*maddeyle yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığı ile yapılan işlemlerde, işlemin esas sahibinin kimliğinin gizli tutulmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Kişilerin kendi adına ve fakat başkası hesabına işlem yapması ancak bunu gizlemesi durumunda, kimlik tespit*

³⁰ MASAK tarafından yayımlanan 2023 yılı faaliyet raporuna göre 5549 s. Kanun m. 15'in ihlali gerekçesiyle 2023 yılında 66 kişi hakkında 66 kişi hakkında savcılığa suç duyurusunda bulunulmuştur. “Faaliyet Raporu 2023”, MASAK, Erişim Tarihi: Temmuz 20, 2024, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2024/04/Faaliyet-Raporu-2023.pdf#page=39.11>.

yükümlülüğü ile hedeflenen amaca tam olarak ulaşamamaktadır. Bu nedenle işlemi yapan kişinin başkası hesabına hareket etmesi halinde bu durumu yükümlülere yazılı olarak bildirmesi, aksi takdirde cezalandırılması hüküm altına alınmıştır.” ifadesiyle bu amaca işaret etmektedir³¹. Gereğeden anlaşılacağı üzere suçtan elde edilen malvarlıklarının aklanması ile mücadele için 5549 s. Kanun ile getirilen finansal işlemlerde kimlik tespit yükümlülüğünün etkili kılınması amaçlanmaktadır.

5549 s. Kanun m. 15’te düzenlenen suçun gerçekleşebilmesi için öncelikle kimlik tespitini gerektiren bir işlemin mevcut olması gerekmektedir³². Kimlik tespitini yapmakla yükümlü kuruluşun kendi adına işlem yapan kişiye başkasının hesabına işlem yapıp yapmadığını sormasına gerek bulunmamaktadır. Kendi adına ve başkası hesabına hareket eden kişinin yükümlülüğü, böyle bir talep olmadan kendi adına ve başkası hesabına hareket ettiğini beyan etmesidir³³.

Beyan yükümlülüğü yerine getirilmeden başkası hesabına ama kendi namına en az bir işlemin yapılması fiilin gerçekleşmesi için yeterlidir. Buna karşın uygulamada farklı görüş ve kararların bulunduğu görülmektedir. Bu durum özellikle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında önem arz etmektedir. Bazı kararlarda belli bir dönemde gerçekleşen birden fazla para transferi için zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir³⁴. Uygulamada

³¹ “5549 sayılı Kanun m. 15 Gereğesi”, TBMM Kanun ve Mevzuat, Erişim Tarihi: Temmuz 17, 2024, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-c1cb-037b-e050007f01005610&kanunNu=marasi=5549#step-2>.

³² Kimlik tespitini gerektiren işlemler Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik m. 5’te düzenlenmiştir. İlgili hüküm şu şekildedir: “(1) Yükümlüler;

a) Sürekli iş ilişkisi tesisinde tutar gözetmeksizin,

b) İşlem tutarı ya da birbiriyle bağlantılı birden fazla işlemin toplam tutarı yüzseksenbeşbin TL veya üzerinde olduğunda,

c) Elektronik transferlerde işlem tutarı ya da birbiriyle bağlantılı birden fazla işlemin toplam tutarı onbeşbin TL veya üzerinde olduğunda,

ç) (Mülga: 28/12/2009-2009/15720 K.)

d) Şüpheli işlem bildirimini gerektiren durumlarda tutar gözetmeksizin,

e) Daha önce elde edilen müşteri kimlik bilgilerinin yeterliliği ve doğruluğu konusunda şüphe olduğunda tutar gözetmeksizin,

kimliğe ilişkin bilgileri almak ve bu bilgilerin doğruluğunu teyit etmek suretiyle müşterilerinin ve müşterileri adına veya hesabına hareket edenlerin kimliğini tespit etmek ve işlemin gerçek faydalanıcısının ortaya çıkarılması için gerekli tedbirleri almak zorundadır.”

³³ İzzet Özgenç ve Fatih Yurtlu, “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme,” in 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı, ed. Cumhuriyet Şahin ve Faruk Turhan İzzet Özgenç (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 465.

³⁴ “Sanığın 2013 yılı içerisinde birden fazla eylemde bulunması nedeniyle sanık hakkında zincirleme suç hükümleri kapsamında TCK’nın 43. maddesinin uygulanmaması hukuka aykırı ise de; istinaf başvurusunda bulunanın sıfatına göre aleyhe istinaf başvurusu olmadığından bu hususun davanın yeniden görülmesi ve hükmün düzeltilmesi nedeni yapılamayacağı gözetilerek yapılan incelemede (..) Bursa BAM 5.CD, 25/04/2022, E.2022/1060, K.2022/1401; “Bu dosyalardaki eylemlerin

baskın durumda olan diğer bazı kararlarda ise yenilenen bir kast bulunmadığı sürece iddianame ile hukuki kesintiye uğrayana kadar yapılan para transferlerinin tek bir eyleme vücut vereceği ya da suçun işlenebilmesi için zaten birden fazla işlemin varlığının arandığı gerekçeleriyle zincirleme suç hükümleri uygulanmamaktadır³⁵. İkinci görüş için hukuki bir dayanak bulunmadığı ve tek bir seferde yapılan para transferi ile dahi bu suçun oluşabileceğini kabul ettiğimizden, belli bir dönemde gerçekleşen para transferlerinin tek bir fiil olarak kabul edilmesini doğru bulmamakta ve bu tür durumlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

5549 s. Kanun m. 15 açısından ceza sorumluluğunun doğması için aracılık yapılan para transferlerinin bir suç olması veya bir suçtan kaynaklanması gerekmemektedir³⁶. Kendi adına ama başkası hesabına hareket eden kişinin bunu

benzer suç vasfına yönelik olduğu gözetilerek, suç tarihleri ve işlenen suçun niteliğine göre adı geçen sanıkların eylemlerinin, TCK'nun 43. maddesi kapsamında zincirleme biçimde 7258 Sayılı Yasa'nın 5.1-c maddesine suçunu oluşturup oluşturmadığının takdir ve değerlendirilmesi bakımından dosyaların incelenmesi, gerektiğinde birleştirilmesi ve sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi (...)" Gaziantep BAM 13.CD, 22/09/2022, E. 2021/1058, K.2022/2686; "Sanığın hesap numaraları kullanılarak bir çok kez para transfer edilmesine rağmen sanığın cezasında, TCK 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerince artırıp yapıp yapılmayacağı hususunda bir değerlendirme yapılmaması aleyhe istinaf başvurusu olmadığından bozma nedeni yapılmamış, eleştirilmekle yetinilmiştir." Adana BAM 11.CD, 23/09/2022, E.2022/1459, K.2022/1886.

³⁵ "5549 sayılı Yasa'nın 15.maddesi incelendiğinde; "Sanığın yetkilisi olduğu firma hesaplarını başkasının işlemlerinde kullandığı ancak asıl işlem sahibini yükümlü bankalara bildirmemek suretiyle üzerine atılı suçu işlediği sübuta ermişse de yükümlü bankalara bildirme zorunluluğuna dair fiillerin aynı amaca yönelik aynı kasıtlarla gerçekleşen birden fazla ve zamana yayılan fiiller olması, yenilenen kast bulunmadığı sürece iddianame düzenlenerek hukuki kesinti oluşuna kadar tek suç olduğu, bu itibarla sanık hakkındaki zincirleme suç hükümlerinin uygulanma koşulları oluşmadığı halde TCK 43/1. Maddesi uygulanması suretiyle dört ayrı bankada işlem yapıldığından bahisle ayrı ayrı 4 kez mahkumiyetine karar verilip, sanığa fazla ceza verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu" İstanbul BAM 14.CD, 22/02/2024, E.2023/1949, K.2024/342. "Yükümlüler nezdinde veya aracılığıyla yapılacak kimlik tespitini gerektiren işlemlerde, kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket eden kimse, bu işlemleri yapmadan önce kimin hesabına hareket ettiğini yükümlülere yazılı olarak bildirmediği takdirde altı aydan bir yıla kadar hapis veya beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır" şeklindeki düzenleme gereği suçun maddi unsurunun zaten birden fazla kez işlem yapma olduğu halde sanığın aleyhine olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması (...)" Adana BAM 11.CD, 19/06/2023, E.2023/371, K.2023/1067. Aynı yönde; Konya BAM 5.CD, 05/06/2023, E. 2023/1033, K. 2023/1337; İzmir BAM 24.CD, 20.06.2023, E.: 2023/1032, K. 2023/1045.

³⁶ "5549 sayılı Kanun'un 15. maddesinde; yükümlüler nezdinde veya aracılığıyla türü, parasal sınırı ve konusu yönetmelikle belirlenen kimlik tespitini gerektiren bir işlemin kendi adına fakat başkası hesabına hareket eden bir kimse tarafından gerçekleştirilmesi halinde, söz konusu işlemi yapmadan önce kimin hesabına hareket ettiğini yükümlülere yazılı olarak bildirilmeyenlerin altı aydan bir yıla kadar hapis veya beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmış olup, suçun unsurunun kimlik tespiti gerektiren bir işlemin kendi adına fakat başkası hesabına hareket eden bir kimse tarafından gerçekleştirilmeden önce kimin hesabına hareket ettiğinin yükümlüye bildirilmemesi olduğu gözetilmeksizin, sanığın; mahkumiyeti yerine, suçun unsuru olmayan hesap hareketlerindeki işleme konu paranın suç geliri olduğuna dair delil elde edilemediği gerekçesi ile beraatine karar verilmesi (...)" Y19.CD, 25/01/2018, E.2018/791, K.2017/5429. (Lexpera Veritabanı, Erişim Tarihi: Ağustos 5, 2024, <https://www.lexpera.com.tr/>)

bir menfaat karşılığında yapması da şart değildir. Bu yönüyle 5549 s. Kanun m. 15 oldukça geniş bir hüküm olup bu kapsamda cezalandırılan her fiilin banka hesabını kullandırma eylemiyle ilgili olması gerekmemektedir. Dolayısıyla banka hesabını kullandırma eylemi ile 5549 s. Kanun m. 15 hükmü büyük ölçüde örtüşmekle birlikte kesişmedikleri bir alanın mevcudiyeti de göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu suç manevi unsur olarak ancak kasten işlenebilen bir suç türü olup olası kastın varlığı suçun gerçekleşmesi için yeterlidir. Buna karşın suç tipinin özel ve istisnai niteliği nedeniyle her somut olayda TCK m.30/4'te³⁷ düzenlenen haksızlık yanılığısı kurumunun uygulanabilirliği tartışılmalıdır. Haksızlık yanılığısında kişinin suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgisi tamdır, fakat bu fiili yasaklayan bir normun varlığında kaçınılmaz olarak bir hataya düşmektedir. Kişinin yaşı, eğitimi, sosyal çevresi, kültür düzeyi gibi ölçütler haksızlık yanılığısının kaçınılmaz olup olmadığının anlaşılmasında göz önüne alınmalıdır³⁸. 5549 s. Kanun m. 15 sosyal hayatta sıkça gerçekleştirilen bir eylemi cezalandıran bir hükümdür. Normun bilinirliği çok az olduğu gibi uygulamada ticari ve kişisel amaçlar ile başkası için banka hesabını kullandırmak oldukça yaygın bir fiildir. Özellikle yabancılar açısından haksızlık yanılığısına düşme ihtimali çok daha yüksektir. Dolayısıyla eğitim, sosyal çevre, tecrübe ve kişisel özellikleri bu fiilin haksızlığını kavramak için yeterli olmayan, fiilin haksızlığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişiler açısından TCK m. 30/4 hükmünün uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Banka hesabını kullandıran kişinin haksızlık yanılığısından yararlanması halinde onu araç konumuna düşürüp fayda sağlayan arka plandaki kişi de dolaylı fail olacaktır³⁹. Örneğin, Türkiye'ye çalışmaya gelmiş genç ve eğitimsiz bir yabancı, patronu tarafından banka hesaplarının kullandırılması eyleminin meşru olduğu konusunda ikna edilmesi ve hesaplarının başkası hesabına kullanılması halinde haksızlık yanılığısı hükümlerinin uygulanması ve patronun dolaylı fail olarak cezalandırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Fakat uygulamada haksızlık yanılığısı kavramının hiç tartışılmadığı görülmektedir. Bazı durumlarda ise haksızlık yanılığısı kapsamında yapılması gereken inceleme kast başlığı altında yapılmaktadır. Bu durumda dahi kastın yokluğu gerekçesiyle verilen beraat kararlarının üst mahkemelerce mahkumiyete çevrildiği görülmektedir⁴⁰.

³⁷ TCK m. 30/4: "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz."

³⁸ Mahmut Koca ve İhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 372.

³⁹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 468.

⁴⁰ İlk derece mahkemesinde kastın yokluğu nedeniyle verilen beraat kararlarını bozan bazı istinaf kararları için bkz. "Mahkemece sanığın suç işleme kastı bulunmadığından bahisle beraatine karar verilmiş olması yerinde değildir. Sanık başkası adına işlemler yapmış olup ve bu işlemleri nedeniyle de 5549 Sayılı yasa uyarınca bildirim yükümlülüğü bulunduğu halde bu yükümlülüğü-

İçtima hükümleri açısından incelendiğinde banka hesabını kullandırma eylemi, kendisi adına ve başkası hesabına işlem yapmayı gerektirdiği için, diğer şartların da oluşması kaydıyla, öncelikle 5549 s. Kanun m. 15 hükmünün ihlali-ne neden olmaktadır. Fakat bu tür banka hesaplarının kullanıldığı suçun türüne göre aynı zamanda diğer suç normlarından birinin de ihlal edilmesi söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla tek bir banka hesabını kullandırma eylemi ile birden fazla suç normu ihlal edilmiş olacak ve banka hesabını kullandıran kişi TCK m. 44 hükümleri gereği en ağır suçtan dolayı cezalandırılacaktır⁴¹.

nü yerine getirmemiştir. Mahkeme dosyası kapsamı belgeler, Vergi inceleme raporları ve dosya kapsamına göre sanığın 5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanuna muhalefet ettiği, suçun unsurlarının oluştuğu sabittir. Suçun unsurları oluşmuş olmasına rağmen Mahkemece sanığın suç işleme kastı bulunmadığından bahisle beraat kararı verilmesi yerinde değildir. İzmir BAM 16.CD, 14/09/2022, E. 2022/752, K. 2022/1668; "5549 sayılı Kanunun 15. maddesinde; yükümlüler nezdinde veya aracılığıyla türü, parasal sınırı ve konusu yönetmelikle belirlenen kimlik tespitini gerektiren bir işlemin kendi adına fakat başkası hesabına hareket eden bir kimse tarafından gerçekleştirilmesi halinde, söz konusu işlemi yapmadan önce kimin hesabına hareket ettiğini yükümlülere yazılı olarak bildirilmeyenlerin altı aydan bir yıla kadar hapis veya beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmış olup, suçun unsurunun kimlik tespiti gerektiren bir işlemin kendi adına fakat başkası hesabına hareket eden bir kimse tarafından gerçekleştirilmeden önce kimin hesabına hareket ettiğinin yükümlüye bildirilmemesi olduğu gözetilmeksizin, sanığın mahkumiyeti yerine suç kastının bulunmadığı gerekçesiyle beraatine karar verilmesi isabetsiz olmakla, (...)" İstanbul BAM 16.CD, 18/05/2023, E. 2023/1334, K. 2023/1318.

⁴¹ "Sanal bahis oynanan siteye IBAN numaralarını verip spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarıyla bağlantılı olarak para nakline aracılık para transferine aracılık yapma fiillerinde 7258 Sayılı Kanun 5c maddesindeki suç; banka hesaplarında yapılacak kimlik tespitini gerektiren işlemlerde, kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket eden kimse, bu işlemleri yapmadan önce kimin hesabına hareket ettiğini bankaya yazılı olarak bildirmedeği takdirde ise 5549 Sayılı Kanun 15/1 maddesindeki suç işlenmiş olacaktır. Bu halde başkalarının bahis oynamasını temin etmek için kendine gelen banka havalelerini bahis için kullanmak şeklinde gerçekleştirilen davranışlarda olaya uygulanması söz konusu olan iki ayrı norm bulunmaktadır. Suç oluşturan bir fiilin, aynı anda birden fazla normu ihlal etmiş olması veya ihlal ediyor görünmesi halinde, olaya hangi normun uygulanacağı sorunu ancak suçların içtima müessesesi ile çözülebilecektir.

5237 Sayılı TCK'da "Gerçek içtima" ilkesi benimsendiğinden kural olarak "Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza" söz konusudur. Bu kuralın istisnaları ise, TCK'nın 5. bölümünde "Suçların içtima" başlığı altında düzenlenmiştir. TCK'nın 44. maddesinin başlığı "Fikri içtima" olmakla birlikte, yasada fikri içtima müessesine, aynı neviden içtima (TCK 43/2) ve farklı neviden içtima (TCK 44) olmak üzere iki ayrı maddede yer verilmiştir.

Failin gerçekleştirdiği tek hareketle aynı Kanun hükmünü ihlal eden birden fazla suçun ortaya çıkması halinde (TCK 43/2) aynı neviden fikri içtima, failin gerçekleştirdiği tek hareketle farklı kanun hükümlerini ihlal eden birden fazla suçun ortaya çıkması halinde (TCK 44) ise farklı neviden fikri içtima söz konusu olacaktır.

TCK'nın "Fikri İçtima" başlıklı 44. maddesinde farklı neviden fikri içtima olarak kabul edilen hükmün uygulanabilmesi için, hukuksal anlamda tek fiille kanunun birden fazla farklı hükmü ihlal edilmeli, bu birden fazla farklı suçlardan en ağırından cezai sorumluluk yoluna gidilmelidir. Bahis için aracılık sırasında her ne kadar birden fazla hareket yapılmakta ise de, söz konusu birden fazla hareket, hukuksal anlamdaki "Tek bir fiil" oluşturmaktadır. Bahis oynadığı veya bahis sitesine para aktardığı/yatırdığı belli olmasını istemeyen bir şahıs bahis için aracılık edene (sanık) sözde para havallesi yapmakta aracı şahıs da (sanık) komisyon karşılığında kendisi bahis oynuyor gibi diğer şahsın adına bahis sitesine para aktarmakta/yatırmakta suretiyle hukuksal anlamda tek bir fiil ile farklı hukuki değerleri koruyan ve mağdurları farklı olan 7258 Sayılı Kanun 5c ile 5549 Sayılı

2. Para Nakline Aracılık Etme Suçu

Yasadışı bahis ürettiği para hacminin büyüklüğü, organize suçlar ile ilişkisi ve elde edilen paraların suçtan kaynaklanan malvarlıklarının aklanması, uyuşturucu ticareti, terörizmin finansmanı gibi diğer suçlarda kullanılması nedenleriyle önemli bir kriminal olgu haline gelmiştir⁴². MASAK tarafından yayımlanan 2023 yılı faaliyet raporunda kurum tarafından analiz edilen kişilerin %35'i yasadışı bahis ve kumar oynatmak suçlarından şüpheli konumundadır. Bu kapsamda MASAK tarafından yasadışı bahis suçu ile ilgili 2023 yılında 137 analiz dosyası tamamlanmış olup 16.363 kişi hakkında istihbarat toplama ve analiz süreçleri yürütülmüştür⁴³. Bu rakamlar yasadışı bahis sektörünün hacmi ve büyüklüğü konusunda bize önemli bir fikir vermektedir.

Yasadışı bahis suçları ile mücadele için 7258 s. Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun (7258 s. Kanun) m. 5/1'de dört farklı suç tipi düzenlenmiştir⁴⁴. Belli bir menfaat karşılığında kullandırılan banka hesaplarının ilgili olduğu suç tipi ise 7258 s. Kanun

Kanun 15/1 maddesini birlikte ihlal etmekte olup, olayda bu şartın da gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

7258 Sayılı Kanun 5c maddesinde "Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarıyla bağlantılı olarak para nakline aracılık eden kişiler, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır." hükmü yer almakta olup, 5549 Sayılı Kanun 15/1 maddesinde "Yükümlüler nezdinde veya aracılığıyla yapılacak kimlik tespitini gerektiren işlemlerde, kendi adına ve fakat başkası hesabına hareket eden kimse, bu işlemleri yapmadan önce kimin hesabına hareket ettiğini yükümlülere yazılı olarak bildirmediği takdirde altı aydan bir yıla kadar hapis veya beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır." hükmü yer almaktadır. Bu açıdan TCK'nın 44. maddesi mücibince en ağır cezayı öngören 7258 Sayılı Kanun 5c maddesi ile uygulama yapılması gerekeceği açıktır." İstanbul BAM, 09/05/2024, 31.CD, E.2024/914, K.2024/1731.

⁴² Zafer İçer ve Cansu Akıncı, "Spor Müsabakalarında Yasadışı Bahis ve Şans Oyunu Suçları (7258 Sayılı Kanun m. 5)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29, no. 2 (2023): 982.

⁴³ MASAK, Faaliyet Raporu 2023.

⁴⁴ 7258 s. Kanun m. 5/1: "Kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın;
a) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatanlar ya da oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.
b) Yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlayan kişiler, dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.
c) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarıyla bağlantılı olarak para nakline aracılık eden kişiler, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.
ç) Kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik edenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.
d) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis veya şans oyunlarını oynayanlar mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından beş bin liradan yirmi bin liraya kadar idari para cezası ile cezalandırılır."

m. 5/1-c’de yer almaktadır. Bu suç tipi ile bahis ya da şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık eden kişiler cezalandırılmaktadır.

7258 s. Kanun m. 5/1-c’de düzenlenen yasadışı bahis ve şans oyunlarına ilişkin para nakline aracılık etme suçu fiziksel olarak veya banka hesapları vasıtasıyla paranın transfer edilmesine aracılık etme şeklinde gerçekleşebilir. Banka hesabını paranın nakledilmesi için kullandıran kişiler de bu nedenle aracılık fiilini işlemiş olur. Aracılık fiilinin gerçekleşmesi için aracılığın konusunun para olması gerekmekte olup ulusal veya yabancı para birimi açısından bir fark bulunmamaktadır. Kripto varlıklara aracılık edilmesi ise 7258 s. Kanun m. 5/1-c kapsamına girmeyecektir⁴⁵.

Banka hesabını kullandırarak para nakline aracılık eden kişilerin ancak doğrudan kast ile hareket etmesi halinde bu hükümden dolayı cezai sorumlulukları doğacaktır. Çünkü 7258 s. Kanun m. 5/1’de sayılan suç fiilleri ancak kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın gerçekleştirildiğinde suç teşkil edecektir. Söz konusu fiillerin kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın yani hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesinin tipikliğe dahil ve kastın kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Suç tipinde özel olarak yer verilen ve failin eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilmesini şart koşan bu tür ifadeler o suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğini göstermektedir⁴⁶. Bu doğrultuda 7258 s. Kanun m. 5/1-c’de düzenlenen suç tipinde, para nakline aracılık eden kişiler aracılık işleminin kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın gerçekleştirildiğini bilmedikleri takdirde doğrudan kastla hareket etmiş olamazlar. Failin olası kast ile hareket etmesi suç tipinde aranan doğrudan bilme şartını sağlamayacağı için tipiklik gerçekleşmeyecek ve bu suçtan ceza sorumluluğu doğmayacaktır⁴⁷. Dolayısıyla banka hesabının yasadışı bahis ile ilgili paraların naklinde kullanılacağı konusunda bir bilgiye sahip olmayan veya yanlış bilgilendirilen kişilerin kasten hareket etmediklerinin kabul edilmesi ve 7258 s. Kanun m. 5/1-c’den dolayı sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Bu durumda banka hesap sahibini araç olarak kullanan, onu hataya düşürerek kastını kaldıran arka plandaki kişilerin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerekmektedir.

Üçüncü kişilere ait banka hesapları yasadışı bahis için yatırılan paraların aktarılmasında kullanılmaktadır. Dolayısıyla banka hesabını yasadışı bahis için kullandıran kişilerin 7258 s. Kanun m. 5/1-c hükmünden ceza sorumluluğu doğacaktır. Bu noktada ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Kişinin kullandığı banka

⁴⁵ İçer ve Akıncı, “Yasadışı Bahis,” 995; Ozancan Belci, “Spor Müsabakalarında Yasadışı Bahis ve Şans Oyunu Suçları”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2021): 394.

⁴⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 312; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 269. Suç tipinde yer alan hukuka aykırılık ifadelerinin ceza hukukundaki anlamı ile ilgili diğer görüş ve tartışmalar için bkz. Neslihan Gökürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7 S. 3 (2016): 407-450, s. 424 vd.

⁴⁷ İçer ve Akıncı, “Yasadışı Bahis,” 996; Belci, “Spor Müsabakalarında Yasadışı Bahis,” 402.

hesabındaki para transferlerini bizzat kendisinin yapması halinde 7258 s. Kanun m. 5/1-c hükmünden sorumlu olması gerekecektir. Fakat banka hesap sahibinin sadece hesap bilgilerini üçüncü kişilere vermekle yetindiği, banka hesabı ile ilgili yapılan işlemlerden haberinin olmadığı durumlarda ise farklı bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu tür durumlarda yasadışı bahis için banka hesabını fiilen kullanarak para transferlerini yapan kişilerin 7258 s. Kanun m. 5/1-c hükmünden, hesap sahibinin ise 5549 s. Kanun m. 15 hükmünde sorumlu olacağını kabul etmek gerekmektedir⁴⁸.

Yasadışı bahis ile ilgili suçlar genelde pek çok kişinin katılımı ile işlenen suçlardır. Bu nedenle iştirak konusuna ayrıca değinmek gerekmektedir. Banka hesabını kullandıran kişilerin iştirak açısından rolü müşterek fail ya da yardım eden olarak ortaya çıkabilecektir. Müşterek faillikte birden fazla kişi birlikte suç işleme kararına dayanarak suçun icra hareketlerini gerçekleştirmekte ve fiil üzerinde ortak bir hakimiyet kurmaktadır⁴⁹.

İştirak açısından banka hesabını kullandıran kişiler için söz konusu olabilecek diğer bir sorumluluk türü yardım etmedir. Şerikliğin bir türü olan yardım etme failin işlediği bir suça kasten, maddi veya manevi yollar ile destek verilmesidir. Yardım etmede kişi somut bir suç fiiline destek olmak istemektedir. Yardım etmenin müşterek faillikten en önemli farkı fiil üzerinde bir hakimiyet kurulmamasıdır⁵⁰.

Banka hesabı kullandırma maddi yardım türleri içerisinde değerlendirilebilecektir. Üçüncü kişilere ait banka hesaplarının kullanılması suçun icrasını ko-

⁴⁸ Bu yönde; "Sanığın, 10/02/2022 tarihli duruşmada hesabının kullanılmasına izin verdiğini, karşılığında kendisine para vaat edildiğini ancak sözlerinde durmadıklarını beyan ettiği; son duruşmada da, kartını S. B. K. isimli kişiye verdiğini beyan ettiği görülmekle; S. B. K. adlı kişi yönünden 7258 sayılı yasanın 5/1-c maddesinde belirtilen suç yönünden, sanık yönünden de 5549 sayılı yasanın 15. maddesinde belirtilen "Başkası hesabına işlem yapıldığının beyan edilmemesi" suçu yönünden suç duyurusunda bulunulup; kamu davasının açılması halinde aralarındaki fiili ve hukuki bağlantı nedeniyle davaların birlikte görülmesi lüzumu (...)" Ankara BAM 23.CD, 30/04/2024, E. 2024/468, K. 2024/750. (UYAP Veritabanı).

⁴⁹ Kerim Çakır, *Suçta İştirake Müşterek Faillik*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 77; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 454. Müşterek faillikte faillerin birlikte gerçekleştirdikleri fiilin bütünü üzerinde bir hakimiyet kurmaları gerekmektedir. Fiil üzerinde egemenlik kuran ve suçun gerçekleştirilme sürecini yönlendiren, onu elinde tutan kişi veya kişiler fail, geriye kalan kişiler ise şerik olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bir kişinin fail mi yoksa şerik mi olduğunu anlamamız için onun fiil üzerinde hakimiyet kurup kurmadığına bakmamız gerekmektedir. Özellikle farklı rollerin icra edildiği bir suçta müşterek hakimiyetin tespiti, yapılan katkılarının önem ve fonksiyonuna bakılarak yapılır. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 747; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 604.

⁵⁰ Ömer Çelen, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail Yardım Eden Ayrımı)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 203. TCK m. 39/2'de sayılan yardım etme halleri doktrinde maddi ve manevi yardım etme şeklinde tasnif edilmektedir. Bu kapsamda manevi yardım şekilleri; suç işlemeye teşvik etmek, suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek ve suç işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaat etmek olarak sayılmaktadır. Maddi yardım etme ise; suçun işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya sonra yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmak olarak ifade edilmektedir. Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 842.

laylaştırmaktadır. Maddi yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmak ile müşterek faillik arasında benzerlikler bulunduğundan, maddi yardımın niteliği şeriklik sınırları içerisinde kalmalıdır. Bu sınırın aşıldığı durumlarda müşterek faillik söz konusu olacaktır⁵¹.

Banka hesabını kullandıran kişilerin çok büyük bir kısmı banka hesaplarını üçüncü kişilere devretmekte yani banka kartlarını, mobil bankacılık bilgilerini ve hatta bunun için çıkardıkları telefon kartlarını diğer suç ortaklarına teslim etmektedir. Bu kişilerin işlenen suçlar ile alakaları bu devir ile sınırlı olup suçun icrası esnasında herhangi bir katkıları bulunmamaktadır. Bazı kişiler ise hesaplarını kullandırmanın yanında verilen talimatlar çerçevesinde para transferleri yapmakta ya da hesabına gönderilen paraları çekip diğer faillelere teslim etmektedir. Dolayısıyla farklı uygulamalar farklı yorumların yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Kanaatimizce hesabını kullandıran kişilerin banka hesapları üzerindeki kontrollerini muhafaza ettiği ve böylece istediği zaman suçu akim bırakma imkanına sahip olduğu durumlarda, üstlendikleri kritik rol de göz önüne alınarak, fiil hakimiyetine sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu şekilde müşterek failliğin şartlarını karşılayan hesap sahipleri işlenen suçtan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Fakat banka hesaplarının kullandırılması açısından müşterek faillik için gereken bütün şartları sağlayan durumların oldukça istisnai olduğu kanaatindeyiz. Banka hesaplarını kullandıran kişilerin suça katkısı çoğu zaman suçun icrasından önce hesaplarıyla ilgili bilgileri ve kartları teslim etmekten ibarettir. Para transferlerine bizzat aracılık yapılan durumlarda da hesaba paraların gelmesi ile çoğu zaman suç tamamlanmış olmaktadır. Bu tür durumlarda banka hesabını kullandıran kişi suçun icrasına iştirak etmemekte, suça doğrudan bir katkı sunmamakta ve suçun icrasını üçüncü kişilere bırakmaktadır. Bu nedenle banka hesabını kullandıran kişinin suç üzerinde fiil hakimiyeti gerçekleşmediğinden suça ancak yardım eden olarak katılması mümkündür. Dolayısıyla banka hesabını kullandıran kişilerin müşterek fail olabilmesi için diğer suç ortakları ile daha güçlü bir bağı olmalı ve suçun icrasına aktif bir şekilde katılarak fiil üzerinde hakimiyet sağlaması aranmalıdır. Uygulamadaki durum gözetildiğinde bu durumun çok istisnai olduğu görülecektir. Dolayısıyla kural olarak banka hesaplarını kullandıran kişilerin suçun icrası üzerinde fiili hakimiyetinin olmadığı kabul edilmeli ve bu kişiler maddi yardım ile suçun icrasını kolaylaştırdıklarından yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır.

Banka hesapları yasadışı bahis söz konusu olduğunda pek çok para transferi için kullanılmaktadır. Bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. Bir kişinin 7258 s. Kanun m. 5/1-c kapsamında tek bir defa para nakline aracılık yapması suçun işlenmesi için yeterlidir. Birden fazla aracı-

⁵¹ Artuk, Gökçen, Alşahin vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 778; Emre İkbâl Açıkgöz, *Müşterek Faillik - Suça İştirakta Karşılıklı İsnadiyet*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), s. 246 vd.

lık fiilinin mevcudiyeti halinde ise olayın koşulları çerçevesinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün olacaktır⁵².

3. Dolandırıcılık Suçu

Dolandırıcılık suçunda hile ile aldatılan kişilerin veya başkalarının zararına haksız bir menfaat elde edilmesi söz konusudur. İradesi hile ile yanıltılan kişi gerçekte istemeyeceği veya yapmayacağı bir işlem veya tasarrufta bulunmaktadır⁵³. Geleneksel bir suç tipi olan dolandırıcılık suçu, gelişen teknoloji ve artan iletişim imkanları ile farklı bir yön kazanmıştır. Teknoloji alanındaki yeni gelişmelere uyum sağlayan bazı dolandırıcılık türlerinde mağdurdan hile ile alınan paraların bir menfaat karşılığında kullandırılan banka hesapları yoluyla aktarılması ve izinin kaybettirilmesi sağlanmaktadır.

Dolandırıcılık suçunda üçüncü kişilere ait banka hesaplarının yoğun olarak kullanıldığı çeşitli yöntemler bulunmaktadır. Özellikle phishing (oltalama) yoluyla kişilere ait banka ve kredi kartı bilgilerinin ele geçirilmesi ve mağdurların banka hesaplarından kullandırılan banka hesaplarına para transferi yapılması oldukça sık karşılaşılan bir dolandırıcılık yöntemidir⁵⁴. En yaygın dolandırıcılık türlerinden biri de çeşitli ilan sitelerine verilen sahte ilanlar yoluyla kandırılan mağdurlardan alınan paraların bu tür banka hesaplarına aktarılması şeklinde gerçekleşmektedir. Kendisini hakim, savcı, polis gibi tanıtan şahısların, kandırdıkları mağdurlardan hesaplarındaki paraları güvenli hesaplar olarak gösterdikleri üçüncü kişilere ait banka hesaplarına transfer ettirmeleri bir diğer önemli dolandırıcılık şeklidir⁵⁵. Bunların dışında internet ortamında ödül veya piyango kazanıldığına ilişkin sahte e-mail veya mesajlar, internette aniden açılan ve uyarı, reklam vs. yollar ile kullanıcıyı yanıltmaya çalışan zararlı programlar, sosyal medyada romantik ilişki vaatleri ile irtibat kuran kişiler ve diğer pek çok yolla dolandırıcılık fiilleri gerçekleştirilmekte ve para karşılığında kullandırılan banka hesapları bir araç olarak kullanılmaktadır⁵⁶.

⁵² Şerikin tek bir fiilin bulunduğu durumlarda fiil teklifinin kabul edilmesi ve fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Ahmet Kılıç, Suçların İçtima Bağlamında Fiil teklifi, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 350 vd. Buna göre; banka hesabını kiraya veren kişinin kural olarak yardım eden kabul edilmesi ve tek bir kiralama eyleminden dolayı işlenen suçlardan cezai sorumluluğunun fikri içtima hükümlerine göre çözülmesi gerekmektedir.

⁵³ Veli Özer Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 212; Devrim Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2021): 653.

⁵⁴ Murat Semiz, *Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 228. Alman hukukunda phishing (oltalama) yoluyla elde edilen paraların çekilmesi ve/veya sonrasında yurtdışına aktarılması için banka hesabını kullandıran kişiler (finanzagents), bilgisayar dolandırıcılığına (computer betrug) yardım (StGB §§ 263a, 27) ve ağır taksirle (leichtfertigkeit) para aklama (StGB § 261 I, II ve V) suçlarından dolayı yargılanmaktadır. Stephan Neuheuser, "Die Strafbarkeit des Bereithaltens und Weiterleitens des durch Phishing erlangten Geldes", *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 28, no. 9 (2008): 492.

⁵⁵ Aydın, "Dolandırıcılık Suçu," 663.

⁵⁶ Bu ve benzeri örnekler için bkz. Ziya Koç, "Belirsiz Sayıda Kişiye Karşı Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenen Dolandırıcılık Suçu," in 5. *Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta*

Sıradan kişilere ait banka hesaplarının kullanılması yukarıda bahsedilen suçların işlenebilmesi için büyük bir öneme sahiptir. Asıl faillerin kendi banka hesaplarını kullanması durumunda banka transferlerinin takip edilmesi, hesap sahiplerinin tespiti ve bunun neticesinde yakalanmaları çok daha kolaydır. Fakat para karşılığında kullanılan banka hesapları sayesinde asıl suçlular kimliklerini gizleme ve anonim kalma imkanına sahip olmaktadır. Nitekim banka hesaplarını kullandıran kişiler işlenen suçun türü ve diğer failer hakkında çoğu zaman kısıtlı bilgiye sahiptir. Ayrıca bir banka hesabının varlığı mağdurlarda güven duygusuna neden olmaktadır. Çünkü banka hesapları kişiye özel olup sıkı mevzuat düzenlemeleri çerçevesinde kayıt altına alınmakta ve takip edilmektedir. Bu sayede banka hesap hareketliliklerini izlemek ve adına işlem yapılan kişileri tespit etmek oldukça kolaydır. Bu durum mağdurların bir banka hesabının söz konusu olduğu olaylarda araştırma eğiliminin azalmasına ve daha rahat hareket etmesine neden olmaktadır. Bu yönüyle menfaat karşılığında kullanılan banka hesapları dolandırıcılık suçunda hile unsurunun etkisini önemli ölçüde arttıran bir faktördür⁵⁷. Her halükarda bu tür banka hesapları bilişim ve bankacılık sistemleri aracılığıyla gerçekleştirilen dolandırıcılık türlerinde kritik bir rol oynamaktadır.

Dolandırıcılık suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Saik ve amaç dolandırıcılık suçunun manevi unsurunda yer almamaktadır. Dolandırıcılık suçunun olası kastla işlenmesi sınırlı durumlarda da olsa mümkündür⁵⁸. Dolayısıyla banka hesabını kullandıran kişilerin hesabının dolandırıcılık suçunda kullanılacağına ilişkin olası kastının varlığı suçun gerçekleşmesi için yeterlidir. Bir menfaat karşılığında banka hesabını kullandıran kişi, işlenecek suçun ayrıntılarına vakıf olmasa dahi hesabının dolandırıcılık suçu için kullanılabileceğini öngörmüş ve bunu kabul ederek hareket etmişse dolandırıcılık suçu açısından sorumlu olacaktır⁵⁹. Fakat kişilerin eğitim, yaş ve diğer kişisel özellikleri dikkate alınarak kastının belirlenmesi, kişinin dolandırıcılık suçuna ilişkin kastının bulunmaması halinde bu

Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı ed. Cumhur Şahin ve Faruk Turhan İzzet Özgenç (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 399 vd.

⁵⁷ Necati Meran, *Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016), 218.

⁵⁸ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalat Yayınevi, 2022), 676.

⁵⁹ Bunun yanında banka hesaplarında çok büyük miktarda paranın belirgin bir sebep olmadan transfer edilmesi, banka hesabını kullandırma gibi küçük bir iş için orantısız yüksek kazançlar vaad edilmesi, kamuoyunda bu meselenin artık daha bilinir hale gelmesi, internet üzerinde yapılacak yüzeysel bir araştırma ile dahi kiralık banka hesaplarına ilişkin yeterli bilgiye ulaşmanın mümkün olması manevi unsurun belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Altenhein, "StGB § 261 Geldwäsche," kn. 100. Manevi unsur açısından bakıldığında, bazı failerin yasal bir kaynaktan elde edilen paraların transferleri için hesaplarını kullandırtıklarını düşündükleri fakat çoğunun hesaplarının suç faaliyetlerinde kullanılabilceğini bildikleri ama bir menfaat karşılığında buna razı oldukları görülmektedir. Dieter Schwab, "BGB § 819 Verschärfte Haftung bei Kenntnis und bei Gesetzes- oder Sittenverstoß," in *Münchener Kommentar zum BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker et al. (München: Verlag C.H. BECK München, 2024), kn 2-6.

suçtan beraat ettirilmesi gerekmektedir⁶⁰. Örneğin, uygulamada yabancı kişilere banka hesabı açtırılmakta ve çeşitli gerekçeler ile bu kişiler banka hesaplarını kullandırmaları için ikna edilmektedir. Daha sonrasında hesap sahibinin izni ve bilgisi dışında bu banka hesapları dolandırıcılık vb. suçlar için kullanılmaktadır. Bu tür durumlarda hesabını kullandıran kişilerin kasten hareket etmedikleri açıkça ortadadır. Böyle durumlarda banka hesabı kullanılan kişiler kasten hareket etmedikleri için dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulmamalıdır. Bununla birlikte onları hataya düşüren ve onları araç olarak yönlendiren arka plandaki kişilerin dolaylı fail olarak sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Banka hesabını kullandırma eyleminin söz konusu olduğu dolandırıcılık suçları iştirak hükümleri açısından ayrıca incelenmelidir. Yukarıda da değindiğimiz gibi banka hesabını kullandıran kişilerin işlenen suçlarla ilişkileri çoğunlukla hazırlık hareketleri aşamasında banka hesaplarının fiili kullanımını suçu asıl işleyen kişilere devretmekten ibarettir. Buna ek olarak, para transferlerinde veya paranın çekilmesinde de görev alan kişiler ise paranın hesaplarına geldiği ve suçun tamamlanmış bir aşamada görev almaktadır. Bu nedenle banka hesabını kullandıran kişilerin suç üzerinde fiil hakimiyeti kurmadıkları, suçun karar, plan ve icra aşamalarında bir rol oynamadıkları, suçun işlenip işlenmemesini başka kişilerin karar ve iradelerine bıraktıkları görülmektedir. Bu kişilerin eylemi banka hesaplarını kullandırarak suçun icrasını kolaylaştırmaktan ibarettir. Bu çerçevede banka hesaplarını kullandıran kişilerin işlenen dolandırıcılık suçlarından fail olarak sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Bu kişiler ancak maddi yardım ile suçun icrasını kolaylaştırdıklarından dolayı yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır. Fakat uygulamada bu tür suçlardan dolayı banka hesabını kullandıran kişilerin çoğu zaman haksız yere fail olarak sorumlu tutulduğu görülmektedir⁶¹.

⁶⁰ "Sanık Muhammet'in, sanık Taner'i komşusu olduğu ve aynı iş yerinde çalıştıkları için tanıdığını, kendisine para geleceğini ancak kartının iptal olduğunu söyleyince güvendiği için hesap numarasını verdiğini ve hesabına gelen paradan pay almadığını savunması; sanık Taner'in sanık Muhammet dışında tanıdığı kişilerden de benzer bahanelerle hesap ve kart bilgilerini aldığı ve bu kişiler gibi sanık Muhammet'in de Taner'le tanışıklığından dolayı duydukları güvenle hesap ve kart bilgilerini paylaştığının anlaşılması karşısında, sanığın diğer sanıkların eylemlerine iştirak ettiğine dair cezalandırılmasına yeterli kesin, inandırıcı ve her türlü şüpheden uzak delil bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine mahkûmiyetine hükmedilmesi (...)" Y11.CD, 04.06.2024, E.2021/16966, K.2024/7470.

⁶¹ "1. Temyiz dışı sanık ...'in, katılanı telefonla arayarak kendisini ... Cumhuriyet Savcılığında görevli olarak tanıttığı ve katılana kimliğinin kullanılarak bankadan PKK örgütüne para havale edildiğini, bu nedenle yürütülen operasyon kapsamında hesabındaki parayı çekip verecekleri hesaba havale etmesi gerektiğini söylediği, bunun üzerine katılanın banka hesabındaki 10.000 TL parayı sanık ...'e ait hesaba yatırdığı anlaşılmaktadır.
2. Sanığın aynı yolla bir başka müşteri tarafından gönderilen parayı aynı banka şubesinden çekmek istediği sırada yakalandığı anlaşılmıştır.
3. Sanığın aşamalarda alınan savunmasında aralarındaki anlaşma gereğince ...'in isteği üzerine bankada hesap açtığını, hesabına gelen parayı çekerek ...'e verdiğini, karşılığında da ...'den para aldığını beyan etmiş, kimseyi dolandırmasının söz konusu olmadığını belirttiği görülmüştür.
4. Suç tarihi itibarıyla TCK'nın 157'nci maddesi kapsamında kalan sanığın eyleminin uzlaştırmaya

Bir banka hesabının dolandırıcılık suçu kapsamında birden fazla para transferi için kullanılması mümkündür. Aynı suç fiili çerçevesinde birden fazla para transferi tek bir fiil olarak kabul edilmelidir. Fakat birden fazla suçta para transferleri için kullanılan banka hesapları için zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği tartışılmalıdır. Yenilenen bir kast bulunmadığı sürece hukuki kesintiye uğrayana kadar yapılan para transferlerini tek bir eylem olarak kabul eden veya suçun işlenebilmesi için birden fazla işlemin varlığını arayan görüşlere katılmadığımızı yukarıda beyan etmiştik⁶².

Son olarak banka hesabını kullandıran kişilerin uygulamada çoğu zaman etkin pişmanlığa yönlendirildiği bilinmektedir. Bu şekilde, banka hesabını kullandıran kişiler adil ve etkin bir yargılama yapılmadan etkin pişmanlık hükümlerine zorlanarak suçlu olarak damgalanmaktadır. Adalet ve hakkaniyet yerine kovuşturmanın hızlıca sonuçlandırılmasını gözetken bu uygulamanın yanlış olduğunu belirtmek gerekmektedir.

4. Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu

Suçtan elde edilen gelirlerin kaynağını gizlemek ve bu gelirlere meşru bir görüntü kazandırmak amacıyla yapılan işlemlere suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (eski tabirle kara para aklama) suçu denilmektedir⁶³. Özellikle

tabi olması nedeniyle dosya uzlaştırma bürosuna gönderilmiş, 17.04.2018 tarihli uzlaştırma raporuna göre katılanın uzlaştırmayı kabul etmemesi nedeniyle uzlaştırma işlemleri başarısız olmuştur.

5. Mahkemesince sanığın, para vermesi karşılığında hesabına yatan parayı temyiz dışı sanık ...'e verdiği dair tevii yolu ikrar içeren savunması, katılanın aşamalarda değişmeyen istikrarlı anlatımları, katılan tarafından para gönderilen banka hesabının sanığa ait olması, gönderilen paranın aynı gün sanık ... tarafından çekilmiş olduğunu gösterir banka yazı cevabı ve bu husustaki güvenlik kamera kayıtları ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, cezadan kurtulmaya yönelik olduğu kanaatine varılan sanık savunmalarına itibar edilmeyerek sanık ...'in, ... ile birlikte hareket etmek suretiyle kendisini kamu görevlisi olarak tanıtarak katılanı kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp onun zararına haksız yarar sağladığı gerekçesiyle mahkumiyetine hükmedilmiştir." Y11.CD, 26.1.2023, E.2021/23822, K.2023/352. "(...) ilinde oto alım satım işi yapan şikayetçi ...'nıncom isimli internet adresinde satılık ilanı verilen Toyota Corolla marka aracı satın almak istediği ve ilanda ismi gözükken ... isimli şahıs zannıyla 0 542 665 55 73 no.lu hattı aradığı, burada görüştüğü şahısla araç satışı konusunda anlaştıkları, bu şahsın belirttiği banka hesabına toplam 150 TL kapora yatırdığı, daha sonra aracı almak için Isparta'ya geldiğinde muhatap olduğu şahısla görüşemediği, yapılan araştırmada banka hesabının temyiz dışı sanık ... isimli şahsa ait olduğu, bu şahsın banka kartını kullanması için diğer temyiz dışı sanık ...'e verdiği, ... alınan beyanında suça konu kartı kullanması için sanık ...'a verdiği, bu şekilde sanık ...'in internette sahte ilan vererek şikayetçi ...'den 150 TL haksız menfaat edinmek suretiyle üzerine atılı suçu işlediği iddia ve kabul olunan somut olayda; sanık savunmaları, şikayetçi anlatımları, bankadan gelen yazı cevapları ve tüm dosya kapsamına göre sanığın eyleminin sanığın eyleminin TCK 158/1-g maddesinde basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçu olmasına rağmen, suçun niteliğinde yanılığa düşülerek sanığa fazla ceza tayin edilmesi (...)" Y23.CD, 5.10.2015, E.2015/2927 K.2015/4655. (Lexpera Veritabanı)

⁶² Bkz. "15549 s. Kanun m. 15 Başkası Hesabına İşlem Yapıldığıın Beyan Edilmemesi Suçu" başlığındaki açıklamalar.

⁶³ Kerim Çakır, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 16.

uyuşturucu, silah ve insan kaçakçılığı suçlarından elde edilen büyük miktarda paranın yetkili mercilerin takibinden kaçırılarak ekonomik sistem içerisinde tedavüle sokulması ve kullanılabilmesi için geliştirilen çok çeşitli yöntemler bulunmaktadır. Para transferleri de bu yöntemlerin önemli bir parçasını oluşturmaktadır⁶⁴.

Günümüzde finansal ve teknolojik gelişmeler ile bankacılık sistemi içerisinde para transferleri oldukça basit ve hızlı olarak yapılabilmektedir. Önceden suçtan elde edilen paranın gizlenmesi için çeşitli ulaşım vasıtalarıyla bu paraların fiziksel olarak taşınması gerekmektedir artık bankacılık sistemi ile suç gelirleri hızlı bir şekilde aktarılmaktadır⁶⁵.

Suçtan elde edilen gelirlerin aklanması üç aşamalı bir süreçtir. İlk aşama olan yerleştirmede suçtan elde edilen gelirler mali sistem içerisine sokulmaya çalışılmakta; ikinci aşama olan ayırttırmada, yapılan çeşitli mali işlemler ile yasa dışı para, kaynağı olan suçtan uzaklaştırılmakta; üçüncü aşama olan bütünleştirmede ise suç gelirleri yasal gelirlerden ayırt edilemeyecek ölçüde yasal sisteme dahil edilerek kullanılmaktadır⁶⁶. Bu aşamalar ayrı ayrı gerçekleştirilebileceği gibi kullanılan yöntemlere göre birlikte de gerçekleştirilebilir. Suçtan kaynaklanan malvarlığının tespiti en başta daha kolayken ilerleyen süreçlerde zorlaşmaktadır⁶⁷.

Nakit paranın taşınması ve saklanması oldukça riskli olduğundan suç failleri bu paraların en hızlı şekilde finansal sisteme aktarılmasını istemektedir. Bunun için nakit olarak bankalara yatırılan paralar yurtdışındaki güvenli ülkelere ya da küçük meblağlar halinde yurtiçindeki farklı banka hesaplarına dağıtılmaktadır. Daha sonra paranın kaynağının takip edilememesi için çeşitli mali işlemler yapılmaktadır. En sonunda bu paralar normal ticari fonlar görüntüsünde yeniden mali sistem içerisinde dolaşıma sokulmaktadır⁶⁸. Bütün bu aşamaların amacı suçtan elde edilen gelirler ile kaynağı olan öncül suç arasındaki bağın mümkün olduğu kadar koparılmasıdır. Yapılan bu işlemlerde bankacılık işlemleri kullanılmakta olup belli bir menfaat karşılığında banka hesaplarının kullanılması da bu yöntemler arasındadır⁶⁹.

⁶⁴ Olgun Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (Kara Para Aklama Suçu)*, (Ankara: Turhan Yayınevi, 2007), 39 vd; Sacit Yılmaz, "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2 (2011): 71, 75.

⁶⁵ Fatih Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, "Bankacılık Yöntemlerinin Kullanılması Kapsamında Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu," in *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı* (Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016), 417; Çakır, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, 53.

⁶⁶ Değirmenci, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, 64-68.

⁶⁷ Çakır, *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, 31.

⁶⁸ Mahmutoğlu ve Karadeniz, "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu," 437-39.

⁶⁹ Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama için kullanılan banka hesapları ve diğer yöntemler için bkz. Mahmutoğlu ve Karadeniz, "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu," 442 vd.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunu düzenleyen TCK m. 282/1 “*Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkararak veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi (...)*”nin cezalandırılacağını belirtmiştir.

Banka hesabını kullandıran kişilerin banka hesapları ile suçtan elde edilen paraları yurtdışına transfer etmesi veya yurt içinde çeşitli banka hesaplarına transfer ederek suçun kaynağını takip etmeyi zorlaştırması mümkündür. Bu eylemler suçtan elde edilen paraların aklanmasına, öncül suç ile suç geliri arasındaki bağlantının gizlenmesine ve kamu otoriteleri tarafından paranın kaynağının izinin sürülmesinin zorlaştırılmasına imkan sağlamaktadır. Banka hesabını kullandıran kişilerin banka hesaplarını bu şekilde kullandırmaları nedeniyle TCK m. 282/1 hükmünden dolayı sorumlulukları doğacaktır.

TCK m. 282/1’de düzenlenen suçun iki seçimlik hareketi bulunmaktadır. Bunlar; suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini yurtdışına çıkarma ile suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini gizlemek veya aklamak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutmadır⁷⁰. Banka hesaplarının kullandırılması vasıtasıyla suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanma gayesiyle yurtdışına transfer edilerek çıkarılması halinde ilk seçimlik hareket, yurt içindeki banka hesaplarına transfer edilmesi ya da menfaat karşılığında kullandırılan banka hesabına gelen paranın daha sonra nakit olarak çekilerek başka yöntemler ile aklanması halinde ikinci seçimlik hareket gerçekleşecektir. Seçimlik hareketlerden herhangi birinin gerçekleşmesi suçun oluşması için yeterli olacaktır⁷¹. Kullandırılan banka hesapları yoluyla gerçekleştirilen para transferleri, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini gizlemek veya aklamak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutmanın önemli enstrümanlarından biri niteliğindedir.

Banka hesaplarını kullandıran kişilerin TCK m. 282/1’den dolayı sorumlu olabilmeleri için en azından olası kastla hareket etmeleri gerekmektedir. Yurtdışına çıkarma hareketi için kanun koyucu bir amaç veya saik şartına yer vermemiştir. Dolayısıyla bu suç olası kastla da işlenebilecektir⁷². Buna karşın ikinci seçim-

⁷⁰ Yılmaz, “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu,” 82.

⁷¹ Ali Rıza Töngür, “Türk Ceza Kanununda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık* 100, no. 2 (2014): 47. Yurtdışına çıkarma hareketinin kripto paralar ile gerçekleştirilmesi ayrıca tartışılmalıdır. Suçtan elde edilen gelirler ile banka hesapları vasıtasıyla kripto para borsalarından kripto varlıklar alınması, sonrasında yurtdışındaki hesaplara aktarılması ve aklanması mümkündür. Hatta bu yöntem ile yapılan ve büyük ölçüde denetimsiz olan kripto para transferlerinin takibi ve tespiti çok daha zordur. Bkz. Balcı ve Çakır, *Kripto Para ve Elektronik Para Suçları*, 121.

⁷² Mahmutoğlu ve Karadeniz, “*Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*,” 487. Alman hukukunda banka hesabını kullandıran kişilerin kara para aklama suçu (Geldwäsche) açısından sorumluluğu subjektif unsur çerçevesinde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Banka hesabını

lik hareketin gerçekleşmesi için bunların “*gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak*” maksadının varlığı gereklidir. Yurtiçinde bu amaçla banka transferi yapan kişinin eylemin amacını bilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla ikinci seçimlik hareket ancak doğrudan kast ile işlenebilecektir⁷³. Yukarıda incelediğimiz diğer suç tiplerinde banka hesabını kullandıran kişilerin kastının varlığına ilişkin yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Banka hesabını kullandıran kişilerin ilgili suça ilişkin kastının mevcut olduğu bir karine olarak kabul edilmemelidir. Somut olayda bu olgunun özel şartları göz önüne alınarak banka hesap sahibinin hesabının bu suç için kullanılacağını öngörüp öngörmediği ya da ikinci seçimlik harekette aranan maksat unsurunun olup olmadığı ayrıca incelenmelidir.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunda iştirak hükümleri banka hesabını kullandıran kişiler açısından önem arz etmektedir. Bu suç tipi genel olarak çok sayıda kişinin katılımı ile işlenmektedir. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunda banka hesabını kullandıran kişilerin rolü ve katkısı incelendiğinde, bu kişilerin yine ancak yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz⁷⁴.

Karmaşık bir mekanizmayı içeren para aklama suçlarında çok sayıda para transferine ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla bu suç tipinde de zincirleme suç hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmaktadır. Mağdurun toplum olduğu bu suçta, bir suç işleme kararıyla farklı zamanlarda birden fazla aklama fiili için banka hesaplarının kullandırılması, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte mağdurun toplum veya devlet olduğu suçlarda zincirleme suçların uygulanabilmesi için bu suçlarda ayrıca belli bir kişinin mağdur edilmemiş olması gerekmektedir. Şayet toplum veya devlet dışında gerçek bir kişi de suçtan mağdur olmuşsa zincirleme suç hükümleri yerine gerçek içtima uygulanacaktır⁷⁵.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin takibini yapmak ve aklanmasını önlemek için çeşitli tedbirler alınmıştır. Özellikle bankacılık ve finans kuruluş-

kullandıran kişinin (finanzagent) StGB § 261/1’de düzenlenen temel halden sorumluluğu için kendisine transfer edilen paranın suç geliri olduğunu bilmesi yeterlidir. Şayet banka hesabını kullandıran kişi paranın suçtan kaynaklandığını bilmiyorsa StGB § 261/6’da düzenlenen ağır taksirle (leichtfertig) işlenen kara para aklama suçu gündeme gelecektir. NK-StGB/Altenhain, kn. 100.

⁷³ Töngür, “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama,” 38-39.

⁷⁴ “Sanıklar ... ve ...’ın, kendi adlarına banka hesapları açtırmak veya bankalar üzerinden çeşitli işlemleri gerçekleştirmek veya bu işlemler doğrultusunda kullanılmak üzere vekaletname vermek suretiyle sanık ...’nın suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunu işlemesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırdıkları anlaşılmakla; hukuki durumlarının TCK’nın 282/1, 39. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerekirken yazılı gerekçeyle beraatlarına karar verilmesi (...)” Yargıtay 9. CD., E. 2014/4036 K. 2014/12444 T. 16.12.2014. (Lexpera Veritabanı)

⁷⁵ Koca ve Üzülmüş, s. 539. Konu ile ilgili görüş ve tartışmalar için bkz. Yağmur Müge Erdoğan, *Zincirleme Suç*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2023), s. 309 vd.

maktadır. Bu nedenle bilişim sistemleri üzerinden işlenen hırsızlık suçlarında çeşitli yöntemler ile mağdurun iradesinin hile ile yanıltılmasına gerek yoktur. Bu husus dolandırıcılık ve hırsızlık suçunun ayırt edilmesinde oldukça önemlidir⁷⁹. Online bankacılık bilgilerinin hile olmaksızın ve mağdurun izni ve rızası dışında ele geçirilmesi ve banka hesabında bulunan paraların menfaat karşılığında kullandırılan banka hesaplarına aktarılacak şekilde çekilmesi banka hesabını kullandıran kişilerin hırsızlık suçundan sorumlu olduğu durumlardan birine örnek olarak verilebilir⁸⁰.

Bilişim sistemleri yoluyla hırsızlık suçunun işlenmesi için banka veya kredi kartının fiziki olarak elde bulunmasına gerek yoktur. Kart veya mobil bankacılık bilgileri ile nitelikli hırsızlık suçu işlenebilecektir⁸¹. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁸². Dolayısıyla başkasının bilişim sistemine (hacking vb. yollar ile) izinsiz olarak girildikten sonra ele geçirilen online bankacılık bilgileriyle mağdurun hesabından kullandırılan banka hesaplarına para aktarılması halinde hırsızlık suçu oluşacak ve banka hesabını kullandıran kişiler hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Fakat doktrinde, fiziki kart ele geçirilmeden sadece kartın üzerindeki bilgilerin temin edilmesi ve bu bilgiler ile haksız yarar sağlanması halinde TCK m. 244/4'te düzenlenen suçun oluşacağı yönünde bir görüş de bulunmaktadır⁸³. Şayet bu görüş kabul edilirse banka hesabını kullandıran kişilerin TCK m. 142/2-e bendinden değil TCK m. 244/4'ten sorumlu olması gerekecektir. Kanaatimizce ele geçirilen bilgiler ile banka nezdinde bulunan paraların faillerin istediği hesaplara geçirilmesi eylemi hırsızlık suçu olarak değerlendirilmelidir. Suçun sanal ortam ve araçlar ile işlenme-

⁷⁹ Ersan Şen, "Hırsızlık Suçları", *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2012): 339.

⁸⁰ "Şikayetçiler ile katılanın banka hesaplarına, haklarında beraat kararları verilen diğer sanıklara ait internet hatlarıyla ilgili bankanın internet bankacılığına hesap sahiplerinin kullanıcı adı ve şifreleriyle girilip, hesaplardaki belirli miktarlardaki paraları kendi hesaplarına havale ederek çekilmesi eylemlerinin, hesap sahibi sayısınca TCK.nun 142/2-e madde ve fıkrasında düzenlenen bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçlarını oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşünülerek yazılı şekilde TCK.nun 244/4. maddesi uyarınca mahkumiyet hükümleri kurulması (...)", Y8.CD, 31.05.2017, E. 2017/7519, K. 2017/6376 (Lexpera Veritabanı).

⁸¹ Artuk, Gökçen, Alşahin vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 593; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1032; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 806; Şen, "Hırsızlık Suçları," 338-39.

⁸² "İnternet bankacılığı aracılığı ile mağdura ait banka hesabından, hükümlü ...'in hesabına havale yapılması şeklinde eylemin 5237 Kanun'un 142'nci maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendinde düzenlenen bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı şekilde banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçundan kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı yapılan itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine verilmesi, Kanun'a aykırı olup kanun yararına bozma talebi yerinde görülmiştir." Y8.CD, 28.3.2024, E. 2022/567 K. 2024/2892 (Lexpera Veritabanı).

⁸³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 395; Özbek, Bacaksız ve Doğan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 641; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016); Emre İktbal Açıkgöz, *Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Haksız Yarar Sağlama Suçu (TCK m. 244/4)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 128.

si, taşınır mal olarak paranın zilyedin rızası dışında alınması ve failerin egemenlik alanına taşınması tanımına aykırılık taşımamaktadır.

Hırsızlık suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Bunun yanında suç tipinde yer alan “*yarar sağlamak maksadıyla*” ifadesi kastın yanında maksat unsurunun varlığını da gerekli kılmaktadır. Bu nedenle suçun olası kast ile işlenmesinin mümkün olmadığını ileri süren yazarlar⁸⁴ olduğu gibi hırsızlık suçunun olası kastla işlenebileceğini kabul eden yazarlar⁸⁵ da bulunmaktadır. Bir suç tipinde maksat, amaç, saik gibi unsurlara yer verilmesi o suçun artık olası kastla işlenmesine engel olacaktır. Dolayısıyla banka hesabını kullandıran kişilerin hesaplarının araç olarak hırsızlık suçunda kullanılabilmesini öngörmeleri ve kabullenmeleri yeterli olmayacak, maksat unsurunun varlığı da aranacaktır. Bu doğrultuda, banka hesabını kullandıran kişinin hırsızlık suçu açısından ancak kasten ve yarar sağlama maksadının varlığı halinde sorumlu olması mümkün olacaktır.

İştirak açısından değerlendirdiğimizde, banka hesabını kullandıran kişilerin hırsızlık suçları açısından da kural olarak yardım eden konumunda bulunduğu, müşterek fail olarak kabul edilebilmesi için diğer suç ortakları ile birlikte birlikte suç işleme kararı ve fiil üzerinde hakimiyet tesisine ihtiyaç olduğu görüşündeyiz. Hırsızlık suçu için birden fazla para transferinde kullanılan banka hesaplarında zincirleme suç hükümlerin uygulanması kural olarak mümkündür. Fakat bilişim sistemleri yoluyla hırsızlık suçu çoğu zaman farklı mağdurlara karşı işlendiğinden zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı oldukça dardır. Örneğin, birden çok kişinin mobil bankacılık bilgilerinin hackleme yoluyla ele geçirilmesi ve bu hesaplardaki paranın aynı banka hesabına aktarılması halinde, farklı mağdurlara karşı işlendiğinden dolayı zincirleme suç hükümleri uygulanmayacak ve mağdur sayısı kadar hırsızlık suçu oluşacaktır. Banka hesabını kullandıran kişinin sorumluluğu da buna göre belirlenecektir.

Bilişim sistemleri yoluyla haksız çıkar elde edildiği durumlarda hırsızlık suçunun gerçekleşme ihtimali oldukça sınırlı olup genellikle dolandırıcılık suçu veya bilişim sistemlerinde işlenen başka suçlar söz konusu olmaktadır⁸⁶. Menfaat karşılığında kullandırılan banka hesapları da daha ziyade dolandırıcılık suçlarında görülmektedir. Fakat yukarıda belirtildiği üzere bir hile olmaksızın başkalarının banka hesap bilgilerinin ele geçirilmesi yoluyla mağdurların hesapları boşaltılmakta ve bu işlemlerde bu tür banka hesapları da kullanılmaktadır. Bu durumda banka hesabını kullandıran kişilerin TCK m. 142/2-e kapsamında nitelikli hırsızlık suçundan sorumlulukları söz konusu olacaktır.

⁸⁴ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 706.

⁸⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 572; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 786; Özbek, Bacaksız ve Doğan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 656.

⁸⁶ Gani Kamışlı, *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hırsızlık Suçu*, (Ankara: Seçkin yayınevi, 2017), 164; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 769.

6. Terör Örgütüne Finansman Sağlanması Suçu

Terör faaliyetleri Türkiye'nin yanı sıra dünyanın pek çok yerinde kamu düzeni ve güvenliğini tehdit eden en önemli sorunlardan birini teşkil etmektedir. Terör örgütleri ile mücadelede finans kaynaklarının kesilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle 1999 tarihli Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme imzalanmıştır. Ulusal mevzuatta da çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Son olarak 2013 yılında kabul edilen 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun (6415 s. Kanun) m. 3'te fon sağlanması ve toplanması yasak olan fiiller ve m. 4'te terörizmin finansmanı suçu düzenlenmiştir⁸⁷.

Bankacılık sistemlerinin gelişen teknolojilere ayak uydurması, ATM kartlarının gerçek sahipleri dışında kartı bulunduran ve şifreyi bilen kişiler tarafından kullanılabilir olması, online bankacılık sisteminin gelişmesi ile birlikte bir banka görevlisi ile yüz yüze gelmeden hemen hemen bütün işlemlerin yapılabilmesi ve para transferlerinin bu şekilde kolaylaşması terör örgütlerinin bu sistemlere yönelmelerini sağlamıştır⁸⁸. Terör örgütleri öğrenciler başta olmak üzere finansal zorluklar yaşayan kişilerin banka hesap ve şifrelerini belli bir ücret karşılığında kullanarak önemli miktarda fon transferi yapmakta, bu yolla para aklamakta veya örgüt üyelerine kaynak ulaştırmaktadır. Hesap sahipleri genelde sıradan kişiler olduğu için kamu otoritelerinin dikkatini çekmemektedir. Şüpheli işlemler fark edilip hesap sahipleri yakalandığında ise bu kişilerin banka hesaplarını kullandıran ve bunun dışında hesap hareketleri ile bir ilgisi olmayan kişiler olduğu ortaya çıkmaktadır⁸⁹.

6415 s. Kanun m. 4/1, *“üçüncü madde kapsamında suç olarak düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlayan veya toplayan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* hükmünü içermektedir.

Terörizmin finansmanı suçu eylem unsuru açısından incelendiğinde, fon sağlama ve fon toplama olmak üzere iki bağlı ve seçimlik hareketin düzenlendiği görülmektedir. Fon sağlama failin kendi malvarlığından veya başkasından temin ettiği fon niteliğindeki ekonomik değeri terörizmin finansmanı için bizzat sağlamasıdır. Fon toplama eylemi ise başkalarından toplanan fonların terör örgütünün finansmanı için aktarılmasına aracılık edilmesidir⁹⁰.

⁸⁷ Yeşim Yılmaz, “Terörizmin Finansmanı Suçu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 3 (2020): 180-81.

⁸⁸ Hasan Aykın ve H. Kevser Sözen, *Terörün Finansmanı ile Mücadele*, (Ankara: MASAK Yayın No: XX, 2008), 44.

⁸⁹ Aykın ve Sözen, *Terörün Finansmanı ile Mücadele*, 45.

⁹⁰ Murat Balcı, Kerim Çakır ve Neşat Başoğlu, *Terörizmin Finansmanı Suçu (TFÖHK m. 4/1), Silahlı Terör Örgütüne Yardım Suçu (TCK m. 314/3, m. 220/7, m. 314/2) ve Bu Suçların Ayrımı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 53; Mehmet Gödekli, *Terörizmin Finansmanı Suçu*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), 291-94.

Manevi unsur açısından incelendiğinde bu suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği anlaşılmaktadır. 6415 s. Kanun m. 4/1 hükmü terörizm için sağlanan veya toplanan fonların yasaklanan fiillerin gerçekleştirilmesi “*amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek*” sağlanması veya toplanmasından söz etmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu bu suç tipinin manevi unsurunda “*amaç*” unsuruna da yer vermiştir. Bu nedenle terörizmin finansmanı suçunda suç tipinde belirtilen amaç unsurunun eksik olduğu durumlarda ceza sorumluluğu doğmayacaktır⁹¹. Bu doğrultuda, banka hesabını kullandıran kişilerin terörizmin finansmanı suçu açısından kastının bulunmadığı durumların yanında sadece olası kast veya genel kast ile hareket ettiği hallerde de ceza sorumluluğu doğmayacaktır.

İştirak hükümleri açısından incelendiğinde, banka hesabını kullandıran kişilerin terörizmin finansmanı suçunda dolaylı olarak yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği görülmektedir. Çünkü terörizmin finansmanı suçunda fon sağlama ve fon toplama olmak üzere kanuni tipe uygun iki eylem tanımlanmıştır. Banka hesabını kullandıran kişilerin eylemi, sağlanan ve toplanan fonların aktarılmasına aracılık etmekten ibarettir. Bu durumda banka hesabını kullandıran kişi, suç fiili üzerinde hakimiyet kurmamakta, sadece suçun icrasını kolaylaştırmaktadır. Dolayısıyla banka hesabını kullandırma eylemi ancak yardım etme açısından sorumluluk doğurabilecektir. Aksi bir görüş kıyas yasağına aykırı olacak şekilde suçun kapsamının genişletilmesine neden olacaktır⁹². Buna karşın Yargıtay’ın para transferine aracılık eden şahsı fail olarak sorumlu tuttuğu kararlar da bulunmaktadır⁹³.

Zincirleme suç hükümleri açısından terörizmin finansmanı suçu özellik arz etmemekte olup yukarıda yer verdiğimiz görüş ve açıklamalar burada da geçerlidir. Terörizmin finansmanı suçunda mağdurun toplum olması da göz önüne alındığında bu suç nedeniyle farklı zamanlarda aynı banka hesabıyla yapılan birden fazla para transferinden dolayı zincirleme suç hükümlerinin uygulanma ihtimali yüksektir.

⁹¹ Balcı, Çakır ve Başoğlu, *Terörizmin Finansmanı Suçu*, 71; Gödekli, *Terörizmin Finansmanı Suçu*, 312-13.

⁹² Aynı yönde; Balcı, Çakır ve Başoğlu, *Terörizmin Finansmanı Suçu*, 83; Gödekli, *Terörizmin Finansmanı Suçu*, 294; Yılmaz, “Terörizmin Finansmanı Suçu,” 232-33.

⁹³ “*Terör örgütüne finansal destek sağlamak amacıyla yurtdışından kendi adına havale edilen 1000 avroyu bankadan çekip kırsalda bulunan PKK terör örgütü mensuplarına ulaştıran sanığının eyleminin (...) 6415 sayılı Kanunun 4. Maddesinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçuna TCK m. 37. Maddesi kapsamında iştirak olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilerek,*” Y9.CD, 11.10.2013, K. 6766/12505. Karar için bkz. Balcı, Çakır ve Başoğlu, *Terörizmin Finansmanı Suçu*, 82. “*Terör örgütüne finansal destek sağlamak amacıyla yurtdışından kendi adına havale edilen 1000 avroyu bankadan çekip kırsalda bulunan PKK terör örgütü mensuplarına ulaştıran sanığın eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanunun 8/1, hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanunun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçuna TCK’nın 37. maddesi kapsamında iştirak olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilerek (...),* Y9.CD, 11.10.2013, E. 2012/6766 K. 2013/12505 (Lexpera Veritabanı). İlgili kararlarda para transferlerine aracılık edenler, örgütle belli bir başa sahip kişiler olarak anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu kişiler, bir suç fenomeni olarak incelediğimiz banka hesabını kullandıran kişi profiline tam olarak uymamaktadır. Kanaatimizce, belirttiğimiz profilde bir kişinin sadece fonların transferinde banka hesabının kullanılması nedeniyle fail olarak sorumlu tutulması hukukun mümkün değildir.

SONUÇ

Banka hesaplarının kullandırılması, teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan ve suç dünyasının büyük bir hevesle kullanmaya başladığı yeni bir fenomendir. Bu fenomenin toplumsal, kriminolojik ve hukuki yönleri bulunmaktadır.

Bu çalışmamızda öncelikle banka hesabının kullandırılması kavramının çerçevesini çizmeye çalıştık. Menfaat karşılığında kullandırılan banka hesaplarının suç mekanizmasında nasıl kullanıldığını, hangi görevleri icra ettiğini, hedef grupların ve kullanılan yöntemlerin neler olduğunu inceledik. Banka hesaplarını menfaat karşılığında suç faaliyetleri için kullandırmanın ulusal ve uluslararası düzeyde önemli bir soruna dönüştüğünü tespit ettik. Çeşitli nedenler ile banka hesabını suç örgütlerine kullandıran insan sayısının hızlı bir şekilde artması, kullandırılan banka hesapları nedeniyle asıl suç faillerinin tespitinin zorlaşması ve suçla mücadelenin sekteye uğraması, bu sorunun insani ve adli iki önemli boyutunu oluşturmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta banka hesabı kullandırma konusunun kavramsallaşma sürecini tamamladığını, kamu otoritelerinin bu sorunla mücadele için harekete geçtiğini ve bu konuda çeşitli akademik çalışmaların yapıldığını görmekteyiz. Türk hukukunda bu konuya ilişkin akademik bir çalışma bulunmadığı gibi olgunun kendisi de daha tam olarak anlaşılammıştır. Yargı uygulamasında bu olguya özel olarak yer verilmediği ve özel bir adlandırmanın yapılmadığı görülmektedir. “*Banka hesaplarının kiralanması*” şeklindeki popüler adlandırmanın hukuki olarak sorunlu bir ifade olması nedeniyle “*banka hesaplarının kullandırılması*” şeklinde bir ifadenin daha doğru olacağı sonucuna vardık.

Çalışmamızın esas konusunu banka hesaplarının kullandırılmasından kaynaklanan ceza sorumluluğu oluşturmaktadır. Farklı suç tiplerinde üçüncü kişilere ait banka hesaplarının bir suç enstrümanı olarak kullanılmasına başvurulabilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda menfaat karşılığı kullandırılan banka hesaplarının yoğun olarak görüldüğü temel suç tiplerini tespit edip ayrı ayrı ele aldık. Her ne kadar banka hesaplarını kullandırma eylemi ortak olsa da her suç tipinin karakteristik özellikleri farklılık göstermekte ve banka hesabını kullandıran kişilerin cezai sorumlulukları bundan etkilenmektedir. Bu doğrultuda incelediğimiz suç tiplerinde suçun kendi yapısal unsurları ile banka hesabını kullandırma eylemi arasındaki ilişkiyi öz olarak ele almaya çalıştık. Bu esnada mahkeme kararlarına mümkün olduğu kadar sık başvurmaya çalıştık. Fakat bu konu yargı uygulamasında henüz ortak bir terim ile ifade edilmediği ve mahkeme kararlarında çoğu zaman ayrıca ele alınmadığı için yeterli miktarda karara ulaşmakta önemli sorunlar yaşadık.

Yapılan incelemeler neticesinde bir menfaat karşılığında kullandırılan banka hesapları ile ilgili bir yasal boşluğun bulunmadığı, fakat çoğu yargılamada bu yeni suç fenomeninin özel nitelikleri göz önüne alınmadan kararlar verildiği

görülmektedir. Banka hesabını kullandıran kişilerin yardım eden olarak sorumlu tutulması gerekirken çoğu mahkeme kararında fail olarak sorumlu tutulduğu görülmektedir. Bunun yanında her bir suç tipinin özelliklerine göre banka hesabını kullandıran kişilerin kastının titizlikle incelenmesi gerekirken bu incelemenin çoğu durumda yüzeysel olarak yapıldığı ve kastın varsayımsal olarak mevcut kabul edildiği görülmektedir. Ayrıca banka hesabını kullandıran kişiler açısından çeşitli durumlarda uygulanabilecek nitelikteki haksızlık hatası ve dolaylı faillik gibi kurumlara yargı kararlarında herhangi bir şekil yer verilmediği görülmektedir. Bunların yanında, özellikle dolandırıcılık suçlarına ilişkin yargı pratiğinde, banka hesabını kullandıran kişiler adil ve etkili bir yargılama yerine öncelikle etkin pişmanlık hükümlerine yönlendirilmektedir. Pratik gayeler ile yapılan bu uygulamalar adalet ve hakkaniyetten uzaktır.

Her geçen gün daha fazla karşılaşılan bu olgu ile mücadelenin ceza hukuku boyutunda adil ve caydırıcı sonuçlar alınabilmesi için daha fazla çalışma yapılması ve yargı düzeyinde ayrı bir kavram olarak ele alınıp değerlendirilmesinin buna göre yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Açıkgöz, Emre İkbâl. *Bilişim Sistemleri Aracılığıyla Haksız Yarar Sağlama Suçu (TCK m. 244/4)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Açıkgöz, Emre İkbâl. *Müşterek Faillik - Suça İştirakta Karşılıklı İsnadiyet*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Altenhein, Karsten. “StGB § 261 Geldwäsche.” In *Nomos Kommentar StGB*, edited by Urs Kindhauser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paefgen and Frank Saliger: Nomos Verlag, 2023.
- Artuk, M. Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, M. Emin ve Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, M. Emin ve Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Aydın, Devrim. “Dolandırıcılık Suçu.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2021): 649-705.
- Aykın, Hasan ve Sözman, H. Kevser. *Terörün Finansmanı ile Mücadele*. Ankara: MA-SAK Yayın No: XX, 2008.
- Balcı, Murat ve Çakır, Kerim. *Kripto Para ve Elektronik Para Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Balcı, Murat, Çakır, Kerim ve Başoğlu, Neşat. *Terörizmin Finansmanı Suçu (TFÖHK m. 4/1), Silahlı Terör Örgütüne Yardım Suçu (TCK m. 314/3, m. 220/7, m. 314/2) ve Bu Suçların Ayrımı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Bekkers, Luuk Marc Jacobus ve Leukfeldt, ER. “Recruiting Money Mules on Instagram: A Qualitative Examination of the Online Involvement Mechanisms of Cybercrime.” *Journal of Deviant Behavior* 44, no. 4 (2023): 603-19.
- Bekkers, Luuk, Van Houten, Ynze, Spithoven, Remco ve Leukfeldt, Eric Rutger. “Money Mules and Cybercrime Involvement Mechanisms: Exploring the Experiences and Perceptions of Young People in The Netherlands.” *Journal of Deviant Behavior* 44, no. 9 (2023): 1368-85.
- Belci, Ozancan. “Spor Müsabakalarında Yasadışı Bahis ve Şans Oyunu Suçları.” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2021): 379-418.
- Choo, Kim-Kwang Raymond. “Money Laundering and Terrorism Financing Risks of Prepaid Cards Instruments.” *Asian Journal of Criminology* 4, no. 1 (2009): 11-30.
- Çakır, Kerim. *Suça İştirakte Müşterek Faillik*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Çakır, Kerim. *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Çelen, Ömer. *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail Yardım Eden Ayrımı)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Değirmenci, Olgun. *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (Kara Para Aklama Suçu)*. Ankara: Turhan Yayınevi, 2007.

- Dülger, Murat Volkan. *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Erdoğan, Yağmur Müge. *Zincirleme Suç*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2023).
- Galdo, Michael C., Tait, Monica E. ve Feldman, Lisa E. “Money Mules: Stopping Older Adults and Others from Participating in International Crime Schemes.” *Department of Justice Journal of Federal Law and Practice* 66, no. 7 (2018): 95-112.
- Gödeklı, Mehmet. *Terörizmin Finansmanı Suçu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Göktürk, Neslihan. “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, S. 3 (2016): 407-450.
- Hulsse, Rainer. “The Money Mule: Its Discursive Construction and the Implications.” *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 50, no. 4 (2017): 1007-32.
- İçer, Zafer ve Akıncı, Cansu. “Spor Müsabakalarında Yasadışı Bahis ve Şans Oyunu Suçları (7258 Sayılı Kanun m. 5).” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29, no. 2 (2023): 981-1002.
- Kamışlı, Gani. *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hırsızlık Suçu*. Ankara: Seçkin yayınevi, 2017.
- Kaplan, İbrahim. “Banka Hesabı Türleri, Hesap Sahibinin ve Hesap Türünün Tayininden Uygulanacak Kurallar.” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 49, no. 01 (1994): 273-89.
- Kılıç, Ahmet *Suçların İctimai Bağlamında Fiil teklifi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Koç, Orçun. *Teori ve Uygulamada Hırsızlık Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Koç, Ziya. “Belirsiz Sayıda Kişiyi Karşı Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenen Dolandırıcılık Suçu.” In *5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı* edited by Cumhur Şahin ve Faruk Turhan İzzet Özgenç. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami ve Karadeniz, Serra. “Bankacılık Yöntemlerinin Kullanılması Kapsamında Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu.” In *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*, 415-502. Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016.
- Meran, Necati. *Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.
- Metz, Jochen. “Neue Phänomene bei Kriminalität und Rechtsmissbrauch.” *Juristische Rundschau* 2019, no. 10 (2019): 492-502.
- Neuheuser, Stephan. “Die Strafbarkeit des Bereithaltens und Weiterleitens des durch” Phishing erlangten Geldes.” *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 28, no. 9 (2008): 492-97.
- Özbek, Veli Özer. *Ekonomi Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özbek, Veli Özer, Bacaksız, Pınar ve Doğan, Koray. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.

- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özgenç, İzzet ve Yurtlu, Fatih. “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme.” In *5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, edited by Cumhur Şahin ve Faruk Turhan İzzet Özgenç. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Raza, Muhammad Subtain, Zhan, Qi ve Rubab, Sana. “Role of Money Mules in Money Laundering and Financial Crimes a Discussion Through Case Studies.” *Journal of Financial Crime* 27, no. 3 (2020): 911-31.
- Schwab, Dieter. “BGB § 819 Verschärfte Haftung bei Kenntnis und bei Gesetzes- oder Sittenverstoß.” In *Münchener Kommentar zum BGB*, edited by Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker and Bettina Limperg. Münschen: Verlag C.H. BECK München, 2024.
- Semiz, Murat. *Bilişim Suçları ve Soruşturma Yöntemleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016).
- Şen, Ersan. “Hırsızlık Suçları.” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2012).
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, R. Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Töngür, Ali Rıza. “Türk Ceza Kanununda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu.” *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Aralık 100, no. 2 (2014): 37-64.
- Yılmaz, Sacit. “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu.” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2 (2011): 69-98.
- Yılmaz, Sacit. *Türk Ceza Hukuku Sisteminde Siber Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Yılmaz, Yeşim. “Terörizmin Finansmanı Suçu.” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 3 (2020): 177-267.

İnternet Kaynakları

- Baden-Württemberg Landes Kriminalamt. “Finanzermittlungen Jahrbuch 2010”. Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024. https://ub01.unituebingen.de/xmlui/bitstream/handle/10900/80311/Finanzermittlungen_20101.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- EUROPOL. “European Money Mule Action leads to 1 803 arrests”. Erişim Tarihi: Temmuz 11, 2024. <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/european-money-mule-action-leads-to-1-803-arrests>.
- EUROPOL. “Money Muling”. Erişim Tarihi: Temmuz 09, 2024, https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/austria_flyer.pdf.
- EUROPOL. “Public Awareness and Prevention Guides - Money Muling”. Erişim Tarihi: Temmuz 02, 2024, <https://www.europol.europa.eu/operations-services-and-innovation/public-awareness-and-prevention-guides/money-muling>.
- Lexpera Veritabanı, Erişim Tarihi: Ağustos 5, 2024, <https://www.lexpera.com.tr/>
- MASAK. “Faaliyet Raporu 2023”. Erişim Tarihi: Temmuz 20, 2024. <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2024/04/Faaliyet-Raporu-2023.pdf#page=39.11>.

- Milliyet Gazetesi. “‘Kiralık banka hesabı’ tuzağında şok detaylar: 300 bin liraya yüzde 8’lik pay!”. Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2024. <https://www.milliyet.com.tr/gundem/kiralik-banka-hesabi-tuzaginda-sok-detaylar-300-bin-liraya-yuzde-8lik-pay-7047177>.
- NTV Haber. “‘Yüksek kazançla kiralık banka hesabı aranıyor’ ilanlarına dikkat! Baş şüpheli olabilirsiniz”. Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2024. https://www.ntv.com.tr/galeri/turkiye/yuksekkazancla-kiralik-banka-hesabi-araniyor-ilanlarina-dikkat-bas-supheli-olabilirsiniz,HqAo_4MrskenlhMKuQStRg.
- TBMM Kanun ve Mevzuat. “5549 sayılı Kanun m. 15 Gerekçesi”. Erişim Tarihi: Temmuz 17, 2024. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-c1cb-037b-e050007f01005610&kanunNumarasi=5549#step-2>.
- TRT Haber. “‘Banka hesabınızı kiralayın’ mesajına dikkat”. Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2024, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/banka-hesabinizi-kiralayin-mesajina-dikkat-654878.html>.
- Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı. “Ticaret Bakanlığı İban Kiralama İlanları Başta Olmak Üzere Sosyal Mühendislik Dolandırıcılıklarına Karşı Harekete Geçti”. Erişim Tarihi: Temmuz 07, 2024. <https://ticaret.gov.tr/haberler/ticaret-bakanligi-iban-kiralama-ilanlari-basta-olmak-uzere-sosyal-muhendislik-dolandiriciliklarina-karsi-hareket-e-gecti>.

İBN-İ HALDUN'UN ASABİYET TEORİSİ TEMELİNDE DEVLETİN GÖÇ PLANLAMASI VE GÖÇMENLERİN HAKLARI İLİŞKİSİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Özgür AYDIN**^(**)

Öz

Bu makalede, devleti oluşturan temel unsurlardan birisi olarak kabul edilen nüfus unsuru üzerine İbn-i Haldun'un asabiyet teorisi temelinde yaklaşımı ve modern devletin hukuk düzeninde dayandığı göçmen hakları ilişkisi incelenmektedir. İnsanların birbiri ile dayanışmasının oluşturduğu toplumdaki herkesin evrensel kurallara göre hareket ettiği kalabalıklara dönüşüm, modern devletler açısından nüfus unsurundaki niteliğin takip edilmesini zorlaştırmaktadır. Özellikle kısa süreli seyahatlerle alışıldık hale gelen kent hareketliliğinin yanında, göç ile gelenlerin oluşturduğu kalabalıklar, modern devlette nüfus unsuru takip etme yükümlülüklerini önemli hale getirmiştir. Bilindiği üzere devlet oluşumundan bahsedebilmek için egemenlik ve ülke unsurlarının yanında nicelik olarak yeterli insan topluluğuna ve nitelik olarak birtakım bağlarla bir arada yaşama iradesine gerek vardır. Aksi takdirde, salt kalabalık halde yaşayan insan toplulukları bir devlet oluşturmazlar.

İbn-i Haldun, tarihsel verileri ve dönemindeki sorunları gözlemleyerek devletin nüfus unsuru incelemiştir. Onun nüfus unsuru oluşturan insan topluluğundaki dayanışmaya karşılık geliştirdiği asabiyet teorisi, nüfus ve göç planlamasında dikkat edilmesi gereken hususlara açıklık getirmektedir. Siyasi iktidarların üzerine kuruldukları toplum içinde asabiyetin beklediği dayanışmayı sağlama görevlerinin bulunduğuna işaret eden İbn-i Haldun'a göre, bu görevin hakkıyla yerine getirilmemesi durumunda çözülme yaşanmaktadır. Ekonomik krizlerde, savaşlarda ve doğal afetlerde bir devletin güçlü olabilmesini sağlayan asabiyetin beklediği dayanışmadır. İnsanların haklarına erişme konusunda şüphe duymadığı bir devlete vatandaş olması, modern dönemde gözetilen dayanışmanın temelinde yer almaktadır. İbn-i Haldun'un önerileri doğrultusunda planlanan çalışmanın içeriği; düşünürün asabiyet teorisi bakımından nüfus unsuru oluşturan toplumun niteliği, nüfus planlamasının gerekliliği ve göç edenlerin hakları ile yükümlülükleri arasındaki ilişkiden oluşmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İbn-i Haldun, Asabiyet Teorisi, Devletin Nüfus Unsuru, Göç, İnsan Hakları.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi](#): 16.10.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih](#): 03.12.2024
[DOI No](#): 10.54704/akdhfd.1568097

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Antalya, Türkiye
[E-posta](mailto:ozguraydin@akdeniz.edu.tr): ozguraydin@akdeniz.edu.tr
[Orcid Id](https://orcid.org/10000-0002-9827-5015): <https://orcid.org/10000-0002-9827-5015>



THE RELATIONSHIP BETWEEN THE STATE'S MIGRATION PLANNING AND THE RIGHTS OF MIGRANTS ON THE BASIS OF IBN-İ HALDUN'S THEORY OF ASABIYYAH

Abstract

In this article, Ibn Khaldun's approach to the element of population, which is accepted as one of the basic elements of the state, on the basis of the theory of asabiyyah and the relationship between the rights of immigrants on which the modern state is based in the legal order is examined. The transformation from the society formed by the solidarity of people with each other to the crowds where everyone acts according to universal rules makes it difficult for modern states to follow the quality of the population element. In addition to the general urban mobility that has become customary especially with short-term travelling, the crowds formed by those who come with migration have made the obligations to monitor the population element important in the modern state. As it is known, in order to talk about state formation, in addition to the elements of sovereignty and country, there is a need for a sufficient human community in terms of quantity and the will to live together with certain ties in terms of quality. Otherwise, mere crowded human communities do not constitute a state.

Ibn Khaldun analysed the population element of the state by observing historical data and the problems of his time. His theory of asabiyyah, which he developed in response to the solidarity in the human community that constitutes the population element, clarifies the issues to be considered in population and migration planning. According to Ibn Khaldun, who pointed out that political powers have the duty to ensure the solidarity expected by asabiyyah in the society on which they are founded, if this duty is not fulfilled properly, dissolution occurs. It is the solidarity expected by asabiyyah that enables a state to be strong in economic crises, wars and natural disasters. The fact that people are citizens of a state where they have no doubt about accessing their rights is at the basis of the solidarity observed in the modern period. The content of the study planned in line with Ibn Khaldun's suggestions consists of the nature of the society that constitutes the population element in terms of the thinker's theory of asabiyyah, the necessity of population planning and the relationship between the rights and obligations of migrants.

Keywords

Ibn Khaldun, Theory of Asabiyyah, Population Element of the State, Migration, Human Rights.

Extended Abstract

The mobility of people from one place to another has increased compared to the old periods with the development of technology. Travels that used to take days, weeks or even months can be carried out within hours with the spread and acceleration of means of transport. The number of city visitors, which was calculated in tens of thousands even in the largest cities of modern states until recently, can reach hundreds of thousands or even millions in the 21st century. This mobility makes the earth almost like a small city, and with the contribution of communication tools, people moving from one place to another can easily get lost in the crowds of their new destination. Intense human mobility, which contributes to economic wealth, is attractive to city dwellers and they want to benefit from the opportunities provided by this density. City administrators, who have become obliged to host visitors from different societies, have to make innovations in their daily functioning. Especially in big cities where short-term travels are intensively made, many warning signs, from signs pointing out the rules of the city to signs defining the working subjects of businesses, turn into universal language. These applications, which facilitate the lives of those coming and going to and from the city, spread similar urban textures. Cities that explain the rules used in daily life with universal definitions have created human communities that follow familiar rules. This situation has led to a transition from cities inhabited by communities that can easily recognise each other to cosmopolitan cities where similar movements of dense crowds are witnessed. The transformation from the society formed by the solidarity of people with each other to the crowds where everyone acts according to universal rules makes it difficult for modern states to follow the quality of the population element. As it is known, in order to talk about state formation, in addition to the elements of sovereignty and territory, there is a need for a sufficient human community in terms of quantity and the will to live together with certain ties in terms of quality. Otherwise, human communities living in mere crowds cannot

establish a state and in time they will suffer the fate of the crowds that have failed to establish a state.

When seeking answers to questions about the fate of the destruction of the modern state in terms of the population element, examples from history can be emphasised. Ibn Khaldun, in the introduction of his work *Muqaddime*, advises individuals and state administrators who have a question mark about how the current situation should be interpreted to consult the science of history. Historical data show that in terms of state theory and human rights, it is essential to take precautions and planning against the destruction that may occur in case of intensive migration. Likewise, the historical situation of states that have strengthened and collapsed, and societies that have developed or disappeared due to migration is in this direction. On the other hand, it is no longer possible to evaluate the situation based solely on historical data due to the transforming society and state structure. Ibn Khaldun characterises this type of evaluation as a mistake made by those who adhere to the science of history. According to him, what needs to be done is to interpret what has happened over the centuries through historical data and to take into account the changing conditions.

In line with this suggestion, history and the present should be evaluated together about the questioned situation. Today, it does not seem possible to stop the phenomenon of migration completely. In this case, the threats posed by migration should be known in the light of historical data and plans should be made against the phenomenon of migration forced by developments over time. Likewise, states that have been able to plan migration have developed by protecting the rights of both the people who come with migration and the people who make up the population element, while states that have been exposed to migration without planning have been dragged into disasters by violating the rights of the people who come with migration and make up the population. The consequences of making arbitrary decisions on migration, which can have such great effects, have been devastating for humanity. It has become the duty of modern states to respect those who attempt to migrate in order to protect the rights of people who are exposed to disasters in the geography where they live, and to prevent the damage that may occur in the solidarity of the people who make up its population in the face of similar difficulties.

The protection of the national security of the modern state is also possible through the protection of human rights. For the solidarity favoured by *asabiyyah*, every member of the society must have equal rights. On the other hand, each person who constitutes the society has the obligation to respect the rights and freedoms of other people. In this case, all people, whether they have migrated or settled down, must be loyal to the contract created by *asabiyyah*. The solidarity expected by the theory of *asabiyyah* can only be possible by observing the rights and obligations regulated by modern constitutions and laws established by the social contract. The rights that must be ensured for the migrants to lead a life worthy of human dignity and the responsibilities imposed on the citizens of the states to which they migrate must be considered together. The consistent pursuit of this unity is the duty of the political powers that legitimately administer the state. According to Ibn Khaldun, who points out that political powers have the duty to ensure the solidarity expected by *asabiyyah* in the society on which they are founded, if this duty is not fulfilled properly, dissolution occurs. As Ibn Khaldun points out, the weakening of *asabiyyah* from inside and outside will prevent the people who make up the society from accessing their rights and make social dissolution inevitable. It is the solidarity expected by *asabiyyah* that enables a state to be strong in economic crises, wars and natural disasters. Being a citizen of a state in which people have no doubts about accessing their rights is at the basis of the solidarity observed in the modern period. In this article, in line with the information summarised above, the relationship between the population element of the modern state, which should be protected according to Ibn Khaldun's theory of *asabiyyah*, and human rights, which are the basis of the rule of law, is emphasised.

GİRİŞ

İnsanların bir yerden başka bir yere hareketliliği, teknolojinin gelişmesiyle eski dönemlere nazaran çok artmıştır. Günler, haftalar hatta aylar süren yolculuklar, ulaşım araçlarının yaygınlaşması ve hızlanması ile saatler içinde gerçekleştirilebilmektedir. Yakın zamana kadar modern devletlerin en büyük kentlerinde dahi on binlerle hesaplanan kent ziyaretçilerinin sayısı, 21. yüzyılda yüz binleri hatta milyonları bulabilmektedir. Bu hareketlilik, yeryüzünü neredeyse küçük

bir kent gibi yaşatabilmekte, iletişim araçlarının da sağladığı katkıyla bir yerden başka bir yere hareket halinde olan insanlar yeni ulaştıkları yerin kalabalıkları içinde kolaylıkla kaybolabilmektedir. Ekonomik zenginliğe katkı sağlayan yoğun insan hareketliliği kent mukimlerine cazip gelmekte, bu yoğunluğun sağladığı imkânlardan faydalanmak istemektedir. Farklı toplumlardan gelen ziyaretçileri ağırlamakla yükümlü hale gelen kent yöneticileri, gündelik işleyişinde yenilikler yapmak durumunda kalmaktadır. Özellikle kısa süreli seyahatlerin yoğun olarak gerçekleştirildiği büyük şehirlerde; kent kurallarını işaret eden levhalardan, işletmelerin çalışma konularını tanımlayan tabelalara kadar birçok uyarıcı evrensel dile dönüşmektedir. Kente gelip gidenlerin hayatını kolaylaştıran bu uygulamalar, birbirine benzeyen kent dokularını yaygınlaştırmaktadır. Gündelik yaşamda kullanılan kuralları evrensel tanımlamalarla açıklayan kentler, tanıdık kurallara uyan insan topluluklarını meydana getirmiştir. Bu durum; birbirini kolaylıkla tanıyabilen toplulukların yaşadığı kentlerden, yoğun kalabalıkların benzeşen hareketlerine şahit olunan kozmopolitik kentlere geçişi doğurmuştur.

İnsanların birbiri ile dayanışmasının oluşturduğu toplumdaki herkesin evrensel kurallara göre hareket ettiği kalabalıklara dönüşüm, modern devletler açısından nüfus unsurundaki niteliğin takip edilmesini zorlaştırmaktadır. Özellikle kısa süreli seyahatlerle alışıldık hale genel kent hareketliliğinin yanında, göç ile gelenlerin oluşturduğu kalabalıklar, modern devlette nüfus unsurunu takip etme yükümlülüklerini önemli hale getirmiştir. Bilindiği üzere modern devletler için sürekli takip edilmesi ve programlanması gereken konuların başında nüfus unsurunun niteliği gelmektedir. Keza klasik devlet tanımında üzerinde durulan unsurdan birisi, millet unsurudur. Egemenlik ve ülke unsurlarının yanında devlet oluşumundan bahsedebilmek için nicelik olarak yeterli insan topluluğuna ve nitelik olarak birtakım bağlarla bir arada yaşama iradesine gerek vardır. Aksi takdirde, salt kalabalık halde yaşayan insan toplulukları bir devlet kuramaz¹ ve zamanla devlet kuramamış kalabalıkların akıbetine uğrarlar.

Modern devletin nüfus unsuru yönünden yaşadığı tahribatların akıbetinin ne olacağına dair sorulara cevap arandığında, tarihten örnekler üzerinde durulabilir. İbn-i Haldun; Mukaddime isimli eserinin giriş kısmında, içinde bulunulan durumun nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin soru işareti taşıyan bireylere ve devlet yöneticilerine, tarih bilimine başvurmalarını öğütlemektedir². Tarihteki veriler; devlet teorisi ve insan hakları bakımından yoğun göç durumunda oluşabilecek tahribatlara karşı önlemler alınarak planlama yapılmasının elzem olduğunu göstermektedir. Keza; göç sebebiyle güçlenen ve yıkılan devletler ile gelişen ya da yok olan toplumların tarihteki durumu bu yöndedir. Öte yandan salt tarihi veriler üzerinden durum değerlendirmesi yapabilmek, dönüşen toplum ve devlet

¹ Kemal Gözler. "Devletin Bir Unsuru Olarak "Millet" Kavramı", *Türkiye Günlüğü*, S.64 (2001), 109.

² İbn-i Haldun, *Mukaddime*, (İstanbul: İlgü Kültür Sanat Yayıncılık, 2013), 37.

yapısı sebebiyle artık mümkün değildir. İbn-i Haldun bu değerlendirme türünü, tarih ilmiyle bağlı kalanların düştüğü bir yanılgı olarak nitelendirmektedir. Ona göre yapılması gereken, tarihteki veriler üzerinden asırlar geçtikçe yaşananları yorumlamak ve değişime uğrayan koşulları göç önünde bulundurmaktır³.

Bu öneri doğrultusunda, sorgulanan durum hakkında tarih ile güncelin bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir. Günümüzde göç olgusunun tamamen durdurulması mümkün görünmemektedir. Şu halde, tarihsel veriler ışığında göçün oluşturduğu tehditler bilinmeli ve zaman içinde gerçekleşen gelişmelerin icbar ettiği göç olgusuna karşı planlamalar yapılmalıdır. Keza göç planlamasını yapabilmiş devletler, hem göç ile gelen hem de nüfus unsurunu oluşturan insanların haklarını koruyarak gelişim göstermekteyken; planlama yapılmaksızın göçe maruz kalan devletler, göç ile gelen ve nüfusunu oluşturan insanların haklarını ihlal ederek felaketlere sürüklenebilmiştir. Böylesine büyük etkileri olabilen göç konusunda keyfiyetle tasarruflarda bulunmanın sonuçları, insanlık açısından yıkıcı olmuştur. Yaşadıkları coğrafyada felaketlere maruz kalan insanların haklarını korumak için göç etme girişimlerinde bulunanları saygıyla karşılamak ve benzer zorluklar karşısında nüfusunu oluşturan insanların dayanışmasında oluşabilecek tahribatları önlemek modern devletlerin görevi haline gelmiştir.

Bu makalede; kontrolsüz göçün nüfus unsurunda oluşturabileceği tahribat, modern devletin bu tahribatı önlemek için yapması gereken nüfus planlaması, devlet alanında göçmenlerin hak ve yükümlülüklerinin neler olduğu soruları İbn-i Haldun'un yaklaşımıyla cevaplanmaya çalışılacaktır. Keza, modern devletlerin bu sorununa çözüm aranırken incelenebilecek düşünürlerin başından İbn-i Haldun gelmektedir. İbn-i Haldun, tarihsel verileri ve dönemindeki sorunları gözlemleyerek devletin nüfus unsurunu incelemiştir. Onun nüfus unsurunu oluşturan insan topluluğundaki dayanışmaya karşılık geliştirdiği asabiyet teorisi, göç planlamasında dikkat edilmesi gereken hususlara açıklık getirmektedir.

İbn-i Haldun'un önerileri doğrultusunda planlanan çalışmanın içeriği; düşünürün asabiyet teorisi bakımından nüfus unsurunu oluşturan toplumun niteliği, asabiyet teorisine göre nüfus planlamasının gerekliliği ve göç edenlerin hakları ile yükümlülükleri arasındaki ilişkiden oluşmaktadır.

I. İBN-İ HALDUN'UN ASABİYET TEORİSİ VE DEVLETİN NÜFUS UNSURU İLİŞKİSİ

Sosyal bilimlerin birçok alanında fikirlerinden faydalanılan İbn-i Haldun (tam adıyla Ebû Zeyd Abdurrahman bin Muhammed bin Haldun el-Hadramî), 27 Mayıs 1332'de Tunus'ta doğmuş, 17 Mart 1406'da Kahire'de vefat etmiştir. İslam dünyasının en önemli tarihçilerinden ve sosyologlarından biri olarak kabul edilen İbn-i Haldun, özellikle Mukaddime adlı eseri ile bilinmektedir. Bilim dünyasında tanınmasına vesile bu olan çalışma, el-İber isimli tarih kitabına giriş

³ İbn-i Haldun, *Mukaddime*, 62.

mahiyetindedir. Mukaddime; tarihin, toplumların ve medeniyetlerin doğuşunu, gelişimini ve çöküşünü açıklayan teoriler içermekte, modern tarih bilimi ve sosyolojinin temellerini atan en önemli eserlerden biri olarak kabul edilmektedir. Fransızca ve Osmanlıca başta olmak üzere farklı dillere çevrilen Mukaddime, toplumsal hayatın ve devlet idaresinin işleyişine ilişkin fikirler vermektedir. Eserin farklı alanlarda faydalanılacak bilgiler içerdiği bilinmesine rağmen, özellikle Türkiye’de devlet teorisi ve insan hakları hukuku alanında yeterli önemi görmediği belirtilmektedir⁴.

İbn-i Haldun; içinde yaşadığı dönemin koşullarını ayrıntılı olarak gözlemlemiş ve elde ettiği bulguları eser haline getirmiştir. Dolayısıyla; onun çok boyutlu çalışmalarının daha iyi anlaşılması için yaşadığı dönemde gerçekleşen siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik ortamın bilinmesi önemlidir. Siyaset ve devlet adamı, din âlimi, sosyolog, tarihçi, şair ve coğrafya bilimcisi gibi sıfatlarla tanımlanan İbn-i Haldun; Afrika’da küçük devletlerin birbirine karşı sürekli savaş ve kargaşa yaşadığı, Türkler ve Memlukler tarafında tekrar İslamiyet’i yayma çabalarının gözlemlendiği, Arap dünyasında devletlerin parçalandığı, Timur imparatorluğunun sınırlarını genişlettiği, Osmanlı İmparatorluğu’nun Timur’un hamlesi ile zayıfladığı, Endülüs’te Müslüman hâkimiyetinin kaybedilmek üzere olduğu dönemde yaşamıştır⁵. İbn-i Haldun, dönemin önde gelen İslam âlimlerinden dersler almış; Kur’an, hadis, fıkıh, dilbilim ve edebiyat gibi çeşitli alanlarda eğitim görmüştür. Genç yaşta Tunus’ta devlet görevlerine getirilmesine rağmen; siyasi entrikalar ve rekabet nedeniyle çeşitli zorluklarla karşılaşmıştır. Devlet adamlığı döneminde Cezayir, Fas, Endülüs ve Mısır gibi İslam coğrafyasının farklı yerlerinde görev yapmıştır⁶.

İbn-i Haldun’un birçok görev alması ve âlim bir devlet adamı olarak tanınması, bilime verdiği önemle bilinen Timur’un dikkatini çekmiştir. Timur ile İbn-i Haldun’un hakkaniyetli devlet yönetimi konusunda görüşmeler yaptığı bilinmektedir. Timur İbn Haldun’a Mağrib coğrafyasında bulunan Fas, Tanca, Sebte ve Sicilmâse hakkında sorular yöneltilmiş; İbn-i Haldun Mağrib ile ilgili ayrıntılı bilgilerin yer aldığı on iki sayfalık bir yazıyı kaleme alarak Timur’a sunmuştur⁷. Timur’un Şam’ı kuşattığı dönemde İbn-i Haldun ile görüşmeleri, tarihe geçen önemli olaylar içinde kabul edilmektedir. Bütün bu koşullar, toplumların devlete dönüşümü, güçlenişi ve yıkılışı üzerine İbn-i Haldun’un yoğun gözlem yapabilmesine olanak sağlamıştır. Onun düşünceleri ve teorileri, yüzyıllar boyunca hem İslam dünyasında hem de Batı’da etkisini sürdürmüş ve birçok alanda öncü kabul edilmiştir.

⁴ Oktay Uygun, *İbni Haldun’un Toplum ve Devlet Kuramı*, (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2008), 2.

⁵ Sayed Hanan Yusufi, “İbn-i Haldun’un Düşüncesi ve Uluslararası İlişkiler”, *Trakya Üniversitesi Meslekî ve Sosyal Bilimler Dergisi*, 1, S. 1, (2018), 23.

⁶ Uygun, *İbni Haldun’un Toplum ve Devlet Kuramı*, 5.

⁷ Ercan Cengiz, “Timur’un Suriye Seferi’nde Halep ve Şam Âlimleriyle Yaptığı Görüşmeler”, *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, S.70 (2021), 368.

İbn-i Haldun; yaptığı gözlemler sonucunda toplumların ve medeniyetlerin gelişim, değişim ve çöküş süreçlerini inceleyen çalışmasını ümran⁸ bilimi olarak tanımlamıştır. İbn-i Haldun ümran ile medeniyetin bir arada yaşadıkları yeri kasettiğini ifade etmektedir⁹. Ümran bilimi; tarihsel olayları sadece olayların kronolojik bir anlatımı ile ele almaktan ziyade toplumların, kültürlerin ve devletlerin arkasındaki sosyal, ekonomik ve politik süreçleri de incelemektedir. Bu merakın amacı; toplumsal yapıları ve bu yapıların nasıl değişip geliştiğini anlamaya yöneliktir. Düşünür; ümran biliminin yalan haberlerden arındırılmış hali ile tarihsel süreçte insanların birbirleri ile ilişkilerinde oluşan saldırganlıkları, alışkanlıkları, asabiyete tabiiyetlerinin sonucu olarak doğan birbirlerini koruma duygularını, insanlar arasında cereyan eden hâkimiyeti ve tüm bu organizasyonun sonucunda ortaya çıkan devleti incelediğini belirtmektedir¹⁰. Toplumların neden yükseldiği, nasıl zayıfladığı ve hangi süreçlerden geçtiği konusunda soruları çözümlenerek devletin dinamiklerini anlamada bir araç olabilecek ümran bilimi; insanlar arasındaki güçlü dayanışmanın gerekçelerini ve bu dayanışmayı etkileyen sebepleri irdelemektedir.

Düşünür, güçlü bir devletin içeriden ve dışarıdan meydana gelebilecek tehditler karşısında ayakta kalabilmesi için devleti oluşturan toplumdaki dayanışmaya işaret etmektedir. İbn-i Haldun'un toplumu oluşturan dinamiklere dair çıkarımları, insanların yapay bir birliktelik oluşturduğu temeline dayanmamaktadır. Ona göre toplum doğal bir sürecin sonucu olarak re'sen meydana gelmiştir. İnsanın toplumu oluşturma gibi bir düşüncesi ya da iradesi söz konusu değildir. Bu yönüyle İbn-i Haldun'un toplum anlayışı, sözleşme kuramcılarından ayrılmaktadır. Doğası gereği yalnız yaşama ihtimali olmayan insanların toplumu meydana getirmesi kaçınılmazdır¹¹. İnsanların yalnız yaşama ihtimali olmayışını ve tehditlere karşı birlikte hareket etme ihtiyacını doğasının sonucu olarak değerlendiren İbn-i Haldun, bu yönüyle insanı arılara ve çekirgelere benzetmektedir. Ona göre; insanlar da tıpkı hayvanlar gibi bir fikrin ya da ideolojinin sonucu olarak değil, fitratının ve hidayetinin gereği olarak bir güç etrafında örgütlenmektedir¹².

İbn-i Haldun'a göre, toplumsal dayanışma sürecinin temeline gidildiğinde asabiyet¹³ görülmektedir. Asabiyet kavramı, devletlerin güçlenme ve çöküş sü-

⁸ Ümran kelimesi Türkçe'de bayındırlık anlamına gelmektedir. Bayındır kelimesi ise gelişip güzelleşmesi, hayat şartlarının uygun duruma getirilmesi için üzerinde çalışılmış olan, bakımlı, imar edilmiş yer, ongun, abata, mamur anlamlarına gelmektedir. "Ümran Kelimesinin Anlamı", TDK Sözlüğü, Erişim Tarihi: Eylül 11, 2024. <https://sozluk.gov.tr/>

⁹ İbn-i Haldun, *Mukaddime*, 81.

¹⁰ İbn-i Haldun, *Mukaddime*, 70.

¹¹ Uygun, *İbni Haldun'un Toplum ve Devlet Kuramı*, 9.

¹² İbn-i Haldun, *Mukaddime*, 83.

¹³ Türkçe'de asabiyet kelimesi iki anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan birincisi sinirlik, öfkeli olma anlamına gelirken; diğeri aynı soydan gelenlerin dayanışma ve aidiyet duygusu, akrabalık anlamına gelmektedir. "Asabiyet Kelimesinin Anlamı", Erişim Tarihi: Eylül 11, 2024. <https://sozluk.gov.tr/>

reçlerini anlamada anahtar rol oynamaktadır. İnsanlar arasında kan bağı, akrabalık, soydaşlık ya da ortak menfaatler gibi nedenlerle oluşan güçlü bir asabiyet; toplumsal hayatın güvenli şekilde işlenmesini ve devletin ayakta kalmasını sağlamaktadır. Böyle bir dayanışma; toplumun ya da grubun kendini koruma, savunma ve bir amaç doğrultusunda harekete geçme kabiliyetini artırır. İbn Haldun'a göre asabiyet, medeniyetlerin yükseliş ve düşüş süreçlerinde en önemli unsurdur. Asabiyet Teorisi, bu yönüyle devleti kan bağının gelişimine dayandıran aile teorisine benzemektedir. Devleti ailenin gelişimine dayandıran teoriye göre; başlangıçta tek bir evlilikten büyüyen patriarkal aile, daha sonra başka sosyal birliklerle birleşmiştir. Bu genişleme neticesinde tek bir şefin ekseninde örgütlenmiş "Gens" oluşmuş ve Gens'ler bir araya gelerek "Tribu" örgütünü oluşturmuştur. Tribu toplumunu "Devlet" örgütlenmesine zorlayan gelişmeler ise, göçebe hayattan yerleşik hayata geçilmesi neticesinde meydana gelmiştir¹⁴. Burada yalnız insanın, küçük de olsa bir topluluk haline gelişi genellikle akrabalık ilişkisi ile açıklanmaktadır. Soy temeline dayanan bir akrabalık organizasyonunun üyesi, farklı soy grupları arasından bir üye ile dış evlilik yapmakta ve evlilik değiş-tokuşu gerçekleştirmektedir¹⁵. Evlilik neticesinde genellikle kadın erkeğin evine yerleşmekte ve erkeğin soyuna katılmaktadır¹⁶. Burada evlilik neticesinde soylardan birine eklenen bir artı nüfus değil, iki soyun birbiri ile tanışması neticesinde oluşan büyük bir topluluk önemlidir. Keza evlilik gayesi ile tanışarak yaşamını sürdüren soyları, birbirinden kopmuş topluluklar olarak değerlendirmemek gerekir. İster kadın ekseninde kurulmuş aileden türemiş soy bir topluluk oluştursun, ister erkek ekseninde kurulmuş aileden türemiş soy bir topluluk oluştursun, farklı topluluklar arasında evlilik kurmak üzere bir değiş-tokuşun yaşanması, toplulukların birbiri ile iletişim kurmasını zorunlu hale getirmiştir. Neticede, toplu yaşamda vazgeçilmez olarak alışveriş süreci meydana gelmiş ve topluluklar arasında kimi farklılıklara rağmen iletişim sürekliliği sağlanmıştır. Bu sürekli iletişim ve alışveriş ilişkisi toplumsal yaşamın doğuşunu etkilemiştir¹⁷. Asabiyet teorisi de, genellikle akrabalık, etnik veya kültürel bağlarla şekillenmiş bir grup insan arasında güçlü bir dayanışma ve bağlılık duygusunu ifade etmektedir.

¹⁴ Devletin doğuşuna ilişkin teorilerden aile teorisine göre, toplumun gelişim süreci aile, gens, tribu ve devlet aşamaları ile gerçekleşmiştir. Bu teorisinin savunucuları arasında Kong-tse, Aristoteles, Cicero, Marsilius Patavinus, Jean Bodin gibi düşünürler yer almaktadır. Devletin doğuşuna ilişkin aile teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Recai Galip Okandan, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1952), 40 vd; Muvaffak Akbay, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, (Ankara: AR Basımevi, 1948), 18 vd.; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011), 385-386; Yahya Kazım Zabunoğlu, *Kamu Hukukuna Giriş*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1973), 48 vd.

¹⁵ Adam Kuper, *İlkel Toplumun İcadı Bir Illüzyonun Dönüşümleri*, çev. İsmail Türkmen, (İstanbul: İnsan Yayınları, 1995), 15.

¹⁶ Bronislaw Malinowski, *İlkel Toplum*, çev. Hüseyin Portakal, (Ankara: Öteki Yayınevi, 1999), 30.

¹⁷ Mehmet Tevfik Özcan, *İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol*, (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012), 81-82.

İbn-i Haldun; asabiyet teorisine dayandırdığı toplumun oluşum sürecini, ihtiyaçlar doğrultusunda bir araya gelmiş insanlar fikriyle sürdürmektedir¹⁸. Toplumsal dayanışmanın temelinde akrabalık ve kan bağı gibi gerekçeler ön plana çıkmasına rağmen, asabiyet teorisinin gelişimi sadece kan bağıyla açıklanamamalıdır. Düşünürü göre esas olan, insanın her ne şartta ve durumda olursa olsun toplumu ile bağlılık hissetmesidir. İnsan kabilesinden yardım talep ederse, kabilesi ona koşulsuz yardımda bulunmalı; kabile insandan yardım isterse, insan kabilesine yardıma koşmalıdır. Teori altında yatan temel mesele, dayanışma ilişkisidir¹⁹.

İbn-i Haldun bu doğrultuda asabiyeti, nesep ve sebep asabiyeti olarak ikiye ayırarak değerlendirmektedir: Devleti ailenin gelişimine dayandıran yönüyle, kan ve soy bağından esas olduğu irade dışı meydana gelen nesep asabiyeti ve devleti ihtiyaçlara dayandıran yönüyle, insanın sair ihtiyaçların esas olduğu sebep asabiyeti. Sebep asabiyeti, ihtiyaçların meydana getirdiği üstünlük ve iktidarın kurumsallaşmasını sağlayan dayanışmadır²⁰. O halde, bir toplumu meydana getiren dayanışma tek bir sebebe indirgenemez. Elbette kan bağı üzerine kurulu olan dayanışma, bir arada yaşamının ilk gerekçesi olarak belirlenebilir ancak insanların güvenlik ve ekonomik gibi gerekçelerle birbirleri ile dayanışma halinde olduğu göz ardı edilmemelidir. İbn-i Haldun; dayanışmayı nesep asabiyeti ve sebep asabiyeti olarak ayırdıktan sonra, insanların birbirlerine benzeyenlerle oluşturdukları farklı dayanışma biçimlerinden bahsetmektedir. Düşünürü göre, en sıkı dayanışma biçimi nesep dayanışmasına rağmen insanlar ihtiyaçları doğrultusunda kendisini ait hissettiği başka gruplarla da dayanışma biçimleri ortaya koyabilir. Devlet geleneğinin sürdürülmesi için soy dayanışmasının genişlediği ve insanların ortak paydada buluşabildikleri daha geniş dayanışma biçimleri görülmektedir. Aynı din etrafından toplanmış insanların bir peygamber etrafında dayanışması, aynı ideolojiyi benimseyen insanların bir yönetici etrafında dayanışması yaygın olarak görülen örneklerdir²¹. Dolayısıyla toplumu oluşturan dayanışma; kan bağıının getirdiği zoraki birliktelikten başlamakta, vazgeçilmez ihtiyaçlara karşılık gelen ekonomi ve güvenlik temellinde genişlemektedir²².

İbn-i Haldun; insan gruplarının yaşam biçimleri üzerinden gözlemlediği dayanışma niteliklerine de açıklık getirmektedir. Düşünür tarafından bedevilik ve hadarilik olmak üzere iki yaşam biçimine ayrılarak açıklanmaya çalışılan daya-

¹⁸ İbn-i Haldun, *Mukaddime*, s. 83.

¹⁹ Mehmet Emin Babacan ve İsa Yılmaz, "Modern Dönem Türkiye Toplumunda Asabiyet ve Sosyal Sermaye İlişkisi", *İbni Haldun Çalışmaları Dergisi*, *İbn Haldun Çalışmaları Dergisi* 4, S. 2 (2019), 181.

²⁰ Oğuz Özcan, "İbn Haldun'da Devlet Düşüncesi ve "Devlet Araç mı, Amaç mı?" Tartışması Bağlamında Mukayeseli Bir Değerlendirme: (İbn Haldun-Aristoteles-Thomas Hobbes)", *İbni Haldun Çalışmaları Dergisi* 1, S. 1 (2016), 69.

²¹ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2014), s. 166-167.

²² Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 2021), 82.

nışma şekli, özünde şehir hayatı sürdürenler ile kırsal hayatı sürdürenlerin karşılaştırılmasıdır²³. Kırsal hayatı sürdürenler toplayıcılık, hayvancılık, tarım gibi zorunlu ihtiyaçları karşılayacak işlerle meşgul olurken; şehir hayatını sürdürenler lüks giyecekler, lezzetli yiyecekler ve konforlu konutlar gibi ihtiyaçlarla uğraşmaktadır²⁴. Kent toplumu ve kır toplumu arasında ekonomik uğraş, üretim yöntemi, sosyal ve siyasal yaşam gibi farklılıklar vardır. Kır toplumu ihtiyaçları ekseninde göçebelğe yatkın bir yapıdayken, kent toplumu yerleşik hayata yatkındır²⁵. Öte yandan bedevi ümran ile hadari ümran, su sızdırmaz, uyuşmaz iki toplum tipi gibi statik bir biçimde değil, genel bir evrim çerçevesinde birbirinin ardılı olarak değerlendirilmiştir. Göçebelerin dâhil olduğu bedevi ümran, şehirlerde örgütlenmiş hadari ümranın ilk evresini oluşturmaktadır²⁶. Lüksüne ve konforuna kendisini kaptıran hadari toplumlarda dayanışmanın zayıfladığı, ihtiyaçlarını gidermek zorunda olan bedevi toplumlarda dayanışmanın giderek güçlendiği gözlemlenmektedir.

İbn-i Haldun'un asabiyet teorisi, bugünkü modern devletin millet anlayışına temel alınabilir. Düşünürün açıklamalarından görüldüğü üzere, devleti oluşturan toplumsal dayanışma yalnızca belirli bir soy ya da kan bağına indirgenemez. Devlet; yaşam biçimleri doğrultusunda birbirileri ile ortak özellikler taşıyanların dayanışması ve bir siyasi iktidar etrafında örgütlenmesi sonucunda meydana gelmiştir. Bu noktada, düşünürün ortaya koyduğu teori ile günümüzde gözlemlenen salt ırk temelli ayrıştırmaların ve çatışmaların dahi ötesine geçerek modern millet anlayışında aranan kültürel dayanışmaya vurgu yaptığı ifade edilmektedir²⁷.

Bilindiği üzere modern devletin millet anlayışı; 1689'da İngiltere'de vatandaşlık haklarının kabulü ile millet egemenliğine vurgu yapan anayasal monarşide, Fransız ve Amerikan bildirgelerinde ve günümüz çağdaş anayasalarında kabul edilen vatandaşlık tanımlarında görülmektedir²⁸. Modern millet anlayışında bir devletin sınırları içinde yaşayanların ortak kimlik, dil, tarih, kültür gibi değerler etrafında birleşerek toplum oluşturmaları esastır. Öte yandan modern devlette millet anlayışı, salt bunlardan herhangi birine de indirgenemez. Örneğin Beyaz Ruslar ile Ruslar arasında etnik dayanışma duygusu vardır ama bir millet oldukları söylenemez. Benzer şekilde aralarında dayanışma görülmesine rağmen Yahudilerin tamamı bir millet olarak kabul edilmemektedir. Rus Yahudileri, Batı Avrupa ve Amerika Yahudileri ile Siyonistlerin çoğunluğu tek millet

²³ Yves Lacoste, *İbni Haldun Tarih Biliminin Doğuşu*, çev. Mehmet Sert (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2019), 125.

²⁴ Uygun, *İbni Haldun'un Toplum ve Devlet Kuramı*, 10.

²⁵ Uygun, *İbni Haldun'un Toplum ve Devlet Kuramı*, 14 vd.

²⁶ Lacoste, *İbni Haldun Tarih Biliminin Doğuşu*, 127.

²⁷ Uygun, *Devlet Teorisi*, 169.

²⁸ Hamide Gökçe Zabunoğlu, "Günümüzde Ulus-Devlet", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 1 (2018), 538.

olmadıklarını kabul ederler²⁹. Modern devletin millet düşüncesinde, toplumun bir arada kalmasını sağlayan yukarıda sayılan unsurların herhangi biri etrafında ve siyasi örgütlenme iradesiyle aidiyet duygusu, yani dayanışma vardır. Günümüzde millet, sadece ortak kültürle değil, aynı zamanda vatandaşlık bağı ve anayasal düzenle tanımlanmaktadır. İnsanın bir millete mensup sayılması için, ilgili devletin vatandaşı olması yeterlidir. Öte yandan, özellikle bir devletin vatandaşlığını sonradan kazanmak isteyenler; hâlihazırda tarihi, dini, iktisadi ya da ırki dayanışmayla modern devletin millet unsurunu oluşturmuş topluma sadakatini gösterilmesi gerekmektedir³⁰. Şu halde; modern devletin millet anlayışındaki vatandaşlık, ortak tarihe sahip olunmasa bile kazanılabilmektedir. Göç, iletişim teknolojileri ve uluslararası ilişkilerin artmasıyla farklı etnik, dini ve kültürel grupların aynı devletin vatandaşı olarak bir arada yaşadığı görülmektedir. Bu birlikteliği sağlayan ortak nokta, vatandaşların ilgili devletin anayasal düzenine ve hukuki işleyişine sadakat göstermesiyle mümkün olabilmektedir. Aksi halde; modern devletin millet unsuru zayıflayacak, İbn-i Haldun'un asabiyet teorisinde açıklanan devletin çöküş tehlikesi cereyan edecektir. Şu halde; modern devlet açısından önemle üzerinde durulması gereken husus, göç ile gelenlerin vatandaşlık taleplerinde sadakat yükümlülüğünü geliştirecek planlamaların yapılmasıdır.

II. ASABİYET TEORİSİ TEMELİNDE DEVLETİN GÖÇ PLANLAMASI YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İbn-i Haldun; yaşam biçimine göre ayırdığı dayanışma biçimlerinde kırsalda yaşayan toplumun sürekli dinamik olduğunu belirtmektedir. Düşünürü göre güç koşullar altında verilen yaşam mücadelesi, kırsalda yaşayan insanları daha yürekli ve cesur yapar; aksi halde hayata tutunmak mümkün olmayacaktır³¹. Kırsal hayatı sürdürenlerin ihtiyaçlarından daha fazlasını üretme imkanları olmamaktadır. Kırsal hayatta insanlar ihtiyacı olana zorluklar içinde kavuşmaktadır. Bu durum kırsal hayatta dayanışmayı ve farkındalığı yükseltmektedir³². Zaten kırsalda yaşayan topluluk ihtiyacından fazlasını üretmeye başlayınca kent hayatına dâhil olmak ve yerleşmek ister. Kent hayatında ihtiyaçtan fazlası üretilmiş ve lüks yaşam biçimine geçilmiştir³³. Kent insanları; rahatlık ve kaygısızlık, mutluluk ve bolluk içinde rehavete kapılmış olurlar. Bu sebeple, kent hayatında insanlar kendilerini koruma işini yönetenlerine bırakmışlardır. Çevrelerini kuşatan tehlike karşısında tüm güvenlik işlerini bekçilerin ve nöbetçilerin sağladığı güvenciyle uykuya dalmış, alabildiğine iyimser duyguya kapılmışlardır³⁴. İbn-i Haldun, kır hayatı ve

²⁹ Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, çev. Talha Parla, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2004) 259.

³⁰ Ayhan Bıçak, *Devlet Felsefesi Eleştiriler ve Öngörüler* (İstanbul: Dergah Yayınları, 2016) 56-57.

³¹ Uygun, *İbni Haldun'un Toplum ve Devlet Kuramı*, 22.

³² İbn-i Haldun, *Mukaddime*, 186.

³³ İbn-i Haldun, *Mukaddime*, 186.

³⁴ Uygun, *İbni Haldun'un Toplum ve Devlet Kuramı*, 22.

kent hayatı ilişkisinde dayanışma biçimlerini bu döngüyle açıklamaktadır. Kır-dakilerin hedefi zaruretten kurtularak kent hayatına ulaşmaktır. Kent hayatına ulaşanlar, vücudunu koruyacak ihtiyaçlardan fazlasına sahip oldukları için güçlü dayanışmadan uzaklaşırlar³⁵ ve kontrolü siyasi iktidara bırakırlar.

Görüldüğü üzere göçebe veya yarı-göçebe toplumlar arasında asabiyet duygusu çok güçlü olmak zorundadır. Bu dayanışma, onları daha örgütlü kılmaktadır. Devlet alanında örgütlenen toplumun liderleri ve yöneticileri, toplum içinde sağlam bir asabiyet duygusu varsa güçlerini pekiştirebilmektedir. Ancak bir medeniyet güçlendikçe ve refah arttıkça, bu zenginliğe paralel olarak asabiyet zayıflamakta, bireysellik ve lüks ön plana çıkmaktadır. Konfor ve lüks içinde zayıflayan dayanışmaya yönetenler seyirci kalırsa, örgütlenmenin dağılacağı aşikârdır. Toplumsal dayanışmadaki zayıflama, medeniyetlerin çöküşüne ve yerlerine daha güçlü asabiyete sahip yeni grupların geçmesine neden olmaktadır. İbn-i Haldun'un bu tutarlı teorisine verilebilecek en bilindik örneklerden birisi Osmanlı Devleti'dir. Osmanlı Devleti tarihsel olarak genellikle beş döneme ayrılarak incelenmektedir: Kuruluş Dönemi, Yükselme Dönemi, Duraklama Dönemi, Gerileme Dönemi ve Yıkılış Dönemi. Bilindiği üzere Osmanlı Devleti; Bizans İmparatorluğu ve Anadolu Selçuklu Devleti'nin zayıfladığı dönemde, soy dayanışmasıyla örgütlenmiş bir toplumun dayanışmasıyla kurulmuştur. Devlet uzunca süre güçlenmiş ve genişlemiş, yönetenlerin konfor ve lüks hayata düşkün olduğu dönemlerde duraklama ve gerileme başlamıştır. Duraklama ve gerileme sürecinde millet olarak bütünlüğün ve dayanışmanın sağlanamaması etkili olmuştur. Yıkılış sürecinde dayanışmanın sağlanabilmesi için çeşitli düşünce akımları ortaya çıksa da, beklenen dayanışma bir türlü gerçekleşmemiştir. Örneğin bazı aydınlar İslami esaslardan ayrılmanın devleti yıkılma noktasına getirdiğini ve bundan kurtulmanın tek çaresinin İslami esasların yeniden hayata hâkim kılınması ile dayanışmanın sağlanabileceğini ileri sürmüş, bazıları İslam'ın geri kalmaya neden olduğunu ve bu nedenle de İslami esasların toplum hayatından tamamen silinerek Batılılaşmayı önermiş, bazıları da Türk kimliğinde birleşme ya da Osmanlılık fikrini ortaya atmıştır³⁶. Bu durum ister istemez farklı kesimlerin farklı ideolojiler etrafında toplanmasını gerektirmiş ve Batılılaşma, İslamcılık, Milliyetçilik, Osmanlılık gibi düşünceler toplumsal dayanışmanın sağlanmasında etkili olamamıştır³⁷. Millî bütünlükten büyük ölçüde yoksun olan Osmanlı İmparatorluğuna kendi tabiiyetinde bulunan azınlıkların dayanışması baskın gelmiş ve Osmanlı vatandaşı olan birçok Rum, Kurtuluş Savaşı döneminde Yunan

³⁵ İbn-i Haldun, *Mukaddime*, 190-191.

³⁶ M. Cengiz Yıldız, "Osmanlı'nın Son Dönemindeki Üç Düşünce Akımının Sosyolojik Analizi: Batılılaşma, İslamcılık ve Milliyetçilik", Erişim Tarihi: Eylül 13, 2024, s.1, <https://www.bingol.edu.tr/media/231552/3osmanli-son-donem-fikirleri-14-sayfa.pdf>.

³⁷ Yıldız, "Osmanlı'nın Son Dönemindeki Üç Düşünce Akımının Sosyolojik Analizi: Batılılaşma, İslamcılık ve Milliyetçilik", 1.

ordusuna yazılarak vatandaşı oldukları devlete karşı örgütlenmiştir³⁸. Benzer sonuçlar, toplumsal dayanışmayı gösteremeyen Sovyetler Birliği, Yugoslavya, gibi devletlerin başına gelmişken; millî bütünlüğe nispeten daha büyük ölçüde sahip Polonya, Macaristan ve Romanya gibi ülkeler varlıklarını koruyacak dayanışmayı sağlayabilmiştir³⁹.

İbn-i Haldun'un teorisi ve tarihte yaşanan örnekler, modern devletlerin nüfus unsuru üzerine planlamalar yapmalarını zorunlu kılmaktadır. Siyasi teşkilatlanmaya dair bilinen ilk örneklerden bu tarafa, devletler nüfuslarını takip etmektedir. Babil'de (M.Ö. 3800), Çin'de (M.Ö. 3050), Mısır'da (M.Ö. 2750), Roma'da, Osmanlı'da nüfus sayımları yapılsı; Hammurabi Kanunlarında, Tevrat'da, İncil'de Kuran'da nüfusun önemi vurgulanmıştır⁴⁰. Tarih boyunca medeniyetlerin çöküşünde ve güçlenmesinde etkili olan nüfus planlaması; halen siyasal, sosyal ve ekonomik hayatın en önemli konularından birisidir. Bilindiği üzere, nüfus planlamasında birden çok bileşen bulunmaktadır. Devletin nüfus unsuru bakımından yapılan planlamalarda nicelik ve nitelik yönünden birçok konu takip edilmektedir. Nüfusun niceliği yönünden doğumlar ve ölümler gibi durumlar dikkate alınmakta; niteliğiyle ilgili eğitim seviyesi, kültürel gelişmişlik, ekonomik refah, sağlık durumu gibi konular kontrol edilmektedir. Göçün nüfus unsuru bakımından etkisi ilk bakışta nicelik kapsamında görülse bile, nitelik yönünden etkileri de önem arz etmektedir. Yukarıda açıklanan İbn-i Haldun'un asabiyet teorisi dikkate alındığında, göç nüfusun hem niceliğini hem de niteliğini etkilemektedir. Hatta göçün nicelikten ziyade nitelik üzerinde yapacağı etki, devletin planlaması bakımından daha önemlidir. Keza asabiyet teorisinde esas olan, nüfusu oluşturan insanların sayısından ziyade dayanışma bilinci ve herhangi bir tehlike karşısında farkındalığının dinamik tutulmasıdır. İbn-i Haldun'un devlet alanında dayanışmaya ilişkin çözümlemesinde görülen toplumlar arası farklılıklar, bir toplumdaki diğer topluma göç edenler ile göç edilen yerde yaşayan insanların arasında doku uyumsuzluğuna işaret etmektedir. Göç olgusu, aynı toplumun içinde yaşayanların gerçekleştirdiği iç göç ve bir topluma başka bir toplumdaki gerçekleştirilen dış göç olarak ayrıldığında, dış göçte doku uyumsuzluğunun yaşanma ihtimali daha fazla olacaktır⁴¹. Elbette devlet alanındaki egemenliğin sürekliliği ve nüfusun dinamikliği bakımından nüfusun hem iç hareketliliği hem de dış hareketliliği takip edilmelidir. Ancak toplumsal dayanışmanın sağlanabilmesi açısından, dış göçün oluşturabileceği ayrışma riski daha yüksektir ve bu risk devlet alanında planlama ile atlatılabilir.

³⁸ Gözler, "Devletin Bir Unsuru Olarak "Millet" Kavramı", 120.

³⁹ Gözler, "Devletin Bir Unsuru Olarak "Millet" Kavramı", 120.

⁴⁰ Mustafa Çağlayandereli, *Nüfus Sosyolojisi*, (Ankara: Detay Yayıncılık, 2019), 55-56.

⁴¹ İç göç bir devletin içindeki köy, kasaba, kent veya bölgelerde yaşayan insanların aynı devlette başka bir yerleşim yerine gerçekleştirdiği nüfus hareketiyken; dış göç uzun süre kalmak ve yerleşmek maksadıyla bir devletten başka bir devlete ya da devletsiz kalmış insanların devletli bir topluma gerçekleştirdiği nüfus hareketi olarak açıklanmaktadır. Çağlayandereli, *Nüfus Sosyolojisi*, 137.

Asabiyeti en genel anlamda toplumsal dayanışma olarak gören yaklaşımın, toplumsal sürecin en belirgin öğelerinden biri olan yöneten önderliğine ve rolüne değinmeden geçmemesi gerekir⁴². Dışarıdan gerçekleşecek göçlerin halen belirli bir önder etrafında dayanışma gerçekleştiren topluma entegrasyonu, yönetenin önderliği ile sağlanabilir. Modern devletlerin dış göç karşısında farkındalığı ve toplumsal dayanışmayı sağlayıcı tedbirleri, asabiyette yönetene yüklenen görevin yansımalarıdır. Günümüzde nerdeyse tüm devletlerin yöneticileri, devlete dışarıdan göçenlerin dayanışma sağlayabilmesi için çeşitli faaliyetler icra etmektedir. Dışarıdan gerçekleşen göçlere karşı alınan tedbirler ve gerçekleşen faaliyetler, Amerika, Avrupa ve Asya kıtasında yaşanan yoğun göçlerden çıkartılan derslere dayanmaktadır. Özellikle 19. yüzyılda birçok kıtanın dönüşümüne ve gelişimine sebep olan en büyük nüfus olayı kitlesel göçlerdir⁴³.

Kitlesel göç hareketleri, büyük dünya savaşlarının yaşadığı dönemde devletlerin sınır güvenliğinde ve ekonomi politikasında çok fazla soruna yol açmıştır. Savaşlar, bazı devletlerin kontrolsüz göçe maruz kalmalarına yol açarken, bazı devletlerin nüfuslarında büyük azalmaya yol açmıştır. Nüfusu azalan devletler bakımından, başta ekonomik kalkınma için göç ihtiyacı doğmuştur. Kendi nüfusundan beklediği ekonomik katkıyı göremeyen toplumların dış göç ihtiyacı, bu doğrultuda bir politika benimsemeyi gerektirmiştir. Örneğin; Birleşik Krallık, uzunca süre dışarıdan göç alma ihtiyacı hisseden ve diğer toplumlarda insanların yoğun şekilde göçmeyi tercih ettiği devletlerden birisidir. Nitelikli işgücünün ve öğrencilerin yöneldiği bir ülke olması sebebiyle, Birleşik Krallık göç yönetimi alanında önemli bir tecrübeye sahiptir. Göç edenlerin entegrasyonu için yoğun politikalar uygulayan ve bu doğrultudan büyük bütçeler ayıran Birleşik Krallık, 2012 yılından itibaren açıklanan politika dokümanlarında gösterdiği üzere topluluk uyumuna odaklanmıştır⁴⁴.

Göç konusunda istikrarlı politika izleyen devletlerden birisi de Almanya'dır. Almanya, büyük savaşlardan sonra yakın zamana kadar ekonomik kalkınma amaçlı göç ihtiyacı hisseden devletlerden birisidir. Hem Birleşik Krallık hem de Almanya'nın göç etmek isteyenlere çağrı niteliğinde kullandığı "Sıkı kontrol edilen ulusal sınırlar, güvenli bir cennet" sloganı⁴⁵, iki devletin de sınır güvenliğini ve iç işleyişteki dayanışmayı korumak maksatlı politikaları önemseyişini göstermektedir. Yaklaşık 20 milyon göçmenin olduğu belirtilen Almanya, göçmene olan ihtiyacı ve göçmen kabul etme politikası belirgin olmasına rağmen; dayanışma-

⁴² Lacoste, *İbni Haldun Tarih Biliminin Doğuşu*, 135.

⁴³ Massimo Livi Bacci *Avrupa'da Nüfus Hareketleri*, Çev. M. Timuçin Binder, (İstanbul: Literatür Yayınları, 2009), 176.

⁴⁴ Zahide Erdoğan, "Birleşik Krallık'ta Mülteci Entegrasyon Politikaları ve Temel Yaklaşımlar", *Göç Dergisi*, 7, S. 1, (2020), 96.

⁴⁵ Fuat Güllüoğınar, "Almanya'da Göçmen Politikaları ve Türkiyeli Göçmenlerin Trajedisi: Yurttaşlık, Haklar ve Eşitsizlikler Üzerine", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 14, S. 1 (2014), 1.

yı önemseyen ulusal politikasının bir gereği olarak göçmen ülkesi niteliğiyle anılmayı kabul etmemektedir⁴⁶. Almanya, göçmenlerin toplumsal dayanışmayı sağlayabilmenin ya da toplumsal ayrışma sebeplerinin ölçülebilmesi açısından laboratuvar denebilecek niteliktedir. Hâlihazırda Alman vatandaşlarının göç ile gelenlere karşı tutumlarında farklılıklar olmasının birden fazla sebebi vardır. Her dört kişiden birinin göçmen kabul edildiği Almanya'da; 2017 yılında 5.000'den fazla kişinin katıldığı bir çalışma yapılmış ve bazı Alman vatandaşlarının farklılıklara karşı daha şüpheci olduğu, bazılarının göç ile gelenlerin ekonomik kalkınmaya katkı sağlaması sebebiyle topluma entegre edilmesi gerektiğini savunduğu görülmüştür⁴⁷. Almanya'nın göçmen konusunda en çok destek aldığı toplumlardan birisini Türkiye oluşturmaktadır. Türkiye'den Almanya'ya göç edenlerin büyük çoğunluğu, iş bulma ve ekonomik refahını artırma amacı gütmektedir. Öte yandan; Almanya'ya göç eden vatandaşların aynı zamanda Türk vatandaşlığını da koruduğu dikkate alınır, sadakat ve uyum yükümlülüğü bakımından ikili bir durumun ortaya çıktığı söylenebilir. Özellikle çifte vergilendirme yasağı, siyasal haklara katılım ve kazancın tabiiyetinde bulunulan ülkede değerlendirilmesi gibi beklentiler dikkate alındığında; aynı anda birden fazla ülkenin vatandaşlığına sahip olan insanların kendini hangi devletin asabiyetinde hissedeceği önemlidir. Çifte vatandaşlık; büyük ölçüde devletlerin izledikleri nüfus siyasetleri, yabancı ülkelere giden vatandaşların asabiyetlerinden kopmalarını önleme çabaları sonucunda ortaya çıkmıştır⁴⁸. Biryandan insanın terk ettiği devlet kendi toplumsal unsurunu oluşturanların çeşitli sebeplerle ülke dışında oturmasına rağmen asabiyetlerine bağlı olmalarını sağlamak, onları gittikleri yerde kollamak; diğer yandan insanın ülkesine gittiği devlet ise göç edenlerin sayısını ihtiyaçları nisabında karşılamak, gelenlerin uyumunu gözetmek ve toplumsal dayanışmayı korumak derindedir. Bu durumu çözümleyebilmek adına çıkar çatışmalarını yumuşatmak ve insanların iradelerine daha geniş serbesti tanımak amacıyla vatandaşlık hukuku bazı kurumlar getirmeyi zorunlu görmüştür⁴⁹.

Bulunduğu konum itibari ile göç konusunda deneyimli devletlerden birisi de Türkiye'dir. Türkiye'de göç olgusu, Almanya ve Birleşik Krallık gibi Avrupa ülkelerinden farklıdır. Türkiye, ekonomik olarak göçmene ihtiyacı olan devletler içinde değerlendirilmemektedir. Özellikle ekonomik işleyişini sürdürmek isteyen Avrupa devletleri ile çeşitli sebeplerle yaşamını sürdürmekte zorlanan insanların vatandaşı olduğu Asya devletleri arasında köprü görevi olan Türkiye, asabiyetin

⁴⁶ Güllüpınar, "Almanya'da Göçmen Politikaları ve Türkiyeli Göçmenlerin Trajedisi: Yurttaşlık, Haklar ve Eşitsizlikler Üzerine", 5.

⁴⁷ Elif Duygu Cindik-Herbrüggen ve Rahman Demirkol, "Almanya'da Yaşayan Türkiye Kökenli Göçmenlerin Sosyal Hayattaki Ayrımcılık Algıları", *Göç Dergisi*, 9, S.1 (2017), 128.

⁴⁸ Erdoğan Göğer, "Çifte Vatandaşlık", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44, S. 1 (1995), 151-152.

⁴⁹ Göğer, "Çifte Vatandaşlık", 151-152.

bekası bakımında güvenlik tehdidine maruz kalmaktadır. İç güvenliğin sağlanabilmesi ve sınırları içinde toplumsal yaşamın belirliliği bakımından hem kanuni hem de idari düzenlemeler yapılan Türkiye’de, sınır güvenliğinin yeterince sağlanamaması yaygın olarak eleştiriye konu yapılmaktadır. Son dönemlerde çevresinde yaşanan savaşlar ve doğal felaketler sebebiyle giderek göç edilmek istenen hedef ülkeler arasında da yerini alan Türkiye, ekonomik istikrar ve iç güvenlik bakımından asabiyet teorisinin öngördüğü dayanışmayı ve farkındalığı kaybetmemek için politikasını dinamik tutmak zorundadır⁵⁰. Göçte kaynak ve transit ülke konumunda değerlendirilen Türkiye; bir taraftan kendi güvenliğini korumaya çalışırken, bir taraftan Sınır Aşan Organize Suçlarla Mücadele Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, bu Sözleşme’ye ek Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Sözleşmeleri başta olmak üzere birçok sözleşmede düzenlenen insanların haklarını koruma çabası içindedir⁵¹.

Asabiyet teorisi; devletlerin insan unsurundaki dayanışmayı korumak maksadıyla, yöneticilere göçmen politikalarında dikkatli olmayı görev olarak yüklemiştir. Yukarıda örnekleri görülen tüm modern devletler, hem toplumsal ihtiyacın giderilebilmesi hem de dayanışmanın korunabilmesi için tedbirler almaktadır. Dayanışmasının temeli bakımından etnik ya da dini örgütlenmeye dayanmamakla birlikte, toplumsal bütünleşmeyi sağlamak gayesi güden Amerika Birleşik Devletleri açısından da benzer tedbirler geçerlidir. Benzer dönemlerde aldığı göçmen sayısı bakımından Almanya ile kıyaslandığında milyonlarca fazla göçmen alan Amerika, kendisini göçmenlerin ülkesi olarak tanımlamaktan çekinmemektedir⁵². Toplumsal yapısı bakımından modern ulus devletlerden ayrıldığı iddia edilebilecek Amerika’nın nüfusunun neredeyse tamamını göç ile gelenlerden oluşmaktadır. Tarihsel anlamda klasik siyasi teşkilatlanma süreci birçok devletten ayrılan Amerika’nın kuruluşu, birden fazla etnik grubun tek bir anayasal sözleşme etrafında birleşmelerine dayanmaktadır. Ancak bu yapılanma süreci tamamlandıktan sonra Amerika’nın göçmen politikasında kontrolü tamamen serbest bıraktığı iddia edilemez. Özellikle insan kaynağı ihtiyacını karşılamak için düzenli olarak

⁵⁰ Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı bünyesinde; göç alanına ilişkin politika ve stratejileri uygulamak, bu konularla ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak, yabancıların Türkiye’ye girişi ve Türkiye’de kalışları, Türkiye’den çıkışları ve sınır dışı edilmeleri, uluslararası koruma, geçici koruma ve insan ticareti mağdurlarının korunmasıyla ilgili iş ve işlemleri yürütmek üzere faaliyetlerini sürdürmek maksadıyla Göç İdare Başkanlığı kurulmuştur. Göç İdaresi Başkanlığı, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2024, <https://www.goc.gov.tr/hakkimizda>.

⁵¹ Türkiye Cumhuriyeti Dış İşleri Bakanlığı, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2024, https://www.mfa.gov.tr/turkiye_de-duzensiz-goc.tr.mfa.; Türkiye’de ve birçok ulus devlette uluslararası suçlar kategorisinde ele alınan göçmen kaçakçılığı konusunda ulusal politikalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Saydam, *Türk Ceza Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu TCK m. 79*, (Erzincan: Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015) 56 vd.

⁵² Güllüoğınar, “Almanya’da Göçmen Politikaları ve Türkiyeli Göçmenlerin Trajedisi: Yurttaşlık, Haklar ve Eşitsizlikler Üzerine”, 5.

göçmen alımı yapan Amerika'ya keyfiyetle vatandaş olabilmek artık mümkün değildir. Gümrük ve Sınır Koruma (CBP), ABD Göçmenlik ve Gümrük Muhafaza (ICE) gibi federal ajansların yanında sınır güvenliğini sağlamak ve kaçak göçle mücadele etmekle görevli birçok kolluk bulunmaktadır. Özellikle, güney sınırından kaçak giriş yapan göçmenleri engellemek amacıyla sınır duvarları inşa etme, dronlar ve gözetleme sistemleri başta olmak üzere birçok teknolojik çözümler kullanma gibi yöntemler herkes tarafından bilinmektedir⁵³.

Tarihi tamamen göçmenler üzerine kurulu olan Amerika'da göçmen politikasına ilişkin birçok mevzuat bulunmaktadır. 1924 Göçmenlik Yasası (Immigration Act of 1924); 20. yüzyıl boyunca ABD nüfusunu şekillendirmiş, göçü büyük ölçüde kısıtlamış ve gelen göçmenlerin çoğunlukla Kuzey ve Batı Avrupa'dan olmasını sağlamıştır. İlgili yasa neredeyse tüm Asyalı göçmenlere kapıyı kapatmış, çoğu Avrupalı Yahudilerden oluşan insanları kapsamış ve Avrupa'daki faşizmden, Holokost'tan kaçan diğer mültecileri dışarıda bırakmıştır. ABD tarihindeki en kısıtlayıcı göç yasalarından biri olan bu yasa, Büyük Buhran dönemi kısıtlamalarıyla benzer şekilde dini, etnik ve ırksal çeşitliliği sınırlamıştır⁵⁴.

1965 Göçmenlik ve Uyrak Yasası (Immigration and Nationality Act), aile birleşimi ve iş gücü temelli göç sistemine geçişi sağlamış ve ABD'de yaşayan göçmenlerin yakın aile üyelerini getirme hakkı bu yasa ile tanınmıştır. 1965'teki yasanın tarihi önemi, 1920'lerden beri yürürlükte olan ve Amerika Birleşik Devletleri'ne göçün öncelikle Avrupalı göçmenlere ayrılmasını sağlayan etnik kökenli kotaları yürürlükten kaldırmasıdır⁵⁵.

1996 Yasa Dışı Göç Reformu ve Sorumluluk Yasası (Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act), yasa dışı göçle mücadele için sınır güvenliğini artırılmış, göçmen kaçakçılığı cezalandırılmış ve kaçak göçmenlerin sınır dışı edilmesi kolaylaştırılmıştır. Bu düzenlemede kolaylaştırılan sınır dışı işlemleri, Amerika'da tutuklu göçmen sayısını arttırmış, ülkede rekor sayıda göçmenin tutuklanmasına yol açmıştır⁵⁶.

Modern devletlerin nüfus unsurunu korumak ve güvenliğini sağlamak amacıyla uyguladıkları politikalar ile göçmenlerin maruz kaldıkları birtakım uygula-

⁵³ Mary E. Mendoza, "America's Border Wall Is Bipartisan", Erişim Tarihi: Eylül 10, 2024, <https://time.com/6324599/bidens-trump-history-border-wall/>.

⁵⁴ Muzaffar Chishti and Julia Gelatt, "A Century Later, Restrictive 1924 U.S. Immigration Law Has Reverberations in Immigration Debate", Erişim Tarihi: Eylül 10, 2024, <https://www.migrationpolicy.org/article/1924-us-immigration-act-history>.

⁵⁵ Muzaffar Chishti, Faye Hipsman, and Isabel Ball, "Fifty Years On, the 1965 Immigration and Nationality Act Continues to Reshape the United States", Erişim Tarihi: Eylül 10, 2024, <https://www.migrationpolicy.org/article/fifty-years-1965-immigration-and-nationality-act-continues-reshape-united-states>.

⁵⁶ Eleanor Acer and Olga Byrne, "How the Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996 Has Undermined US Refugee Protection Obligations and Wasted Government Resources", *Journal on Migration and Human Security* 5, S. 2 (2017), 372.

malar hukuk düzeni bakımından sorgulanır bir alan oluşturmuştur. Bilindiği üzere devletlerin dayanışmayı korumak ve güvenliği sağlamak amacıyla takip edebileceği politikalar, modern dönemin hukuk düzeninde temel alınan insan hakları ile sınırlıdır. Bu bağlamda, asabiyetin korunması ve göçmenlerin hakları arasında gözetilmesi gereken bir birliklilik ortaya çıkmaktadır.

III. ASABİYETİN ZAYIFLAMASI TEHLİKESİ VE GÖÇMEN HAKLARI DENGESİ

Asabiyet teorisinin önermeleri ve göç edenlerin haklarının korunması arasında hukuk ekseninde bir ilerlemenin takip edilmesi esastır. Günümüzde devletlerin korumakla yükümlü olduğu insan hakları, sadece devletin vatandaşlarına tanınan haklar olarak değerlendirilmemektedir. Herkes gibi göçmenler de insan hakları beyannameleri ve uluslararası anlaşmalar doğrultusunda korunan temel insan haklarına sahiptir⁵⁷. Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi, Uluslararası Göçmen İşçiler Sözleşmesi, ulus devletlerin modern anayasaları ve kanunları; tüm insanların olduğu gibi göçmenlerin de haklarını koruyan düzenlemelere yer vermektedir. Yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, işkenceye ve kötü muameleye maruz kalmama, din ve inanç özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi temel hakların göçmenlere de sağlanması hukuk düzeninin gerekliliğidir. Bu haklar, göçmenlerin yasal statüsünden bağımsız olarak tüm insanlar için geçerlidir. Bunun yanında göçmenler olağan hayatlarında herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadan diğer insanların sahip oldukları haklarla birlikte yaşamlarını sürdürebilmelidir.

Göçmenlerin içinde bulunduğu toplumla dayanışmasını geliştirecek birçok durum üzerinden haklar incelenebilir. Örneğin; göçmen işçiler güvenli ve adil çalışma koşullarına, eşit ücrete ve sosyal güvenceye sahip olmalıdır. Tüm göçmenler, işverenler tarafından kötü muameleye maruz kalmadan çalıştırılabilme hakkına sahiptir. Göçmen işçiler ve ailelerinin sosyal koruma kapsamına alınması, herkes için gelir güvenliğinin sağlanması, yoksulluk ve eşitsizliğin azaltılması, insana yakışır çalışma koşullarının sağlanması, kırılabilirlik ve sosyal dışlanmanın azaltılması gibi politikalar insan haklarının korunmasını ilke edinmiş devletlerden beklenendir⁵⁸. Göçmenlerin uluslararası insan hakları sözleşmelerine göre korunması gereken haklarından birisi de temel sağlık hizmetleridir. Acil sağlık

⁵⁷ Selminaz Adıgüzel, "Göçmen Çocuğun Eğitim Hakkı", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, S. 5 (2017), 33-34.

⁵⁸ Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), göçmen işçilerin haklarının korunmasını savunur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), "Göçmen İşçiler, Mülteciler ve Ailelerini Sosyal Koruma Kapsamına Almak", s. 27, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2024, https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@europe/@ro-geneva/@ilo-ankara/documents/publication/wcms_828383.pdf.

hizmetleri gibi yaşama yönelmiş doğrudan tehditlerin bertaraf edilmesi için gerekli müdahalelerde, herhangi bir ücret gözetilmeden göçmenlerin tedavi olabilmesi esastır⁵⁹. Göçmenlere tanınması gereken insan haklarına bir başka örnek de eğitim hakkıdır. Göçmen çocukların eğitim hakkı, başta Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme olmak üzere birçok uluslararası sözleşme tarafından güvence altına alınmıştır. Bu doğrultuda; göçmen çocuklar, göç ettikleri ülkedeki çocuklarla aynı seviyede eğitime erişim hakkına sahiptir. Göçmenler; eğitimde ayrımcılığa uğramama hakkına sahip olmalı, kültürel uyumu kolaylaştıracak dil eğitimi gibi destekleyici hizmetlerden yararlanabilmelidir. Sayılarak arttırılabilecek her bir insan hakkı için uluslararası toplum tarafından koruyucu sözleşmeler akdedilmiştir. Örneğin eğitim hakkını koruyan ve göçmenleri de kapsayan uluslararası sözleşmelerin bazıları şu şekildedir⁶⁰:

- İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (madde 26)
- Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Uluslararası Sözleşme (madde 1 ila 5)
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (madde 13 ve 14)
- Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (madde 18/4)
- Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (madde 23, 28 ve 29)
- Yaşadıkları Ülkenin Vatandaşı Olmayan Bireylerin İnsan Haklarına Dair Bildiri (madde 8)
- Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunması Uluslararası Sözleşmesi (madde 12/4, 30, 43 ve 45)
- Ülke İçinde Zorunlu Göç Ettirme Konusunda Yol Gösterici İlkeler (madde 23)
- Çocuk Hakları Bildirisi (madde 7)

Göçmenler ve çocukları, eğitim politikasıyla kişisel olarak bir hakkını kullarken göç ile geldikleri devletin asabiyetine dâhil olabilmekte ve toplumsal katılım açısından farkındalık kazanmaktadır. Dolayısıyla eğitim, vatandaşlar için olduğu gibi göçmenler açısından da hem bir hak hem de yükümlülüktür. Asabiyet teorisinin vurguladığı toplumsal bütünleşme ve dayanışma açısından eğitim politikası büyük öneme sahiptir.

Göçmenlerin sahip olduğu haklara ilişkin örneklerin sayısı arttırılabilir. Güvenli ve insani yaşam imkânını sağlayan barınma hakkı, insan onuruna uygun yaşam koşullarına sahip olma hakkı, dayanışma içinde oldukları toplum ile eşit fırsatlara ve eşit muameleye tabi olma hakkı, her türlü ayrımcılığa karşı korunma hakkı, mültecilerin zulüm görecekleri ülkelere geri gönderilmeme hakkı gibi bir-

⁵⁹ Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), "Göçmen İşçiler, Mülteciler ve Ailelerini Sosyal Koruma Kapsamına Almak", s. 27, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2024, https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@europe/@ro-geneva/@ilo-ankara/documents/publication/wcms_828383.pdf.

⁶⁰ Recep Kaplan, "Birleşmiş Milletler Belgelerinde Eğitim Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 6, S. 20, (2015), 332.

çok hak göçmenlerin dâhil oldukları devletten korumasını isteyebileceği haklar arasındadır. Göçmenlerin geldikleri ülkede yaşayan diğer vatandaşlarla benzer haklara sahip olması, dayanışmanın güçlenmesi açısından önemlidir. Göçmenler de tüm vatandaşlar gibi, olağan hayatında dayanışma içinde olduğu toplum ile benzer imkânlara sahip olmayı beklerler. Bu noktada, asabiyet teorisinin toplumsal dayanışma açısından önermeleri ile insan haklarının korunması arasında birliktelik bulunduğu görülmektedir.

SONUÇ

İbn-i Haldun'un asabiyet teorisindeki toplumsal dayanışma ile modern devletlerin insan haklarına dayanan hukuk düzeni arasında, özgürlük ile güvenlik arasındaki simbiyotik ilişkinin olduğu ifade edilebilir. Modern devletin ulusal güvenliğini koruması aynı zamanda insan haklarının korunması ile mümkündür. Asabiyetin gözettiği dayanışma için toplumu oluşturan her insanın eşit haklara sahip olması gerekir. Öte yandan toplumu oluşturan her bir insanın, diğer insanların hak ve özgürlüklerine saygı gösterme yükümlülüğü vardır. Şu halde ister göç ile gelmiş olsun ister yerleşik halde olsun tüm insanların asabiyetin ortaya çıkardığı sözleşmeye sadakati gereklidir. Asabiyet teorisinin beklediği dayanışma, toplumsal sözleşme ile kurulmuş modern anayasaların ve yasaların düzenlediği hak ve yükümlülüklerin gözetilmesiyle mümkün olabilmektedir. Göç edenlerin insan onuruna yaraşır bir hayat sürmesi için sağlanması gereken haklar ile göç edilerek geline devletlerin vatandaşına yüklediği sorumluluklar bir arada değerlendirilmelidir. Bu birlikteliğin tutarlı şekilde takip edilmesi, devlet alanında yönetimi meşru olarak sürdüren siyasi iktidarların görevidir. Siyasi iktidarların üzerine kuruldukları toplum içinde asabiyetin beklediği dayanışmayı sağlama görevlerinin bulunduğuna işaret eden İbn-i Haldun'a göre, bu görevin hakkıyla yerine getirilmemesi durumunda çözülme yaşanmaktadır. Şu halde siyasi iktidarlar, uluslararası sözleşmelerle korunan insan hakları ile toplumsal dayanışma arasındaki birlikteliği gözeterek koruma görevini üstlenmiştir.

Siyasi iktidarlar, dayanışmayı güçlendirmek ve insan haklarını korumak için nüfus üzerinde çeşitli stratejiler uygulayabilirler. Hem insan haklarının hem de toplumsal dayanışmanın sağlanması için hassasiyetle takip edilmesi gereken bazı politikalar şu şekilde sayılabilir:

- Eğitim planlaması; toplumu oluşturan insanların normlarına ve değerlerine olan bağlılıklarını arttırmalı, topluma katılmak isteyenlerin dayanışmadan beklenen özelliklere erişmesini sağlamalıdır. Eğitim sürecinde, toplumu oluşturan insanların haklarını ve yükümlülüklerini öğrenmesi sağlanmalıdır.
- Nüfusu oluşturan insanlar arasındaki ekonomik ve sosyal adaletin sağlanmasıdır. Adalet, asabiyetin güçlenmesini ve insan haklarına erişimi kolaylaştıracaktır.

- Toplumu oluşturan insanlar, eşit haklara ve fırsatlara sahip olduğunu görmelidir. Eşitlik seviyesi, toplumsal dayanışma ve insan haklarının korunma oranını gösterir.
- Nüfus, nicelik ve nitelik yönünden siyasi iktidarlar tarafından düzenli olarak takip edilmelidir. Özellikle topluma dâhil olan dışarıdan katılımlarda kontrolün kaybedilmesi hem dayanışmayı hem de insan haklarını zedeleyecektir. Toplumu oluşturan insanların dayanışmasını artırmak ve insan haklarına erişimi kolaylaştırmak için nüfusun değişim ve dönüşümü öngörülebilir olmalıdır.

İbn-i Haldun'un işaret ettiği üzere; asabiyetin içeriden ve dışarıdan zayıflaması, toplumu oluşturan insanların haklarına erişimini engelleyecek ve toplumsal çözülmeyi kaçınılmaz kılacaktır. Ekonomik krizlerde, savaşlarda ve doğal afetlerde bir devletin güçlü olabilmesini sağlayan asabiyetin beklediği dayanışmadır. İnsanların haklarına erişme konusunda şüphe duymadığı bir devlete vatandaş olması, modern dönemde gözetilen dayanışmanın temelinde yer almaktadır.

KAYNAKÇA

- Acer, Eleanor and Byrne, Olga. “How the Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996 Has Undermined US Refugee Protection Obligations and Wasted Government Resources”, *Journal on Migration and Human Security* 5, 2 (2017): 356-378.
- Adıgüzel, Selminaz. “Göçmen Çocuğun Eğitim Hakkı”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, S. 5 (2017): 27-42.
- Akad, Mehmet - Dinçkol, Bihterin Vural - Bulut, Nihat. *Genel Kamu Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2021.
- Akbay, Muvaffak. *Umumi Amme Hukuku Dersleri*. Ankara: AR Basımevi, 1948.
- Babacan, Mehmet Emin ve Yılmaz, İsa. “Modern Dönem Türkiye Toplumunda Asabiyet ve Sosyal Sermaye İlişkisi”, *İbni Haldun Çalışmaları Dergisi*, 4, 2 (2019): 173-191.
- Bacci, Massimo Livi. *Avrupa’da Nüfus Hareketleri*. çev. M. Timuçin Binder, İstanbul: Literatür Yayınları, 2009.
- Bıçak, Ayhan. *Devlet Felsefesi Eleştiriler ve Öngörüler*. İstanbul: Dergah Yayınları, 2016.
- Cengiz, Ercan. “Timur’un Suriye Seferi’nde Halep ve Şam Âlimleriyle Yaptığı Görüşmeler”, *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi* 70 (2021): 359 - 374.
- Chishti, Muzaffar - Hipsman, Faye and Ball, Isabel. “Fifty Years On, the 1965 Immigration and Nationality Act Continues to Reshape the United States”, Erişim Tarihi: Eylül 12, 2024, <https://www.migrationpolicy.org/article/fifty-years-1965-immigration-and-nationality-act-continues-reshape-united-states>.
- Chishti, Muzaffar and Gelatt, Julia. “A Century Later, Restrictive 1924 U.S. Immigration Law Has Reverberations in Immigration Debate”, Erişim Tarihi: Eylül 12, 2024, <https://www.migrationpolicy.org/article/1924-us-immigration-act-history>.
- Çağlayandereli, Mustafa. *Nüfus Sosyolojisi*. Ankara: Detay Yayıncılık, 2019.
- Erdoğan, Zahide. “Birleşik Krallık’ta Mülteci Entegrasyon Politikaları ve Temel Yaklaşımlar”, *Göç Dergisi* 7,1 (2020): 95-120.
- Göç İdaresi Başkanlığı, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2024, <https://www.goc.gov.tr/hakkimizda>.
- Göğer, Erdoğan. “Çifte Vatandaşlık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44, 1(1995): 128-181.
- Gözler Kemal. “Devletin Bir Unsuru Olarak “Millet” Kavramı”, *Türkiye Günlüğü* 64 (2001): 108-123.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.
- Güllüpnar, Fuat. “Almanya’da Göçmen Politikaları ve Türkiyeli Göçmenlerin Trajedisi: Yurttaşlık, Haklar ve Eşitsizlikler Üzerine”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 14, 1 (2014): 1-16.
- Herbrüggen, Elif Duygu Cindik ve Demirkol, Rahman. “Almanya’da Yaşayan Türkiye Kökenli Göçmenlerin Sosyal Hayattaki Ayrımcılık Algıları”, *Göç Dergisi* 9, 1 (2017): 127-136.

- İbn-i Haldun. *Mukaddime*. İstanbul: İlgi Kültür Sanat Yayıncılık, 2013.
- Kaplan, Recep. “Birleşmiş Milletler Belgelerinde Eğitim Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 6, 20 (2015): 329-373.
- Kuper, Adam. *İkel Toplumun İcadı Bir İllüzyonun Dönüşümleri*. çev. İsmail Türkmen, İstanbul: İnsan Yayınları, 1995.
- Lacoste, Yves. *İbni Haldun Tarih Biliminin Doğuşu*. çev. Mehmet Sert, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2019.
- Malinowski, Bronislaw. *İkel Toplum*. çev. Hüseyin Portakal, Ankara: Öteki Yayınevi 1999.
- Mendoza, Mary E. “America’s Border Wall Is Bipartisan”, Erişim Tarihi: Eylül 12, 2024, <https://time.com/6324599/bidens-trump-history-border-wall/>.
- Okandan, Recai Galip. *Umumi Amme Hukuku Dersleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1952.
- Özcan, Mehmet Tefik. *İkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol*, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012.
- Özcan, Oğuz. “İbn Haldun’da Devlet Düşüncesi ve “Devlet Araç mı, Amaç mı?” Tartışması Bağlamında Mukayeseli Bir Değerlendirme: (İbn Haldun-Aristoteles-Thomas Hobbes)”, *İbni Haldun Çalışmaları Dergisi* 1, 1 (2016): 63-92.
- Saydam, Mehmet. *Türk Ceza Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu TCK m. 79*, Erzincan: Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2015.
- TDK Sözlüğü. Erişim Tarihi, Eylül 10, 2024, <https://sozluk.gov.tr/>.
- TDK Sözlüğü. Erişim Tarihi: Eylül 10, 2024, <https://sozluk.gov.tr/>.
- Türkiye Cumhuriyeti Dış İşleri Bakanlığı. Erişim Tarihi: Eylül 10, 2024, https://www.mfa.gov.tr/turkiye_de-duzensiz-goc.tr.mfa.
- Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO). “Göçmen İşçiler, Mülteciler ve Ailelerini Sosyal Koruma Kapsamına Almak”, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2024, https://www.ilo.org/sites/default/files/wc_msp5/groups/public/@europe/@rogeneva/@iloankara/documents/publication/wcms_828383.pdf.
- Uygun, Oktay. *Devlet Teorisi*. İstanbul: XII Levha Yayınları. 2014.
- Uygun, Oktay. *İbni Haldun’un Toplum ve Devlet Kuramı*. İstanbul: XII Levha Yayınları, 2008.
- Weber, Max. *Sosyoloji Yazıları*. çev. Talha Parla, İstanbul: İletişim Yayınları, 2004.
- Yıldız, M. Cengiz. “Osmanlı’nın Son Dönemindeki Üç Düşünce Akımının Sosyolojik Analizi: Batılılaşma, İslamcılık ve Milliyetçilik”, Erişim Tarihi: Eylül 13, 2024, <https://www.bingol.edu.tr/media/231552/3osmanli-son-donem-fikirleri-14-sayfa.pdf>.
- Yusofi, Sayed Hanan. “İbn-i Haldun’un Düşüncesi ve Uluslararası İlişkiler”, *Trakya Üniversitesi Mesleki ve Sosyal Bilimler Dergisi* 1,1 (2018): 17-38.
- Zabunoğlu, Hamide Gökçe. “Günümüzde Ulus-Devlet”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, 1 (2018): 535-559.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. *Kamu Hukukuna Giriş*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.

ÇEVRENİN CEZA HUKUKUYLA KORUNMASI KAPSAMINDA “GÜRÜLTÜ”^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Yağmur TEMİZ GÜL^(**)

Öz

Çevre hakkının, bir insan hakkına dönüşmesi kolay olmamıştır. İnsanlığın, çevrenin korunması gerektiği konusunda aydınlanması ve ülkelerin çevreyi koruma amacıyla hukuki düzenlemeler yapmasıyla süreç gelişmiştir. Son geldiğimiz noktada ise artık çevreye karşı işlenen suçlar, ceza hukuku içerisinde önemli bir başlık olarak değerlendirilmektedir. Çevrenin korunması için öncelikle çevreyi oluşturan unsurlarının kirlenmemesi ve bozulmaması, yok edilmemesi gerekir. Çevrenin ceza hukukuyla korunması gerektiği bilinci ve ülkelerin ceza hukuklarında bu tür düzenlemelerin yer alması, yakın tarihten bir gelişme olarak kabul edilebilir. Ceza hukukunda klasik olarak tanımlanan suçlara göre çevre suçlarının düzenlenmesi kolay olmamıştır. Suçların hem tanımı hem de yargılama süreci oldukça karmaşıktır. Yargılama sürecinde görev alan hukukçuların ve kolluğun özel bir uzmanlık gerektiren çevre kirliliği konusunda yeterli bilgi birikiminde olmaması ise süreci daha karmaşık hale getirir. Çevre kirliliğinin bir nedeni olarak kabul edilen gürültü kirliliği ise insan sağlığı üzerinde, olumsuz sonuçlar doğuran önemli bir sorundur. Hayatımızın her alanında var olan seslerin, birleşerek rahatsız edici boyuta ulaşması gürültü olarak tanımlanır. Gürültü ile mücadele edebilmek ve gürültünün meydana getirdiği zararlı sonuçları en aza indirebilmek için ülkeler mevzuatlarında düzenlemeler yapmışlardır. Gürültüyle mücadelede ülkemizde Türk Ceza Kanunu'nda gürültüye neden olma suçu (m. 183) bulunur. Gürültüye neden olma suçu ile çok fazla karışabilen ancak gürültüye sebep olma suçundan bazı temel unsurları içermesi sebebiyle ayrılan diğer suç ise huzur ve sükûnu bozma suçu (m.123) dur. Ayrıca başka kanunlarda da gürültüyü önlemeye yönelik düzenlenen kabahatler mevcuttur. Bahsi geçen gürültü kabahatlerinin başlıca olanları ise Çevre Kanunu'nun 14. Maddesinde ve Kabahatler Kanunu'nun 36. Maddesinde düzenlenen gürültü kabahatidir. Çalışmamız, ulusal ve küresel boyutta gürültü düzenlemelerini ve ceza hukukuyla mücadelenin etkinliğini incelemektedir.

Anahtar Kelimeler

Çevre, Gürültü, TCK m. 183, TCK m. 123, Gürültü Kabahatleri, Çevre Kanunu m. 14, Kabahatler Kanunu m. 36.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi](#): 14.10.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih](#): 05.12.2024
[DOI No](#): 10.54704/akdhfd.1566987

^(**) Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / Samsun, Türkiye
[E-posta](mailto:yagmur.temizgul@omu.edu.tr): yagmur.temizgul@omu.edu.tr
[Orcid Id](https://orcid.org/0000-0003-0168-3301): <https://orcid.org/0000-0003-0168-3301>



“NOISE” WITHIN THE SCOPE OF ENVIRONMENTAL PROTECTION THROUGH CRIMINAL LAW

Abstract

The transformation of environmental rights into human rights has not been an easy process. This development occurred as humanity became aware of the need to protect the environment, and countries began enacting legal regulations to achieve this goal. Today, crimes against the environment are considered an important category within criminal law. For the protection of the environment, it is essential to prevent the pollution, degradation, and destruction of its components. The awareness of the need to protect the environment through criminal law, as well as the incorporation of such provisions into the criminal laws of countries, can be seen as a recent development. Compared to traditionally defined crimes in criminal law, the regulation of environmental crimes has been a challenging task. Both the definition of these crimes and the judicial process are highly complex. This complexity is further heightened by the lack of adequate expertise in environmental pollution among legal professionals and law enforcement involved in the judicial process. Noise pollution, considered a cause of environmental pollution, is a significant problem with negative effects on human health. The combination of sounds, present in all areas of our lives, reaching disturbing levels is defined as noise. In order to combat noise and minimise the harmful consequences of noise, countries have made regulations in their legislation. In the fight against noise, the Turkish Penal Code includes the crime of causing noise (Article 183). Another offence, which can be confused with the offence of causing noise, but which differs from the offence of causing noise due to the fact that it contains some basic elements, is the offence of disturbing peace and tranquility (Art. 123). In addition, other laws include regulations on offenses aimed at preventing noise. The main noise misdemeanours are the noise misdemeanours regulated in Article 14 of the Environmental Law and Article 36 of the Misdemeanour Law. This study examines noise regulations at both national and global levels, as well as the effectiveness of combating noise through criminal law.

Keywords

Environment, Noise, Turkish Penal Code art. 183, Turkish Penal Code art. 123, Noise Offenses, art. 14 of the Environmental Law, art. 36 of the Law on Misdemeanours.

Extended Abstract

With the transformation of environmental rights into human rights, numerous regulations have been established in many international and national legal texts to protect the environment. Environmental rights have gone through several stages to reach their current importance. Initially, environmental rights appeared in the constitutions of countries. The next step was the protection of the environment through criminal law instruments. The European Union has provided guidance to countries on this matter through its directives. The United Nations has also contributed to the process with its reports on the necessity of environmental protection. Some countries developed environmental awareness much earlier than the guiding texts of international organizations. While protecting the environment is important for nations, it is clear that the issue is not only a national matter but must be addressed as a global concern. The perspective that the environment needs the protection of criminal law is now widely accepted. For this reason, many countries have defined crimes that protect the environment in their penal codes or in special environmental laws. Environmental crimes are offenses that are necessarily defined within the framework of administrative law, and it is difficult to delineate their boundaries. These crimes are often criticized for not aligning with the principles of criminal law. Environmental crimes are difficult to adjudicate due to the lack of knowledge of legal professionals and law enforcement involved in criminal proceedings regarding this specialized field, which requires technical expertise. Fighting environmental crimes using the general principles of criminal law is challenging. Moreover, people often do not feel the direct effects of these crimes. This results in the public not participating in combating these crimes, for example, by not reporting them.

In the Turkish Penal Code (TPC), the crime of causing noise is regulated in Article 183: “Anyone who causes noise in a manner that is likely to harm another person’s health, in violation of the obligations specified by relevant laws, shall be punished with imprisonment from two months to two years or a judicial fine.” By regulating this crime under the title of offenses against society, the TPC addresses the issue from a human-centered perspective of environmental protection. This crime, established to protect human health, does not provide protection concerning other elements of

the environment. The definition of the crime necessarily refers to regulatory actions of the administration. However, the Environmental Law, one of the relevant laws, does not define obligations related to noise; such definitions are found in the Environmental Noise Control Regulation. This situation makes the regulation debatable in terms of the principle of legality of crimes and punishments. This crime can only be committed intentionally, and there is no provision for its negligent form. It is a result crime, meaning that there must be a concrete danger sought in the crime, which is the occurrence of noise that is likely to impair human health. The crime can be committed through both active and negligent actions. The source of the noise may be the perpetrator themselves, or it may originate from an object or an animal. The law does not impose any restrictions on the source of the noise, which results in broad boundaries for the crime.

The ability to commit the crime of disturbing peace and tranquility by making noise, as regulated in Article 123 of the TPC, requires distinguishing the difference between the two crimes. Article 183 of the TPC includes causing noise in a manner that is likely to impair human health in its definition of the crime. In contrast, Article 123 requires that the noise be made solely for the purpose of disturbing peace and tranquility, and it should not reach a level that is harmful to health. Article 123 is primarily a crime that can be committed with specific intent, whereas Article 183 can be committed with general intent. The mental elements of the crimes differ in this respect. The requirement for insistence, which is necessary for the crime of disturbing peace and tranquility, is not sought for the crime of causing the noise. While Article 123 is a complaint-based offense, Article 183 is subject to prosecution *ex officio*. The most significant point that separates Article 123 from Article 183 and other offenses related to noise is that in the crime of disturbing the peace and tranquility, the perpetrator must make noise directed at a specific victim; if no specific victim is targeted, other crimes and offenses may come into play.

In laws such as the Misdemeanor Law, the Environmental Law, and the Highway Traffic Law, certain misdemeanors prohibiting noise have been defined. Determining which law is violated by an act involving noise makes it challenging to ascertain whether the act constitutes a crime or a misdemeanor due to the complexity of the regulations.

GİRİŞ

Çevrenin, korunması gereken bir değer olduğunun fark edilmesi sonrasında ise çevrenin bir insan hakkına dönüşmesi, son aşamada ise çevreyi korumak için ceza hukukunun varlığına ihtiyaç olduğunun, anlaşılmasının üzerinden uzun yıllar geçmemiştir. Son elli yılda çevrenin önemi anlaşılmış ve insanın çevreyi neden korumak zorunda olduğu üzerine fikirler ortaya atılmıştır. Çevrenin, insanın sağlıklı ve huzurlu yaşayabilmesi için korunmaya değer olduğu fikri, çevre hakkının hukuki metinlerde yer almasını sağlamışsa da çevrenin tüm unsurlarıyla insandan da bağımsız olarak korunması gerektiği üzerine de önemli görüşler bulunur.

Çevreyi korumak için ilk yapılması gerekenler ise çevreye zarar vermemek, yok etmemek ve kirliletmektir. Çevre kirliliği, son yıllarda küresel bir sorun olarak değerlendirilmektedir. Pek çok ülke ulusal olarak çevre kirliliğiyle mücadele etmekle birlikte sorunun bir iş birliği gerektirdiğinin de farkındadır. Çevre kirliliğinin en görünür olanları hava, su ve toprak kirliliği olmakla birlikte görünmez bir tehlike olan gürültü, çalışmamızda incelenecektir.

Gürültünün, insan sağlığı üzerinde ciddi olumsuz etkileri olduğu bilinmektedir. En yaygın bilinen olumsuz etkisi, işitme duyusuna verdiği zarar olmakla birlikte kalp çarpıntısı, kaygı bozukluğu, depresyon ve öğrenme güçlüğü gibi insan sağlığı üzerinde pek çok psikolojik olumsuz etkisi olduğu bilimsel olarak kanıtlanmıştır. Sadece insanlar için değil doğada yaşayan diğer canlılar için de gürültünün olumsuz etkileri bulunur.

Gürültü, seslerin istenmeyen ve rahatsız edici boyuta ulaşan halidir. Ses, desibel olarak ölçülür ve her insan için sesin gürültüye dönüştüğü desibel aralığı farklı olabilir. Bu nedenle ortalama olarak bir insanın sağlığını bozabilecek desibel aralıkları tespit edilerek gürültüyü önlemek için hukuki düzenlemeler yapılır. Gürültünün, tamamen önlenmesi mümkün olmamakla birlikte en yaygın olduğu alanlara veya faaliyetlere yönelik olarak bazı sınırlandırmalar yapılarak gürültünün azaltılması mümkündür. Özellikle kara ve hava ulaşım araçları için gürültünün düzenlenmesi, sanayi faaliyetlerinde gürültünün azaltılması ya da şehir hayatı içerisinde eğlence etkinliklerinin kurallarının belirlenmesi için hukuki düzenlemeler yapılması gürültüyle mücadele de önemlidir. Bu düzenlemeler ise bazen kanunlarla bazen de idarenin düzenleyici işlemleriyle yapılabilir.

Çevre kirliliğiyle mücadele de son çare olması gereken cezai yaptırımlara da yer verilmektedir. Kirliliğe yol açan fiilin sonucunda gerçekleşen tehlikenin ya da zararın büyüklüğüne göre bazı fiillerin suç olarak tanımlanması mümkündür. Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) çevreye karşı suçlar başlığında dört suçla yer verilmiştir.

Gürültüye neden olmak TCK'de m. 183'te suç olarak düzenlenmiştir ve TCK m. 123'te kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunun, hareketlerinden biri olarak ısrarlı bir şekilde gürültü yapılması yer almaktadır. Gürültünün ceza hukuku ile ilişkisi ise incelenmesi gereken önemli bir konudur. Çevre Kanunu (ÇK), Kabahatler Kanunu (KK) ve Karayolları Trafik Kanunu'nda gürültüye ilişkin kabahatler de tanımlanmıştır. Çalışmamızda gürültünün suç olarak düzenlenmesi ve kabahatlerle ilişkisi incelenerek diğer ülkelerdeki mevcut düzenlemeler ışığında ülkemizdeki gürültü suçları ve kabahatleri üzerine eleştirilerde ve önerilerde bulunulacaktır.

I. ÇEVRE VE GÜRÜLTÜ

A. BİR İNSAN HAKKI OLARAK ÇEVRE HAKKI VE ÇEVRENİN KORUNMASI GEREKLİLİĞİ

Çevre kavramı Fransızca “*Environia*” kelimesinde türemiştir. Çevre bitki, hayvan ve insan gibi canlı varlıkların yaşamlarını sürdürdüğü ve cansız varlıklarında içerisinde yer aldığı koşullardır¹.

Avrupa Komisyonu çevreyi, bireyin ve toplumun; karşılıklı ve karmaşık ilişki halinde oldukları ve hissettikleri şekliyle, etrafını ve yaşam koşullarını oluşturan unsurların birleşimi olarak tanımlamaktadır. (1973-6 Birinci Çevresel Eylem Programı²)

Çevrenin önemine ve çevrenin korunması gerektiği fikrine, ilk olarak hukuk metinlerinde rastlanmaz. Bu konuda farkındalığın oluşmasına, çevre savunucuları olan aktivistler ve yazarlar büyük ölçüde katkı sağlamışlardır. Bu konuda yazılan

¹ “What is Environment?”, Environment, Health, Fire and Safety, Erişim Tarihi: Ekim 11, 2024, Global EHS <https://globalehs.co.in/what-is-environment/>.

² Valsamis Mitsilegas, Malgosia Fitzmaurice and Elena Fasoli, “Fighting Environmental Crime in the UK: A Country Report”, *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 9.

eserler, toplumda karşılık bularak halkın çevre kirliliğine karşı bilinçlenmesini sağlamıştır³. Çevrenin korunması, sadece bir devletin sorumluluğunda olmamalıdır. Devlet yalnızca kanunlarla çevreyi koruyamayacaktır. Bir toplumda yaşayan herkesin çevrenin korunması için belli bir bilgi birikimine sahip olması, gerektiğinde devlet uygulamalarını rahatça izleyebilmesi ve süreçlere katılım sağlayabilmesi gerekir. Aksi durumda kanunlarla sağlanan koruma araçları, işlevsiz olacaktır. Bireylerin karar alma süreçlerine katılımı gereklidir ve bireyler, çevre kirliliği sorunlarını yargıya taşıyabilecek düzeyde bilgi ve farkındalığa sahip olmalıdır⁴.

Çevrenin korunması için ilk adımın çevreyi kirletmemek olduğunu kabul ettiğimizde ilk olarak hukuki düzenlemelerin, çevre kirliliğine yoğunlaşmış olması olağandır. Çevreyi kirletmemek için hukuki düzenlemelere ve yaptırımlara ihtiyaç olmakla birlikte sadece bu hukuki metinlerle çevrenin korunmasını beklemek gerçekçi değildir. Öncelikle gerçek anlamda insanlığın çevreyi korumak zorunda olduğu bilincinin, oluşması ve yerleşmesi gerekir.

Çevrenin korunması için en etkin yol esasen güçlü bir çevre etiği bilinci oluşturulmasıdır. Çevre etiği öncelikle çevrenin kaynaklarını korumayı, yok etmemeyi bununla birlikte çevrenin kirletilmemesi gerektiğidir. Çevre etiği sosyal bir sözleşmedir ve gerekçesini çevreyi kirleterek diğer insanlara zarar verilmemesi gereği oluşturmaktadır. Çevre etiğinin bir diğer boyutu da çevrenin yok edilmesinin toplumun sağlığının bozulma endişesinin yanı sıra bir tür hırsızlık olduğudur. Başkalarının da hak sahibi olduğu bir denizi kirleterek oradan balık yiyebilecek insanların gıdası çalınmış olmaktadır. Bununla birlikte, çevreye başka bir değer yükleyen ikinci bir tür çevre etiği vardır. Bu içsel bir değerdir, bizim ona verdiğimiz değerden bağımsız olarak çevre, kendi başına bir değerdir. Böyle bir çevre etiği, basitçe insan olmayan doğaya özen gösterme etiği olarak düşünülebilir⁵.

İnsanları, çevresel bozulmadan koruyan hak temelli bir yaklaşım, zorunlu olarak insan refahının bağlı olduğu ekosistemlerin ve diğer türlerin korunmasını gerektirir. İnsanın doğadan bağımsız olduğu yanılgısı terk edildiğinde, insan hakları yaklaşımı, yüksek düzeyde bir çevre korumasını sağlayabilecektir⁶. İnsan haklarının çevre ile ilişkilendirilmesi, doğal kaynaklara bağımlı olan insanın haklarına saygı gösterilmesini sağlayacak yeni stratejiler ve politikalar geliştiril-

³ Detaylı bilgi için bkz., Eliza Griswold, “How ‘Silent Spring’ Ignited the Environmental Movement”, *The New York Times Magazine*, (2012): 9.

⁴ General Assembly, “Rio Declaration on Environment and Development”, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development I*, A/CONF.151/26, (1992): 2.; Benzer yönde, Benjamin W. Cramer, “The Human Right to Information, the Environment and Information about the Environment: from the Universal Declaration to the Aarhus Convention”, *Communication Law and Policy* 14, I. 1 (2009): 102.

⁵ J. Jeffrey Peirce, P. Aarne Vesilind and Ruth F. Weiner, *Environmental Pollution and Control* (Elsevier Science & Technology Books, 1997), 10-11.

⁶ Lynda Collins, “Are We There Yet? The Right to Environment in International and European Law”, *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy* 3, I. 2 (2007): 124.

mesini sağlayarak çevresel bozulmadan, zarar gören insanlara çözüm sağlanmasına yardımcı olacak ve çevrenin korunmasına yönelik hak temelli bir yaklaşım oluşturacaktır. Bunun yanı sıra, çevrenin bozulmaması ve korunması ihtiyacının herhangi bir bireyin ya da ulusun meselesi olmadığı, kabul edilmelidir. Hepimiz bundan etkilendiğimiz için bu küresel bir meseledir⁷.

Çevre kirliliğinin sebepleri üzerine pek çok teknik tartışma yürütülmekle birlikte bir yanlı olarak çevre kirliliği en büyük tehlike olarak gösterilmektedir. Bu tezinin aslında doğru olmadığı da iddia edilir. Bu iddianın bazı haklı savları bulunur. Öncelikle teknolojik gelişmelerin en çok yaşandığı ülkelerin ki bu ülkeler ekonomik olarak da kalkınmış ülkelerdir, çevre kirliliği sorunlarıyla daha iyi mücadele ettiği görülür. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) çevre kirliliği kontrolü sağlayan ilk ülke olması buna örnek verilebilir. Teknolojik gelişmelerin neredeyse hiç yaşanmadığı kabilelerde dahi doğaya zarar verildiği görülmüştür. Yeni Zelanda'daki Maoriler uçamayan büyük bir kuş olan Moa türünü yok etmişlerdir; Afrika'da ve ABD'nin güneybatısındaki kabile bölgelerinde aşırı otlama nedeniyle doğa tahrip edilmektedir. Geçmişe gittiğimizde ise eski Yunanlılar ve Fenikeliler tarafından ormanlar yok edilmiş ve suların yönünü değiştirerek çölleşmeye sebep olmuşlardır. Hatta gelişen teknolojinin çevreyi korumakta faydalı olduğu da görülebilir. Bu gelişmeler, elektrik kullanımında tasarrufu artırmış, gıdaların daha uzun süre muhafaza edilmesini sağlamış, iletişimin kolaylaşması insanların seyahat ihtiyacını azaltmış ve bilgisayar aslında kağıt tüketimini ciddi oranda azaltmıştır. Çevrenin kirliliğini tespit için de aslında gelişen teknolojiden faydalanılır. Yok olan türlerin tespiti, hava, su ve toprak kirliliğinin belirlenmesi yine gelişen bilim ve teknoloji sayesinde gerçekleşir⁸.

Günümüzde pek çok ülke çevre hakkını anayasalarında düzenlemiştir. Çevresel önceliklerin anayasal güvence altına alınması, çevrenin korunması için günün siyasi ortamından daha az etkilenen sağlam bir temel sağlar. Anayasa reformu genellikle uzun süren, karmaşık ve çoğunluk onayı gerektiren bir süreç olduğundan çevresel değerlerin kalıcı olması daha olasıdır. Çevre hakkının, anayasal bir hakka dönüşmesinin önemli bir sonucu ise çevre ve diğer sivil toplum örgütlerinin, faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gerekli olan hakların kaynağı olmasıdır. Ayrıca örgütlenme özgürlüğünü, bilgiye erişim hakkını, halkın sürece katılımını ve hukuki korumayı güvence altına alarak insanların, yaşama ve sağlıklı bir çevreye yönelik asli haklarının korunmasını sağlamak açısından özellikle önemlidir⁹.

⁷ Radha Krishan and Smriti, "Environment Protection: Legal and Human Rights Perspective", *National Journal of Environmental Law* 2, I. 1 (2019): 32.; Brind Kumar, Sharad V. Oberoi and Akash Goenka, "A Brief Review of the Legislative Aspects of Noise Pollution", *Workshop on Environmental Pollution: Perspectives and Practices*, (2004): 2.; "Environmental Justice", EPA United States Environmental Protection Agency, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://www.epa.gov/environmentaljustice>.

⁸ Peirce, Vesilind and Weiner, *Environmental Pollution and Control*, 4-5.

⁹ Carl Bruch, Wole Coker, and Chris VanArsdale, "Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa", *Columbia Journal of Environmental Law* 26, I. 1 (2001): 134.

İnsan hakları sözleşmelerinin çoğu, çevrenin korunmasının uluslararası bir sorun olduğunun kabulünden önce hazırlanmış ve kabul edilmiştir. Bu nedenle uluslararası insan hakları belgelerinde çevresel konulara çok az atıfta bulunmaktadır¹⁰. Bunlardan bazıları şu şekildedir: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ICESCR) 12. Maddesinde açıkça taraf devletleri “çevresel ve endüstriyel hijyenin tüm yönlerinin iyileştirilmesi” için adımlar atmaya çağırılmaktadır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, çocuğun sağlık hakkı ile ilgili olarak çevrenin korunmasına ilişkin hususlara atıfta bulunmaktadır. Bağımsız Ülkelerdeki Yerli ve Kabile Halklarına ilişkin 169 sayılı ILO Sözleşmesi, yerli halkların topraklarına ve kaynaklarına ilişkin çok sayıda atıf içermektedir¹¹.

Avrupa’da çevreye karşı halkın bilinçlenmesi 1960’lı yılların ortalarında başlamıştır¹². İlk çevre hareketi, 1972 Stockholm İnsan Çevresi Deklarasyonu ile uluslararası çevre hukukunun doğuşuyla sonuçlanmıştır. Stockholm Deklarasyonu, çevre için bir insan hakkı kavramının ilk kez uluslararası hukukta yer almasını sağlamıştır¹³. Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, 1986 yılında Avrupa Tek Senedi ile değiştirilmiştir ve böylece o zamana kadar geliştirilen uygulamayı bir araya getiren ve düzenleyen çevre için özel yasal dayanaklar oluşturulmuştur¹⁴.

Avrupa hukuku, bağımsız ve maddi bir insan hakkı olan çevre hakkını da tanımaya başlamıştır. Avrupa Birliği organları bağımsız bir çevre hakkının varlığını defalarca ve açıkça kabul etmiş ve çok sayıda Avrupa ülkesi bu hakkı kendi anayasalarında düzenlemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de benzer şekilde bu hakkı, uluslararası hukuk kapsamında tanımıştır. Avrupa’da çevre hakkının gelişiminde bir sonraki adım, böyle bir hakkın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne dahil edilmesi olacaktır. Ancak, bu konuda bağlayıcı bir sözleşme bulunmasa bile, tüm gelişmeler dikkate alındığında çevre hakkının Avrupa’da bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak ortaya çıktığını veya çıkmak üzere olduğunu göstermektedir¹⁵.

Bir ülkenin anayasasında belirli bir hükmün varlığı ya da yokluğu, hakkın gücü konusunda tek başına belirleyici değildir. Bazı ülkelerde, açık anayasal hükümlerin ihlallerine göz yumarken, benzer anayasal hükümlerin bulunmadığı ülkelerde mahkemeler, metinsel bir hüküm olmasa bile anayasal hakları varmışçasına koru-

¹⁰ Krishan and Smriti, “Environment Protection: Legal and Human Rights Perspective”, 31.

¹¹ Krishan and Smriti, “Environment Protection: Legal and Human Rights Perspective”, 31.

¹² Teresa Fajardo del Castillo, “EU Environmental Law and Environmental Crime: An Introduction”, *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 7.

¹³ Bruch, Coker and VanArsdale, “Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa”, 124.; Collins, “Are We There Yet? The Right to Environment in International and European Law”, 124.

¹⁴ Fajardo del Castillo, “EU Environmental Law and Environmental Crime: An Introduction”, 7.

¹⁵ Collins, “Are We There Yet? The Right to Environment in International and European Law”, 147.

yabilirler. Örneğin, ABD'nin çevreyi koruyan karşılaştırılabilir bir anayasal hükmü yoktur, ancak üst düzey çevre koruma sistemlerinden birini geliştirmiştir¹⁶.

Çevrenin, diğer nesillere aktarımı sağlamak da hukukun koruması gereken değerlerden biridir. Bir toplumun kalkınması da sağlıklı bir çevrenin oluşturulmasına bağlıdır¹⁷. Çevre kirliliği sorunlarının en başında gelen iklim değişikliğinin çocukların, sağlığına yönelik en büyük tehditlerden biri olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında görev yapan Çocuk Hakları Komitesi'nin 2013 Tarih ve 15 Sayılı raporunda belirtilmiştir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde çocukların yeterli gıdaya, temiz içme suyuna ulaşması giderek zorlaşmakta bu durum çocukların fiziksel ve zihinsel sağlıklarını olumsuz etkilemektedir¹⁸.

Çevre hakkının, insan hakları kapsamında kabul edilmesinin önemli sonuçları bulunur. Bunlar hem insanın sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının koruma altına alınmasını sağlamakta hem de çevreyle ilgili kararlara karşı da dava açabilmesini yani çevre politikalarına karşı halkın da sürece katılmasını sağlayacaktır¹⁹.

B. BİR ÇEVRE KİRLİLİĞİ SORUNU OLARAK GÜRÜLTÜ VE MÜCADELE YÖNTEMLERİ

Gürültü, yanlış yerde, yanlış zamanda “yanlış ses” tir. Ses bir kimyasal değildir; sadece havadaki bir dalga hareketidir. Bu nedenle ortamda birikmez. Ses dalgaları, sesin üretildiği kaynaktan alıcıya veya dinleyiciye kadar ortam boyunca hareket eder²⁰.

Duyduğumuz her şey sestir. Gürültünün geleneksel tanımı “istenmeyen veya rahatsız edici ses” tir²¹. Ses, uyku, sohbet gibi rutin aktiviteleri engellediğinde ya da kişinin yaşam kalitesini bozduğunda veya azalttığında istenmeyen hale gelir. Gürültü kirliliğini, göremediğimiz, tadamadığımız veya koklayamadığımız için hava kirliliği veya su kirliliği gibi diğer kirlilik türleri kadar dikkat çekmemektedir²².

¹⁶ Bruch, Coker and VanArsdale, “Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa”, 135.

¹⁷ Arifin Ma'ruf, “Legal Aspects of Environment in Indonesia: An Efforts to Prevent Environmental Damage and Pollution”, *Journal of Human Rights, Culture and Legal System* 1, I. 1 (2021): 25.

¹⁸ *Frequently Asked Questions on Human Rights and Climate Change* (New York and Geneva: United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Fact Sheet No. 38, 2021), 23.

¹⁹ Work and Health Organization, “Human Rights-Based Approach to Health and Environment”, *Report of A Regional Seminar Bangkok, Thailand, 20-21, (2007): 13.*

²⁰ Pallavi Yadav and R.S. Yadav, “Noise Pollution and its Enacting Laws in India”, *G- Journal of Environmental Science and Technology* 1, I. 2 (2013): 51.

²¹ Robert N. Moore, “Noise Pollution”, *Albany Law Review* 35, (1970): 105.; “Noise, Blazes and Mismatches Emerging Issues of Environmental Concern”, *UN Environment Programme Frontiers 2022 Report*, (2022): 8.; “Quiet Areas in Europe the Environment Unaffected by Noise Pollution”, *European Environment Agency Report*, I. 14 (2016): 7.

²² Fateh Singh Bhagora, “Noise Pollution”, *International Journal of Advanced Research in Arts, Science, Engineering & Management* 2, I. 6 (2015): 2558.

Fransız Standartları Enstitüsü, gürültüyü şöyle tanımlamıştır: “*herhangi bir nahış veya rahatsız edici işitsel duyum, böyle bir duyum üreten herhangi bir akustik olgu*”. Ağrı eşiğinin (bir sesin acı hissi yaratabileceği ve dayanılmaz hale gelebileceği seviye) 120 ila 140 db arasında olduğu bilinmektedir. Gürültüsüz, sessiz bir ortamın artık lüks olduğu ifade edilmektedir. Hatta gürültünün sağlık üzerindeki etkisi Roma döneminde dahi fark edilmiş Julius Caesar, vatandaşların uyumasını engellediği gerekçesiyle Roma’da geceleri savaş arabalarının hareket etmesini yasaklamıştır²³.

Günlük hayatı etkileyen, istenmeyen veya rahatsız edici, insanların ve diğer organizmaların sağlığını ve refahını etkileyen sesler gürültü kirliliği olarak tanımlanır. Yaşam kalitesini düşüren, çalışma kabiliyetini azaltan hatta bazı durumlarda telafisi olmayan işitme kaybına neden olan bir dikkat dağıtıcıdır. İnsanlar ve hayvanlar üzerindeki olumsuz etkileri kolaylıkla tespit edilebilmektedir²⁴. Gürültü kirliliği, görünmez bir tehlikedir. Görülemez, ancak yine de hem karada hem de deniz altında mevcuttur²⁵.

Ses, desibel cinsinden ölçülür. Çevrede yaprak hışırtısından (20 ila 30 desibel), gök gürültüsüne (120 desibel) ve siren sesine (120 ila 140 desibel) kadar birçok ses vardır. 85 desibel veya daha yüksek desibele ulaşan sesler, kişinin kulaklarına zarar verebilir. Bu eşiği aşan ses kaynakları arasında; elektrikli çim biçme makineleri (90 desibel), metro trenleri (90 ila 115 desibel) ve yüksek sesli rock konserleri (110 ila 120 desibel) gibi yaygın gürültü kaynakları bulunur²⁶.

Gürültü, en başta işitme sağlığını etkilemektedir. Müzik gruplarında çalan müzisyenlerin sıklıkla kısmi işitme kaybına uğradıkları görülmektedir. Hangi ses seviyelerinin yaralanma ya da travmaya neden olduğunu, her bir birey için söylemek mümkün olmasa da tehlike eşiğinin, 85 db civarında olduğu kabul edilmektedir. Gürültünün insan sağlığı üzerindeki tek etkisi sağrlık değildir. Gürültünün, ruhsal sağlığı etkileyen; konsantrasyon kaybı, zihinsel yorgunluk, uykusuzluk gibi etkilerinin yanı sıra kalp sağlığını etkileyen nabız hızındaki değişikliklere

²³ Council of Europe Conseil De L’Europe, “Environment Policy in Europe”, *Consultative Assembly Committee On Regional Planning And Local Authorities*, AS/Loc (23) 27, (1972): 15.; Gürültünün ekonomik yönden dezavantajlı gruplarda daha büyük risk olduğu yönünde ABD araştırmaları için bkz., Will Dobbs-Allsopp, James Goodwin and Sasha Kliger, “Safe and Sound: How the Environmental Protection Agency Can Protect Us From Dangerous Noise”, *Center for Progressive Reform and Governing for Impact* (2024): 7.

²⁴ Apoorva Ghore, “Law of Tort & Noise Pollution”, *Supremo Amicus* 30, (2022).; Benzer yönde, Kumar, Oberoi and Goenka, “A Brief Review of the Legislative Aspects of Noise Pollution”, 1.; Bhagora, “Noise Pollution”, 2557.; “Noise Guide for Local Government”, NSW EPA, Environment Protection Authority 2013, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://www.scribd.com/document/140536909/Noise-Guide-for-Local-Government>.; “Environmental noise impacts”, AWE International, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://www.awe.international/article/1847731/environmental-noise-impacts>.

²⁵ Bhagora, “Noise Pollution”, 2557.

²⁶ Bhagora, “Noise Pollution”, 2557.

kadar uzanan çok fazla zararlı etkileri mevcuttur. Hem hayvanlarda hem de insanlarda gürültü ve agresiflik arasında bir korelasyon olduğunu gösteren araştırmalar mevcuttur²⁷. Çocukların, yetişkinlere göre gürültüden daha fazla etkilendiği ve gürültünün çocuklarda daha fazla sağlık sorununa yol açtığı bilinmektedir²⁸. 2013 yılında yapılan incelemeye göre, çocuklar gürültüye bağlı işitme kaybına karşı yetişkinlere göre daha savunmasızdır. 2014 yılındaki başka bir çalışmaya göre, günde 8 saat boyunca kronik olarak gürültüye maruz kalmanın çocuklarda belirli frekansları duyamama dahil kalıcı işitme değişikliklerine neden olabileceğini belirtilmiştir²⁹. Dünya Sağlık Örgütü'nün raporlarına göre insanların, özellikle de gürültüden etkilenme ihtimali daha fazla olan çocukların, sağlığındaki olumsuz etkiler konusundaki farkındalığın yeteri kadar oluşmadığını göstermektedir³⁰.

Gürültünün önlenmesi noktasında inşaat araçları, motorlu kara taşıtları, sürat tekneleri ve uçaklarla ilgili belli teknik standartlar oluşturulması, gürültü kaynağı olabilecek havaalanı gibi mekanlarda özel önlemlerle gürültünün azaltılması için çalışmalar sürdürülmektedir. Gürültünün gerçekleştiği yerlerin özel nitelikleri de dikkate alınarak önlemlerin içeriği değişebilmektedir. Hastane, okul, huzur evi gibi ortamların gürültü düzeyi ya da konut olarak kullanılan binalardaki ses düzeylerinin farklı aralıklarda olması gerekecektir³¹.

Çevresel gürültü ve özellikle karayolu trafik gürültüsü, Avrupa'da önemli bir çevre sorunudur. AB nüfusunun en az %20'si trafik gürültüsü seviyelerinin sağlığa zararlı olduğu bölgelerde yaşamaktadır. Daha spesifik olarak, tahminen 113 milyon insan en az 55 dB(A) olan uzun süreli gündüz-akşam-gece trafik gürültüsü seviyelerinden etkilenmektedir. Buna ek olarak, 22 milyon kişi yüksek düzeyde demiryolu gürültüsüne, 4 milyon kişi yüksek düzeyde uçak gürültüsüne ve 1 milyona yakın kişi de endüstrilerin neden olduğu yüksek düzeydeki gürültüye maruz kalmaktadır³².

Artan gürültü sadece karadaki canlıları etkilemekle kalmaz, okyanusta yaşayanlar için de giderek büyüyen bir sorun haline gelmektedir. Gemiler, petrol sondajları, sonar cihazları ve sismik testler bir zamanlar sakin olan deniz ortamını gürültülü ve kaotik hale getirmiştir. Gürültü kirliliğinden özellikle balinalar ve yunuslar etkilenmektedir. Aşırı gürültü bu deniz memelileri üzerinde iletişim

²⁷ Council of Europe Conseil De L'Europe, "Environment Policy in Europe", 15.; Benzer yönde, O. Ajayi Mary-Ann and David Tarh Akong-Eyongndi, "An Examination of Noise Pollution: A Call for Regulation and Stringent Enforcement of Existing Laws", *Benson Idahosa University Journal of Private and Property Law*, (2019): 106.; Bhagora, "Noise Pollution", 2557.

²⁸ "Noise", World Health Organization, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://www.who.int/europe/news-room/fact-sheets/item/noise>.

²⁹ Bhagora, "Noise Pollution", 2560.

³⁰ "Environmental Noise in Europe - 2020", *European Environment Agency*, 22 (2019, 2020): 7.

³¹ Council of Europe Conseil De L'Europe, "Committee of Experts on Air Pollution", EXP/Air I 68, 6 (1968): 3-4.

³² "Environmental Noise in Europe - 2020", 7.

kurma, yön bulma, beslenme, eş bulma ve etkili bir şekilde ekolojasyon yapma yeteneklerini engeller³³.

Gürültüye ilişkin ilk kanun örneklerinden biri ABD’nin 1972 tarihli Gürültü Kontrol Kanunu’dur. Bu kanuna göre gürültü kontrolü için politikalar ve programlar oluşturmak amacıyla bilim, teknoloji ve hukuk alanlarından uzmanlardan oluşan bir gürültü kirliliği kontrolü merkezi kurulu olmalıdır. Yargı yollarının uzun süreli ve maliyeti olan bir süreç olması nedeniyle, gürültü mağdurlarına hızlı ve etkili bir yardım sağlayacak idari bir yapı oluşturulmalıdır. Sorunun teknik niteliği nedeniyle gürültü kirliliği davalarına bakmak üzere özel ihtisas mahkemeleri kurulmalıdır. Bu tür davalar için farklı bir yargılanma usulü belirlenmelidir. İdari kuruluşların yetkilileri görevlerini yerine getirmediginde bu ihmallerinden sorumlu tutulmalıdır. Gürültü kirliliğinin kontrolüne yönelik program ve politikaların uygulanması için yeterli fon sağlamak amacıyla tüm araçlara ve diğer gürültü kirliliği kaynaklarına özel bir vergi uygulanabilir. Bu kanun pek çok ülke için yön gösterici olmuştur. Gürültüyle mücadelede etkili olabilecek önemli unsurlar içermektedir³⁴.

Gürültüyle mücadeleyi ciddiye alan ve önemli bir sağlık sorunu kaynağı olarak gören Japonya, mücadelede halktan destek almaktadır. Ülkede yaşayan insanların, gürültüyle ilgili şikayetlerini bir sistem üzerinden kayıt altına alan ülke, yoğun şikayet olan bölgelere özel önlemler alarak ülke genelinde gürültü seviyesini düşürmeye çalışmaktadır³⁵. Hong Kong gürültü sorunuyla yoğun olarak mücadele eden başka bir ülkedir. Sanayi, trafik, havaalanı, eğlence ve kentsel gürültü kaynaklarıyla mücadele eden ülke özellikle okullardaki sessizliği sağlamak amacıyla pahalı bir yalıtım sistemi kullanmaktadır³⁶.

Yeni Zelanda’da hem mesleki hem de çevresel gürültü kontrolünün sorumluluğu Sağlık Bakanlığına aittir. Gürültü kontrolü oldukça ileri düzeydedir ve program şimdi ulaşılan standardı korumayı amaçlamaktadır. Çevresel gürültü kontrolü esas olarak Yerel Yönetimler tarafından yönetilen planlama süreci yoluyla sağlanmaktadır³⁷.

Gürültünün suç olarak tanımlandığı ülkelerden biri olan İsveç, suçtan ceza verilebilmesi için ciddi bir zarar ya da zarar tehlikesi aramaktadır. İsveç’te çevre suçlarıyla ilgili uzmanlaşmış savcılar ve polisler suçların cezalandırılması nok-

³³ Bhagora, “Noise Pollution”, 2557.

³⁴ Kumar, Oberoi and Goenka, “A Brief Review of the Legislative Aspects of Noise Pollution”, 10.; “Summary of the Noise Control Act 42 U.S.C. §4901 et seq. (1972)”, EPA United States Environmental Protection Agency, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-noise-control-act>.

³⁵ Kuala Lumpur, “Report Regional Workshop on Noise Abatement and Control”, *World Health Organization*, (1987): 3.

³⁶ Lumpur, “Report Regional Workshop on Noise Abatement and Control”, 5.

³⁷ Lumpur, “Report Regional Workshop on Noise Abatement and Control”, 5.

tasında etkilidir. Özellikle kanun değişiklikleriyle ispat yükünün azaltılması, mahkûmiyet kararı verilebilmesini sağlamıştır³⁸.

İspanya'da çevreyi koruyan kanun ya da düzenleyici mevzuata aykırı olarak ve doğal sistemlerin dengesine ciddi zarar verebilecek nitelikte bir gürültü suç olarak düzenlenmiştir. Suçun cezası ise iki yıldan beş yıla kadar hapis, sekiz aydan yirmi dört aya kadar para cezası ve bir yıldan üç yıla kadar meslek veya sanattan özel olarak men cezası olarak belirlenmiştir. Kişilerin sağlığına ciddi zarar verme riski varsa, hapis cezasının üst sınırı uygulanacaktır³⁹.

Alman Ceza Kanunu m. 325/a'da gürültü suç olarak düzenlenmiştir. Ancak ceza verilecek gürültünün bir işletme faaliyetiyle gerçekleşmiş olması ve idari mevzuata aykırılık içermesi gerekmektedir. Almanya çevre ceza hukukunun, çevre idare hukukuna bağımlılığı ilkesiyle bu maddeyi düzenlemiştir⁴⁰.

Fransa gürültüyü kabahat olarak düzenlenmiş ancak çok sınırlı olarak gürültüyle ilgili suçlara yer vermiştir. Şiddetli gürültüye neden olabilecek nesnelere gürültü emisyonu ile ilgili suçlar tanımlanmış; bu nitelikteki eşyaların veya malzemelerin gerekli onay veya sertifika olmaksızın üretilmesi, ithal edilmesi veya satılması suç olarak tanımlanmıştır. Suçu işleyebilecek kişiler, imalatçılar, ithalatçılar ve satıcılardır. Suçlar ancak kasten işlenebilir⁴¹.

Avrupa'da bazı şehirler gürültüyle mücadelede özel çözümler geliştirmişlerdir. Paris, Brüksel ve Antwerp sokak gürültüsünü azaltmak için trafikte yer alan araçlara saatte 30 kilometre hız sınırı uygulamış, Paris ise motosikletlerden park ücreti almayı planlamıştır. Şehirler ayrıca işlek yollar boyunca ses bariyerleri kullanmakta ve lastik gürültüsünü azaltmak için yol yüzeylerini iyileştirmektedir. Antwerp, ses engelleyici ekranlar ve daha sessiz asfalt kullanarak 2030 yılına kadar 70 dB'den fazla gürültü ile çevrili konutları ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. Maksimum 65 dB cephe gürültüsü hedefleyen Ghent, sürdürülebilir ulaşım, hız sınırları ve gürültüyü azaltan yol yüzeylerini hayata geçirmektedir. Örneğin Paris, sesli araçların şehir merkezlerinden men edilmesi ve bisiklet altyapısının iyileştirilmesiyle ortalama 2 dB daha sessiz hale gelmiştir. Brüksel, geniş alanla-

³⁸ Niels Philipsen and Michael Faure, "Fighting Environmental Crime in Sweden: A Country Report", *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 13.

³⁹ Teresa Fajardo del Castillo, Juan Fuentes Osorio, Inmaculada Ramos Tapia and Jesus Verdú Baeza, "Fighting Environmental Crime in Spain: A Country Report", *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 14.

⁴⁰ "Causing Noise, Vibrations And Non-Ionising Radiation (Section 325a, German Criminal Code)", Lewik, Erişim Tarihi: Eylül 17, 2024, <https://www.lewik.org/term/15895/causing-noise-vibrations-and-non-ionising-radiation-section-325a-german-criminal-code/>; Stephan Sina, "Fighting Environmental Crime in Germany: A Country Report", *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2014): 23.

⁴¹ Floriana Bianco, Annalisa Lucifora and Grazia Maria Vagliasindi, "Fighting Environmental Crime in France: A Country Report", *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 27.; "Environment Code (consolidated version of 2010), France", WIPO, Erişim Tarihi: Eylül 17, 2024, <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/6040>.

rı, yaya bölgelerine dönüştürerek araç gürültüsünden arındırmıştır. Şehir planlamacıları tam sessizliğin mümkün olmadığını farkındadır; bunun yerine, su sesi veya çocuk oyunları gibi hoş kabul edilenler de dahil olmak üzere tüm kentsel sesleri kapsayan hoş “ses manzaraları” yaratmayı amaçlamaktadırlar⁴². Gürültüyle mücadelede en etkin yöntemlerden biri ise aslında ağaçlandırmadır. Bitkiler, gürültüyü emerek şiddetini azaltabilecek çevre unsurlarıdır⁴³.

Araştırmalar, çevresel gürültüye ilişkin politika hedeflerine ulaşamadığını göstermektedir. Aslında, tahminlere göre, kentsel büyüme ve artan hareketlilik talebi nedeniyle gürültüye maruz kalan insan sayısının gelecekte önemli ölçüde azalması pek olası değildir⁴⁴.

Çevre sorunları ayrı bir uzmanlık ve teknik bilgi içermektedir. Bu nedenle çevre ile ilgili davaların görülebileceği özel çevre mahkemeleri kurulmalı, çevre suç, kabahat ve tazminat davalarının bu mahkemelerde görülmesiyle hem daha hızlı hem de daha etkin bir yargılama sağlanabilecektir⁴⁵.

Gürültüyle mücadeleyi zorlaştıran başka bir konu ise insanların bilinçsiz olmasıdır. Gürültünün insan sağlığı ve çevre sorunlarıyla olan yakın ilişki konusunda insanların eğitilmesi de mücadeleyi güçlendirecek başka bir etmendir⁴⁶.

II. TÜRK HUKUKUNDA ÇEVRENİN KORUNMASI

A. ÇEVRE HAKKI

Çevreyle ilgili hukukumuzdaki ilk düzenleme 1982 Anayasası’dır. Anayasa m. 56 Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması başlığıyla şöyle bir düzenlemeye yer vermiştir:

“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir...”

Anayasa burada çevreyi, insanın sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının bir unsuru kabul ederek koruma altına aldığı belirterek esasen çevreyi, doğrudan değil dolaylı olarak ele almıştır. Herkes yaşam hakkının korunması bağlamında devletten sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamayı talep edebilecek-

⁴² Nick Amies, “Cities are Increasingly Taking Bold Measures to Combat Noise Pollution Saturday 7 October 2023”, The Brussels Times, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://www.brusselstimes.com/724505/cities-are-increasingly-taking-bold-measures-to-combat-noise-pollution>.

⁴³ Ghore, “Law of Tort & Noise Pollution”.

⁴⁴ Bhagora, “Noise Pollution”, 2558.; Birgitta Berglund, Thomas Lindvall and Dietrich H. Schwela, *Guidelines for Community Noise* (Geneva: World Health Organization, 1999), 7.

⁴⁵ Ghore, “Law of Tort & Noise Pollution”.

⁴⁶ Ghore, “Law of Tort & Noise Pollution”.

tir. Aynı şekilde tüm bireyler de sağlıklı ve dengeli bir çevrenin var olabilmesi için bu çevreyi korumakla da yükümlüdür⁴⁷.

Anayasa’da düzenlenen çevre hakkının somutlaştırılması için 9.8.1983 Tarih ve 2872 Sayılı Çevre Kanunu (ÇK) yürürlüğe girmiştir. Çevreyi ilgilendiren hükümlerin yer aldığı pek çok başka kanun bulunmakla birlikte temel kanun olarak ÇK kabul edilir. ÇK’ya bağlı olarak çıkarılan pek çok yönetmelikle çevrenin korunması amaçlanmaktadır⁴⁸.

B. TÜRK HUKUKUNDA GÜRÜLTÜYLE MÜCADELE

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 1’de ceza kanunun amaçları arasında çevrenin korunması da yer almaktadır. TCK, Çevreye Karşı Suçlar başlığıyla dört suça yer vermiştir. Bu suçlardan konumuzu oluşturan, TCK m. 183’te düzenlenen gürültüye neden olma suçu, çalışmamızda detaylı olarak incelenecektir.

Türk hukukunda gürültüyü önlemeyi amaçlayan iki suçun yer aldığı görülür. Bunlardan ilki TCK m. 183 olmakla birlikte diğer suç ise TCK m. 123’te yer alan kişilerin huzur ve sükûnu bozma suçudur. ÇK, 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu (KK), 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) bazı kabahat düzenlemeleleriyle gürültüyü önlemeyi amaçlamaktadır.

TCK ve ÇK, bir gürültü tanımına yer vermemiştir. Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından hazırlanan 27602 Sayılı Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği’nin Tanımlar başlığı m. 4/1-f:

“Çevresel gürültü: Ulaşım araçları, kara yolu trafiği, demir yolu trafiği, hava yolu trafiği, deniz yolu trafiği, açık alanda kullanılan teçhizat, şantiye alanları, sanayi tesisleri, atölye, imalathane, işyerleri ve benzeri ile rekreasyon ve eğlence yerlerinden çevreye yayılan gürültü dâhil olmak üzere, insan faaliyetleri neticesinde oluşan zararlı veya istenmeyen açık hava seslerini...” şeklinde gürültüyü tanımlamıştır.

TCK’de gürültüye yer verilen iki suç tipi olduğu görülür. İlki TCK m. 123 kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu, TCK’da “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitap, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısımda, “Hürriyete Karşı Suçlar” başlıklı yedinci bölümde yer alır. TCK m. 183 gürültüye neden olma suçu ise “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısımda, “Çevreye Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümde düzenlenmiştir. TCK m. 123 kişilere karşı suçlar başlığıyla düzenlenmiş bir suç iken, TCK m. 183 topluma karşı suçlar başlığında yer alır.

⁴⁷ Güneş İ. Gürseler, “İnsan Hakları, Çevre, Anayasa”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 5 (2008): 200-201.

⁴⁸ Detaylı bilgi için bkz., Ahmet M. Güneş, *Ulusal ve Uluslararası Çevre Hukukunun Temel İlkeleri* (Antalya: Haklar ve Araştırmalar Derneği, 2021), 14.

1. TCK m. 183 Gürültüye Neden Olma Suçu

a. Suça İlişkin Genel Açıklamalar

Gürültü Türk Ceza Hukukunda ilk kez, bir kabahat olarak düzenlenmiştir. 765 Sayılı TCK içerisinde yer alan gürültü kabahati, halkı rahatsız eden hareketler başlığıyla m. 546’da şöyle düzenlenmiştir:

“Her kim, gürültü veya velvele ile mutat hilafı olarak çan ve alati saire çalarak yahut kanun ve nizam ahkamina muhalif surette gürültülü bir meslek ve sanat icar eyleyerek halkın veya meclis ve mahfillerin meşguliyet veya huzur ve rahatını ihlal ederse on beş liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olur. Bu fiil gece yarısından iki saat evvelinden sonra işlenirse hafif cezayı nakdi otuz liraya kadardır.

Mükerrirler hakkında birinci fıkrada muharrer ahvalde otuz ve ikinci fıkrada muharrer halde elli liraya kadar hafif cezayı nakdi hükmolunur.”

12/10/2004 tarih ve 5237 sayılı TCK’de ise ilk kez gürültüye neden olmanın bir suç olarak tanımlandığı görülür.

TCK, gürültüye neden olma başlığıyla m. 183’ü şöyle düzenlenmiştir:

“İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak, başka bir kimenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi, iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

TCK, bu suç topluma karşı suçlar başlığında düzenleyerek, insan merkezli bir çevreyi koruma yaklaşımını tercih etmiştir. Gürültünün, insan sağlığını olumsuz etkilemesi nedeniyle suç olarak düzenlemiştir⁴⁹. İnsan sağlığına zarar verecek gürültü, çevrenin diğer birleşenlerine zarar verecek nitelikte olabilir. Oysa kanun koyucu burada sadece insan sağlığını tehdit edecek nitelikte gürültüyü, ceza hukukunun koruması altına almıştır⁵⁰. Çevreye Karşı Suçlar başlığında yer alması nedeniyle suçun çevreyi koruması gerektiği şeklinde bir yanılgıya neden olsa da suçun insan sağlığını korumayı amaçladığını göstermektedir⁵¹.

Kanun metninde açıkça yer verilen ilgili kanunların başta ÇK olmak üzere hiçbirinde gürültüyle ilgili açık yükümlülükler belirlenmemiştir. Bu yükümlülüklerin yönetmelikte yer alması ise kanun metninde ifade edilen şekli anlamda kanun ifadesini karşılamamaktadır. Bu durum ise suçların ve cezaların kanunla

⁴⁹ Ahu Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 132 (2017): 74.; Handan Yokuş Sevük, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan* 19, S.2 (2013): 372.

⁵⁰ Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 59.

⁵¹ Didar Özdemir Ekici, “Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu ve Çevre Kanunu’nda Düzenlenen Gürültü Suç ve Kabahatleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan* 21, Özel S. (2019): 1185.

düzenlenmesi gerektiği ilkesine aykırılık oluşturur. İdarenin düzenleyeceği işlemlerle suç ve ceza belirleyemeyeceği ilkesine de bir aykırılık söz konusudur. Her ne kadar bu durum doktrinde kabul edilen beyaz (açık) norm yani kanunda belirtilen fiilin içeriğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulabileceği bir norm türü olarak kabul edilse de öğretilerdeki çoğunluk görüşü olan beyaz (açık) normun kanunilik ilkesine aykırı oluşturduğu görüşüne katılmaktayız⁵².

b. Suçun Maddi ve Hukuki Konusu

Gürültüye neden olma suçunun konusu maddi konusu, insanın bedensel ya da ruhsal sağlığı değil, çevredir⁵³.

Bu suçun hukuki konusunu ise Anayasa'da koruma altına alınan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını yani çevre hakkı oluşturmaktadır⁵⁴. Suçla sadece insanın, ruhsal ve bedensel sağlığının değil çevrenin ekolojik unsurlarının da korunduğu ifade edilir⁵⁵. İnsan sağlığı açısından zararlı olan aşırı gürültünün, çevreyi oluşturan tüm birleşenler açısından da zararlı olduğu bu nedenle dolaylı olarak çevrenin de bu suçla korunduğunu belirten görüş de mevcuttur⁵⁶. Başka bir görüşe göre ise bu suçla aslında toplumsal sağlığın korunduğu ifade edilir⁵⁷.

c. Fail

Suçun faili, herkes olabilir, özgü bir suç olarak düzenlenmemiştir⁵⁸. Ancak “*ilgili kanunlarda belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak*” düzenlemesiyle ilgili kanunlarda yer verilen ifadelerle göre özgü suçta dönüşebileceği de ileri sürülmektedir⁵⁹. Tüzel kişiler bu suçun faili olamayacağı gibi TCK kapsamında tüzel kişilere bu suçtan do-

⁵² Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 91-92.

⁵³ Mehmet Maden, Bir Tehlike Suçu Olarak “Gürültüye Neden Olma (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, S. 1 (2021): 463.; Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 66.; Yokuş Sevük, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, 373.

⁵⁴ Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları* (İstanbul: Beta Yayınları, İstanbul, 2014), 96.; Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 60.; Mehmet Kaplan ve Barış Atladı, “Gürültüye Neden Olma Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan* 21, Özel S. (2019): 633.; Yokuş Sevük, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, 372.; Bengi Gezgin Kayan, “Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği”, *Ceza Hukuku Dergisi* 3, S. 7 (2008): 114.

⁵⁵ Haşim Özkurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçunun İncelenmesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, S. 48 (2023): 168.; Kaplan ve Atladı, “Gürültüye Neden Olma Suçu”, 633.; Yokuş Sevük, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, 372.; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınları, 2010), 309.

⁵⁶ Kaplan ve Atladı, “Gürültüye Neden Olma Suçu”, 633.

⁵⁷ Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 60.

⁵⁸ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 96.; Kaplan ve Atladı “Gürültüye Neden Olma Suçu”, 635.; Yokuş Sevük, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, 372.; Gezgin Kayan, “Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği”, 114.

⁵⁹ Özdemir Ekici, “Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu ve Çevre Kanunu’nda Düzenlenen Gürültü Suçu ve Kabahatleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, 1186.

layı güvenlik tedbiri uygulanması mümkün değildir. ÇK ve KK kapsamında ise gürültüye neden olan tüzel kişiler hakkında idari para cezası uygulanması mümkündür⁶⁰.

d. Mağdur

Bu suç için mağdurun belirlenmesi oldukça önemlidir. Fail gürültü yaparken belli kişiyi hedef alır ve bunu sırf huzur ve sükûnu bozmak için yani özel kastla yaparsa TCK m. 123’te yer alan huzur ve sükûnu bozma suçu oluşacaktır⁶¹.

Gürültüye neden olma suçu, topluma karşı suçlardan biri olduğu için toplumu oluşturan bireyler suçun mağdurudur. Dolayısıyla gürültünün olduğu çevrede yer alan herkes suçun mağduru olacaktır⁶². Gürültünün gerçekleştiği yerde mağdur olma tehlikesi bulunan kimse yoksa suçun mağduru olmayacağından suçun oluşması da mümkün değildir⁶³.

e. Suçun Maddi Unsurları

a.1. İlgili Kanunlarla Belirlenen Yükümlülükler Aykırı Olarak Başka Bir Kimsenin Sağlığının Zarar Görmesine Elverişli Bir Şekilde Gürültüye Neden Olmak

Gürültüye neden olma suçunda suç için gerekli olan hareket “İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan” şeklinde madde metninde belirtilmiştir. İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler ise suçun idare hukukuyla yakın ilişkisini ortaya koymaktadır. İlgili kanunlar deyiminden sadece kanun metinlerinin değil her türlü mevzuatın anlaşılması gerektiği ifade edilir⁶⁴.

Kastedilen ilgili kanunların ilki ÇK’dur. ÇK m. 14 gürültü başlığıyla şöyle bir düzenleme yer almaktadır:

“Kişilerin huzur ve sükununu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması yasaktır. Ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlardan kaynaklanan gürültü ve titreşimin yönetmeliklerle belirlenen standartlara indirilmesi için faaliyet sahipleri tarafından gerekli tedbirler alınır.”

⁶⁰ Kaplan ve Atladı Barış, “Gürültüye Neden Olma Suçu”, 635-636.; Yokuş Sevük, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, 372.; Gezgın Kayan, “Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği”, 114.

⁶¹ Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 65.

⁶² Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 97.; Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 65.; Kaplan ve Atladı, “Gürültüye Neden Olma Suçu”, 635.; Yokuş Sevük, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, 372.; Gezgın Kayan, “Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği”, 114.; Mustafa Aslantürk, *Hakaret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 421.; Parlar ve Hatipoğlu, *Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku*, 309.

⁶³ Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 65.

⁶⁴ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 107.; Kaplan ve Atladı, “Gürültüye Neden Olma Suçu”, 639.

Düzenleme ise ilgili kanun olan ÇK'ya dayanılarak çıkarılan 30.11.2022 Tarih ve 32029 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Çevresel Gürültü Kontrol Yönetmeliği'ne göndermede bulunmuştur." Bu durum, konuyu kanunilik ilkesi bakımından tartışmalı hale getirmektedir⁶⁵.

Gürültüye neden olma suçunun oluşabilmesi için hareketin sadece ilgili yönetmelikteki düzenlemelere aykırı olması yeterli değildir⁶⁶. Oluşan gürültünün insan sağlığını bozmaya elverişli olması gerekmektedir. İnsan sağlığının bozulmasından ise hem fiziksel hem de ruhsal sağlık anlaşılmalıdır⁶⁷. Gürültünün insan sağlığını bozmaya elverişli olup olmadığının tespiti ise uzmanlık gerektirecektir. Bu tespitse ancak konunun uzmanı tarafından yapılabilecektir⁶⁸. Her insan özelinde sağlığı bozmaya elverişli gürültü eşiği değişebilirse de ortalama özelliklerde bir kişiye göre değerlendirmede bulunulması gerekir.

Suç, serbest hareketli bir suç olmakla birlikte icrai ve ihmali hareketlerle işlenmesi mümkündür⁶⁹. Gürültünün kaynağı bizzat fail olabileceği gibi gürültünün bir eşya ya da hayvan kaynaklı olması da mümkündür⁷⁰. Suç, ani olarak işlenebileceği gibi kesintisiz bir suç şeklinde işlenmesi de mümkündür. Bu durumda kesintinin belirlenmesi, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından önem arz eder⁷¹.

a.2. Neticce

Suç, neticeli bir suç olarak düzenlenmiştir⁷². Suçta aranan somut tehlike yani insan sağlığını bozmaya elverişli gürültünün gerçekleşmesi gerekir. Bu neticenin

⁶⁵ Kaplan ve Atladı Barış, "Gürültüye Neden Olma Suçu", 635.

⁶⁶ Kaplan ve Atladı Barış, "Gürültüye Neden Olma Suçu", 642.

⁶⁷ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 108.; Yokuş Sevük, "Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)", 374.

⁶⁸ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 108.; "birlikçi raporunda, yapılan ölçüm sonuçlarının yönetmelik değerlerine uygun olmadığına belirtilmesi karşısında, ölçülen gürültü düzeyinin insan sağlığının zarar görmesine elverişli olup olmadığının bilimsel ölçütlere göre değerlendirilmesi için üniversitelerin, Kulak Burun Boğaz Anabilim dalında uzman Kulak Burun Boğaz hekimlerinden, tercihen odyoloji uzmanlığı bulunan iki hekim ve yine bir odyologdan oluşacak üç kişilik heyete dosya tevdi edilerek, somut olayda gürültünün, insan sağlığının zarar görmesine elverişli olup olmadığı yönünde rapor alınarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi", Y4.CD, 26.4.2023, E.2022/14906, K.2023/17491.; Y18. CD, 1.6.2016, E.2015/13033, K.2016/12044.

⁶⁹ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 107.; Eren Karakurt, "Türk Ceza Kanunu'nda Gürültüye Neden Olma Suçu", 72-73.; Özkurt, "Türk Ceza Kanunu'nda Gürültüye Neden Olma Suçunun İncelenmesi", 170.; Kaplan ve Atladı, "Gürültüye Neden Olma Suçu", 647.; Yokuş Sevük, "Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)", 373.

⁷⁰ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 107.; Kaplan ve Atladı, "Gürültüye Neden Olma Suçu", 642.

⁷¹ Kaplan ve Atladı, "Gürültüye Neden Olma Suçu", 647.; Yokuş Sevük, "Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)", 377.; Özdemir Ekici, "Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu ve Çevre Kanunu'nda Düzenlenen Gürültü Suç ve Kabahatleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", 1189.

⁷² Eren Karakurt, "Türk Ceza Kanunu'nda Gürültüye Neden Olma Suçu", 77.; Maden, "Bir Tehlike Suçu Olarak Gürültüye Neden Olma (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler", 439.

gerçekleşip gerçekleşmediği ise hakimın mesleki bilgi ve tecrübesiyle karar verebileceği bir konu olmadığından bu konunun, bilirkişi raporlarıyla tespit edilmesi gerekir.

a.3. Nedensellik Bağı

İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı bir şekilde gerçekleştirilen gürültünün başka birinin sağlığının zarar görmesine elverişli olması neticesi ile arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

f. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Suç topluma karşı suçlar başlığında düzenlendiğinden, ilgilinin rızası bu suç için bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez⁷³. Meşru savunma ise şartları mevcutsa gündeme gelebilir⁷⁴. TCK m. 24/1 kanunun emrini ifa kapsamında değerlendirilebilecek siren, alarm gibi sesler insan sağlığına zarar verebilecek boyutta olsa dahi suç oluşturmayacaktır⁷⁵. Hakkın kullanımı da bu suçta söz konusu olabilecektir yani kanuna uygun şekilde alınmış bir izne dayalı gürültü de bu kapsamda hukuka uygunluk nedeni olabilecektir⁷⁶. Bir hayvan saldırısından kurtulmak için ilgili kanunlarda belirtilen yükümlülükler aykırı olarak davul çalınması örneğindeki gibi zorunluluk halinin bu suçta uygulama alanı bulması mümkündür⁷⁷. Bu suça ilişkin olarak TCK m. 30, hata hükümlerinin uygulanması mümkündür⁷⁸.

g. Manevi Unsur

TCK suçun taksirli halini düzenlememiştir ancak taksirli gürültüye neden olma hali, KK ve ÇK’de yer alan gürültü kabahatleri bakımından değerlendirilebilecektir. Bu suç ancak kasten işlenebilir, olası kastla da işlenmesi mümkündür⁷⁹. Sağlığın zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültü yapılması gerekliliği bir ob-

⁷³ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 111.; Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 96.; Özkurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçunun İncelenmesi”, 173.; Kaplan ve Atladı, “Gürültüye Neden Olma Suçu”, 648.; Yokuş Sevük, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, 375.

⁷⁴ Kaplan ve Atladı, “Gürültüye Neden Olma Suçu”, 648.; Aksi yönde görüş için bkz., Yokuş Sevük, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, 375.; Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, s. 96.; Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 111.

⁷⁵ Kaplan ve Atladı, “Gürültüye Neden Olma Suçu”, 648.; Benzer yönde, Parlar ve Hatipoğlu, *Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku*, 311.

⁷⁶ Parlar ve Hatipoğlu, *Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku*, 311.

⁷⁷ Yokuş Sevük, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, 376.

⁷⁸ Maden, “Bir Tehlike Suçu Olarak Gürültüye Neden Olma (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, 454.

⁷⁹ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 114.; Maden, “Bir Tehlike Suçu Olarak Gürültüye Neden Olma (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, 454.; Yokuş Sevük, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, 375.; Gezgin Kayan, “Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği”, 117-118.

jektif cezalandırma şartı değil suçun neticesi olarak düzenlenmiştir⁸⁰. Dolayısıyla failin kastının, bu neticeyi de kapsamaması gerekir⁸¹.

h. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

a.1. Teşebbüs

Suç, somut tehlike suçudur⁸². Somut tehlike suçu ve neticeli bir suç olan gürültüye neden olma suçu teşebbüse elverişli bir suçtur. Suçun icra hareketleri tamamlandığı halde beklenen somut tehlike gerçekleşmeyebilir, bu durumda suç teşebbüs aşamasında kalacaktır⁸³.

a.2. İştirak

Suç iştirak hükümleri bakımından özellik arz etmez, suça yardım eden ya da azmettiren olarak katılmak mümkündür⁸⁴.

a.3. İçtima

Gürültüye neden olma suçu somut tehlike suçu olarak düzenlenmiş bir suçtur ve suçun sonucunda bir zarar oluşursa bu durumda artık gürültüye neden olma suçu ile birlikte zarar neticesine uygun başka bir suç daha gerçekleşmiş olacaktır. Örneğin, trafikte silahla fazla sayıda havaya ateş etme olayında ayrıca kişinin sağlığını bozmaya elverişli hareket sonucu gürültü kirliliği de meydana geleceğinden hem TCK m. 180 (trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma) hem de TCK m. 183 suçu oluşmuş olacak ve tek fiille birden fazla suç meydana geldiğinden TCK m. 44 gereği fikri içtima kuralının uygulanması gerekecektir.

Suç sonucunda bir zarar meydana gelir örneğin gürültü nedeniyle bir kişinin sağlığı zarar görürse bu durumda yaralama suçu da meydana geleceğinden ve tek bir fiille birden fazla suç gerçekleşmiş olacağından TCK m. 44 uygulanarak bu suçların en ağırı olan yaralamadan ceza verilmesi gerekeceği yönünde görüş

⁸⁰ Özkurt, "Türk Ceza Kanunu'nda Gürültüye Neden Olma Suçunun İncelenmesi", 175.

⁸¹ Eren Karakurt, "Türk Ceza Kanunu'nda Gürültüye Neden Olma Suçu", 94.

⁸² Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 108.; Maden, "Bir Tehlike Suçu Olarak Gürültüye Neden Olma (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler", 448.; Özdemir Ekici, "Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu ve Çevre Kanunu'nda Düzenlenen Gürültü Suçu ve Kabahatleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", 1193.; Yokuş Sevük, "Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)", 373.; Gezgin Kayan, "Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği", 114.; Aslantürk, *Hakaret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları*, 421.; Suçun soyut tehlike suçlarından biri olan potansiyel tehlike suçu olduğu aksi yönde görüş için bkz., Kaplan ve Atladı, "Gürültüye Neden Olma Suçu", 642.; Eren Karakurt, "Türk Ceza Kanunu'nda Gürültüye Neden Olma Suçu", 102.; Y18. CD, 5.12.2017, E.2015/39835, K.2017/14320.

⁸³ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 115.; Yokuş Sevük, "Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)", 376.; Murat Yılmaz, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017), 45.; Suçun teşebbüse elverişli olmadığı yönünde bkz., Parlar ve Hatipoğlu, *Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku*, 311.

⁸⁴ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 116.; Yokuş Sevük, "Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)", 376.

mevcuttur⁸⁵. Kanaatimizce, yaralama suçunun meydana gelmesi halinde artık kişinin sağlığına zarar vermeye elverişli olan bir tehlikeden bahsedilemeyecek olup zarar gerçekleşmiş olduğundan TCK m. 183 değerlendirilmesi yapılamayacaktır. TCK m. 89 taksirle yaralama suçunun tartışılması gerekecektir.

i. Yaptırım

Suçun cezası, kanunda iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası, olarak belirlenmiştir. Suç için hapis yerine adli para cezası tercih edilirse, adli para cezası için herhangi bir sınır belirtilmemiş olması nedeniyle TCK m. 52’de belirtilen sınırlar dahilinde adli para cezasına hükmedilmelidir. Adli para cezası belirlenirken KK ve ÇK’de düzenlenen kabahatlerin miktarlarının dikkate alınması, orantılılık ilkesine uygun olacaktır⁸⁶.

2. Gürültüye Neden Olma Suçunun TCK m. 123 Huzur ve Sükûnu Bozma Suçu ile İlişkisi

TCK m. 123’te düzenlenen huzur ve sükûnu bozma suçu içerisindeyse gürültü şöyle yer almaktadır:

“Sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikayeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.”

Gürültüden uzak ve sakin bir yaşam, bireylerin sağlıklı hayatını sürdürmesi için gereklidir⁸⁷. Kişinin huzur ve sükûn içerisinde yaşama hakkı aynı zamanda kişi hürriyetinin önemli bir unsurudur⁸⁸. Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu ile insanların huzurlu ve sakin bir hayat yaşama hakları korunur⁸⁹. Kişinin bir rahatsızlık hissetmeden, huzur ve sükûn içerisinde yaşama hakkı suçun hukuki konusu olarak ifade edilebilir⁹⁰. Suçun maddi konusu, huzur ve sükûnu bozulan kişidir⁹¹.

⁸⁵ Parlar ve Hatipoğlu, *Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku*, 311.; Bu durumda gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz., Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 116.

⁸⁶ Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 111.

⁸⁷ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 5.

⁸⁸ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınları, 2022), 519.

⁸⁹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 496.

⁹⁰ Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (Ankara: US-A Yayıncılık, 2022), 230.; Yılmaz, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma*, 11.; Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 52.; Ersan Şen, *Yoruluyorum -15-* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 67.; Ümit Kocasakal, “Huzur ve Sükunu Bozma Suçu (TCK 123)”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2 (2015): 116.; Suat Çalışkan, *Hürriyete Karşı Suçlar* (İstanbul: Platon Yayınları, 2020), 191.; Recep Gülşen, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, *Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1 (2012): 7.

⁹¹ Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 520.

Suç, fail açısından özellik göstermez⁹². Suçun mağduru da herkes olabilir⁹³. Mağdurun huzur ve sükûnunun bozulduğunu anlayacak bilinç düzeyinde olması gerektiği de ifade edilir⁹⁴. Suçun mağduru, belirli ya da belirlenebilir kişilerdir. Belli bir kişiye yönelik olmayan ısrarlı hareketlerle bu suç gerçekleştirilemez⁹⁵. İsrarlı şekilde gerçekleşen hareketlerle kişinin, ruhsal sağlığının zarar görmesi durumunda kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır, madde gerekçesinde de bu şekilde belirtilmiştir.

Suçun kanuni tanımında belirtilen ısrarla telefon edilmesi, ısrarla gürültü yapılması ya da ısrarla hukuka aykırı başka bir davranışla işlenmesi mümkündür⁹⁶. Suçta aranan ısrar unsurunun nasıl gerçekleşmiş sayılacağı madde metninde belirtilmemiştir. Genel olarak kabul gören, hareketin başlamasından sonra mağdurun rahatsızlığını bildirmesi üzerine suçun hareketleri devam ediyorsa ısrar unsuru gerçekleşmiş sayılacaktır⁹⁷. İsrar, sürekliliği gerektirir, tek hareketle kişinin huzur ve sükûnu bozulsa bile suçun oluştuğu söylenemez⁹⁸.

⁹² Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 53.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 230.; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 519.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 497.; Yılmaz, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma*, 14.; Hasan Gerçeker, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 1288.; Çalışkan, *Hürriyete Karşı Suçlar*, 197.; Meral Ekici Şahin, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK m.123)", *Ceza Hukuku Dergisi* 8, S. 23 (2013): 26.

⁹³ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 53.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 230.; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 519.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 497.; Yılmaz, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma*, 14.; Gerçeker, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 1288.; Çalışkan, *Hürriyete Karşı Suçlar*, 197.

⁹⁴ Muharrem Özen ve Atacan Köksal, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 68 S. 2(2019): 484.; Kocasakal, "Huzur ve Sükunu Bozma Suçu (TCK 123)", 118.; Hüsnü Aldemir, *Hürriyete Karşı Suçların Soruşturulması ve Kovuşturulmasında Dikkat Edilecek Hususlar* (Ankara: Adalet Yayıncılık, 2022), 503.; Yılmaz, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma*, 14.; Ekici Şahin, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK m.123)", 27.

⁹⁵ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 54.; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 519.; Gerçeker, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 1288.

⁹⁶ Özen ve Köksal, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu", 485.; Hukuka aykırı başka bir davranışla suçun işlenebilmesinin kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından sorunlu olduğu yönünde açıklamalar için bkz., Şen, *Yorumluyorum -15-*, 68.; Kocasakal, "Huzur ve Sükunu Bozma Suçu (TCK 123)", 123-124.

⁹⁷ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 63.; Gerçeker, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 1288.; Özen ve Köksal, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu", 487.; Gülşen, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu", 11.; Y2.CD, 13.2.2012, E.2012/2564, K. 2012/2749.; Y4.CD, 27.4.2016, E.2014/1832, K.2016/8375.

⁹⁸ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 63.; Gerçeker, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 1288.; Özen ve Köksal, "Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu", 486-487.; Y18.CD, 10.4.2018, E.2016/3270, K.2018/5281.; Y18.CD, 15.12.2015, E.2015/12170, K.2015/13519.

Huzur ve sükûnu bozma suçunun gerçekleşebilmesi için gürültü yapılan yerin bir önemi bulunmaz. Suçun evde, sokakta, parkta gerçekleşmesi mümkündür⁹⁹. Gürültü yapmak bu suç kapsamında ihmalî ve icrai hareketle gerçekleştirilebilir. Nara atmak icrai bir hareket iken, hayvan bakıcısının hayvanı isteyerek susturmaması ihmalî hareket olarak değerlendirilebilir¹⁰⁰.

TCK m. 183 gürültünün insan sağlığını bozmaya elverişli bir şekilde gürültüye neden olunması, suçun tanımında yer almaktadır. TCK m. 123'te ise gürültünün ise sırf huzur ve sükûnu bozmak amacıyla yapılması ve sağlığa zarar verecek düzeye ulaşmış bir gürültü olmamalıdır¹⁰¹. TCK m. 123 öncelikle özel kastla işlenebilen bir suçtur, TCK m. 183 ise genel kastla işlenebilir. Suçların manevî unsuru da bu anlamda birbirinden farklıdır. Huzur ve sükûnu bozma suçu için gerekli olan ısrar unsuru da gürültüye neden olma suçu bakımından aranmaktadır. TCK m. 123 şikayete tabi bir suç olmakla birlikte TCK m. 183 resen soruşturulur¹⁰². TCK m. 123'te gürültü yapmanın ısrarla gerçekleşmesi gerekse de bu ısrar şartı, gürültünün birden çok yapılmasını zorunlu kılmaz. Tek seferde yapılan ve uzun süre devam edilen gürültüde ısrar unsurunu sağlamıştır¹⁰³. TCK m. 123'ü TCK m. 183'ten ve gürültüyle ilgili diğer kabahatlerden ayıran en önemli nokta huzur ve sükûnu bozma suçunda failin belli bir mağdura yönelik olarak gürültü yapmasıdır ancak belli bir mağdur hedeflenmemişse diğer suç ve kabahatler gündeme gelebilir¹⁰⁴.

3. Gürültü Kabahatleri

Hukuk, toplumsal huzur, barış ve düzeni sağlamak için suçlar dışında hukuka aykırı başka fiiller de tanımlamıştır. Suç olamayan ancak hukuk kurallarıyla bir yaptırım belirlenen hukuka aykırı fiilleri şöyle belirtebiliriz: Haksız fiil, disiplin cezası gerektiren, idari ve mali yaptırım gerektiren fiiller, suç olmamakla birlikte hukuka aykırı fiiller olarak tanımlanmıştır¹⁰⁵.

⁹⁹ Ekici Şahin, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK m. 123)”, 30.

¹⁰⁰ Özen ve Köksal, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, 486-487.

¹⁰¹ “TCK'nın 183. maddesi, gürültünün “başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli” olması şartını aramaktadır. Bunun yanında TCK'nın 123. maddesi ise eylemin suç olarak vasıflandırılabilmesi için “sırf huzur ve sükûnu bozmaya” yönelik olması gerektiğini kabul etmiştir.”, Y4.CD, 19.1.2015, E.2013/24261, K.2015/1454.

¹⁰² Kaplan ve Atladı, “Gürültüye Neden Olma Suçu” 634.; Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu'nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 95.; Özen ve Köksal, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu”, 509-510.; Kocasakal, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK 123)”, 116-117.; Gökhan Taneri, *Hürriyete Karşı Suçlar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 683.

¹⁰³ Kocasakal, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK 123)”, 123.

¹⁰⁴ Kocasakal, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK 123)”, 133.; Y18.CD, 18.2.2019, E.2017/6863 K.2019/3251.

¹⁰⁵ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku* (İstanbul: DER Yayınları, 2021), 32-33.

Kabahatler bu haksız fiiller içerisinde, idari yaptırım gereken fiiller olarak yer almaktadır. Kabahatler, genel kamu düzenini sağlamak amacıyla genel kolluk yetkisi kapsamında haksızlık içeriği daha az sayılabilecek hukuk kurallarının ihlallerini, idari para cezası ile cezalandırmaktır¹⁰⁶.

KK m.2’de kabahatin tanımlanmıştır:

“*Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.*”

Kabahatler için belirlenen yaptırımlar idari para cezaları ve idari tedbirlerdir. İdari para cezaları, idarenin bazı hukuka aykırı fiilleri, yargı kararı gerekmeksizin kanunun tanıdığı yetkiye dayanarak idare hukuku kurallarıyla yani bir idari işlemle uyguladığı yaptırımlardır. Bu idari işlemlere karşı yargı yoluna başvurulması mümkün olmakla birlikte idari işlemin uygulanması durdurulamaz¹⁰⁷.

Bir kabahatle ilgili idari bir yaptırım uygulanabilmesi için genel olarak savunma alınması veya soruşturma yapılması zorunlu değildir. Bu durum ise idari yaptırımın, fiilden sonra derhal uygulanabilmesi sağlamaktadır. Yaptırımın hızlı uygulanabilmesi kabahatlerin, caydırıcılık özelliğini artırır. Kabahatlerin büyük bir kısmı ilk başta ceza hukuku kapsamında yer alan yani suç olan fiillerken depenalizasyon yönelimiyle ve ceza yargılamasının iş yükünü de hafifletebilmek için “idari suç” olarak da ifade edilen kabahatlere dönüştürülmüştür. Ceza hukukunun denetiminden ise vazgeçilmemiş, kabahatlere ilişkin yargı denetimi idare mahkemelerine devredilmemiş, yargı denetimi yetkisi adli yargıda bırakılmıştır¹⁰⁸.

Ülkemizde kabahatler 2005 yılına kadar ceza kanunu içerisinde düzenlemiş ve suçlarla aynı şekilde ceza yaptırımı gerektiren hukuka aykırılıklar olarak kabul edilmiştir. 2005 yılında ise kabahatler ceza kanununun dışına çıkarılarak ayrı bir kanunla düzenlenmiş ve kabahatler idari yaptırıma bağlanan hukuka aykırı fiiller olarak kabul edilmiştir¹⁰⁹. KK’nin kabul edilmesiyle birlikte kabahatler suç olmaktan çıkarılmış, ceza hukuku ile idare hukukunun kesiştiği bir idari yaptırım hukuku olarak yerini almış ve kendine özgü bir hukuki rejime dönüşmüştür¹¹⁰. Suçlarda olduğu gibi kabahatlerin yer aldığı tek kanun KK değildir. Başka kanunlarda da kabahat olarak tanımlanan fiiller yer almaktadır. KK m. 3 kanunun genel

¹⁰⁶ Ali Ulusoy, *İdari Yaptırımlar* (İstanbul: XII Yayınları, 2013), 147.

¹⁰⁷ Mustafa Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi* (Ankara: Turhan Yayınları, 2008), 22-25.

¹⁰⁸ Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, 147- 148.; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: US-A Yayınları, 2022), 175.

¹⁰⁹ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 61.

¹¹⁰ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 1038.; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 181.; *Bu yeni hukuk dalına “İdari Ceza Hukuku” denilmektedir.* Bkz; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2023), 237.; Kabahatler Kanunu içerisinde yer verilen hükümler hazırlanırken Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan bazı kuralların esas alındığı bu sebeple kabahatler hukukunun geniş anlamda ceza hukuku içerisinde yer alması gerektiğine yönelik görüş için bkz; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınları, 2022), 99-100.

nitelikte olduğunu belirtilmiştir yani KK genel bir kanun niteliğinde olup başka kanunlarda düzenlenen kabahatler bakımından da uygulama alanı bulmaktadır¹¹¹.

Kabahatler kanunu m. 36’da gürültü kabahatine yer verilmiştir. Ancak diğer kanun ve yönetmeliklerde de gürültüyü yasaklayan kabahat düzenlemeleri mevcuttur. Çevre Kanunu m. 14 ve Karayolları Trafik Kanunu m. 30 gürültüyü yasaklayan kabahat düzenlemelerinin başında yer almaktadır.

Gürültüyle ilgili ÇK’de düzenlenen m. 14’te tanımlanan kabahat şöyledir:

“Kişilerin huzur ve sükununu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması yasaktır. Ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlardan kaynaklanan gürültü ve titreşimin yönetmeliklerle belirlenen standartlara indirilmesi için faaliyet sahipleri tarafından gerekli tedbirler alınır.”

Gürültünün yönetmelikte belirtilen standardın üzerinde olması kabahatin oluşması bakımından yeterli değildir. Bu gürültünün aynı zamanda “kişilerin huzur ve sükununu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde” olması gerekir¹¹².

Yaptırımı ise ÇK m. 20/4-h ye göre şöyle düzenlenmiştir:

“Bu Kanunun 14’üncü maddesine göre çıkarılan yönetmelikle belirlenen önlemleri veya gerekli izinleri almayan veya standartlara aykırı şekilde gürültü ve titreşime neden olanlara, konutlar için 400 Türk Lirası (7.667 TL), ulaşım araçları için 1.200 Türk Lirası (23.155 TL), işyerleri ve atölyeler için 4.000 Türk Lirası (77.372 TL), fabrika, şantiye ve eğlence gürültüsü için 12.000 Türk Lirası (232.264 TL) idarî para cezası verilir.”

KK m. 36’da ise gürültü başlığıyla şöyle bir kabahate yer verilmiştir:

“(1) Başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

(2) Bu fiilin bir ticarî işletmenin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(3) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına kolluk veya belediye zabıta görevlileri karar verir.”

¹¹¹ Atilla İnan ve İbrahim Demir, *Açıklamalı- Gereççeli Kabahatler Kanunu* (Ankara: Türkiye Belediyeler Birliği, 2011), 111-112.; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 44- 45.

¹¹² “Çevre sağlığı ekiplerince sanığın işlettiği kafeteryada yapılan denetimde, müzik yayını esnasında çevreye yayılan gürültü düzeyinin, Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği’nin 28/d maddesindeki gürültü sınır değerini aştığının belirlenmesi karşısında, bu değer, insan sağlığının zarar görmesine elverişli olup olmadığı bilirkişi raporu ile saptandıktan sonra sanığın hukuksal durumunun tespiti gerektiği gözetilmeden, eksik kovuşturma sonucu ve yetersiz gerekçe ile beraat kararı verilmesi, Kanuna aykırı ve katılan Çevre ve Şehircilik Bakanlığı vekilinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden, HÜKMÜN BOZULMASINA”, Y4.CD, 24.12.2014, E.2013/24429, K.2014/36904.

ÇK ve KK arasında özel-genel kanun ilişkisi bulunmaktadır¹¹³.

ÇK m. 14, “*beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü*” ifadesi TCK m. 183’le benzer şekilde insan sağlığına işaret etmektedir. TCK m. 183 “*kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırılık*” ifadesi ÇK m. 14’te “*ilgili yönetmeliklerle*” ifadesiyle paraleldir. KK m. 36 ise sadece huzur ve sükûnu bozmaya elverişli gürültü bakımından uygulanabilir. ÇK m. 14/2 kabahatin konut dışında gerçekleşmesi halini nitelikli hal olarak düzenlemiştir. KK m. 36/2’de ise ticari işletme faaliyeti çerçevesinde gerçekleşen gürültüyü daha ağır bir yaptırım öngörerek nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Ancak 2. Fıkra hükmü 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan tanımlara göre gürültü yaparak çalışma ihtimali daha yüksek olan esnafları kapsamamaktadır. Bu fıkranın esnafları da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir¹¹⁴. Kurusıkı tabancayla havaya ateş açılması¹¹⁵, havai fişek patlatılması¹¹⁶, teknik araçlarla ölçüm gerektirmeyen şekilde komşuların neden olduğu gürültü¹¹⁷, KK m. 36 kapsamında değerlendirilebilir¹¹⁸. Eğlence mekanlarında gerçekleşen ve teknik araçlarla ölçümü gereken gürültü ise ÇK kapsamında değerlendirilmektedir¹¹⁹.

¹¹³ “2872 sayılı Kanun ve bağlantılı mevzuatında yer alan gürültü ile ilgili düzenlemelerin 5326 sayılı Kanun’a göre özel kanun (*lex specialis*) niteliği taşıdığı, 2872 sayılı Kanun’a göre verilebilecek idarî yaptırımlara karşı tebliğden itibaren 30 gün içerisinde idarî mahkemesinde dava açılabilir iken, 5326 sayılı Kanun’a göre verilen idarî para cezalarına karşı tebliğ veya tefhimden itibaren 15 gün içerisinde sulh ceza hâkimliğine başvurulması gerektiği”, Y19.CD, 11.12.2018, E.2018/644, K.2018/13125.

¹¹⁴ Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016), 329-330.

¹¹⁵ YCGK, 29.05.2007, E.2007/8-109, K.2007/115 K.

¹¹⁶ Y8.CD, 26.06.2015, E. 2014/31429 K. 2015/20222.

¹¹⁷ Y19.CD, 09.04.2015, E.2015/50, K.2015/171.

¹¹⁸ “Her ne kadar Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği, gürültü kriter ve göstergelerini düzenlemiş ise de, belirlenen kriterler, 2872 sayılı Kanun’un 14 ve 20/h maddeleri gereğince ilgililere idari yaptırım uygulanmasını mümkün kılan somut eşik değerlerdir. Yönetmelikte gürültü kaynaklarına göre belirlenen kriter ve göstergeleri aşan her gürültünün, TCK’nın 183. maddesi kapsamında “insan sağlığının zarar görmesine elverişli” olduğu söylenemez.”, Y18.CD, 01.06.2016, E.2015/13033, K.2016/12044.

¹¹⁹ “Kabahatler Kanunu’nun 36/2. maddesi uyarınca idari yaptırım uygulandığı sabit ise de; anılan işletmenin eğlence yeri olması karşısında, idari yaptırımın ancak Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği’nin 24. maddesi gereğince gürültü seviyesi ve arka plan gürültü seviyelerinin ve sınır değerlerin aşılar aşılmadığından, aşılmış ise hangi ölçüde aşıldığının ancak teknik araçlarla ses ölçümü yapılarak belirlenebileceğinden, bu tür mekanlarda denetimlerin teknik donanımı haiz uzman ve yetkili kurumlar tarafından yapılması gerektiği ve yapılan tespit sonucunda 2872 sayılı Çevre Kanununun 14 ve 20. maddeleri uyarınca idari yaptırım uygulanabileceği, muteriz şirket hakkında 5326 sayılı Kabahatler Kanun’un 36/2. Maddesi uyarınca idari yaptırım uygulanamayacağı gözetilmeden, itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş”, Y7.CD, 14.3.2022, E.2021/13146, K.2022/4826.; “Tinkon Turizm Kongre ve Organizasyon Hizmetleri Ticaret Limited Şirketi tarafından işletilen içkili lokantada çevreyi rahatsız edici düzeyde canlı müzik yayını yapıldığının belirtildiği ve bu nedenle muteriz şirket hakkında 5326 sayılı Kanun’un 36/2. maddesi uyarınca idari yaptırım uygulandığı sabit

KK’de düzenlenen gürültü kabahati gürültünün başkalarının huzur ve sükûnunu bozacak şekilde olmasını, TCK m. 183’te yer alan gürültüye neden olma suçu ise başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olmayı suç olarak tanımlamıştır. Bu durum huzur ve sükûnu bozabilecek gürültünün, insan sağlığına zarar vermeye elverişli olması halinde oluşabilecek tereddüt, ceza hukukunun kanunilik ilkesi ve alt başlıklarından biri olan belirlilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır¹²⁰. KK m. 36’da yer alan kabahatle, TCK m. 123’te düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu arasındaki fark ise suç için belli bir kişinin huzur ve sükûnunun bozulmasının amaçlanmış olması, kabahatin oluşması için ise belli bir kişinin hedeflenmemiş olması gereğidir¹²¹. KK m. 36 gerekçesinde de yer verilen ifadeler bu durumu açıklamaktadır:

“Bu madde hükmüyle kişilerin huzurlu ve sakin bir çevrede yaşama hakkını ihlâl niteliğindeki davranışlar kabahat olarak tanımlanmış ve karşılığında idarî yaptırım öngörülmüştür.”

Gürültüye neden olma kabahati, serbest hareketli bir kabahattir. KK m. 7:

Kabahat, icraî veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icraî davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı gereklidir.”

Yani failin yapması gereken hareketi yapmaması halinde, ihmali hareketle kabahat oluşur¹²².

Suçların cezalandırılması kural olarak kasta bağlıdır yani suçun taksirli hali açıkça düzenlenmemişse suç oluşmaz. Ceza hukukunda kural kast, taksirse istisnadır. Kabahatlerde ise tam tersidir, kural taksir, kast ise istisnadır¹²³. KK m. 9’a göre kabahatlerin kasten ya da taksirle işlenmesi mümkündür.

KK m. 8:

“(1) Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu

ise de; anılan işletmenin eğlence yeri olması karşısında, idari yaptırımın ancak Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği’nin 24. maddesi gereğince gürültü seviyesi ve arka plan gürültü seviyelerinin ve sınır değerlerin aşılmış ve aşılmadığının, aşılmış ise hangi ölçüde aşıldığının ancak teknik araçlarla ses ölçümü yapılarak belirlenebileceğinden, bu tür mekanlarda denetimlerin teknik donanımı haiz uzman ve yetkili kurumlar tarafından yapılması gerektiği ve yapılan tespit sonucunda 2872 sayılı Çevre Kanununun 14 ve 20. maddeleri uyarınca idari yaptırım uygulanabileceği, muteriz şirket hakkında 5326 sayılı Kabahatler Kanun’unun 36/2. maddesi uyarınca idari yaptırım uygulanamayacağı”, Y19.CD, 23.6.2021, E.2021/649, K.2021/7149.; Y19.CD, 4.3.2020, E.2018/8450, K.2020/2425.; Y19.CD, 22.3.2021, E.2019/23948, K.2021/3361.

¹²⁰ Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 81-82.

¹²¹ Özdemir Ekici, “Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu ve Çevre Kanunu’nda Düzenlenen Gürültü Suçu ve Kabahatleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, 1190-1191.

¹²² Y19.CD, 11.3.2020, E. 2019/608 K. 2020/2740.; AYMKG, 17.4.2007, E. 2004/20 K. 2007/52.

¹²³ Berrin Akbulut, *Kabahatler Hukuku* (Ankara: Adalet Yayıncılık, 2022), 336.

görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir. (2) Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir. Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir. (3) Kanunun, organ veya temsilcide ya da temsil edilen kişide özel nitelikler aradığı hallerde de yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır. (4) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, organ veya temsilcilik ya da hizmet ilişkisinin dayanağını oluşturmuş işlemin hukuken geçerli olmaması halinde de uygulanır.”

TCK m. 60/4’te yer verilen tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanması ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde mümkündür kuralı kabahatler bakımından geçerli değildir. Bu genel düzenleme incelendiğinde de açıkça görülmektedir ki tüzel kişi kabahat işleyemez, tüzel kişinin sorumluluğunun esasını tüzel kişinin organı, temsilcisi ya da organı ve temsilcisi olmamakla birlikte tüzel kişi adına faaliyeti çerçevesinden görev yürüten kişilerin sorumluluğu oluşturur¹²⁴. Dolayısıyla KK m. 8 gereğince gürültüye ilişkin tüm kabahatler bakımından tüzel kişilere de idarî yaptırım uygulanması mümkündür.

KK m. 15/1’e göre; “Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.” Bu hükme göre yapılan gürültü birden fazla kabahati oluşturuyorsa örneğin hem ÇK hem de KK’de yer alan gürültü kabahatlerini oluşturuyorsa bu durumda en ağır idari cezası olan kabahatten dolayı yaptırım uygulanması gerekir¹²⁵.

KK m. 14 kabahatlerde iştirak hükümlerini düzenlemektedir ve bu düzenleme TCK’den farklıdır¹²⁶. Suçlar için TCK’de iştirak hükümlerinde, ikilik prensibi mevcutken kabahatler için eşitlik prensibi söz konusudur¹²⁷. Kabahatin iş-

¹²⁴ Akbulut, *Kabahatler Hukuku*, 289.

¹²⁵ Özdemir Ekici, “Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu ve Çevre Kanunu’nda Düzenlenen Gürültü Suç ve Kabahatleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, 1205.

¹²⁶ KK m. 14: “(1) Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir.

(2) Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idarî para cezası verilir.

(3) Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idarî para cezası verilir.

(4) Kanunda özel faillik niteliğini taşıyan kişi açısından suç, diğer kişiler açısından kabahat olarak tanımlanan fiilin, bu niteliği taşıyan ve taşımayan kişiler tarafından ortaklaşa işlenmesi halinde suça iştirake ilişkin hükümler uygulanır.”

¹²⁷ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler* (Ankara: Adalet Yayıncılık, 2023), 25.

lenmesine iştirak eden kişiler kanunda şerik veya fail olarak ayrılmamıştır. Yani kabahatler bakımından TCK’de yer alan yardım eden veya azmettiren sıfatıyla sorumluluk düzenlenmemiştir¹²⁸.

TCK m. 40/2’de yer verilen düzenleme özgü suçlara mahsus iştirak hükmü şu şekildedir:

“Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.”

Böyle bir hükme KK’de yer verilmemiştir. KK’ya göre fiile iştirak eden herkes, fail olarak sorumludur¹²⁹.

KK m. 15/2’de özel bir hüküm bulunmaktadır.

“Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verinceye kadar fiil tek sayılır.”

Suçlar bakımından mümkün olan zincirleme suç hükümleri kabahatler bakımından uygulanmayacaktır. Aynı kabahat birden fazla işlendiğinden gerçek içtima kuralı geçerlidir.

Örneğin huzur ve sükûnunu bozacak şekilde gürültüye neden olma kabahati KK m. 36/1 kesintisiz şekilde belli bir süre gürültünün devam etmesi şeklinde gerçekleşirse burada tek bir fiil var sayılarak tek bir yaptırım kararına karar verilecektir. Yaptırım kararı verildikten sonra ise kabahatin devam etmesi halinde yeni bir kabahat söz konusu olacak ve ikinci bir yaptırım kararı uygulanması mümkün hale gelecektir. KK’de genel bir tekerrür hükmüne yer verilmemiştir. ÇK m. 23 ise tekerrüre yer vermiştir:

“Bu Kanunda belirtilen idarî para cezaları, bu cezaların verilmesini gerektiren fiillerin işlenmesinden itibaren üç yıl içinde birinci tekrarında bir kat, ikinci ve müteakip tekrarında iki kat artırılarak verilir.”

Bu nedenle gürültü kabahatinin, ÇK m. 14 ve KK m. 36 kapsamında değerlendirilmesinin farklı sonuçları bulunur. Danıştay’a göre ilk kabahate verilen yaptırım kararının usulüne uygun tebliğ edilmesi yeterlidir yargı kararıyla kesinleşmesine ihtiyaç yoktur¹³⁰.

KK m. 15/3’te bir fiilin hem kabahat hem suç oluşturması halinde kabahatten dolayı yaptırım uygulanmayacağı düzenlenmiştir. İlgili düzenlemede yer verilen suçtan dolayı yaptırım uygulanamama halleri farklı şekillerde gerçekleşebilir. Suç şikayete tabi ve suça ilişkin şikayet şartı gerçekleşmemişse veya fiil

¹²⁸ İnan ve Demir, *Açıklamalı- Gerekçeli Kabahatler Kanunu*, 139.

¹²⁹ İnan ve Demir, *Açıklamalı- Gerekçeli Kabahatler Kanunu*, 139.

¹³⁰ D14.D, 4.2.2015, E.2013/4341, K.2015/857.

işlendikten sonra suç olmaktan çıkarılmış ise kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilecektir¹³¹.

ÇK m. 27’de, KK m. 15’le çelişen bir hüküm mevcuttur. Çevre Kanunu m. 27’e göre, “*Bu Kanunda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezalar; bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz.*” KK m. 3, kanunun genel nitelikte olduğunu düzenlemiştir. İlgili hükümden de anlaşılacağı üzere KK, genel bir kanun niteliğinde olup başka kanunlarda düzenlenen kabahatler bakımından da uygulama alanı bulmaktadır¹³². Dolayısıyla ÇK m. 27 genel kanun KK nedeniyle uygulanamayacaktır. Zaten ÇK m. 20/son fıkra, KK’ya uyumlu başka bir düzenleme içermektedir:

*“Bu maddenin uygulamasında Türk Ceza Kanunu ile diğer kanunların, fiilin suç oluşturması haline ilişkin hükümleri saklıdır.”*¹³³.

Bir fiilin hem suç hem de kabahat oluşturması halinde yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanacak olması suçlar ve kabahatler arasındaki “*non bis in idem*” ilkesinin olduğunu göstermektedir¹³⁴.

Bir fiil hem suç hem kabahat oluşturuyorsa cezayı kaldıran şahsi sebep olan etkin pişmanlık veya şahsi cezasızlık gibi sebeplerle Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına karar vermişse bu durumda artık kabahat için idari yaptırım kararı vermelidir¹³⁵.

“Görüldüğü gibi hukukumuzda güdültüye ilişkin farklı şartlara tabi tutulmuş farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu durumda güdültüye ilişkin düzenlemelerin tamamı birlikte değerlendirilerek uygulanacak yaptırımın belirlenebilmesi için kapsadıkları alanların belirlenmesi gerekir. 1- Çevresel güdültünün

¹³¹ Zeynel T. Kangal, *Kabahatler Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınları, 2022), 502-503.; Aslıhan Kart ve Muammer Ketizmen, “Kabahatler Kanunu’nun İçtima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler ile Kurul’un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* 1, S. 2 (2019): 20.

¹³² İnan ve Demir, *Açıklamalı- Gerekçeli Kabahatler Kanunu*, 111-112.; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 44- 45.

¹³³ Özdemir Ekici, “Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu ve Çevre Kanunu’nda Düzenlenen Güdültü Suç ve Kabahatleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, 1210.

¹³⁴ Kangal, *Kabahatler Hukuku*, 264-265.; İnan ve Demir, *Açıklamalı- Gerekçeli Kabahatler Kanunu*, 141.; “*Bu anlayışı temelde benimseyen yasa koyucu, 5326 sayılı Kanun’un 15. maddesinin (3) numaralı fıkrasında bir fiile ancak tek yaptırım uygulanacağını vurgulamış ve maddenin gerekçesinde “Bir fiil, bazı durumlarda hem suç hem de kabahat oluşturabilir. Maddenin üçüncü fıkrası, bu hallere özgü ve fakat sadece içtima ile ilgili bir hüküm içermektedir. Bu gibi durumlarda kişi hakkında sadece suçtan dolayı ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilebilecektir; fiilin kabahat oluşturması dolayısıyla ayrıca idari yaptırım uygulanamayacaktır. Böylece, “non bis in idem” kuralına suçlarla kabahatler arasında da geçerlilik tanınmıştır. Ancak, suçtan dolayı ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilemeyen hallerde, kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilecektir.” denilerek kanun koyucunun takdir yetkisini “non bis in idem” ilkesini suçlar ve kabahatler arasında da arasında geçerli kılmaya yönünde kullandığı ifade edilmiştir.*”, AYMGG, 5.3.2015, E.2014/124, K.2015/24.

¹³⁵ Kangal, *Kabahatler Hukuku*, 268.; Akbulut, *Kabahatler Hukuku*, 503.

kaynağı, 2872 sayılı Kanun’un 14. maddesinde açıklandığı üzere, “ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlar” ise; a- Gürültü, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olduğu takdirde 2872 sayılı Kanun’un 14. maddesi delaletiyle TCK’nın 183. maddesindeki suçun cezası, b- Gürültü, sırf huzur ve sükûnu bozmak maksadıyla yapılmış olsa bile başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olduğu takdirde 2872 sayılı Kanun’un 14. ve TCK’nın 44. maddesi delaletiyle TCK’nın 123 ve 183. maddesindeki suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçun cezası, c- Gürültü, fail tarafından sırf huzur ve sükûnu bozmak maksadıyla yapılmamış, bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olmayacak boyutta ancak mağdurun huzur ve sükûnunu bozacak nitelikte ise 2872 sayılı Kanun’un 14, 20/h maddesindeki kabahat, 2- Kaynağı ne olursa olsun çevresel gürültü, sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla yapılmış ve bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olmadığı takdirde TCK’nın 123. maddesindeki suçun cezası, 3- Çevresel gürültünün kaynağı, 2872 sayılı Kanun’un 14. maddesinde bahsedilen ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlar haricindeki bir yer ise ya da sırf huzur ve sükûnu bozma amacına yönelmemiş yahut bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olmayacak nitelikte ise 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 36. maddesindeki kabahat, 4- Motorlu araç sürücülerinin araçlarının çevredekileri rahatsız edecek derecede gürültü çıkartması halinde gürültü, yukarıda (1) no.lu kısımda açıklanan niteliklere sahip değil ise 5326 sayılı Kanun’un 15/1 maddesindeki içtima kuralı gereğince 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 30/b ve 5326 sayılı Kanun’un 36. maddesindeki idari para cezalarından hangisi daha ağır ise o kabahat, Türünden yaptırımlar uygulanmalıdır¹³⁶.”

Kabahatler Kanunu ve Karayolları Trafik Kanunu’nda gürültüyle ilişkili başka kabahatlere de yer verilmiştir. KK m. 37’de düzenlenen rahatsız etme kabahati de gürültüyle ilişkili bir diğer kabahattir:

“(1) Mal veya hizmet satmak için başkalarını rahatsız eden kişi, elli Türk Lirası idarî para cezası ile cezalandırılır. (2) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezası vermeye kolluk veya belediye zabıta görevlileri yetkilidir”

Bu kabahatin en yaygın örneği olarak, araç üzerine hoparlör takılarak satıcıların mal ve hizmet satması için yaptıkları faaliyetler, düşünülmelidir¹³⁷. Gürültü bir mal veya hizmet satımı için yapılıyorsa buradaki gürültüye rahatsız etme kabahati yaptırımı uygulanacaktır¹³⁸.

¹³⁶ Y18.CD, 27.4.2016, E.2015/13060, K.2016/8837.; Y18.CD, 01.06.2016, E.2015/13033, K.2016/12044.; Y4.CD, 19.1.2015, E.2013/24365, K.2015/1452.

¹³⁷ Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, 344.

¹³⁸ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 93.

KTK m. 30 ise şöyle bir düzenlemeye yer vermiştir:

“Diğer eksiklik ve bozuklukları bulunan araçlarla, görüşü engelleyecek veya bir kaza halinde içindekiler için tehlikeli olabilecek süs aksesuar eşya ve çikintuları olan araçları kullananlarla, karayolunu kullananlar için tehlike yaratacak şekilde olan veya görüşü engelleyecek ve çevredekileri rahatsız edecek derecede duman veya gürültü çıkaran araçları kullanan sürücüler 3 600 000 lira para cezası, ile cezalandırılırlar.”

Bu düzenlemede aslında sadece karayolu ile sınırlı bir düzenleme değildir. “Çevredekileri rahatsız edecek derecede gürültü” bu kabahatinde diğer kabahatlerle ilişkisinin belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir¹³⁹.

Ayrıca gürültü kirliliği sebebiyle çevrenin kirletilmesine sebep olanlar hakkında cezai sorumluluğunun yanı sıra tazminat sorumluluğu da söz konusu olacaktır. Çevre Kanunu m. 28’e göre çevreyi kirletenlerin tazminat sorumluluğu bulunmaktadır. Bu hükümde yer alan sorumluluk için kusur şartına da yer verilmemiştir. Bu madde kapsamında sorumluluk şartları gerçekleşmesi dahi Türk Borçlar Kanunu m. 71 ve Türk Medeni Kanunu m. 730 hükümlerine göre gürültü kirliliğine neden olanların, tazminat sorumluluğuna gidilebilir¹⁴⁰.

III. CEZA HUKUKUNUN ÇEVREYİ KORUMA ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A. CEZA HUKUKUNUN ÇEVRE SUÇLARI İLE MÜCADELESİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Çevrenin korunması için insanlığın aydınlanması, çevrenin bir insan hakkı olarak kabul edilmesi ve çevrenin korunması gerekliliğine ilişkin anayasa metinlerinde düzenlemelere yer verilmesi yeterli değildir. İnsanlığın devam edebilmesi için yaşamak zorunda olduğu çevrenin, tazminat sorumluluğu ve idare hukuku araçları ile korunması yanı sıra çevreye zarar verebilecek bazı fiillerin, içerdiği haksızlık ve fiillerin neticesinde gerçekleşebilecek zarar tehlikesi veya zarar dikkate alınarak suç olarak tanımlanması gerekmektedir. Bu nedenle artık çevre suçları başlığıyla düzenlenen suçlara pek çok ülke ceza kanunu ya da çevre kanununda rastlamak mümkündür.

Çevre suçları, çevreye ve insan sağlığına önemli ölçüde zarar veren veya risk oluşturan bir dizi faaliyeti kapsamaktadır. Bu tür yasadışı faaliyetler, ulusal veya

¹³⁹ “Motorlu araç sürücülerinin araçlarının çevredekileri rahatsız edecek derecede gürültü çıkartması halinde gürültü, yukarıda (1) no.lu kısımda açıklanan niteliklere sahip değil ise 5326 sayılı Kanun’un 15/1 maddesindeki içtima kuralı gereğince 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 30/b ve 5326 sayılı Kanun’un 36. maddesindeki idari para cezalarından hangisi daha ağır ise o kabahat, Türünden yaptırımlar uygulanmalıdır.”, Y18.CD, 27.2.2017, E.2016/15421, K.2017/2171.

¹⁴⁰ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz., Selin Sert Sütçü ve Orkun Şahin, “Gürültü Kirliliği Kavramı ve Gürültü Kirliliğine Sebep Olanların Özel Hukuk Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 2 (2021): 685-686.

uluslararası olabilir. Doğası gereği, çevre suçlarının ve etkilerinin tespit edilmesi, ölçülmesi ve önlenmesi zordur. Bununla birlikte, ortaya çıkan olumsuz etkiler dünya genelinde özellikle gelişmekte olan ülkelerde daha fazla hissedilmektedir¹⁴¹.

Çevrenin ceza hukuku yaptırımlarıyla korunması gerekip gerekmediği konusundaki tartışmalar, uzun süredir devam etmektedir. Çevreye ciddi zarar veren fiiller için ceza hukukunun, korumasına ihtiyaç olmakla beraber çevre suçlarını tanımlamak ve suçun unsurlarını belirlemek çevre sorunlarının karmaşıklığı, teknik detayları ve zarar ya da zarar tehlikesinin ispatı bakımından zordur. Çevreyi korumak için ceza hukukunda detaylı düzenlemelerle koruma sağlayan ülkeler olmakla birlikte sınırlı şekilde ceza hukukundan faydalanan asli korumayı idare hukuku araçlarıyla sağlayan ülkeler de bulunmaktadır¹⁴².

Çevrenin korunması için ceza hukuku araçlarına başvurulması her durumda gerekmez. Ciddi ihlaller karşısında çevreye zarar verenlerin cezalandırılabilmesi mümkün olması gerekmele birlikte acil müdahale edilmesi gereken ve derece olarak çok ağır sayılmayacak ihlallerin idare hukuku yaptırımlarına bağlanması daha uygun olacaktır¹⁴³.

Bir fiilin suç haline getirilmesi için o fiilin önlenmesi için başka bir seçenek kalmamış olması yani ceza hukukunun son çare olması gerekir. TCK çevre suçlarını düzenlemiş olmakla birlikte özellikle gürültüye neden olma suçunda tüm toplumu birer suçlu adayına dönüştürmüştür. Suçun içeriğinin çok geniş olması, suçun sınırlarının belirsizliği bu noktada eleştirilmektedir¹⁴⁴.

Çevreyi korumak için ceza hukuku yaptırımları uygulamak failin kusurunun ispatlanmasıyla mümkün olacağından çok hızlı uygulanması mümkün değildir. Bu konuda idare hukukunun, koruma araçlarına başvurmak sürecin çok daha hızlı tamamlanmasının ve çevrenin gerçekten korunabilmesini mümkün hale getirecektir. Çevre kirliliği gerçekleşmeden önleme fonksiyonu sağlanmış olacaktır. İdare hukuku, resen uygulama ilkesi gereği hızlı ve etkin bir mücadele aracı olabilecektir¹⁴⁵.

İdari yaptırımların caydırıcı olabilmesi için de verilecek idari para cezaların matbu olmaması, yaptırım uygulanacak kişinin gelir durumunun dikkate alınabi-

¹⁴¹ “An EU Research Project on Environmental Crime”, European Union Action to Fight Environmental Crime, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://www.ecologic.eu/sites/default/files/publication/2021/2720-EFFACE-Flyer-2014.pdf>.

¹⁴² Nükhet Yılmaz Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınları, 2012), 314.

¹⁴³ Ersa Şen, *Ceza Hukuku Açısında Sağlıklı ve Düzenli Bir Çevrede Yaşama Hakkı* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Tezi, 1994), 221.

¹⁴⁴ Firuz D. Yaşamış, “Çevre Ceza Hukuku’nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 58 (2005): 139.

¹⁴⁵ Sezin Öztoprak, “Çevre Hukukunda İdari Yaptırımlar”, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, S. 1 (2018): 74.

leceği şekilde yeniden düzenlenmesi ve idarenin de denetim yetkisi etkin kullanması önemlidir¹⁴⁶.

Çevrenin ceza hukuku yoluyla korunmasına ilişkin 2008/99/EC sayılı AB Direktifi, 2008 yılında kabul edilmiştir¹⁴⁷. Üye devletlerin, direktifin 3. Maddesinde belirtilen fiilleri, hukuka aykırı ve kasıtlı olarak ya da en azından ciddi bir ihmalle işlenmesi halinde suç olarak düzenlenmesini gerektirir. Bu suçlar, çevre kavramının temel unsurları (hava, toprak, su, fauna, flora) ve ilgili endüstriyel ya da ekonomik faaliyetlerle ilgilidir¹⁴⁸. Avrupa Birliği örgütlü çevre suçlarıyla mücadelede yeni yol ve yöntemler aramaktadır. BM Güvenlik Konseyi de çevre suçlarının barış ve güvenliğe yönelik ciddi bir tehdit oluşturduğunu kabul etmiştir¹⁴⁹. Suçların karmaşıklığı, tanımlanmasındaki güçlük, üye olan ve olmayan ülkelerle iş birliği gerektirmesi gibi sorunlar nedeniyle ortak bir metin oluşturmak güçtür. BM Sınırışan Örgütlü Suçlar Sözleşmesi'nin varlığına rağmen bu suçlarla tam olarak mücadele edilememektedir¹⁵⁰.

Avrupa ülkelerinin, çevre suçlarıyla mücadelede başarılı örneklerden biri Polonya'dır. Avrupa Birliği'ne üyeliğinde de bu başarısı dikkate alınmıştır. Her ne kadar ülke mevzuatları karmaşık görünse de çevre suçlarıyla etkin mücadeleyi sağlamaktadır. Çevreyi korumak için yer verdikleri suçlar oldukça ciddi suçlardır ancak yaygın işlenen daha hafif sayılabilecek fiilleri ise idari yaptırımla düzenlemişlerdir. Bu durum ise uzun mahkeme süreçlerini ve masraflarını azaltmakta, hızlıca çevre kirliliğine yol açabilecek fiilleri durdurmayı sağlamaktadır¹⁵¹.

Çevre suçlarıyla mücadelede başarılı bir diğer Avrupa ülkesinin, İsveç olduğu görülür. 2008/99/EC sayılı AB Direktifi'nden önce de çevre suçlarıyla mücadele için yasal düzenlemeleri mevcuttu. 1999 Tarihli Çevre Kanunları bu anlamda önemlidir. Sayısı sınırlı olsa da çevre mahkemelerinin varlığı dikkat çekicidir. Çevre suçlarında zararın ağırlığına göre cezanın artırımına izin veren hükümler mevcuttur. Daha hafif ihlal içeren çevre kirliliğine neden olan fiilleri ise sadece para cezası ile koruma altına almıştır. Çevre suçlarında dava açılmasını zorlaştı-

¹⁴⁶ Şen, *Ceza Hukuku Açısından Sağlıklı ve Düzenli Bir Çevrede Yaşama Hakkı*, 75.

¹⁴⁷ "Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law (Text with EEA relevance)", European Union, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32008L0099>.

¹⁴⁸ Grazia Marisa Vagliasindi, "Directive 2008/99/EC on Environmental Crime and Directive 2009/123/EC on Ship-source Pollution", *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 18.

¹⁴⁹ Solheim Erik, "Environmental Crime Tackling the Greatest Threats to our Planet", *United Nations Environment Programme*, (2017): 4.

¹⁵⁰ Teresa Fajardo del Castillo, "Organised Crime and Environmental Crime: Analysis of EU Legal Instruments", *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 34.

¹⁵¹ Valsamis Mitsilegas, Malgosia Fitzmaurice and Elena Fasoli, "Fighting Environmental Crime in Poland: A Country Report", (1-44), *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 38-40.

ran ispat yükümlülüğü ile ilgili maddeler 2007 yılında değiştirilmiş bu da ülkede olumlu karşılanmıştır¹⁵².

Almanya, ceza kanunu içerisinde çevre suçlarına yer vermiş ancak başka kanunların içerisinde de özel çevre suçları tanımlamıştır. Doktrindeki hakim görüşe göre, çevre ceza hukukundaki çevre tanımı, sınırlıdır ve yalnızca insanların doğal çevresini kapsamaktadır. Ayrıca, Alman çevre ceza hukuku bazı özelliklere sahiptir: İdare hukukuna bağımlıdır, suçlar genellikle soyut tehlike suçları olarak düzenlenmiştir, suçların taksirli haline de yer verilmiştir, çevre suçlarına teşebbüsün cezalandırılmasına imkan veren hükümler mevcuttur. Alman çevre ceza hukuku, çevreye zarar veren çok çeşitli davranışları suç haline getirerek, önleme ve risk değerlendirmesine dayalı modern bir hukuk sisteminin tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Bu nedenle AB direktifleri, bu ülkede önemli değişikliklere neden olmamıştır¹⁵³. Almanya’da bu suçlarla mücadeleyi zorlaştıran etmenlerin başında, yetkili makamlara halkın suçu bildirmeyişi olarak görülmektedir. Çevre suçları genellikle halkın doğrudan etkilerini hissetmediği suçlar olduğu için halk suçu bildirmek konusunda isteksizdir. Hakim ve savcılarının teknik çevre bilgilerinin olmayışı, halkın suçla mücadeleye katılmayışi ve suçların ispatında yaşanan güçlükler çevre suçlarında yaşanan mahkumiyet oranlarının düşüklüğüne neden olmaktadır¹⁵⁴.

Fransız hukukunda çevre, “Ulusun ortak mirasının bir parçası” olarak, Çevre Kanunu m. L 110-1’de “doğal alanlar, kaynaklar ve habitatlar, alanlar ve peyzajlar, hava kalitesi, hayvan ve bitki türleri ve bunların katkıda bulunduğu biyolojik çeşitlilik ve denge” olarak tanımlanmıştır. Bu kanun, ihtiyatlılık ilkesi; çevreye verilen zararın önlenmesi ve düzeltilmesi ilkesi; kirleten öder ilkesi ve halkın katılımı ilkesi gibi önemli ilkelere yer vermektedir. Çevre, Ceza Kanunu’nda “insanlığın ortak mirası” olarak tanımlanmış ve çevrenin korunması “ulusun diğer temel çıkarlarıyla aynı şekilde takip edilmesi gereken bir amaç” olarak yer almaktadır¹⁵⁵.

İspanyol Ceza Kanunu bazı ciddi ihlalleri çevre suçları olarak tanımlamıştır ve çevreye ilişkin tüm suçlar bu kanunda yer almaktadır. Çevre kanunda ise yalnızca idari yaptırımlara yer verilmiştir. İspanya’da özel bir polis birimi ve her ilde görev yapan bir çevre savcısı bulunur. Çevre suçları resen soruşturulmakta ve savunma pazarlığı yapılmasına imkan tanınmamaktadır¹⁵⁶. İspanya Anayasa-

¹⁵² Philipsen and Faure, “Fighting Environmental Crime in Sweden: A Country Report”, 45-46.

¹⁵³ Stephan, “Fighting Environmental Crime in Germany: A Country Report”, 69., “Environmental Code”, Umwelt Bundesamt, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://www.umweltbundesamt.de/en/environmental-code-0#development-of-the-environmental-code>.

¹⁵⁴ Stephan, “Fighting Environmental Crime in Germany: A Country Report”, 75.

¹⁵⁵ Bianco, Lucifora and Vagliasindi, “Fighting Environmental Crime in France: A Country Report”, 8.

¹⁵⁶ Fajardo del Castillo, Fuentes Osorio, Ramos Tapia and Verdú Baeza, “Fighting Environmental Crime in Spain: A Country Report”, 8-10.

sı, 45. maddenin 3. paragrafında, idari mevzuatlarını ve cezai kanunlarını, ihlal edenlerin çevreye verdikleri zararı onarma yükümlülüğünü öngörmektedir¹⁵⁷.

İtalyan Ceza Kanunu da çevre suçları başlığıyla bazı suçlara yer vermiştir. 2015 yılında bu suçların sayısı artırılmıştır. Bu kanunda dikkat çekici bir suç olarak çevresel felaket suçu tanımlanmıştır. Çevresel felaket, ekosistem dengesinin geri dönüşü olmayan bir şekilde değişmesi veya ortadan kaldırılmasını zarar gören veya tehlikeye maruz kalan kişi sayısı temelinde, objektif olarak değerlendirilen, kamu güvenliğine karşı bir suçtur. Felaketin koruma altındaki bir doğal alanda veya peyzaj, çevre, tarihi, sanatsal, mimari veya arkeolojik kısıtlamalara tabi bir alanda veya koruma altındaki hayvan veya bitki türlerine karşı üretilmesi halinde ceza artırılır. Çevreye karşı suçlar kanunlara ve idari tedbirlere aykırı olması koşuluyla cezalandırılmaktadır. Çevre suçlarının yanı sıra farklı kanunlarda yer alan kabahatler de mevcuttur¹⁵⁸.

2008/99/EC sayılı AB Direktifi, Birleşik Krallık tarafından da dikkate alınmıştır. Birleşik Krallıkta yer alan ülkelerin hukuk sistemleri birbirlerinden farklı olduğu ve hâlihazırda zaten belli çevre suçlarını, ülkeler kanunlarında düzenlediği için direktif büyük bir fark yaratmamıştır. Birleşik Krallık da bu suçlarla daha etkin mücadele edebilmenin yöntemi üzerine arayışlar sürmektedir¹⁵⁹.

Çevre suçlarının takibi çok özel bir uzmanlık gerekir. Hukukçuların, çevreyle ilgili teknik detayları da içeren, derinlemesine bir bilgi birikimi olmaması ise büyük bir sorundur. Birleşik Krallık bu sorunu çözmek için Eylül 2009'da Sulh Hakimleri Birliği, çok çeşitli çevresel ceza konularına yönelik pratik bir el kitabı olan "Costing the Earth: guidance for sentencers" (Yeryüzünün Bedeli: yargıçlar için rehber) yayınlamıştır. Hakimlerin, savcılarının hatta kolluk görevlilerinin çevreye ilişkin bilgi düzeylerinin düşüklüğü Birleşik Krallık'a bağlı ülkelerde çevre suçlarıyla ilgili dava sayısının da düşük olmasına neden olmaktadır¹⁶⁰.

Çevre suçları tanımlanırken idari mevzuatlara bağımlı olunması, çevre suçları için her zaman tartışma yaratmaktadır. Klasik suçların genel özelliklerine uygun olmayan nitelikteki çevre suçlarının; tanımlanması, anlaşılması ve uygulanması kolay değildir. Suçların soruşturulması ve kovuşturulması sürecinde görev alan hukukçuların ve kolluk görevlilerinin, teknik detayları karmaşık olan bu tür suçlarda zorlanması muhtemeldir. Çevre suçlarının varlığı bu nedenlerle, çevreyi korumak için tek başına yeterli olmamaktadır¹⁶¹.

¹⁵⁷ Fajardo del Castillo, Fuentes Osorio, Ramos Tapia and Verdú Baeza, "Fighting Environmental Crime in Spain: A Country Report", 73.

¹⁵⁸ Grazia Maria Vagliasindi, Annalisa Lucifora and Floriana Bianco, "Environmental Crime in Italy: A Country Report", *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 12-15.

¹⁵⁹ Mitsilegas, Fitzmaurice and Fasoli, "Fighting Environmental Crime in the UK: A Country Report", 77.

¹⁶⁰ Mitsilegas, Fitzmaurice and Fasoli, "Fighting Environmental Crime in the UK: A Country Report", 78.

¹⁶¹ Bianco, Lucifora and Vagliasindi, "Fighting Environmental Crime in France: A Country Report", 54.

Çevre suçlarında tüzel kişilerin cezalandırılmaması ise başka önemli bir sorundur. Ülkelerin tüzel kişilerin cezai sorumluluğu yönünde farklı düzenlemeleri bulunur. Fransa bu sorunla mücadelede dikkat çekici adımlar atmıştır. 1994 tarihli Ceza Kanunu ile tüzel kişilerin cezai sorumluluğu konusunu ortaya koyan ve düzenleyen ilk Avrupa ülkelerinden biridir. Başlangıçta bu sorumluluk, kanun veya yönetmeliklerde açıkça öngörülen durumlarla sınırlıydı, 9 Mart 2004 tarihli ve 204 sayılı Kanun'dan sonra ise tüm suçları kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bu nedenle, şirketler ve tüzel kişiler Fransız mevzuatında öngörülen tüm çevre suçlarından sorumlu tutulabilir. Fransız hukuk sisteminin, Avrupa Birliği, 2008/99/EC sayılı Direktifin 6. Maddesi ve 2009/123/EC sayılı Direktif ile uyumlu olduğunu vurgulamakta fayda vardır. Çünkü Fransız hukuku tarafından öngörülen tüm çevre ihlalleri yaptırımları, gerçek kişilere olduğu kadar tüzel kişilere de uygulanabilmektedir¹⁶².

B. GÜRÜLTÜYLE MÜCADELEDE CEZA HUKUKUNUN ETKİNLİĞİ

Suç, Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanırken gürültünün kaynağıyla ilgili de bir sınırlama yapılmadığı görülmektedir. Suçun bu kadar geniş bir tanımı olması, bireysel hak ve özgürlüklere geniş bir müdahale alanı oluşturacağından suça ilişkin haklı bir eleştiri yöneltilmektedir. Bu konuda Alman Ceza Kanunu m. 325a örnek gösterilmektedir. Bu kanun gürültü suçunu, bir işletme ya da tesis kaynaklı olduğunda cezalandırmayı tercih etmiştir. Benzer bir gürültü kaynağı sınırlamanın Türk hukukunda da olması gerektiği ifade edilir¹⁶³. Alman Ceza Kanunu da bu suçu düzenlerken idare hukuku kurallarına aykırılık halini cezalandırarak, ceza hukukuyla idare hukukunun iç içe geçtiği bir alan oluşturmuştur¹⁶⁴.

Avrupa ülkeleri için de gürültü önemli bir çevre kirliliği sorunu olarak görülmekte ve bu sorunun insan sağlığı üzerindeki etkileri endişe uyandırmaktadır. Bu konuyla mücadele etme de AB gürültünün sınırlandırılması için teknik sınırlar belirleyerek azaltmayı hedefleyen çevre politikaları üretmektedir. Bu sınırlandırmayı uygulamak için belirlenen direktiflerle hareket etmektedir. Türkiye'de bu konuda AB ile uyumlu politikalar geliştirmeye çalışmaktadır¹⁶⁵.

Klasik insan haklarının yanında ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinde yer alan ve kabul gören sağlıklı çevrede yaşama hakkı da insan haklarından biri olarak artık kabul görmektedir¹⁶⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gürültüyle

¹⁶² Bianco, Lucifora and Vagliasindi, “Fighting Environmental Crime in France: A Country Report”, 55.

¹⁶³ Eren Karakurt, “Türk Ceza Kanunu'nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, 114.

¹⁶⁴ Heiner Prasse, “Almanya'da Çevre Alanında Görevli Olan Kimselerin Cezalandırılması-Çevrenin Korunmasının Aracı Olarak Ceza Hukuku”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Çeviren: Yener Ünver* 55, S. 3 (1997).

¹⁶⁵ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 113.

¹⁶⁶ Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, 127.

ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8 özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir¹⁶⁷.

“Ev genellikle özel ve aile yaşamının geliştiği bir yer; fiziksel olarak tanımlanmış bir alan olacaktır. Bireyin evine saygı gösterilmesi hakkı vardır; bu hak sadece fiziksel alanın değil, aynı zamanda bu alanın sakin bir şekilde kullanılması anlamına da gelir. Konuta saygı hakkının ihlalleri, bir kişinin evine izinsiz girilmesi gibi somut veya fiziksel ihlallerle sınırlı olmayıp, gürültü, emisyonlar, kokular veya diğer müdahale biçimleri gibi somut veya fiziksel olmayan ihlalleri de kapsamaktadır”¹⁶⁸.”

Anayasa Mahkemesi, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı kapsamındaki bireysel başvuruları; Anayasa'nın kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğün korunması ile ilgili 17. maddesi, özel ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 20. maddesi ve konut dokunulmazlığını güvence altına alan 21. maddesi ile bağlantılı değerlendirmektedir¹⁶⁹.

Anayasa Mahkemesi, ramazan ayında gece vakti davul çalınması uygulamasının, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına aykırılık oluşturduğu, sağlıklı çevrede yaşama hakkının engellendiği ve ibadet hürriyetinin ihlal edildiği gerekçeleriyle yapılan başvuruda gürültünün devletin müdahalesini gerektirecek düzeyde olmadığı gerekçesiyle uygulamanın ihlal oluşturmadığı yönünde karar vermiştir¹⁷⁰.

¹⁶⁷ “Case of Mileva and others v. Bulgaria, Applications No. 43449/02 and 21475/04, 25/02/2011”, AİHM, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>; “Case of Grimkovskaya v. Ukraine, Application No. 38182/03, Strasbourg, 21/10/2011”, AİHM, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>; “Case of Deés v. Hungary, Application No. 2345/06, Strasbourg, 09/02/2011”, AİHM, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>; “Case of Moreno Gómez v. Spain, Application No. 4143/02, Strasbourg 16, 16/02/2005”, AİHM, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>.

¹⁶⁸ “Case of oluić v. Croatia, Application No. 61260/08, Strasbourg, 20/08/2010”, AİHM, Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>.

¹⁶⁹ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/2266, 16.6.2016., “Çevresel meselelerin Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli koşullar gerçekleşmiş olmalıdır. Bu bağlamda söz konusu çevresel rahatsızlığın başvuruçunun özel ve aile hayatı ya da konuta saygı hakkı üzerinde doğrudan bir etkiye bulunması, bu kapsamda çevresel rahatsızlığın ciddi bir boyuta ulaşmış olması şartı aranmaktadır. Ancak belirtilen bağlamda aranan asgari ağırlık eşiğinin değerlendirilmesi somut bir zararın gerçekleşip gerçekleşmediğine göre değil söz konusu alana ilişkin incelenebilir bir sorun doğurup doğurmadığı tespit edilerek yapılmaktadır. Bu değerlendirme ise her somut olayda çevresel etkinin yoğunluğu, süresi, beden ve ruh bütünlüğü ile çevrenin genel bağlamı gibi kriterler çerçevesinde ayrıca değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Yapılan değerlendirmelerde, başvuruçunun iddiaya konu çevresel kirlilik kaynağına yakınlığı şüphesiz en önemli unsurdur.”, AYM Kararı, Başvuru No: 2015/2334, 29.11.2018.

¹⁷⁰ AYM Kararı, Başvuru No: 2014/3735, 12.6.2018.

Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan yükseköğretime giriş sınavına katıldığı gün, bir siyasi partinin nevrüz kutlamaları etkinliği nedeniyle oluşan gürültünün sınavını olumsuz etkilediği bu nedenle eğitim hakkının ihlal edildiği yönündeki başvurusunda, ihlalin oluştuğunu tespit etmiştir¹⁷¹.

Türk Ceza Kanunu’nda bir fiilin suç olarak tanımlanabilmesi ve failin cezalandırılabilmesi için kast ya da taksir düzeyinde bir kusurluluğun ispatı gerekir. Çevreye karşı suçlarda suçların taksirli haline yer verilerek ispat sorunu çözülmeye çalışılsa da taksirli sorumlulukta dahi objektif sorumluluğa kayma riski mevcuttur. İdari mevzuatlarda yer alan düzenlemelerin karmaşıklığı dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın belirlenmesi noktasında da zorluklara neden olmaktadır¹⁷².

TCK suçun taksirli halini düzenlememiştir ancak taksirli gürültüye neden olma hali, KK ve ÇK’de yer alan gürültü kabahatleri bakımından değerlendirilebilecektir.

Gürültüye neden olma suçu, ceza hukukunun son çare olma özelliğine uygun bir suç olarak düzenlenmemiştir. Suç, düzenlenirken gürültüye ilişkin ÇK ve KK’de yer alan kabahatler dikkate alınmamıştır. Gürültüye neden olan hareketler cezalandırılırken cezalandırma alanının daha sınırlı olması ve cezalandırılacak fiillerin daha açık düzenlenmesi ceza hukuku sistematığına daha uygun olacaktır¹⁷³.

Suçun tanımı, herkesin faille dönüşmesine neden olacak şekilde yapılmıştır. Suçun yaptırımının seçenek yaptırımlara dönüşebilmesi ya da cezanın ertelenmesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi kurumlarla suçun infazı da büyük olasılıkla gerçekleşmeyeceğinden ceza hukukunun caydırıcılık fonksiyonu da bu suçta sağlanamayacaktır¹⁷⁴.

SONUÇ

Çevre hakkı, anayasal bir hak olarak ülkemizde olduğu gibi pek çok ülkede güvence altına alınmıştır. İnsanın, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı kapsamında çevrenin, korunması gerektiğine ilişkin pek çok ülkede kanuni düzenlemeler yapılmış ve özel nitelikteki çevre kanunları yürürlüğe girmiştir. AB direktifleri ve BM raporlarıyla çevreyi korumak için geç kalan ülkelerde bu konuda gerekli adımları atmıştır. Çevreyi korumak için ilk yapılması gereken ise çevreyi, kirletmemektir. Bu nedenle ülkeler çevre kirliliğine neden olabilecek fiilleri gerek özel hukuk yaptırımlarıyla gerekse idare hukuku yaptırımlarıyla engellemeye

¹⁷¹ AYM Kararı, Başvuru No: 2015/12621, 18.4.2018.

¹⁷² Yılmaz Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, 320.

¹⁷³ Kaplan ve Atladı, “Gürültüye Neden Olma Suçu”, 651.

¹⁷⁴ Ozan Ercan Taşkın, “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/ Kısmi Öneriler”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 3, S. 1 (2015): 159-160.

çalışmakta hatta zarar ve tehlikenin büyüklüğüne göre bu fiilleri suç olarak da düzenleyebilmektedir.

Çevrenin, ceza hukukunun korumasına ihtiyacı olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Çevre suçlarının tanımlanması, sınırlandırılması klasik suçlardan daha zordur. Çevre konularının içerdiği teknik bilgilerin karmaşıklığı, suç tanımlarının idari mevzuatlara bağımlı olmasını gerektirmektedir. Çevreye karşı işlenen suçların, herkes tarafından bilinmesinin zorluğu, suçların fark edilmesini ve yetkililerin suçlardan haberdar edilmesini güçleştirmektedir. Benzer şekilde yargılama süreçlerinde görev alan kolluk görevlileri ve hukukçuların da bilgisizliği, suçların cezasız kalmasına neden olur. İspanya'da özel olarak yetkilendirilen çevre savcıları ve kolluk görevlileri suçlarla mücadelede etkin olmaktadır. Benzer bir uygulamaya ülkemizde de yer verilebilir. Hatta çevre suçlarının yargılanması için kurulabilecek özel çevre mahkemeleri, süreçteki en büyük sorun olan ispat külfetinin getirdiği zorluklar ve hızlı bir yargılama süreci için özel usullerle çalışabilmelidir.

Ülkemizde ÇK ve bu kanuna bağlı olarak çıkarılan pek çok yönetmelikle çevre kirliliğiyle mücadele edilmektedir. Çevreyi kirleten bazı fiillerin sonucunda ortaya çıkan zararın ve tehlikenin büyüklüğü dikkate alınarak TCK'de çevreye karşı suçlar başlığında dört suça yer verilmiştir. Çalışmamızda bu suçlardan biri olan TCK m. 183'te yer alan gürültüye neden olma suçundan yola çıkılarak TCK m. 123'te yer alan kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunun hareketlerinden biri olan ısrarlı gürültü yapmayı ve çeşitli kanunlarda yer alan gürültü kabahatlerini inceledik.

İncelediğimiz ülkelerde, çevre suçları pek çok ülkenin kanunlarında yer almaktadır. Gürültüyü suç olarak tanımlayan İsveç'te çevre suçlarıyla ilgili uzmanlaşmış savcılar ve polisler suçların tespit edilmesinde etkin bir rol oynayabilmektedir. Çevre mahkemelerinin varlığı da İsveç'te çevre suçlarıyla mücadelenin başarısına katkı sunmaktadır. İspanya'da, doğal sistemlerin dengesine ciddi zarar verebilecek düzeyde gürültü suç olarak düzenlenmiştir. Kişilerin sağlığına ciddi zarar verme riski varsa, hapis cezasının üst sınırı uygulanması gerekecektir. Almanya'da ise gürültü, suç olarak düzenlenmiş ancak ceza verilecek gürültünün bir işletme faaliyetiyle gerçekleşmiş olması ve idari mevzuata aykırılık içermesi gerekmektedir. Fransa gürültüyü kabahat olarak düzenlenmiş ancak çok sınırlı olarak gürültüyle ilgili suçlara yer vermiştir. Şiddetli gürültüye neden olabilecek nesnelerin gürültü emisyonu ile ilgili suçlar tanımlanmıştır. Bu nesnelerin ithalatı ve ihracatını içeren suçlar mevcuttur.

TCK m. 183'te gürültüye neden olma suçu yer almaktadır. Bu düzenleme, insan sağlığına zarar vermeye elverişli olan gürültüyü cezalandırmaktadır. Doğanın diğer unsurlarına zarar verecek bir gürültüyü suç olarak düzenleme altına almamıştır. Bu durum, önemli bir eksiklik. Gürültünün, doğada bulunan çok

sayıda canlıya zarar vererek çevrenin dengesinin bozulmasına yol açtığını gösterir pek çok bilimsel veri bulunur. Bu konuda İspanya’da olduğu gibi çevrenin tüm unsurlarını koruma altına alan bir yaklaşım belirlenmesi daha yerinde olacaktır.

TCK m. 183’e yöneltilen en ciddi eleştirilerden biri; madde metninde gürültüyle ilgili kanunlara atıf yapılmış olmasına karşın bu kanunlardan ilki olan ÇK’de gürültüyle ilgili değerlerin yer almaması, bu değerlerin yönetmelikte düzenlenmiş olmasıdır. Bu nedenle TCK m. 183’ün kanunilik ilkesinin bir ihlali olduğu ifade edilmektedir. Çevre ceza hukukunun, idare hukukuna bağımlılığı ilkesini benimseyen ülkelerden biri olan Almanya, gürültüyü sadece bir işletme faaliyetiyle sınırlı biçimde suç olarak tanımladığından işletmenin, kendi faaliyet alanıyla ilgili idari mevzuatları bilmesi zorunluluğu karşısında idari mevzuata uyulmaması halinde, cezai yaptırım uygulanması kabul edilebilir. Ancak TCK’de gürültüye neden olma suçunun faili olarak hiçbir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla ülkede yaşayan herkesin gürültüyle ilgili yönetmeliği bilmesi gerektiği yönünde bir varsayımına ulaşmak ve yönetmelik ihlalinin cezalandırılması, ceza hukuku sistematğine uygun görünmemektedir. TCK m. 4’e göre; ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılamaz ancak yönetmelikleri bilmemek cezalandırılabilir olmamalıdır. Özellikle ÇK ve KK’de yer alan kabahatlerin TCK m. 183 ile farkının ortaya koyulması noktasında da suçun gözden geçirilmesi gerekir.

TCK m. 183’ün suç sistematği bakımından uygun bir düzenleme olmadığı görülür. Suç oldukça geniş tanımlanmış, bir somut tehlike suçudur. Suçun kimin tarafından işlendiğinin bir önemi bulunmaz ve tüzel kişiler bakımından uygulanabilecek güvenlik tedbirlerine de bu suç bakımından başvurulması mümkün değildir. Gürültüye neden olma bir tüzel kişi yararına işleniyorsa bu durumda bu faaliyet izninin iptal edilmesi söz konusu değildir. Bu önemli bir eksiklik. Bu sorun Fransa’da tüzel kişilerin her suç türünde sorumluluğuna gidilmesi ile çözüme kavuşturulmuştur. Ülkemizde bu şekilde bir reform yapılması gerekip gerekmediği tartışılabilir olsa da en azından çevre suçlarına özel olarak tüzel kişilerin sorumluluğu kapsamındaki güvenlik tedbirleri genişletilebilir. Suçla çevreye verilen zararın tazmin edilebilmesine imkan sağlayan bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Çevre suçlarının genellikle bir tüzel kişi yararına işlendiği göz ardı edilmemelidir. İspanya’da çevre suçlarını işleyenlerin verdikleri zararı tazmin yükümlüğü anayasa ile koruma altına alınmıştır.

Suçun gece ya da gündüz işlenmesi veya işlendiği yerin bir önemi bulunmaz. Gürültünün insan sağlığını etkilemesi halinde ise yaralama suçu gündeme gelecektir. Oysa ceza hukuku en ağır ihlalleri cezalandırmak istiyorsa suç sonucunda başka canlı türlerinin yok olması gibi sonuçlar ortaya çıktığında da cezalandırılabilir olması gerekmektedir. Suç sadece insan sağlığının bozulma tehlikesinin varlığını cezalandırmaktadır. Bu sınırlı korumaya gerçekten ihtiyaç olup olmadığı ise tartışmaya açıktır. Biz gürültünün önlenmesi bakımından yaptırımları

artırılmış kabahatlerin daha etkin olacağını, suç olarak tanımlanması halinde ise çevrenin tüm unsurlarını koruması gereken ve sınırları belirlenmiş bir suç olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Çevrenin korunması gerektiği bilincinin tüm toplumda oluşması için ise ilkokul müfredatlarından başlanarak çevre etiği ile ilgili derslere eğitim sisteminde yer verilmesi gerekmektedir. Çevreyi korurken önemli bir araç da tazminat sorumluluğu olmalıdır. Çevreyi kirleten gerçek ve tüzel kişilerin, bir tazmin yükümlülüğü olması gerekir. Kabahatlerle, çevrenin korunması ise etkili bir yoldur. Yargılama gerektirmemesi, manevi unsurun asıl olarak taksir sorumluluğu olması, hızlı ve önleyici etkilerinin yüksek olmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla çevreyi korumak için ilk araç kabahatler olmalıdır. Caydırıcılık özelliğinin yüksek olması için ise kabahatler için öngörülen idari para cezalarının yükseltilmesi gerekmektedir. Çevre suçlarının ise haksızlık içeriği yüksek, zarar ya da zarar tehlikesinin ciddiyeti ile orantılı olması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- “Environmental Noise- 2020.” *European Environment Agency*, 22 (2019, 2020): 1-102.
- “Noise, Blazes and Mismatches Emerging Issues of Environmental Concern.”, *UN Environment Programme Frontiers 2022 Report*, (2022): 1-59.
- “Quiet Areas in Europe the Environment Unaffected by Noise Pollution”, *European Environment Agency Report*, I. 14 (2016): 1-78.
- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınları, 2022.
- Akbulut, Berrin. *Kabahatler Hukuku*. Ankara: Adalet Yayıncılık, 2022.
- Aldemir, Hüsnü. *Hürriyete Karşı Suçların Soruşturulması ve Kovuşturulmasında Dikkat Edilecek Hususlar*. Ankara: Adalet Yayıncılık, 2022.
- Aslantürk, Mustafa. *Hakaret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Berglund, Birgitta, Lindvall, Thomas and Schwela, Dietrich H. *Guidelines for Community Noise*. Geneva: World Health Organization, 1999.
- Bhagora, Fateh Singh. “Noise Pollution”, *International Journal of Advanced Research in Arts, Science, Engineering & Management* 2, I. 6 (2015): 2557-2562.
- Bianco, Floriana, Lucifora, Annalisa and Vagliasindi, Grazia Maria Vagliasindi. “Fighting Environmental Crime in France: A Country Report.”, *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 1-61.
- Bruch, Carl, Coker, Wole and VanArsdale, Chris. “Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa.” *Columbia Journal of Environmental Law* 26, I. 1 (2001): 131-212.
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Collins, Lynda. “Are We There Yet? The Right to Environment in International and European Law.”, *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy* 3, I. 2 (2007): 119-154.
- Council of Europe Conseil De L’Europe. “Committee of Experts on Air Pollution.”, EXP/Air I 68, 6 (1968): 1-10.
- Council of Europe Conseil De L’Europe. “Environment Policy in Europe.” *Consultative Assembly Committee On Regional Planning And Local Authorities*, AS/Loc (23) 27, (1972): 1-62.
- Cramer, Benjamin W. “The Human Right to Information, the Environment and Information about the Environment: from the Universal Declaration to the Aarhus Convention.”, *Communication Law and Policy* 14, I. 1 (2009): 73-103.
- Çalışkan, Suat. *Hürriyete Karşı Suçlar*. İstanbul: Platon Yayınları, 2020.
- Dobbs-Allsopp, Will, Goodwin, James and Kliger, Sasha. “Safe and Sound: How the Environmental Protection Agency Can Protect Us From Dangerous Noise.”, *Center for Progressive Reform and Governing for Impact* (2024): 1-35.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir, Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*. İstanbul: DER Yayınları, 2021.

- Ekici Şahin, Meral. “Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK m.123).”, *Ceza Hukuku Dergisi* 8, S. 23 (2013): 21-52.
- Eren Karakurt, Ahu. “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu.”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.132 (2017): 55-120.
- Erik, Solheim.”Environmental Crime Tackling the Greatest Threats to our Planet.”, *United Nations Environment Programme*, (2017): 1-49.
- Fajardo del Castillo, Teresa, Fuentes Osorio, Juan, Ramos Tapia, Inmaculada and Verdú Baeza, Jesus. “Fighting Environmental Crime in Spain: A Country Report.”, *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 1-83.
- Fajardo del Castillo, Teresa. “EU Environmental Law and Environmental Crime: An Introduction.”, *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 1-15.
- Fajardo del Castillo, Teresa. “Organised Crime and Environmental Crime: Analysis of EU Legal Instruments.”, *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 1-43.
- Frequently Asked Questions on Human Rights and Climate Change*. New York and Geneva: United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Fact Sheet No. 38, 2021.
- General Assembly. “Rio Declaration on Environment and Development.”, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development I*, A/CONF.151/26, (1992): 1-9.
- Gerçeker, Hasan. *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Gezgin Kayan, Bengi. “Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği.”, *Ceza Hukuku Dergisi* 3, S. 7 (2008): 111-120.
- Ghore Apoorva, “Law of Tort & Noise Pollution”, *Supremo Amicus* 30, (2022).
- Griswold, Eliza. “How ‘Silent Spring’ Ignited the Environmental Movement.”, *The New York Times Magazine*, (2012): 1-9.
- Gülşen, Recep. “Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu.”, *Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1 (2012): 5-20.
- Güneş, Ahmet M. *Ulusal ve Uluslararası Çevre Hukukununun Temel İlkeleri*. Antalya: Haklar ve Araştırmalar Derneği, 2021.
- Gürseler, Güneş İ. “İnsan Hakları, Çevre, Anayasa.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 5 (2008): 199-208.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A Yayınları, 2022.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2022.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*. Ankara: Adalet Yayıncılık, 2023.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2023.

- İnan, Atilla ve Demir, İbrahim. *Açıklamalı- Gerekeçli Kabahatler Kanunu*. Ankara: Türkiye Belediyeler Birliği, 2011.
- Kangal, Zeynel T. *Kabahatler Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınları, 2022.
- Kaplan, Mehmet ve Atladı, Barış. “Gürültüye Neden Olma Suçu.”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan 21*, Özel S. (2019): 627-654.
- Karabulut, Mustafa. *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*. Ankara: Turhan Yayınları, 2008.
- Kart, Aslıhan ve Ketizmen, Muammer. “Kabahatler Kanunu’nun İçtima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler ile Kurul’un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme.”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi 1*, S. 2 (2019): 17-29.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınları, 2022.
- Kocasakal, Ümit. “Huzur ve Sükunu Bozma Suçu (TCK 123).”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2 (2015): 110-146.
- Krishan, Radha, Smriti. “Environment Protection: Legal and Human Rights Perspective.”, *National Journal of Environmental Law 2*, I. 1 (2019): 30-34.
- Kumar, Brind, Oberoi, Sharad V. and Goenka, Akash. “A Brief Review of the Legislative Aspects of Noise Pollution.” *Workshop on Environmental Pollution: Perspectives and Practices*, (2004): 1-12.
- Lumpur, Kuala. “Report Regional Workshop on Noise Abatement and Control.”, *World Health Organization*, (1987): 1-38.
- Ma’ruf, Arifin. “Legal Aspects of Environment in Indonesia: An Efforts to Prevent Environmental Damage and Pollution.”, *Journal of Human Rights, Culture and Legal System 1*, I. 1 (2021): 18-31.
- Maden, Mehmet. Bir Tehlike Suçu Olarak “Gürültüye Neden Olma (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler.”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25*, S. 1 (2021): 431-470.
- Mary-Ann, O. Ajayi and Akong-Eyongndi, David Tarh. “An Examination of Noise Pollution: A Call for Regulation and Stringent Enforcement of Existing Laws.”, *Benson Idahosa University Journal of Private and Property Law*, (2019): 88-108.
- Mitsilegas, Valsamis, Fitzmaurice, Malgosia and Fasoli, Elana. “Fighting Environmental Crime in the UK: A Country Report.”, *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 1-81.
- Mitsilegas, Valsamis, Fitzmaurice, Malgosia and Fasoli, Elana. “Fighting Environmental Crime in Poland: A Country Report.”, *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 1-44.
- Moore, Robert N. “Noise Pollution.”, (105-122), *Albany Law Review 35*, (1970): 105-122.

- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray Doğan ve Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özdemir Ekici, Didar. “Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu ve Çevre Kanunu’nda Düzenlenen Gürültü Suç ve Kabahatleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme.”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan* 21, Özel S. (2019): 1179-1215.
- Özen, Muharrem ve Köksal, Atacan. “Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 68 S. 2(2019): 479-527.
- Özkurt, Haşim. “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçunun İncelenmesi.”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, S. 48 (2023): 159-184.
- Öztoprak, Sezin. “Çevre Hukukunda İdari Yaptırımlar”, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, S. 1 (2018): 41-76.
- Parlar, Ali ve Hatipoğlu, Muzaffer. *Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınları, 2010.
- Peirce, J. Jeffrey, Vesilind, P. Aarne and Weiner, Ruth F. *Environmental Pollution and Control*. Elsevier Science & Technology Books, 1997.
- Philipsen, Niels and Faure, Michael. “Fighting Environmental Crime in Sweden: A Country Report.”, *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 1-50.
- Prasse, Heiner. “Almanya’da Çevre Alanında Görevli Olan Kimselerin Cezalandırılması-Çevrenin Korunmasının Aracı Olarak Ceza Hukuku.”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Çeviren: Yener Ünver* 55, S. 3 (1997): 407-417.
- Sert Sütçü, Selin ve Şahin, Orkun. “Gürültü Kirliliği Kavramı ve Gürültü Kirliliğine Sebep Olanların Özel Hukuk Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi.”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 2 (2021): 669-693.
- Sina, Stephan. “Fighting Environmental Crime in Germany: A Country Report.”, *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2014): 1-77.
- Şen, Ersan. *Ceza Hukuku Açısında Sağlıklı ve Düzenli Bir Çevrede Yaşama Hakkı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Tezi, 1994.
- Şen, Ersan. *Yorumluyorum -15-*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Taneri, Gökhan. *Hürriyete Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Taşkın, Ozan Ercan. “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler.”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 3, S. 1 (2015): 119-166.
- Ulusoy, Ali. *İdari Yaptırımlar*. İstanbul: XII Yayınları, 2013.
- Vagliasindi, Grazia Maria, Luciforaa, Annalisa and Bianco, Floriana. “Environmental Crime in Italy: A Country Report.”, *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 1-57.
- Vagliasindi, Grazia Marisa. “Directive 2008/99/EC on Environmental Crime and Directive 2009/123/EC on Ship-source Pollution.”, (1-22), *European Union Action to Fight Environmental Crime*, (2015): 1-22.

- Work and Health Organization. “Human Rights-Based Approach to Health and Environment”. *Report of A Regional Seminar Bangkok, Thailand, 20-21*, (2007): 1-28.
- Yaday, Pallavi and Yaday, R.S. Yadav. “Noise Pollution and its Enacting Laws in India.”, *G- Journal of Environmental Science and Technology* 1, I. 2 (2013): 51-56.
- Yaşamış, Firuz D. “Çevre Ceza Hukuku’nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu.”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 58 (2005): 137-147.
- Yenerer Çakmut, Özlem. *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*. İstanbul: Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Yılmaz Turgut, Nükhet. *Çevre Politikası ve Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınları, 2012.
- Yılmaz, Murat. *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.
- Yokuş Sevik, Handan. “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183).”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan* 19, S.2 (2013): 363-380.
- Yurtcan, Erdener. *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.

İnternet Kaynakları

- AİHM, “Case of Moreno Gómez v. Spain, Application No. 4143/02, Strasbourg 16, 16/02/2005.” Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}).
- AİHM, “Case of oluić v. Croatia, Application No. 61260/08, Strasbourg, 20/08/2010.” Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}).
- AİHM. “Case of Deés v. Hungary, Application No. 2345/06, Strasbourg, 09/02/2011.” Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}).
- AİHM. “Case of Grimkovskaya v. Ukraine, Application No. 38182/03, Strasbourg 21/10/2011.” Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}).
- AİHM. “Case of mileva and others v. Bulgaria, Applications No. 43449/02 and 21475/04, 25/02/2011.” Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}).
- Amies, Nick. “Cities are Increasingly Taking Bold Measures to Combat Noise Pollution Saturday 7 October 2023.” *The Brussels Times*. Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. <https://www.brusselstimes.com/724505/cities-are-increasingly-taking-bold-measures-to-combat-noise-pollution>.
- AWE International. “Environmental noise impacts”. Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. <https://www.awe.international/article/1847731/environmental-noise-impacts>.
- Environment, Health, Fire and Safety. “What is Environment?” Erişim Tarihi: Ekim 11, 2024. <https://globalehs.co.in/what-is-environment/>.

- EPA United States Environmental Protection Agency. “Environmental Justice.” Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. <https://www.epa.gov/environmentaljustice>.
- EPA United States Environmental Protection Agency. “Summary of the Noise Control Act 42 U.S.C. §4901 et seq. (1972).” Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-noise-control-act>.
- European Union Action to Fight Environmental Crime. “An EU Research Project on Environmental Crime.” Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. <https://www.ecologic.eu/sites/default/files/publication/2021/2720-EFFACE-Flyer-2014.pdf>.
- European Union. “Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law (Text with EEA relevance).” Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32008L0099>.
- Lewik. “Causing Noise, Vibrations And Non-Ionising Radiation (Section 325a, German Criminal Code).” Erişim Tarihi: Eylül 17, 2024. <https://www.lewik.org/term/15895/creating-noise-vibrations-and-non-ionising-radiation-section-325a-german-criminal-code/>.
- NSW EPA, Environment Protection Authority 2013. “Noise Guide for Local Government.” Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. <https://www.scribd.com/document/140536909/Noise-Guide-for-Local-Government>.
- Umwelt Bundesamt. “Environmental Code.” Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. <https://www.umweltbundesamt.de/en/environmental-code-0#development-of-the-environmental-code>.
- WIPO. “Environment Code (consolidated version of 2010), France”. Erişim Tarihi: Eylül 17, 2024. <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/6040>.
- World Health Organization. “Noise”. Erişim Tarihi: Eylül 18, 2024. <https://www.who.int/europe/news-room/fact-sheets/item/noise>.

Yargı Kararları

- AYMGK, 17.4.2007, E. 2004/20 K. 2007/52.
- YCGK, 29.05.2007, E.2007/8-109, K.2007/115 K.
- Y2.CD, 13.2.2012, E.2012/2564, K. 2012/2749.
- Y4.CD, 24.12.2014, E.2013/24429, K.2014/36904.
- Y4.CD, 19.1.2015, E.2013/24261, K.2015/1454.
- Y4.CD, 19.1.2015, E.2013/24365, K.2015/1452.
- D14.D, 4.2.2015, E.2013/4341, K.2015/857.
- AYMGK, 5.3.2015, E.2014/124, K.2015/24.
- Y19.CD, 09.04.2015, E.2015/50, K.2015/171.
- Y8.CD, 26.06.2015, E. 2014/31429 K. 2015/20222.
- Y18.CD, 15.12.2015, E.2015/12170, K.2015/13519.
- Y4.CD, 27.4.2016, E.2014/1832, K.2016/8375.

- Y18.CD, 27.4.2016, E.2015/13060, K.2016/8837.
Y18.CD, 1.6.2016, E.2015/13033, K.2016/12044.
Y18.CD, 01.06.2016, E.2015/13033, K.2016/12044.
Y18.CD, 01.06.2016, E.2015/13033, K.2016/12044.
AYM Kararı, Başvuru No: 2014/2266, 16.6.2016.
Y18.CD, 27.2.2017, E.2016/15421, K.2017/2171.
Y18.CD, 5.12.2017, E.2015/39835, K.2017/14320.
Y18.CD, 10.4.2018, E.2016/3270, K.2018/5281.
AYM Kararı, Başvuru No: 2015/12621, 18.4.2018.
AYM Kararı, Başvuru No: 2014/3735, 12.6.2018.
AYM Kararı, Başvuru No: 2015/2334, 29.11.2018.
Y19.CD, 11.12.2018, E.2018/644, K.2018/13125.
Y18.CD, 18.2.2019, E.2017/6863 K.2019/3251.
Y19.CD, 4.3.2020, E.2018/8450, K.2020/2425.
Y19.CD, 11.3.2020, E. 2019/608 K. 2020/2740.
Y19.CD, 22.3.2021, E.2019/23948, K.2021/3361.
Y19.CD, 23.6.2021, E.2021/649, K.2021/7149.
Y7.CD, 14.3.2022, E.2021/13146, K.2022/4826.
Y4.CD, 26.04.2023, E.2022/14906, K.2023/17491.

YARGI KARARLARINDA KULLANILAN SINKAFLI SÖZLERLE HAKARET İBARESİNİN HAKARET SUÇU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Veysel Candan CANOĞLU^(**)**

Öz

Bu makale, ceza muhakemesinde ifade alma, sorgu ve arama gibi birtakım işlemler kapsamında elde edilen ve belirli sözleri içeren beyanın veya belgenin tutanağa "sinkaf" ibaresi kullanılarak geçirilmesini konu almaktadır. Arapça s ve k harflerinin okunuşuyla oluşturulan sinkaf kelimesi, kaba konuşmada erkeğin cinsel organını karşılamaktadır. Bu ve bundan türetilen veya ilişkilendirilen kelimelerin kullanılması, ahlaka aykırı olarak görülebildiğinden örneğin bir ifade alma işleminde tanığın söylemiş olduğu sözler, sinkaflı sözler olarak tutanağa değiştirilmiş bir şekilde geçirilebilmektedir. Öyle ki ceza muhakemesinin başında yapılan ilk işlemlerden birisi olan ifade alma işleminden Yargıtayın temyiz incelemesi sonucu verdiği karara kadar yapılan birçok işlemde sinkaflı sözlerle hakaret gibi ibarelerin kullanıldığı görülebilmektedir. Bu kullanım, uygulamada genel olarak kabul görmüş olsa da kanımızca birtakım ilke ve kurumlar açısından olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir. Örneğin beyanın değer yargısı katılarak tutanağa geçirilmesi, özellikle hâkimin tarafsızlığını gölgeye düşürebileceği gibi delilin hukuka aykırı olmasına ve şüpheli veya sanık açısından masumiyet karinesinin ihlal edilmesine neden olabilmektedir. Maddi hukuk açısından failin cezai sorumluluğu belirlenirken bu sözlerin suçun fiil unsurunu oluşturduğu durumlarda hatalı tespitlerde bulunabilmektedir. Nitekim failin cezai sorumluluğu belirlenirken öncelikle ele alınacak suç tipi belirlenmektedir. Akabinde bu suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı incelenmektedir. Ancak faile ait olan sözlerin sinkaflı ibarelerle değiştirilmesi suç tipinin belirlenmesinin yanı sıra, bu suçun tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarına dair değerlendirmeyi de zorlaşabilmektedir. Suçun oluştuğuna karar verilmesi durumunda cezanın belirlenmesi sürecine geçilmektedir. Benzer şekilde fiilin ne olduğu net bir şekilde belirli değilse cezanın belirlenmesinde sorunlar yaşanabilmektedir. Bu sonuçlar esasen sinkaflı ibaresinin kullanım şekline kaynaklanmaktadır. Bu kullanım, cinsel taciz ve tehdit başta olmak üzere birçok suçta dair yürütülen yargılamada görülebilmektedir. Çalışmanın kapsamının daraltılarak sorunun daha net bir şekilde anlaşılabilmesi amacıyla biz, yargı mercileri tarafından verilen kararlarda sinkaflı sözlerle hakaret gibi muhtelif şekillerde kullanılan bu ibareleri, hakaret suçu bağlamında ele alarak ceza ve ceza muhakemesine hâkim birtakım ilke ve kurumlar açısından değerlendirmektiz.

Anahtar Kelimeler

Hakaret, Tehdit, Masumiyet Karinesi, Hâkimin Tarafsızlığı, Duruşma Tutanağı, İfade Alma, Sorgu, Cezanın Belirlenmesi.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi](#): 16.10.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih](#): 25.12.2024
[DOI No](#): 10.54704/akdhfd.1568083

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / Kocaeli, Türkiye
[E-posta](mailto:Veysel.canoglu@kaocaeli.edu.tr): Veysel.canoglu@kaocaeli.edu.tr
[Orcid Id](https://orcid.org/0000-0003-1244-8737): <https://orcid.org/0000-0003-1244-8737>



THE EVALUATION OF THE EXPRESSION INSULT WITH WORDS 'SINKAFLI' IN JUDICIAL DECISIONS ON THE CRIME OF INSULT

Abstract

This article deals with the use of the word 'sinkaf' to record the statement or document containing certain words obtained within the scope of certain procedures such as interview, interrogation and search in criminal procedure. The word 'sinkaf' is a word formed by the pronunciation of the Arabic letters s and k. This word is a slang word and is used as a male sexual organ. The use of these words and words derived from or associated with them may be considered immoral. For this reason, for example, during the taking of a witness's interview, some of the words spoken by the witness may be recorded in the minutes as words 'sinkaflı'. One of the first procedures at the beginning of criminal procedure is the interview. So much so that from this point onwards, expression insult with words 'sinkaflı' can be used in many procedures until the decision of the Supreme Court as a result of the appeal review. Even if this usage is generally accepted in practice, in our opinion, this usage may have negative consequences for certain principles and institutions. For example, in particular, the guarantee of the impartiality of the judge may be violated in such a use, because the statement is subjectively recorded. Unlawful obtained evidence and a violation of the presumption of innocence on the part of the suspect or accused may therefore result. From the point of view of criminal responsibility, it may also make erroneous determinations in cases where these words constitute the act element of the crime. Likewise, when determining the criminal responsibility of the perpetrator, the type of crime is first determined. In the following process, it is examined whether the elements of this crime have been established. However, the replacement of the perpetrator's words with words 'sinkaflı' may make it difficult to evaluate the crime under examination and the elements of typicality and illegality of this crime. The punishment is determined after it is decided that the crime has been committed. Similarly, if the act is not clearly defined, problems may arise in determining the punishment. These results are actually due to the way the words 'sinkaflı' are used. In fact, this use can be seen in criminal procedure for many crimes, especially sexual harassment and threats. However, for a clearer understanding of the problem, we examine limited crimes in this article. In particular, we write our article in the context of the crime of insult. In the context of this crime, we evaluate the expression insult with words 'sinkaflı' in judicial decisions, in terms of certain principles and institutions of criminal and criminal procedure law.

Keywords

Insult, Threat, Presumption of Innocence, Impartiality of the Judge, Record of the Hearing, Interview, Interrogation, Determination of Punishment.

Extended Abstract

The Evidence in criminal procedure can be obtained by many methods. For example, one of these methods is the transcription of a person's conversations during the statement. For another example, after a person's notebook is seized, the writings in it are read and the relevant parts are transferred to a separate sheet of paper. No comments should be added during these procedures. However, in practice, it can be seen that the words and writings are transferred differently. This paper may be a report or a judgement given by the judge. One of these cases is related to the word 'sinkaf'. This word is a word formed by the pronunciation of the Arabic letters s and k. This word is different from other words. As a matter of fact, this word does not actually have a meaning. These letters stand for the male genitalia in slang. For this reason, it may be considered against the rules of morality to write the words actually spoken in this way in the judgement. In fact, this point of view is shared by almost all officials in criminal procedure. From the statement taken by the police at the police station to the judgement, the word 'sinkaf' can be used. We do not generalise, but we can see this word in many decisions.

The substitution of certain words with words related to the word 'sinkaf' contravenes several principles and institutions in criminal and criminal procedure. These results are essentially due to the way the word 'sinkaflı' is used. In this study, we examine some of these contradictions. For a better understanding of the subject, we examine this word in relation to the crime of insult. Since the decisions of the judicial authorities are not accessible to everyone, we generally make an evaluation based on the decisions of the Court of Cassation.

The issues we will examine are related to both the determination of criminal liability and procedural rules. In this context, firstly, it should be examined which crime has occurred or not: A general examination of the crime is made. However, if there are only a few words where the word 'sinkaf' is used instead of the words spoken, the examination may be erroneous. As a matter of fact, the use of the word 'sinkaf' may constitute many crimes such as sexual harassment and threats as well as insult. When an examination of the crime of insult is made, the act element is examined. Not every word that causes a person to be upset constitutes this crime. Rude words do not constitute this crime. However, it may sometimes not be possible to make this examination. If it is somehow decided that the crime of insult has occurred, the process of determining the punishment is started. When determining the punishment, the words spoken are looked at. If the words spoken are too much, the penalty can be increased. However, since these words are replaced by the expression insult with word 'sinkaflı', there may be problems in determining the penalty.

The main problem that is important in terms of procedural law is related to the evidence. As a matter of fact, this evidence is unlawful evidence. Because this evidence is not related to the actual event. This evidence has been altered. The way this evidence has been altered may lead to other problems. As it is known, judges are impartial. The impartiality of the judge is a requirement of the right to a fair trial. The judge should not express her/his opinion during the judgement. However, the fact that the judge has written the words of the suspect or accused as an insult with word "sinkaflı" in her/his judgement is against the impartiality of the judge. As a matter of fact, the judge has declared that the suspect or accused is guilty. This situation poses a problem for the impartiality of other persons such as the police. Another principle is the presumption of innocence. According to this principle, an innocent person should not be treated as guilty. However, here, while the criminal procedure is in progress, the judge writes in her/his judgement that the suspect or accused insulted with word "sinkaflı". In this case, even though no judgement is rendered against the suspect or accused, it is declared that she/he is guilty. In this case, the judge has violated the innocence of the suspect or accused. The presumption of innocence is a principle that must also be observed by other public officials. Therefore, persons in criminal proceedings, such as public prosecutors and court clerks, must do their duties in accordance with this principle.

GİRİŞ

Ceza muhakemesinde deliller çeşitli tasniflere tabi tutulabilmektedir. Bunlardan birisi beyan delilidir. Şüpheli, sanık ve tanık gibi belirli kişilerin öngörülüş usule göre dinlenmesiyle beyan delili elde edilmektedir. Dinleme işlemi kapsamında ilgilinin beyanı tutanağa aynen geçilmelidir. Yani sözlü olan bütün hususlar yazıya dökülmelidir. Ne var ki uygulamaya bakıldığında tam tersi bir durumun hâkim olduğu söylenmelidir. Gerçekten de dinlenen kişinin söylemiş olduğu sözler, işlemi yapan kişi tarafından aynen tutanağa geçirilmeyebilmektedir. Söylenen sözler çoğu zaman kırpılarak daha kısa bir hâle getirilmekte veya değer yargısı atfedilerek değiştirilmektedir. Bunun nedenleri arasında gereksiz görülen hususların atılarak kâğıt israfının önlenmesi, dağınıklığın giderilerek beyanın daha derli toplu görünmesi, sözlerin yargılamaya konu olayla bağ kurulması, iş yükünün fazlalığı ve alışkanlıklar gibi birtakım hususlar ileri sürülebilmektedir. Diğer iki neden ise saygısızlık yapmamak ve ahlaka aykırı bir davranışta bulunmaktan kaçınmak istenmesidir. Bu nedenler daha çok argo içeren sözlerde görülebilmektedir. Cinsel içerikli muhtelif söylemlerin aynen tutanağa geçirilmesi yerine, sinkaflı sözlerle hakaret gibi birtakım ibarelere yer verildiği görülebilmektedir. Böyle bir kullanımın sadece dinleme işlemi sonucu elde edilen beyan delilinde uygulanmadığı da eklenmelidir. Gerçekten de diğer delil türlerine ba-

kıldığında, örneğin bir mektup, akıllı telefonla gönderilen bir mesaj, telefon konuşması veya ses kaydında yer alan birtakım kelimelerin, sinkaflı sözlerle hakaret gibi ibarelerle değiştirilerek tutanak veya karara yazıldığını görebilmekteyiz.

Sinkaflı kelimesinin kullanıldığı yerlere bakıldığında, hakaret suçunun yanı sıra, cinsel taciz, tehdit ve yağma gibi birçok suçta dair yapılan işlem veya verilen kararlara rastlanmaktadır. Keza çalışmamızdaki değerlendirmelerimiz de suç türü fark etmeksizin bu ibareye ilişkindir. Yine de kapsamın sınırlanması ve yapılan açıklamaların daha net anlaşılabilmesi açısından konunun genel olarak bir suç tipi üzerinden ele alınmasında yarar vardır. Bu nedenle çalışmamızda TCK m.125'te yer alan hakaret suçu açısından sinkaflı sözlerle hakaret ibaresine dair değerlendirmelerde bulunmaktayız. Ancak değerlendirmelerin uygun düştüğü ölçüde benzer suç tipleri açısından da uygun düştüğünü eklemek isteriz. Bu kapsamda, aşağıda ilk olarak hakaret suçuna dair genel hususlardan bahsedildikten sonra, sinkaflı sözlerle hakaret ibaresinin tanımı yapılmakta ve buna yer veren yargı kararlarından söz edildikten sonra bu ibare, muhtelif ilke ve kurumlar açısından değerlendirilmektedir.

I. GENEL OLARAK HAKARET SUÇU

Tahkir suçları olarak da adlandırılan şerefe yönelik saldırıları yaptırım altına birtakım suçlar bulunmaktadır. Bunlardan birisi olan hakaret suçuna dair hükümler, TCK m.125 ve devamında yer almaktadır. Bununla beraber TCK'de, mağdura dair özellikler gibi birtakım farklılıkların söz konusu olduğu kişinin hatırasına hakaret (m.131), Cumhurbaşkanına hakaret (m.299) ve yabancı devlet bayrağına karşı hakaret (m.341) gibi özel hakaret suçları da bulunmaktadır¹. Çalışmamızda, esasen sinkaflı sözlerle hakaret ibaresi açısından bu suçlar açısından kural olarak bir ayırım yapmasak da bu başlık altında hakaret suçuna dair genel açıklamaları TCK m.125 vd. hükümlerine göre yapmaktayız.

Hakaret suçuyla korunan hukuki değer ne olduğu madde gerekçesinde “kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığı” şeklinde ifade edilmektedir². Doktrinde de aynı ya da benzer değerlerin, bu suçla korunan hukuki değer olduğu savunulmaktadır³. Bununla beraber

¹ Anılan bölümdeki suçlar genel tahkir suçları olarak adlandırılırken TCK m.299'daki Cumhurbaşkanına hakaret suçu gibi daha özel nitelikteki hakaret suçları için özel tahkir suçları denilebilmektedir. Bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 527; Genel tahkir suçları, sadece insanın şerefini ihlal etmektedir. Özel tahkir suçları ise şereften başka diğer bazı manevi değerlere tecavüz etmektedir. Bkz. M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 505; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 511.

² www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1, (ET: 10.08.2024)

³ Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu ve Ali Kemal Yıldız vd, *Özel Ceza Hukuku - Cilt III - Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (TCK m. 106-140)*, (İstanbul: On

şeref kavramının, objektif ve subjektif olmak üzere iki şekilde ele alındığı görülebilmektedir⁴. Subjektif, diğer bir ifadeyle iç şeref olarak adlandırılan bu kavram, kişinin kendisine dair yaptığı ve kendisinin saygın bir kişiliğe sahip olduğu yönündeki değer yargısıdır⁵. Diğer şeref kavramı ise dışa dönük şereftir⁶. Bu bakımdan kişinin, toplumdaki diğer kişiler tarafından kendi saygınlığı ve itibarına dair düşüncelerini karşılamaktadır⁷. Şeref kavramının TCK'de karma bir düşünceyle ele alındığı da görülebilmektedir⁸.

Madde metnine bakıldığında fail açısından herhangi bir sınırlandırma öngörülmeksizin yalnızca “kişi” ibaresinin kullanıldığı görülebilmektedir. Bu nedenle suçun faili kural olarak herkes olabilmektedir⁹. Benzer şekilde mağdurla ilgili olarak “bir kimseye” şeklindeki ibareye yer verilmektedir. Şeref, insanın her durumda sahip olduğu bir özellik olduğundan mağdurun, çocuk veya akıl hastası gibi kişiler olması bir farklılık arz etmemektedir¹⁰. Bu bakımdan suçun fail ve mağdur açısından özgü suç olmadığı söylenmelidir. Mağdurun, fiilin işlendiği tarihte yaşayan bir insan olması yeterlidir. Nitekim ölü bir insan bu suçun mağduru olamamaktadır¹¹. Eğer ölen bir kimsenin hatırasına hakaret edilmişse bu durumda TCK m.130'da yer alan suça dair değerlendirmede bulunulmalıdır. Ayrıca mağdura dair birtakım özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan birisi mağdurun isminin açıkça belirtilmediği hâllere ilişkindir. TCK m.126'da yer aldığı üzere “mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağ-

İki Levha Yayıncılık, 2017), 426; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 506; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 537; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 515; Koca ve Üzülmöz, *Özel*, 530; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 304; Devrim Aydın, “Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19, S.2 (2013): 881; Serhat Sinan Kocaoğlu, *Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu (5237 Sayılı TCK M. 125-131)*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 53.

⁴ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018), 105; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 506; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 515; Koca ve Üzülmöz, *Özel*, 529; Recep Doğan, “Hakaret Suçu ve AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.17 (2021): 194.

⁵ Toroslu, 104; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 506; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 515; Koca ve Üzülmöz, *Özel*, 529; Doğan, 194.

⁶ Toroslu, 104; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 506; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 515; Koca ve Üzülmöz, *Özel*, 529.

⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 506; Koca ve Üzülmöz, *Özel*, 529.

⁸ Toroslu, 106; Tezcan, Erdem ve Önok, 537; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 516; Koca ve Üzülmöz, *Özel*, 529.

⁹ Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine göre ceza yaptırımının tüzel kişiler hakkında uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle suçun faili ancak gerçek kişi olabileceği gibi bundan dolayı ceza yaptırımı da ancak fiili işleyen gerçek kişi hakkında hükümlenabilmektedir. Bkz. Veysel Candan Canoğlu, *Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 83.

¹⁰ Toroslu, 111; Tezcan, Erdem ve Önok, 538; Koca ve Üzülmöz, *Özel*, 531; Soyaslan, *Özel*, 309; Aydın, 884.

¹¹ Bayraktar, Keskin Kızıroğlu ve Yıldız vd, 431; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 514; Tezcan, Erdem ve Önok, 540; Aydın, 884.

durun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış” sayılmaktadır.

Hakaret suçu, seçimlik hareketli bir suçtur¹². Bu hareketlerden ilki “Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden” şeklindedir. Somut bir fiil veya olgudan bahsedilebilmesi için bunun geçmişte veya hâlihazırda meydana gelmiş bir fiil olması gerekmektedir¹³. Bu fiilin mahiyeti belirlenirken somut olayın gerçekleştiği yer ve zamanın¹⁴ yanı sıra, mağdurun mesleği, kariyeri ve kişisel özellikleri gibi hususlara bakılmaktadır¹⁵. Diğer hareket ise “sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran” şeklinde ifade edilmektedir. Sövmeyen bahsedilebilmesi için kişiyi toplum içinde küçük düşüren, inciten, şeref ve itibarı zedeleyen hareketlerin mevcut olması aranmaktadır¹⁶. Ancak bir kişiye karşı söylenen her kırıcı ve rahatsız edici söz hakaret suçunu oluşturmamaktadır¹⁷. Özellikle ulan ve lan kelimelerin günlük kararlarda¹⁸ da görülebileceği üzere hakaret yerine kaba bir hitap tarzı olarak kabul edildiği söylenebilir¹⁹. Yine “Allah belanı versin” gibi beddua niteliğindeki değer yargılarında bulunulması sövmek olarak kabul edilmemelidir²⁰. Suçun oluşması için hareketlerden birisinin gerçekleştirilmesi yeterlidir. İki hareketin gerçekleştirilmesi durumunda kural olarak tek suç oluşmaktadır. Bu durum cezanın belirlenmesinde gözetilebilmektedir.

Bu hareketler ancak icrai bir şekilde işlenebilmektedir²¹. İhmali hareketle bu suç işlenemez²². Nitekim madde metninde ihmale dair bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Hakaret suçunun işlenmesiyle birlikte duruma göre mağdurun onur, şeref ve saygınlığı olumsuz yönde etkilense de hükmün kaleme alınışı bakımından bir tehlike suçu olduğu söylenmelidir²³. Keza bu tehlikenin oluşup oluşmadığının araştırılması gibi bir durum öngörülmediğinden bu suç, bir soyut tehlike suçudur²⁴.

¹² Bayraktar, Keskin Kiziroğlu ve Yıldız vd, 434; Tezcan, Erdem ve Önok, 543; Erenalp, 60; Doğan, 201.

¹³ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 507; Tezcan, Erdem ve Önok, 548.

¹⁴ Öyle ki zamanın değişmesi kelimelere yüklenen anlamı oldukça değiştirebilmektedir. Örneğin bir zamanlar Almanya’da Nazi olmak veya birisine Nazi demek onurlu bir şeyken Nazilerin yıkılmasından sonra birisine Nazi demek onursuz ve aşağılayıcı bir sıfat olmuştur. Bkz. Soyaslan, *Özel*, 307.

¹⁵ Toroslu, 109; Koca ve Üzülmüş, *Özel*, 535.

¹⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 508.

¹⁷ Hakan Hakeri ve Derya Tekin, *Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 245.

¹⁸ Y4.CD, 8.5.2024, E.2021/24930, K.2024/6151, (Lexpera).

¹⁹ Hakeri ve Tekin, 246.

²⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, 547; Koca ve Üzülmüş, *Özel*, 538; Aydın, 889; Hakeri ve Tekin, 251; Doğan, 205.

²¹ Tezcan, Erdem ve Önok, 549.

²² Tezcan, Erdem ve Önok, 549; Doktrininde sınırlı da olsa ihmali hareketlerle bu suçun işlenebileceği savunulmaktadır. Bkz. Aydın, 888, 889.

²³ Toroslu, 111; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 526; Aydın, 902; Kocaoğlu, 53.

²⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız, 526; Aydın, 902; Kocaoğlu, 53.

Failin, mağdurun yüzüne karşı fiili gerçekleştirmesi, huzurda hakaret olarak adlandırılmaktadır²⁵. Buna karşın mağdur huzurda bulunmuyorsa gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi gerekmektedir. Bununla beraber TCK m.125/2'ye göre fiilin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi durumunda da suç oluşmaktadır.

TCK m.125/3'te üç ayrı nitelikli hâl düzenlenmektedir. Bunlardan ilki mağdura ilişkindir. Suçun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi durumunda cezanın alt sınırı bir yıldan az olamamaktadır. Yine “dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı” veya “kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle” hakaret suçunun işlenmesi durumunda da ceza bahsedilen şekilde belirlenmektedir. TCK m.125/4'te düzenlenen hâl ise fiile ilişkindir. Fiilin alenen işlenmesi durumunda ceza altıda biri oranında artırılmaktadır. Aleniyette kişi sayısı önemli olsa da asıl kriterin açıklık olduğu söylenmelidir. Nitekim çok sayıda kişi duymuş olsa bile hakaret kapalı mekânda işlenmişse aleni sayılmamaktadır²⁶. Yani fiil herkesin duyabileceği veya görebileceği bir şekilde işlenmişse kişi sayısına bakılmadan bu nitelikli hâl oluşmaktadır²⁷. Bu imkân varsa kişilerin hakareti öğrenmiş olup olmaması önem arz etmemektedir²⁸.

Bilindiği üzere suçun genel işleniş şekli kasttır. TCK m.125'te taksire açıkça yer verilmediğinden bu suç yalnızca kasten işlenebilmektedir. Madde metninde herhangi bir saik veya amaca yer verilmediğinden genel kast yeterli olmaktadır²⁹. Suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür³⁰.

Tipe uygunluğun mevcut olması durumunda hukuka aykırılığın da oluştuğu karine olarak kabul edilmektedir. Ancak bu suça dair hukuka uygunluk sebeplerinin oluşması durumunda fiil artık suç olmaktan çıkmaktadır. Özellikle iddia ve savunma dokunulmazlığı ve haber verme hakkı gibi hakkın kullanılmasının yanı sıra, ilgilinin rızası, meşru savunma ve kanun hükmünü yerine getirmeye dair hükümlerin hem teoride hem de pratikte gerçekleşmesinin mümkün olduğunu söyleyebiliriz.

²⁵ Huzurda ve gıyapta hakaret ayrımı 765 sayılı TCK döneminden gelen bir ayrımdır. Ancak bu ayrımı farklı sonuçlar bağlanmasına dair görüşün TCK'de benimsenmediği söylenebilir. Bkz. Bayraktar, Keskin Kızıroğlu ve Yıldız vd, 438; Koca ve Üzülmöz, *Özel*, 539; Gıyapta hakarete mağdurun şöhretine zarar verilirken huzurda hakarete mağdurun onur duygusu rencide edilmektedir. Bkz. Soyaslan, *Özel*, 305.

²⁶ Koca ve Üzülmöz, *Özel*, 555.

²⁷ Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 678.

²⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, 558; Koca ve Üzülmöz, *Özel*, 555; Yokuş Sevük, *Özel*, 532, 678.

²⁹ Bayraktar, Keskin Kızıroğlu ve Yıldız vd, 441; Tezcan, Erdem ve Önok, 560; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 536; Soyaslan, *Özel*, 314; Aydın, 916; Kocaoğlu, 144; Doğan, 210.

³⁰ Bayraktar, Keskin Kızıroğlu ve Yıldız vd, 441; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 520; Tezcan, Erdem ve Önok, 560; Koca ve Üzülmöz, *Özel*, 542; Aydın, 896; Doğan'a göre hakaret suçu sırf hareket suçu ya da neticesi hakarete bitişik bir suç olduğundan olası kastla işlenemez. Bkz. Doğan, 210.

TCK m.127’de isnadın ispat edilmesine dair bir düzenlemeye yer verilmektedir³¹. Buna göre hakaret suçunu teşkil eden isnat ispat edilmiş ise faile ceza verilmemektedir³². Bu hüküm belirli hâllerde uygulanabilmektedir: Bu suçtan dolayı hakaret edilen kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü verilmeli veya isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmalı veya şikâyetçi ispata razı olmalıdır. Ancak isnadın ispatı ile fiilin işlendiği tarihe dair özel bir hüküm vardır. Bu maddenin ikinci fıkrasına bakıldığında isnat ispat edildikten sonra bu fiilden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi yasaklanmaktadır³³. Aksi takdirde fail hakkında cezaya hükmolunmaktadır.

Hakaret suçunun genel olarak teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye uygun olmayan bir suç olduğu söylenebilir³⁴. Yine de özellikle suçun, mesaj gönderilmesi gibi işlendiği durumlarda anılan kurumların uygulanması mümkün olabilmektedir³⁵. Neticenin gerçekleşmesi durumunda, yani suçun tamamlanması durumunda artık gönüllü vazgeçme uygulanmamaktadır. Bu nedenle örneğin failin bu noktadan sonra tekzip yayımlatması veya özür dilemesi durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamaz³⁶. Keza özel bir düzenleme olmadığından etkin pişmanlıktan da söz edilemez.

Hakaret suçunun zincirleme bir şekilde işlenmesi mümkündür. Hemen belirtmek gerekir ki aynı yerde ve aynı zamanda söylenen sözlerin fazla olması durumunda zincirleme suçtan söz edilemez. Öyle ki bu sözlerin her birinin ayrı şekilde hakaret suçunu oluşturması durumunda da sonuç aynıdır. Failin birden fazla söz söylemiş olması hâlinde, burada birden fazla davranış olduğu söylenebile bunlar hukuken bir fiil olarak kabul edilmektedir. Ancak bu sözlerin “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda” işlenmesi durumunda TCK m.43/1 uygulanabilmektedir. Yine zincirleme suçta dair TCK m.43/2’deki düzenlemeyle ilgili özel bir hükme TCK m.125/3’te yer verilmektedir. Bunlar mağdurların kurul hâlinde çalışan kamu görevlisi olmasına ilişkindir. Esasen hakaret suçunun birden fazla kişiye karşı bir fiille işlenmesi durumunda TCK m.43/2’ye göre zincirleme suçta dair ilk fıkra gündeme gelmektedir. Bununla beraber anılan

³¹ Detaylı değerlendirmeler için bkz. İzzet Özgeçen, “Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak İsnadın İspatı,” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27, S.3 (2023): 173 vd.

³² TCK m.127/1’de “kişiye ceza verilmez” şeklinde yer alan ibare bu kurumun niteliğini daha belirsiz bir hâle getirmektedir. Doktrindeki görüşler için bkz. Numan Karatepe ve Muhammed Emre Tulay, “Hakaret Suçunda İsnadın İspatı Hakkının Hukuki Niteliği,” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S.2 (2021): 291 vd; Mehmet Türker Erenalp, *Hakaret Suçunda İsnadın İspatı*, Ankara: (Adalet Yayınevi, 2022), 64-72.

³³ İsnat edilen fiilin ispat edilmiş kabul edilebilmesi için verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi zorunlu değildir, bu hükmün verilmesi yeterlidir. Bkz. Özgeçen, *İspat*, 191.

³⁴ Bayraktar, Keskin Kızıroğlu ve Yıldız vd, 440; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, 525; Tezcan, Erdem ve Önok, 585; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 542, Aydın, 903.

³⁵ Bayraktar, Keskin Kızıroğlu ve Yıldız vd, 440; Özbek, Doğan ve Bacaksız, 542; Aydın, 903, 904.

³⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız, 543; Kocaoğlu, 329.

kişilere karşı görevlerinden ötürü hakaret suçunun işlenmesi durumunda, TCK m.125/3'te suçun her bir üyeye karşı işlendiği belirtilerek zincirleme suça dair hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir.

Hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi durumunda suçun takibi resen yapılmaktadır. Bunun dışındaki durumlarda kural olarak şikâyet koşulunun gerçekleşmesi aranmaktadır. Şikâyet, kişiye sıkı sıkıya bir haktır³⁷. Bu bakımdan şikâyet hakkının suçtan doğrudan zarar gören kişi tarafından kullanılması gerekmektedir³⁸. Bazı hâllerde bu hakkın suçtan dolayı zarar gören tarafından da kullanılmasında yarar vardır³⁹. Bundan dolayı şikâyet hakkının genel olarak mağdur veya suçtan zarar gören tarafından kullanılabilmesi ifade edilebilir⁴⁰. Mağdurun şikâyet etmeden önce ölmesi veya suçun daha önce ölmüş olan bir kişinin hatırasına karşı işlenmesi durumunda, TCK m.131/2'de bu hakkın belirli akrabalar tarafından kullanılabilmesi belirtilmektedir⁴¹. Buna göre “ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri” de şikâyette bulunabilmektedir. Öte yandan şikâyetin geri alınmasına dair açık bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bir görüşe göre anılan hükümde belirtilen akrabalar, mağdurun yapmış olduğu şikâyeti geri alma hakkına sahiptir⁴².

II. SINKAFLI SÖZLERLE HAKARET İBARESİNİN TANIMI

Gözlemediğimiz kadarıyla sinkaflı sözlerle hakaret şeklindeki ibare kimi zaman ağır hakaret anlamına gelecek şekilde kullanılabilir. Öyle ki bu ibarenin, namussuz ve şerefsiz gibi sözlerle benzer anlama geldiği düşünülebilir. Bu nedenle cinsel açıdan herhangi bir saiki olmayan bir kişi bile sövmek veya tehdit etmek amacıyla karşısındakine “seni sinkaf edeceğim” şeklinde beyanda bulunabilmektedir. Ne var ki bu kullanım doğru değildir. Kelimenin oluşumu ve anlamı açısından sinkaf kelimesinin farklı bir özelliğe sahip oldu-

³⁷ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 384; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 234; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 179; Öztürk ve Erdem, 179; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 641; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, (İstanbul: Beta, 2021), 512.

³⁸ Koca ve Üzülmöz, *Genel*, 384; Demirbaş, 234; Öztürk ve Erdem, 179; Soyaslan, *Genel*, 641; Zafer, 511.

³⁹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 776; Demirbaş, 234; Öztürk ve Erdem, 179.

⁴⁰ Özgenç, *Genel*, 776; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 881.

⁴¹ TCK m.131/2'ye göre mağdurun ölmesine karşın bu hakkın anılan hükümde açıkça belirtilen akrabalarca kullanılmasına dair düzenlemenin altında birtakım sebepler yer almaktadır. Bunlardan birisine göre ölmüş olan mağdura yönelik gerçekleşen bu saldırı, mağdurun şöhretine karşı yapılsa da bu kişinin yanı sıra yakınlarının da itibar ve saygınlığı da saldırının hedefi olmuş sayılmaktadır. Bkz. Soyaslan, *Özel*, 320.

⁴² Tezcan, Erdem ve Önok, 587.

ğu söylenebilir. Bu kelime Arapça sin ve kaf harflerinin bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Keza TDK'nin Güncel Türkçe Sözlüğüne bakıldığında sinkaf kelimesinin “Erkek cinsel organı ile ilgili bütün küfür ve kötü sözlerin, Arap harflerinden “sin” ve “kaf” harflerini kullanarak güzel adlandırmaya yönelik kısaltılmış biçimi” şeklinde tanımlandığı görülebilmektedir⁴³. Bu iki harf, Türkçedeki s ve k harflerini karşılamaktadır. Anılan Sözlükte “erkeklik organı” olarak tanımlanan sik kelimesi⁴⁴ yerine sinkaf kelimesi kullanılabilir. Yine “Erkek biriyle cinsel ilişkide bulunmak; bellek” anlamına gelen sikmek kelimesi⁴⁵ yerine ise sinkaf etmek ibaresinin tercih edildiği söylenebilir. Bu kapsamda bir kişinin, anılan kelimeyi kullanarak söylemiş olduğu sözler, deyim yerindeyse yumuşatılarak sinkaflı sözler gibi ibarelerle anılmaktadır. Böylece kaba olarak kabul edilebilen bu kelimelerin, daha az kaba hâle getirildiği düşünülmektedir.

III. YARGI KARARLARINDA SINKAFLI SÖZLERLE HAKARET İBARESİ

Yargı kararlarına baktığımızda sinkaf kelimesinin birçok şekilde kullanıldığını görebilmekteyiz. Bu kullanımların genel olarak ikiye ayrılarak değerlendirilmesi mümkündür. İlkinde sinkaf kelimesi fiil olarak kullanılmaktadır. Yalnızca “sikmek” kelimesi yerine “sinkaf etmek” denilmekte; bunun dışındaki sözcükler aynen yazılmaktadır. Bu kullanım kelimenin kökeni olan s ve k harflerinin oluşumuyla ortaya çıkan kelimeye de en sadık olanıdır. Bunun dar anlamda olduğunu da söyleyebiliriz. Özellikle yargı kararlarında yaygın bir kullanım olarak kabul edilmesi durumunda, kararda yazılı olan “seni sinkaf ederim⁴⁶” şeklindeki ifadenin “seni sikerim” olarak anlaşılması daha muhtemeldir. Benzer şekilde “a.ına koyduğumun şerefsizleri, ananı avradını sinkaf ederim⁴⁷” şeklinde yazılan sözcüklere bakarak gerçekte hangi sözcüklerin söylendiğine dair yaklaşık bir çıkarımda da bulunulabilmektedir.

İkinci kullanım şeklinde sinkaf kelimesi daha genel bir biçimde ele alınmaktadır. Sinkaf kelimesinin ne anlamda kullanıldığına dair kanımızca ancak uzak tahminlerde bulunulabilmektedir. Öyle ki sinkaflı ibarenin isim ya da fiil hâlinde kullanıldığı dahi bilinmemektedir. Örneğin kararda “mağdura sinkaflı sözlerle ve ‘Gerizakalı, salak’ diyerek hakaret ettiği⁴⁸” şeklinde yazan ifadeden hangi sözlerin hakaret suçunu oluşturduğunu net bir şekilde anlamak bizce güçtür. Başka bir kararda “sinkaflı sözlerle hakaret ettiği⁴⁹” şeklinde yer alan ibareye baktığımızda da yine bir belirsizliğin olduğunu söyleyebiliriz. Bu kullanım şeklinde sin-

⁴³ www.sozluk.gov.tr, (ET: 12.08.2024).

⁴⁴ www.sozluk.gov.tr, (ET: 12.08.2024).

⁴⁵ www.sozluk.gov.tr, (ET: 12.08.2024).

⁴⁶ Y1.CD, 25.6.2024, E.2023/3448, K.2024/4608 (Lexpera).

⁴⁷ Y1.CD, 15.05.2024, E.2022/12903, K.2024/3551 (Lexpera).

⁴⁸ Y4.CD, 15.5.2024, E.2024/4066, K.2024/6649 (Lexpera).

⁴⁹ Y1.CD, 13.06.2024, E.2023/9349, K.2024/4512 (Lexpera).

kaf kelimesinin hangi kelime ya da kelimelerin karşılığında kullanıldığının yanı sıra kelimenin birden fazla olduğu, birden fazla ise kaç tane olduğu da net bir şekilde anlaşılamamaktadır. Öyle ki sinkaflı sözlerin, “sikmek” kelimesinin yanı sıra cinsellikle ilgisi olan “orospu” ve “kahpe” gibi kelimelerin yanı sıra “şeref-siz” ve “namussuz” gibi kişinin şeref ve onuruna saldırı teşkil eden kelimeleri de içerdiği düşünülebilmektedir. İstisnai olsa da özellikle sinkaf kelimesinin anlamını bilmeyenler tarafından “geri zekalı” ve “dolandırıcı” gibi kelimeler yerine de sinkaflı sözlerin kullanıldığını söyleyebiliriz.

İki kullanım şeklinin de hukuka aykırı olduğunu, ne olursa olsun söylenen sözün aynen yazılması gerektiğini vurgulamak isteriz. Bununla birlikte ilk kullanım şeklinin daha tercih edilebilir olduğunu da belirtmek isteriz. Örneğin sanığın “ananı sikirim” şeklindeki beyanının tutanağa “sanığın sinkaflı sözlerle hakaret etmesi” yerine “sanığın ‘ananı sinkaf ederim’ demesi” şeklinde geçilmesi yine yanlış olsa da daha anlaşılabilir. Keza sinkaf kelimesinin çıkış noktasıyla da uyumlu olduğundan “sikmek” yerine “sinkaf etmek” şeklindeki kullanım daha anlaşılabilir görülebilmektedir. Öte yandan ikinci kullanımda yazılan sinkaflı kelimelerin gerçekte neyi karşıladığını bilmek oldukça zordur. Nitekim Yargıtay kararlarına baktığımızda sinkaf kelimesinin sinkaflı bir ifade⁵⁰, sinkaf olmak⁵¹, sinkaflı kelimelerle cevap vermek⁵², sinkaflı sözler⁵³, sinkaflı sözler sarfetmek⁵⁴, sinkaflı sözlerle sövmek⁵⁵, sinkaflı küfretmek⁵⁶, sinkaflı sözlerle küfretmek⁵⁷, sinkaflı sözlerle hakarete bulunmak⁵⁸, sinkaflı hakaretler etmek⁵⁹ ve sinkaflı küfürler ile hakaret etmek⁶⁰ gibi birçok şekilde kullanıldığını görebilmekteyiz. Buradan hareketle sinkaflı sözlere dair ortak bir kullanımın bulunmadığını da eklemeliyiz.

Görüldüğü üzere yargı kararlarında sinkaf kelimesi birçok şekilde kullanılsa da biz çalışmamızda sinkaflı sözlerle hakaret ibaresi kapsamında değerlendirmelerde bulunmaktayız. Bu ibareyi her ne kadar hakaret suçu kapsamında ele alsak da kullanımın bu suçla sınırlı olmadığını söylemeliyiz. Nitekim sinkaf kelimesini karşılayan sözler hakaret gibi birtakım suçların fiil unsurunu oluştururken, diğer birçok suçun fiil unsurunu oluşturmaya bile yapılan yargılama kapsamında alınan beyanlarda bu kullanıma yer verilebilmektedir. Bu kapsamda TCK m.125’te dü-

⁵⁰ Y1.CD, 13.5.2024, E.2022/12952, K.2024/3438 (Lexpera).

⁵¹ Y4.CD, 09.05.2024, E.2021/41108, K.2024/6332 (Lexpera).

⁵² Y1.CD, 27.6.2024, E.2022/15529, K.2024/4728 (Lexpera).

⁵³ Y6.CD, 3.6.2024, E.2023/8633, K.2024/7095 (Lexpera).

⁵⁴ Y1.CD, 25.6.2024, E.2022/13737, K.2024/4618 (Lexpera).

⁵⁵ Y4.CD, 18.4.2024, E.2021/27447, K.2024/5000 (Lexpera).

⁵⁶ Y1.CD, 27.6.2024, E.2023/8499, K.2024/4797 (Lexpera).

⁵⁷ Y1.CD, 25.6.2024, E.2023/7294, K.2024/4659 (Lexpera).

⁵⁸ Y1.CD, 12.6.2024, E.2022/11849, K.2024/4432 (Lexpera).

⁵⁹ Y6.CD, 4.6.2024, E.2023/7129, K.2024/7105 (Lexpera).

⁶⁰ Y11.CD, 22.5.2024, E.2021/32102, K.2024/7069 (Lexpera).

zenlenen hakaret suçunun yanı sıra diğer hakaret suçları⁶¹ ile öldürme⁶², yaralama⁶³, yağma⁶⁴, tehdit⁶⁵, cinsel taciz⁶⁶ ve görevi yaptırmamak için direnme⁶⁷ gibi birçok suça dair yapılan yargılamada sinkaflı sözlerin kullanıldığı görülebilmektedir.

Sinkaflı sözlerle hakaret veya benzer ibarelerin yalnızca şüpheli veya sanığın söylediği sözlerin yerine kullanılmadığını belirtmek isteriz. Gerçekten de şüpheli ve sanığın⁶⁸ yanı sıra, müşteki⁶⁹ ve katılanın⁷⁰, hatta tanığın⁷¹ söylemiş olduğu sözlerin de bu sinkaflı sözlerle değiştirilerek yazıldığını görebilmekteyiz.

Anılan kişilerin söylemiş oldukları sözlerin değiştirilerek yazılması ceza muhakemesinin her evresinde görülebilmektedir. Bilindiği üzere ceza muhakemesinin başında yapılan ilk işlemlerden birisi ifade alma veya bilgi edinmedir. Kolluk tarafından yapılan bu dinleme işleminden Yargıtayın temyiz incelemesi sonunda verdiği karara kadar birçok işlemde sinkaflı sözlerle hakaret ibaresi kullanılabilir. Gerçekten de yargı kararlarına dair yaptığımız araştırma sonucu elde ettiğimiz sonuçlara binaen sinkaflı sözlerle hakaret ve benzer ibarelerin istisnai olarak kullanılmadığını; aksine yaygın bir şekilde kullanıldığını söyleyebiliriz⁷². Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi⁷³, Uyuşmazlık Mahkemesi⁷⁴, Yargıtay Ceza⁷⁵ ve Hukuk⁷⁶ Genel Kurulları ile Ceza ve Hukuk Daireleri, Bölge Adliye Mahke-

⁶¹ TCK'deki madde başlıklarına göre hakaret suçlarını üç şekilde ele almak mümkündür: Hakaret (m.125), Cumhurbaşkanına hakaret (m.299) ve yabancı devlet bayrağına karşı hakaret (m.341). Bunların yanı sıra hakaret ibaresine yer verilmesi de aynı ya da benzer hukuki değer korunduğu veya unsurlarının benzer olduğu suç tipleri bulunmaktadır. Örneğin m.300'de düzenlenen Devletin egemenlik alametlerini aşığılama başlıklı suçun madde başlığında olduğu gibi madde metninde de fiil unsurunun aşığılamak olduğu görülmekte olup m.125'te yer alan hakaret suçunun fiil unsuruyla benzer olduğu söylenebilir. Yine madde metninde benzer ibarelere yer verilmesi de kişinin onur, şeref ve saygınlığı gibi değerleri koruyan suç tiplerinden birisi eziyet suçudur. TCK m.96'da sadece eziyet çekmekten söz edilse de madde gerekçesinde, doktrinde ve yargı kararlarında hakaretin devamlılık arz edecek şekilde işlenmesi durumunda bu suçun oluşabileceği belirtilmektedir.

⁶² Y1.CD, 11.6.2024, E.2023/3914, K.2024/4359 (Lexpera).

⁶³ Y1.CD, 26.6.2024, E.2022/12379, K.2024/4674 (Lexpera).

⁶⁴ Y6.CD, 16.05.2024, E.2022/10496, K.2024/6203 (Lexpera).

⁶⁵ Y6.CD, 14.05.2024, E.2023/9769, K.2024/6182 (Lexpera).

⁶⁶ YCGK, 24.1.2024, E.2023/544, K.2024/38 (Lexpera).

⁶⁷ Y4.CD, 15.05.2024, E.2021/32602, K.2024/6732 (Lexpera).

⁶⁸ Y4.CD, 22.4.2024, E.2021/27096, K.2024/5112 (Lexpera).

⁶⁹ Y18.CD, 19.9.2017, E.2015/40538, K.2017/9159 (Lexpera).

⁷⁰ Y6.CD, 22.5.2024, E.2023/8132, K.2024/6521 (Lexpera).

⁷¹ Y1.CD, 30.11.2023, E.2022/12906, K.2023/7365 (Lexpera).

⁷² 10 Ekim 2024 tarihinde, karar arama motorlarında sinkaf kelimesini yazarak arattığımızda Lexpera'da 4.468, Legalbank'ta 3.224, HukukTürk'te 3.012, Yargıtay'ın sitesinde 2.141 karar olduğuna dair sonuçla karşılaşmaktayız.

⁷³ AYM, Baş.No: 2018/24097, 02.05.2023 (Lexpera).

⁷⁴ UMCB, 20.02.2017, E.2017/5, K.2017/5 (Lexpera).

⁷⁵ YCGK, 20.03.2024, E.2022/555, K.2024/137 (Lexpera).

⁷⁶ YHGK, 17.05.2023, E.2022/284, K.2023/462 (Lexpera).

mesinin Ceza⁷⁷ ve Hukuk⁷⁸ Daireleri, Danıştay⁷⁹ ve Bölge İdare Mahkemeleri⁸⁰ tarafından verilen kararlarda sinkaflı kelimesinin çeşitli kullanımına rastlamak mümkündür. Öyle ki mahkemelerin yanı sıra, avukatlar tarafından yazılan dilekçelerde de kimi zaman bu kullanımın tercih edildiğini görebilmekteyiz.

IV. SINKAFLI SÖZLERLE HAKARET İBARESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Bir üst başlıkta Yargıtay kararları çerçevesinde açıklandığı üzere kaba veya argo niteliğindeki sözler yerine sinkaflı ibareler kullanılabilir. Bu şekildeki kullanımın tercih edilmesinin bize göre birtakım sebepleri bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi, özellikle cinsel içerikli sözlerin tutanağa veya karara yazılmasının ahlaka aykırı olacağı veya saygısızlık olarak yorumlanabileceğine dair düşüncedir. Esasen bu düşünce sadece hakaret suçu ve sinkaflı sözlerden ibaret değildir. Başka durumlarda da benzer kullanımları görebilmek mümkündür. Örneğin cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda fiziksel temasın söz konusu olduğu durumlarda, suçun işlendiğinin ispat edilmesi veya cezanın belirlenmesi gibi birtakım nedenlerden dolayı temas edilen bölgenin net bir şekilde belirlenmesi önem arz etmektedir. Ancak Yargıtayın kararlarına baktığımızda üst ve alt bölge gibi ibarelerin kullanıldığını görebilmekteyiz. Bu kapsamda failin, mağdurun bedeninde dokunduğu yerlerin nereler olduğunu yazmak yerine “alt ve üst bölgelerini ellediği⁸¹” veya “mağdurenin cinsel bölgesini okşadığı⁸²” gibi belirsizliğe yol açabilecek ibareler kullanılabilir. Yine bir kararında “şortunu biraz indirdiği, bacağına ve bacağının üst bölgesine dokunduğu” şeklindeki ifadeye⁸³ bakıldığında failin, mağdurun baldırına, kalçasına veya vajinasına mı dokunup dokunmadığını anlamak güçtür. Kanımızca bu tür bir kullanımın tercih edilmesinin temel nedeni de “ayıplı” sözleri kullanmayı istememektir. Oysaki tıpta olduğu gibi hukukta da ayıp olmaz şeklinde bir bakış açısının hâkim olması beklenirdi.

İşte sinkaflı kelimelere dair bu kullanım şekli, ceza ve ceza muhakemesi hukukuna hâkim olan ilke ve kurumlara aykırılık teşkil edebilmektedir. Bu hukuka aykırı durum hem maddi hem de usul hukuku yönüyle kendisini gösterebilmektedir. Bu kapsamda söylenen sözlerin yargılama kapsamında hangi suç tipi açısından değerlendirilmesi gerektiği, belirlenen suç tipinin unsurlarının oluşup oluşmadığı ile suç oluşmuş ise cezanın belirlenmesine dair hususlar maddi hukuk yönünden ele

⁷⁷ BursaBAM9.CD, 30.09.2020, E.2019/2890, K.2020/1884 (Lexpera).

⁷⁸ İzmirBAM2.HD, 14.06.2021, E.2021/625, K.2021/1240 (Lexpera).

⁷⁹ D13.D, 07.03.2023, E.2020/2868, K.2023/995 (Lexpera).

⁸⁰ AnkaraBİM4.İDD, 10.9.2020, E.2020/1495, K.2020/1886 (Lexpera).

⁸¹ Y9.CD, 3.5.2023, E.2022/16529, K.2023/2705 (Lexpera).

⁸² Y9.CD, 1.3.2023, E.2021/4409, K.2023/1040 (Lexpera).

⁸³ Y9.CD, 9.5.2023, E.2023/3289, K.2023/2941 (Lexpera).

alınmaktadır. Usul hukuku boyutuyla önem arz eden husus yine beyanın tutanağa farklı geçirilmesinden kaynaklanmaktadır. Buna bağlı olarak hâkimin tarafsızlığı ve masumiyet karinesine aykırı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Yine bu tutanak, hukuka aykırı delil olarak değerlendirilebilmelidir. Esasen bunların yanı sıra örneğin haksız tahrik⁸⁴, isnadın ispatı ve kanun yolu gibi birçok alanda sorunlar yaşanabilmektedir. Ancak çalışmamızın boyutu nedeniyle sözü edilen kurumlar açısından değerlendirmelerimizi aşağıda genel olarak dört ana başlık altında ele almaktayız.

B. SUÇ TIPİNİN BELİRLENMESİ AÇISINDAN

Bir kişinin cezai sorumluluğu belirlenirken öncelikle ilgili suç tipi tespit edilmektedir. Kanunilik ilkesi gereğince her suçun unsurları kanunda ayrı ve net bir şekilde belirlendiğinden suçun unsurlarına dair inceleme de her suç için ayrı ayrı yapılmaktadır. Yukarıda tanımlandığı üzere sinkaf kelimesi, argoda bir erkeğin cinsel organını tanımlamak amacıyla kullanılan bir kelime olsa da her durumda bu kelimenin cinsel suçlarla ilişkilendirilmesi doğru değildir. Yine cinsel dokunulmazlığı koruyan bir suç tipi olan tehdit suçuyla da gelecek zaman kipiyle çekimlenmiş sinkaf etmek ibaresinin her olayda ilişkilendirilmesi uygun değildir. Keza uygulamaya bakıldığında bu kelimenin en çok hakaret suçunun fiil unsurunu oluşturduğunu söylenebilir. Ne var ki failin söylemiş olduğu sözlerin “sinkafli sözlerle hakaret” veya “sinkaf ederim” gibi ibarelerle tutanağa geçilmesi suç tipinin belirlenmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Örneğin tutanağa göre failin mağdura karşı “seni sinkaf ederim” şeklindeki ibareye bakarak hangi suçun oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Bu sözün aslının “seninle sevişmek istiyorum” olması durumunda cinsel taciz suçunun oluştuğundan da söz edilebilir.

Yine failin mağdura karşı “siktir git buradan” demesi ise duruma göre tehdit ya da hakaret suçunu oluşturabilmektedir. Bu gibi hâllerde sadece bu sözlere bakarak hangi suç tipinin inceleneceğine karar vermek zor olabilmektedir. Bu durumda failin söylediği diğer sözlere veya failin olay sırasında gerçekleştirdiği davranışa bakılabilir. Örneğin failin mağdura sinkafli sözler söylemesine ek olarak mağduru vuracağını da söylemesi⁸⁵ durumunda tehdit suçuna dair bir incelemede bulunulabilmektedir. Yargıtay kararlarında, elinde örneğin av tüfeği⁸⁶

⁸⁴ Haksız tahrikin koşullarından birisi haksız bir fiilin olayda mevcut olmasıdır. Diğer kişinin işlemiş olduğu fiilin suç teşkil etmesi zorunlu olmasa da bunun haksız olması gerekir. Yine bu fiilin failde hiddet veya şiddetli eleme neden olması zorunludur. İşte bu fiilin hem haksızlığı hem de faildeki etkisi tespit edilirken örneğin bunun söz olması durumunda detaylı bir incelemede bulunulmalıdır. Ancak bu sözün aynen tutanağa geçirilmesi yerine sinkafli ibarelerin kullanılması bu incelemeyi zorlaştırabilmektedir. Örneğin şu kararda Yargıtay haksız tahrikin oluştuğu yönünde karar vermiştir: “Mağdurun sanığa yönelik “sinkaf ederim senin yapacağın işi, yapacaksan adam gibi yap, i.ne p.ç” gibi kelimeler söylediği ve sanığın üzerine gelerek sanığın kafasına vurduğu sanığın da bunun üzerine silahtan sayılan bıçak ile mağduru batın bölgesinden hayati tehlike geçirecek şekilde yaraladığı...” Bkz. Y1.CD, 21.05.2024, E.2022/15506, K.2024/3714 (Lexpera).

⁸⁵ Y6.CD, 22.05.2024, E.2023/8133, K.2024/6539 (Lexpera).

⁸⁶ Y6.CD, 27.05.2024, E.2023/7038, K.2024/6648 (Lexpera).

veya sopa⁸⁷ bulunan failin sinkaflı sözlerle hakaret ettiği kabul edilse de tehdit suçunun olduğu yönünde hüküm kurulmuştur⁸⁸. Bir karara konu olayda sanık müştekiye yönelik “Bunları vuracam, bunların avradını sinkaf edeceğim, bunları buraya gömeceğim” şeklindeki sözü söylerken elinde av tüfeği bulunmaktadır. İlk derece mahkemesi sanığın tehdit suçunu işlediği yönünde karar vermiştir. Ancak Yargıtay, sanığın suçlamayı reddetmesi ve tanığın kovuşturmada aynen tekrarlamış olduğu soruşturmadaki ifadesinde tüfekten söz etmemesi nedeniyle suçun ne şekilde olduğu yeterince açıklanmadığından hükmün bozulmasına karar vermiştir⁸⁹. Örnek verilen sözler veya davranışlar gibi bir olay yaşanmamışsa tehdit yerine hakaret suçu olduğu değerlendirilebilmektedir. Bir karara konu olayda sanık, arkadaşını tedavi amacıyla hastaneye getirmiş olup hastane koridorunda bağırması nedeniyle kendisine uyarıda bulunan polise “Senin a... korum, sinkaf ederim yapacağınız işi, bana inzibat çağırın lan.” demesi nedeniyle hakkında hakaret suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmuştur. Keza bu hükmü Yargıtay onamıştır⁹⁰. Başka bir olayda ise polis memuru, sanığa üflemesi için alkol metreyi uzatmıştır. Bunun üzerine sanık, memura “Seni sinkaf ederim, sen hep puan için bunu yapıyorsun, sana 500 Türk Lirası vereyim de puanın dolsun” demiştir. Bu sözleri nedeniyle sanık hakkında hakaret suçundan dolayı verilen hüküm Yargıtayca onanmıştır⁹¹. Kararda gördüğümüz kadarıyla sanığın başka bir sözü veya davranışı bulunmamaktadır.

Sinkaf etmek kelimesinin hakaret ya da tehdit suçunu oluşturduğu belirlenirken kullanılan zaman kipinin de önemli olduğunu ifade edebiliriz. Hakaret suçuna dair kullanımlarda sinkaf etmek fiilinin daha çok geçmiş ve geniş zaman kipiyle kullanıldığını görebilmekteyiz. “Sinkaf ettiğimin”⁹² ve “sinkaf ederim”⁹³ şeklindeki kullanımlar örnek olarak verilebilir. Keza bu ikisinin birlikte kullanıldığı da görülebilmektedir⁹⁴. Buna karşı sinkaf etmek kelimesinin gelecek zaman kipiyle çekimlenmesiyle elde edilen “sinkaf edeceğim”⁹⁵ şeklindeki ibarenin ise daha

⁸⁷ Y6.CD, 14.05.2024, E.2023/9769, K.2024/6182 (Lexpera).

⁸⁸ Eklemek isteriz ki tehdit suçunun oluşabilmesi için TCK m.106'da ifade edildiği şekilde failin saldırı gerçekleştireceğini öne sürmesi gerekmektedir. Fail, mağduru tehdit ettikten sonra özellikle kısa bir süre diliminde dediklerini yaparsa bu durumda tehdide konu suçta dair cezai sorumluluğu farklı şekilde ele alınmaktadır. Örneğin bir karar üzerinden açıklamak gerekirse sanığın katilana “senin ananı avradını sinkaf ederim, seni öldürürüm” dedikten sonra eline geçirdiği kesi ile katilana saldırmaması şeklinde gelişen olayda ilk derece mahkemesi, sanığın “küfür ve tehdit” ettiğini belirtmekte ancak yaralama suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü vermiştir. Karar Yargıtayca onanmıştır. Bkz. Y1.CD, 25.06.2024, E.2023/8993, K.2024/4624 (Lexpera).

⁸⁹ Y6.CD, 27.5.2024, E.2023/7038, K.2024/6648 (Lexpera).

⁹⁰ Y6.CD, 15.05.2024, E.2021/41022, K.2024/6762 (Lexpera).

⁹¹ Y4.CD, 14.05.2024, E.2021/32273, K.2024/6612 (Lexpera).

⁹² Y4.CD, 25.4.2024, E.2021/28451, K.2024/5437 (Lexpera).

⁹³ Y4.CD, 14.5.2024, E.2021/32273, K.2024/6612 (Lexpera).

⁹⁴ Y4.CD, 6.5.2024, E.2021/41114, K.2024/6032 (Lexpera).

⁹⁵ Y1.CD, 13.5.2024, E.2023/5078, K.2024/3430 (Lexpera).

çok tehdit suçuna dair yürütülen yargılamalarda görebilmekteyiz. Öyle ki gelecek zaman kipiyle çekilmesi durumunda yani sinkaf edeceğim şeklindeki bir kullanımanın tehdit suçunda daha çok kullanıldığı söylenebilir⁹⁶.

Failin söylemiş olduğu sinkaflı sözlerin duruma göre tehdit ya da hakaret suçunu oluşturacağını söylemek; daha doğru bir ifadeyle sinkaflı sözlerin yalnızca bir suçu oluşturacağını ifade etmek her zaman doğru olmayacaktır. Nitekim sinkaflı sözlerin tehdit suçunu oluşturması durumunda, esasen başka bir sinkaflı söz varsa bu hakaret suçunu da oluşturabilir. Örneğin bir karardan bahsetmek gerekirse sanık katılana silahını doğrultmuş, tetiğini çekmiş ancak silah ateş almamıştır. Ayrıca katılana “Senin ananı, avradını, bacını sinkaf ederim, o... çocuğu, kahpe evladı” şeklinde söylediği sözler nedeniyle sanık hakkında hakaret ve tehdit suçlarından mahkûmiyet hükmü verilmiş ve Yargıtay da bu hükmü onamıştır⁹⁷. Benzer şekilde sanığın “senin ananı avradını sinkaf edeceğim o.. çocuğu” şeklinde söylemiş olduğu sözler nedeniyle sadece tehdit suçundan dolayı mahkûmiyetine karar verilmiştir⁹⁸. Tekrarlamak gerekir ki sinkaflı sözler tehdit suçunu oluşturabilir ancak sanık, birden fazla sinkaflı söz söylemişse ayrıca hakaret suçu da oluşabilmektedir. Ne var ki sanık birden çok söz söylemiş olsa da yalnızca “sinkaf ederim” gibi ibareler tutanağa geçebilmektedir. Bu nedenle hakaret suçundan ayrıca inceleme yapılması olanaksız hâle gelebilmektedir. Keza başka bir karara konu olayda sanığın elindeki bıçakla “Ananızı avradınızı sinkaf edeyim, kökünüzü kazıyacağım” şeklindeki sözleri nedeniyle hem hakaret hem de tehdit suçunun oluştuğuna karar verilmiş ve Yargıtay, iki suçtan verilen mahkûmiyet hükmünü onamıştır⁹⁹. Kanımızca buradaki sinkaflı söz yalnızca tehdit suçunu oluşturmakta olup hakaret suçunu oluşturmamaktadır. Yine başka bir karara baktığımızda sanığın “Yanlıştı yaptın, sen cezalıydın, seni alacam aşağıya, ananı dinini sinkaf ederim.” şeklindeki sözleri nedeniyle tehdit ve hakaret suçlarından dolayı kurulan hüküm Yargıtayca onanmıştır¹⁰⁰. Olayın oluş şekline bakıldığında sadece tehdit suçunun oluştuğunu düşünmekteyiz ancak sinkaflı sözlerin neden hakaret suçunu oluşturduğunu anlayamamaktayız. Açıkçası bunun söylenen sözlerin sinkaflı olarak kısaltılarak geçmesinden mi yoksa başka nedenden mi kaynaklandığını gerekçeden net bir şekilde de anlayamadığımızı eklemek isteriz.

⁹⁶ Y1.CD, 30.5.2024, E.2022/10908, K.2024/4008 (Lexpera).

⁹⁷ Y6.CD, 20.05.2024, E.2023/7135, K.2024/6306 (Lexpera). Yine de Yargıtay tarafından verilen farklı kararlara rastlanabilmektedir. Örneğin bir kararda failin “çocuğunu sinkaf ederiz, çık dışarı a..na koyduğumun orospu çocuğu” şeklinde söylemiş olduğu sözler tamamen tehdit suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Oysaki son iki kelimenin ayrıca hakaret suçunu oluşturması muhtemeldir. Hükme baktığımızda bu yönde bir değerlendirme görememekteyiz. Bkz. Y6.CD, 14.05.2024, E.2023/9769, K.2024/6182 (Lexpera).

⁹⁸ Y1.CD, 13.5.2024, E.2023/5078, K.2024/3430 (Lexpera).

⁹⁹ Y6.CD, 20.05.2024, E.2023/7879, K.2024/6316 (Lexpera).

¹⁰⁰ Y4.CD, 08.05.2024, E.2021/33020, K.2024/6176 (Lexpera).

Failce mağdura yönelik söylenen sinkaflı sözlerden sonra failin mağdurun hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik saldırıda bulunması ayrıca önem arz etmektedir. Örneğin failin mağdura karşı sinkaflı sözler söyledikten sonra onu yaralaması şeklinde gelişen olayda, bu sözler hakaret suçu teşkil ediyorsa failin hem hakaret hem de yaralama suçundan dolayı cezai sorumluluğu doğmaktadır. Buna karşın sinkaflı sözler tehdit suçu kapsamında değerlendirilirse bu durumda tehdit yerine yalnızca yaralama suçundan dolayı failin cezai sorumluluğuna gidilebilmektedir. Keza sinkaflı sözlerin hakaret veya küfür olarak değerlendirildiği kararlarda dahi mağdurun beden bütünlüğüne yönelik bir saldırı varsa mahkemeler bunu tehdit olarak görmekte ve yalnızca yaralama suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü kurabilmektedir¹⁰¹.

Sinkaflı sözlerin tehdit suçu kapsamında değerlendirilmesi ve yaralama gibi eylemlerin bulunması, olayda yağma suçu açısından da incelemeyi gerektirebilmektedir. Nitekim sinkaflı sözlerin hakaret yerine tehdit olarak değerlendirilmesi tehdit suçunu oluşturduğu gibi duruma göre bir unsuru olan yağma suçunu da oluşturabilmektedir¹⁰². Örneğin sanığın katılana “ben senin yedi sülaleni sinkaf edeceğim” şeklinde göndermiş olduğu mesaj, olayda geleceğe yönelik tehdit olarak kabul edilmiş ve yağma suçunun olduğu kabul edilmiştir; hakaret suçundan dolayı ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar bu yönüyle Yargıtayca bozulmuştur¹⁰³.

Suç tipinin belirlenmesi açısından hakaret ile tehdit suçu üzerinde durmuş olsak da sinkaflı sözlerin başka suçların oluşumuna sebebiyet verebildiğini tekrarlamak isteriz. Çalışmamızın kapsamı nedeniyle bunlardan birisine değinmeyiz. Bir karara konu olayda, sanıkların denizde yasaklı eylemlerde bulunduğu tespit eden görevliler, tekneye çıkmak istediklerinde sanıklar buna izin vermemiştir. İlk derece mahkemesi, görevi yaptırmamak için direnme suçundan (TCK m.265) dolayı sanıkların mahkûmiyetine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde sanıkların, motorun bozuk olduğunu ileri sürerek tekneyi hareket ettirmemeleri, sanıklardan birisinin elindeki keseri güverteye fırlatarak tehditvari davranmanın yanı sıra, sanıkların “‘Böyle işi sinkaf ederim.’ diyerek kendi aralarında konuştukları” şeklindeki açıklamaya da yer verilmiştir. Yargıtayın onadığı bu kararda¹⁰⁴, sanıkların söylemiş oldukları sinkaflı sözler, sanıkların agresif olarak değerlendirilmelerine neden olmuştur.

¹⁰¹ Y1.CD, 20.05.2024, E.2023/7777, K.2024/3677 (Lexpera).

¹⁰² Sinkaf ibarelerine yer verilen yağma suçuna dair bir karar için bkz. Y6.CD, 16.05.2024, E.2022/10496, K.2024/6203 (Lexpera).

¹⁰³ Y6.CD, 07.05.2024, E.2023/19238, K.2024/5681 (Lexpera).

¹⁰⁴ Y4.CD, 15.05.2024, E.2021/32602, K.2024/6732 (Lexpera).

C. SUÇUN UNSURLARI BAKIMINDAN

1. Tipiklik Unsuru Açısından

Bir üst başlıkta suç tipinin belirlenmesi kapsamında esasen suçun tipiklik unsuruna da dolaylı yoldan değinmiştik. Ancak orada hakaretin yanı sıra tehdit gibi diğer suçlara genel bir yaklaşım söz konusuyken burada yalnızca hakaret suçunun tipiklik unsurunu ele almaktayız. Yukarıda hakaret suçuna dair genel açıklamalarda bulunulduğu üzere bu suç seçimlik hareketli bir suçtur¹⁰⁵. Söylenen sözlerin bu kapsama girip girmediği titiz bir şekilde değerlendirilmelidir. Özellikle kişinin argo kullanarak konuştuğu her durumda hakaret suçunun oluşmadığını vurgulamak isteriz. Örneğin sinkaf kelimesinin anlamı bilinmediğinden istisnai de olsa argo, kırıcı veya kaba sözlerin bu kapsamda değerlendirildiğini görebilmekteyiz. Mağdurun, failin kendisine “aptal, enayi, geveze ve cahil” demesi veya “lan” kelimesini kullanması durumunda, beyanın bu kısmı “failin sinkafli sözler söylediği” gibi tutanağa geçirilebilmektedir. Bu kelimelerin her durumda hakaret suçunu oluşturduğu ya da oluşturmadığını söylemek doğru değildir. Olayın koşullarına göre bir değerlendirmede bulunulmalıdır. Ancak failce söylenen sözler yerine sinkafli ibarelerin kullanılması bu değerlendirmeyi zorlaştırmaktadır.

Bir diğer durum ise argolu konuşmaya ilişkindir. Esasen ikinci seçimlik harekette sövmek kelimesinin bulunduğu görülebilmektedir. Madde metninde “sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran” şeklinde yer alan ibareye bakıldığında iki kişi arasındaki her konuşmanın bu kapsama girmediği söylenmelidir. Yani söverek konuşmak ile karşı tarafa sövmek farklı durumlardır. Örneğin failin “seninle konuşan aklımı sikeyim”, “senin gibi iyi bir insanı üzenleri sikeyim” ve “bir daha buraya gelirim beni siksinler” gibi sözleri söylemesi sövmek olarak kabul edilse de mağdurun onur, şeref ve saygınlığına saldırdığını her durumda söylemek mümkün değildir. Nitekim mağduru üzen, kaba ve kırıcı sözlerin her zaman hakaret suçunu oluşturduğu söylenemez. İşte bu sözlerin “failin kullanmış olduğu sinkafli sözler” olarak tutanağa geçirilmesi durumunda bu ayrımı yapmak zor bir hâl alabilmektedir.

2. Hukuka Aykırılık Unsuru Açısından

Olayda tipikliğin gerçekleşmesi durumunda, hukuka aykırılığın da mevcut olduğu karine olarak kabul edilmektedir. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin oluşup oluşmadığına dair bir incelemede bulunulmaktadır. Bunlardan birisi olan meşru savunma açısından konuyu ele almaktayız. Meşru savunmanın saldırıya dair koşullarından birisi, ortada haksız bir saldırının olmasıdır. Bu saldırı henüz gerçekleşmese bile gerçekleşmesi muhakkak olan bir saldırı olmalıdır. Yani bir kişiye karşı tehditvari sözler söylenmesi bu hususun irdelenmesine yol açabilmektedir.

¹⁰⁵ Bayraktar, Keskin Kızıroğlu ve Yıldız vd, 434; Tezcan, Erdem ve Önok, 543; Erenalp, 60; Doğan, 201.

Yukarıda açıklandığı üzere sinkaf etmek ibaresi, hakaret suçunun yanı sıra tehdit suçunu da oluşturabilmektedir. Örneğin iki kişi arasında bir tartışma yaşanırken birisinin tehdit amacıyla kurmuş olduğu sözlerden sonra diğerinin bu olası saldırıya karşı savunmada bulunması durumunda, bu sözlerle bakılarak ortada gerçekleşmesi muhakkak olan bir saldırının mevcut olup olmadığı incelenmektedir. Eğer söylenen tehditvari sözler tutanağa “sinkaflı sözler” olarak geçilmiş ise yapılacak olan değerlendirmeye hukuka aykırı olabilir. Bu durumda meşru savunmanın koşullarının oluşmadığı veya oluşması durumunda sınırın aşıldığından söz edilebilecektir. Örneğin bir olayda taraflar arasında tartışma yaşanırken (A), (B)’ye hitaben “senin ananı avradını sinkaf ederim, orspu çocuğu, sen kimsin ulan seni öldüreceğim” demiştir. Bu sözlerin üzerine (B), belinden çıkarmış olduğu tabancasını (A)’ya doğrultarak bir el ateş etmiştir. Sanığın müdafisi tarafından olayda meşru savunmanın mevcut olduğu ileri sürülmüşse de Yargıtay olmadığı yönünde karar vermiştir¹⁰⁶. Başka bir karara konu olayda ise katılan ile sanık arasında yaşanan tartışma esnasında katılan, sanığa tokat atmış ve kararda yer aldığı şekliyle “sinkaflı sözlerle hakaret” etmiştir. Bunun üzerine sanık, eline aldığı usturayla katılanın yüzünü keserek sabit ize neden olacak şekilde yaralamıştır. Yargıtay, burada meşru savunma yerine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması nedeniyle hükmün onanmasına karar vermiştir¹⁰⁷. Esasen yargı kararlarında mevcut olan gerekçesizlik sorunu burada da mevcut olmakla birlikte, ayrıca söylenen sözlerin sinkaflı ibarelerle tutanağı geçirilmesi nedeniyle meşru savunmanın neden uygulanmadığını anlamlandıramamaktayız.

D. CEZANIN BELİRLENMESİ AÇISINDAN

Ceza muhakemesinde fiilin suç teşkil ettiği ve sanık tarafından işlendiği sabit olduktan sonra yaptırımın belirlenmesi aşamasına geçilmektedir. Hakaret suçunun temel şeklinin yaptırımı “üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası”dır. Ceza belirlenirken genel olarak TCK m.61 ila m.63’e göre bir değerlendirmede bulunmaktadır. Tutanağa veya karara sinkaflı sözlerle hakaret şeklinde geçen ibarenin hakaret suçunu oluşturup oluşturmadığı bir sorun olabileceği gibi, diğer bir sorun da bu sözlerin cezanın belirlenmesinde ortaya çıkabileceğidir. Nitekim, örneğin mağdurun ifadesi alınırken failin kendisine ayrı ayrı dahi suç teşkil edebilecek sözleri söylemesine rağmen, bunların tutanağa sinkaflı sözlerle hakaret şeklinde geçilmesi, fiilin haksızlık içeriğinin yanlış saptanmasına neden olabilmektedir. Keza hâkim cezayı belirlerken bu sözlerle bakarak cezayı belirlemektedir. Tutanağa yansıyan sözler, gerçekte söylenenden az olduğu için failin daha az ceza alması gibi hukuka aykırı bir durum söz konusu olabilmektedir. Hâkimler, kimi zaman söylenen sözün aynen tutanağa geçirilmediğine dair kendilerine karşı çıkıldığı zaman, tutanakta yazmasa bile bu hususu gözetebileceklerini söyleyebilmektedir. Ne var ki bu tür bir durumda ceza alt sınırdan

¹⁰⁶ Y1.CD, 16.05.2024, E.2022/12095, K.2024/3609 (Lexpera).

¹⁰⁷ Y1.CD, 13.06.2024, E.2023/9349, K.2024/4512 (Lexpera).

uzaklaşarak verilse bile kararda yer alan sözler sadece sinkaflı genel ibarelerden oluştuğundan kanun yolu denetiminde bu karar hukuka aykırı bulunabilir. Yine hâkim değişikliği durumunda söylenen sözlerin ne olduğu da bilinmeyebilir. Bu nedenle sözlerin hakaret suçu oluşturacağı anlaşılrsa bile bunların tamamının tutanağa veya karara yazılması isabetli olacaktır.

Fiilin ağırlığının yanı sıra takdiri indirim nedenlerinde de benzer durum yaşanabilmektedir. Örneğin sanığın duruşmadayken söylemiş olduğu “kafamı sikeyim” gibi bir söz hakaret suçu oluşturmasa da mahkemeye saygısızlık olarak değerlendirilebilir. Ancak bir yandan da sanığın pişman olduğunu göstermektedir. Bu durumda verilen kararın gerekçesinde sanığın söylediği yerine, “sinkaflı sözlerle hakaret ettiği” gibi bir ifadeye yer verilmesi, özellikle kanun yolu denetiminde olumsuz bir sonuca yol açabilir.

E. SÖZLERİN TUTANAĞA GEÇİRİLMESİ KAPSAMINDA

1. Delilin Hukuka Uygunluğu Açısından

Delil serbestisinin geçerli olduğu ceza muhakemesinde kural olarak her şey delil olabilmektedir. Bunun istisnalarından birisi delilin hukuka aykırı olmamasıdır. CMK m.217/2’de isnat edilen suçun hukuka uygun elde edilmiş her türlü delille ispatlanabileceği belirtilmektedir. Keza Anayasa m.38/6 ve CMK m.206/2 gibi birçok düzenlemede hukuka aykırı delillerin kullanılmayacağı açıkça belirtilmektedir. Delilin hukuka aykırı olması birçok yönden ele alınabilir. Bunlardan birisi maddi vakıanın değiştirilmesine ilişkindir. Yani bir beyanda yer alan sözlerin olduğu gibi yazılı hâle geçirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde bu delilin hukuka uygunluğu tartışmaya açılabilmektedir. Örneğin tanığın söylemiş olduğu sözler, kısaltma veya değer yargısı katma gibi yollarla değiştirildiğinde bu beyan delilinin hukuka aykırı sayılmasına neden olabilir. Öyle ki bu durum sadece beyan deliliyle de sınırlı değildir. Örneğin dinleme işlemi dışında da ilgililer dosyaya yazılı beyanda bulunabilmektedir. Verilen bu dilekçe bir belge delilidir. İhbar eden kişi tarafından imzalı bir şekilde verilen dilekçedeki sözler sinkaflı şekilde iddianameye geçirilebilir. Yine modern koruma tedbirleriyle elde edilen ve dijital veya belirti denilen delillerde de benzer durum söz konusu olabilir. Bir akıllı telefonda yapılan mesajlaşmalar veya CMK m.135’e göre dinleme işlemi kapsamında kayda alınan seslerin yazıya dökülmesi sırasında kimi zaman ifadelerin değiştirilerek tutanağa bağlandığı görülebilmektedir¹⁰⁸. Delilin bu şekilde değiştirilmiş

¹⁰⁸ CMK m.137/2’de belirtildiği üzere konuşma kaydının çözülmesi ve metin hâline getirilmesine dair işlem, C. savcısı tarafından görevlendirilen kişiler tarafından yapılmaktadır. Esasen bu işlem genel olarak adli kolluk tarafından yapılmaktadır. Görevli, dinleme işlemi yaparken ne duyuyorsa onu aynen tutanağa geçirmekle yükümlüdür. Keza yorumunu katması mümkün değildir. Anlam veremediği ve net bir şekilde emin olmadığı durumlarda ise işlemi başka yöntemlerle denemelidir. Yine kayıt çözülemese o kısım boş bırakılmalı ve ilgili yere sebebi yazılmalıdır. Ne var ki bu gibi durumlarda yakın anlama gelen ibareler yazılabilmektedir. Örneğin konuşmada “beyaz” kelimesi söylenmiş ise metinde bu kelimenin yanında “uyuşturucu madde” şeklinde açıklama yapılabilir.

olması eğer önemli bir husus yoksa delilin geçerliliğini etkilemez. Ancak örneğin birkaç argo kelimeyi barındıran kelimelere yer vermeden sadece sinkaflı sözlerle hakaret gibi ibarelerin kullanılması, delilin hukuka aykırı olmasına yol açabilir.

Önemi itibarıyla duruşma tutanağına da değinmekteyiz. Duruşmanın nasıl yapıldığına dair birtakım hususlar için bir tutanak tutulmaktadır. Bu tutanak delil olarak kabul edilebilmektedir. Nitekim duruşma esnasında hâkimin sanığı sorgulaması durumunda sanığın sözlerini ihtiva eden bu tutanak beyan delili niteliğini haiz olmaktadır. Uygulamada görüldüğü üzere çoğu zaman tutanağı hâkim yazdırmaktadır: Kişiler beyanda bulunduktan sonra hâkim özetleyerek zabıt kâtibi aracılığıyla tutanağa bağlamaktadır. CMK m.222’de “Tutanağa karşı yalnız sahtecilik iddiası yöneltilebilir.” şeklinde yer alan hüküm, işte bu beyan delilinin hukuka aykırı sayılmasını zorlaştırmaktadır. Bu durum failin aleyhine olabileceği gibi lehine de olabilir. Nitekim mağdurun onur, şeref ve saygınlığına daha ağır bir saldırı teşkil eden sözler yerine “sinkaflı sözlerle hakaret etti” gibi bir ibarenin kullanılması daha az bir cezanın verilmesine neden olabilir. Bu nedenle işlem yapılırken bu hususa dair gerekenin derhâl yapılması yerinde olacaktır. Duruşma dışında, örneğin kollukta yapılan bir işlem söz konusu ise bu durumun amirlerle bildirilmesi, gerekirse ifadenin C. savcısı tarafından alınması veya şüphelinin doğrudan hâkim tarafından sorgulanması da bir çözüm olabilir.

2. Hâkimin Tarafsızlığı Açısından

Hâkimin tarafsızlığına ilişkin CMK’de birtakım hükümler yer almaktadır. CMK m.22’de yer alan hâllerde hâkimin davaya bakması yasaklanmıştır. Bunların dışında hâkimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek başka bir durum söz konusu ise hâkimin reddi istenebilmektedir. Hâkimin taraflardan birisinin lehine ya da aleyhine olacak şekilde işlemde bulunması tarafsızlığına şüphe düşürmektedir. Keza hâkimin görüşünü önceden bildirmesi veya belli etmesi ihsasirey olarak da adlandırılmaktadır. Bu durumda hâkimin davaya devam etmemesi isabetli olacaktır. Bu durumlardan birisi duruşma tutanağının yazdırılması veya sorgu işlemi sırasında ortaya çıkabilmektedir. Delilin hukuka uygunluğu kısmında ifade edildiği üzere hâkim, söylenen sözleri tutanağa kendi yorumlarıyla geçmemelidir. Örneğin dinlenen kişi beyanında “saçma sapan işler yapma, doğru konuş, hata bende zaten seninle konuşan aklımı sikeyim” demesine rağmen, bu beyanın tutanağa “sinkaflı sözlerle hakaret” gibi ibarelerle yazılması hâkimin tarafsızlığını şüpheye düşürmektedir. Nitekim burada beyan değiştirildiği gibi hâkim bu sözlerin hakaret teşkil ettiğine dair görüşünü açıklamaktadır. Görüşünü sadece açıklamakla yetinmeyen hâkim, beyanı kendi düşüncesine göre değiştirerek tutanağa geçmektedir. İşte bu durumda hâkimin tarafsızlığının şüpheye düştüğü söylenmelidir.

mektedir. Bu durum ön yargı oluşturabileceğinden sakıncalıdır. Bkz. Veysel Candan Canoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Koruma Tedbirleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 97.

3. Masumiyet Karinesi Açısından

Suçsuzluk karinesi¹⁰⁹ olarak da ifade edilen masumiyet karinesi, Anayasa m.38/4'te güvence altına alınmaktadır. Buna göre bir kişi hakkında verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesine kadar, kişinin suçlu olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹¹⁰. Suçluluğa dair hükmün kesinleşmesine kadar kişinin masumiyeti asıldır. Belirli varsayımlarla kişi suçlu olarak addedilemez¹¹¹. Keza bu varsayımların kuvvetli olması da durumu değiştirmez. Yine suçluluğun açıkça kabul edilmesi de zorunlu değildir. Kişinin suçlu olduğu yönünde ima veya açıklamalarda bulunulması da masumiyet karinesini ihlal edebilmektedir¹¹². Öyle ki bu açıklamayı yapan veya imada bulunan kişinin görev yaptığı kurum ve yetkisi de bu değerlendirmede önem arz etmektedir. Bir üst başlıkta bahsettiğimiz üzere sorgu işlemini yapan hâkimin, sözleri değiştirerek şüpheli veya sanığın sinkaflı sözlerle hakaret ettiği gibi bir ifadeyi tutanağa yazdırması durumunda, şüpheli veya sanığın hakaret suçunu işlediği yönünde görüşünü ortaya koymuş olmaktadır. Burada hâkimin tarafsızlığının yanı sıra masumiyet karinesine aykırılık da ortaya çıkabilmektedir. Nitekim ceza muhakemesi devam ederken söylenen sözlerin hakaret suçunu oluşturduğu henüz belirli değildir. Hâkim burada sinkaflı sözlerle hakaret ettiğini verdiği hükümde de açıklamamaktadır. Muhakeme süreci devam ederken şüpheli veya sanığın sözlerinin hakaret oluşturduğu yönünde kendi yorumunu katması durumunda masumiyet karinesinin ihlal edildiği söylenebilir.

Masumiyet karinesine hâkimin yanı sıra süreçte yer alan herkesin dikkat etmesi gerekmektedir. Bu nedenle adli kolluk, C. savcısı, zabıt kâatibi, ceza infaz kurumundaki personel dâhil olmak üzere ilgili bütün görevliler şüpheli veya sanığın suçlu olduğu yönünde ima veya açıklamada bulunmaktan kaçınmalıdır. Bu bakımdan benzer şekilde beyanda hakaret sözcüğü geçmezken “sinkaflı sözlerle hakaret etti” gibi ibarelerin yazıya dökülmesi durumunda, masumiyet karinesine dair güvencelere uygun olmayan bir sonuçtan söz edilebilir.

¹⁰⁹ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 482; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 271; Bununla birlikte doktrinde masumluk karinesi şeklinde kullanım da mevcuttur bkz. Önder Tozman, “Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, S.3-4 (2007): 315; Hüseyin Şık, “Suçsuzluk Karinesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.1 (2012): 107; Doğan Gedik, *Öğreti ve Yargısal İçtihatlar Işığında Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanırlı İkkesi (In Dubio Pro Reo)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 24; Hande Ulutürk, “Suçsuzluk Karinesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13, S.171 (2018): 68.

¹¹⁰ Ünver ve Hakeri, 117; Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok, 358; Tozman, 319; Handan Yokuş Sevük, “Soruşturma Evresine Hakim Olan İlkeler”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 3, S.21 (2011): 20; Şık, 108; Gedik, 89.

¹¹¹ Veysel Candan Canoğlu, “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu M. 116/1 Kapsamında Sürücünün Tespit Edilemediği Durumlarda Tescil Plakası Sahibi Hakkında Uygulanan İdari Yaptırımın Masumiyet Karinesine Aykırılığı”, *İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, S.2 (2020): 371.

¹¹² AYM, Baş.No.2019/27554, 31.01.2024.

SONUÇ

Delil elde etme yöntemlerinden birisi dinleme işlemidir. Belirli kişiler dinlendikten sonra sözleri yazılı hâle getirilmektedir. Böylece beyan delili elde edilmektedir. Beyan delili, dinlenen kişinin söylemiş olduğu bütün sözleri içermesi gerekirken uygulamada bu sözlerin özetlenerek tutanağa geçirildiği sıklıkla görülebilmektedir. Öyle ki ahlaka aykırı görülen birtakım kelimelere yer verilmemekte, bunun yerine sinkaf ibaresi kullanılabilir. Diğer kelimeler gibi bir kökeni olmayan sinkaf kelimesi, erkeğin argodaki cinsel organındaki iki harf olan s ve k harflerinin Arap alfabesindeki okunuşlarından meydana gelen bir kelimedir. Eğer söylenen söz erkeğin argodaki cinsel organını veya bu kelimedenden türetilen fiili içeriyorsa bu sözler tutanağa aynen geçirilmemekte; bunun yerine “sinkaf etmek” veya “sinkaflı sözlerle hakaret” gibi ifadeler kullanılmaktadır. Ancak bu ibarelerin, erkeğin argodaki cinsel organı dışındaki kelimeler yerine de kullanıldığı görülebilmektedir. Özellikle sinkaf kelimesinin anlamını bilmeyenler, cinsellikle alakası olmayan kelimeleri dahi sinkaflı sözler olarak değiştirebilmektedir. Yine hakaret suçunu oluşturmayacak kaba ve kırıcı sözler için de sinkaflı sözlerle hakaret gibi ibareler kullanılabilir. Bu tür bir kullanım hem maddi hem de usul hukuku açısından birtakım sorunların doğmasına neden olabilmektedir.

Failin cezai sorumluluğu belirlenirken öncelikle ilgili suç tipi seçilerek buna göre bir incelemede bulunulmaktadır. Ahlaka aykırı sözlerin söylendiği her durumda hakaret suçu oluşmamaktadır. Yine cinsel organları içeren sözlerin söylendiği her olayda da cinsel suçların olduğu söylenemez. Bu belirleme yapılırken genel olarak olaydaki delillere bakılmaktadır. Eğer şikâyete konu sözler aptal ve şerefsiz gibi cinsel dokunulmazlıkla alakalı değilse bu suçlar açısından incelemede bulunmaya gerek yoktur. Ancak söylenen sözlerin aynen tutanağa geçirilmesi yerine, tutanağa sinkaflı sözler yazılmışsa bu belirleme sürecinde dahi bir olumsuz durum ortaya çıkabilmektedir. Keza çalışmamızda sinkaflı sözleri biz hakaret suçu kapsamında ele almış olsak da cinsel taciz ve hakaret gibi birçok suçun unsuru da sinkaflı sözlerle ilişkilendirilmektedir.

Hakaret suçuna dair bir inceleme yapılırken seçimlik hareketli bir suç olan bu suçtaki kelimelere göre titiz bir incelemede bulunulmalıdır. Söylenen her kaba, kırıcı ve alaycı söz fiil unsurunu oluşturmamaktadır. Yine bir kişinin küfürlü konuştuğu her durumda bu suç oluşmayacaktır. Keza birisine küfretmek ile küfürlü konuşmak farklıdır. Sözlerin tutanağa sinkaflı sözlerle değiştirilerek geçilmesi fiil unsurunun oluşup oluşmadığının belirlenmesini zorlaştırabilmektedir. Yine tipiklik oluşsa bile hukuka uygunluk veya haksız tahrik gibi hükümlerin uygulanmasında bu sözün hakaret yani bir saldırı teşkil edip etmediğinin belirlenmesi de güç bir hâl alabilmektedir.

Sinkaflı ibarelerin yanı sıra örneğin şerefsiz gibi kelimelerin de kullanılması durumunda hakaret suçunun oluştuğuna karar verilebilir. Ancak bu sefer sorun

cezanın belirlenmesinde ortaya çıkabilmektedir. Nitekim ceza belirlenirken fiilin haksızlık içeriği gibi birtakım hususlara bakılmaktadır. Failin söylemiş olduğu birden fazla kelime nedeniyle cezasında artırımı gidilebilmektedir. Ne var ki bunlar aynen tutanağa geçilmemişse sadece “sinkaf ederim” ve “sinkafli sözlerle konuştu” gibi ibarelere yer verilmişse cezanın alt sınırından ayrılmasını gerektiren durumu gerekçelendirmek mümkün olmayabilmektedir.

Usul hukuku açısından bakıldığında temel sorunun yine delilden kaynaklandığı söylenebilir. Ceza muhakemesinde kural olarak her şey delil olabilece de bunun bir sınırı vardır: O da delilin hukuka uygun olmasıdır. Örneğin hemen yukarıda söylendiği üzere beyan delili alınırken dinlenen kişinin sözleri tutanağa aynen aktarılmalıdır. Bu sözlerin sinkafli ibarelerle değiştirilerek ve bir kısmının atılarak yazılması kabul edilemez. Yine diğer delil türleri açısından da bu hususa dikkat edilmelidir. Aksi takdirde bu şekilde elde edilen delil hukuka aykırı olabilmektedir.

Dinleme işlemini yapan kişinin, dinlenen kişinin sözlerini tutanağa değiştirerek geçirmesi hukuka aykırıdır. Yine bu kişinin kendi kişisel görüşünü katması da başka güvencelere aykırılık teşkil edebilir. Bu tür bir uygulama duruma göre mağdurun ya da failin aleyhine olabilmektedir. Kararı veren hâkim aynı zamanda duruşmayı yönetmektedir. Duruşmanın sona ermesiyle birlikte hâkim kararını açıklamaktadır. Bu noktaya kadar hâkimin kararını açıklaması ihsasıreye neden olabilmektedir. Nitekim hâkimin sorgu işlemini yaparken söylenen sözler yerine, tutanağa “sanığın sinkafli sözlerle hakaret ettiği” gibi bir ibareyi yazdırması durumunda, hâkim olmayan bir söze kendi yorumunu katmakta ve bu yorum hakaret suçunun bir ön kabulü olarak algılanmasına yol açabilmektedir. İşte bu durumda hâkimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir sebep ortaya çıkabilmektedir.

Hâkimin bu şekilde görüşünü açıklaması sanığın masumiyeti açısından ön-görülen güvenceyi ihlal edebilmektedir. Nitekim Anayasa m.38’e göre suçluluğu hükmen sabit olana kadar herkes masumdur. Hakkında ceza muhakemesi devam etse bile sanığın masum olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle doğrudan veya dolaylı yollardan sanığın suçlu olduğuna dair söz ve davranışlarda bulunulmamalıdır. Ancak söylenen beyanın hâkim tarafından tutanağa “sinkafli sözlerle hakaret etti”, şeklinde geçirilmesi sanığın suçlu olarak algılanmasına yol açabilmektedir. Hâkimin yanı sıra Cumhuriyet savcısı ve polis gibi kişilerin de bu ilkeye dikkat etmesi gerekmektedir.

İşte bu ve benzer başka nedenlerden ötürü sinkafli sözlerle hakaret ibaresinin kullanılması birtakım sorunlara yol açabilmektedir. Bu nedenle örneğin dinleme işleme sırasında söylenen sözlerin tutanağa aynen aktarılması, sinkaf kelimesini söylemediyse bir değişiklik veya eklemeye bulunulmaması önem arz etmektedir. Tıp ve diğer alanlarda olduğu gibi hukukta da ayıp olmaz. Esasen bu kullanımın sadece sinkafli sözlerle ilişkin olmadığı da söylenmelidir. Nitekim bu bir bakış

açısının bir görünümüdür. Örneğin cinsel saldırı suçunda mağdurun göğüs veya memesi yerine üst bölgesi gibi ibarelerin kullanıldığı görülebilmektedir. Oysaki suçun oluşumu, cezanın belirlenmesi ve delilin hukuka uygunluğu gibi birçok ilke ve kurum açısından olanın tutanağa geçirilmesi gerekir. Temel olarak ceza muhakemesinin asıl amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması da bunu gerektirmektedir. Bu nedenle çalışmamızı hakaret suçu bağlamında sinkafı sözlerle hakaret ibaresine dair yazmış olsak da bu bakış açısının hukuka aykırılıkların ortaya çıkmasına neden olduğu vurgulamak isteriz.

KAYNAKÇA

- Artuk, M. Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, M. Emin ve Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Aydın, Devrim. “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu.”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19, S.2 (2013): 879-918.
- Bayraktar, Köksal, Keskin Kızıroğlu, Serap ve Yıldız, Ali Kemal vd. *Özel Ceza Hukuku - Cilt III - Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (TCK m. 106-140)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Canoğlu, Veysel Candan. “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu M. 116/1 Kapsamında Sürücünün Tespit Edilemediği Durumlarda Tescil Plakası Sahibi Hakkında Uygulanan İdari Yaptırımın Masumiyet Karinesine Aykırılığı.”, *İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, S.2 (2020): 367-403. (Masumiyet)
- Canoğlu, Veysel Candan. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Koruma Tedbirleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023. (Gizli)
- Canoğlu, Veysel Candan. *Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022. (Şahsilik)
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Doğan, Recep. “Hakaret Suçu ve AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırları.”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.17 (2021): 191-239.
- Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Erenalp, Mehmet Türker. *Hakaret Suçunda İsnadın İspatı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Gedik, Doğan. *Öğreti ve Yargısal İçtihatlar Işığında Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sannık Yararlanır İlkesi (In Dubio Pro Reo)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Hakeri, Hakan ve Tekin, Derya. *Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Karatepe, Numan ve Emre Tulay, Muhammed. “Hakaret Suçunda İsnadın İspatı Hakkının Hukuki Niteliği.”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S.2 (2021): 289-318.
- Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023. (Genel)
- Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023. (Özel)
- Kocaoğlu, Serhat Sinan. *Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu (5237 Sayılı TCK M. 125-131)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Özgenç, İzzet. “Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak İsnadın İspatı.”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27, S.3 (2023): 171-192. (İsnat)
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023. (Genel)
- Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022. (Genel)
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020. (Özel)
- Şık, Hüseyin. “Suçsuzluk Karinesi.”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.1 (2012): 103-144.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Rifat Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sancakdar, Oğuz ve Önok, Rifat Murat. *İnsan Hakları El Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Tozman, Önder. “Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları.”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, S.3-4 (2007): 315-353.
- Ulutürk, Hande. “Suçsuzluk Karinesi.”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13, S.171 (2018): 63-122.
- Ünver, Yener ve Hakeri, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Yokuş Sevik, Handan. “Soruşturma Evresine Hakim Olan İlkeler.”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 3, S.21 (2011): 13-29. (Soruşturma)
- Yokuş Sevik, Handan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022. (Özel)
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*. İstanbul: Beta, 2021.

YURT DIŞINDA YAPILAN İNŞAAT, ONARIM, MONTAJ İŞLERİ İLE TEKNİK HİZMET FAALİYETLERİ İSTİSNASI DÜZENLEMELERİNİN VERGİLERİN KANUNİLİĞİ İLKESİ İŐIĐINDA DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Arş. Gör. Dr. Esra DEMİR BELİN^(**)

Öz

Kamu giderlerinin finansmanının sağlanması amacı ile bireylerin hak ve özgürlük alanı arasında bulunan ince çizginin vergilendirme yetkisi vasıtasıyla aşılmasının kolaylığı, bireylerin yönetim erki karşısında korunması için birtakım önlemlerin ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Vergilerin kanuniliği ilkesi, tarihsel gelişimi bakımından önemli mücadeleler sonunda ortaya çıkan ve son halini alan, farklı ülkelerde anayasacılık hareketlerini yakından etkileyen önemli bir vergilendirme ilkesi teşkil etmektedir.

Türkiye’de de anayasal vergilendirme ilkeleri arasında yer alan vergilerin kanuniliği ilkesinin beraberinde getirdiği ya da desteklediği birçok vergilendirme ilkesi bulunmaktadır. Bunlardan biri olan vergi hukukunda kıyas yasağı, vergi yasasında yer alan bir kuralın, nitelikleri buna benzeyen ama yasada düzenlenmemiş başka bir olaya uygulanmasının mümkün olmamasını ifade etmektedir. Vergi hukukunda düzenleme yapılmamış bir alanın kıyas yoluyla doldurulması, Anayasa ile yalnızca yasama erkine verilen vergilendirme yetkisinin aşılması ve dolayısıyla da fonksiyon gaspı anlamına geleceğinden vergi idaresi ya da vergi yargısının kıyasa varacak yorumlama faaliyeti gerçekleştirmekten kaçınması gerekmektedir. Ancak uygulamada vergi idaresi, gerek yönetmelik ve genel tebliğ gibi düzenleyici işlemlerinde gerekse de bu düzenleyici işlemlere dayanarak gerçekleştirdiği birel vergilendirme işlemlerinde sıklıkla vergi kanunlarını değiştirici mahiyette hareket etmektedir.

Bu çalışmada vergilerin kanuniliği ilkesi, özellikle vergi idaresinin düzenleyici işlemleri üzerindeki etkisi bakımından ele alınacaktır. Vergilerin kanuniliği ve ilgili diğer ilkelere ilişkin açıklamaların ardından Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (h) bendinde yer alan yurt dışında yapılan inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlere yönelik istisna uygulamasına kısaca değinilecektir. Sonrasında da ilgili istisna hükmüne ilişkin 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği açıklamaları ele alınacaktır. Devamında Genel Tebliğ’de yer alan düzenlemeler vergilerin kanuniliği ilkesi ve kıyas yasağı bağlamında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Vergilerin Kanuniliği İlkesi, Vergilendirmede Belirlilik İlkesi, Vergi Hukukunda Kıyas Yasağı, Yurt Dışında Yapılan İnşaat İşlerine İlişkin Kurumlar Vergisi İstisnası, Kanuni Düzenlemenin Lafzını Aşan Genel Tebliğ Hükümleri.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 14.05.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 10.06.2024](#)
[DOI No: 10.54704/akdhfd.1483888](#)

^(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı / Ankara, Türkiye
[E-posta: esrademir@baskent.edu.tr](mailto:esrademir@baskent.edu.tr)
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0002-0880-3719](https://orcid.org/0000-0002-0880-3719)



EVALUATION OF THE EXEMPTION REGULATIONS FOR CONSTRUCTION, REPAIR, INSTALLATION WORKS AND TECHNICAL SERVICE ACTIVITIES ABROAD IN THE LIGHT OF THE LEGALITY PRINCIPLE OF TAXATION

Abstract

The ease of crossing the fine line between the purpose of financing public expenditures and the rights and freedoms of individuals through the power of taxation has affected the emergence of certain measures to protect individuals against administrative power. The legality principle of taxation constitutes an important principle that has emerged from significant battles and has had a significant impact on constitutionalism movements across various nations.

In Turkey, the legality principle of taxation, which is among the constitutional principles of taxation, is accompanied or supported by many taxation principles. The prohibition of analogy in tax law means that it is not possible to apply a rule in the tax law to another case that is similar in nature but not regulated by the law. Since filling an unregulated area in tax law by analogy would mean exceeding the taxation power granted to the legislative power by the Constitution and thus usurping the function, the tax administration or the tax judiciary should refrain from performing interpretation activities that would lead to analogy. However, in practice, the tax administration frequently acts in a manner to amend the tax laws, both in its regulatory acts and in its individual taxation.

In this study, the legality principle of taxation will be discussed, especially in terms of its impact on the regulatory actions of the tax administration. Following the explanations on the related principles, the exemption for construction, repair, assembly works and technical services performed abroad under Article 5(1)/h of the Corporate Tax Law will be briefly explained. Afterwards, the explanations in Corporate Tax General Communiqué Serial No. 1 regarding the related exemption provision will be analyzed. Subsequently, the regulations in the General Communiqué will be evaluated in the context of the legality principle of taxation and the prohibition of analogy.

Keywords

The Legality Principle of Taxation, Certainty in Taxation, The Prohibition of Analogy in Tax Law, Corporate Tax Exemption for Construction Works Abroad, General Communiqué Provisions that Exceed the Letter of Law.

Extended Abstract

The legality principle of taxation is a principle of taxation that emerged as a result of historical battles in order to protect taxpayers against the arbitrariness of the administration. The other principles that this principle brings with it are of great importance for the elimination of arbitrary practices of the administration. One of these principles is the prohibition of analogy.

The analogy method, which refers to the consideration of another legal regulation on a similar subject in practice in cases where there is no clear regulation on a subject in the law, constitutes a method of filling a gap that cannot be applied in tax law as a result of the legality principle of taxation. As a consequence of the legality principle, which makes it possible to regulate the essential elements of taxation only by law, the use of analogy by the tax administration or the judiciary to fill a gap in the regulations constitutes a usurpation of legislative power.

It is necessary to evaluate the General Communiqué regulation and the tax administration's practice regarding the provision in Article 5, subparagraph (h) of paragraph (1) of the Corporate Tax Law that exempts from corporate tax the "earnings derived from construction, repair and assembly works and technical services performed abroad and transferred to the general result accounts in Turkey", in this context. While the provision of the Law regulates that certain construction works performed abroad are exempt from corporate tax, the law's preamble emphasizes that this exemption is not subject to any conditions. On the other hand, the General Communiqué establishes a connection with the exemption provision in subparagraph (g) of the same article of the Law, based on the assessments in the law's preamble regarding the determination that the technical services are performed abroad. As a result of this connection, it asserts that for all activities, including the construction, repair and installation services in subparagraph (h), a permanent establishment or permanent representative must be located where the activity is carried out and the taxpayer must be taxed there.

The fact that the technical services within the scope of the exemption include activities that can be performed from Turkey by their nature necessitates the designation of a special method for determining that these activities are performed abroad. This problem is solved with the explanation in the law's preamble; that only for technical services, institutions can benefit from the exemption if they have an ongoing construction and repair work abroad or if they also have a permanent establishment or permanent representative abroad. Despite this solution, the General Communiqué extends the requirement of having a permanent establishment or permanent representative abroad to activities such as construction and repair, the only method of realization of which is to carry out these works abroad in person. This extension, which is based on the references made in the explanations of the General Communiqué to subparagraph (g) of paragraph (1) of Article 5 of the Law, is also reflected in the practices of the tax administration.

Another aspect of the analogical relationship established between the exemption provision for construction works performed abroad and the exemption provision in subparagraph (g) of the same article is the condition of being taxed abroad. Subparagraph (g) of paragraph (1) of Article 5 of the Corporate Tax Law stipulates that in order to exempt from corporate tax in Turkey, earnings derived through a permanent establishment or permanent representative office located abroad must be subject to income tax, corporate tax or a similar tax at a rate of at least 15 % in the place where the work is performed. This condition, which is explicitly included in the subparagraph (g), is not carried over to subparagraph (h), and the exemption of the income arising from the construction works performed abroad from taxation in Turkey is not associated with the taxation performed abroad to any extent. However, the General Communiqué explains that the purpose of the exemption for construction works is to prevent the taxation in Turkey of the income taxed abroad. The General Communiqué interprets the absence of this condition in subparagraph (h) as the rate of taxation abroad is not important in the application, unlike the application of subparagraph (g).

The fact that the law's preamble recognizes that the construction works carried out abroad are exempted from the corporate tax without any conditions and that the conditions in subparagraph (g) are not mentioned in subparagraph (h) is thought to indicate the unconditional nature of this exemption rather than the existence of some gaps in subparagraph (h). Nevertheless, the fact that the General Communiqué fills the so-called gaps with a comparison to subparagraph (h) is a violation of the prohibition of analogy and therefore the legality principle of taxation.

GİRİŞ

Vergilerin kanuniliği ilkesi, birçok toplumda anayasacılık hareketlerini tetikleyen mücadelelerin neticesinde *temsilsiz* ve *kanunsuz* vergi olmaz anlayışlarının damıtılması neticesinde ortaya çıkan bir vergilendirme ilkesi teşkil etmektedir. Bireylerin hak ve özgürlüklerini, idarenin keyfiliğine karşı koruma noktasında büyük önem taşıyan kanunilik ilkesi, vergilendirme alanında diğer birçok ilkeyi desteklemekte ya da bu ilkelerin şekillenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

Vergilerin kanuniliği ilkesi Türkiye'de de Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü ile anayasal vergilendirme ilkeleri arasında yer almakta ve birçok vergilendirme ilkesini beraberinde getirmektedir. Bunlardan biri olan vergi hukukunda kıyas yasağı, vergi kanununda yer alan bir kuralın, nitelikleri ve kuruluşu buna benzeyen ama kanunda düzenlenmemiş başka bir olaya uygulanmasının mümkün olmamasını ifade etmektedir. Vergi düzenlemesinde ödenmesi gereken vergi miktarının, zamanının, oranının ve ödeme biçiminin kesin ve açık olarak yükümlü ve üçüncü şahıslar tarafından bilinmesi gerekliliğini ifade eden vergilendirmede belirlilik ilkesi de vergilerin kanuniliği ile ilişkili bir diğer ilkeyi teşkil etmektedir. Vergilendirmeye ilişkin hususlarda kanun hükmünün lafzını aşan ve kıyasa varan yorumlama faaliyetleri vergilendirmede belirlilik ilkesini de ihlal ederek hukuki güvenliğin zedelenmesine yol açmaktadır. Bununla birlikte uygula-

mada vergi idaresi, gerek yönetmelik ve genel tebliğ gibi düzenleyici işlemlerinde gerekse de bu düzenleyici işlemlere dayanarak gerçekleştirdiği birel vergilendirme işlemlerinde sıklıkla vergi kanunlarını değiştirici mahiyette hareket etmektedir.

Bu çalışmada vergilerin kanuniliği ilkesinin kavramsal boyutu kısaca ele alınacak sonrasında da vergilerin kanuniliği ilkesi ile ilişkili ve çalışma ile doğrudan bağı olan vergilendirmede belirlilik ve kıyas yasağı ilkelerine değinilecektir. Bunların ardından idarenin kanuniliği ilkesi, vergilerin kanuniliği ilkesi ile arasındaki bağı üzerinden ele alınacak ve vergi idaresinin düzenleyici işlemlerinin bu bağı karşısındaki konumu ortaya konulacaktır. Vergilerin kanuniliği ve ilgili diğer ilkelere ilişkin açıklamaların ardından Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) bendinde yer alan yurt dışında yapılan inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlere yönelik istisna hükmüne ve bu hükmün uygulamasına kısaca değinilecektir. Sonrasında da ilgili istisna uygulamasına ilişkin 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde yapılan açıklamalar, bu açıklamaların kanun hükmünü değiştirici ve dönüştürücü yönleri ile birlikte incelenecektir. Değerlendirme bölümünde de Genel Tebliğ'de yer alan düzenlemeler kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı bağlamında değerlendirilecektir.

I. VERGİLERİN KANUNİLİĞİ İLKESİ VE İLGİLİ DİĞER İLKELER

A. VERGİLERİN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Günümüzde demokratik bir devlet olmanın ana koşullarından biri hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmiş olmasıdır¹. Devletin işlem ve eylemlerinde hukuka bağlı olması ve vatandaşlarına hukuki güvenliği sağlayabilmesi² olarak özetlenebilecek olan hukuk devleti ilkesinin vergilendirme yetkisinin kullanımındaki görünümü, vergilerin kanuniliği ilkesi ve bu temel ilkenin getirdiği vergilendirmede eşitlik ile vergilendirmede genellik ilkeleridir³.

Vergilendirme ile egemenlik yetkisini kullanan devletin⁴ maddi ya da hukuki cebre dayanan tasarruflarına karşı tarihsel süreç içerisinde “temsilsiz vergi olmaz⁵”, “kanunsuz vergi olmaz⁶” ilkeleriyle betimlenerek fermanlarda, anaya-

¹ Yılmaz Aliefendioğlu, “Hukuk- Hukukun Üstünlüğü- Hukuk Devleti,” *Ankara Barosu Dergisi* 2001, S.1 (2001): 31.; Ramazan Çağlayan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi,” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, S. 1 (1998): 41.

² Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 126.

³ Sabahattin Yürekli, “Bakanlar Kurulu'nun Vergilendirme Yetkisi,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 2 (1997): 282.; Sadık Kırbas, *Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2015), 11, 12.; Hasan Dursun, “Amerika Birleşik Devletleri'nde Vergide Kanunilik İlkesi ve Alınacak Dersler,” *Anayasa Yargısı* 36, S. 2 (2019): 176.

⁴ “Vergilendirme Egemenliği”; Ersan Öz, *Vergilendirmede Kanunilik ve Türk Vergi Sistemi* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2004), 42.

⁵ *No Taxation Without Representation, Nullum Tributum Sine Repraesentatione*

⁶ *No Taxation Without Legislation, Nullum Tributum Sine Lege*

salarda yer alan vergilerin kanuniliği ilkesi⁷, vergilendirme yetkisine meclisin sahip olmasını⁸; vergilerin mecliste onaylanarak kanun adı altındaki düzenlemelerle ve vergilendirme ile ilgili bütün bilgileri içerecek biçimde konulmasını⁹ ifade etmektedir. Söz konusu ilke, idarenin keyfi ve takdiri uygulamalarla bireyin özgürlüklerine müdahale etmesini engelleme amacı taşımaktadır¹⁰. Anayasa Mahkemesi de yerleşik içtihadına göre bu amacı, “*Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olunmaması için, ... vergilendirmenin belli başlı temel öğelerinin yasalarla belirlenmesi gerekir.*” ifadeleri ile ortaya koymaktadır¹¹. İktidarın iktisadi hususlardaki takdiri ve keyfi uygulamalarını en aza indirebilme ve bireysel özgürlükleri koruma amacı, devletin vergilendirme ve harcama gücünün kanuni düzenlemelerden de öte anayasal kurallar ile sınırlandırılması gerekliliğine ilişkin görüşleri de beraberinde getirmiştir¹². *Anayasal iktisatçılar* tarafından ortaya konulan bu yaklaşım vergilerin konulmasına ilişkin yöntemsel ve öngörülebilecek vergi yüküne ilişkin nicel sınırlamaların gerekliliği üzerinde durmakta ve bu kurallar *vergi anayasası* olarak da ifade edilmektedir¹³.

Özetlemek gerekirse, vergilerin kanuniliği ilkesi, vergilendirme ilişkisinde devletin egemenlik hakkını kullanarak, zora dayalı biçimde toplanacak mali yükümlülükler koyma yetkisinin keyfi kullanımı ihtimali karşısında bireyi koruyucu niteliktedir. Vergilerin kanuniliği ilkesinin kati bir uygulamaya sahip olması, bireylerin hak ve özgürlüklerine kolaylıkla müdahale imkânı sağlayan vergilendirme gücü karşısında bireylere hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği güvence alanının sağ-

⁷ Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi* (İstanbul: Kazancı Yayınları, 1982), 57-94.; Kemal Gözler, “İngiltere’de Parlamento Neden ve Nasıl Ortaya Çıktı?: Mali Hukukun Anayasa Hukukundan Eskiliği Üzerine Bir Deneme,” içinde *Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan - Cilt II* (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2009), 365-367.; Abdurrahman Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2023), 5.

⁸ Kırbas, *Vergi Hukuku Temel Kavramlar*, 12.; David Ferguson, “No Taxation Without Representation!!! (and only if both can be within the bounds of our legislative control),” *Fairmount Folio: Journal of History* 13, (2011): 20, 21.

⁹ Gülsen Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 2.; Eleonor Kristoffersson ve Magnus Kristoffersson, “The Principle of the Legality of Taxation and the Rule of Law,” içinde *Rule of Law in a Transitional Spectrum* ed. Rigmor Argren (Uppsala: Iustus förlag, 2024), 177, 178.

¹⁰ Nihal Saban, *Vergi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2022), 55.; Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 5.

¹¹ AYM Kararı Esas No: 2021/5, Karar No: 2023/109, 01.06.2023, §98.; AYM Kararı Esas No: 2022/110, Karar No: 2023/115, 22.06.2023, §93.; AYM Kararı Esas No: 2020/30, Karar No: 2013/12, 25.01.2023, §162.

¹² Abdurrahman Akdoğan, *Kamu Maliyesi* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2023), 54.

¹³ Vergi anayasasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bknz.; Geoffrey Brennan ve James M. Buchanan, *The Collective Works of James M. Buchanan - The Reason of Rules: Constitutional Political Economy* (Indianapolis: Liberty Fund, 2000), 92-107.; Coşkun Can Aktan, *Anayasal Vergi Hukuku* (Ankara: Seçkin Kitabevi, 2019), 88-91, 103-113.; Ahmet Niyazi Özker ve Mine Biniş, “Mali Kurallar ve Bir Vergi Anayasası Yaklaşımı,” *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi* 1, S. 1 (2009): 51- 58.

lanmasının taşıdığı önemden kaynaklanmaktadır¹⁴. Söz konusu ilkenin kabulü aynı zamanda devlet açısından halkın vergiye gönüllü uyumunu sağlama amacını da taşımaktadır. Zira tarihsel süreç içinde temsilsiz vergilendirmenin vergi direncine neden olan en önemli faktörlerden biri olduğu görülmektedir¹⁵. Devletin kanunilik ilkesinin gereklerinin aksine; dilediği kişiden dilediği miktarda vergi almaya kalkışması; vergilendirmenin anayasal, mali, sosyal ve psikolojik ilkelere uyulmadan gerçekleştirilmesi nedeniyle birey ile devlet arasında istenen uzlaşımın sağlanamamasına neden olmaktadır¹⁶. Bu durumda bireylerin meşru görmedikleri vergilendirmeye gönüllü uyum göstermemesi de kaçınılmaz olmaktadır.

Vergilerin kanuniliği ilkesinin hukuk devleti ile hukuki güvenliğin sağlanması bağlamındaki sıkı ilişkisi vergilendirmede belirlilik ve açıklık; kıyas yasağı ve vergi kanunlarının geçmişe yürütülmemesi ilkelerini de beraberinde getirmektedir¹⁷. Bunların yanı sıra vergilerin genelliği ilkesi, vergilemede eşitlik ilkesi gibi birçok ilke de vergilerin kanuniliği ilkesi ile yakın bağlantı taşımaktadır. Söz konusu ilkenin, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri¹⁸; Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında muaflik, istisna, indirim ve oranlara ilişkin hükümlerde kanunun belirttiği sınırlar içinde kalmak üzere Cumhurbaşkanı'na verilebilecek değişiklik yapma yetkisi ile Anayasa'nın 167'nci maddesinde dış ticaret işlemleri üzerine kanunla Cumhurbaşkanı'na verilebilecek ek mali yükümlülükler koyma ve kaldırma yetkisi gibi sınırlı istisnaları da bulunmaktadır¹⁹. Ancak bu çalışmada vergilerin kanuniliği ilkesinin, vergilendirmeye ilişkin ana hususların yalnızca kanun ile öngörülebileceği, bir hükümdeki kuralın kıyas yo-

¹⁴ Ümit Süleyman Üstün, "Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 1-2 (2003): 262.; Cenker Göker, "Vergilerin Yasallığı İlkesi Kapsamında Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Üzerine," içinde *Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan - Cilt II* (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2009), 1034.; Ercan Sarıcaoğlu, "Vergi Ödevi ile İlgili Hükümün Anayasadaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme," içinde *Maliye Araştırmaları - 4*, ed. Burçin Bozdoğanoglu (Bursa: Ekin Basın-Yayın Dağıtım, 2021), 213.

¹⁵ A. Kerim Gök, "Vergi Direncinin Gelişimi," *Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 22, 1 (2008): 161.

¹⁶ Öz, *Vergilendirmede Kanunilik*, 108.

¹⁷ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 6.; Gülsen Güneş, "Verginin Anayasal Temelleri, İdarenin Temelsiz Tasarrufları ve Anayasaya İlişkin Bazı Öneriler," *Vergi Sorunları Dergisi* 2008, S. 237-Haziran (2008): 165.; Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku Genel Hükümler* (Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2022), 31.; Elif Yılmaz, "Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 1-2 (2009): 337.; Abdullah Tekbaş, "Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S. Özel Sayı (2010): 134.; Geçmişe yürümezlik ilkesinin vergilerin kanuniliği ilkesi ile ilişkisi de göz ardı edilmemelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz.; Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 154-163.; Üstün, "Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler," 265, 266.

¹⁸ Elif Yılmaz Furtuna, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde Vergilendirme Yetkisinin Hukuki Sınırları ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, S. 3 (2021): 462-465.

¹⁹ Fatih Saraçoğlu, Elif Pürsünlerli Çakar ve Abdullah Ömercioğlu, *Vergi Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2022), 17.; Vergilerin kanuniliği ilkesinin karşısında uzlaşma müessesesinin de istisnai konumuna ilişkin açıklamalar için bkz.; Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 204 - 208.

luyla başka bir hükme uygulanamayacağı, kanunda gösterilmeyen ve kanunla sınırları çizilmiş bir yetkinin idareye verilmediği bir alanda idarenin düzenleyici işlemleri ile daraltıcı ya da genişletici bir belirleme yapamayacağı yönündeki sonuçları ön planda tutulmaktadır. Bu nedenle ilkenin vergilendirmede belirlilik ve kıyas yasağı ile ilişkisi kısaca ele alınacak; diğer sonuç ve bağlantıları çalışma kapsamının dışında bırakılacaktır²⁰.

B. VERGİLENDİRMEDE BELİRLİLİK İLKESİ

Adam Smith'in de vergilendirme ilkelerinin arasında yer alan belirlilik ilkesi; ödenmesi gereken vergi miktarının, zamanının, oranının ve ödeme biçiminin kesin ve açık olarak yükümlü ve üçüncü şahıslar tarafından bilinmesi gerekliliğini ifade etmektedir²¹. Bu ilkeye göre vergilendirmede keyfiliğin önüne geçilebilmesi ve hukuki güvenliğin sağlanabilmesi vergilerin açık, net ve belirli olması ile mümkün olmaktadır²².

²⁰ Vergilerin kanuniliği ilkesine ve bu ilkenin diğer vergilendirme ilkeleri ile bağlantılarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; Ahmet Kumrulu, "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 36, S. 1-4 (1979): 147-162. Selim Kaneti, "Türk Vergi Hukukunun Anayasal Temelleri," *İktisat ve Maliye Dergisi* 31, S. 1 (1984): 27-32.; Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker, *Vergi Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2023), 49-57.; Akif Erginay, *Kamu Maliyesi* (Ankara: Savaş Yayınları, 2003), 43 vd.; Funda Başaran Yavaşlar, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi," içinde *Kamu Hukukçuları Platformu: Hukuk Güvenliği*, editör Ece Göztepe (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015): 189 vd.; Gülden Şişman, "Demokratik Ülkelerin Anayasalarında Yasallık, Mali Güce Göre Vergilendirme ve Eşitlik İlkelerinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, S. 2 (2009): 31-48.; Akif Erginay, "Anayasamızın Mali Hükümleri," *Maliye Enstitüsü Konferansları* 9, (1963): 19-28.; Billur Yalıtı Soydan, "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak," *Vergi Sorunları* 1998, S. 119 (Ağustos 1998): 98-119.; Yıldırım Taylar, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi," *Vergi Dünyası* 2007, S. 307 (2007): 196-214.; Coşkun Can Aktan ve Ufuk Gencel, "Türkiye'de Geriye Doğru Vergileme ve Verginin Hukukiliği İlkesinin İhlali," *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 5, S. 1 (2003): 1-21.; Ercan Sarıcaoğlu ve Abdullah Arıkan, "Gerçek Olmayan Geçmişe Yürüme v.s. Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi: 7194 Sayılı Kanun Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, S. 2 (2021): 1501-1540.; Musa Gök, Özgür Biyan ve Sevgi Akar, "Vergilemede Adalet İlkesinin Anayasal Temelleri ve Uygulamaya Yansımaları: Seçilmiş OECD Ülkeleri Açısından Karşılaştırmalı Bir Analiz," *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 34, S. 1(2013): 269-292.; Gözde Erkin, "Vergilendirme Yetkisinin Tabii Olduğu Anayasal İlkeler," *Ankara Barosu Dergisi* 2012, S. 3 (2012): 237-250.; Onur Eroğlu, "Vergi Ceza Hukuku Açısından Kanunilik İlkesi," *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 8, S.3 (2013): 157-180.; Ceren Aysel Mutlu, "Dünü Bugünü ve Yarınıyla Vergilendirme Yetkisinin Hukuksal Perspektifi," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2012, 98 (2012): 123-154.; Selami Er, "Vergi Kanunlarının Geriye Yürümezliği İlkesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları," *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 2015, S. 43 (2015): 133-141.

²¹ Adam Smith, *The Wealth of Nations* (New York: The Modern Library, 1937), 778.; İsmail Türk, *Kamu Maliyesi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1996), 117.; Önder Çalçalı, "Kamu Maliyesi Perspektifinden Adam Smith," *Ulusallararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi* 6, S. 11 (2013): 100.; Ali Rıza Gökbunar, "Vergileme İlkeleri ve Küreselleşme," *Celal Bayar Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Yönetim ve Ekonomi Dergisi* 4, S. 1 (1998): 13.

²² Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 172.; Türk, *Kamu Maliyesi*, 117.; Andrew Lymar ve Lynne Oats, *Taxation: Policy and Practice* (Birmingham: Fiscal Publications, 2017), 63.; Yıldırım Taylar, *Özge-*

Vergilendirmede belirlilik ilkesi vergilerin kanuniliği ilkesinin lâfza yönelik boyutunu oluşturmaktadır²³. Bu ilke gereğince vergi normunun vergi ile ilgili tüm ana özellikleri içermesi²⁴; vergi yükümlülerinin sorumlu, matrah, oran, ödeme zamanı ve ödeme şekli gibi esaslar bakımından bilgi sahibi olmaları gerekmektedir²⁵. Anayasa Mahkemesi'nin de birçok kararında tekrarladığı²⁶ yerleşik içtihadı bu hususta; “*Mali yükümlülüklerin matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yüküm bu yönleri dolayısıyla yeterince çerçevelenmemişse kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi olasıdır. Bu bakımdan yükümlüler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri keskin çizgilerle belirtilerek kesinlikle kanunla düzenlenmelidir*”²⁷.” gerekliliğini bildirmektedir.

Belirlilik ilkesi, hem kanunla düzenlemeyi hem de yapılan bu düzenlemenin açık, basit ve anlaşılır olmasını gerektirmektedir²⁸. Vergilerin kanuniliği ilkesi vergilerin belirliliği ilkesinin ön koşulu niteliğinde²⁹ iken belirlilik ilkesi de vergilerin kanuniliği ilkesinin tamamlayıcısı görevini görmektedir³⁰. Belirsiz bir kanun ile yürütmeye demokratik devlet ilkesinin kabul edemeyeceği yetkilerin devredilmesi söz konusu olmakta³¹ ve keyfiliğin önlenmesi amacının gerçekleştirilmesi güçleştirilmektedir. Anayasa Mahkemesi de konuya ilişkin olarak *Türkiye İş Bankası A.Ş.* kararında³² vergilerin kanuniliği ilkesinin belirliliği sağlamaktaki önemini “*Verginin kanuniliği ilkesinin düzenlendiği 73’üncü maddenin üçüncü fıkrası hükmü ile, vergi mükellefi bakımından vergisel yükümlülüklerin “belirli-*

can Gök, Burcu Demirbaş Aksüt, Emine Sevcan Artun, *Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 14-20, 68-71.; Coşkun Can Aktan, “Anayasal İktisat ve Vergilemede Hukuki Güvenlik İlkesi,” *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi* 9, S. 2 (2017): 104.

²³ Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 18.

²⁴ Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 18.

²⁵ Uğur Yiğit, *Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi* (Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2008), 77-78.; Karşıt görüş için bkz.; Yılmaz Aliefendioğlu, “Türk Anayasası Açısından Vergilemenin Sınırları,” *Danıştay Dergisi*, S. Atatürk’ün Doğumunun 100. Yılı Özel Sayısı (1981): 84.

²⁶ AYM Kararı, Esas No: 2021/5, Karar No: 2023/109, 01.06.2023, §98.; AYM Kararı, Esas No: 2022/110, Karar No: 2023/115, 22.06.2023, §93.; AYM Kararı, Esas No: 2020/30, Karar No: 2013/12, 25.01.2023, §162.; AYM Kararı, Esas No: 2014/144, Karar No: 2015/29, 19.03.2015.

²⁷ AYM Kararı, Esas No: 1977/109, Karar No: 1977/131, 29.11.1977.

²⁸ Yusuf Karakoç, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, S. Özel Sayı (2013): s. 1290.

²⁹ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 172.

³⁰ Ahmet Tekin ve Öner Gümüş, “1982 Anayasası’nda Yer Alan Vergileme İlkelerinin Felsefi Temelleri,” *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 39, (2014): 250.

³¹ Osman Can, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış,” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 1-2 (2005): 93.

³² AYM Kararı, Başvuru No: 2014/6192, 12.11.2014, §42.

liği” ve “öngörülebilirliği” ve bu bağlamda vergi mükelleflerinin hukuki güvenliği sağlanmak istenmiştir. Söz konusu ölçütler mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin kanunla yapılması zorunluluğunun alt ölçütleri olarak da kabul edilen ölçütlerdir. Verginin belirli ve öngörülebilir olması, vergiye ilişkin hükümlerin “açık ve anlaşılır” olmasını gerektirmekte olup, Anayasa’nın 73’üncü maddesinin üçüncü fıkrasıyla Türk Hukukunda vergisel yükümlülüğün mutlaka kanunla konulmasını zorunlu tutan Anayasa hükmünün, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler karşısında kişilere AİHS’e göre daha üst düzey bir koruma sağladığı söylenebilir.” ifadeleri ile vurgulamıştır.

Bunun yanı sıra vergilendirmede belirliliğin sağlanması ile vergi yükümlülerinin hukuki güvenliğinin yanında vergi idaresinin istikrarı da korunmaktadır³³. Zira belirlilik ilkesine uygun bir vergi kanunu, idarenin kamu hizmetlerini etkili biçimde sürdürmesi için alacaklarını ayrıcalıklı, daha hızlı ve etkili usulde tahsil ve takip edebilmesine imkân vermesi yönüyle de önem taşımaktadır³⁴.

C. KIYAS YASAĞI

Vergilerin kanuniliği ilkesinin, yukarıda da belirtildiği üzere, bir sonucu da idarenin ve vergi yargısının vergi kanunlarının anlamını belirlerken kıyas yoluna başvurmamalarıdır³⁵. Hukukta kıyas, bir olay hakkında kanunda yer alan kuralın, nitelikleri ona benzeyen fakat kanunda düzenlenmemiş diğer bir olaya uygulanmasıdır³⁶. Kıyas, iki olayın farklılıklarına rağmen eşit muameleye tabi tutulmasını öngörmektedir³⁷.

Anayasa’nın 73’üncü maddesinin 3’üncü fıkrası gereğince vergiler ancak kanunla konulmakta, değiştirilmekte ve kaldırılmaktadır. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 19’uncü maddesinde de adı geçen vergiyi doğuran olaya ilişkin hükümlerin hiçbir vergi kanununa konu edilmemiş benzer başka bir olaya uygulanması kıyas teşkil etmekte ve vergi idaresi ve/veya vergi yargısının kanunu yorumlamanın yanında bir nevi *vergi koyması* anlamına da gelmektedir³⁸. Bu uygulama, kanun koyucu dışında idare ya da yargı organlarının yorum sınırlarını aşan işlem veya kararlarla vergi koyamayacağını, vergiyi değiştiremeyeceğini ve kaldırma-

³³ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 172.

³⁴ Garip Ayaz, “Vergilerin Yasallığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları,” *Vergi Dünyası* 1996, S. 181 (Eylül 1996): 61.

³⁵ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 102.; Üstün, “Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler,” 264.; Kıyas yasağı hukuki belirlilik ilkesi ile de yakından ilişkilendirilebilecektir. Bu konuda bknz.; Tekbaş, “Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler,” 145.

³⁶ İdris Hakan Furtun, *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma- Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 75, 76.; Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 32.

³⁷ Hakan Birsenoğul, “Vergi Hukukunda Kıyas Yasağı Yoluyla Hukuk Güvenliği Mi?,” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, S. 3-4 (2003): 160.

³⁸ Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law* (The Hague: Kluwer Law International, 2003), 71.; Birsenoğul, “Vergi Hukukunda Kıyas Yasağı ile Hukuk Güvenliği Mi?,” 166.

yacağı ifade eden vergilerin kanuniliği ilkesinin ihlali anlamına gelmekte ve kabul edilemez bir durum teşkil etmektedir³⁹.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3/A/II ve 3/B/I hükümleri vergi kanunlarının yorumlanmasını ve uygulanmasını düzenlemektedir⁴⁰. Bu düzenlemelere göre vergi kanunun lafzının açık olmadığı hallerde vergi kanununun yorumlanması için tarihi yorum, sistematik yorum ve amaçsal yorum yöntemlerine başvurulabilmektedir⁴¹. Amaçsal yoruma işaret eden "*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.*" düzenlemesi vergi hukukunda ekonomik yaklaşımı ortaya koymaktadır. Vergi kuralının yorumunda ekonomik gerçeklerin dikkate alınması⁴² ve vergilendirilebilir somut maddi olayın ekonomik niteliğine göre saptanması⁴³ anlamındaki ekonomik yaklaşımın sınırını da kanun koyucunun Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına dayanan münhasır yetkisi oluşturmaktadır. Vergilerin kanuniliği ilkesi kıyasa varan ekonomik yorum ve irdelemeyi de engellemektedir⁴⁴.

143 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde⁴⁵ de yorumun sınırı "*kanuna hakim olan hukuki düşüncenin sınırlarını aşacak şekilde genişletilerek yorumlanmaması ve kıyas yolu ile başka hadislere teşmil edilmemesi*" olarak gösterilmiştir⁴⁶. Belirtilen Genel Tebliğ'de, vergi kanunlarının uygulanması ve yorumlanmasında kanunun sınırlarının aşılacak şekilde yorumlanmaması gereği ile kıyas yasağı kabul edilmiş olmaktadır. Zira vergilerin kanuniliği ilkesi de ver-

³⁹ Birsenoğlu, "Vergi Hukukunda Kıyas Yasağı ile Hukuk Güvenliği Mi?," 166.; Tekbaş, "Vergi Kanunlarının Tabii Olduğu Anayasal İlkeler," 144.; Kanun boşluğu halinde hakimin bu boşluğu kanunun lafzıyla zıt düşmeyecek biçimde gerçekleştireceği kıyas faaliyeti ile doldurmasının gerekliliğine ilişkin olarak bknz.; Furtun, *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma- Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri*, 225.; Kıyas yasağının hukuki güvenlik ilkesi ile ilişkisi için bknz.; Aktan, *Anayasal Vergi Hukuku*, 90.

⁴⁰ "**Madde 3: A)...**

Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanır.

B) İspat: Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır..."

⁴¹ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 174.; Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 26.

⁴² Mustafa Akkaya, *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), 64.

⁴³ Akkaya, *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım*, 78.

⁴⁴ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 33.; Akkaya, *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım*, 62.

⁴⁵ RG. 14.07.1981, 17402.

⁴⁶ "*...Diğer yandan, kanun hükümlerinin kanuna hakim olan hukuki düşüncenin sınırlarını aşacak şekilde genişletilerek yorumlanmaması ve kıyas yolu ile başka hadislere teşmil edilmemesi gerekir. Kanunda diğer bir hükme atıf yapıldığı durumda bile kanunun öngördüğü sınırlar içinde kalınmalıdır. Ayrıca, kanun hükümlerinin açık olmaması veya kanunda birbiriyle çelişen hükümlerin bulunması halinde, objektif hüsnüniyet kuralı gözönünde tutularak yorum yapılması esastır. Kanunda hüküm bulunmayan hallerde ise, hüküm koyacak kanun boşluklarının doldurulması kuralı vergi hukukunda kullanılamaz...*"

gilendirmeye ilişkin esaslı hususlarda kıyas yolu ile yorumu önlemektedir⁴⁷. Bu nedenle Tebliğ'deki düzenlemenin altında vergilerin kanuniliği ilkesi uygulamasının var olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.

Bununla birlikte vergi kanununda başka bir hükme açık olarak yapılan atf ile gerçekleşen “kanuni kıyas” ile⁴⁸ vergi borcuna ilişkin hak ve ödevlerin doğumunu, sona ermesini ve bunların içeriğini düzenleyen maddi vergi kanunları dışında kalan ve *yöntem kurallarını içeren* şekli vergi kanunlarında⁴⁹ kıyas yöntemine başvurulmasının kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği belirtilmektedir⁵⁰. Genel vergi yasalarında yer alan ve vergi borcunun kurucu unsurları dışında kalan, vergi icra işlemleri ile vergi yargılamasına ilişkin hususlar gibi alanlarda; ilgili hükümlerin izin verdiği ölçüde kıyas yoluna başvurulabilmektedir⁵¹. Ancak çoğu durumda şekli ve maddi vergi hükümleri arasında keskin bir çizginin çizilmesi mümkün olmadığından⁵², kanun koyucunun vergi düzenlemelerinde kıyas yoluna başvurulmasını gerekli kılacak *hukuki boşluklardan*, soyut ve belirsiz kavram kullanımından kaçınması önem arz etmektedir⁵³.

⁴⁷ Nami Çağan, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37 S. 1 (1980): 141.

⁴⁸ Saraçoğlu, Pürsünlerli Çakar ve Ömercioğlu, *Vergi Hukuku*, 42.; Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 33.

⁴⁹ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 7, 8.; Kırbas, *Vergi Hukuku*, 6.

⁵⁰ Selim Kaneti, “Vergi Usul Kanunu’ndaki Boşlukların Yargı Tarafından Doldurulması,” içinde *Makaleler*, yaz. Selim Kaneti (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 270.; Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 165.

⁵¹ Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 165.

⁵² Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 7.

⁵³ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 176.; Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 166.; Bu önem Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bir bireysel başvuru kararında gerçekleştirildiği “Ayrıca 3065 sayılı Kanun’un 14. maddesinin (3) numaralı fıkrası ile istisnanın uygulamasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi konusunda Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Bu yetki Kanun’un nasıl anlaşılması ve uygulaması gerektiğini açıklamakla sınırlıdır. Maliye Bakanlığına istisnanın kapsamını belirleme veya daraltma konusunda herhangi bir yetki ise verilmemiştir. Maliye Bakanlığının kendisine tanınan yetkiyi 100 sayılı Katma Değer Vergisi Genel Tebliği’nde olduğu gibi başka bir tebliğe atflla kullanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak kullanılan yetkinin istisnanın kapsamını belirleyici ve özellikle kapsamını daraltıcı nitelik taşıması gerekmektedir. ... Bu durum yurt dışına çıkarılacak eşyanın taşınmasında kullanılan araçların marka ve sınıf çeşitliliği nedeniyle uygulamada bir standardın oluşmasını güçleştirmekte ise de bu nedenle oluşan belirsizlik doğrudan 3065 sayılı Kanun’dan kaynaklanmaktadır. Idare ise belirsizliği ortadan kaldırarak bir standart oluşturmak amacıyla Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan tebliğ ile belirlenen istisna miktarını esas almıştır. Maliye Bakanlığının vergi kanunlarındaki belirsiz hükümleri bu şekilde yorumlayarak bir standart oluşturması, başka bir anlatımla alt ve üst sınırları belirtilmeyen bir istisnanın kapsamını belirlemesi vergilendirmede kanunilik ilkesine aykırıdır.” açıklamaları ile de somutlaşmaktadır.; *Bilnam İşletmecilik ve Ticaret A.Ş. (Eski Unvanı-Bilnam İşletmecilik ve Tic. Ltd. Şti.)*, B. No: 2016/3675, 3/11/2020, § 77, 79.

D. CUMHURBAŞKANI'NA DÜZENLEME YAPMA YETKİSİ VEREN ANAYASA MD. 73/4 HÜKMÜNÜN VERGİLERİN KANUNİLİĞİ İLKESİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında Cumhurbaşkanı'na verilen "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi" ile bu sayılan alanlarda kanunilik ilkesine etkisinden de kısaca bahsetmek gerekmektedir. Söz konusu Anayasa hükmü, bazı durumlarda hızla değişen ekonomik ve mali konjonktüre süratli biçimde uyum sağlanabilmesi için karar alma sürecini kolaylaştırma adına; yasama karşısında yürütme erkini kuvvetlendirme trendinin izlendiği 1970 sonrası dönemde⁵⁴ yapılan değişiklikler ile getirilen bir düzenleme teşkil etmektedir⁵⁵.

Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında yürütmeye verilen yetki; sadece Cumhurbaşkanı'na verilmiş olup mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde *kanunda belirtilen yukarı ve aşağı sınırlar içinde kalmak şartı ile* değişiklik yapmaktan ibarettir. Bu bağlamda, söz konusu yetki yalnızca Cumhurbaşkanı'na ait olup, Hazine ve Maliye Bakanlığına düzenleme yapma noktasında anayasal seviyede verilmiş bir yetki bulunmamaktadır⁵⁶. Aynı zamanda Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na verilen düzenleme yetkisinin kullanılabilmesi de ancak bu alanın daha önce bir kanun ile düzenlenmiş olmasına bağlanmaktadır⁵⁷.

Burada belirtmek gerekir ki Anayasa'nın bu hükmünde belirtilen aşağı ve yukarı sınırlar ancak indirim ve oranlar için söz konusu iken muafiyet ve istisnaların özüne ilişkin hususlarda yapılabilecek değişikliklerin matematiksel olarak hesaplanması imkânı bulunmamaktadır⁵⁸. Hâl böyle iken Cumhurbaşkanı'nın istisna ve muafiyetlere ilişkin yeni bir durum yaratması veya var olan durumu ortadan kaldırması vergi kaldırma veya koyma anlamına geleceğinden vergilerin kanuniliği ilkesinden büyük oranda bir sapma anlamına gelmektedir⁵⁹. Bu bağlamda,

⁵⁴ Sevtap Yokuş, *Türkiye'de Yürütme Erkinde Değişen Dengeler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 87.; Nami Çağan, "Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi," *Anayasa Yargısı Dergisi* 1, S. 1 (1984): 173.; Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1999), 412-418.

⁵⁵ 1961 Anayasasının 61'inci maddesinde 1488 sayılı Kanun ile 1971 yılında yapılan değişikliğin gerekçesi de "Vergi ödevini düzenleyen 61'inci maddeye eklenen fıkra ile Bakanlar Kuruluna ... iktisadi hayatın ve Kalkınma Planının gereklerine göre değişiklik yapma yetkisi verilmiş bulunmaktadır." olarak gösterilmektedir.

⁵⁶ Nihal Saban, "Anayasa Tartışmalarında Vergi Ödevi," *Vergi Mükellefinin Haklarını Koruma Dergisi* 16, (2012): 5.

⁵⁷ A. Bumin Doğrusöz, "Vergilendirme Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organları Arasında Bölüşümü," *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 6, S.1-3 (1985): 71.

⁵⁸ Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 186.

⁵⁹ Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 186.; Adnan Gerçek ve Feride Bakar, "Vergilemede Kanunilik İlkesi Açısından Anayasa'nın 73/4. Maddesi ile Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesinin Değerlendirilmesi," *International Journal of Public Finance* 2, S. 1 (2017): 15.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu değişiklik yapılmadan önce gerçekleştirdiği “Bundan başka az yukarıda da belirtildiği üzere vergiden indirim yapma ya da bağışık tutma işi, en az, vergi koyma işi ölçüsünde büyük bir önem taşımaktadır. Anayasa'nın eşit önemde bulunan iki konudan birisi için yasa hükmünü zorunlu sayarken öteki için zorunlu saymamış olması düşünülemez.” yorumu büyük önem taşımaktadır⁶⁰. Cumhurbaşkanı'na Anayasa ile verilen yetkinin bu saptamaya mahal vermeyecek biçimde yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir. Öğretide de, vergilendirmede belirlilik ilkesine ilişkin bölümde belirtilen verginin esaslı unsurlarının kanunlarda gösterilmiş olması gerekliliğinin kapsamında yer alan unsurlar arasında muafiyet, istisna, indirim ve oranların da bulunduğu görüş baskın olarak paylaşılmaktadır⁶¹. Bu doğrultuda Cumhurbaşkanı'nın muafiyet ve istisna uygulamalarına dair değişiklik yapma yetkisi, yalnızca ilgili kanun düzenlemelerde bu müesseselere ilişkin alt ve üst sınırları gösterilmiş oran ya da tutar gibi sayısal belirlemelere mahsus bir yapı teşkil etmektedir⁶².

Anayasa ile Cumhurbaşkanı'na verilen düzenleme yapma yetkisi vergilerin konulması ve kaldırılmasını kapsamamakta, vergilerde değişiklik yapma noktasında da söz konusu yetki ancak belirtilen konularda ve ilgili kanunda belirlenen sınırlar içinde kalmak suretiyle kullanılabilir⁶³. Bu bağlamda Cumhurbaşkanı'na verilen yetkinin, bu yetki kapsamında yer alan müesseseleri kanunilik ilkesi ve bu ilkenin beraberinde getirdiği diğer ilke ve uygulamaların kapsamından tamamıyla çıkardığı anlayışı gerçeklik değeri taşımamaktadır. Söz konusu yetki, çerçevesi anayasa ile belirlenmiş *sınırlı* bir istisna olup kanunilik ilkesinin yumuşatılması olarak nitelendirilmektedir⁶⁴. Zira yetkinin çerçevesinin yine kanun ile belirlenmiş olması ve Cumhurbaşkanı'nın söz konusu yetkiyi kanunun gösterdiği sınırlar içinde kullanabil-

⁶⁰ AYM Kararı, Esas No: 1967/47, Karar No: 1969/9, 30.01.1969, AYM Kararları Dergisi, S. 8, https://www.anayasa.gov.tr/media/4927/kd_08.pdf Erişim Tarihi: 06.05.2024, s. 49.; Ömer Faruk Batrel, “Anayasalarda Vergi Hakkı ve Ödevi, AB Uygulaması ve Türkiye,” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 10, S. 20(Güz 2011): 20, 21.; Göker, “Vergilerin Yasallığı İlkesi Kapsamında Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Üzerine,” 1036.

⁶¹ Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 134, 141, 142.; Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 57.; Selim Kaneti, *Vergi Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1986/1987), 34.; Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 100.; Yusuf Karakoç, *Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 134.; Aziz Taşdelen, “Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59, S. 4(2010): 775, 776.; Eda Özdiğer Küçük, “Vergi Muafiyet ve İstisnaları Bakımından Yasa Koyucunun Takdir Yetkisinin Sınırları,” içinde *Prof. Dr. İsmail Türk'e Armağan*, ed. Tuncer Bulutay, Selim Soydemir, Dilek Özkök Çubukçu (Ankara: Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 2013), 610.

⁶² Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 185, 186.; Güneş, “Verginin Anayasal Temelleri,” 171, 172.; Üstün, “Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler,” 268, 269.; Karakoç, *Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasa'ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, 138, 139.

⁶³ Üstün, “Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler,” 268.; Bünyamin Gürpınar ve Fazlı Yıldız, “Türk Anayasal Sistemindeki Vergilendirme İlkelerinin Anayasa Mahkemesi Kararları Perspektifinden Analizi,” içinde *Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan - Cilt II* (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2009), 869.

⁶⁴ Saraçoğlu, Pürsünlerli Çakar ve Ömercioğlu, *Vergi Hukuku*, 15.

me zarureti varlığını sürdürmektedir⁶⁵. Bunun neticesinde Cumhurbaşkanı'na verilen yetkinin, bu yetki kapsamında yer alan müesseseler için *genel tebliğ gibi diğer düzenleyici işlemlerde* vergilerin kanuniliği ilkesi ve beraberinde getirdiği kıyas yasağı gibi ilkelerin tesirini zayıflatacak biçimde yorumlanmaması gerekmektedir⁶⁶. İdareye düzenleme yapma yetkisinin verildiği alanlarda kanunilik ilkesinin kapsamı zayıflamadan ziyade değişiklik göstermekte, bu alanda idarenin kanuniliği ilkesinin etkisi de devreye girmektedir. Hatta vergilendirmeye ilişkin alanlarda idarenin üzerinde daima var olan idarenin kanuniliği ilkesinin yanında vergilerin kanuniliği ilkesinin sonuçlarıyla birlikte etkisini sürdürdüğünden söz etmek mümkündür⁶⁷.

II. İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ

Vergilerin kanuniliği ilkesi ile hedeflenen hukuki güvenlik; belirlilik, öngörülebilirlik ve güvenin korunması hususlarının idarenin işlemlerinde de korunması ile sağlanmaktadır⁶⁸. Bu doğrultuda Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğunu belirten 2'nci maddesi, yürütme yetkisi ve görevini betimleyen 8'inci maddesi⁶⁹ ile idarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliğini ortaya koyan 123'üncü maddesi de Türk Hukukunda idarenin kanuniliği ilkesinin anayasal dayanaklarını teşkil etmektedir⁷⁰. İdarenin kanuniliği ilkesine göre; kanun, idarenin faaliyette bulunmasının şartını ve işlemlerin kanuna aykırı olmaması gerektiği noktasında sınırını oluşturmaktadır⁷¹. Bu doğrultuda idarenin kuruluşunun ve eylemlerinin kanuna dayanması gerekliliğini öngören⁷² idarenin kanuniliği ilkesinin dört boyutundan bahsedilebilmektedir.

İlk olarak *kanuna saygı ilkesi* gereğince idare, görevlerini yerine getirirken kanunlara uygun davranmakla yükümlüdür⁷³. İdarenin kuruluş ve teşkilatlan-

⁶⁵ Benzer bir şekilde Gerçek, Anayasa'nın 73/4 hükmü ile verilen yetkiyi *sınırlı* ve *şartlı* bir yetki olarak tanımlamaktadır.; Adnan Gerçek, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi* (Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2006), 98.

⁶⁶ Yılmaz Furtuna, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde Vergilendirme Yetkisinin Hukuki Sınırları ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," 442.; Bu gereklilik karşısında, söz konusu yetkinin varlığının hukuk devleti ilkesi, vergilendirmede kanunilik, istikrar ve belirlilik ilkelerini zedeleyen bir yetki olduğuna dair bkz.; Gerçek ve Bakar, "Vergilemede Kanunilik İlkesi Açısından Anayasa'nın 73/4. Maddesi ile Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesinin Değerlendirilmesi," 23-25.; Batirel, "Anayasalarda Vergi Hakkı ve Ödevi," 20, 24, 25.

⁶⁷ Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul), 131.

⁶⁸ Taylar, Gök, Demirbaş Aksüt ve Artun, *Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi*, 71.

⁶⁹ "**Anayasa Madde 8:** Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir."

⁷⁰ Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınevi, 2017), 42.

⁷¹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018), 71.

⁷² Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi*, 17.

⁷³ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku I - Genel Konular* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1970), 127.; Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku Cilt 1* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 90.; Günday, *İdare Hukuku*, 43.

masında asli yetkinin yasama organına ait olduğuna ilişkin kural ise bu ilkenin ikinci boyutunu oluşturmaktadır⁷⁴. Buna göre, yasama organı dışındaki organlar idare kuramamakta ve bu idareye yetki verememektedir⁷⁵. Üçüncü olarak da *kanuni dayanak ilkesi* gereğince idarenin belli konularda faaliyette bulunabilmek için kanuni bir yetkiye sahip olması gerekmektedir⁷⁶. Kanuni yetki gerektiren bu konular Anayasa'ya bakılarak belirlenmektedir⁷⁷. Anayasa'nın 73'üncü maddesi gereğince vergilendirme de kanunla belirtilmesi zorunlu olan konulardan birini teşkil etmektedir⁷⁸. Dördüncü boyut ise idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu denetiminin yargı mercilerince yapılabilmesi gerekliliğidir⁷⁹.

İdarenin düzenleyici işlemlerinde de idarenin kanuniliği ilkesi etkisini devam ettirmektedir. Bu bağlamda gerek Anayasa'da öngörölmüş Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri ile yönetmeliklerin, gerekse de bunların dışında kalan genel tebliğ, tebliğ, genelge vb. gibi adsız düzenleyici işlemlerin, normlar hiyerarşisine uygun bir biçimde çıkarılması; doğal olarak da Anayasa ve kanunlara aykırı olmaması gerekmektedir⁸⁰. Hâlihazırda da adsız düzenleyici işlemlere ilişkin tartışmalarda varılan sonuç, bu düzenleyici işlemlerin bir kanuna dayanmak ve kanuna aykırı olmamak şartıyla yürütme organınca çıkarılabileceğine yönelmektedir⁸¹. Anayasa Mahkemesi'nin adsız düzenleyici işlemlerin geçerliliğine ilişkin "*Yürütme organının bunun dışında ve kanunun emrine uyararak ve kanuna aykırı olmamak şartıyla umuma şamil nitelikte hukukî tasarruflarda bulunması idare hukuku esaslarına da uygundur.*" yönündeki içtihadı da bu görüşü desteklemektedir⁸².

⁷⁴ Günday, *İdare Hukuku*, 43.

⁷⁵ Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, 90.; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 123'üncü maddesinde 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, kamu tüzel kişiliğinin kanunun yanı sıra Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri ile de kurulabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu değişiklik ile idarenin kuruluş ve teşkilatlanmasına ilişkin yetki yürütme ile de paylaşılmış olmaktadır.

⁷⁶ Balta, *İdare Hukuku*, 127.

⁷⁷ Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, 91.

⁷⁸ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 145.

⁷⁹ Aliefendioğlu, "Türk Anayasası Açısından Vergilemenin Sınırları," 81.

⁸⁰ Sayılan düzenleyici işlemlerin Anayasa'ya ve kanuna aykırı olmaması gerekliliğinin yanı sıra Cumhurbaşkanlığı kararnamelemlerinin dışında kalanların idarenin kanuniliği ilkesi gereğince kanuna dayanması gerekliliği de bulunmaktadır. Ancak Anayasa'nın m. 104/17 hükmü uyarınca olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri ile m. 119/5 hükmü uyarında olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelemlerinde yetkinin kaynağının doğrudan Anayasa olması nedeniyle *kanuna dayanma* zarureti bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.; Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 73.; Bununla birlikte olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri için Anayasa'nın m. 104/17 hükmünde yer alan "*Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri hükümsüz hale gelir.*" ifadelerinin etkisini de göz ardı etmemek gerekmektedir.

⁸¹ Gözler ve Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 412.

⁸² AYM Kararı, Esas No. 1963/4, Karar No 1963/71, 28.03.1963.

Bütün idare organlarına yönelen idarenin kanuniliği ilkesi, vergilerin kanuniliği ilkesinin bir sonucu olmamakla birlikte vergi idaresi uygulamalarının kanuna dayanması gerekliliği noktasında vergilerin kanuniliği ilkesinin yanında önemli bir dayanak teşkil etmektedir. Vergilendirme sürecinde verginin tarh ve tahsili işlemlerinin vergi kanunlarına uygun olarak yapılması ve vergilendirmeye ilişkin olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından sıklıkla başvurulmuş düzenleyici idari işlemlerin⁸³ kanunlara uygun olarak çıkarılması idarenin kanuniliği ilkesinin gereğinin yerine getirilmesidir⁸⁴. Ancak *ilerleyen konularda da görüleceği üzere*, uygulamada bu düzenleyici işlemler çoğunlukla açıklayıcı, yol gösterici veya kanunun gösterdiği sınırlar içinde belirleyici olmaktan ziyade değiştirici bir yapıya sahiptir⁸⁵.

III. YURT DIŞINDA YAPILAN İNŞAAT, ONARIM, MONTAJ İŞLERİ İLE TEKNİK HİZMETLERDEN SAĞLANAN KAZANÇLARA İLİŞKİN İSTİSNA

A. GENEL AÇIKLAMA

Kurumlar vergisi, devletin ekonomik kalkınma hedefini gerçekleştirme adına birtakım teşvikler sunabilme yönünün aktif olarak kullanılabilirdiği bir yapı teşkil etmektedir⁸⁶. Bunun yansıması olarak kurumlar vergisinde indirim, istisna, muafiyet ve indirimli oran gibi birçok vergilendirme aracı ekonomik saikler ile öngörülmektedir⁸⁷.

Türkiye’de gayrisafi yurt içi hasılanın % 5 ile % 6’lık bir kısmını oluşturan⁸⁸ ve iki milyona yakın bireyin istihdam edildiği⁸⁹ inşaat sektörü de söz konusu teş-

⁸³ Ümit Süleyman Üstün, “Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, S. 1 (2006): 220.; Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 24.

⁸⁴ Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1965), 198.; Aliefendioğlu, “Türk Anayasası Açısından Vergilemenin Sınırları,” 81.; Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 15.; Taşdelen, “Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler,” 779.; Göker, “Vergi Kanunlarında Maliye Bakanlığı’na Verilen “Usul ve Esasları” Düzenleme Yetkisinin,” 65, 66.; Taşkan, *Vergi Yönetiminin Düzenleyici İşlemleri*, 23.; Mustafa Gürhan Acar, “Genel Tebliğ ve Muktezanın Vergi Hukuku Bakımından Mahiyeti ve Mükellef ile İdare Bakımından Bağlayıcılığı,” *Vergi Dünyası* 2001, S. 242 (Ekim 2001): 122-126.; Bekir Baykara, “Vergi Kanunları ile İlgili Genel Tebliğler ve İç Genelgelerin Hukuki Anlamı ve Değeri,” *Vergi Dünyası* 2001, S. 242 (Ekim 2001): 25-45

⁸⁵ Güneş, “Verginin Anayasal Temelleri,” 172.; Saban, *Vergi Hukuku*, 66.

⁸⁶ Nihat Edizdoğan ve Ali Çelikkaya, *Vergilerin Ekonomik Analizi* (Bursa: Dora Basım 2010), 153.

⁸⁷ Kurumlar vergisi harcamaları toplam tutarı, kurumlar vergisi toplam tahsilatına oranının %56,8’e denk geleceği tahmin edilmektedir.; “2023 Yılı Vergi Harcamaları Raporu,” Gelir İdaresi Başkanlığı, Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2024, https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/Vergi_Harcamaları_Raporu/Vergi_Harcamaları_Raporu_2023.pdf, 287.

⁸⁸ “Yıllık Gayrisafi Yurt İçi Hasıla, 2022, 31 Ağustos 2023,” TÜİK, Erişim Tarihi: Nisan 27, 2024, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Yillik-Gayrisafi-Yurt-Ici-Hasila-2022-49742>; “Yıllık Gayrisafi Yurt İçi Hasıla, 2021, 31 Ağustos 2022,” TÜİK, Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Yillik-Gayrisafi-Yurt-Ici-Hasila-2021-45834>; “Yıllık Gayrisafi Yurt İçi Hasıla, 2020, 01 Eylül 2021,” TÜİK, Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Yillik-Gayrisafi-Yurt-Ici-Hasila-2020-37184>.

⁸⁹ “İşgücü İstatistikleri, 2023, 25 Mart 2024,” TÜİK, Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Isgucu-Istatistikleri-2023-53521>; “İşgücü İstatistikleri, 2022, 23 Mart

viklerin yöneldiği alanlardan birini teşkil etmektedir. Özellikle Türk müteahhitlik firmalarının 1970’li yıllarda yurt dışında almaya başladığı inşaat işlerinin⁹⁰ günümüze kadar gelen süreçte uluslararası pazarda artan rekabet gücü⁹¹ ile ödemeler dengesine önemli katkı sağladığı⁹² görüşü, inşaat firmalarının yurt dışı işlerinin çeşitli teşvikler ile desteklenmesinde etkili olmaktadır.

Bu doğrultuda Kurumlar Vergisi Kanunu’nun istisnalar başlıklı 5’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (h) bendinde “Yurt dışında yapılan inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerden sağlanarak Türkiye’de genel sonuç hesaplarına intikal ettirilen kazançlar.” hükmü yer almaktadır. Bu bölümde de ilgili istisna düzenlemesine ilişkin kanun hükmü ve 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nde yer alan açıklamalara değinilecek ve bu düzenlemeler vergilerin kanuniliği ilkesi bağlamında ele alınacaktır.

B. KURUMLAR VERGİSİ KANUNU’NDA YURT DIŞINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN İNŞAAT, ONARIM, MONTAJ İŞLERİ İLE TEKNİK HİZMETLERE İLİŞKİN İSTISNA UYGULAMASI

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5’inci maddesi kurumlar vergisinden istisna tutulan kazançları düzenlemektedir. Bu istisnalar, kurumların ilişkili oldukları diğer kurumlardaki payları nedeniyle tekrar vergilendirilmesini önlemek ya da ekonomik ve sosyal hedeflere yönelik teşvik politikalarını gerçekleştirmek amaçlarına yönelmektedir. Maddenin 1’inci fıkrasının (h) bendinde yer alan hüküm de bu ekonomik teşviklerden biri olarak yurt dışında gerçekleştirilen inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerden elde edilen kazançların kurumlar vergisinden istisna edilmesini konu edinmektedir.

Türk müteahhitlik firmalarının yurt dışındaki rekabet gücünü artırma amacı taşıyan bu istisna, mükellef kurumların yurt dışında gerçekleştirdiği inşaat ve inşaat sektörü ile ilişkili işlerini vergilendirme dışında tutarak maliyetlerini düşürmeyi hedeflemektedir. Bu hüküm kapsamında inşaat faaliyeti arsa ya da arazi üzerinde malzeme ve emek kullanarak yapı oluşturma⁹³; onarım faaliyeti bir yapının bozulmuş ya da yıpranmış yerlerini yeniden yapma⁹⁴; montaj faaliyeti ise

2023,” TÜİK, Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Isgucu-Istatistikleri-2022-49390>; “İşgücü İstatistikleri, 2021, 23 Mart 2022,” TÜİK, Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Isgucu-Istatistikleri-2021-45645>.

⁹⁰ “Türk Yurtdışı Müteahhitlik Hizmetleri (1972-2021), Şubat 2022,” Türkiye Müteahhitler Birliği, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2024, <https://www.tmb.org.tr/files/doc/1626084864949-ydmh-tr.pdf>, 5, 6.

⁹¹ Kurtar Tanyılmaz ve Murat Karahan, “Kalkınma ve İnşaat Sektörü: Türkiye Örneği,” *Ardaan Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 3, S. 1(2021): 64- 66.

⁹² Mehmet Şenlik, *Açıklamalı-Örnekli İnşaat Muhasebesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 725.; İnşaat sektörünün yurt dışında gerçekleşen faaliyetler neticesinde ödemeler dengesine sağladığı katkının karşısında inşaat sektörünün girdi malzemelerinin ithalatı dış ticaret dengesi üzerinde olumsuz etkiler yarattığına ilişkin olarak bkzn.; Tanyılmaz ve Karahan, “Kalkınma ve İnşaat Sektörü,” 63.

⁹³ Mehmet Şenlik, *İnşaat Muhasebesi*, 31, 32.

⁹⁴ “Güncel Türkçe Sözlük,” Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024, <https://sozluk.gov.tr/>.

üretilen parça, malzeme ve cihazları bir araya getirip birleştirme ve kullanıma hazır hale getirme⁹⁵ anlamına gelmektedir. Kanun hükmünde yer alan teknik hizmetler ise inşaat, onarım ve montaj işlerine bağlı, proje hazırlanması gibi işleri ifade etmektedir.

Söz konusu istisnadan yararlanabilen kazançların taşınması gereken ilk özellik bu kazançların sağlandığı inşaat, onarım, montaj işi ya da teknik hizmet faaliyetinin yurt dışında gerçekleştirilmesidir. Bu bağlamda mükellef kurumların Türkiye içinde gerçekleştirdiği inşaat, onarım, montaj ve teknik işlerden elde ettiği kazançlar için Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) bendinde yer alan istisna hükmünün uygulanması mümkün değildir.

Kanun'un gerekçesi yurt dışında gerçekleştirilen inşaat, onarım, montaj ve teknik işlerden elde edilen kazançların *"herhangi bir koşula bağlanmaksızın kurumlar vergisinden istisna"* edildiğini⁹⁶ belirtmek ile birlikte *"yurt dışında yapılan"* ibaresinin yine gerekçe ve Genel Tebliğ'de farklı bir uygulamayı beraberinde getirdiği gözlemlenebilmektedir. Genel Tebliğ'de yer alan açıklamalar aşağıda ele alınacak olup gerekçede bu hususta yapılan açıklamalara değinilecek olursa, gerekçe uygulamada inşaat, onarım ve montaj işlerinin niteliği gereği yurt dışında gerçekleştirilebilmesi için burada bir iş yeri bulunması gerektiğini; bunun karşısında istisnanın kapsamına giren *teknik hizmetlerin* Türkiye'den gerçekleştirilebilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bu husus gerekçede *"Uygulamada, inşaat, onarma ve montaj işlerinin yurt dışında gerçekleştirilmesi için bir iş yeri bulunması gerekirken, bu işlere bağlı "teknik hizmetlerin" yurt dışında herhangi bir iş yeri olmaksızın Türkiye'den gerçekleştirilebilmesi mümkün olabilmektedir. Proje hazırlanması gibi teknik hizmetler; inşaat ve onarma işinin tamamlayıcı bir unsuru olmasına karşın; kurumların yurt dışında devam eden bir inşaat ve onarma işi olmadığı ya da ayrıca bir iş yeri veya daimi temsilci bulundurulmadığı durumlarda, bu faaliyetin ihracat olarak değerlendirilmesi ve yurt dışındaki inşaat işine bağlı olarak Türkiye'de yapılan teknik hizmetlerden sağlanan kazançların bu istisnadan yararlandırılması mümkün değildir."* ifadeleri ile açıklanmaktadır. Bunun sonucu olarak da gerekçede teknik hizmetlerin istisna kapsamında değerlendirilebilmesi için, mükellef kurumların yurt dışında devam eden bir inşaat ve onarma işinin olması ya da kurumun yurt dışında bir iş yeri veya daimi temsilcisinin olması gerekliliği ortaya konulmaktadır. Bu iki gerekliliğin de sağlanmadığı teknik hizmetler ise ihracat olarak değerlendirilmekte ve istisna uygulamasının dışında kalmaktadır.

Bu noktada, *Genel Tebliğ'de yer alan açıklamalar bağlamında sıklıkla zikredilecek olan*, kurumların yurt dışında bulunan iş yerleri veya daimi temsilcileri aracılığıyla elde ettikleri kazançlara ilişkin istisnayı düzenleyen Kurumlar Vergi-

⁹⁵ "Güncel Türkçe Sözlük," Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁹⁶ Kurumlar Vergisi Kanunu'nun Gerekçesi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu S. Sayısı: 1192.

si Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (g) bendine değinmekte fayda bulunmaktadır. Bu hükümde, mükellef kurumların yurt dışında bulunan iş yerleri veya daimî temsilcileri aracılığıyla elde ettikleri ve "1) Bu kazançların, doğduğu ülke vergi kanunları uyarınca en az % 15 oranında gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıması, 2) Kazançların elde edildiği hesap dönemine ilişkin yıllık kurumlar vergisi beyannamesinin verilmesi gereken tarihe kadar Türkiye'ye transfer edilmiş olması," şartlarını taşıyan kazançlarının kurumlar vergisinden istisna olduğu düzenlenmektedir. Aynı hükümde yer alan "3) Ana faaliyet konusu, finansal kiralama dahil finansman temini, sigorta hizmetlerinin sunulması veya menkul kıymet yatırımı olan kurumlarda, bu kazançların doğduğu ülke vergi kanunları uyarınca en az Türkiye'de uygulanan kurumlar vergisi oranında gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıması." ifadeleri ile, sayılan finansman faaliyetleri için vergi yükü oranının farklılaştırıldığı da görülmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (g) bendinde yer alan, "Kurumların yurt dışında bulunan iş yerleri veya daimî temsilcileri aracılığıyla elde ettikleri" ve birtakım şartları taşıyan kazançlarına ilişkin istisna düzenlemesinde açıkça yer alan yurt dışında iş yeri veya daimi temsilcilik koşulu (h) bendinin lafzında açıkça anılmamakta, bu durum ilgili faaliyetlerin "yurt dışında yapılması" ifadesi ile karşılık bulmaktadır. Bununla birlikte gerekçede yapılan açıklama; inşaat, onarım ve montaj işlerinde bu işlerin doğası gereği yurt dışında bir iş yerinin oluştuğuna yönelmektedir. Bu izahat özünde, Vergi Usul Kanunu'nun 156'ncı maddesinde "Ticari, sınai, zirai ve mesleki faaliyette iş yeri; mağaza, yazıhane, idarehane, muayenehane, imalathane şube, depo, otel, kahvehane, eğlence ve spor yerleri, tarla, bağ, bahçe, çiflik, hayvancılık tesisleri, dalyan ve voli mahalleri, madenler, taş ocakları, inşaat şantiyeleri, vapur büfeleri gibi ticari, sınai, zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerdir." şeklinde gerçekleştirilen iş yeri tanımı ile uyumaktadır. Zira tanımda inşaat şantiyeleri doğrudan iş yeri olarak gösterilmekte; ticari faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerlerin de iş yeri olduğu belirtilmektedir⁹⁷. Bu yönde yurt dışında gerçekleştirilen inşaat faaliyeti için bu şantiye iş yeri olacakken yurt dışında inşaat faaliyeti ile bağlantılı onarım ve montaj işlerinin de bu yapılarda sürdürüleceği düşünüldüğünde bu faaliyetler için yurt dışında bir iş yerinin olduğundan bahsetmek mümkün görünmektedir. Bununla birlikte gerekçede de örnek olarak gösterilen proje hazırlama gibi inşaat, onarım ve montaj hizmetleri ile ilişkili teknik hizmetlerin Türkiye'de gerçekleştirilmesi teknik olarak mümkün olmaktadır. Bu nedenle ilgili hizmetlerin istisnanın kapsamı içinde değerlendirilebilmesi için gerekçede teknik hizmetlerin yurt dışında hâlihazırda sürdürülen inşaat ve onarım işinin

⁹⁷ Cihat Öner, *Vergi Hukukunda İşyeri* (Ankara: İmaj Yayınevi, 2016), 40, 41.

olması ya da yurt dışında ayrıca bir iş yeri veya daimi temsilcilik bulundurulması gerekliliği üzerinde durulmuştur⁹⁸.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) bendinde yer alan istisnadan yararlanabilen kazançların taşınması gereken ikinci özelliği de bu kazançların Türkiye'de kesin sonuç hesaplarına intikal ettirilmesidir. Genel sonuç hesaplarına intikal ettirmek ilgili kazancın, işletmenin bir dönemde elde ettiği kazançlar ile bu kazançları elde etmek için katlandığı giderleri gösteren tabloları ifade eden⁹⁹ gelir ve gider hesaplarına kaydedilmesini ifade etmektedir.

Hükümde yer alan istisnadan yararlanmak için mükellef kurumun yurt dışında gerçekleştirdiği inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik işlerden elde ettiği kazancını sonuç hesaplarına kaydetmesi yeterli görülmekte; diğer birtakım indirim ve istisnalarda olduğu gibi bu kazancın Türkiye'ye getirilmiş olması şartı aranmamaktadır. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) bendinde yer alan istisnadan ayrıldığı bu nokta, incelemeye konu olan istisna için gerekçede de belirtildiği üzere "*herhangi bir koşula bağlanmaksızın*" öngörülmüş olma yönünün altını çizmektedir. Bu iki istisna hükmü arasında kurulan, *ilerleyen konularda görülecek*, bağlantılarda *kıyas yasağının* yanı sıra kanun koyucunun (h) bendinde yer alan düzenlemeye ilişkin birden fazla biçimde ortaya koyduğu *koşulsuzluk* kastının dikkate alınması için bu farklılıklar büyük önem arz etmektedir. Bu husus, aşağıda Genel Tebliğ'de istisnaya yönelik açıklamalara değinilmesinin ardından Kanun'da yer almayan şartların Genel Tebliğ ile öngörülmesine ilişkin değerlendirmeler için de bir veri oluşturmaktadır.

C. 1 SERİ NO.LU KURUMLAR VERGİSİ GENEL TEBLİĞİ HÜKÜMLERİNDE İSTİSNA UYGULAMASI

1. Genel Açıklama

Hazine ve Maliye Bakanlığı, vergi uygulamasına açıklık kazandırılması için ya da vergi kanunlarına Hazine ve Maliye Bakanlığına belirli hususlarda belirleme yetkisinin verilmesi hallerinde bu belirlemeleri gerçekleştirmek adına genel tebliğ çıkarabilmektedir¹⁰⁰. Adsız düzenleyici işlemler arasında yer alan bu genel tebliğler, kaynak gücü bakımından iki ayrı grupta toplanmaktadır¹⁰¹. Vergi kanunlarında Ha-

⁹⁸ Gerekçede, istisna kapsamına girecek teknik hizmetlere ilişkin yapılan açıklamada, *sebebi açıklanmayan bir biçimde*, yurt dışında devam eden inşaat ve onarım işlerinin varlığı halinde teknik hizmetlerin istisna kapsamında olacağı belirtilirken montaj hizmetlerinin varlığı hali dışarıda bırakılmıştır.

⁹⁹ Yurdakul Çaldağ ve Yıldız Ayanoğlu, *Genel Muhasebe* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2017), 23.; Nalan Akdoğan ve Orhan Sevilengül, *Tekdüzen Muhasebe Sistemi Uygulaması* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2007), 565 vd.

¹⁰⁰ Akdoğan, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 24.; Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 19.; Saraçoğlu, Pürsünlerli Çakar ve Ömercioğlu, *Vergi Hukuku*, 24, 25.

¹⁰¹ Kırbaş, *Vergi Hukuku Temel Kavramlar*, 35.

zine ve Maliye Bakanlığına verilen belirleme yetkisinin kullanıldığı genel tebliğler birinci grup genel tebliğler; Maliye Bakanlığının kendi bünyesinde vergi kanunlarının uygulanmasına yönelik açıklayıcı ve yorumlayıcı nitelikte yayınladığı genel tebliğler de ikinci grup genel tebliğler olarak adlandırılmaktadır¹⁰². Öğretide birinci grup genel tebliğler düzenleyici ya da uygulama genel tebliğleri; ikinci grup genel tebliğler de yorumlayıcı ya da açıklayıcı genel tebliğler olarak anılmaktadır¹⁰³.

Vergi Usul Kanunu'nun 134'üncü maddesinde amacı “*ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak*” olarak gösterilen vergi incelemesi için Vergi Usul Kanunu'nun 140'ıncı maddesinin 5'inci bendinde bu incelemeyi yapanların “*Vergi kanunlarıyla ilgili Cumhurbaşkanlığı kararı, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere aykırı vergi inceleme raporları düzenleyemeyenler.*” esasına uyması gerekliliği düzenlenmektedir¹⁰⁴. İlgili düzenleme ile sirküler ve niteliği fark etmeksizin genel tebliğler, vergi uygulamasında vergi idaresinin yanında mükellefler bakımından da etkisi yadsınamayan referanslar haline gelmiştir¹⁰⁵. Bu bağlamda, verginin ana öğelerinde değiştirici ya da dönüştürücü etkilerde bulunmadan, şekli ayrıntılara ilişkin nesnel düzenlemeler getirmesi beklenen¹⁰⁶ genel tebliğlerin vergilerin kanuniliği ve idarenin kanuniliği ilkelerine uygunluğu büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) bendinde yer alan istisna hükmüne ilişkin Genel Tebliğ'de yer alan düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 2'nci fıkrası, Hazine ve Maliye Bakanlığına verilen, 5'inci maddedeki istisnaların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini ortaya koymaktadır. Bu yetki doğrultusunda, 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği¹⁰⁷ “**5.9. Yurt dışında yapılan inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerden sağlanan kazançlarda istisna**” başlığı altında ilgili istisnanın uygulanmasına ilişkin açıklamalara yer

¹⁰² Kırbas, *Vergi Hukuku Temel Kavramlar*, 35.

¹⁰³ Şenyüz, Yüce ve Gerçek, *Vergi Hukuku*, 42.; Yusuf Ziya Taşkan, *Vergi Yönetiminin Düzenleyici İşlemleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 50-54.; Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 92, 93.; Genel tebliğlerin ayırımına ve vergi yargısı karşısındaki konumlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; Kırbas, *Vergi Hukuku Temel Kavramlar*, 35, 36.; Gerçek, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, 108-112.; Cenker Göker, “Vergi Kanunlarında Maliye Bakanlığına Verilen “Usul ve Esasları” Düzenleme Yetkisinin Yeni Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı Kapsamında Değerlendirilmesi,” *Vergi Sorunları Dergisi* 2013, S. 299 (Ağustos 2013): 62, 63.; Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, 93.

¹⁰⁴ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 20.; 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (RG. 01.08.2010 - 27659) ile getirilen bu hükmün devamında “Ancak, bu düzenlemelerin vergi kanunlarına aykırı olduğu kanaatine varılırsa bu hususu bağlı oldukları birimler aracılığıyla Gelir İdaresi Başkanlığına düzenleyecekleri bir rapor ile bildirirler.” düzenlemesi de yer almaktadır.

¹⁰⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan ve Göker, *Vergi Hukuku*, 20.

¹⁰⁶ Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 188.

¹⁰⁷ RG. 03.04.2007, 26482.

vermektedir. Genel Tebliğ’de, *aşağıda değinilecek özellikli hususların yanı sıra*, teknik hizmet örnekleri sayılmakta, genel sonuç hesaplarına intikale ilişkin özel durumlar ele alınmaktadır.

Genel Tebliğ, Kanun’da teknik hizmetler gibi şemsiye bir kavram altında gösterilen ve gerekçede “*proje hazırlama*” olarak bir örneği sunulan bu hizmetleri; “*inşaat, onarım ve montaj işleriyle ilgili olarak yürütülen planlama, projelendirme, mimarlık ve mühendislik, etüd, fizibilite, harita tasarım, metraj, keşif, idari ve teknik şartname ile ihale dosyası hazırlama, ihale değerlendirme, mesleki kontrollük, inşaat kontrollüğü, tasarım kontrollüğü, işletmeye alma danışmanlığı, proje ve yatırım yönetimi ve benzeri hizmetler*” olarak açıklamakta ve örneklendirmektedir¹⁰⁸. Böylelikle Tebliğ’de teknik hizmetlerin “*inşaat, onarım ve montaj işleriyle ilgili*” olduğunun üstünde durulmakta ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan teknik hizmetler sayılmaktadır.

Genel Tebliğ’in genel sonuç hesaplarına intikale ilişkin açıklamalarında da, *yukarıda değinildiği gibi*, istisnadan yararlanılabilmesi için bu kazançların Türkiye’ye nakledilmesine gerek olmadığı üzerinde durulmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye’de genel sonuç hesaplarına geçirilmesi gereken son tarih, yabancı paralar için dikkate alınacak kur gibi hususlara ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır. Bunların yanı sıra Genel Tebliğ, merkez ve şube arasındaki cari hesapların değerlemesi; geçici olarak ihraç edilen makine ve teçhizatın Türkiye’ye ithali halinde değerlendirme; yurt dışında yapılan inşaat işlerine Türkiye’deki merkez genel giderlerinden pay verilmesi haline ve kazançların Türkiye’ye getirilmesi halinde ortaya çıkabilecek kur farkları gibi *uygulamaya yönelik usul ve esaslara ilişkin* düzenlemeler de barındırmaktadır.

Genel Tebliğ’de de Kanun’un gerekçesi ile paralel bir şekilde, yurt dışında gerçekleştirilen inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerden sağlanarak Türkiye’de genel sonuç hesaplarına aktarılan kazançların *hiçbir şarta bağlanmaksızın* kurumlar vergisinden istisna edildiği belirtilmektedir. Bununla birlikte Genel Tebliğ’in izleyen hükümlerinde Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (g) bendinde yer alan ve kurumların yurt dışında bulunan iş yerleri veya daimi temsilcilikleri aracılığıyla elde ederek Türkiye’ye transfer ettikleri kazançlarına yönelik istisna düzenlemesine atıfta bulunmaktadır. Her ne kadar Genel Tebliğ’de Kanun’un 5’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (h) bendinde yer alan istisna uygulamasının herhangi bir koşula bağlanmaksızın öngörüldüğü belirtilmişse de (g) bendinde yer alan istisna düzenlemesine yapılan bu göndermeler (h) bendi uygulaması için birtakım şart ve sınırlamaları beraberinde getirmektedir. Bu sınırlamalar, Genel Tebliğ’de yer alan açıklamalarda öncelikle Kanun’un lafzında açıkça yer almamasına rağmen yurt dışında iş yeri ve daimi temsilcilik, ardından da yurt dışında vergilendirilmiş olmak şartlarında yoğunlaşmaktadır.

¹⁰⁸ 6 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 6.maddesiyle eklenen paragraf

2. Yurt Dışında İş Yeri ve Daimi Temsilcilik Şartı

Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin "5.9. Yurt dışında yapılan inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerden sağlanan kazançlarda istisna" başlığının 3'üncü paragrafında, *Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının g bendine yapılan atıf ile*, yurt dışında gerçekleştirilen inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerden sağlanan kazançların istisna edilmesi, bu işlerin yurt dışında bulunulan iş yerleri veya daimi temsilcileri aracılığıyla yapılmasına bağlanmaktadır¹⁰⁹. Kanun hükmünün lafzında açıkça yer almayan ancak yurt dışında yapılma ibaresi ile ilişkilendirilebilecek bu şart teknik hizmetler yönünden, Genel Tebliğ'in aynı başlığının altındaki 5'inci ve 6'ncı paragraflarında gerekçe ile paralel ifadeler ile ortaya konulmaktadır.

Gereğeyle ilişkin kısımda açıklandığı üzere Genel Tebliğ'de de yurt dışında sunulan inşaat, onarma ve montaj işlerinin aktif olarak yurt dışında bir iş yerinde gerçekleşmesi eşyanın doğası gereği olarak nitelendirilmektedir. Böylelikle Tebliğ'in ilgili başlığının 3'üncü paragrafında aranan "yurt dışında iş yeri veya daimi temsilcilik" *koşulu*, yurt dışında yapılan inşaat, onarım ve montaj işleri için burada iş yerinin oluştuğu tespitiyle kendiliğinden sağlanmaktadır. Ancak Genel Tebliğ'de örneklendirilen teknik hizmetlerden planlama, ihale dosyası hazırlama, projelendirme ve danışmanlık gibi işlerin doğası gerekçede ve Tebliğ'de de değinildiği üzere, bu hizmetlerin yurt dışında bir iş yerinde gerçekleşmesi zaruretini içermemektedir. Hâl böyle iken teknik hizmetler bakımından ortaya çıkan bu farklılık, istisnanın ruhu ile uyumlu bir şekilde değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda teknik hizmetlerin istisnadan yararlanabilmesi için yurt dışında sunulan bir inşaat ve onarma işi ile bağlantılı teknik hizmet olması ya da bu hizmetlerin yurt dışında ayrıca bir iş yeri veya daimi temsilci aracılığıyla sunulması aranmaktadır. Yurt dışında yapılan bir inşaat ve onarma işinin varlığı halinde bu işler ile ilgili olan teknik hizmetler ister yurt içinde ister yurt dışında gerçekleştirilsin, bu işlerden elde edilen kazanç istisnaya konu edilebilmektedir¹¹⁰. Yurt dışında devam eden bu işlerden birinin olmadığı durumlarda da yurt dışında bir iş yeri veya daimi temsilci aracılığıyla yapılan teknik hizmetler söz konusu istisnanın kapsamında değerlendirilmektedir. Bu iki şarttan herhangi birini sağlamayan teknik hizmetlerden elde edilen kazançlar Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) hükmünde yer alan istisna uygulamasından faydalanamamaktadır.

¹⁰⁹ Gereğede inşaat, onarım ve montaj işlerinin doğası gereği yurt dışında bir iş yeri dâhilinde gerçekleştirildiği *tespiti* Genel Tebliğ'de de tekrar edilmekle birlikte, Genel Tebliğ bu hususu (g) bendi ile ilişki kurarak "**Benzer şekilde, anılan fıkranın (h) bendi ile de yurt dışında bulunan işyerleri veya daimi temsilcileri aracılığıyla yapılan ve yurt dışında vergilendirilen inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerden sağlanan kazançların** (vergi yükü oranına bakılmaksızın), ayrıca yurt içinde de vergilendirilmesinin önüne geçilmesi amacıyla bu kazançlar kurumlar vergisinden istisna edilmiştir." ifadeleri ile açıklamıştır.

¹¹⁰ Genel Tebliğ'de de gerekçedekine paralel bir biçimde montaj hizmetleri kapsam dışında bırakılmıştır.

Söz konusu işlerin yapısı itibarıyla beraberinde getirdiği iş yeri ve daimi temsilciliğe ilişkin farklılık, teknik hizmetler gibi geniş bir faaliyet kümesini içine alan bir istisna uygulamasının sınırlarının belirlenmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda Kanun'un gerekçesinde de değinilen bu sınırlamanın Genel Tebliğ'de de uygulamaya yönelik birtakım ayrıntılar ile birlikte ele alınması tabii görülmektedir. Bununla birlikte, ilgili şartın Kanun'un lafzında da açıkça yer almasının kanunilik ilkesi, vergilendirmede belirlilik ilkesi ve bu ilkelerin zaruri kıldığı vergi kanunu yapım tekniğine daha uygun düşeceğini belirtmek gerekmektedir.

Bu durumun yarattığı sakıncalar, vergi idaresinin iş yeri veya daimi temsilcilik şartını gerekçe ve Genel Tebliğ düzenlemelerinin dışına taşınması ile de gözlemlenebilmektedir. Gerekçede ve Genel Tebliğ'de inşaat, onarma ve montaj işlerinde işin yapısı gereği yurt dışında iş yeri oluştuğuna ilişkin tespit karşısında vergi idaresi uygulamasında iş yeri ve daimi temsilcilik şartını bu istisnanın uygulamasında yerine getirilmesi gereken öncül bir şart olarak dikkate almaktadır. Vergi idaresi uygulamada (g) bendine yaptığı kıyas ile özellikle gerekçenin Vergi Usul Kanunu'nun 156'ncı maddesinde yer alan iş yeri tanımı ile örtüşen bu yaklaşımını aşarak istisnanın kapsamını daraltacak bir öncül şart haline getirmektedir. Vergi idaresi özelgelerinde, mükelleflerin yurt dışında gerçekleştirdiği birtakım inşaat, onarım ve montaj hizmetlerinden elde edilen kazançlarının Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) bendinde düzenlenen istisna kapsamında olup olmadığına yönelik görüş taleplerine bu kazançların yurt dışında bir iş yeri veya daimi temsilci aracılığıyla edinilmesi halinde istisna kapsamında olacağı yönünde cevap vermektedir¹¹¹. Kanun hükmünde yalnızca yurt dışında yapma ibaresi yer almasına ve sayılan işlerin yurt dışında yapılması halinde yurt dışında bir iş yerinin var olduğuna ilişkin kabule rağmen vergi idaresinin bu yaklaşımı, bu özelgelere ve dolayısıyla uygulamalarında çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarındaki iş yeri tanımını ön plana çıkarması ile sonuçlanmaktadır. Vergi idaresi ilgili kazançların istisna kapsamında olabilmesi için yurt dışında bir iş yeri olup olmadığına ilişkin araştırmasını, mükelleflerin söz konusu işleri gerçekleştirdiği ülkeler ile imzalanan çifte vergilemeyi önleme anlaşmalarındaki iş yeri şartı hükümlerine dayanarak gerçekleştirmektedir¹¹². Bu değerlendirmenin neticesinde de anlaşmanın bir iş yerinin varlığı için Vergi Usul Kanunu'nun 156'ncı maddesindeki düzenlemeyi aşan koşullar öngörmesi

¹¹¹ T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı, 93767041-125[5/h-2014/2]-120 Sayılı, 18.07.2014 Tarihli Özelge.; Benzer biçimde birtakım özelgelere yurt dışında bir iş yeri veya daimi temsilcilik şartı montaj işleri için de aranmıştır.; T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, B.07.1.GİB.4.34.16.01-KVK 5-1346 Sayılı, 19.08.2011 Tarihli Özelge.; T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı, 93767041-125[5/h-2014/21]-17 Sayılı, 16.03.2016 Tarihli Özelge.

¹¹² T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, 62030549-125[5-2015/98]-16298 Sayılı, 26.02.2016 Tarihli Özelge.

halinde mükelleflerin istisnadan faydalanma imkânı Kanun'da öngörülmemiş bir koşul ile kısıtlanmaktadır¹¹³. Türkiye'nin tarafı olduğu çifte vergilemeyi önleme anlaşmalarında inşaat faaliyetleri için iş yerinin oluşması 6 ay ya da 1 yıl gibi sürelerle tabi tutulduğundan¹¹⁴ kısıtlama çoğunlukla somut bir hâl almaktadır.

Özetlemek gerekirse, kanun hükmü inşaat, onarım ve montaj hizmetlerinin istisna kapsamında değerlendirilebilmesi için bu faaliyetlerin *yurt dışında yapılmasını* aramakta iken hemen bir önceki bentte yurt dışında bulunan iş yeri ve daimi temsilciler aracılığıyla yapılma şartını bu bent için saymamakta, yalnızca “yurt dışında yapılan” ibaresini kullanmaktadır. İlgili hükmün gerekçesinde de bu faaliyetlerden elde edilen kazançların *hiçbir şarta bağlanmaksızın* kurumlar vergisinden istisna edildiğinin belirtilmesi karşısında Genel Tebliğ'in Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (g) bendine ilişkin açıklamalarında (h) *bendi ile kurulan kıyas ilişkisi*, vergi idaresinin yurt dışında iş yeri veya daimi temsilcilik şartını öncül bir şart olarak aramasına neden olmaktadır. Böylelikle Kanun'un lafzında öngörülme bir şart, gerekçe ve Genel Tebliğ'de yer alan açıklamalar ile faaliyetlerden biri olan teknik hizmetler için aranır hale gelmekte ancak uygulamada bu şart diğer faaliyetlere de sirayet edecek biçimde genişletilmektedir. Bu nedenle yukarıda da değinildiği üzere, yurt dışı iş yeri veya daimi temsilcilik hususuna ilişkin sınırların kanuni düzenlemede çizilmesi gerekliliği önem arz etmektedir.

3. Vergi Ödenmiş Olması Şartı

Kurumlar Vergisi Kanunu 1 Seri No.lu Genel Tebliğ'in Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) bendine ilişkin açıklamalarında (g) bendine yaptığı göndermeler neticesinde ortaya çıkardığı şartlardan birini de “vergilendirilmiş olma” koşulu teşkil etmektedir. Bu durum, Genel Tebliğ'in ilgili başlığının 3'üncü paragrafında yer alan, istisnanın öngörülme nedenine ilişkin “*Benzer şekilde, anılan fıkranın (h) bendi ile de yurt dışında bulunan işyerleri veya daimi temsilcileri aracılığıyla yapılan ve yurt dışında vergilendirilen inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerden sağlanan kazançların (vergi yükü oranına bakılmaksızın), ayrıca yurt içinde de vergilendirilmesinin önüne geçilmesi amacıyla bu kazançlar kurumlar vergisinden istisna edilmiştir.*” açıklamaları ile ortaya konulmaktadır.

¹¹³ Bu koşula verilen önem, Gelir İdaresi Başkanlığının çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının listesi, Türkçe metinleri, genel tebliğleri, temettüleri üzerinden kaynak devlette alınacak vergi oranları gibi metin ve önemli bilgilerinin yer aldığı web sayfasında “İnşaat Faaliyetlerinde İşyeri Tespit Süreleri” başlığı altında bu sürelerin topluca bulunduğu bir belgenin bulunmasından da anlaşılabilir. Bilgi için bkz.; “Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları,” Gelir İdaresi Başkanlığı, Erişim Tarihi: Nisan 27, 2024, <https://www.gib.gov.tr/cifte-vergilendirmeyi-onleme-anlasmalari>.

¹¹⁴ Çifte vergilemeyi önleme anlaşmalarından bu hükümlere örnek göstermek gerekirse; Türk müteahhitlerin en fazla iş yaptığı ülkeler arasında yer alan Cezayir için süre altı ay; Azerbaycan, Birleşik Arap Emirlikleri, Katar Cumhuriyeti, Kazakistan, Suudi Arabistan on iki ay; Rusya için ise on sekiz ay olarak belirlenmiştir.

Bu bağlamda Genel Tebliğ yurt dışında gerçekleştirilen diğer bütün faaliyetlerden ayrı olarak yapım işlerine ilişkin ticari faaliyetlerde, yurt dışında vergilendirilen kazancın, yurt içinde bir kere daha vergilendirilmesinin önüne geçmek amacıyla daha özel bir hüküm getirdiğini öne sürmektedir. Bu durumda, aynı maddenin (h) bendinde *açıkça* yurt dışındaki iş yeri ve daimi temsilcilikler tarafından elde edilen kazançların *birtakım şartları taşınması halinde* bir kere daha vergilendirilmesinin önüne geçmek üzere istisna tutulduğunun belirtilmesinin karşısında (g) bendinin de *kanuni düzenlemede bu yönde ifadeler yer almaksızın* aynı amacı taşıdığı; yalnızca yapım işleri için bu şartların daha hafif olduğu öne sürülmektedir.

Bu açıklama, Kanun'un lafzının bu yoruma açık olması halinde anlamlı olarak nitelendirilebilecektir. Ancak hükümde herhangi bir benzerlik kurulmamasına ve gerekçede (h) bendindeki istisnanın herhangi bir koşula bağlanmaksızın tanındığı belirtilmesine rağmen Genel Tebliğ'de (g) bendine idari düzeyde gerçekleştirilen kıyas faaliyeti ile hükmün lafzını aşan bir yorum yolu izlenmektedir. Yurt dışında iş yeri veya daimi temsilcilik hususunda yukarıda değinilen tartışmalar teknik hizmetler hususunda bir noktaya kadar anlaşılır görülebilirken, vergilendirilmiş olma şartının hükümden ya da gerekçeden çıkarılması mümkün görülmemektedir.

Genel Tebliğ'in, (g) bendi ile (h) bendi arasında kurduğu benzerliği, ilgili kazançların elde edildikleri devlette en az % 15 oranında vergilendirme noktasında ayırıştırması kıyasa engel olmak için yeterli bir fark teşkil etmemektedir. Uygulamada kurum kazançları üzerinden alınan vergilerde yasal vergi oranının % 0 olduğu çok az sayıda devlet bulunmakta¹¹⁵ ve dünya genelinde vergi oranı ortalaması % 23 civarında seyretmektedir¹¹⁶. Oranı önem arz etmeksizin vergi ödenmiş olması koşulu, sağlanması güç bir koşul arz etmemektedir. Bununla birlikte kanun koyucunun iradesi dışında böyle bir koşulun aranması, çok sayıda mükellefi istisna uygulamasının dışına taşımayacaksa da kanunilik ilkesine aykırı olması nedeniyle dışlanması gereken bir idari yorum teşkil etmektedir.

¹¹⁵ Anguilla, Bahamalar, Bermuda, Cayman Adaları, Turks ve Caicos Adaları gibi bölgelerde kurumlar vergisi sistemi bulunmamaktadır. Artan oranlı kurumlar vergisi ya da farklılaştırılmış oran uygulanan bazı devletlerde birtakım işletmeler için %0 oranının uygulandığı dilimler de yer almaktadır. Bunlara Belize, Man Adası, Jersey Adaları, Guernsey, Nijerya uygulamaları örnek olarak gösterilebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz.; "Statutory Corporate Income Tax Rates," OECD, Erişim Tarihi: Mayıs 1, 2024, https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CTS_CIT.

¹¹⁶ 2022 yılında gerçekleştirilen hesaplamalarda; 180 ülkenin yasal kurumlar vergisi oranı ortalaması %23,37'dir. Gayri safi yurt içi hasıla ağırlıklı ortalama ise %25,43 oranına ulaşmaktadır.; Cristina Enache, "Corporate Tax Rates around the World 2022," Tax Foundation, 13.12.2022, Erişim Tarihi: Nisan 3, 2024, <https://taxfoundation.org/data/all/global/corporate-tax-rates-by-country-2022/>; Dünya genelinde en güncel kurumlar vergisi oranları için bkz.; "Quick Charts- Corporate Income Tax (CIT) Rates 2024," pwc, Erişim Tarihi: Nisan 30, 2024, <https://taxsummaries.pwc.com/quick-charts/corporate-income-tax-cit-rates>.

IV. İSTISNA DÜZENLEMESİNE İLİŞKİN GENEL TEBLİĞ HÜKÜMLERİNİN VERGİLERİN KANUNİLİĞİ İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Vergilerin kanunla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasının yanında vergilendirmeye ilişkin esaslı unsurların da bu kanuni düzenleme içinde yer alması gerekliliğini ifade eden vergilerin kanuniliği ilkesi, idarenin düzenleyici işlemleri ile vergi uygulamasının kanuni düzenlemeye ters düşecek bir biçimde genişletilmesi ya da daraltılmasının önünde bir engel teşkil etmektedir. Bu bağlamda vergi kanunlarının bir vergi uygulamasına ilişkin ana esasları ortaya koyması gerekirken, idarenin düzenleyici işlemleri ancak ve ancak bu yönde bir yetkinin varlığı halinde ve bu yetkinin sınırları dâhilinde kullanılabilir¹¹⁷. Bunun dışında vergi idaresi ancak kanun hükümlerinin uygulamasına ilişkin teknik ayrıntıları vergi idaresi ve mükellefler için açıklayıcı bir görev üstlenebilmektedir. Kanunda öngörülmemiş ve vergi borcunu etkileyen şartların idarenin düzenleyici işlemleri ile aranması vergilerin kanuniliği ilkesine aykırı bir uygulama yaratmaktadır¹¹⁸.

Çalışmanın ana konusunu teşkil eden Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) bendinde yurt dışında yapılan inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerden elde edilen kazançla ilişkin istisna hükmüne ilişkin Genel Tebliğ'de yer alan açıklamaların bu örgü içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun'da "Yurt dışında yapılan inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerden sağlanarak Türkiye'de genel sonuç hesaplarına intikal ettirilen kazançlar"ın kurumlar vergisinden istisna tutulacağı; hükmün gerekçesinde de bu istisna uygulamasının herhangi bir koşula bağlanmadığı belirtilmektedir. Bu düzenleme ve açıklamalara rağmen, Genel Tebliğ'de yurt dışında iş yeri veya daimi temsilcilik ve yurt dışında vergilendirilmiş olma şartları ortaya konulmaktadır.

İstisnanın yurt dışında gerçekleştirilen faaliyetlere yönelmesi nedeniyle; planlama, ihale dosyası hazırlama, projelendirme ve danışmanlık gibi hizmetleri de barındıran teknik hizmetlerin yurt dışında gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için özel bir belirleme kriteri aranması makul görülmektedir. Ancak bu kriterlerin, yurt dışında gerçekleştirilmesinin tek yöntemi bu işlerin yurt dışında bizzat yapılması olan inşaat ve onarım gibi faaliyetlere de sirayet ettirilerek genişletilmesi uygulamada çifte vergilendirmeyi önleme amaçlarının öngördüğü "iş yeri"nin oluşup oluşmadığı gibi sorunları da beraberinde getirmektedir.

Genel Tebliğ'in, sayılan kazançların istisnaya tabi olmasını yurt dışında bu kazançlar üzerinden vergi ödemiş olma şartına bağlamasında ise yurt dışında iş

¹¹⁷ Ümit Süleyman Üstün, "Maliye Bakanlığının Vergi Kabahatlerini Belirleme Yetkisi," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, S. 1-2 (2011): 47.

¹¹⁸ D4.D., 20.12.2006, E.2006/2237, K.2006/3102; "açıkça yetki verilmemiş bir konuda idarenin düzenleme yetkisi bulunduğundan söz edilemeyeceği, ayrıca yasadaki düzenlenmiş olan bir konuda idari düzenleyici işlemle yasadaki düzenlemeye ters düşen farklı bir uygulama getirilemeyeceği bunun verginin kanuniliği ilkesi ile de bağdaşmayacağı açıktır."; *Danıştay Dergisi*, S. 115, Y. 37/2007, s. 171.; Üstün, "Maliye Bakanlığının Vergi Kabahatlerini Belirleme Yetkisi," 44, 45.

yeri veya daimi temsilci şartındakine benzer bir bağlantı noktası bulunmamaktadır. Kanun'un lafzında vergi ödenmiş olması gerekliliğini ortaya koyan bu yorumun açabileceği herhangi bir ifade yer almamaktadır.

Bununla birlikte her iki koşulun da ortaya çıkmasına yol açan yorumlama yöntemi Genel Tebliğ'den anlaşılabilir. Kanun'un aynı maddesinin hem yurt dışında iş yeri veya daimi temsilcilik hem de yurt dışında vergilendirilmiş olma şartlarını öngören bir önceki bendi ile Genel Tebliğ'de yapılan kıyas, söz konusu şartların benzerlerinin bu hükme de taşınmasına neden olmaktadır.

Bu noktada vergi idaresinin kıyas yoluna başvurma nedenini göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Kıyas yönteminin uygulanabildiği alanlarda bu yönüme başvuru, kanuni düzenlemede bir boşluğun varlığından kaynaklanmaktadır. Yurt dışında vergi ödenmiş olması koşuluna yönelik bir boşluğun var olup olmadığına bakıldığında, hükmün lafzında buna yönelik bir ifadenin yer almaması ve verginin ödenmiş olması ya da olmamasının *mahsup müessesesinin dâhil olmadığı* istisna uygulamasında teknik farklılık yaratmıyor oluşu, burada bir boşluktan söz edilmesinin önüne geçmektedir. Zira bir hususun kanunda düzenlenmemiş olması daima bir boşluk bulunduğu anlamına gelmemekte; kanun koyucunun bu konuda susması, sorunu olumsuz yolda sonuca bağladığı ya da bu alanı hukuki düzenleme dışında, serbest bir alan olarak bırakmak istediğinden kaynaklanabilmektedir¹¹⁹. Çalışmanın konusunu teşkil eden hüküm özelinde de ilgili istisna uygulaması için kanun koyucunun vergi ödenmiş olması şartını aramadığı yanıtına ulaşılabilmektedir.

Yurt dışında iş yeri veya daimi temsilcilik koşulu ele alındığında ise teknik hizmetlerin yurt dışında gerçekleştirilmesinin tespiti noktasında kanunda bir boşluğun varlığını *öne sürmek* mümkündür. Kanun'un gerekçesinde de değinilen, teknik hizmetlerin yurt dışında gerçekleştirilmesine ilişkin özellik arz eden bu nokta izaha ihtiyaç duyan bir mevzu teşkil etmektedir. Bununla birlikte bu izahın vergi hukukunda vergilerin kanuniliği ilkesinin beraberinde getirdiği kıyas yasağı neticesinde kıyas yoluyla gerçekleştirilmesi söz konusu izahı hukuka aykırı hale getirmektedir¹²⁰. Kaldı ki teknik hizmetler için "yurt dışında yapılma" hususuna ilişkin olarak gerekçeden yola çıkılarak¹²¹ yurt dışında iş yeri veya daimi temsilcilik ya da yurt dışında hâlihazırda var olan bir yapım işi ile ilgili olma koşuluna ulaşılabilmektedir. Ancak hükmün lafzı ve vergilerin kanuniliği ilke-

¹¹⁹ Kaneti, "Vergi Usul Kanunu'ndaki Boşlukların," 267.

¹²⁰ Akkaya, *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım*, 60.; Betül Hayrullahoğlu, *Türk Vergi Yargısında Kıyas Yasağı İlkesi* (İzmir: Vergi Raporu Dergisi, 2016), 14.

¹²¹ Kabul tarihi 13.06.2006 olan Kurumlar Vergisi Kanunu, görece yeni tarihli ve özellikle çalışmanın konusunu oluşturan faaliyetler bakımından modern gelişmeler noktasında güncelliğini koruyan bir düzenleme yapısı teşkil etmektedir. Bu nedenle ihtiyaç duyulması halinde Kanun'un gerekçesinin dikkate alındığı tarihsel yorum metodunun uygulanması sı, yorum faaliyeti bakımından anlamını korumaktadır.; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2016), 65, 66.

sinin gerektirdiği sınırlar içinde ortaya konulacak yorumu yurt dışında iş yeri veya daimi temsilcilik şartının istisna hükmünde yer alan diğer faaliyetler için de öngörülmesine müsaade etmemektedir¹²².

Kanun koyucunun Genel Tebliğ’de belirtildiği üzere, mükellefin hem yurt dışında hem de Türkiye’de vergilendirilmesinin önüne geçme saikinin olduğu; ancak yalnızca inşaata ilişkin faaliyetlerde yurt dışında ödenmiş olan vergi oranının önem taşımadığı varsayımı kanun koyucunun bu istisnayı neden (g) bendi altında düzenlemediği sorusunu beraberinde getirmektedir. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasında yer alan tanıma göre varlığı tespit edilen iş yeri ve ancak bu iş yerinin varlığı ile yurt dışında ödenen verginin söz konusu olması¹²³ halinde devreye giren bir istisna uygulaması aynı hükmün (g) bendinde hâlihazırda yer almaktadır. Yurt dışında ödenen verginin oranının önemli olmaması hali ile kazançların Türkiye’deki genel sonuç hesaplarına naklinin yeterli görülmesi de, (g) bendinde “*finansal kiralama dahil finansman temini, sigorta hizmetlerinin sunulması veya menkul kıymet yatırımı olan kurumlar*” için farklılaştırılan oran uygulamasının bir benzerinin inşaat faaliyetleri için öngörülmesi ile sağlanabilmektedir. Ancak bu yolun izlenmesi yerine, kanun koyucunun farklı bir hükümde, Genel Tebliğ’de öngörülen şartlara ilişkin bir ifade kullanmaksızın ayrı bir istisna düzenlemesi öngörmüş olması, hükmün gerekçesinde de bu istisnanın hiçbir şarta bağlanmadığının belirtilmesi, bu iki hüküm arasında kıyas bağının kurulmasını mantığa aykırı hale getirmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5’inci maddesinin 2’nci fıkrasında Hazine ve Maliye Bakanlığına verilen yetki, hükümde yer alan istisnaların uygulanmasına ilişkin usul ve şekle ilişkin ödevleri belirleme yetkisinden ibarettir¹²⁴. İstisnaların uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi, bu istisna hükümlerinin kapsamına girecek kazançların tespitine yönelik şartların belirlenmesini değil, *varsa* kanunda öngörülen şartların uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenme-

¹²² Kanunun açık lafzına aykırı düşen bu yorum fonksiyon gaspı olarak nitelendirilebilecektir.; Furtun, *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma- Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri*, 226.; Birse-noğul, “Vergi Hukukunda Kıyas Yasağı ile Hukuk Güvenliği Mi?,” 166.

¹²³ Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında ticari kazançlar çoğunlukla, “1. Bir Akit Devlet teşebbüsüne ait kazanç, sözkonusu teşebbüs diğer Akit Devlette yer alan bir işyeri vasıtasıyla ticari faaliyette bulunmadıkça, yalnızca bu Devlette vergilendirilecektir. Eğer teşebbüs yukarıda bahsedilen şekilde ticari faaliyette bulunursa, teşebbüsün kazançları bu diğer Devlette, yalnızca:

a) bu işyerine;

b) diğer Devlette, bu işyeri vasıtasıyla satılan mal veya ticari eşya ile aynı veya benzer nitelikteki mal veya ticari eşya satışlarına; veya

c) diğer Devlette icra edilen, bu işyeri vasıtasıyla yapılan faaliyetlerle aynı nitelikteki diğer ticari faaliyetlere

atfedilebilir miktarla sınırlı olmak üzere vergilendirilebilir.” hükmü ile düzenlenmektedir. Bu hüküm gereğince de Türk firmanın yurt dışında gerçekleştirdiği bir ticari faaliyetten elde ettiği kazanç, ancak burada bir iş yerinin varlığı halinde yurt dışında vergilendirilebilecektir.

¹²⁴ Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, 93.

si anlamını taşımaktadır. Vergi kanunlarına göre vergilendirme kapsamında yer alan konuların kanunlar ile vergilendirme dışında bırakılmasını ifade eden vergi istisnasının¹²⁵ *tabi olduğu şartların* çerçevesinin kanunda çizilmesi kanunilik ve belirlilik¹²⁶ ilkelerinin bir gereğini teşkil etmektedir. Hazine ve Maliye Bakanlığı varsa çerçevesi hâlihazırda kanunda çizilmiş şartların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleyebilmekte; bir hususa ilişkin şartın bulunmadığı hallerde ise uygulamaya ilişkin usul ve esas belirleme yetkisini yeni bir şart yaratmak yönünde kullanamamaktadır¹²⁷. Bu durum vergi istisnasına ilişkin bir hükme kıyas faaliyeti neticesinde daha ağır şartlar getirerek vergi konusunun genişletilmesi yoluyla gerçekleştirildiğinde kıyas yasağının ihlali anlamını da taşımaktadır¹²⁸. Zira istisna hükmünün uygulanmasından ziyade bizzat özüne ilişkin usul ve esaslar; mükellefiyeti ve vergi konusunu doğrudan etkileyen düzenlemeler olduğundan şekli vergi hükümleri değil maddi vergi hükümleri teşkil etmekte ve kıyas yasağının konusuna girmektedir.

Bu bağlamda söz konusu istisna uygulamasına ilişkin Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 2'nci fıkrası ile Hazine ve Maliye Bakanlığına verilen uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi *yurt dışında iş yeri veya daimi temsilcilik ile vergilendirilmiş olmaya* ilişkin açıklamalarda aşılmasıdır. Genel Tebliğ, kanunda yer almayan ve kanunda kasıtlı olarak yer almadığına yönelik kanun koyucu iradesinin gerekçeden anlaşılabilirdiği şartları, uygulamaya ilişkin usul ve esas belirleme ile kısıtlı yetkisini aşarak bir önceki bende yaptığı kıyas faaliyeti marifetiyle ilgili hüküm için de aramaktadır. Bu durum, istisna uygulamasının özüne yönelik kanunda yer almayan ve yer almama iradesi de açıkça anlaşılabilen bir sınırlamanın Genel Tebliğ ile getirilmesi anlamını taşımaktadır. Bunun bir sonucu olarak da Anayasa'nın 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında da yer alan vergilerin ancak kanunla konulabilmesi, değiştirilebilmesi ve kaldırılabilmesini öngören kanunilik ilkesinin beraberinde getirdiği vergilendirmeye ilişkin esaslı unsurların vergi kanunlarında düzenlenmesi gerekliliği ve dolayısıyla da vergilerin kanuniliği ilkesinin ihlali söz konusu olmaktadır.

Kurumlar Vergisi Kanunu 1 Seri No.lu Genel Tebliği'nde yer alan Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) hükmüne ilişkin açıklamaların vergilerin kanuniliği ilkesinin yanında idarenin kanuniliği ilkesi bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Adsız düzenleyici işlemlerden birini teşkil eden genel tebliğlerin kanuna uygun olarak çıkarılması, yukarıda da açıklandığı üzere, vergilerin kanuniliği ilkesinin yanında idarenin kanuniliği ilke-

¹²⁵ Akdoğan, *Kamu Maliyesi*, 161.

¹²⁶ Karakoç, *Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasa'ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, 118, 119.

¹²⁷ Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, 130, 133.

¹²⁸ Selim Kaneti, Esra Ekmekci, Gülsen Güneş ve Mahmut Kaşıkçı, *Vergi Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 68.

sinin de bir gereğini yansıtmaktadır. Çalışmanın konusuna esas teşkil eden Genel Tebliğ düzenlemelerinin Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasında Hazine ve Maliye Bakanlığına verilen yetkiye dayandığı belirtilebilecekse de bu düzenlemeler kanuna uygun olma noktasında yukarıda belirtilen çekinceleri taşımaktadır. Zira söz konusu düzenlemelerin kanunun çizdiği uygulamaya yönelik usul ve esasları belirleme yetkisini aştığı ve kanunda yer almayan şartlar getirerek istisna hükmünü bazı mükellefler için ortadan kaldıracak düzenlemeleri getirdiği görülmektedir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu da yakın tarihli bir kararında, vergilendirmeye ilişkin uygulamalarda öngörülebilirliğin kanuni düzenlemeler ile sağlanması gerekliliği üzerinde durmuş; kanun altı idari uygulamalar ve düzenlemeler veya yargısal içtihatlar ile kanun hükümlerindeki öngörülemezliğin giderilemeyeceğini belirtmiştir¹²⁹. Bu yargılamasının sonucunda VDDK, *“muafiyet ve istisna gibi vergi kolaylıklarının da açık kanun hükmü ile düzenlenmesi ve bunlara ilişkin maddelerin, muafiyet veya istisnayı ortadan kaldıracak nitelikte dar ya da bunları aşacak şekilde geniş yorumlanmaması gerektiği”* gerekçesine dayanarak hüküm kuran ilk derece mahkemesinin¹³⁰ ısrar kararına karşı yapılan temyiz istemini reddetmiştir. Benzer bir şekilde Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru üzerine verdiği bir kararında; kanundaki belirsizliği gidermek adına da

¹²⁹ DVDDK, 08.03.2017, E.2016/994, K. 2017/121. (LEXPORA); Aynı yönde başka bir karar için bkz.; DVDDK, 08.03.2017, E.2016/997, K.2017/122. (LEXPORA)

¹³⁰ Ankara 4. Vergi Mahkemesinin 04.03.2014 gün, E. 2013/946, K. 2014/377 sayılı kararının çalışma ile ilişkilendirilebilecek değerlendirmesi VDDK kararında *“Anayasanın “Vergi Ödevi” başlıklı 73'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası, vergi hukukunda “kanunilik” ilkesinin kaynağı olup bu ilke gereğince verginin, konu, matrah, yükümlü, oran, muafiyet ve istisna gibi temel unsurlarının ilgili vergi kanununda açıkça belirtmesi gerektiği, soyut hukuk kurallarının, somut hukuki durum, işlem ve olaylara uygulanabilmesi için anlamının tam olarak belirlenmesinin icap ettiği; bu anlamın, hukuk kuralının sözü (lafzı) ve özü (ruhu) araştırılarak ortaya çıkarılacağı, yasa metninin açık olmadığı bazı hallerde yorum yapılırken yukarıda anılan ilke gereğince yasal çerçevenin dışına çıkılmaması ve kıyas yasağının ihlal edilmemesinin zorunlu olduğu, nitekim, bir olay hakkında kanunda yer alan kuralın, nitelikleri ve kuruluşları ona benzeyen fakat kanunda düzenlenmemiş olan diğer bir olaya uygulanması olan “kıyas”ın, vergi hukukunda uygulanmasının, hukuk devleti için olmazsa olmaz olan “hukuki güvenlik” ve “verginin kanuniliği” ilkelerine ters düşeceği, aksi uygulamanın vergi koyma açısından yetkisiz olan yürütme ve yargı organları açısından yasama fonksiyonunun gaspı sonucunu doğuracağı, sadece vergi değil, muafiyet ve istisna gibi vergi kolaylıklarının da açık kanun hükmü ile düzenlenmesi ve bunlara ilişkin maddelerin, muafiyet veya istisnayı ortadan kaldıracak nitelikte dar ya da bunları aşacak şekilde geniş yorumlanmaması gerektiği, ... vergiyi doğuran olayın ve verginin konusunun, kıyas veya genişletici yorum yapmak suretiyle belirlenemeyeceği, henüz davacı banka çalışanına bir ödemede bulunulmaması ve menfaatten yararlanmaya başlanılmaması, yani sağlanan menfaatin, lehine menfaat sağlanan kişinin tasarrufuna geçmemesi karşısında, dava konusu olayda vergiyi doğuran olayın gerçekleşmediği ve doğrudan doğruya çalışana yapılmayan ödemenin ücret olarak kabul edilmesinin ilgili mevzuat hükümlerine ve verginin kanuniliği ilkesine aykırı görüldüğü gerekçesiyle vergilendirmeyi kaldırmıştır.”* ifadeleri ile özetlenmiştir.; AİHM'in öngörülebilirlik ve vergilerin kanuniliği ilkesine ilişkin benzer bir değerlendirmesi için bkz.; AİHM 5. Daire *Serkov-Ukrayna Davası*, Başvuru No: 39766/05, K.T. 07.06.2011, Çev.: Ercan Sarıcaoğlu, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1671642> Erişim Tarihi: 28.04.2024

olsa, Maliye Bakanlığına verilen uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin istisna uygulamasının kapsamını daraltmak suretiyle kullanmasının vergilerin kanuniliği ilkesine aykırılık taşıdığına hükmetmiştir¹³¹.

Anılan kararlarda mevcut bir öngörülemezlik ya da kanunda belirsizlik hal-lerinde dahi vergilendirmenin esasını teşkil eden hususlarda bu belirsizliklerin kanun ile giderilmesi gerektiği; idarenin düzenleyici işlemleri ile bu alanlarda belirleme yapılamayacağı üzerinde durulmaktadır. Çalışmaya esas alınan Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) bendinde yer alan hükümde de teknik hizmetlerin yurt dışında yapılması halinin tespiti dışında bir belirsizlik bulunmamaktadır. Hâl böyle iken istisna uygulamasının esasını etkileyen, kanun hükmünde yer almayan sınırlamalar ile bazı kazançları bu uygulamanın dışına çıkaran düzenlemelerin Genel Tebliğ ile öngörülmesi hukuka uygun olarak nitelendirilemeyecektir.

Açıklanan nedenlerle Genel Tebliğ'de yer alan yurt dışında vergilendirilmiş olma koşulu; inşaat, onarım ve montaj faaliyetleri için de yurt dışında iş yeri veya daimi temsilcilik aranması ve vergi idaresinin bu yöndeki uygulamaları kıyas faaliyeti teşkil etmektedir. Bir vergi istisnasından yararlanmaya ilişkin şartların kanun dışında, Genel Tebliğ gibi bir düzenleme ile öngörülmesi; idarenin kanunda yer alan kurallara yeni kural eklemesi¹³² kanunilik ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır¹³³. Sonuç olarak Genel Tebliğ'de yer alan açıklamalar ile vergi idaresinin bu yöndeki uygulaması hem vergilerin kanuniliği ilkesine hem de idarenin kanuniliği ilkesine ters düşmektedir.

SONUÇ

Vergilerin kanuniliği ilkesi, idarenin keyfilğine karşı mükelleflerin korunabilmesi için tarihi mücadeleler sonucunda ortaya çıkan bir vergilendirme ilkesidir. Bu ilkenin beraberinde getirdiği diğer ilkeler, idarenin keyfi uygulamalarının ortadan kalkması için büyük önem arz etmektedir. Kıyas yasağı da bu ilkelerden birini teşkil etmektedir.

Kanunda bir konuda açık düzenlemenin olmadığı hallerde benzer bir konudaki başka bir kanuni düzenlemenin uygulamada dikkate alınmasını ifade eden kıyas müessesesi, vergilerin kanuniliği ilkesinin bir sonucu olarak vergi huku-

¹³¹ *Bilnam İşletmecilik ve Ticaret A.Ş. (Eski Unvanı-Bilnam İşletmecilik ve Tic. Ltd. Şti.)*, B. No: 2016/3675, 3/11/2020, § 68-80.

¹³² Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012), 74-76.

¹³³ Aynı açıklamalar vergi muafiyeti için de geçerlidir. Vakıflara vergi muafiyetine ilişkin 4962 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun (RG. 07.08.2003, 25192) düzenlemeleri ile Maliye Bakanlığına verilen yetkiler de vergilerin kanuniliği ilkesi nedeniyle eleştiriler ile karşılaşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.; Göker, "Vergilerin Yasallığı İlkesi Kapsamında Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Üzerine," 1046 vd.; Üstün, "Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi," 259.

kunda başvurulması mümkün olmayan bir boşluk doldurma yöntemini teşkil etmektedir. Vergilendirmeye ilişkin esaslı unsurların ancak kanunla düzenlenebilmesini mümkün kılan kanunilik ilkesinin neticesi olarak, düzenlemelerde bir boşluğun varlığı halinde vergi idaresi ya da yargısı tarafından bunun doldurulmasında kıyas yolunun kullanımı, yasama erkine yönelik bir fonksiyon gaspı ortaya çıkarmaktadır.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) bendinde “*Yurt dışında yapılan inşaat, onarım, montaj işleri ile teknik hizmetlerden sağlanarak Türkiye’de genel sonuç hesaplarına intikal ettirilen kazançlar*”ın kurumlar vergisinden istisna tutulmasını düzenleyen hükme ilişkin Genel Tebliğ düzenlemesi ve vergi idaresi uygulamasının da bu bağlamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun hükmü, yurt dışında gerçekleştirilen birtakım yapım işlerinin kurumlar vergisinden istisna tutulduğunu düzenlerken, gerekçe söz konusu istisnanın hiçbir koşula tabi tutulmadığının üzerinde durmaktadır. Bunun karşısında Genel Tebliğ, teknik hizmetlerin yurt dışında gerçekleştirildiğinin tespitine ilişkin gerekçeden yer alan belirlemelerden yola çıkarak, Kanun’un aynı maddesinin (g) bendinde yurt dışında bulunan iş yeri veya daimi temsilciler vasıtasıyla elde edilen kazançlara yönelik istisnayı düzenleyen hüküm ile bağlantı kurmaktadır. Bu bağlantının sonucu olarak da (h) bendinde yer alan inşaat, onarım ve montaj hizmetlerini de kapsar biçimde bütün faaliyetler için yurt dışında iş yeri veya daimi temsilci bulunması gerekliliği ile yurt dışında vergilendirilmiş olma şartlarını öne sürmektedir.

Kanun’un gerekçesinde yurt dışında gerçekleştirilen yapım işlerinin herhangi bir koşula bağlanmaksızın istisna edildiğinin kabulü üzerine; (g) bendinde yer alan koşulların (h) bendinde bulunmamasının hâlihazırdaki açıklamalardakinden aksi yönde bir yorumun ortaya çıkmasında etkili olması beklenirken Genel Tebliğ’de yer alan açıklamalarda hukuki bir perspektif bulmak zorlaşmaktadır. Genel Tebliğ’in sözde boşlukları (h) bendine yaptığı kıyas ile doldurması kıyas yasağına ve dolayısıyla vergilerin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Vergi idaresinin bu yaklaşımı vergilerin kanuniliği ilkesinin yanında vergilendirmede belirlilik ve idarenin kanuniliği ilkelerinin de ihlali anlamını taşımaktadır.

Çalışmanın konusunu teşkil eden yurt dışında gerçekleştirilen inşaat ve ilişkili yapım işlerinin faydalandığı istisna hükmünün vergi yükünün adil ve dengeli dağılımına, gelirin ve servetin vergilendirme yoluyla yeniden dağıtılmasına, mali güce göre vergilendirme ilkelerine ya da devlet desteği ile ekonomik kalkınma hedeflerine göre değerlendirilmesi mümkündür. Vergi matrahının genişletilmesi, verginin tabana yayılmasına, vergi harcamalarını azaltarak kamu gelirinin artırılmasına ya da dış ticaret açığının azaltılmasına yönelik çabalar da bu değerlendirmelerde dikkate alınabilecek hususları teşkil etmektedir. Bu değerlendirmeler neticesinde söz konusu istisna hükmünün uygulamadan kaldırılması, kapsamının

daraltılması gerektiği ya da hükmün kapsamının genişletilmesi ve uygulamasının kolaylaştırılması gerektiği öne sürülebilecektir. Ancak yerindelik değerlendirmesi taşıyan bu tartışmalar, hükmü uygulaması gereken vergi idaresi ile vergi yargısı dışında kalan alanda gerçekleştirilmesi gereken tartışmalar niteliğindedir. Söz konusu istisna hükmünü uygulamak üzere yorumlayan merciler, vergilerin kanuniliği ilkesinin ve beraberinde getirdiği kıyas yasağının sınırlarına riayet etmekle yükümlüdür. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (h) bendi uygulamasında, belirtilen sınırları aşan Genel Tebliğ açıklamalarının bu bağlamda ele alınması ve istisna uygulamasının vergilerin ve idarenin kanuniliği ilkelerinin kapsamı içinde kalarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Acar, Mustafa Gürhan. “Genel Tebliğ ve Muktezanın Vergi Hukuku Bakımından Mahiyeti ve Mükellef ile İdare Bakımından Bağlayıcılığı.” *Vergi Dünyası* 2001, S. 242 (Ekim 2001): 122-126.
- Akbulut, Emre. *Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.
- Akdoğan, Abdurrahman. *Kamu Maliyesi*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2023.
- Akdoğan, Abdurrahman. *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2023.
- Akdoğan, Nalan ve Sevilengül, Orhan. *Tekdüzen Muhasebe Sistemi Uygulaması*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2007.
- Akkaya, Mustafa. *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Aktan, Coşkun Can. “Anayasal İktisat ve Vergilemede Hukuki Güvenlik İlkesi.” *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi* 9, S. 2 (2017): 101-116.
- Aktan, Coşkun Can. *Anayasal Vergi Hukuku*. Ankara: Seçkin Kitabevi, 2019.
- Aliefendioğlu, Yılmaz. “Hukuk- Hukukun Üstünlüğü- Hukuk Devleti.” *Ankara Barosu Dergisi* 2001, S.1 (2001): 29-68.
- Aliefendioğlu, Yılmaz. “Türk Anayasası Açısından Vergilemenin Sınırları.” *Danıştay Dergisi*, S. Atatürk’ün Doğumunun 100. Yılı Özel Sayısı (1981): 67-87.
- Argren, Rigmor, editör. *Rule of Law in a Transitional Spectrum*. Uppsala: Iustus förlag, 2024.
- Ayaz, Garip. “Vergilerin Yasallığı İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları.” *Vergi Dünyası* 1996, S. 181 (Eylül 1996): 60-68.
- Balta, Tahsin Bekir. *İdare Hukuku I - Genel Konular*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1970.
- Batrel, Ömer Faruk. “Anayasalarda Vergi Hakkı ve Ödevi, AB Uygulaması ve Türkiye.” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 10, S. 20(Güz 2011): 13-25.
- Baykara, Bekir. “Vergi Kanunları ile İlgili Genel Tebliğler ve İç Genelgelerin Hukuki Anlamı ve Değeri.” *Vergi Dünyası* 2001, S. 242 (Ekim 2001): 25-45.
- Birsenoğlu, Hakan. “Vergi Hukukunda Kıyas Yasağı Yoluyla Hukuk Güvenliği Mi?.” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, S. 3-4 (2003): 157-170.
- Bozdoğanoglu, Burçin, editör. *Maliye Araştırmaları - 4*. Bursa: Ekin Basın-Yayın Dağıtım, 2021.
- Brennan, Geoffrey ve Buchanan, James M. *The Collective Works of James M. Buchanan - The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.
- Bulutay, Tuncer, Soydemir, Selim ve Özkök Çubukçu, Dilek, editör. *Prof. Dr. İsmail Türk’e Armağan*. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 2013.
- Can, Osman. “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış.” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 1-2 (2005): 89-126.
- Çağan, Nami. “Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 1, S. 1 (1984): 171-183.

- Çağan, Nami. *Vergilendirme Yetkisi*. İstanbul: Kazancı Yayınları, 1982.
- Çağan, Nami. “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37 S. 1 (1980): 129-151.
- Çağlayan, Ramazan. “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi.” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, S. 1 (1998): 41-54.
- Çalcalı, Önder. “Kamu Maliyesi Perspektifinden Adam Smith.” *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi* 6, S. 11 (2013): 89-108.
- Çaldağ, Yurdakul ve Ayanoğlu, Yıldız. *Genel Muhasebe*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2017.
- Doğrusöz, A. Bumin. “Vergilendirme Yetkisinin Yasama ve Yürütme Organları Arasında Bölüşümü.” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 6, S.1-3 (1985): 65-76.
- Dursun, Hasan. “Amerika Birleşik Devletleri’nde Vergide Kanunilik İlkesi ve Alınacak Dersler.” *Anayasa Yargısı* 36, S. 2 (2019): 167-251.
- Edizdoğan, Nihat ve Çelikkaya, Ali. *Vergilerin Ekonomik Analizi*. Bursa: Dora Basım 2010.
- Enache, Cristina. “Corporate Tax Rates around the World 2022.” Tax Foundation, 13.12.2022, <https://taxfoundation.org/data/all/global/corporate-tax-rates-by-country-2022/> Erişim Tarihi: 30.04.2024.
- Ferguson, David. “No Taxation Without Representation!!! (and only if both can be within the bounds of our legislative control).” *Fairmount Folio: Journal of History* 13, (2011): 13-25.
- Furtun, İdris Hakan. *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma- Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Gerçek, Adnan ve Bakar, Feride. “Vergilemede Kanunilik İlkesi Açısından Anayasa’nın 73/4. Maddesi ile Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesinin Değerlendirilmesi.” *International Journal of Public Finance* 2, S. 1 (2017): 7-26.
- Gerçek, Adnan. *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2006.
- Gök, A. Kerim. “Vergi Direncinin Gelişimi.” *Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 22, 1 (2008): 143-163.
- Gökbunar, Ali Rıza. “Vergileme İlkeleri ve Küreselleşme.” *Celal Bayar Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Yönetim ve Ekonomi Dergisi* 4, S. 1 (1998): 1-23.
- Göker, Cenker. “Vergi Kanunlarında Maliye Bakanlığı’na Verilen “Usul ve Esasları” Düzenleme Yetkisinin Yeni Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı Kapsamında Değerlendirilmesi.” *Vergi Sorunları Dergisi* 2013, S. 299 (Ağustos 2013): 60-66.
- Göker, Cenker. “Vergilerin Yasallığı İlkesi Kapsamında Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Üzerine.” içinde *Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan - Cilt II*, 1033-1050. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2009.
- Gözler, Kemal. “İngiltere’de Parlamento Neden ve Nasıl Ortaya Çıktı?: Mali Hukukun Anayasa Hukukundan Eskiliği Üzerine Bir Deneme.” içinde *Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan - Cilt II*, 365-374. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2009.
- Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018.
- Günday Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2017.

- Güneş, Gülsen. *Verginin Yasallığı İlkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Güneş, Gülsen. "Verginin Anayasal Temelleri, İdarenin Temelsiz Tasarrufları ve Anayasaya İlişkin Bazı Öneriler." *Vergi Sorunları Dergisi* 2008, S. 237-Haziran (2008): 163-178.
- Güneş, Turan. *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1965.
- Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2016.
- Gürpınar, Bünyamin ve Yıldız, Fazlı. "Türk Anayasal Sistemindeki Vergilendirme İlkelelerinin Anayasa Mahkemesi Kararları Perspektifinden Analizi." içinde *Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan - Cilt II*, 862-886. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2009.
- Hayrulloğlu, Betül. *Türk Vergi Yargısında Kıyas Yasağı İlkesi*. İzmir: Vergi Raporu Dergisi, 2016.
- Kaneti, Selim. *Vergi Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1986/1987.
- Kaneti, Selim. "Vergi Usul Kanunu'ndaki Boşlukların Yargı Tarafından Doldurulması." içinde *Makaleler*, yaz. Selim Kaneti (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011): 267-284.
- Kaneti, Selim. *Makaleler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Kaneti, Selim, Ekmekci, Esra, Güneş, Gülsen ve Kaşıkçı, Mahmut. *Vergi Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Karahanogulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2012.
- Karakoç, Yusuf. *Genel Vergi Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Karakoç, Yusuf. *Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Karakoç, Yusuf. "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, S. Özel Sayı (2013): s. 1259-1308.
- Kırbaş, Sadık. *Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2015.
- Kristoffersson, Eleonor ve Kristoffersson, Magnus. "The Principle of the Legality of Taxation and the Rule of Law." içinde *Rule of Law in a Transitional Spectrum* ed. Rig-mor Argren (Uppsala: Iustus förlag, 2024): 177-186.
- Lymar, Andrew ve Oats, Lynne. *Taxation: Policy and Practice*. Birmingham: Fiscal Publications, 2017.
- Öncel, Mualla, Kumrulu, Ahmet, Çağan, Nami ve Göker, Cenker. *Vergi Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2023.
- Öner, Cihat. *Vergi Hukukunda İşyeri*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2016.
- Öz, Ersan. *Vergilendirmede Kanunilik ve Türk Vergi Sistemi*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2004.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Özdiler Küçük, Eda. "Vergi Muafiyet ve İstisnaları Bakımından Yasa Koyucunun Takdir Yetkisinin Sınırları." içinde *Prof. Dr. İsmail Türk'e Armağan*, editör Tuncer Bulutay, Selim Soydemir, Dilek Özkök Çubukçu, 609-624. Ankara: Mülkiyeliler Birliği Yayınları, 2013.

- Özker, Ahmet Niyazi ve Biniş, Mine. “Mali Kurallar ve Bir Vergi Anayasası Yaklaşımı.” *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi* 1, S. 1 (2009): 39-61.
- Saban, Nihal. *Vergi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.
- Saban, Nihal. “Anayasa Tartışmalarında Vergi Ödevi.” *Vergi Mükellefinin Haklarını Koruma Derneği* 16, (2012): 1-6.
- Saraçoğlu, Fatih, Pürsünlerli Çakar, Elif ve Ömercioğlu, Abdullah. *Vergi Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2022.
- Sarıcaoğlu, Ercan. “Vergi Ödevi ile İlgili Hükümün Anayasadaki Konumu Üzerine Bir Değerlendirme.” içinde *Maliye Araştırmaları - 4*, editör Burçin Bozdoğanoglu, 212-238. Bursa: Ekin Basın-Yayın Dağıtım, 2021.
- Smith, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: The Modern Library, 1937.
- Şenlik, Mehmet. *Açıklamalı-Örneklî İnşaat Muhasebesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Şenyüz, Doğan, Yüce, Mehmet ve Gerçek, Adnan. *Vergi Hukuku Genel Hükümler*. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2022.
- Tanör, Bülent. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1999.
- Tanyılmaz, Kurtar ve Karahan, Murat. “Kalkınma ve İnşaat Sektörü: Türkiye Örneği.” *Ar-dahan Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 3, S. 1(2021): 62- 68.
- Taşdelen, Aziz. “Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59, S. 4(2010): 767-795.
- Taşkan, Yusuf Ziya. *Vergi Yönetiminin Düzenleyici İşlemleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Taylar, Yıldırım, Gök, Özgecan, Demirbaş Aksüt, Burcu ve Artun, Emine Sevcan. *Mükellef Haklarının Korunması Bakımından Hukukî Güvenlik İlkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Tekbaş, Abdullah. “Vergi Kanunlarının Tabi Olduğu Anayasal İlkeler.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, Özel S.(2010): 123-191.
- Tekin, Ahmet ve Gümüş, Öner. “1982 Anayasası’nda Yer Alan Vergileme İlkelerinin Felsefi Temelleri.” *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 39, (2014): 243-258.
- Thuronyi, Victor. *Comparative Tax Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Türk, İsmail. *Kamu Maliyesi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1996.
- Üstün, Ümit Süleyman. “Maliye Bakanlığının Vergi Kabahatlerini Belirleme Yetkisi.” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, S. 1-2 (2011): 25-57.
- Üstün, Ümit Süleyman. “Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, S. 1 (2006): 217-285.
- Üstün, Ümit Süleyman. “Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 1-2 (2003): 251-271.
- Yılmaz, Elif. “Uzlaşma Müessesesinin Hukuki ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, S. 1-2 (2009): 321-351.
- Yılmaz Furtuna, Elif. “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Vergilendirme Yetkisinin Hukuki Sınırları ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, S. 3 (2021): 431-472.

Yiğit, Uğur. *Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi*. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2008.

Yokuş, Sevtap. *Türkiye’de Yürütme Erkinde Değişen Dengeler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

Yürekli, Sabahattin. “Bakanlar Kurulu’nun Vergilendirme Yetkisi.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S. 2 (1997): 281-292.

Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku Cilt 1*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

İnternet Kaynakları

Gelir İdaresi Başkanlığı. “2023 Yılı Vergi Harcamaları Raporu.” Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2024. https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/Vergi_Harcamalari_Raporu/Vergi_Harcamalari_Raporu_2023.pdf.

Gelir İdaresi Başkanlığı. “Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları.” Erişim Tarihi: Nisan 27, 2024. <https://www.gib.gov.tr/cifte-vergilendirmeyi-onleme-anlasmalari>.

OECD. “Statutory Corporate Income Tax Rates.” Erişim Tarihi: Mayıs 1, 2024. https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CTS_CIT.

pwc. “Quick Charts- Corporate Income Tax (CIT) Rates 2024.” Erişim Tarihi: Nisan 30, 2024. <https://taxsummaries.pwc.com/quick-charts/corporate-income-tax-cit-rates>.

Türk Dil Kurumu Sözlükleri. “Güncel Türkçe Sözlük.” Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024, <https://sozluk.gov.tr/>.

Türkiye İstatistik Kurumu. “Yıllık Gayrisafi Yurt İçi Hasıla, 2022,31 Ağustos 2023.” Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Yillik-Gayrisafi-Yurt-Ici-Hasila-2022-49742>.

Türkiye İstatistik Kurumu. Yıllık Gayrisafi Yurt İçi Hasıla, 2021, 31 Ağustos 2022, Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Yillik-Gayrisafi-Yurt-Ici-Hasila-2021-45834>.

Türkiye İstatistik Kurumu. Yıllık Gayrisafi Yurt İçi Hasıla, 2020, 01 Eylül 2021, Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Yillik-Gayrisafi-Yurt-Ici-Hasila-2020-37184>.

Türkiye İstatistik Kurumu. İşgücü İstatistikleri, 2023, 25 Mart 2024, Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Isgucu-Istatistikleri-2023-53521>.

Türkiye İstatistik Kurumu. İşgücü İstatistikleri, 2022, 23 Mart 2023, Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Isgucu-Istatistikleri-2022-49390>.

Türkiye İstatistik Kurumu. İşgücü İstatistikleri, 2021, 23 Mart 2022, Erişim Tarihi: Nisan 17, 2024. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Isgucu-Istatistikleri-2021-45645>.

Türkiye Müteahhitler Birliği, Türk Yurtdışı Müteahhitlik Hizmetleri (1972-2021), Şubat 2022, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2024. <https://www.tmb.org.tr/files/doc/1626084864949-ydmh-tr.pdf>.

Mahkeme Kararları

AYM Kararı, Esas No. 1963/4, Karar No 1963/71, 28.03.1963.

AYM Kararı, Esas No: 1967/47, Karar No: 1969/9, 30.01.1969, AYM Kararları Dergisi, S. 8, Erişim Tarihi: Mayıs 6, 2024. https://www.anayasa.gov.tr/media/4927/kd_08.pdf.

AYM Kararı, Esas No: 1977/109, Karar No: 1977/131, 29.11.1977.

- AYM Kararı, Esas No: 2014/144, Karar No: 2015/29, 19.03.2015.
- AYM Kararı Esas No: 2020/30, Karar No: 2013/12, 25.01.2023.
- AYM Kararı Esas No: 2021/5, Karar No: 2023/109, 01.06.2023.
- AYM Kararı Esas No: 2022/110, Karar No: 2023/115, 22.06.2023.
- AYM Kararı, *Türkiye İş Bankası A.Ş.*, Başvuru No: 2014/6192, 12.11.2014.
- AYM Kararı, *Bilnam İşletmecilik ve Ticaret A.Ş. (Eski Unvanı-Bilnam İşletmecilik ve Tic. Ltd. Şti.)*, Başvuru No: 2016/3675, 3.11.2020.
- AİHM 5. Daire *Serkov-Ukrayna Davası*, Başvuru No: 39766/05, K.T. 07.06.2011, Çev.: Ercan Sarıcaoğlu, Erişim Tarihi: 28.04.2024, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1671642>.
- Danıştay 4.D, 20.12.2006, E.2006/2237, K.2006/3102; *Danıştay Dergisi* 37, S. 115 (2007).
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 08.03.2017, E.2016/994, K. 2017/121. (LEXPORA)
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 08.03.2017, E.2016/997, K.2017/122. (LEXPORA)

Özelgeler

- T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, B.07.1.GİB.4.34.16.01-KVK 5-1346 Sayılı, 19.08.2011 Tarihli Özelge.
- T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı, 93767041-125[5/h-2014/2]-120 Sayılı, 18.07.2014 Tarihli Özelge.
- T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, 62030549-125[5-2015/98]-16298 Sayılı, 26.02.2016 Tarihli Özelge.
- T.C. Gelir İdaresi Başkanlığı Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı, 93767041-125[5/h-2014/21]-17 Sayılı, 16.03.2016 Tarihli Özelge.

CİNSEL SUÇLARDA DAVRANIŞIN CİNSEL NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ VE CİNSEL ARZULARIN TATMİNİ AMACIYLA İŞLENEN FİİL SORUNU^(*)

Arş. Gör. Dr. Efe Can KARABULAT^(**)

Öz

Bu çalışmada, Türk hukukunda cinsel suçlar bağlamında “cinsel davranış” kavramından ne anlaşılması ve bir davranışın cinsel niteliğinin bulunup bulunmadığının ne şekilde tespit edilmesi gerektiği hususları sorgulanmaktadır. Cinsel davranış, kişiler arası ilişkilerin bağlamından ve toplumun kültüründen önemli ölçüde etkilendiği için, tanımlanması oldukça güç bir kavramdır. Bu itibarla karşılaştırmalı hukukta kanun koyucular ya cinsel davranışı çok detaylı bir biçimde tanımlama ya da hiç tanımlama yoluna gitmişlerdir. Türk hukukunda cinsel suçların tanımlanmaması yoluna gidilmiş, bununla birlikte bir davranışın cinsel davranış olduğunun tespiti için bazı kriterler ortaya konulmuştur. TCK m. 102'nin madde gerekçesinde, cinsel saldırı suçuna vücut verecek olan cinsel davranışların “cinsel arzuların tatmini amacıyla yönelik” olması gerektiği hususu ifade edilmiştir ve bu durum, failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için cinsel suçlarda failin amacının araştırılmasını da gerektirmiştir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında böyle bir subjektif kriterin aranmasının gerekip gerekmediği veya bunun nasıl yapılacağı konusunda bir birlik bulunmamaktadır. Bu çalışmada, cinsel davranışın belirlenmesine yönelik olarak; objektif görüşler, subjektif görüşler ve karma görüşler ele alınmış ve her birinin avantaj ve dezavantajları ortaya konulmuştur. Aynı şekilde Türk doktrin ve uygulamasındaki görüşlere de yer verilmiştir. Doktrinde bu hususta bir görüş birliği olmadığı gibi, mahkeme kararlarının da tutarlı olmadığı görülmektedir. Bu durum, cinsel davranışın yorumlanmasına yönelik olarak henüz yeterli tartışmanın yapılmadığını göstermektedir. Çalışmada, cinsel davranışın belirlenmesinde objektif kriterlerin kullanılması önerilmiş ve bir cinsel davranıştan dolayı failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için failin, failin cinsel arzularının tatmini amacıyla yönelmesi gerektiği savunulmuştur. Aynı zamanda, eğer failin amaç ve saikinin bu anlamda önem taşıdığı kabul edilirse, mevcut sorunları gidermek için alternatif amaç ve saikler önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Cinsel Davranış, Cinsel Saldırı, Cinsel Arzuların Tatmini, Cinsel Suçlar, Ceza Hukuku.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 19.09.2024](#) - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 11.11.2024](#)
[DOI No: 10.54704/akdhfd.1553040](#)

Bu çalışmanın yazımında ve düzeltilmesinde büyük katkıları bulunan Prof. Dr. Gunhild Barbara Godenzi'ye, Dr. Osman Gazi Ünal'a ve Dr. Musa Kaya'ya şükranlarımı sunuyorum.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / Ankara, Türkiye
[E-posta: efe.karabulat@hbv.edu.tr](mailto:efe.karabulat@hbv.edu.tr)
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0002-2181-1692](https://orcid.org/0000-0002-2181-1692)



DETERMINING THE SEXUAL NATURE OF CONDUCT IN SEXUAL CRIMES AND THE PROBLEM OF ACTS COMMITTED WITH THE PURPOSE OF SEXUAL GRATIFICATION

Abstract

This study examines what should be understood by the concept of “sexual behavior” in the context of sexual crimes under Turkish law and how the sexual nature of an act should be determined. Since sexual behavior is significantly influenced by the context of interpersonal relationships and the culture of the society, it is a concept that is difficult to define. In this respect, lawmakers in comparative law have either defined sexual behavior in great detail or not defined it at all. In Turkish law, sexual crimes have not been explicitly defined, but certain criteria have been established for determining whether an act constitutes sexual behavior. The reasoning of Article 102 of the Turkish Penal Code (TPC) states that sexual behavior constituting the crime of sexual assault must be “aimed at the satisfaction of sexual desires,” which has necessitated investigating the perpetrator’s intent in sexual crimes to establish criminal liability. There is no consensus in legal doctrine or Court of Appeals rulings on whether such a subjective criterion is required or how it should be applied. In this study, objective, subjective, and hybrid views on the determination of sexual behavior are discussed, with the advantages and disadvantages of each being analyzed. Views from Turkish legal doctrine and practice are also presented. There is no consensus in the doctrine on this issue, and the court decisions are not consistent. This shows that there has not yet been sufficient discussion on the interpretation of sexual behavior. The study advocates for the use of objective criteria in determining sexual behavior and argues that, for a perpetrator to be held criminally liable for sexual behavior, the act does not need to be aimed at the satisfaction of the perpetrator’s sexual desires. Furthermore, alternative intents and motives are proposed to address the current issues if the perpetrator’s intent and purpose are deemed relevant.

Keywords

Sexual Behavior, Sexual Assault, Sexual Gratification, Sexual Crimes, Criminal Law.

Extended Abstract

This article provides a comprehensive analysis of how sexual behavior is determined in sexual crime cases, focusing particularly on the Turkish legal framework. It begins by examining a case from the Turkish Court of Appeals, where the defendant’s actions—though not intended for sexual gratification—were deemed sexually explicit due to their objective nature, thus violating the victim’s sexual autonomy. The case serves as an important example of the challenge courts face in determining whether actions, not explicitly sexual in intent, can still be classified as sexual behaviors based on their external characteristics and impact on the victim.

A central focus of the article is the debate between subjective and objective criteria in determining whether a particular behavior can be considered sexual in nature. The subjective approach is based on the perpetrator’s intent, emphasizing whether the action was performed with the goal of sexual gratification. In contrast, the objective approach evaluates how an impartial third party would perceive the behavior, focusing solely on the external facts of the case rather than the internal motivations of the defendant. The author argues in favor of the objective approach, suggesting that it offers more consistency and fairness, as it centers on the observable impact of the behavior on the victim rather than the often difficult-to-prove intentions of the perpetrator.

The article also provides comparative analysis by examining legal systems in the United States and Germany, highlighting their distinct methods for defining sexual behavior. In the U.S., many state laws include detailed definitions of sexual acts, such as “sexual contact” and “sexual penetration,” making it easier for courts to classify behaviors as sexual offenses. This clarity helps to eliminate ambiguity and ensures a more straightforward application of the law. In Germany, however, the legal system allows more discretion to judges, who can interpret behaviors on a case-by-case basis, considering the broader context of the situation. These comparative examples illustrate the complexities involved in balancing legal precision with the need for judicial flexibility, depending on the unique circumstances of each case.

While the author strongly advocates for Turkish courts to adopt a primarily objective approach, they also acknowledge that a hybrid system combining both subjective and objective criteria may continue to be used. In such

cases, the article provides suggestions for improving the use of subjective criteria, ensuring that they are grounded in objective evidence. The author argues that subjective evaluations should only be applied if there are clear external indicators of sexual intent, such as actions involving physical contact with sexual organs or other clearly sexual behaviors. This would prevent courts from relying on speculative interpretations of the perpetrator's internal state, ensuring that judgments are based on observable facts rather than assumptions.

Further, the article highlights the need for refinement in the application of subjective criteria, particularly in cases where intent is ambiguous or mixed. It suggests that courts should rely on contextual factors-such as the nature of the relationship between the parties, the setting of the act, and the impact on the victim-when determining whether the behavior was sexual. Grounding subjective evaluations in objective facts would provide a more reliable method for identifying sexual offenses, ensuring that victims are protected even in complex or ambiguous cases.

In its conclusion, the article reaffirms the importance of protecting the victim's sexual autonomy. The author argues that an objective approach is best suited to achieving this, as it focuses on the external impact of the perpetrator's actions rather than their internal motives. However, the article also acknowledges that subjective criteria may continue to play a role in legal judgments, and offers constructive recommendations to refine their application. By ensuring that subjective evaluations are always supported by objective evidence, courts can create a more balanced and fair approach to handling sexual offenses. This balance between subjective and objective criteria would help resolve many of the current tensions in Turkish legal practice related to sexual crimes.

Ultimately, the article advocates for a legal system that protects victims' sexual autonomy by adopting clear, consistent standards that hold perpetrators accountable, regardless of their internal motivations. Whether through the exclusive use of objective criteria or through a hybrid approach, the article calls for a legal framework that prioritizes the protection of sexual autonomy and ensures that any behavior violating this right is appropriately sanctioned.

GİRİŞ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2017/206 E., 2020/21 K. sayılı kararına konu olan olayda, A'nın B'ye bir miktar borcu bulunmaktadır. B, bu borcun tahsil için A ile buluşur ve onu zorla ormana götürür. A borcu ödemeyi kabul eder ise de B işini garantiye almak istediğini söyler ve eğer soyunmazsa onu öldüreceğini söyler. Ciddiyetini göstermek için de yere birkaç el ateş eder. A korkarak soyunur ve B onun fotoğraflarını çeker. B daha sonra penisini çıkararak A'nin eline verir ve bu şekilde de fotoğrafını çeker. Daha sonra kararda "livata pozisyonu" şeklinde anılan bir biçimde de fotoğraflarını çektikten sonra A'yı bırakır.

Olayda, fail B'nin cinsel arzularının tatmini amacıyla değil, alacağının tahsilini kolaylaştırmak için şantaj aracı temin etmek amacıyla gerçekleştirdiği davranışlar söz konusudur. Buna karşılık, gerçekleştirilen davranışların objektif olarak cinsel bir nitelik taşıdığı ve failin bu durumu bilerek hareket ettiğinde kuşku bulunmamaktadır. Bu davranışların mağdur A'nın cinsel dokunulmazlığını ihlal ettiği de muhakkaktır. Mezkur olayın da aralarında bulunduğu bu tür durumlarda cinsel saldırı suçunun oluşup oluşmadığı konusunda, yargı mercileri farklı yönlerde kararlar verdiği gibi, doktrinde de bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Cinsel davranışların ve cinsel davranış dolayısıyla failerin ceza sorumluluğunun objektif ölçütlere göre mi yoksa subjektif ölçütlere göre mi belirlenmesi gerektiği konusu hem Türk doktrininde hem de karşılaştırmalı hukukta halen tartışmalı bir konu olmayı sürdürmektedir. Bu görüşler kendi içlerinde ayrıştıkları

gibi, subjektif ve objektif ölçütleri birbirinden farklı şekillerde bir araya getiren çok sayıda farklı karma görüş de bulunmaktadır. Bu görüşlerden biri benimsendiğinde dahi, ilgili ölçütlerin ne şekilde uygulanması gerektiği de ayrıca tartışılması gereken bir konu olarak karşımızda durmayı sürdürmektedir. Bu nedenle, yukarıdaki karara konu olan olayın da aralarında bulunduğu çok sayıda farklı ihtimal bakımından karşılaşılan sorunları çözebilecek bir çalışma yapma gereği hasıl olmuştur.

Türk doktrininde yazarların, cinsel saldırı suçuna ilişkin açıklamalarında, bu hususta genellikle bir görüşü açıkça benimsemeyi tercih ettiklerini, bununla birlikte bu görüşleri gerekçelendirmediklerini müşahade etmekteyiz. Bu konu, hala genellikle birkaç cümleyle değinilen ve üzerinde fazla durulmayan bir kararlık nokta hüviyetindedir¹. Konuya ilişkin erişebildiğimiz yegâne detaylı inceleme *Taner*'in *Türk Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* başlıklı eserinde yer almakta olup², yazarın İtalyan kaynaklarından yola çıkarak konuyu ele aldığı görülmektedir. Biz ise konuyu gerek Kıta Avrupası gerekse Anglo-Amerikan doktrin ve uygulamasına yönelik kaynaklar ile ele alarak literatürdeki eksikliği gidermeyi ve tartışmayı genişletmeyi hedeflemekteyiz.

Bu noktada, çalışmanın önemli bir sınırlılığından bahsetmek gerekmektedir. Cinsel suçların konusunu oluşturabilecek cinsel davranışın tanımlanabilmesine ilişkin sorunların en önemlilerinden biri, “cinsel” olanın ne olduğunun tarif edilebilmesidir. Bu anlamda, iki insan arasındaki her temasın; o toplumun kültürü, içinde bulunulan gruba ilişkin alt-kültürü, insanlar arası ilişkileri, ilişkilerin sosyal bağlamını, her iki tarafın psikolojisini, duyum ve algılamalarını da hesaba katarak değerlendirmek gerekir. Bu konunun çok önemli olduğunu kabul etmekle birlikte, monografi boyutunda incelenmesi gereken ve esasen ceza hukukundan çok sosyoloji ve antropolojinin konusunu oluşturan bu meseleyi bu çalışmada tamamen inceleme dışında bırakacağız³. Bizim ele almayı hedeflediğimiz temel sorun, objektif olarak cinsel davranışın mevcut olduğu ancak failin cinsel arzusunu tatmin amacı taşımadığı durumlarda benimsenmesi gereken çözüm yöntemidir.

Nihayet belirtmek gerekir ki, cinsel taciz fiilleri tümüyle çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır. Esasen, suçun unsurları arasında “cinsel amaç”tan açıkça söz edilmesi karşısında, bu fiillerin de çalışma bağlamında inceleme konusu yapılması gerektiği düşünülebilir. Buna karşılık, bu çalışmada incelenecek

¹ Benzer eleştiriler için bkz. Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), 97.

² Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 94-109.

³ Bu hususta bilgi kaynakları için bkz. Birgitta Wrede, Was Ist Sexualität? Sexualität als Natur, als Kultur und als Diskursprodukt, in: *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, Ed. Christiane Schmerl, Stefanie Soine, Marlene Stein-Hilbers, Birgitta Wrede, 25-43, (Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften Wiesbaden, 2000); Alan H. Goldman, “Plain Sex,” *Philosophy & Public Affairs* 6 S. 3 (1977): 267-287.

olan konunun *cinsel davranış* olması; bir başka deyişle, cinsel tacizi cinsel suçlardan ayıran temas unsurunun ve bu temasın mahiyetinin değerlendirme konusu olması, cinsel taciz fiillerinin kapsam dışında bırakılmasını gerektirmiştir. Kanaatimizce, duygu ve düşünce ifadelerinin cinsel niteliği ve bu bağlamda cinsel taciz veya bağlantılı diğer suçları oluşturup oluşturmayacağı müşahhas bir çalışmayı gerektirmektedir.

I. CİNSEL DAVRANIŞLARIN BELİRLENMESİ SORUNU

Bir davranışın cinsel suçlara vücut vermesi, tanım gereği öncelikle o davranışın *cinsel bir davranış* olmasını gerektirmektedir. Her ne kadar, her bireyin zihninde cinsel davranışın ne olduğuna dair genel bir şablon bulunmakta ve bireyler cinsel olan ve olmayan davranışları genel olarak ayırt edebilmekte ise de; “cinsel davranış”ı tanımlamak, ilk bakışta görüldüğünden çok daha güç bir iştir. “Cinsel davranış” kavramının tanımlanmasında ve bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği konusundaki güçlüğü temel sebebi ise, davranışların cinsel niteliğinin kişiler arasındaki ilişkiye ve kültürel bağlama göre önemli ölçüde değişiklik göstermesidir⁴.

Konunun birbiriyle bağlantılı olarak değerlendirilmesi gereken iki boyutu bulunmaktadır. Birincisi insan cinselliğinin biyolojik yönü, ikincisi ise cinselliğin sosyal bağlamı ve fail psişesindeki izdüşümüdür. Bilindiği üzere cinselliğin, insan vücudunun yapısının bir gereği olarak, belli özellikleri bulunmaktadır. Buna karşılık sorunun yalnızca insan cinselliğinin biyolojik yönü ile çözümlenemeyeceği açıktır. Davranışın sosyal ve psikolojik bağlamı, biyolojik açıdan cinsellikle doğrudan bağlantılı olmayan bir davranışı cinsel davranış haline getirebilirken, doğrudan cinsel organlara ve erojen bölgelere yönelik davranışların cinsel niteliğini yitirmesine de neden olabilir. Nitekim, dışarıdan bakıldığında birbiriyle tamamen aynı olan iki hareketten, birinin cinsel davranış olması, diğersinin olmaması mümkündür⁵.

Bu noktada ortaya çıkan sorun, hangi davranışların *hangi durumlarda* cinsel davranış olarak kabul edileceğidir. İnsan ilişkilerinin kompleks yapısı ve sosyal yaşamda gerek ilişki içinde bulunulan kişilerle gerekse yabancılarla farklı bağlamlarda çok sayıda fiziksel temasın vuku bulması, bu meseleyi oldukça güç bir hale getirmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta kanun koyucuların iki farklı yöntemden birini izledikleri müşahade edilmektedir. Bunlardan ilki, kazuistik bir metotla cinsel

⁴ Aynı yönde Tatjana Hörnle, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, Band 3: §§ 80-184I, (Berlin: C.H. Beck, 2021), StGB § 184h kn 2. Yazara göre, kanunlarda ve mahkeme kararlarında “cinsel davranış”ın tanımlanmasından özellikle kaçınılmasının nedeni de bu değişken ve tarifi zor yapıdır.

⁵ Bu hususta çeşitli örnekler için bkz. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neuman, Hans-Ullrich Paeffgen ve Frank Saliger, *Strafgesetzbuch: StGB*, (Berlin: Nomos, 2023), StGB § 184h kn 3; Hörnle, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 2.

davranışların neler olduğunun hem fizyolojik hem de psikolojik koşullarıyla belirlenmesidir. ABD'nin çok sayıda eyaletinde rastlanan bu uygulamada, cinsel davranışların neler olduğu çok detaylı bir biçimde tanımlanmaktadır. Söz gelimi, Michigan eyalet yasalarında *cinsel temas* (sexual contact⁶) ve *cinsel penetrasyon* (sexual penetration⁷), ayrı ayrı tanımlanmaktadır. Aynı şekilde, Maine eyalet yasalarında *cinsel davranış* (sexual act⁸), *cinsel temas*⁹ ve *cinsel dokunuşun* (sexual touching¹⁰) tanımlanması yoluna gidilmiştir. Bu tanımlar kimi zaman belli bir amaç ve saiki içermekle birlikte, kural olarak yalnızca dış dünyaya yansıyan davranışları ifade etmektedir.

İngiliz hukukunda daha farklı bir metodun takip edildiği görülmektedir. Konuyu düzenleyen *Cinsel Suçlar Kanunu*'nda cinsel suçlar bakımından, failin eyleminin cinsel bir nitelik taşıması gerektiği kanunda belirtilmekte ("cinsel penetrasyon" bakımından m. 2, "cinsel temas" bakımından m. 3 vb.), bununla birlikte *cinsel* kavramından ne anlaşılması gerektiği, ayrı bir maddede izah edilmektedir (m. 78¹¹).

⁶ **Michigan Sexual Assault Act 520a(q):** "Sexual contact" includes the intentional touching of the victim's or actor's intimate parts or the intentional touching of the clothing covering the immediate area of the victim's or actor's intimate parts, if that intentional touching can reasonably be construed as being for the purpose of sexual arousal or gratification, done for a sexual purpose, or in a sexual manner for:

- (i) Revenge.
- (ii) To inflict humiliation.
- (iii) Out of anger."

⁷ **Michigan Sexual Assault Act 520a(r):** "Sexual penetration" means sexual intercourse, cunnilingus, fellatio, anal intercourse, or any other intrusion, however slight, of any part of a person's body or of any object into the genital or anal openings of another person's body, but emission of semen is not required."

⁸ **Maine Penal Code 251-C:** "Sexual act" means:

- (1) Any act between 2 persons involving direct physical contact between the genitals of one and the mouth or anus of the other, or direct physical contact between the genitals of one and the genitals of the other;
- (2) Any act between a person and an animal being used by another person which act involves direct physical contact between the genitals of one and the mouth or anus of the other, or direct physical contact between the genitals of one and the genitals of the other; or
- (3) Any act involving direct physical contact between the genitals or anus of one and an instrument or device manipulated by another person when that act is done for the purpose of arousing or gratifying sexual desire or for the purpose of causing bodily injury or offensive physical contact."

⁹ **Maine Penal Code 251-D:** "Sexual contact" means any touching of the genitals or anus, directly or through clothing, other than as would constitute a sexual act, for the purpose of arousing or gratifying sexual desire or for the purpose of causing bodily injury or offensive physical contact."

¹⁰ **Maine Penal Code 251-G:** "Sexual touching" means any touching of the breasts, buttocks, groin or inner thigh, directly or through clothing, for the purpose of arousing or gratifying sexual desire."

¹¹ **Sexual Offences Act 2003, 78:** "For the purposes of this part (...) penetration, touching or any other activity is sexual if a reasonable person would consider that-

- (a) whatever its circumstances or any person's purpose in relation to it, it is because of its nature sexual, or
- (b) because of its nature it may be sexual and because of its circumstances or the purpose of any person in relation to it (or both) it is sexual."

İkincisi ise cinsel davranışı tanımlamayarak, bu hususu yargı organına ve doktrine bırakmaktır. Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu, Almanya^{12,13}, İsviçre¹⁴, İspanya¹⁵ gibi çok sayıda ülkenin ceza kanunlarında cinsel davranış tanımlanmamıştır. Belirtmek gerekir ki cinsel davranışın tanımlanmadığı ceza kanunlarında dahi, bazı davranışların (genellikle “cinsel ilişki” ya da “organ veya sair cisim sokma” şeklinde) ayrı bir suç tipi ya da cinsel saldırının nitelikli şekli olarak düzenlendiği görülmektedir. Bir başka deyişle, özel olarak cinsel davranışın tanımlanmadığı kanunlarda dahi belli davranışların cinsel davranış olduğu kanun koyucu tarafından öngörülmüştür.

Her iki çözüm şeklinin de kendine has problemleri bulunmaktadır. Cinsel davranışı detaylı bir biçimde tanımlayan hukuk sistemlerinde, bu şekilde zuhur eden davranışların -gerçek anlamda- cinsel bir nitelik taşımadığı durumlar bakımından sorunlar ortaya çıkmakta; cinsel davranışı tanımlamayan hukuk sistemlerinde ise cinsel davranışın nerede başlayıp nerede bittiğinin yorumlanması güçleşmektedir.

Bu sorunun çözümü için farklı görüşler ortaya atılmış olup; bunlar genel olarak *objektif görüşler*, *subjektif görüşler* ve *karma görüşler* olmak üzere üç grupta toplanabilir.

A. CİNSEL DAVRANIŞIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

1. Objektif Görüşler

Cinsel davranışın belirlenmesinde objektif görüş, cinsel davranış kavramını, failin amaç ve saikinden bağımsız olarak, objektif ölçütlere göre açıklayan düşüncelerin genel ismidir. Bu görüşlerin “objektif” olarak adlandırılmasının sebebi; bir davranışın cinsel davranış olup olmadığının, olaya dışarıdan bakan bir üçüncü kişinin gözüyle, objektif olarak değerlendirilmesini gerektirmesidir¹⁶. Bu durumda, değerlendirme yalnızca dış dünyaya yansıyan olgular üzerinden yapılacak, failin iç dünyasına münhasır olan hususlar değerlendirme dışında bırakılacaktır.

Buna göre, bir davranış, eğer üçüncü kişinin gözüyle cinsel bir nitelik taşımıyorsa, failin subjektif durumunun suçun oluşumu bakımından bir önemi yoktur ve cinsel saldırı suçunun tipikliği oluşmayacaktır¹⁷. Örneğin bir kişinin arkadaşının koluna yalnızca dokunması, o bunu cinsel arzularını tatmin amacıyla yapmış

¹² AICK, m. 184.

¹³ Esasen Alman Ceza Kanunu'nda “cinsel davranış” ibaresine yer verilmesi bile nispeten yeni bir olgudur. Bu hususta daha geniş bilgi ve tarihçe için bkz. Hörnle, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 1.

¹⁴ İsCK, m. 189-194.

¹⁵ İspCK, m. 178-184.

¹⁶ Beatriz Corrêa Camargo ve Joachim Renzikowski, “The Concept of an “Act of a Sexual Nature” in Criminal Law,” *German Law Journal* 22, (2021): 753-768, 756.

¹⁷ Garonne Bezjak, “Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers,” *Kritische Justiz* 49, S. 4, (2016): 557-571, 568; Kindhäuser, Neumann, Paeffgen ve Saliger, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 2; Bernd Heintschel-Heinegg ve Hans Kudlich, *Strafgesetzbuch: StGB*, (Beck'scher Online-Kommentar, 2024), StGB § 184h kn. 3.

ve hatta gerçekten tatmin olmuş olsa bile, cinsel saldırı suçunun tipikliğine vücut vermeyecektir.

Aynı şekilde, objektif olarak cinsel olan bir davranış, sırf fail cinsel amaçla hareket etmiyor diye, cinsel olmaktan çıkmaz. Örneğin, tıbbi bir gereklilik olmadığı halde, bir kişinin cinsel organına kateter takan kişi, eğer bu davranışın cinsel niteliğine ilişkin bilgiye de sahipse, cinsel bir davranışta bulunmuş olmaktadır¹⁸. Aynı şekilde, para karşılığı seks hizmeti veren veya dans klübünde striptiz yapan bir kişi, cinsel tatmin amacıyla hareket etmediği ve bunları para için yaptığı halde, davranışlarının birer cinsel davranış olarak kabul edilmesi gerektiğinde kuşku yoktur^{19,20}.

Belirtmek gerekir ki, cinsel suçlara ilişkin olarak failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi, hiç şüphesiz failin kasten hareket etmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda kast, failin işlediği fiilin objektif cinsel niteliğini bilmesini de kapsamaktadır. Yani eğer fail, işlediği fiilin cinsel bir nitelik taşıdığını bilmiyor ise, kasten hareket etmiş olmayacaktır. Buna karşılık, bu hususta bilgiye sahip ise, hangi amaçla hareket ettiğinin bir önemi yoktur. Bu hususun bir örnekle açıklanması yararlı görülmüştür:

Alman Yüksek Mahkemesi, bir çocuğu yakalayıp yere yatırdıktan sonra sırasıyla anüsüne ve rektumuna hortumla su basan failin, cinsel bir davranışta bulunduğunu kabul ederek, çocukların cinsel istismarı suçundan dolayı cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, olayın koşulları; bu bağlamda çocuğun çıplak olması, failin söz ve davranışlarının cinsel organlara yönelik bulunması, failin çocuğun üzerine çıkması gibi faktörler dolayısıyla güçlü bir cinsel nitelik arz eder. Her ne kadar, olayın gerçekleştiği yer, mağdurun annesinin ve kardeşlerinin de ortamda bulunması, olayın bir oyun olarak başlaması gibi faktörler, failin cinsel tatmin amacıyla hareket etmediğini göstermekteyse de, failin sorumluluğuna gidilebilmesi için [tatmin amacının ispatı gerekmiyep] failin, davranışının cinsel niteliğini biliyor olması yeterlidir²¹.

Buna karşılık Alman doktrininde, bir kadının vajinasında saklı olduğu düşünülen paranın veya maddenin aranması için belli davranışlarda bulunulması halinde bu davranışın (cinsel bir davranış olmakla birlikte) cinsel suçlara vücut vermeyeceği örneği verilmektedir²². Zira bu örnekte fail, kadının vajinasına tama-

¹⁸ Heintschel-Heinegg ve Kudlich, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 3.

¹⁹ Adolf Schönke ve Horst Schröder, *Strafgesetzbuch: StGB*, (Berlin: C.H. Beck, 2019), StGB § 184h kn. 8.

²⁰ Hatta, bu davranışlar, kişinin üçüncü kişilerin cinsel uyarımı ya da cinsel arzularının tatmini amacıyla hareket etmesi dolayısıyla, cinsel niteliğini tartışmasız bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu durumun failin kendisinin değilse bile başkalarının "cinsel arzularının tatmini" amacıyla hareket etmesi, subjektif ölçütler uyarınca fiilin niteliğini değiştirmeli midir? Bu konuya ilgili görüşler açıklandıktan sonra örnekler üzerinden yeniden değinilecektir.

²¹ BGH NSStZ-RR 2022, 244.

²² Karl Lackner, Kristian Kühn ve Martin Heger, *Strafgesetzbuch: StGB*, (Berlin: C.H. Beck, 2023), StGB § 184h kn 4.; Kindhäuser, Neumann, Paeffgen ve Saliger, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 2.

men cinsellikten bağımsız bir nedenle temas etmektedir ve olayın bağlamı, böyle bir teması makul göstermektedir.

Bu noktada önemle altı çizilmelidir ki, fiilin **objektif cinsel niteliği** kast kapsamındadır. Failin kendi iç dünyası ve yargılarına göre bir fiilin cinsel nitelikte olup olmadığı bu bağlamda önem arz etmez. Bu bağlamda failin “şaka” yapması, salt acı verme amacıyla ya da intikam saikiyle hareket etmesi ve bu bağlamda fiilini cinsel bir davranış olarak addetmemesi, cinsel suçlar bakımından kasten hareket etmediği anlamına gelmez²³.

Bir davranışın olaya dışarıdan bakan üçüncü kişinin gözüyle nasıl cinsel davranış olarak anlaşılacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Bu nedenle objektif görüşler, cinsel davranışların belirlenmesinde kullanılacak ölçütlerin neler olduğuna göre alt dallara ayrılmaktadır.

Bu görüşlerden ilki, objektif ölçütleri en yalın haliyle kabul eden, *natüralist görüştür*. Natüralist objektif görüşe göre, cinsel davranışların neler olduğunun belirlenmesinde tıp biliminin, sosyoloji, psikoloji ve antropolojinin verilerine başvurulmalıdır²⁴. Özel durumlar hariç her insan bakımından aynı olan fizyolojik cinsel uyarım ve fonksiyon mekanizması meselenin tıbbi yönüne tekabül etmekte, toplumdan topluma değişen cinsellik algısı ise sosyolojik ve antropolojik yönünü oluşturmaktadır. Bu itibarla, tarafların amaç ve saikinden bağımsız olarak, aynı kültürü benimseyen bir toplum için objektif bir cinsel davranış örüntüsü oluşturulabilir²⁵.

Natüralist objektif görüşe yöneltilen en önemli eleştiri, bu yaklaşıma göre cinsel suçların yalnızca belli vücut bölgelerine yönelik temaslara işlenebilmesinin mümkün olması ve bu nedenle cinsel suçlara ilişkin hukuki korumayı çok sınırlı bir düzeyde tutmasıdır²⁶.

Natüralist görüşe ilişkin temel sorunlardan biri de, cinselliği ve cinsel davranışı tanımlamaktaki indirgemeci yaklaşımıdır. Cinsellik, cinsel organlar ile sınırlı²⁷ ve yalnızca üreme amacına matuf bir faaliyet değildir²⁸. Bu itibarla cinsel davranışın, cinsel organlarla, hatta daha geniş bir tanımlamayla erojen bölgelerle sınırlandırılması, bizatihi psikolojik gerçekliğe aykırıdır.

²³ Hörnle, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 7.

²⁴ Bu hususta bkz. Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 99 vd.

²⁵ Taner, eserinde *Cadoppi*'nin İtalyan toplumu için oluşturduğu cinsel davranış örüntüsünü şöyle aktarmaktadır: “Cinsel davranış, bir kişinin vücudunun herhangi bir kısmının partnerinin genital (kadının göğüslerini de içine almak kaydıyla), anal veya oral bölgeleriyle temasıdır. Bu bölgeler dışında ortaya çıkan temaslara şehvi olarak nitelendirilebilirse de, kesin olarak cinsel olarak nitelendirilemez.” Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 99.

²⁶ Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 100.

²⁷ Cinsel arzu figürünün, onu oluşturan özelliklerden bağımsız, aşkın bir figür oluşuna dair bkz. Thomas Nagel, “Sexual Perversion,” *The Journal of Philosophy* 66, S. 1, (1969): 5-17, 9.

²⁸ Cinselliğin üreyle sınırlı olmadığına, “doğal” bir cinsellik anlayışının güçlüklerine dair Goldman, “Plain Sex,” 272 vd.

Günümüzde natüralist objektif görüşün özellikle *common law* ülkelerinde kullanıldığını görmekteyiz. Yukarıda bazı örneklerini verdiğimiz üzere, pek çok ülke ve eyalet yasalarında cinsel organların birbirleriyle ya da cinsel organların anüs veya ağızla teması veya penetrasyonu cinsel davranış olarak tanımlanması veya İngiliz hukukundaki “doğası itibarıyla cinsel davranış” tanımlaması bu görüşün yansımalarıdır. Bununla birlikte bu düzenlemelere, aşikâr sorunları ve özellikle cinsel suçların kapsamını çok daraltması nedeniyle, mutlaka başka tamamlayıcı ölçütlerle birlikte yasalarda yer verildiğini müşahade etmekteyiz.

İkinci görüşe göre ise, bir davranışın cinsel davranış olup olmadığının objektif olarak tespiti, o davranışın toplum nezdinde genel olarak cinsel bir davranış olarak kabul edilmesiyle mümkündür²⁹. Bir başka deyişle, bir davranışın cinsel davranış olup olmadığı, kültürel bağlamı içerisinde, kamusal konsensüs ile belirlenecektir.

Bu bağlam kuşkusuz toplumdaki topluma ve zaman içerisinde değişecek olmakla birlikte, bazı temel ölçütlerin de ortaya konulabilmesi mümkündür. Cinsel organlara yönelik ya da cinsel organlar ile yapılan temaslarda yanında, diğer davranışların, o davranışın süresi, kaç kez tekrarlandığı, fail ile mağdur arasındaki ilişki, olayın bağlamı ve olayı oluşturan koşullar gibi tümüyle objektif faktörler üzerinden tespit edilebilmesi mümkün olabilecektir³⁰. Objektif görüş taraftarlarından *Hörnle*'ye göre, her duyum (dokunma, işitme, hatta koklama) bir davranışın cinsel niteliğine işaret edebilir nitelikte ise de, kural olarak bir davranışın nasıl görüldüğü, onun niteliğinin belirlenmesinde başat rolü oynayacaktır³¹.

Söz gelimi, tıbbi muayene ve tedaviler, eğer tıp sanatının kurallarına uygun bir biçimde yürütülüyor ise, objektif bir üçüncü kişi bakımından, cinsel olmayan davranışlar niteliğindedir³². Aynı şekilde, bir bebeğe kaşıkla yemek yedirilmesi, küçük bir çocuğun ebeveyni veya emanet edildiği bir üçüncü kişi tarafından soyulması ve yıkanması gibi davranışlar objektif olarak cinsel nitelikli değildir³³. Buna karşılık bu davranışlar, olayın bağlamı, kişiler arasındaki ilişkinin öncesi ve sonrası, olay esnasındaki konuşmalar vb. değerlendirildiğinde, bir anda cinsel davranışlar haline de gelebilirler³⁴.

Örneğin, yaralama niteliğindeki fiiller genellikle cinsel davranışlar olarak değerlendirilmemekle birlikte, olayın bağlamı bu durumu değiştirebilmektedir: Alman Yüksek Mahkemesi, mağdureyi bağladıktan ve ona organ sokmak sure-

²⁹ Heintschel-Heinegg ve Kudlich, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 3.

³⁰ Schönke ve Schröder, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 6; Heintschel-Heinegg ve Kudlich, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 3.

³¹ *Hörnle, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 2.

³² Heintschel-Heinegg ve Kudlich, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 3.

³³ Heintschel-Heinegg ve Kudlich, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 3.

³⁴ *Hörnle, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 3.

tiyle cinsel saldırıda bulunduktan sonra, bacaklarına ve kollarına 15 kesik atan ve mağdurenin ağlamasını izlerken “erotik acıdan haz duyuyorsun!” diyen failin, bizatihi kesik atma fiillerinin de objektif olarak cinsel davranış olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme’ye göre bu fiilin kendisine öngelen cinsel saldırı fiiliyle doğrudan bağlantısı ve failin bu esnada sarf ettiği sözler, fiilin objektif cinsel niteliğini ortaya koyar niteliktedir³⁵.

Objektif görüşlere ilişkin en önemli sorun, anlamının yalnızca içinde bulunduğu bağlama göre belirlenmesinin mümkün olduğu çift anlamlı fiillerdir (*ambiguous acts/ambivalenten Handlungen*). Genellikle cinsel organlara yönelik fiillerden müteşekkil olan bu davranışların cinsel davranış olup olmadığı, yalnızca failin subjektif durumu bilinmekle anlaşılabilir.

Söz gelimi, muayene sırasında tahrik olan ve işini yaptığı sırada muayeneyi cinsel arzularının tatmini amacıyla da kullanan bir jinekoloğun veya sünnetçinin davranışlarının gerçek mahiyetini, eğer muayenenin gereği olmayan davranışlarda bulunmuyor ise, dışarıdan bakarak anlayabilmek mümkün değildir³⁶.

Kimi durumlarda ise, açık bir cinsel nitelik taşımayan bir fiil, failin subjektif durumu itibarıyla cinsel bir davranışa vücut verebilir. Söz gelimi, Alman Yüksek Mahkemesi’nin bir kararında; failin, cinsel fantezi icabı olarak mağduru boğarak öldürmesi şeklinde gerçekleşen olayda, boğaz sıkma fiili bizatihi cinsel nitelik arz etmese de, cinsel bir davranış haline gelmiş olmaktadır^{37,38}.

Objektif görüş taraftarları arasında bu hususta bir görüş ayrılığı söz konusudur. Objektif görüşü benimseyen Alman Yüksek Mahkemesi’ne göre, çift anlamlı fiiller bakımından, failin amaç ve saiki de dahil olmak üzere olayın tüm gerçekleşme koşullarını bilen bir objektif üçüncü kişinin değerlendirmesine göre karara varılması gerekir³⁹. Bir başka deyişle, çift anlamlı fiiller bakımından, failin amaç ve saiki şeklinde zuhur eden subjektif ölçütler de hesaba katılacaktır. Bu görüş doktrinde de destek bulmakta ve baskın görüş olarak kabul edilmektedir⁴⁰.

Buna karşılık, Alman doktrininde azınlıkta kalan görüş, bu düşüncüyü eleştirmekte ve böyle bir çözüm şeklinin objektif ölçütten taviz vermek olduğunu öne

³⁵ BGH NSTZ 2002, 431.

³⁶ Örnek için bkz. Camargo ve Renzikowski, “The Concept of an “Act of a Sexual Nature” in Criminal Law,” 756-757.

³⁷ BGH BeckRS 2019, 3301.

³⁸ Altı çizilmelidir ki, söz konusu olay hemen yukarıda verilen örnekten önemli bir farkla ayrılmaktadır: Mağdurenin bacaklarına kesik atma örneğinden farklı olarak bu olayda failin fiili bir cinsel saldırı ile doğrudan bağlantılı değildir ve fail, diğer olayın faili gibi düşüncelerini dışa vuran sözler de etmemiştir.

³⁹ BGH NSTZ-RR 2022, 244.

⁴⁰ Bu yöndeki tespit için bkz. Kindhäuser, Neumann, Paefgen ve Saliger, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 3. Ayrıca bkz. Heintschel-Heinegg ve Kudlich, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 3.

sürmektedir⁴¹. Bu görüşe göre, çift anlamlı fiiller, eğer dışarıdan bakıldığında cinsel niteliği anlaşılmıyor ise, cinsel davranış olarak kabul edilemez ve ceza hukukunun konusunu oluşturamazlar. Failin duyguları ve zihin dünyası, mağdurun cinsel otonomisinin ihlal edilip edilmediğinin belirleyicisi olamaz. Bu itibarla, söz gelimi eğer bir jinekolog yalnızca görevinin gereği olan davranışlarda bulunuyorsa ve cinsel arzularının tatmin olduğuna yönelik bir gösterge de mevcut değil ise, sırf onun iç dünyasındaki duygu ve düşünceler dolayısıyla cezalandırılması zaten doğru değildir⁴².

Her iki görüşten de belli unsurları alan üçüncü bir çözüm şekline göre ise, *çift anlamlı fiiller* ile *objektif olarak cinsel nitelik taşımayan fiiller* (objektiv neutrale Handlungen) birbirinden ayrılmalıdır. Bunlar arasında yalnızca çift anlamlı fiiller bakımından failin amaç ve saiki dikkate alınmalı, objektif olarak cinsel nitelik taşımayan fiiller bakımından ise yalnızca objektif ölçütlere göre hareket edilmelidir⁴³. Bu görüşe göre objektif olarak cinsel davranış niteliği taşımayan fiiller, gerek fiilin kendisi gerekse bağlamı itibarıyla herhangi bir cinsel nitelik taşımayan fiillerdir ve bu nitelikleriyle çift anlamlı fiillerden ayrılırlar [zira çift anlamlı fiiller gözlemci tarafından her iki şekilde de yorumlanmaya müsaittir]⁴⁴. Bu bağlamda söz gelimi, doktor muayenesi, spor aktiviteleri gibi fiiller; çift anlamlı değil, objektif olarak cinsel nitelik taşımayan fiiller olarak kabul edilmelidir^{45,46}.

Karşılaştırmalı hukukta objektif görüşlerin giderek güç kazanmaya başladığı görülmektedir⁴⁷. Yukarıda örneklendiği üzere Alman Yüksek Mahkemesi kararlarında da objektif görüşün benimsendiği müşahade edilmektedir. Bu bağlamda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, eski içtihatlarından farklı olarak cinsel davranışı objektif biçimde yorumlamaya başlaması da tesadüf değildir. Bu konuya hemen aşağıda karar örnekleri üzerinden yeniden değinilecektir.

⁴¹ Schönke ve Schröder, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 9.

⁴² Schönke ve Schröder, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 10, Literatür bilgisi için ayrıca bkz. Camargo ve Renzikowski, "The Concept of an "Act of a Sexual Nature" in Criminal Law," 757, dn. 26-28.

⁴³ Hörnle, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 4.

⁴⁴ Hörnle, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 4.

⁴⁵ Hörnle, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 4.

⁴⁶ Objektif olarak cinsel nitelik taşımayan fiillerin tasnifi noktasında, fiilin kendisi ve bağlamı **ortak** bir değerlendirmenin konusudur. Bu açıdan, gerek doktor muayenelerinin gerekse spor faaliyetlerinin bağlamından ayrı değerlendirilmesi halinde objektif olarak cinsel nitelik taşıyan unsurları bünyesinde barındırması şüphesiz mümkündür. Bununla birlikte, bu fiiller bir spor faaliyeti veya spor müsabakası kapsamında gerçekleştiğinden, objektif gözlemci için herhangi bir cinsel unsur içermemekte ve gözlemcinin zihninde bu eylemin cinsel bir niteliğinin bulunduğu yönünde bir şüphe uyandırmamaktadırlar. Çalışmanın sayın hakemine bu hususun vuzuha kavuşturulmasındaki katkısı nedeniyle şükranlarımızı sunuyoruz.

⁴⁷ Bezjak, "Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers," 568; Camargo ve Renzikowski, "The Concept of an "Act of a Sexual Nature" in Criminal Law," 755; Heintschel-Heinegg ve Kudlich, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 3; Lackner, Kühl ve Heger, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 2; Hörnle, *Münchener Kommentar zum StGB: Strafgesetzbuch*, StGB § 184h kn 2.

Bazı kanunlarda, cinsel davranışın belli fiiller şeklinde objektif olarak tanımlandığı müşahade edilmektedir. Bu metodun benimsendiği durumlarda, failin amaç ve saiki ne olursa olsun, davranışın cinsel bir davranış olduğu ve şartları varsa cinsel saldırı suçunun oluşacağı kabul edilmektedir. Yukarıda bu hususa dair Anglo-amerikan hukukundan sair örnekler verilmiştir.

Alman Ceza Kanunu'nda da cinsel suçlar, objektif görüş doğrultusunda düzenlenmiştir. Bu bağlamda, aşağıda ele alınacak olan bir istisna haricinde, cinsel suçlarda failin amaç ve saiki dikkate alınmamaktadır. Bir başka deyişle, fail gerek cinsel arzularının tatmini gerekse başka bir amaç ve saik ile hareket etmiş olsun, eğer gerçekleştirdiği fiil bir cinsel davranış ise ve cinsel suçlara ilişkin normların tipikliği gerçekleşmiş ise, failin ceza sorumluluğuna gidilecektir⁴⁸.

Türk hukukunda cinsel saldırı suçunun organ veya sair cisim sokma şeklinde işlenen nitelikli şekli (TCK m. 102, f. 2) objektif görüşe göre kaleme alınmıştır. Bununla birlikte ilgili düzenleme çok sayıda eleştiriye de hedef olmuştur: Suçun temel şekli bakımından subjektif bir ölçüt arandığı halde nitelikli şekilde objektif görüşün benimsenmesi gibi⁴⁹, her ne kadar nitelikli hal objektif görüşe göre kaleme alınmış ise de esasen cinsel davranışın objektif olarak ne anlama geldiğine dair bir belirliliğin bulunmadığı⁵⁰ hususu da eleştirilmektedir.

2. Subjektif Görüş

Subjektif görüş, bir davranışın cinsel davranış olup olmadığının belirlenmesi ya da failin ceza sorumluluğunun tayini bakımından, failin bu davranışta bulunmasındaki amaç veya saiki dikkate alan görüşlerin genel adıdır. Subjektif görüşün taraftarları arasında, dikkate alınması gereken amaç veya saikin ne olması gerektiğine göre çeşitli ayrımlar bulunmakla birlikte, objektif görüşlerin aksine esasen burada tek bir görüşün bulunduğunu söylemek daha doğru olacaktır.

Subjektif görüş, bir davranışın cinsel bir niteliğinin bulunup bulunmadığının yalnızca dış dünyaya yansıyan faktörlerle anlaşılmasının mümkün olmadığını takdir ederek, bir davranışı cinsel davranış haline getiren hususun, failin bu davranışa yüklediği anlam olduğunu kabul etmektedir. Bu anlam ise ya failin bu davranışı gerçekleştirmesini sağlayan itki ya da bu davranışı gerçekleştirmekle erişmeye çalıştığı erek şeklinde; yani amaç ve saik olarak tezahür edebilir⁵¹.

Bu düşüncenin bir yansıması olarak, ceza hukuku sistemlerinde cinsel davranışların neler olduğunun belirlenmesi bakımından birtakım subjektif ölçütlere yer verilmesi yoluna gidilmiştir. Bunlar arasında en yaygın olarak kabul edilenler,

⁴⁸ Bu hususta değerlendirmeler için bkz. Hörnle, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 7.

⁴⁹ Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 104.

⁵⁰ Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 103-104.

⁵¹ Kavramlara ilişkin daha geniş bilgi için bkz. Burak Kılıç, *Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara, 2020), 31 vd.

cinsel arzuların tatmini/cinsel haz alma (sexual gratification) ve cinsel uyarılma (*sexuelle Erregung*) ölçütleridir. Amaç biçiminde tezahür eden bu ölçütlere göre, bir davranışın cinsel davranış olarak kabul edilebilmesi için, failin bu davranışı cinsel uyarılma veya arzularının tatmini amacıyla gerçekleştirmiş olması gerekir. Bu uyarılma veya tatminin yalnızca faile yönelik mi olduğu yoksa mağdura veya bir üçüncü şahsa yönelik olmasının da mümkün olup olmadığı ayrıca farklı uygulamalara konu olmuştur. TCK m. 102, f. 1 bakımından yalnızca failin cinsel arzularının tatmini dikkate alınırken, Alman Ceza Kanunu m. 174, f. 3 hükmünde failin kendisinin ya da mağdurun cinsel uyarımı amacıyla hareket etmesine yer verilmektedir. Bu hususta bazı karar örneklerine aşağıda ayrıca yer verilecektir.

Belirtmek gerekir ki subjektif görüş, yalnızca bir davranışın cinsel davranış olup olmadığının belirlenmesine yönelik bir metottur. Bunun yanında, bazı hallerde failin amaç ve saikinin, davranışın cinsel niteliğinin belirlenmesinde değil, salt ceza sorumluluğunun tayininde de kullanılması mümkündür. Her iki durumda da failin cinsel arzularının fiilen tatmin olup olmadığı, suçun oluşumu bakımından bir önem taşımaz⁵².

Subjektif görüşe yöneltilen temel eleştiri, bu görüşe göre failin ceza sorumluluğunun dış dünyaya yansıyan fiiline göre değil; zihninde oluşan duygu ve düşüncelere göre belirleniyor olmasıdır. Halbuki, failin cinsel dürtüleri ve tercihleri, ceza sorumluluğunun belirleyicisi olamamalıdır⁵³. Kaldı ki her durumda failin amaç ve saiki ilk bakışta anlaşılacak ölçüde açık değildir. Böyle durumlarda failin amaç ve saikini ispat etmek çok güç ve hatta kimi zaman imkansızdır. Aynı eleştiri, mağdur cihetinden de yapılmaktadır: Eğer subjektif görüş kabul edilirse, mağdurun cinsel otonomisinin ihlal edilip edilmediği, failin zihin dünyasına göre belirlenmiş olacaktır⁵⁴.

Subjektif görüşe yöneltilen bir başka önemli eleştiri ise, genellikle cinsel arzuların tatmini bir amaç olarak dikkate alındığından, çok sayıda önemli ve mağdur bakımından cinsel dokunulmazlığı ağır biçimde ihlal eden fiili cinsel davranış kapsamı dışında bırakıyor olmasıdır. Bu konuda klasik örnek, özellikle savaşlarda, bir cezalandırma ve aşağılama amacı olarak, işgalci askerlerin, işgal ettikleri topraklarda mukim olan kadınlara cinsel saldırıda bulunmasıdır⁵⁵. Subjektif görüş-

⁵² *Taner*, eserinde subjektif görüşü eleştirirken "*Failin şehvi hislerinin tatmini gibi gerçekleşmesi tamamen tesadüfe bağlı olan bir hususun cezalandırılması veya suçun tamamlanmasının buna bağlanması söz konusu olamaz.*" tespitinde bulunmaktadır. *Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 108. Bu eleştirinin en azından Türk hukuku bakımından bir anlamının bulunmadığı ifade edilmelidir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla subjektif ölçütleri uygulayan hiçbir hukuk sisteminde de failin şehvi hislerinin **fiilen tatmin olup olmadığı** bir ölçüt olarak kullanılmamaktadır.

⁵³ Bu husustaki eleştiri için bkz. Bezzak, "Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers," 568; Camargo ve Renzikowski, "The Concept of an "Act of a Sexual Nature" in Criminal Law," 759.

⁵⁴ Kindhäuser, Neumann, Paefgen ve Saliger, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 2.

⁵⁵ Camargo ve Renzikowski, "The Concept of an "Act of a Sexual Nature" in Criminal Law," 759.

şe göre, vajinal penetrasyonu içeren ve hatta hamileliğe sebebiyet verebilecek bu fiilin dahi, failin amacı dikkate alınarak cinsel saldırı sayılmaması gerekecektir. Öfke, nefret, aşağılama, tahakküm kurma, intikam alma gibi çok sayıda amaç veya saik ile gerçekleştirilen fiiller, sırf bu nedenle cinsel suçlara ilişkin ceza normlarının koruma alanı dışında kalmaktadır⁵⁶. Aynı şekilde, giriş bölümünde yer verdiğimiz Ceza Genel Kurulu kararına örnek teşkil eden olayların da subjektif görüşün bu anlamdaki zafiyetine iyi bir örnek teşkil ettiği kanısındayız.

Belirtmek gerekir ki, subjektif görüşe yöneltilen diğer eleştiriler saklı kalmakla birlikte, doktrinde sık rastlanan bu son eleştirinin yanlış bir hedefe yöneltildiği kanaatindeyiz. Cinsel davranışın subjektif ölçütlere göre değerlendirilmesi, bir davranışın cinsel davranış olup olmadığı amacına matuf bir inceleme metodudur. Burada kullanılan ölçüt, “cinsel uyarılma” ya da “cinsel arzuların tatmini” olabileceği gibi, başka ölçütler de tercih edilebilir. Ölçütlerin yanlışlığı veya eksikliği, metodun yanlış olduğu anlamına gelmez. Bu eleştiriye serdeden yazarlar, ölçütlerdeki sorunu metoda hamletmektedirler. Bu itibarla vardıkları sonuca kısmen iştirak etmekle birlikte, ilgili örnekler bağlamında sorunun subjektif metot değil, ölçüt olarak “cinsel arzuların tatmini” amacının seçilmesi olduğu kanaatindeyiz.

Subjektif görüşe ilişkin bir başka sorun ise, bu görüşün kabullerinin, failin cinsel açıdan aşırı gelişkin ya da sapkın özellikler göstermesi nedeniyle, toplumun geneli bakımından cinsel bir nitelik taşımayan fiilleri dahi cinsel arzuların tatmini amacıyla gerçekleştirilmesi dolayısıyla cinsel davranış olarak nitelendirilebilecek olmasıdır⁵⁷. Gerçekten de bu durum, en azından bazı failer bakımından cinsel suçların kapsamını ölçüsüzce genişletmekte ve “cinsel davranış”ın temelini oluşturan psikofizyolojik gerçekliğin ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Bu nedenle, genellikle subjektif ölçütlere yer veren kanunlarda bu sorunu ortadan kaldıracak daraltıcı tedbirlere başvurulduğunu müşahade etmekteyiz. Bu konuya aşağıda yeniden değinilecektir.

Türk hukukunda, Türk Ceza Kanunu’nun 102. maddesinin 1. fıkrasında açıkça bir amaç veya saike yer verilmemekle birlikte, madde gerekçesinde failin ceza sorumluluğunun tayini bakımından subjektif bir ölçütün benimsendiğini müşahade etmekteyiz. Aynı şekilde doktrinde de çok sayıda yazar, gerekçe ile uyumlu bir biçimde davranışın failin cinsel arzularının tatmini amacına yönelmesini cinsel saldırı suçunun gerçekleşmesinin bir koşulu olarak mütalaa etmektedirler⁵⁸.

⁵⁶ Bazı örnekler için bkz. Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 108.

⁵⁷ Bu hususta bkz. Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 108.

⁵⁸ Bu hususta örneğin Ersan Şen, Mert Maviş ve Buğra Şahin, *Cinsel Suçlar: Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar (Uygulama ve İçtihat)*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 55; Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 356-357; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 359.

Belirtmek gerekir ki, Alman Ceza Kanunu'nda cinsel suçlarda amaç ve saike genel olarak yer verilmemekle birlikte, istisnai olarak subjektif ölçüte yer verilen bir hüküm de bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu m. 174, f. 3 hükmünde belli davranışların “kendisini veya koruması altında bulunan kişiyi cinsel olarak uyar- mak için” gerçekleştirilmesi halinde cezalandırılacağı öngörülmüştür.

3. Karma Görüşler

Karma görüş, cinsel davranışın tayininde ve failin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde hem eylemin dışarıdan görünüşüne yönelik objektif ölçütlerden hem de failin amaç ve saikini dikkate alan subjektif ölçütlerden yararlanmayı ön- gören görüştür. Bu görüşün taraftarlarına göre, karma görüşün üstünlüğü, objektif ve subjektif ölçütlerde içkin olan eksikliklerin, diğerinden alınacak olan unsurlar- la kapatılabilecek olmasına dayanmaktadır⁵⁹. Gerçekten de, yukarıda da gösteril- diği gibi objektif ve subjektif ölçütlerin kendi başına çözmekte güçlük çektikleri örnek olaylar bulunduğu şüphe yoktur. Bununla birlikte karma görüşün de bu sorunları çözüp çözemeyeceği ve esasen birbiriyle uyumlu birer felsefi temel üzerine kurulu olmayan iki ölçütü nasıl bir araya getireceği ayrıca tartışılması gereken konular olarak karşımızda durmaktadır.

Objektif ve subjektif ölçütlerin ne şekilde bir araya getirilmesi gerektiği ko- nusundaki düşüncelere göre, karma görüşün farklı varyantları ortaya çıkmıştır. Söz gelimi Birleşik Krallık hukukunda cinsel davranışın tanımında karma gö- rüşün, hem objektif hem subjektif ölçütlerin aynı anda kullanılarak birbirini ta- mamlaması biçiminde uygulandığı görülmektedir. Cinsel Suçlar Kanunu'nun 78. maddesine göre, bir davranışın *cinsel* kabul edilmesi, makul bir üçüncü kişinin gözlemine göre:

- i) Olayın koşulları ve tarafların amacı ne olursa olsun, eğer eylem doğası itibarıyla cinsel bir davranış olarak kabul edilmekte ise (*doğal objektif ölçüt*),
- ii) Doğası itibarıyla cinsel olabilecek bir davranışın, gerçekleşme koşulları ve/veya tarafların amacı itibarıyla cinsel bir davranış olarak kabul edilmekte ise (*durumsal objektif/subjektif ölçüt*) söz konusu olur.

Kanunun açıklayıcı notlarında bu hükmün nasıl yorumlanacağına ilişkin daha geniş bilgi verilmektedir⁶⁰: Doğası itibarıyla cinsel davranış, makul gözlem- cinin daima cinsel bir davranış olarak yorumlayacağı hareketlerdir. Bu duruma örnek olarak iki insanın cinsel ilişkiye girmesi verilmiştir. İkinci durumda ise, doğası itibarıyla cinsel olması da olmaması da mümkün olan bir davranış söz konusudur. Bu duruma örnek olarak bir kadının vajinasına parmak sokulması verilmiştir. Olayın koşulları bakımından, söz gelimi failin bir doktor olması ve olayın bir ameliyat sırasında gerçekleşmesi; failin amacı bakımından ise tedavi

⁵⁹ Camargo ve Renzikowski, “The Concept of an “Act of a Sexual Nature” in Criminal Law,” 760.

⁶⁰ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/notes/division/5/1/64>, E.T: 21.11.2023.

amacı mı yoksa cinsel bir amacı mı bulunduğu gibi hususların değerlendirilmesi gerekmektedir. Nihayet, objektif bir gözlemci bakımından her iki gruba da dahil edilmeyecek davranışlar, fail bundan cinsel haz duymuş olsa dahi, cinsel davranış olarak kabul edilemeyecektir. İşaret edilmelidir ki bu açıklamalar, kanaatimizce de haklı olarak, çok kolay çözümlenebilecek örneklerle sınırlı olduğu ve pek çok sorunlu meseleyi açıklığa kavuşturmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶¹.

Karma görüşün taraftarlarından *Camargo ve Renzikowski*'ye göre, bir davranışın cinsel davranış olup olmadığı, objektif bir gözlemciye göre belirlenmelidir. Buna karşılık, yapılan bu tespit, aksi ispat edilebilir bir karine niteliğindedir. Eğer dışarıdan bakıldığında cinsel davranış gibi görünen bir fiil, cinsel amaçla yapılmadığı kanıtlanabiliyorsa cinsel davranış olarak kabul edilmemelidir. Kuşkusuz böyle bir tespit de ancak subjektif ölçütlere göre yapılacaktır⁶². Bu bağlamda failin eylemi, eğer başka bir gerekçe ile (sevgi gösterme, görev icrası vb.) izah edilemiyorsa cinsel davranış olarak kabul edilmelidir. Bu izah ise failin iç dünyasına tekabül eden amaç ve saikine değil; bir bütün olarak, öncesi, sonrası ve failin eylem sırasındaki jest, mimik ve söylemleriyle birlikte, eylemin *subjektif bağlamına* ilişkindir. Eğer failin davranışının, başka bir şekilde izah edilemeyecek cinsel bir çağrışımının bulunduğu tespit edilebiliyorsa, failin amacı cinsel arzularının tatmini olsun ya da olmasın, şartları oluşursa cinsel suçlardan dolayı sorumlu tutulmaları gerekmektedir⁶³.

İtalyan doktrininden mülhem *kişiler arası hukuka aykırı ilişki* düşüncesini savunan *Taner*'e göre⁶⁴; cinsel davranış, doğal değil hukuki bir olgu olarak kabul edilmeli ve cinsel davranışın tayininde yalnızca fizyolojik ölçütler değil; psikolojik, sosyal, kültürel ve patolojik unsurlar da göz önünde tutulmalıdır. Cinsel suçların konusunu oluşturan fiil, tek başına değil, fail ile mağdur arasındaki ilişkinin bir parçası olarak değerlendirilmeli ve mağdurun cinsel özgürlüğünü ob-

⁶¹ Illias Bantekas, "Can Touching Always Be Sexual When There Is No Sexual Intent?," *The Journal of Criminal Law* 72, (2008): 251-258, 256-257.

⁶² Camargo ve Renzikowski, "The Concept of an "Act of a Sexual Nature" in Criminal Law," 763 vd.

⁶³ Yazarlar bu noktada şu örneği vermektedirler: Brezilya'daki bazı ceza infaz kurumlarında hükümlülere çeşitli işkenceler yapılmaktadır. Uygulanan işkence metotları arasında hükümlülerin vajına veya anüslerine cisim sokulması veya penislerine elektrik verilmesi gibi uygulamalar mevcuttur. Bunlardan hiçbirinin işkencecilerin cinsel arzularının tatmini amacıyla yapılmadığı da kabul edilmektedir. Bu durumda, işkencecilerin fiillerinin cinsel saldırı olarak kabul edilecek olmasının sebebi, mağdurlara yapılan işkencenin açık cinsel bağlamıdır. Bu kapsamda olayın koşulları, öncesindeki ve sonrasındaki davranışları, işkence yaptıkları sırada sarf ettikleri sözler vb. değerlendirildiğinde, işkencecilerin mağdurları cinsel açıdan aşağılamak ve cinsel hayatlarını kalıcı olarak akamete uğratmak amacıyla hareket ettikleri anlaşılmaktadır. Camargo ve Renzikowski, "The Concept of an "Act of a Sexual Nature" in Criminal Law," 763 vd.

⁶⁴ *Taner*'in objektif görüşler arasında saydığı kişiler arası hukuka aykırı ilişki tezi, esasen subjektif kriterleri de kullanan bir karma görüştür. Nitekim çalışmanın ilerleyen bölümlerinde kendisi de bu görüşü desteklediğini belirtirken "*objektif görüşleri benimsememize karşın bazı istisnai hallerde ilişkilerin subjektif dinamiklerinin esas alınmasını bir çelişki olarak görmüyoruz*" ifadelerini kullanmaktadır. *Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 112.

jektif olarak ihlal eden bütün davranışlar cinsel davranış olarak kabul edilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken failin amaç ve saiki bir önem arz etmez⁶⁵. Bununla birlikte fail ile mağdur arasındaki ilişkinin bağlamı ve bu ilişkinin içinde davranışların taşıdığı anlam yine subjektif olduğundan, yapılacak olan değerlendirme yine subjektif bir incelemeyi gerektirecektir⁶⁶.

Türk doktrininde ayrıca cinsel davranışın tespit edilmesinde öncelikle objektif ölçütlerin, eğer objektif ölçüt kesin bir sonuç vermiyorsa subjektif ölçütün kullanılması gerektiğine yönelik görüşlere⁶⁷ ve önce objektif ölçütün sonra subjektif ölçütün uygulanmasına yönelik görüşlere de rastlanmaktadır⁶⁸.

Esasen objektif görüşü benimseyen *Lackner, Kühl ve Heger*, çift anlamlı fiiller bakımından karma görüşe yakınsamaktadırlar. Yazarlara göre, çift anlamlı fiiller, eğer failin veya bir başkasının cinsel uyarımı ya da tatmini amacına yönelmiş ise, cinsel davranış olarak kabul edilmeli ve koşulları varsa cinsel suçlara vücut verebilmelidir⁶⁹.

Görüldüğü üzere, neredeyse yazar sayısınca farklı karma görüşün bulunduğu söylenebilir. Bu görüşlerden her biri, kendisini meydana getiren hukuk sisteminin yapısı, o hukuk sistemindeki baskın görüş ve halihazırda yaşanan pratik sorunlardan etkilenmekte ve diğerlerinden farklılaşmaktadır. Bu itibarla karma görüşlerin eklektik bir yapı arz etmesi ve bir başlık altında kavramsallaştırılmasının güç olması şaşırtıcı değildir.

II. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

A. TÜRK CEZA KANUNU'NDA CİNSEL SALDIRI SUÇUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Cinsel saldırı suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde düzenlenmektedir. Hükme göre:

“Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.”

Cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenen nitelikli şeklini düzenleyen ikinci fıkraya göre ise; *“(Birinci fıkrada belirtilen) fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.”*

⁶⁵ Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 101-103.

⁶⁶ Bu yöndeki eleştiri için bkz. Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 103.

⁶⁷ Engin Turhan, *Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 88.

⁶⁸ Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama İşliğinde Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 356-357.

⁶⁹ Lackner, Kühl ve Heger, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 2.

Görüldüğü üzere ilgili düzenlemede “cinsel davranışlar” ile vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi cezalandırılmaktadır. Bununla birlikte cinsel davranışlardan ne anlaşılması gerektiği konusuna ne cinsel saldırı suçunda ne de diğer cinsel suçlarda açıklık getirilmiş durumdadır. Buna karşılık 102. madde gerekçesinde bu hususu açıklayan bazı donelere rastlamaktayız:

*“Suçun temel şekline ilişkin maddî unsuru, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, **cinsel arzuları tatmin amacına yönelik** ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar oluşturmaktadır. Suçun oluşması için, **gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvî nitelikte bulunmaları yeterlidir**; failin şehvi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.”*

Gerekçe irdelendiğinde, ilk bakışta suçun temel şekli bakımından subjektif görüşün benimsendiği düşünülebilir. Zira cinsel saldırı suçunun oluşumu için açıkça failin amaç ve saiki dikkate alınmaktadır. Buna karşılık kanaatimizce kanun koyucunun iradesi bir çeşit karma görüşü benimsemek yönündedir. Zira ilgili cümlede “*cinsel arzuları tatmin amacına yönelik... cinsel davranışlar*”dan söz edilmektedir. Bu ifade, cinsel davranışın varlığının, cinsel arzuların tatmini amacının araştırılmasına öngelen bir inceleme ile ortaya çıkarılması gerektiğini öngörür. Zira eğer bir davranışın cinsel niteliğini tayin eden unsur cinsel arzuların tatmini amacına yönelmesi olsaydı, bu davranışın “cinsel davranış” olarak anılması totolojik bir ifade olurdu⁷⁰. Nitekim kanun koyucu bir sonraki cümlede “*hareketlerin objektif olarak şehvi nitelikte olması*”ndan söz ederek bu düşüncüyü doğrulamaktadır. Bu gerekçelerle, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun suçun temel şekli bakımından subjektif görüşlerin benimsendiği yönündeki tespitine iştirak etmiyoruz⁷¹.

İkinci fıkrada ise, ilk fıkranın aksine objektif görüş benimsenmiştir. Gerekçeye göre:

*“Suçun bu nitelikli hâli için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan, söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkrada tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, **gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.**”*

Her iki fıkra bakımından da objektif incelemenin ne şekilde yapılacağı konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Objektif gözlemcinin bilgisinin failin amaç ve saikini kapsayıp kapsamadığı konusunda da gerekçeden bir bilgi edinilememektedir. Bu durum, özellikle birinci fıkranın hangi durumlarda hangi fiilleri kapsayacağı konusunda sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

⁷⁰ Aksi yönde Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 335. Yazarlara göre failin amaç ve saikinin araştırılmasının sebebi fiilin cinsel davranış olup olmadığının tayinidir.

⁷¹ YCGK, 23.01.2020, 2017/206 E., 2020/21 K.

Tarihsel kanun koyucunun vücuda organ veya sair cisim sokulması şeklinde işlenen cinsel suçlar bakımından, değerlendirmeyi objektif ölçütlere göre yaptığı ve bu objektif ölçütün “vajinal, anal ve oral yoldan organ veya sair cisim ithali” olarak belirlendiği görülmektedir. Belirtmek gerekir ki doktrinde, TCK m. 102, f. 2 hükmünde tanımlı olan vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle cinsel saldırı suçunun oluşması için de cinsel arzuların tatmini amacına yönelmesinin şart olduğu ileri sürülmektedir⁷².

B. YARGITAY KARARLARI

Cinsel saldırı suçuna ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, bu husustaki içtihadın henüz tam anlamıyla yerleşmediği ve farklı kararlarda farklı ölçütlerin benimsendiği görülmektedir.

Bazı kararlarda Türk Ceza Kanunu’nun gerekçesiyle uyumlu bir biçimde karma görüşün benimsendiği görülmektedir. Yargıtay’a göre, vücut dokunulmazlığının ihlali, vücudun hangi bölgesine dokunulduğundan bağımsız olarak, yalnızca cinsel arzuların tatmini amacına yöneldiğinde cinsel saldırı suçunu oluşturabilir. Bu anlamda penise veya vajinaya dokunulması dahi, cinsel arzuların tatmini amacına yönelmedikçe, cinsel saldırı suçunu oluşturmaz⁷³.

Cinsel amacın tespiti ise mahkeme tarafından, dosya kapsamına ve olayın kültürel bağlamına göre değerlendirilmektedir. Söz gelimi, yabancı bir kimsenin dokunma veya öpme fiillerinin genellikle cinsel arzuların tatmini amacıyla yapıldığı kabul edilirken⁷⁴, aynı durum aile fertleri⁷⁵ veya öğretmeni⁷⁶ gibi halihazırda mağdur ile belli bir sosyal ilişki içinde bulunan kişiler bakımından geçerli değildir. Her halükârda bu bir ispat problemi olup, son tahlilde kararı verecek olan mahkemedir.

⁷² Şen, Maviş ve Şahin, *Cinsel Suçlar: Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar (Uygulama ve İçtihat)*, 57, 61. Belirtmek gerekir ki yazarlar dillendirdikleri ancak bir başkasına da dayandırmadıkları bu görüşe katılmadıklarını bildirmektedir.

⁷³ “1 yıl önce küçük tuvaletini yaptığı sırada babası olan sanığın yanına gelerek cinsel organını sıkıttığını anlattığı... Sanığın mağdura karşı cinsel arzuları tatmine yönelik herhangi bir eyleminin bulunmadığı anlaşılmalı, mahkemesince delilleri takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle verilen beraat hükmü usul ve kanuna uygun olduğundan...” Y14.CD, 01.12.2014, 2013/3350 E., 2014/13526 K. Acı vermeye yönelik temasların cinsel saldırı suçunun basit şeklini oluşturmaya çağından bahisle aynı minvalde Y14.CD, 10.11.2020, 2018/8771 E., 2020/4841 K.

⁷⁴ Bu yönde Y14.CD, 30.10.2014, 2013/1798 E., 2014/11863 K.; Y14.CD, 11.11.2014, 2013/2632 E., 2014/12481 K.; Y14.CD, 25.04.2016, 2014/4026 E., 2016/4174 K.; Y14.CD, 16.02.2015, 2014/9849 E., 2015/1119 K.; Y14.CD, 12.06.2014, 2014/3207 E., 2014/7997 K.

⁷⁵ “Olay tarihinde 15 yaş 7 aylık olan mağdurenin uyuduğu sırada babası olan sanığın yanına yatarak gözlerini ve yanaklarını öpmesi şeklindeki eylemin cinsel arzuları tatmin etme amacıyla gerçekleştirildiği yönünde şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinin anlaşılması karşısında sanığın beraati yerine...” Y14.CD, 10.09.2014, 2012/15144 E., 2014/9723 K.

⁷⁶ “10 yaşlarındaki mağdureler ... ve ... ’nin duruşma beyanlarında öğretmenleri olan sanığın kendilerini sevmek amacıyla yanağından öptüğü, hazırlık ifadeleri sırasında heyecanlandıkları için farklı şekilde beyanda buldukları, sanığın cinsel eyleminin bulunmadığı yönündeki anlatımları nazara alındığında, sanığın mağdurelere yönelik atılı suçları işlediğine dair şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, bu suçlardan beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi...” Y14.CD, 16.09.2013, 2013/6892 E., 2013/9116 K.

Yukarıda zikrettiğimiz Ceza Genel Kurulu kararından önceki kararlarında Yargıtay'ın, **tartışmasız bir biçimde mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal etme amacına yönelmiş olsa bile**, failin cinsel arzularının tatmini amacına yönelmeyen eylemleri cinsel saldırı olarak kabul etmediği görülmektedir. Söz gelimi, mağdurun tahkir edilmek amacıyla zorla şişeye oturtulmasının, şişenin mağdurun anüsüne girmemesi ve bu eylemin faillerin cinsel arzularını tatmin amacına yönelmemesi nedeniyle çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturmadığı kabul edilmiştir⁷⁷.

Aynı şekilde Yargıtay, subjektif ölçütü uygularken mağdurun cinsel arzularının tatminine yönelik eylemlerin de cinsel saldırı suçunu oluşturmadığını kabul etmektedir. Bu bağlamda Yargıtay 14. Ceza Dairesi, kendisini savunamayacak durumdaki mağdurun penisini eline alarak ona mastürbasyon yapan fail bakımından cinsel saldırı suçunun oluşmadığı yönünde hüküm kurmuştur⁷⁸.

Vücuda organ veya sair cisim sokulması halinde cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için cinsel arzuların tatmini amacının aranıp aranmayacağı konusunda da bir içtihat birliği bulunmamaktadır. Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2019 yılında verdiği bir kararda, TCK m. 102, f. 2 kapsamında kalan vajinaya ve anüse organ veya sair cisim sokma şeklinde gerçekleşen bir eylemin bile, eğer acı verme amacına yönelik ise, **cinsel davranış olmaması hasebiyle**, cinsel saldırı suçunu oluşturmayacağı yönünde hüküm kurmuştur⁷⁹. Buna karşılık Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2018 yılında verdiği bir kararda acı vermek ve tahkir etmek amacıyla mağdurun anüsüne tornavida sokulması şeklindeki eylemi TCK m. 102, f. 2 uyarınca nitelikli cinsel saldırı olarak kabul ettiği ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından TCK m. 109, f. 5 uyarınca artırımı konu ettiği müşahede

⁷⁷ Y14.CD, 14.11.2016, 2016/10042 E., 2016/7746 K. Çok benzer bir olay bakımından aynı minvalde Y14.CD, 05.10.2017, 2014/10300 E., 2017/4512 K.

⁷⁸ "Sanıkların özel bakım merkezinde çalıştıkları, sanık Ç...'nın eline eldiven takmak suretiyle bakım merkezinde bulunan kendini savunamayacak durumdaki mağdurun cinsel organını (penisini) eline alarak mastürbasyon yaptırdığı, sanık D..'in de cep telefonuna bunu kaydettiği, bu görüntüleri daha sonra birbirlerine göstererek güldükleri sırada, tanık C..'in görüntüleri merak ederek bakmak istemesi ve tanığa görüntülerin gösterilmemesi üzerine, tanığın bu durumdan şüphelenerek olayı müdüre intikal ettirmesi üzerine ortaya çıkan eylemde... Sanık Ç..'nin eyleminin kendi cinsel arzularını tatmin etmeye yönelik olmadığı, eylemin unsurları itibarıyla cinsel saldırı suçunun basit şeklini oluşturmadığı, eylemin bu haliyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde sanıkların 5237 sayılı TCK'nin 102/1-3-d maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi..." Y14.CD, 11.06.2014, 2012/6573 E., 2014/7876 K.

⁷⁹ "Bu açıklamalar karşısında failin kastı, eylemin hangi suçu oluşturacağı konusunda önem arz etmektedir. Örneğin fail, sırf acı çektirmek amacıyla (yaralama ya da eziyet kastıyla) **mağdurun cinsel organına sıcak şiş sokup kenarını yakarsa sırf cinsel organına yöneldiğinden söz ederek eylemin cinsel davranış olarak kabulü mümkün değildir...** Sanık cinsel arzularını (alışılmadık şekilde de olsa) gidermek amacıyla değil, kendisini resmi kurumlara şikayet ettiğini öğrendiği mağduru cezalandırmak amacıyla hareket etmiştir. Nitekim bu hususu mağdura eyleminden önce "seni cezalandıracağım" şeklinde sarf ettiği sözlerle de ortaya koymuştur. Mağdurun makat ve vajinasına sabun sokmak fiilini cinsel tatmin amacıyla yaptığını ileri sürmek mümkün olmayıp acı vermek amacıyla davrandığı çok açıktır... **Vajina ve makata sabun sokma şeklindeki fiilleri cinsel tatmin olmaksızın sırf acı verme amacına yöneliktir. Bu nedenle cinsel saldırı olarak nitelendirilemez.**" Y8.CD, 09.05.2019, 2019/9855 E, 2019/6551 K.

edilmektedir^{80,81}. Bazı kararlarda ise bu amaç hiç araştırılmaksızın cinsel saldırı (istismar) suçunun nitelikli şeklinin olduğu kabul edilmektedir⁸².

Yargıtay'ın, doğrudan cinsel arzuların tatmini amacına yönelmeyen fakat cinsel arzuların tatminine yönelik hareketleri hazırlayan tutma, kendine çekme gibi davranışlar bakımından verdiği kararlarda da bir birlik bulunmamaktadır. Bazı kararlarda bu davranışların bizzatı cinsel saldırı (veya çocukların cinsel istismarı) suçunu oluşturduğu⁸³, bazı kararlarda ise oluşturmadığı yönünde görüşlere rastlanmaktadır⁸⁴.

C. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Doktrinde, Türk Ceza Kanunu'nda cinsel saldırı suçu bakımından cinsel davranışların nasıl belirleneceğine yönelik birkaç farklı görüş bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, subjektif görüşün yukarıda serdedilen zafiyetleri dolayısıyla, gerek suçun temel şekli bakımından gerekse nitelikli şekli bakımından objektif görüş esas alınmalıdır⁸⁵. Bu görüşün taraftarlarından *Taner*'e göre, cinsel davranışların belirlenmesinde kişiler arası hukuka aykırı ilişki düşüncesinin

⁸⁰ "Sanıklar ... ve ...'in, katılana karşı işledikleri kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda cinsel arzuların tatmin amacı ile hareket etmedikleri anlaşılmış ise de, bu eylemi nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemek amacıyla gerçekleştirmeleri ve bu suretle katılanın **cinsel özgürlüğüne müdahale etmeleri nedeniyle cinsel amaçla hareket ettikleri anlaşılan sanıklar hakkında TCK'nın 109/5. maddesinde yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin nitelikli hâlin uygulanma koşullarının olduğu kabul edilmelidir." YCGK, 22.11.2018, 2017/110 E., 2018/557 K.**

⁸¹ Bu bağlamda hususi bir değerlendirme için ayrıca bkz. Kılıç, *Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik*, 115-119.

⁸² "103/2. maddede düzenlenmiş bulunan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda, organ veya sair bir cisim sokulan bölgenin cinsel bölge olmasının yeterli olup, cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılması suçun oluşması için şart olmadığından, sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismar suçundan mahkûmiyeti yerine suç vasfında yanılığa düşülerek kasten yaralama suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması..." Y14.CD, 10.02.2014, 2012/4067 E., 2014/1289 K.

⁸³ "Mağdurenin samimi anlatımları ve dosya içeriğinden, olay günü kendisine güvercin yumurtası vereceğini söyleyen sanığın evinin bahçesine giren mağdurenin kolundan tutarak "gel çocuğum seni seveyim" sözlerini sarfetmiş bulunduğu anlaşılmış karşısında, vücut temasının gerçekleşmiş bulunması itibarıyla basit cinsel istismar suçunun tamamlandığı gözetilmeyerek..." Y14.CD, 22.02.2012, 2011/3256 E., 2012/2026 K. Aynı yönde YCGK, 14.11.2017, 2014/342 E., 2017/476 K. İşaret edilmelidir ki CGK kararının bu yönde çıkmasında failin mağdura karşı cinsel arzusunu sözleriyle belli etmesinin ve mağdurenin kolundan tutma şeklindeki eylemini süreç içerisinde birkaç kez tekrarlamış olmasının da etkisi bulunmaktadır.

⁸⁴ "Dosya kapsamına göre; sanık A... 'in, misafir olarak bulunduğu evden ayrılacağı sırada, kendisini yolcu etmek amacıyla ayağa kalkan mağdurenin omuzlarından bastırarak koltuğa oturtmak suretiyle mağdurenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmiş ise de, dosya kapsamına göre bu eylemin cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olmadığı anlaşıldığından basit cinsel saldırı suçunu oluşturmadığı, ancak sanığın bundan sonra mağdurenin üzerine eğilerek öpmeye çalıştığı sırada henüz vücut dokunulmazlığını ihlal etmeden mağdurenin bağırarak karşı koymasından dolayı tamamlanmadığı eylemini ise cinsel arzuları tatmin amacına yönelik gerçekleştirdiğinden, basit cinsel saldırı suçuna teşebbüsten mahkûmiyetine karar verilmesi yerine..." Y14.CD, 25.11.2015, 2014/762 E., 2015/11015 K. Aynı yönde Y14.CD, 13.03.2014, 2012/4997 E., 2014/3268 K.; Y14.CD, 18.03.2014, 2014/3233 E., 2014/3548 K.; Y14.CD, 24.05.2016, 2014/5228 E., 2016/5025 K.

⁸⁵ *Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 111.

kabullerine başvurulmalıdır⁸⁶. Yazara göre iki aşamalı bir irdelemenin yapılması gerekir. Belli bir davranışın cinsel davranış olup olmadığı, genel olarak, bütün bir toplum açısından belirlenmelidir. Bu belirleme uyarınca öncelikle davranışın objektif olarak cinsel davranış olup olmadığı belirlenecektir. Eğer objektif olarak cinsel davranış söz konusu ise, bu defa o davranışın kişiler arası hukuka aykırı bir davranış olup olmadığı, fail ile mağdur arasındaki ilişkinin bağlamına göre belirlenmesi gerekir. *Bayzit de Taner*'in görüşlerini iktisap etmekle birlikte, cinsel davranışlardan ne anlaşılması gerektiğinin [önceden ve kanunla] belirlenmesi gerektiği kanaatindedir⁸⁷.

Gündüz'e göre, suçun gerek temel şekli gerekse organ veya sair sokma suretiyle işlenen nitelikli şekli bakımından kastın varlığı yeterli olup, failin amaç ve saikinin bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte failin davranışlarının “objektif olarak cinsellik göstergesi olarak kabul edilebilir, amaçlanmış olmasa bile cinsel arzuları belirtir nitelikte” olması gerekmektedir⁸⁸. Yazar bu düşünce ile objektif görüşü benimserken, bir yandan da cinsel davranışı cinsel arzularla ilişkilendirerek, başkaca amaç ve saiklerle cinsel dokunulmazlığı ihlal eden davranışları cinsel suçlar kapsamında mütalaa etmemiştir. Böylelikle yazar, subjektif ölçütleri de değerlendirmesine dahil etmektedir. Yazar ayrıca, failin acı verme amacıyla hareket ettiği durumlarda, koşullarına göre kasten yaralama, eziyet veya işkence suçlarının oluşabileceğini ifade ederek bu fiilleri açıkça dışlamıştır⁸⁹.

Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre suçun organ veya sair cisim sokma şeklindeki nitelikli hali bakımından, sokulmaya çalışılan cisim veya organ ile sokulduğu organ arasında cinsel bir anlam bulunması yeterlidir, failin cinsel arzularının tatmini amacıyla hareket etmesi ya da fiilen cinsel haz duyması gerekmez. Bununla birlikte failin eylemlerinin “cinsel anlam taşıyacak yoğunlukta” olması gerekir⁹⁰. Suçun nitelikli şekli bakımından objektif ölçütleri benimsedikleri anlaşılan yazarlar, suçun temel şekline ilişkin ne şekilde hareket edilmesi gerektiği konusunda bir belirleme yapmadıkları gibi, “cinsel anlam (taşıyan davranışlar)”dan ne anlaşılması gerektiği konusunda da bir izah getirmemişlerdir.

Objektif görüş taraftarlarından *Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, cinsel saldırı suçu bakımından, suçun objektif ve subjektif olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Objektif unsur, fiilin, failin cinsel arzularını tahrik ve tatmin edebilecek ve mağdurun cinsel otonomisini zedeleyebilecek nitelikte olmasıdır. Fiilin objektif unsuru, gerek suçun temel şekli bakımından gerekse organ veya sair cisim sokma

⁸⁶ Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 111.

⁸⁷ Tuğba Bayzit, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İzmir, 2017), 39.

⁸⁸ Remzi Gündüz, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2015), 37.

⁸⁹ Gündüz, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, 38.

⁹⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 339-340.

suretiyle işlenen nitelikli hali bakımından aranacaktır⁹¹. Subjektif unsur ise, failin amacının cinsel arzuyu ifade eden psişik bir ruh halini ortaya koymasındır. Önemle belirtilmelidir ki yazarlar, cinsel saldırı suçu bakımından failin şehvi hislerle hareket etmesi koşulunu aramamakta, yalnızca fiilin objektif olarak cinsel davranış olması gerektiğini, bir başka deyişle “cinsel arzuların tatminiyle bağlantılı” olması gerektiğini ifade etmektedirler⁹². Bu bağlamda yazarlara göre, internette yayımlayacağı bir “şaka” videosunda kullanmak maksadıyla bir kadının göğüslerini sıkıp kaçan bir erkeğin hareketi, fail cinsel arzularının tatmini amacıyla hareket etmemiş olsa dahi, fiil objektif olarak cinsel bir davranış olduğu ve fail de bunun bilincinde olarak hareket ettiği için, cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır⁹³. Aynı şekilde, birine acı vermek için kulağına çubuk sokmak cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturmayacakken, [cinsel açıdan] küçük düşürmek amacıyla vajinasına kalem sokmak cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturacaktır⁹⁴.

Yazarların İtalyan öğretisine dayandırdıkları görüşlerine göre, objektif olarak cinsel davranış niteliği taşımayan davranışlar, fail bundan bir cinsel haz duymuş olsa dahi, cinsel saldırı suçunun fiilini oluşturamazlar⁹⁵. Yazarlara göre, çift anlamlı fiiller bakımından, fail ile mağdur arasındaki sosyal ilişkinin bağlamı, olayda rol oynayan psikolojik ve kültürel faktörler dikkate alınmalı ve fiil bu bütünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte bu değerlendirme de objektif ölçütlere göre yapılmalı, failin davranışını kültürel olarak izah edebilecek bir durumun olup olmadığı tespit edilmelidir⁹⁶.

Karma görüşü benimseyen yazarlardan *Koca/Üzülmez*'e göre, failin kastı [yani davranışın cinsel bir davranış olup olmadığı] hangi amaçla hareket ettiğine bakılarak belirlenmeli, eğer cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olarak hareket etmiş ise kastının cinsel saldırıya yönelik olduğu kabul edilmelidir⁹⁷. Yazarlara göre bir davranışın cinsel davranış olduğunun belirlenmesi, o davranışın “cinsel motifli” olmasını gerektirir. Bazı hallerde bu durum, ayrıca bir değerlendirmeyi gerektirmeyecek ölçüde açıktır. Yazarlar bu duruma “vajinal veya anal yoldan cisim sokulması” örneğini vermektedirler⁹⁸. Davranışın cinsel motifli oluşu suçun organ veya sair cisim sokma şeklindeki nitelikli hali bakımından [objektif olarak] tayin edilebildiğinden, burada artık failin amaç veya saikinin bir önemi yoktur. Suçun bu nitelikli hali bakımından

⁹¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), s. 348.

⁹² Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 335.

⁹³ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 335.

⁹⁴ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 348.

⁹⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 336.

⁹⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 337.

⁹⁷ Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 334-335.

⁹⁸ Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 335.

kanun koyucunun cinsel arzularının tatmini amacını aramaması da bu nedenledir⁹⁹. Yazarlar, bir davranışın hangi durumlarda “cinsel motifli” olduğunun kabul edilmesi gerektiği konusunda bir ölçüt ortaya koymamakla birlikte, verdikleri intikam alma amacıyla veya hırsla cisim sokma gibi örneklerden cinsel motifli davranışların cinsel hazza yönelen davranışlarla sınırlı olmadığını kabul ettikleri anlaşılabilir.

Karma görüşü benimseyen yazarlardan *Korkusuz*'a göre davranışın cinsel nitelikte olması fiilin bir özelliğini ifade eder. Bu bağlamda failin amaç ve saikinin bir önemi bulunmamaktadır ve cinsel saldırı suçunun hem temel hem de nitelikli hali bakımından failin şehvi hislerle hareket etmesi gerekmemektedir. Yazara göre “dostça duygularla omza dokunulması” cinsel saldırı olarak değerlendirilemeyecek iken “omza cinsel davranışla dokunulması” halinde cinsel saldırı suçu oluşabilecektir¹⁰⁰. Esasen yazar burada olayın bağlamına yönelik objektif bir değerlendirme yapmaktan ziyade, failin iç dünyasına yönelik subjektif bir değerlendirme yaparak karma görüşe yakınsamaktadır. Nitekim yazar, her iki davranış arasındaki (dış dünyaya yansıyan) farkın ne olduğu, bu farkın nasıl anlaşılacağı veya genel olarak bir davranışa cinsel davranış niteliği kazandıran unsurun ne olduğu gibi hususlarda bir açıklamada bulunmamıştır. Davranışın cinsel niteliği suçun hem temel hem de nitelikli şekli bakımından araştırılacak olmakla birlikte, bazı özel davranışların (vajinaya cisim sokma gibi) cinsel niteliğinin aşikâr olduğu kabul edilebilir¹⁰¹. Suçun hem temel hem de nitelikli şekli bakımından failin cinsel arzularının tatmini amacıyla hareket etmesi gerekmemekte olup, davranış [objektif olarak] cinsel nitelikli olduğu müddetçe aşağılama veya onur kırma gibi amaçlarla dahi işlense cinsel saldırı suçunun fiilini oluşturacaktır¹⁰².

Karma görüş taraftarlarından *Memiş Kartal*'a göre, objektif ölçütler de subjektif ölçütler de tek başlarına yetersizdir. Bu ölçütlerin uygulanması bakımından *Taner*'in görüşlerini iktisap eden yazara göre, cinsel davranışların cinsel arzuların tatmini dışında tehdit, şantaj gibi amaçlarla ve intikam saiki gibi saiklerle gerçekleştirilmesi de mümkün olup, bu şekilde gerçekleştirilen cinsel davranışlar da cinsel saldırı (veya cinsel istismar) suçunu oluşturmaktadır¹⁰³.

Karma görüş taraftarlarından *Özen*'e göre iki aşamalı bir değerlendirme yapılmalıdır: Öncelikle davranışın objektif olarak cinsel olup olmadığı belirlenmeli, eğer davranış objektif olarak cinsel bir davranışsa bu kez failin cinsel arzularının tatmini amacının varlığı değerlendirilmelidir¹⁰⁴. Cinsel arzuların tatmini

⁹⁹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 335.

¹⁰⁰ Gülşah Korkusuz, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102),” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXXI (1), (2013): 815-854, 823.

¹⁰¹ Korkusuz, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102),” 827.

¹⁰² Korkusuz, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102),” 827.

¹⁰³ Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, (İstanbul: Der Yayınları, 2014), 164.

¹⁰⁴ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 356-357.

amacı suçun organ veya sair cisim sokma şeklindeki nitelikli hali bakımından da aranmalıdır¹⁰⁵. Bununla birlikte yazar, gerek objektif gerekse subjektif değerlendirmelerin hangi kıstaslara göre yapılacağı konusunda herhangi bir açıklama getirmemiştir.

Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır'a göre ise, cinsel saldırı suçunun temel şekli bakımından, davranışın failin cinsel arzularını tatmine yönelik olması gerekir ancak failin cinsel arzularının fiilen tatmin olması gerekmez¹⁰⁶. Suçun nitelikli şekli bakımından ise, fiilin "cinsel bir motif taşıması" gerekli ise de, failin cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmesi gerekmez¹⁰⁷.

765 sayılı TCK döneminde eser üreten *Erem*'e göre, cinsel saldırı suçunun cinsel organ sokma şeklindeki nitelikli haline karşılık gelen ırza geçme suçu bakımından genel kast yeterli olup objektif ölçüt uygulanmalı, failin eylemi "cinsel mahiyette olmasa dahi" ırza geçme olarak kabul edilmelidir¹⁰⁸. Buna karşılık, cinsel saldırı suçunun diğer hallerine karşılık gelen ırza tasaddi suçu bakımından hem objektif hem de subjektif unsurları barındıran karma bir değerlendirme yapılması gerekir¹⁰⁹.

III. GÖRÜŞÜMÜZ

Şayet cinsel suçlar bakımından cinsel davranışların ne şekilde belirleneceği ve hangi durumlarda cinsel davranışların cinsel suçlara vücut verebileceği yönünde bir değerlendirme yapılacak ise, öncelikle insan cinselliğine ve ona dair koşullara ilişkin belli açıklamaların yapılması, bu değerlendirme doğrultusunda cinsel suçlara yönelik ceza normları ile korunan hukuki değerlerin tespit edilmesi ve değerlendirmelerin bu temel üzerine bina edilmesi gerekir. Ancak böyle bir yöntem izlenmekle kapsayıcı bir yöntem ortaya konulabilir. Kuşkusuz bu değerlendirmeler bizatihi monografi boyutunda eserleri gerektirdiğinden, bu noktada yalnızca konu ile bağlantılı olduğu ölçüde ve çok özet değerlendirmeler ile yetinilecektir.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, kanaatimizce *cinsel davranış*, yalnızca canlıların üreme amacıyla gerçekleştirdikleri belli vücut hareketlerine indirgenemeyecek bir alanı ifade etmektedir. Bu itibarla cinsel davranış doğal bir olgu değil,

¹⁰⁵ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 369.

¹⁰⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 359.

¹⁰⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 363.

¹⁰⁸ Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Cilt IV, (Ankara: Seçkin Kitabevi, 1985), 202.

¹⁰⁹ Örneğin *Erem* öpme fiilinin dostluk, bağlılık ve hatta temiz bir sevgiden ileri geliyorsa ırza tasaddi sayılmayacağını; tasaddi hareketlerinin tayininde yalnızca objektif kriterlerin kullanılmasının bütün öpme fiillerini ırza tasaddi haline getireceğini ve bunun kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte yazara göre tahkir kastıyla öpmek, ırza tasaddi sayılmamalıdır. Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 205.

anlamı içinde bulunduğu sosyal bağlama göre oluşan kültürel bir yapıdır^{110,111}. Bununla birlikte bu kültürel yapı, insanın fizyolojik yapısının özellikleri üzerine bina edilmektedir. Bir başka deyişle cinsellik, tamamen doğal olmadığı gibi, tamamen sosyal bir kurgu da değildir¹¹².

Bu düşünceler dolayısıyla konuya ilişkin değerlendirmenin cinsel davranışın kültürel bir olgu olduğu gerçeğine dayanarak yapılması gerekir. Bu kabulün ilk sonucu, hiç kuşkusuz doğalcı objektif görüşün reddedilmesidir. Bununla birlikte, cinselliğin kültürel bağlamı da hesaba katıldığında, bir davranışın cinsel davranış mahiyetinde olup olmadığının objektif ölçütlere göre değerlendirilebilmesi de mümkün hale gelmektedir. Şüphesiz cinsel kültürün değişkenliği, özellikle objektif ölçütlerin benimsendiği toplumlar bakımından, yargı organının bu değişimleri yakından takip etmesini ve buna uygun olarak dinamik bir içtihadı sahip olmasını gerektirmektedir.

Bir davranışın cinsel niteliğinin iki temel belirleyicisi olduğu kanaatindeyiz: Bunlardan birincisi, bizatihi **davranışın kendisidir**. Davranışın hangi organ veya uzuv ile hangi organ veya uzva yöneldiği, kaç kez yapıldığı, ne kadar sürdüğü, ne denli güçlü veya şiddetli olduğu gibi bütün fiziki unsurlar bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bazı davranışlar, cinsel niteliğini (ya da bu niteliğin yokluğunu), ikinci ölçüte neredeyse hiç yer bırakmayacak şekilde ortaya koyabilir. Yine de her halükârda, ikinci temel belirleyici olan **olayın bağlamı** da irdelenmelidir.

Olayın bağlamı, ilk bakışta göze çarpandan çok daha fazla unsuru içermektedir. Fail ile mağdur arasındaki ilişki, yapılan davranışın hem içinde bulunulan toplum (eğer fail ile mağdur farklı toplumlara mensup iseler bu durum da göz önünde tutularak) hem de fail ile mağdur arasındaki ilişki bakımından ifade ettiği anlam, davranışın öncesinde ve sonrasında gerçekleşen diğer davranışlar ve olaylar, failde gözlemlenebilen fizyolojik değişimler, davranışa eşlik eden diğer davranışlar veya sözler, olayın gerçekleştiği yer ve zaman, olayın ilk kez yaşanıp yaşanmadığı gibi çok sayıda husus davranışın cinsel niteliğinin tayininde belirleyici olabilir. Bunların her birinin sayılarak belirlenmesine imkân olmadığı gibi, bu unsurların her birinin birbirine nispetle önemi her olay bakımından değişeceğinden, bu değerlendirmeyi yapmak, olayın bütün koşullarına hakim olan somut olay hakiminin görevidir.

¹¹⁰ Aynı yönde Goldman, "Plain Sex," 271, Camargo ve Renzikowski, "The Concept of an "Act of a Sexual Nature" in Criminal Law," 763, Nagel, "Sexual Perversion," 8, Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 109.

¹¹¹ Belirtilmelidir ki bazı yazarlar, cinsel davranışları belli duyguların ifade edilmesini ve aktarılmasını sağlayan bir iletişim aracı olarak tanımlamaktadır. Bu anlamda cinsel davranış, olumlu duyguların taşıyıcısı olabileceği gibi, kimi zaman öfke ve nefretin ifade edilmesi gibi olumsuz duyguların taşıyıcısı da olabilirler. Bu hususta bkz. Nagel, "Sexual Perversion," 9 vd.

¹¹² Aynı yönde Goldman, "Plain Sex," 276. Yazara göre cinsel davranışların yalnızca bireyler arası bir iletişim aracı olarak görülmesiyle ilgili sorun, iletişim araçlarının aktarılmak istenen düşünceyi duysal araçlara dönüştüren birer sembolizasyon sisteminden ibaret olmasıdır. Bu sembollerin kendi başlarına bir anlam veya değerleri yoktur. Halbuki cinsellik, [fizyolojik altyapısı itibarıyla] kendi değer ve anlamına sahiptir.

Cinsel davranışın varlığına veya yokluğuna ilişkin ölçütlerin ortaya konulması, meseleyi çözmek için tek başına yeterli değildir. Zira, ceza normlarının ihdası ve yorumlanmasıyla ilgili olarak, düzenin inşası, cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değer ne olduğunun ve bu hukuki değer ne şekilde tekâmül edeceğinin tartışılmasını gerektirmektedir.

Kanaatimizce cinsel suçlar ile korunan hukuki değer, mağdurun cinsel otonomisidir^{113,114}. Cinsel otonomi, cinsel dokunulmazlığı da kapsamakla birlikte, ondan daha geniş bir kavramdır. Cinsel dokunulmazlık, bireylerin vücutları ve cinsel deneyimleri üzerinde yegâne hak sahibi olmalarını ve bunlara yapılacak her türlü haksız müdahalenin hukuk düzeni tarafından men edilmesini ifade eder. Bireyin vücudu ve cinsel deneyimleri üzerindeki kontrolü, her şeyden önce onu istemediği cinsel ilişkilerden veya cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlardan korumayı kapsar ancak bununla sınırlı değildir. Bireyin sağlıklı bir cinsel hayatının olabilmesi, fizyolojik ve psikolojik olarak buna hazır olabilmesini ve aynı zamanda cinsel hayatına ilişkin tercihlerde bulunurken iradesinin baskı altında olmamasını (cinsel otonomiyi) gerektirir¹¹⁵.

Mağdurun, rıza göstermediği ve cinsel haz amacı güden fiziksel temaslardan korunması kadar, onun cinsel kimliğini zedeleyen, cinselliği aşağılanmayla ve acıyla özdeşleştirmesine neden olan ya da fizyolojik olarak cinsel hayatını sürdürmesini aşırı derecede güçleştiren ya da imkânsız hale getiren fiillerden de korunması gerekir. Bir başka söyleyişle, bireyin cinselliğini -hukuk düzenine uygun bir biçimde- istediği şekilde yaşamasının koşulları sağlanmadıkça, onu istemediği deneyimlerden korumak, cinsel otonominin tekâmül ettiği anlamına gelmez. Bu itibarla cinsel suçlara ilişkin ceza normlarının, cinsel otonomiyi tam anlamıyla koruyacak bir biçimde ihdas edilmesi ve yorumlanması gerekir.

Bunun yanında, yukarıda çok sayıda örnekle izah edildiği üzere, bireylerin cinsel otonomisinin ihlali, yalnızca failin cinsel arzularının tatminine yönelik fiiller ile gerçekleşmez. Failin tiksinti, nefret, acı verme, sadizm gibi saiklerle de mağdurun cinsel otonomisini ihlal etmesi mümkündür. Alman Yüksek Mahkemesi'nin de isabetle belirttiği üzere, öfke veya acı verme düşüncesi, bir davranışı cinsel olmaktan çıkarmaz¹¹⁶.

Bu noktada özellikle altı çizilmelidir ki, bireylerin ekseriyetle cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar işlediğine yönelik

¹¹³ Bazı yazarlara göre ise korunan hukuki değer cinsel özgürlük ve cinselliğini yaşama konusundaki karar alma hürriyetidir. Bu hususta örneğin Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 326.

¹¹⁴ Bu konuda geniş değerlendirme ve tartışmalar için ayrıca bkz. Efe Can Karabulut, "Cinsel Suçların Hıleye İşlenmesi: Rıza Gösterilen Kişinin Kimliğine İlişkin Sorunlar," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, S. 1, (2024): 587-640, 594 vd.

¹¹⁵ Karabulut, "Cinsel Suçların Hıleye İşlenmesi: Rıza Gösterilen Kişinin Kimliğine İlişkin Sorunlar," 594 vd.

¹¹⁶ BGH NSZ-RR 2008, 339 (340).

düşünce, bilimsel araştırmalarca desteklenmeyen ve genel olarak kabul görmeyen bir düşünce tarzıdır¹¹⁷. Cinsel suçların tanımlanması ve bu suçlara uygun yaptırımların belirlenmesi, öncelikle cinsel suç faillerinin psikolojisi hakkında bilgi sahibi olmayı gerektirir. Her ne kadar cinsel suçların daima cinsel haz ve arzuların tatmini amacıyla gerçekleştirildiği varsayılmakta ise de¹¹⁸, gerçek durum bu varsayımın uzağındadır.

Kuşkusuz, failin bu amaçla hareket etmesi ya da bilfiil cinsel haz duyması da mümkündür ancak cinsel arzuların tatmini ne cinsel dokunulmazlığa karşı suçların yegâne amacıdır ne de cinsel saldırı suçları yalnızca cinsel tatmin ile açıklanabilir. Bu itibarla, ceza hukuku bağlamında cinsel davranışları yalnızca cinsel haz almaya yönelik davranışlarla sınırlandıran görüşe¹¹⁹ iştirak etmiyoruz¹²⁰.

Bu açıklamalar doğrultusunda, öncelikle bir davranışın cinsel davranış olup olmadığının tayini için gerekli yöntemi ortaya koyacak, ardından bu düşünceleri Türk hukukunda cinsel saldırı suçunun temel şekli bakımından değerlendirme konusu yapacağız.

Yukarıda da detaylı bir biçimde açıklandığı üzere, kanaatimizce bir davranışın cinsel suçlara vücut verebilmesi için, failin amaç ve saikinin dikkate alınması isabetli bir çözüm tarzı değildir. Böyle bir yaklaşım, hem ceza sorumluluğunun teorik altyapısı ile uyumsuzdur hem de pratik açıdan güçlüklerle yol açmaktadır.

Bir davranışın cinsel davranış olup olmadığının belirlenmesinde objektif ölçütlere başvurulmalıdır. Buna göre, davranışın niteliği ve failin ceza sorumluluğu, objektif bir üçüncü kişinin gözlemine göre tayin edilecektir. Failin amaç ve saiki, eğer dış dünyaya yansımış ise hiç şüphesiz bir ölçüt olarak kullanılabilir ancak davranışın cinsel niteliğinin belirlenmesinde veya ceza sorumluluğunun belirlenmesinde bir koşul olarak öngörülmemeyecektir. Yukarıda objektif ölçütlerin

¹¹⁷ Bu hususta daha detaylı bilgi için bkz. Asha M. Yourell ve Mania P. McCabe, "The Motivations Underlying Male Rape of Women," *Australian Journal of Sex, Marriage and Family* 9, S. 4, (1988), 215-224; Stevi Jackson, "The Social Context of Rape: Sexual Scripts and Motivation," *Women's Studies International Quarterly*, S. 1, (1978): 27-38; Katharine K. Baker, "Once a Rapist? Motivational Evidence and Relevancy in Rape Law," *Harvard Law Review* 110, S. 3, (1997): 563-624. Cinsel suç faillerinin cinsel arzularının tatmini amacının özellikle feminist doktrinde çok küçümendiğine ve bu durumun sakıncalarına dair ayrıca bkz. Craig T. Palmer, "Twelve Reasons Why Rape is Not Sexually Motivated: A Skeptical Examination," *The Journal of Sex Research* 25, S. 4, (1988): 512-530.

¹¹⁸ Roth'un bu konudaki tespiti dikkate değerdir: "Kriminolojinin hiçbir alanında, failin amacına yönelik ilgisizlik cinsel suçlardaki kadar belirgin olmamıştır. Failin amacının görünüşteki aşikarlığı fevkalade yanıltıcıdır. Hepimiz cinsel arzular duyduğumuz ve bunları kolaylıkla ve çabucak gerçeğe dönüştürmeyi hayal ettiğimiz için, kamuoyu cinsel suç faillerinin de aynı hislerle hareket ettiğini kabullenmeye ve faili kendisini kontrol edemediği ve doğru hareket edecek iradeye sahip olmadığı için kınamaya çok hazırdır." Nathan Roth, "Factors in the Motivation of Sexual Offenders," *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 42, S. 5, (1952): 631-635, 632.

¹¹⁹ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 356; Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 330.

¹²⁰ Aynı yönde Kindhäuser, Neumann, Paeffgen ve Saliger, *Strafgesetzbuch: StGB, StGB § 184h kn 2*.

ne şekilde uygulanacağı konusu detaylı bir biçimde ele alınmıştır. Bu noktada, tekrara düşmemek açısından, yalnızca bazı önemli noktalara değinmekle ve fikir ayrılıklarına sebebiyet veren çift anlamlı fiiller bakımından bir değerlendirme yapılmakla yetinilecektir.

Öncelikle ifade edilmelidir ki bir davranışın cinsel davranış olup olmadığı- nın belirlenmesinde, *objektif olarak o davranışın cinsel arzuların tatminine yönelik olması* da bir ölçüt olmamalıdır. Cinsel suçlar ile korunan hukuki değer, mağdurun cinsel otonomisi olduğu göz önünde tutularak¹²¹, mağdurun cinsel otonomisine hanel getirecek nitelikte diğer davranışların da cinsel davranış olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim bazı kanunlarda cinsel uyarım ve tatminin yanı sıra, mağdurun vücut bütünlüğüne zarar verme amacıyla yapılan ve cinsel bölgelere yönelen davranışların da cinsel davranış olduğu (ve cinsel saldırı suçuna vücut vereceği) kabul edilmektedir¹²².

Aynı şekilde, bazı kanunlarda özel olarak intikam alma veya aşağılama amacı veya öfke saikiyle gerçekleştirilen cinsel davranışların da cinsel saldırı suçunu teşkil edeceği açıkça öngörülmüş durumdadır¹²³. Bu itibarla kanaatimizce, yukarıda örnekleri verilen, mağduru şişeye oturtma, çöp sokma, cinsel organlarına zarar verecek şekilde şiş vb. sokup yakma gibi tüm eylemler cinsel davranış olarak kabul edilmeli ve durumun koşullarına göre cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçlarına vücut vermeliştir¹²⁴. Bununla birlikte söz gelimi, bir kimse- nin testislerine tekme atılması, bu davranışın açıkça sadist bir cinsel haz alma amacı ile yapıldığı ve bu bilginin objektif bir gözlemci tarafından edinilebildiği çok istisnai örnekler haricinde¹²⁵, objektif olarak cinsel bir davranış olmadığından, cinsel saldırı suçuna vücut vermeyecektir. Bu örnekler arasındaki farkın iyi anlaşılabilmesi için, “cinsel davranışlar” ile “cinsel arzuların tatminine yönelik davranışlar”ın birbirinden farklı olduğunun bir kez daha altı çizilmelidir.

Mağdurun cinsel sağlığına -fiziolojik açıdan- zarar vermeyen çok sayıda eylemin de cinsel davranış olarak kabul edilmesi ve cinsel suçlara vücut vermese mümkündür. Yukarıda örneklendiği üzere, mağdurun “şaka” ya da “sansasyon yaratmak” amacıyla göğsünün sıkılması halinde veya CGK kararına konu olan

¹²¹ Türk Ceza Kanunu 102. madde gerekçesi, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı: 664, s. 508 vd.

¹²² Örneğin, Maine Ceza Kanunu'nun 251. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: “(3) *Any act involving direct physical contact between the genitals or anus of one and an instrument or device manipulated by another person when that act is done for the purpose of arousing or gratifying sexual desire or for the purpose of causing bodily injury or offensive physical contact.*”

¹²³ Michigan Sexual Assault Act § 520a(q.)

¹²⁴ Aksi yönde Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 208. Yazara göre ırza tasaddinin muhakkak şehvet kastına mukarın (dayalı) olarak işlenmesi gerekir, tahkir amaçlı fiiller ile bu suç işlenemez. Belirtmek gerekir ki yazar bu tespiti 765 sayılı Kanun dönemindeki düzenlemeler bakımından ve o kanunun cinsel suçlara yaklaşımı doğrultusunda yapmaktadır.

¹²⁵ Aynı yönde Schönke ve Schröder, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 6.

olaydaki gibi şantaj amacıyla belli cinsel davranışlarda “bulunuyormuş gibi” yapılan örnekler de cinsel saldırı suçuna vücut vermektedir. Dikkat edilirse, her iki fiil bakımından da failler, işledikleri fiillerin cinsel davranış olduğu hususunda kasten hareket etmektedirler ve her iki fiil de mağdurların cinsel otonomisini ihlal etmektedir. Failin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için bir de failin cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket edip etmediğinin araştırılması, ceza sorumluluğunu aşırı derecede daraltmakta ve o toplumda bireylerin cinsel otonomisini korumakta yetersiz kalmaktadır. Bu takdirde ortaya, bireylerin cinsel organlarına yönelik en ağır fiillerin bile işlenebildiği ancak bu fiillerin bir cinsel suç normu ile yasaklanmadığı bir durum çıkmaktadır ki, bunun kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Genel kural böylece ortaya konulduktan sonra, çift anlamlı fiiller bakımından da değerlendirme yapılmalıdır. Kanaatimizce, çift anlamlı fiiller bakımından da objektif ölçütlerin kullanılmasının sürdürülmesi gerekir. Mademki failin zihin dünyası, onun davranışının niteliği ve mağdurun cinsel otonomisinin ihlal edilip edilmediği bakımından önem arz etmemektedir, o halde konu çift anlamlı fiiller olduğunda neden subjektif ölçütler bir anda önem kazanmaktadır? Bu sorunun iyi bir yanıtı bulunduğu kanaatinde değiliz. *Hörnle*'nin de isabetle belirttiği üzere, eğer bir davranışın cinsel niteliğinin bulunduğu anlaşılması hususene failin iç dünyasının araştırılmasını gerektiriyorsa, bu fiil zaten yasaklanmayı [ve cezalandırılmayı] gerektirecek bir zarara yol açmıyor demektir¹²⁶. Bu bağlamda, çift anlamlı fiiller bakımından Alman doktrininde azınlıkta kalan görüşe¹²⁷ iştirak etmekteyiz.

Çift anlamlı fiiller bakımından, eğer fail olayın sosyal bağlamına uygun bir biçimde hareket etmiş ise, o andaki amacı ne olursa olsun, ceza sorumluluğuna gidilememelidir. Bu kapsamda örneğin, muayeneyi tıp sanatının kurallarına uygun bir biçimde yürüten bir doktor, mesleki standartlar dahilinde masaj hizmeti veren bir masör veya gol sevinci sırasında arkadaşına sarılan bir futbolcu, bunu cinsel arzularını tatmin amacıyla yapmış olsa dahi, cinsel saldırı suçunu işlemiş olmayacaktır. Meğerki failin bu davranışı, objektif olarak gözlemlenebilir bir biçimde cinsel uyarılma veya arzularının tatmini amacını ortaya koymuş olsun. Söz gelimi, tıp kurallarına uygun bir biçimde muayene esnasında doktorun inlemesi, penisinin sertleşmesi ya da ejakülasyon yaşaması gibi durumlarda; masörün masaj yaptığı esnada müşterisinin vücuduna iltifat etmesi, masajdan zevk aldığını belirtmesi veya müşterisiyle flört etmeye çalışması gibi durumlarda failin davranışı objektif olarak cinsel nitelik kazanmış olacaktır.

Objektif görüşün, bu görüşün benimsenmesi halinde esasen cinsel bir niteliği bulunmayan ve cezalandırmaya konu olması düşünülemeyecek çok sayıda eylemin de cinsel saldırı suçuna vücut verecek olması cihetinden eleştirildiğini

¹²⁶ Hörnle, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 4.

¹²⁷ Schöneke ve Schröder, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 10.

müşahede etmekteyiz. Bu hususta sayı kazanan voleybolcuların birbirlerinin kalcalarına vurması, bir annenin bebeğine kaşıkla yemek yedirmesi ya da anüsüne termometre sokarak ateşini ölçmesi gibi davranışlar bakımından, objektif görüşlerin cezai sorumluluk bakımından yanlış çıkarımlara sebebiyet vereceği ifade edilmektedir¹²⁸. Kanaatimizce bu eleştiri, objektif görüşün eksik yorumlanmasından ileri gelmektedir¹²⁹. Objektif görüş, kanunda tanımlı fiillerin “objektif olarak cinsel davranış” olduğu anlamına gelmemekte; yalnızca bu değerlendirmenin objektif ölçütlere göre yapılmasını gerektirmektedir. Fiilin objektif cinsel niteliğinin varlığı her halükârda araştırılmaya devam edecektir. Bu anlamda yazarın verdiği örnekler bakımından, bu fiiller objektif olarak cinsel nitelik taşımadığından, objektif görüşe göre de kolaylıkla doğru çözüme ulaşılabilmektedir.

Bu izahlar bağlamında, TCK m. 102, f. 1 ve TCK m. 102, f. 2 bakımından kısa bir değerlendirme yapmanın yararlı olacağı kanaatindeyiz.

TCK m. 102, f. 1 bakımından, “cinsel davranış” yukarıda ortaya konulan ölçütler çerçevesinde objektif olarak belirlenmelidir. Gerekçede de esasen “objektif şehvi nitelik” tabiri ile bu görüşün benimsendiği kanaatindeyiz. Bu düşüncenin bir gereği olarak, fail cinsel uyarılma veya arzularının tatmini amacıyla hareket etmiş ve hatta bunu sağlamış olsa dahi, eğer fiil objektif olarak cinsel bir davranış değilse, failin sorumluluğuna gidilememelidir.

Gerekçede yer alan “cinsel arzuların tatmini” amacının, sorunlu ve isabetsiz olduğu kanaatindeyiz. Böyle bir subjektif ölçüte başvurulması hem yukarıda izah edildiği gibi birçok soruna yol açmakta hem de suçun temel şekli ile nitelikli hali arasında bir uyumsuzluğa neden olmaktadır. Ayrıca, “cinsel arzuların tatmini” bir subjektif ölçüt olarak yetersizdir ve bireylerin cinsel otonomisini ihlal eden davranışların önemli bir bölümünü dışarıda bırakmaktadır. Bu nedenle gerekçede yer alan bu ölçütün kullanılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

İkinci fıkra bakımından subjektif bir ölçüte yer verilmemesi isabetlidir. Bununla birlikte bir noktanın önemle vurgulanması gerektiği kanaatindeyiz: Bir fiilin objektif olarak cinsel davranış olması ile failin cinsel arzularını tatmin etme amacıyla hareket etmesi birbirinden farklı iki olgudur. Bu anlamda ikinci fıkrada düzenlenen nitelikli hal bakımından da fiilin cinsel davranış olması gerekliliği sürmektedir. Bir başka deyişle, bir davranışın cinsel davranış olup olmadığının belirlenmesi bakımından, yapılması gereken inceleme esasen her iki fıkrada da aynıdır. Aradaki yegâne farklılık, ikinci fıkrada tanımlı fiillerin, doğası itibarıyla cinsel davranış olma olasılığının çok daha yüksek olmasıdır.

¹²⁸ Örnek için bkz. Turhan, *Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, 84.

¹²⁹ Yazarın bu çıkarımının sebebi, yaptığı değerlendirmede bir fiilin cinsel nitelik taşıması ile failin cinsel arzularını tatmin etmesi amacıyla hareket etmesini birbirine karıştırmış olmasıdır. Nitekim yazar yaptığı değerlendirmede TCK m. 103, f. 2 hükmünde “objektif cinsel nitelik bulunduğuun kabul edilmesini” eleştirmektedir.

Şüphesiz, kanun koyucu ve yargı organı, ceza sorumluluğunun tayininde karma metodu uygulamaya devam etmek yönünde bir irade gösterebilir. Bu noktada da belli öneriler yapılması gerekir: Eğer ceza sorumluluğunun belirlenmesinde failin amaç ve saikinin dikkate alınmasına devam edilecek ise, bu takdirde de TCK m. 102, f. 1 hükmünün yorumunun, cinsel suçların doğasına ve psikofizyolojik koşullarına uygun yeni amaç ve saiklerle genişletilmesi gerekir. Bu bağlamda bireylerin cinsel otonomisinin tekâmül etmesi, bu suçların diğer amaç ve saiklerle de işlenebildiğinin kabulü ile mümkündür.

Bu açıklamalar doğrultusunda, amaç olarak yalnızca cinsel arzularının tatminin öngörülmüş olmasını isabetli bulmamaktayız¹³⁰. Cinsel davranışların yalnızca cinsel arzuların tatmini amacıyla gerçekleştirilmediği; öç alma, aşağılama, işkence etme, hatta batıl inanç¹³¹ gibi çok çeşitli saiklerle de gerçekleştirildiği akılda tutularak, yeni bir içtihat geliştirilmelidir. Bu hususta doktrinde “*cinsel uyarım amacı*” ve “*mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal amacı*”nın birlikte kullanılması önerilmektedir¹³². Başka yazarlara göre, “*cinsel uyarım amacı*”, “*mağduru cinsel açıdan aşağılama amacı*” ve “*mağdur üzerinde [iradesini cinsel yollarla kırmak suretiyle] tahakküm kurma amacı*” subjektif ölçütler olarak dikkate alınmalıdır¹³³. Kanaatimizce *mağdurun cinsel otonomisini ihlal etme, mağdurun cinsel sağlığına zarar verme ve mağduru cinsel açıdan tahkir etme* amaçları eklenebilir. Bu üç ölçütün ilavesiyle birlikte, yukarıda verilen örnek olayların tümü bakımından kanaatimizce isabetli sonuçlara ulaşılabilmektedir.

Nihayet, bizatihi cinsel davranış olmayan ve failin cinsel arzularının tatmini amacına da yönelmeyen, bununla birlikte cinsel davranışlara hazırlık niteliğinde olan tutma, çekme, dokunma, bir yere götürme gibi fiillerin cinsel saldırı suçunu oluşturumaması gerektiği kanaatindeyiz¹³⁴. Bu itibarla Yargıtay’ın konuya ilişkin şu ana dek verdiği kararlar arasında, bu tür davranışların cinsel saldırı ya da istismar suçuna vücut vermediği yönündeki kararlara iştirak ediyoruz.

¹³⁰ Aynı yönde Camargo ve Renzikowski, “The Concept of an “Act of a Sexual Nature” in Criminal Law,” 759. Yazarlara göre “cinsel arzuların tatmini amacı”na kanunda yer vermek, yasa koyucunun neyi cezalandıracağını tam olarak kestirememesinden dolayı mecbur kaldığı bir kötü yasama pratiğidir. Bu eleştiriye tam olarak iştirak etmemekteyiz. Kanaatimizce bu kritere ilişkin sorun, bizatihi yanlış olması değil, başka amaç ve saiklerin de dahil edilmemesi nedeniyle eksik oluşudur.

¹³¹ Zührevi hastalıklardan kurtulmak için bir bakire ile ilişkiye girilmesi gerektiği hususundaki dönem itibarıyla yaygın inanca dair bkz. Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 202.

¹³² Turhan, *Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, 89.

¹³³ Camargo ve Renzikowski, “The Concept of an “Act of a Sexual Nature” in Criminal Law,” 767.

¹³⁴ Aynı yönde Schönke ve Schröder, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 6.; Hörnle, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn. 6; Lackner, Kühl ve Heger, *Strafgesetzbuch: StGB*, StGB § 184h kn 2. Yazarlar, failin mağdurun kıyafetlerini yırtmasını da bu kapsamda değerlendirmekte ve cinsel davranış olarak kabul etmemektedirler.

SONUÇ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, çalışmanın başında verilmiş olan olayların ele alındığı 2017/206 E., 2020/21 K. sayılı kararında şu tespitlere yer vermiştir:

“... hangi eylemlerin “cinsel davranış” olarak kabul edileceği konusu tartışmalıdır. Gerek ulusal gerekse uluslararası doktrinde ve yargısal uygulamalarda farklılıklar bulunmakla birlikte temelde failin eyleminin cinsel nitelik taşıyıp taşımadığına yönelik argümanlar subjektif ve objektif görüş başlıkları altında toplanmıştır. (...) Failin hangi davranışının cinsel nitelikte olduğunun belirlenmesi konusundaki iki temel yaklaşım içerisinde mağdurun vücut bütünlüğünden hareketle sanığın saikinden öte mağdurun cinsel bütünlüğünün ihlal edilip edilmediği daha önemlidir. Elbette ki sanığın dışa yansıyan davranışlarından cinsel arzu tatminine yönelik iradesi belirlenebiliyorsa cinsel saldırı suçundan cezalandırılmasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşın sanığın amacının tespit edilemediği pek çok olayda yetersiz kalınmakta mağdurun cinsel bütünlüğüne yönelik eylemler suç vasfı yönünden hatalı değerlendirilmektedir. Korunan menfaatin cinsel özgürlük olduğu benimsenirse bu özgürlüğe yönelik her türlü davranış da cinsel saldırı olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte dudaktan öpüşmek cinsel bir davranış olabileceği gibi bazı toplumlarda selamlaşmaya yönelik bir eylem olarak da algılanabilmektedir. Birden fazla anlamı olan bu davranışlar tıbbın veya anatominin verileriyle açıklanamazken somut olayın bütünü içerisinde değerlendirilip hangi bağlamda gerçekleştirildikleri gözetilerek cinsel davranış olarak kabul edilip edilmeyecekleri belirlenmelidir.”

Bu gerekçelerle Yargıtay Ceza Genel Kurulu, failin eyleminin cinsel saldırı suçunu oluşturduğunun kabulü gerekirken beraat kararı verilmiş olmasından bahisle Denizli 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nin direnme kararını bozmuştur. Ceza Genel Kurulu bu kararı ile, kanun koyucunun TCK m. 102, f. 1 hükmünün gerekçesinde öngördüğü subjektif unsuru uygulamamak yönünde bir tutum benimsemiş ve cinsel suçlara ilişkin içtihadında bir kırılma yaratmıştır. Kanaatimizce Ceza Genel Kurulu'nun bu tavrı takdire şayandır ve bireylerin cinsel otonomisinin korunması bakımından önemli bir adımdır.

Buna karşılık, yukarıda alıntılanan gerekçe ve argümanlar irdelendiğinde, mahkemenin cinsel davranışların belirlenmesine yönelik teorik temellendirmesinin oldukça zayıf kaldığı görülmektedir. Çalışmanın konusu kararın eleştirisi olmadığından detaylı olarak bu hususun üzerinde durulmayacak olmakla birlikte; bu durumun, Kurul'un bir eksikliğinden değil, Türkiye'de konuya ilişkin bilgi kaynaklarının yetersizliğinden ileri geldiğini düşünüyoruz. Bu durum, belki müşahhas olarak mezkûr olayda isabetli bir karar verilmesine engel olmamış olabilir ancak objektif görüş ve uygulaması yeterince iyi

anlaşılmazsa gelecekte hatalı uygulamaların ortaya çıkması mümkün ve hatta muhtemeldir¹³⁵.

Yukarıda verilen karar ve görüşler bağlamında, Türk hukukunda cinsel suçlar bakımından cinsel davranışın belirlenmesi ve hangi durumlarda cezalandırılacağı hususunda ciddi bir belirsizlik olduğu dikkati çekmektedir. Mevcut uygulamaların, yukarıdaki karar örnekleri ile de ifade edildiği üzere, bireylerin cinsel otonomisini korumak konusunda yetersiz kaldığı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce bu durumun iki temel nedeni bulunmaktadır: Bunlardan ilki, “cinsellik” kavramının geleneksel olarak yalnızca “cinsel haz” ile bağdaştırılması ve cinsel davranışlar ile cinsel hazza (ya da cinsel arzuların tatminine) yönelik davranışların birbirine karıştırılmasıdır. Yukarıda bazı örnekler ile de ifade edildiği üzere, hem doktrinde hem de uygulamada cinsel hazza yönelmeyen davranışların cinsel davranış olarak sayılmayacağına dair düşüncelere sıkça rastlanmaktadır. Halbuki cinselliğin yaşanması ve bu anlamda cinsel otonominin tekamülü; cinsel hazza da kapsamakla birlikte, başkaca birçok unsuru da ihtiva etmektedir. Bireyin cinsel sağlığının ve cinsel benlik değerinin korunması, cinsel varlığına yönelik tahkirlerden korunması, cinsel davranışları yalnızca kendi seçtiği insanlarla paylaşması gibi hususların tamamı, esasen cinsel otonominin sağlanması için gereklidir. Dolayısıyla, cinsel suçlara ilişkin ceza normları, bu değerlerin her birine yönelik fiillerin tümünü men edecek tarzda anlaşılmalıdır. “Cinsel davranış”ın bağlamı, fizyolojik ve kültürel bir yapı olarak, bütün bu unsurları kapsayan bir temelin üzerine kurulmalıdır.

Bu temel kurulamaz ise; bir kişinin eline penisini vererek şantaj amacıyla zorla fotoğraf çekmenin, “babacan” bir tavırla eteğini kaldırıp poposuna vurmanın, şaka yapmak için göğüslerini sıkmanın ya da cinsel organına şiş sokup yakmanın cinsel davranış olup olmadığı tartışma konusu olmayı sürdürecektir. Bu fiillere maruz kalan bireyler bakımından, failler cinsel bir suçtan dolayı cezalandırılmadıklarında, adaletin tecelli edip etmediği, üzerine düşünülmesi gereken bir sorudur.

İkinci mesele ise yukarıda ele aldığımız yöntem sorunudur. Halihazırda cinsel suçlar, fail odaklı olarak değerlendirilmekte ve mağdurun psikofizyolojik cinsel sağlığı göz ardı edilmektedir. Cinsel davranışların belirlenmesinde subjektif ölçütlerin tek başına ya da objektif ölçütlerle birlikte karma modeller halinde

¹³⁵ Bu noktada özellikle yukarıda 79 numaralı dipnotta zikredilmiş olan Y8.CD, 09.05.2019, 2019/9855 E, 2019/6551 K. sayılı karardaki tespitlerin sorunlu olduğu ifade edilmelidir. YCGK'nın güncel içtihadına karşın, acı verme saiki ile işlenen fiiller bakımından halen cinsel saldırı suçunun oluşmayacağı yönündeki içtihadın sürdürülmesi mümkündür. Failin (cinsellikle ilişkisi bulunmayan) amaç ve saiki açıkça dışa vurulmuş dahi olsa, bu durum failin objektif cinsel niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. Bu fiiller bakımından da eğer şartları varsa cinsel saldırı suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Esasen, failin vücut bütünlüğüne yönelik saldırısını gerçekleştirmek için **cinsel organlara cisim sokmayı** seçmesi dahi, cinselliğin doğası doğru anlaşıldığında, failin saikinin “acı verme” ile sınırlı olarak değerlendirilemeyeceğini ortaya koyar niteliktedir.

uygulanması, bu bağlamda bir zafiyet teşkil etmekte ve ceza normu ile korunması amaçlanan hukuki değeri gereği gibi korumamaktadır. Bu husus geniş olarak açıklandığı için tekrarlamayacak olmakla birlikte, kanunun gerekçesinde yer alan subjektif ölçütlerin uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu çalışma ile cinsel davranışların ve failin ceza sorumluluğunun belirlenmesine yönelik görüşlerin, Türk doktrin ve uygulamasında daha iyi anlaşılabilmesi ve akademik tartışmanın sağlıklı ilerleyebilmesi için bilgi ve görüşler sunulması hedeflenmiştir. Cinsel suçlara ve bu suçlara ilişkin ceza normlarıyla korunan hukuki değere ilişkin düşünce ve içtihatların hızla evrildiği bir dönemde¹³⁶, bu tartışmaların yapılmasını fevkalade önemli görüyoruz. Çalışmanın, bireylerin cinsel otonomisinin korunmasına hizmet etmesini temenni ederiz.

¹³⁶ Bu hususta daha geniş değerlendirmeler için ayrıca bkz. Karabulat, "Cinsel Suçların Hileyle İşlenmesi: Rıza Gösterilen Kişinin Kimliğine İlişkin Sorunlar," 635 vd.

KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, Mehmet Emin ve Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- K. Baker, Katharine, "Once a Rapist? Motivational Evidence and Relevancy in Rape Law," *Harvard Law Review* 110, S. 3, (1997): 563-624.
- Bantekas, Ilias, "Can Touching Always Be Sexual When There Is No Sexual Intent?," *The Journal of Criminal Law* 72, (2008): 251-258.
- Bayzit, Tuğba, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2017.
- Bezjak, Garonne, "Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers," *Kritische Justiz* 49, S. 4, (2016): 557-571.
- Camargo, Beatriz Corrêa ve Renzikowski, Joachim, "The Concept of an "Act of a Sexual Nature" in Criminal Law," *German Law Journal* 22, (2021): 753-768.
- Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Cilt IV, Ankara: Seçkin Kitabevi, 1985.
- Goldman, Alan H., "Plain Sex," *Philosophy & Public Affairs* 6 S. 3 (1977): 267-287.
- Heintschel-Heinegg, Bernd ve Kudlich, Hans, *Strafgesetzbuch: StGB*, Beck'scher Online-Kommentar, 2024.
- Hörnle, Tatjana, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, Band 3: §§ 80-184I, Berlin: C.H. Beck, 2021.
- Jackson, Stevi, "The Social Context of Rape: Sexual Scripts and Motivation," *Women's Studies International Quarterly*, S. 1, (1978): 27-38.
- Karabulut, Efe Can, "Cinsel Suçların Hıyileyle İşlenmesi: Rıza Gösterilen Kişinin Kimliğine İlişkin Sorunlar," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, S. 1, (2024): 587-640.
- Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid, Paeffgen, Hans-Ullrich ve Saliger, Frank, *Strafgesetzbuch: StGB*, Berlin: Nomos, 2023.
- Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Korkusuz, Gülşah, "Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXXI (1), (2013): 815-854.
- Kılıç, Burak, *Suçun Manevi Unsuru Olarak Amaç ve Saik*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020.
- Lackner, Karl, Kühl, Kristian ve Heger, Martin, *Strafgesetzbuch: StGB*, Berlin: C.H. Beck, 2023.
- Memiş Kartal, Pınar, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, İstanbul: Der Yayınları, 2014.
- Nagel, Thomas, "Sexual Perversion," *The Journal of Philosophy* 66, S. 1, (1969): 5-17.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Özen, Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

- Palmer, Craig T., "Twelve Reasons Why Rape is Not Sexually Motivated: A Skeptical Examination," *The Journal of Sex Research* 25, S. 4, (1988): 512-530.
- Roth, Nathan, "Factors in the Motivation of Sexual Offenders," *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 42, S. 5, (1952): 631-635
- Schönke, Adolf ve Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch: StGB*, Berlin: C.H. Beck, 2019.
- Şen, Ersan, Maviş, Mert ve Şahin, Buğra, *Cinsel Suçlar: Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar (Uygulama ve İçtihat)*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Taner, Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Turhan, Engin, *Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınevi 2021.
- Wrede, Birgitta, Was Ist Sexualität? Sexualität als Natur, als Kultur und als Diskursprodukt, in: *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, Ed. Christiane Schmerl, Stefanie Soine, Marlene Stein-Hilbers, Birgitta Wrede, 25-43, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften Wiesbaden, 2000.
- Yourell, Asha M./McCabe, Mania P., "The Motivations Underlying Male Rape of Women," *Australian Journal of Sex, Marriage and Family* 9, S. 4, (1988), 215-224.

CEZA MUHALEMESİNİN TEMEL BİR İLKESİ OLARAK DELİLLERİN DOĞRUDAN DOĞRUYALIĞI^(*)

Dr. Mahmut GÖKPINAR^(**)

Öz

Ceza muhakemesi hukukunun temel bir ilkesi olarak delillerin doğrudan doğruyalığı, gerçeğe ulaşma çabasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) diğerlerinin yanı sıra bu amaca ulaşmak için delil serbestisi esasını kabul etmekle birlikte, delillerin ileri sürülmesi ve değerlendirilmesi konularında bir sıralama getirerek bu serbestiyi bir şekilde sınırlandırmıştır. Bu çerçevede, şahsi delillerin maddi olanlara, duruşmada ortaya konan delillere ise bunun dışında ileri sürülenlere göre bir öncelik tanınmıştır. Hakimin olaylara ilişkin bilgisini, ikincil bilgi kaynakları tarafından kendisine aktarılanlara dayandırmaması gerektiği esasına dayanan bu ilke, böylece ceza muhakemesi sistemimizin temelleri arasında yerini almıştır. Delillerin doğrudan olması ilkesi esas olarak fiziki delillere değil, kişisel delillere ilişkin olduğundan, yazılı belge ve tutanaklar duruşmada okunarak karara dayanak olarak kullanılabilir. Böyle bir okuma işlemi doğrudan delil ilkesinin bir istisnası değil, bir sonucudur. Ayrıca gerçeğe ulaşma açısından da bu bir zorunluluktur. Doğrudan delil ilkesinin başlıca istisnası, duruşmada dinlenmesi gereken ifadeleri delil olabilecek bir tanığın, suç ortağının veya bilirkişinin bulunmamasıdır. Bu durum, doğal bir imkânsızlık dolayısıyla ortaya çıkabileceği gibi fiili engellerden de kaynaklanabilir. Her iki halde de olası delillerin kaybolma riski söz konusudur. Okuma yasağının diğer istisnaları orantılılık ilkesine dayanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Doğrudanlık, Şekli-Maddi Anlamda Delillerin Doğrudan Doğruyalığı, Dolaylı Delil İkamesi, Okuma Yasağı, Dolaylı Tanıklık.

IMMEDIACY OF EVIDENCE AS A FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF CRIMINAL PROCEDURE

Abstract

As a fundamental principle of criminal procedure law, the immediacy of evidence emerges as a result of the effort to reach the truth. While the Criminal Procedure Code (CPC) accepts the principle of freedom of evidence, among others, in order to realize this main purpose, the law has limited this freedom in a way, by introducing a ranking in the presentation and evaluation of evidence. In this context, priority has been given to the material ones of personal evidence, and to the evidences presented at the hearing over the other arguments. This principle, which is based on the principle that the judge should not base her knowledge of the events on what is conveyed to her by secondary sources of information, has thus taken its place among the foundations of our criminal procedure system. As a fundamental principle of criminal procedure law, the immediacy of evidence emerges as a result of the effort to reach the truth. While the Criminal Procedure Code (CPC) accepts the principle of freedom of evidence, among others, in order to realize this main purpose, the law has limited this freedom in a way, by introducing a ranking in the presentation and evaluation of evidence. The leading exception to the principle of immediacy evidence is the absence of a witness, accomplice or expert, whose statements may be evidence, when they need to be heard at the hearing. This situation may arise due to a natural impossibility or may arise from natural or actual obstacles. In both cases, there is a risk of loss of possible evidence. Either way, there is a risk of loss of evidence. The other exceptions of the reading ban is based on the principle of proportionality.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 11.03.2024](#) - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 30.07.2024](#)
[DOI No: 10.54704/akdhfd.1450583](#)

^(**) Millî Eğitim Bakanlığı, Teftiş Kurulu Başkanlığı / Ankara, Türkiye
[E-posta: mahmutgokpinar@hotmail.com](mailto:mahmutgokpinar@hotmail.com)
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0002-7433-0323](https://orcid.org/0000-0002-7433-0323)



Keywords

Immediacy, The Immediacy of the Evidence in the Formel-Material Sense, Indirect Evidence Substitution, Reading Ban, Indirect Testimony.

Extended Abstract

Immediacy of evidence as a fundamental principle of penal procedure law emerges as a result of the effort to reach the truth. The term 'immediacy'⁽¹⁾ is most often referred to in the context of German procedural law and in the nineteenth century it was asserted in its current context by German jurists. To achieve this purpose, The Criminal Procedure Law accepts the principle of circumstantial evidence and it limited this by introducing a ranking in the presentation and evaluation of evidence. In this context, priority has been given to the personal evidence rather than material ones, and to the evidences presented at the hearing over the other arguments. This principle, which is based on the principle that the judge should not base her knowledge of the events on what is conveyed to her by secondary sources of information, has thus taken its place among the foundations of our criminal procedure system. The same considerations are deemed valid for the Criminal Procedure Law (CPPC) too. The principle is based on the assumption that obtaining direct information is more reliable than the indirect one. In order for this to be valid, the judge must first conduct a complete and comprehensive examination of the facts *ex officio*. In this respect, the principle cannot be fully applied at the investigation stage. The principle is generally examined by being divided into two as formal and material. However, this is at the theoretical level, and the formal and material dimension are complementary (balancing) aspects and it cannot be handled independently. The material dimension of the principle of immediacy evidence is a matter of the quality of the evidences which are based on the judge's ad judgements. It is important how the judge reaches the evidence in terms of immediacy in the formal sense, and what kind of evidence he/she applies for the material dimension. Although immediacy of evidence is one of the basic principles, it had to be limited and make exceptions for the reasons of procedural economy and proportionality, preventing the loss of evidence. Over time, it has become impossible to establish a judgment without indirect evidences, it has been emptied by introducing new restrictions to the principle it has turned into a state of exception. The process in which the approach of reading the written proceedings instead of listening directly is dominant. In addition to the collection of evidence in accordance with the principle of immediacy evidence, it should be evaluated undividedly by referring to indirect evidences that complement the personal conviction reached. The important thing is not to use the evidence completely in accordance with the principle; to be considered in the evaluation.

Since the principle of immediacy evidence is essentially about personal evidence, not the physical ones, written documents and proceedings can be used as a basis for the decision by reading at the hearing. Such a reading process is not an exception of the principle of immediacy evidence, but it is a consequence in addition, this is also a necessity in terms of reaching the truth. Most of the exceptions of the principle of immediacy evidence are covered by the situations that are in the CPC provision 211 under the title of the documents to be examined at the hearing. In the terms of German Law, StPO art. provision 251' reading the proceedings' is the same qualification. The leading exception to the principle of immediacy evidence is the absence of a witness, accomplice or expert, whose statements may be evidence, when they need to be heard at the hearing. This situation may arise due to a natural impossibility or may arise from natural or actual obstacles. In both cases, there is a risk of loss of possible evidence. Either way, there is a risk of loss of evidence. The other exceptions of the reading ban is based on the principle of proportionality. When the contribution of hearing the witness or expert at the hearing in reaching the truth is compared with the place where these people are, the hearing "does not seem appropriate" in other words, if it is not measured, these people's proceedings of the hearing by another judge can be read at the hearing. 5271 CPC art. In accordance with 196/1, the court may exempt the accused from being present at the hearing, if the accused who has been questioned by the court or his attorney authorized by him desires. Proceedings of the previous statements and declarations can be read due to limited reasons such as not being able to remember some issues that are important for proof and the emergence of contradictions. The main reason of these exceptions is based on the material fact that is investigated and not be defeated by reality in the criminal court.

⁽¹⁾ Unmittelbarkeit

The testimony of the person who said what he/she heard it is not clearly regulated in either the CPC or the CPPC. Indirect testimony should not be evaluated in terms of the principle of immediacy evidence. The principle appertains that personal evidence should take precedence over documentary evidence, the evidence presented at the hearing should take precedence over other arguments. Whether anything represents the event subject to trial, in other words, whether it has evidential value, if it has evidential value, its weight ratio in the judgment is at the discretion of the judge, who freely evaluates the evidence.

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukukunun temel bir ilkesi olarak delillerin doğrudan doğrualığı, maddi gerçeğe ulaşma çabasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır¹. Bu temel amacı hayata geçirmek için Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) diğer ilkelerin yanı sıra delil serbestisi esasını kabul etmekle birlikte, delillerin ileri sürülmesi ve değerlendirilmesi konularında bir sıralama getirmek suretiyle de bu serbestiyi bir şekilde sınırlandırmıştır. Bu çerçevede CMK, şahsi delillerin maddi olanlara yani belge deliline; duruşmada ortaya konan delillere ise duruşma dışında ileri sürülenlere göre öncelik tanımıştır². İlke, mahkemenin-hakimin³ olaylara ilişkin bilgisini, ikincil bilgi kaynakları tarafından kendisine aktarılanlara dayandırmaması gerektiği⁴ esasına dayanmaktadır.

Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi, hükmü verecek hakim ya da hakimlerin yargılama konusu olay hakkındaki kanaatlerini oluşturma süreciyle ilgili olup⁵ doğrudan bilgi edinmenin dolaylı olandan daha güvenilir olduğu varsayımına dayanmaktadır⁶. Bunun geçerli olabilmesi için de öncelikle hakimin gerçekler hakkında re'sen eksiksiz ve kapsamlı bir inceleme yürütmesi gerekmektedir⁷.

¹ Het Garé, *Onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces*, (1994), 78.

² Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualılığı İlkesi)*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001), 19; Aynı yönde: Giulio Illuminati, "The Accusatorial Process from the Italian Point of View", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 35, S. 2 (2010), 310; Sarah J Summers, *Fair Trials the European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, (Hart Publishing, 2007), 54; Nadja Capus, "Written Records of Statements and Fairness", *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings Individual Rights and Institutional Forms*, editör. John D. Jackson/Sarah J. Summers, (Oregon: Oxford and Portland, 2018), 208.

³ Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin, uzlaştırmacı tarafından çözüme kavuşturulan uyuşmazlıklar için de geçerli olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Summers, 48; Bilirkişi de inceleme ve araştırmalarını yaparken bu işlemlerine konu olan obje ile araya vasita koymadan, doğrudan temas etmelidir. Örneğin bilirkişi, kaza yapan otomobili bizzat incelemedir. Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2011), 638.

⁴ Garé, 78.

⁵ Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 636.

⁶ Sonja Huber, *Der Prozessgrundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens*, (Wien: 2010), 9; Von Karl-Ludwig Kunz/Henriette Haas, "Zusammenhänge der strafgerichtlichen Entscheidungsfindung; Eine empirische Studie in drei Ländern", *MschKrim* 95. Jahrgang, Heft 3 (2012), 175; Mirjan Damaska, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study", *University of Pennsylvania Law Review* 121, (1973), 517; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020); 378.

⁷ MLaw Adrian Dumitrescu, "Das Unmittelbarkeitsprinzip im deutschen und schweizerischen Strafprozessrecht", *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 130, S. 1 (2018), 111;

(StPO md. 244/2⁸). İlke, özellikle ilk derece muhakemesinde duruşma aşamasında geçerli olmakla birlikte delil ikamesinin mümkün olduğu istinaf aşaması için de geçerlidir⁹. Soruşturma aşamasında ise suçun işlendiğine dair yeterli şüpheye ulaşmak esas olduğundan ilkenin tam olarak uygulanması söz konusu olamaz¹⁰. Delillerin doğrudan doğrualığı, yargılama aşamasını soruşturmadan ayırmaya da hizmet etmektedir¹¹. Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin arkasında, bir yanda sanığın adil yargılanma hakkı¹² diğer yanda ise maddi gerçeğe ulaşma ilkesi arasında var olan çatışma da yer almaktadır¹³. Ayrıca, mağdur ve tanıkların korunması ve usul ekonomisine ilişkin menfaatler de ilke uyarınca dikkate alın-

Delil serbestisi ilkesinin özünde delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi bulunmaktadır. Çünkü hükmü veren hakim delilleri doğrudan kendisinin alması, muhtemelen bu delili daha sonra kendi kanaatine göre özgürce değerlendirebilmesini haklı çıkarmaktadır. Johannes Kepler, *Die Verwendung Von Beweismitteln Aus Anderen Verfahren Gemäss § 281a ZPO, Diplomarbeit zur Erlangung des akademischen Grades Magistra der Rechtswissenschaften im Diplomstudium Rechtswissenschaften*, (Linz, 2019), 10; 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'ndaki (CMUK) gibi açıkça yer almamakla birlikte, CMK'da da mahkemeye re'sen delil araştırma yetkisi verilmiş ancak bu dağıtık düzenlemelerle tanınmıştır. Örneğin, mahkeme başkanı ya da hakim gerek duruşmaya hazırlık aşamasında gerekse duruşmada re'sen tanık çağırabilir (CMK m. 61), re'sen bilirkişiye başvurabilir (CMK m. 63/1, 69/2), re'sen yeniden keşif ve muayene işlemlerine karar verebilir (CMK m. 181/2) Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2015), 199.

⁸ Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz. Feridun Yenisey, Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)*, 2. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2015), 321. (Çalışmanın sonraki kısımlarında StPO ile ilgili çeviriler söz konusu eserden yapılacağından ayrıca belirtilmeyecektir).

⁹ Stefan Wiedroither, *Die Durchbrechungen Der Unmittelbarkeit Im Strafverfahren Und Ihre Anfechtungsmöglichkeiten, Diplomarbeit zur Erlangung des akademischen Grades Magister der Rechtswissenschaften*, (2016), 16; "Temyiz denetiminde, maddi olayın tespitinde ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinin, sözlülük, doğrudan doğrualık ve yüzüzelik ilkeleri uyarınca elde edilen delilleri vicdani kanaatleri ile serbestçe takdir ederken..." YCGK, 14.09.2023, E. 2019/471, K. 2023/437 <www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 4 Kasım 2023.

¹⁰ Johannes Schäubel, *Strafverfahren und Prozessverantwortung Neue prozessuale Obliegenheiten des Beschuldigten in Deutschland im Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht*, (Berlin, 2017), 311; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Sırma Özge Gezer, F. Yasemin Kirit Saygılar, Esra Akcan Alan, Özdem Özaydın, Efser Tütüncü Erden, Derya Villemin Altınok ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 148; Hakan Hakeri, Yener Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 95; Vahit Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010), 91.

¹¹ Massimo Bolognari, "The Appeal in the Italian Criminal Legal System: Legislative Reforms and Case Law", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 6, S. 1 (2018), 23; Damaska, 517; İtham sistemi, bir hakimini yalnızca sözlü biçimde (sözlülük ilkesi), huzurunda (delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi), çekişmeli dinamikler içeren bir kamu yargılamasında toplanan delillere dayanarak karar vermesine izin verir. Başka bir ifadeyle itham sistemi, soruşturma ve yargılama aşamalarını net bir şekilde ayırır. Michele Panzavolta, "Reforms and Counter-Reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System", *North Carolina Journal of International Law* 30, S. 3 (2004), 588.

¹² Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi de adil yargılanma hakkının ikelerinden biridir. Huber, *Der Prozessgrundsatz*, 9; Aynı yönde: AİHM'nin 37442/97 Bşv. No.lu ve 09/07/2002 tarihli kararı <HUDOC>, Erişim Tarihi: 02 Ekim 2022; Söz konusu karar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHS) delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinden açıkça bahsettiği ilk karardır.

¹³ "Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi aynı zamanda ortaçağa hâkim olan gizli soruşturma yöntemlerine karşı bir tepkiydi ve tüm işlemlerin kayda geçirilmesini gerektiriyordu." Damaska, 517.

malıdır¹⁴. Bu çatışma alanını tüm menfaat gruplarıyla dengede tutabilmek için ceza muhakemesi kanunları, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin şekli ve maddi boyutlarıyla hayata geçmesi için çeşitli düzenlemelere yer vermeye çalışmaktadır¹⁵. İlk derece muhakemesinde duruşmanın fonksiyonuyla ilişkili olan delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi, özellikle hakim delil ikamesini belirleyici bir niteliğe sahiptir¹⁶. Tüm bunlara rağmen ceza muhakemesi hukukunun en tartışmalı alanlarından biri olmaya devam eden ilkenin bir kavram olarak ifadesi, kapsam ve bağlayıcılığı hususlarında çeşitli görüş ayrılıkları bulunmaktadır¹⁷. Bu çalışmada ilke, kavramsal yönleri, istisnaları ile ele alınmış, özellik arz eden kimi durumlar incelenmiştir.

I. BİR KAVRAM OLARAK DELİLLERİN DOĞRUDAN DOĞRUALIĞI İLKESİ

Sınırlı bir şekilde kontrol imkanı olan soruşturma evresinde elde edilenlerin delil olarak dava dosyasına girmemesini garantiye alan bir ilke olarak delillerin doğrudan doğrualığı¹⁸, yüz yıllar süren bir gelenek içinde oluşmuştur¹⁹. Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi ondokuzuncu yüzyılda Alman hukukçular tarafından şu anki bağlamında ileri sürülmüştür²⁰. Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin sadece Almanya'nın değil pek çok ülkenin ceza muhakemesi kanunla-

¹⁴ Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi diğer taraftan farklı hukuk kültürlerinin bir ifadesidir. Örneğin İsviçre'de genellikle mahkemece duruşmada tekrarlanan bir sorgulama olmaksızın daha önceki açıklamalara atıfta bulunularak hüküm kurulmakta, Almanya ve Avusturya'da ise bu mümkün olmamaktadır. Bu ülkelerde yargının demokratik denetimi oldukça zayıf olduğundan delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi gibi anayasal güvenceler bu durumu telafi etmek için büyük önem taşırken, İsviçre'de halk seçimleri yoluyla hakimlerin demokratik kontrolü gerçekleştirilmekte, duruşmada delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin uygulanmasından büyük ölçüde vazgeçilebilmektedir. Kunz/Haas, 175. Aynı yönde: Stewart Field, "Fair Trials and Procedural Tradition in Europe", *Oxford Journal of Legal Studies* 29 (2), (2009), 378.

¹⁵ Wiedlroither, *Die Durchbrechungen*, 9; Aynı yönde: Cecilia Möller Norsted/Mattias Lindner Vinge, "The Dispute Resolution Review: Sweden" <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-dispute-resolution-review/sweden>>, Erişim Tarihi: 2 Eylül 2021, 1.

¹⁶ Delil ikamesi ile kastedilen, delillerin duruşmada sunulup tartışılması ve muhakeme süjelerinin onlar hakkında görüşlerini belirtmesine imkan yaratılmasıdır. Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 95.

¹⁷ Şahin, *Delillerin Doğrudan Doğrualığı*, 19; Aynı yönde: Schäuble, *Strafverfahren und Prozessverantwortung*, 295.

¹⁸ Ulrich Sommer, "Die Verwertung von im Auslandgewonnenen Beweismitteln", *Vortrag vom 16. Mai 2003 bei den 2. Petersberger Tagen der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins zum Thema, Verteidigung und internationales Strafrecht*, 19; Thomas Swenson, "The German 'Plea Bargaining' Debate", *PACE INT'L L. REV* 7, S. 2 (1995), 402; Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi gereği Alman polisi tarafından tutulan bir ifade tutanağı doğrudan dava dosyasına giremez. Sommer, 19.

¹⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırt Saygılar, Akcan Alan, Özyayın, Tütüncü Erden, Villemin Altınok ve Tok, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 147.

²⁰ Benjamin Carter Hett, *Death in the Tiergarten Murder and Criminal Justice in the Kaiser's Berlin* (Harvard University Press, 2004), 25; Summers, *Fair Trials*, 48; Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin 19. yüzyıl Avrupa reformlarının bir parçası olarak Almanya ile Fransa'da eş zamanlı ortaya çıkıp geliştiği yönündeki görüş için bkz. Field, 378.

rına yansımaları olmuştur²¹. Alman ceza muhakemesi hukukunun temel kuralı olan delillerin doğrudan doğrualığı²², itham sisteminin temelinde yer almaktadır²³. Anglo-Amerikan hukukunda da kimi yansımaları bulunan ilke²⁴ onyedinci yüzyıldan beri ceza muhakemesinde delil hukukunun temel özelliğini teşkil etmektedir²⁵. Doğrudanlığın muhakeme kurallarına en çok katkı yapan ilke olarak kabulü mümkündür²⁶.

Çalışma konusu bu ilkeyi ifade etmek üzere doktrin ve uygulamada çeşitli terimlerin tercih edildiği görülmektedir. “Yargılamanın vasıtasızlığı²⁷”, “Vasıta-

²¹ JR Jspencer, *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings* (Oxford and Portland, 2008), 24; Örneğin Polonya’da polis delil toplama kurallarını düzenleyen Kanunun (Polish Criminal Code) 174. maddesinde delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi yer almıştır. İngiltere’de 2003 reformunun hazırlık çalışmaları sırasında, ilkenin benimsenmesi yönünde bir girişim olmakla birlikte çeşitli nedenlerle başarılı olunamamıştır. Jspencer, *Hearsay Evidence*, 24.

²² Reiter Heinrich, “Hearsay Evidence and Criminal Process in Germany and Australia”, *Monash University Law Review* 10, (1984), 55; Schäuble, *Strafverfahren und Prozessverantwortung*, 62.

²³ Field, 377; Illuminati, 311.

²⁴ “Dolaysızlık”(Unmittelbarkeit) ilkesinin Anglo/Amerikan hukuk geleneğindeki karşılığı, “*hearsay evidence*” terimidir. Görünürde benzer kurallar olsa da birbirlerinden farklıdır. Kulaktan dolma deliller olarak çevrilebilecek hearsay evidence, dışlayıcı iken dolaysızlık kapsayıcıdır. Dolaysızlık ilkesi, hakimin kulaktan dolma delilleri dinlemesini yasaklamaz. İlke, eğer o kişi hala mevcutsa, hakimi bilginin orijinal kaynağından delili dinlemeye mecbur etmektedir. Örneğin bir kişinin cinsel saldırısına uğrayan çocuk, faili ölmeden çok kısa bir süre önce annesine söylemiş olsun. Annenin buna dair beyanın Anglo/Amerikan hukuk geleneğinde yer alan kulaktan dolma delil yasağı gereğince hükme esas alınması mümkün değil iken Kıta Avrupası ve özellikle de Almanya’da mağdura ulaşma imkânının olmaması nedeniyle esas alınabilecektir. Ancak bu, Alman mahkemelerinin İngiliz mahkemelerinin aksine, kulaktan dolma bilgilerin tehlikeli olabileceğini kabul etmedikleri anlamına gelmemektedir. İngiliz hukukunun yaptığı gibi bu beyanı kabul edilemez olarak ilan etmek yerine, Alman mahkemeleri söz konusu beyanı ihtiyatlı bir şekilde ele almaktadır. Alman içtihatlarına göre, kulaktan dolma deliller, normalde tek başına bir mahkûmiyet kararı vermek için yetersizdir ve daha güvenilir türden başka delillerle desteklenmesi gerekmektedir. Jspencer, *Hearsay Evidence*, 23; Kulaktan dolma delil yasağı ilkesini ihlal eden deliller Anglo/Amerikan hukuk geleneğinde herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın delil dışlama kurallarına tabi iken Kıta Avrupası’nda bu bir temyiz nedenidir. Damaska, 517.

²⁵ Hukuk muhakemesi de gerçekleri re’sen araştırmakla yükümlü olduğundan delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi sadece ceza muhakemesinin değil hukuk muhakemesinin de temel ilkeleri arasında yer almaktadır. ZPO (Federal Almanya Cumhuriyeti Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu) md. 124/1 söz konusu ilkeyi ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tabea Lorenz, *Beweiserhebung mittels Parteiaussage, Dissertation der Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaft sowie Internationale Beziehungen (HSG) zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft* (Dike, 2019), 20; Aynı yönde: Kepler, *Die Verwendung*, 10; Fahri Gökçen Taner/Akif Yıldırım, “Suç İsnadına veya Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Uyuşmazlıklarda Duruşmaya Video Konferans Yöntemiyle Uzaktan Katılma”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, S. 1 (2021), 238; “*Delillerin değerlendirilmesi*” başlıklı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md. 198’de yer alan “*Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir*” hükmü ile medeni muhakeme bakımından da delil serbetisi getirilerek bu hukuk dalının amacının da maddi gerçeğe ulaşmak olduğu ortaya konmuştur.

²⁶ Richard Vogler, “The Principle of Immediacy in English Criminal Procedural Law”, *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 126, S. 1 (2014), 241.

²⁷ Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Derleri, Genel Kısım, C. I*, 4. Baskı. (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984), 361.

sızlık²⁸”, “Duruşmanın vasıtasızlığı²⁹”, “Duruşmanın doğrudan doğrualığı³⁰”, “Vasıtasız olma prensibi³¹”, “Doğrudan doğrualık³²”, “Delillerin doğrudan doğrualığı³³”, “Delil toplamanın dolaysızlığı³⁴”, “Dolaysızlık”(Unmittelbarkeit³⁵), “Süreç dolaysızlığı³⁶”, “Şahsen dinleme ilkesi³⁷”, “Doğrudanlık³⁸” bunlardan bazılarıdır. Yargıtay kararlarında ise doğrudanlık kavramına yer verilmektedir³⁹.

²⁸ Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, (Ankara; Adalet Yayınevi, 2023), 137; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı (İstanbul; Beta Yayınları, 2010), 1225; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 577; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt Saygılar, Akcan Alan, Özaydın, Tütüncü Erden, Villemin Altınok ve Tok, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 147; Bıçak, *Suç Muhakemesi*, 91, Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 95.

²⁹ Erol Cihan, Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı. (İstanbul: Beta Yayınevi, 1997), 496.

³⁰ Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi*, *Ceza Muhakemesi*, 636.

³¹ Baha Kantar, *Ceza Muhakemeleri Usulü, Birinci Kitap, Umumi Hükümler*, 4. Baskı. (Ankara: Güney Matbaacılık, 1957), 220.

³² Werner Beulke, “Muhakeme İlkelere”, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, editör. Yener Ünver, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), 480; Murat Balcı, *Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 185; Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 21. Baskı, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 290; Taner, Yıldırım, 238; Soyaslan, *Ceza Muhakemesi*, 379; Cihan, Yenisey, *Ceza Muhakemesi*, 38. Bozdağ.

³³ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş 9. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 796; Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014), 84; Şahin, *Delillerin Doğrudan Doğrualığı*, 25; Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 95; Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi*, *Ceza Muhakemesi*, 637.

³⁴ Albin Eser, “Das Verwertungsverbot des § 252 StPO und die Vernehmung des vernehmenden Richters”, *Neue juristische Wochenschrift* 16, S. 3 (1963), 235.

³⁵ Volker K. Krey, “Speech: Characteristic Features of German Criminal Proceedings-An Alternative to the Criminal Procedure Law of the United States”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 21, S. 4 (1999), 604; Thomas Weigend, Richard S. Frase, “German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions”, *Boston College International & Comparative Law Review* XVIII, S. 2 (1995), 343; Christian Lucas, “Beweisverwertung im Strafverfahren”, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2022, 2, <https://www.juratexte.2ix.de>; Jaime Arellano, Rafael Blanc, Laura Cora, Mauricio Decap, Eduardo Gallardo, Fernando Guzmán, Leonardo Moreno ve Manuel Quilichini, *Technology, Criminal Proceedings, Hearings and Oral Trial*, 8; Capus, 206; Vogler, 241.

³⁶ Dumitrescu. 107.

³⁷ Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi*, *Ceza Muhakemesi*, 636.

³⁸ Robin Hofmann, “Formalism Versus Pragmatism - A Comparative Legal and Empirical Analysis of the German and Dutch Criminal Justice Systems with Regard to Effectiveness and Efficiency”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 28, S. 4 (2021), 470; Marc S. Groenhuisen/Hatice Selçuk, “The Principle of Immediacy in Dutch Criminal Procedure in the Perspective of European Human Rights Law”, *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 126, S. 1 (2014), 249; Willem-Jan Van Der Wolf, René Van Der Wolf, *The Dutch Criminal Justice System*, (Nijmegen: Aolf Legal Publishers, 2008), 29; Friedrich Christian Schroeder, Torsten Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Çev. Salih Oktar, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 56; Norsted/Vinge; Cihan, Yenisey, *Ceza Muhakemesi*, 494.

³⁹ Y. 8. CD, 05.06.2023, E. 2022/362, K. 2023/4066 ve YCGK, 23.06.2022, E. 2018/409, K. 2022/479; YCGK, 28.09.2021, E. 2020/76, K. 2021/428 ve; Y. 10. CD, 26.05.2021, E. 2017/5848, K. 2021/6174 ve; YCGK, 27.06.2019, E. 2015/202, K. 2019/508 ve Y. 19. CD, 14.05.2019,

İlke delillerin niteliği, nasıl ve nerede ikame edildiği başka bir ifadeyle hakim hangi delile nasıl ulaştığıyla ilgili bir konudur. Dolayısıyla da ilke duruşmayı da ilgilendirmektedir. Çalışmada delillerin doğrudan doğruyalığı kavramı tercih edilmiştir

II. DELİLLERİN DOĞRUDAN DOĞRUYALIĞI İLKESİNİN ÇEŞİTLERİ

Delillerin doğrudan doğruyalığı kavramının anlam ve kapsamı konusunda çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. İlke genellikle şekli ve maddi anlamda olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir⁴⁰. Ancak, bu ayrım teorik düzeyde söz konusu olup şekli ve maddi boyutun birbirini tamamlayan (dengeleyen) yönleri vardır. Bağımsız olarak ele alınmaları mümkün değildir⁴¹. Çünkü şekli boyutuyla doğrudan doğruyalığın gerçekleştirildiği duruşma genellikle aynı zamanda maddi yönüyle de doğrudanlığın sağlandığı bir duruşma olacaktır. Benzer şekilde, doğrudan, ilk elden delillere başvurarak maddi anlamda doğrudanlığı gerçekleştiren hakim doğal olarak şekli anlamda doğrudanlığı da hayata geçirmiş olmaktadır. Duruşma yapılmaksızın hakim bizzat delil toplamasının da bir önemi bulunmamaktadır⁴². İlke gereğince özellikle de şahsi delillerden doğrudan kanaat edinecek olan hakim, sanık, tanık, bilirkişiye ait yazılı⁴³ açıklamalar ile yetinmeyecek, başta gözlem yapmak⁴⁴ olmak üzere duyu organlarını⁴⁵ kullanarak anında

E. 2019/3569, K. 2019/8375; Y. 14. CD, 26.03.2018, E. 2017/8046, K. 2018/2197; Y. 18. CD, 20.01.2016, E. 2015/16346, K. 2016/970 <www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 10 Kasım 2023.

⁴⁰ Doktrin de şekli anlamda delillerin doğrudan doğruyalığı kavramı yerine, 'fili doğrudanlık'; maddi anlamda delillerin doğrudan doğruyalığı kavramı yerine de 'olgusal doğrudanlık' kavramları da tercih edilmektedir. Huber, *Unmittelbarkeit*, 10.

⁴¹ Schäuble, *Strafverfahren*, 62; Dumitrescu, 107; Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 10; Aynı yönde: BVerfGE 74, 358, 372 <https://www.servat.unibe>, Erişim Tarihi: 6 Ekim 2022.

⁴² Aynı yönde: Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 13.

⁴³ 'Yazılı delil' (schriftlich beweis) terimi kullanıldığında, yazılı bir belgenin kendisine değil içeriğine atıfta bulunmaktadır. Bu çerçevede örneğin bir fotoğraf bu anlamda yazılı delil olamaz. Çünkü yazılı bir belgenin fotoğrafı olmadıkça onun normalde yazılı bir içeriği yoktur. Christoffer Wong, "Overview of Swedish Criminal Procedure", *Lund University Faculty of Law Journal*, (2012), 28.

⁴⁴ 'Göz göze değerlendirme yapmak' tabiri için bkz. Vogler, 241; Gare, *Onmiddellijkheidsbeginsel*, 77; Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi hakime, muhakemeye katılan kişilerin yargılama konusu olaya ilişkin algılamalarını gözleme imkanı sunmaktadır. Bıçak, *Suç Muhakemesi*, 91.

⁴⁵ Doktrin de hakim duyu organlarını kullanarak bir kanaat edinmesini karşılamak üzere 'duyusal algılama' tabiri kullanılmaktadır. Huber, *Unmittelbarkeit*, 10; "Mağdurun, tanığın veya sanığın beyanlarının doğru olup olmadığını saptama işi, bunları sözlü duruşmada doğrudan dinleyen, duruşmada bununla ilgili tartışmayı beş duyusu ile izleyen yerel mahkemeye aittir. Anılan kişileri dinlemeyen, sözlü duruşmada bu kanıtlarla temas etmeyen..." YCGK, 2018/409 E, 2022/479 K sayılı ve 23.06.2022 tarihli <www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 12 Kasım 2023; "Gerçekten hakim geçmişte ne olduğunu nasıl olduğunu bilmeye mecburdur. Elindeki imkân (bugün)dür. Bu günden maksat da, bu gün var olan ve varlığı duyularımızla öğrendiğimiz şeylerdir." Y. 6. CD, 03.04.2018, E. 2015/3365, K. 2018/2476 <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 12 Kasım 2023; Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesinin temel önemi, hakim, taraflar ve ilgili deliller arasında doğrudan temas yoluyla gerçeğin bulunmasının teşvik edilmesinden kaynaklanmaktadır. Kepler, *Die Verwendung*, 10; AİHM'nin 62915/17 Bşv. No.lu ve 23.02.2021 tarihli bir kararında şu görüşlere yer vermiştir: "Hâkim tarafından sanığın davranışları ve güvenilirliğine ilişkin yapılacak gözlemlerin sanık

kanaat edinecektir⁴⁶. Bu çerçevede bu kişilerin davranış, mimik, jest ve tepkileri de hakimın ulaştığı sonuçta önemli olacaktır. Örneğin, görme ya da işitme engelli (algılamanın kalıcı engeli) kişilerin hakim olması delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin ihlalidir⁴⁷. Delillerin ikame edildiği sırada uykuda olan, aşırı derecede dikkati dağılmış ya da alkollü hakimlerin (algılamanın geçici engeli) hükme katılımı aynı niteliktedir⁴⁸.

A. ŞEKLİ ANLAMDA DELİLLERİN DOĞRUDAN DOĞRUALIĞI

Yargılama konusu fiille ilgili olarak mümkün olan en yakın gerçeğe ulaşmak zorundaki mahkemenin bunun için en uygun nitelikteki delillere başvurması gerekmektedir. Bu nedenle de dosyada mevcut yazılı belgelerden yola çıkarak değil, o belgenin sahiplerinden ve duyu organlarını kullanmak suretiyle elde ettiği kanaate göre bir sonuca ulaşmalıdır. Bu durum bir süreç olup ancak duruşmada delillerin irad ve ikamesi ile gerçekleşebilecektir⁴⁹. “*Delilleri Takdir Yetkisi*” başlıklı CMK md. 217/1’de hakimın kararını ancak duruşmaya getirilerek huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği kuralı yer almaktadır (CMUK md. 254/1⁵⁰). StPO md. 261 uyarınca da hakim kararını, duruşmanın bütününden elde ettiği kanaate göre verecektir. Böylelikle gerçeğe daha fazla ulaşma imkânı olacaktır⁵¹. Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu md. 13/1’de (Av. CMK) benzer içerikte bir düzenleme olup “*Dolaysızlık*” (Unmittelbarkeit) başlığı altında ilkeye açıkça yer verilmiştir. Av. CMK’da duruşmanın yargılamanın odak noktası olduğu belirtilmiş ve kararın dayanağı olan delillerin duruşmada ikame edileceği hükme bağlanmıştır⁵².

için ciddi sonuçları olabileceğinden, yüz yüzelik ilkesi ceza yargılamasının önemli bir güvencesini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, önemli bir tanığın dinlenilmesinden sonra mahkeme heyetindeki bir değişiklik, kural olarak bu kişinin yeniden dinlenilmesini gerektirir.” Aynı yönde: Bşv. No.: 37442/97, 09.07.2002; Bşv. No.: 40107/04, 18.03.2014 <HUDOC>, Erişim Tarihi: 12 Kasım 2023.

⁴⁶ Dumitrescu, 107; Aynı yönde: Beulke, 450; Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 32; Arellano, Blanc, Cora, Decap, Gallardo, Guzmán, Moreno, Quilichini, *Criminal Proceedings*, 19; Şahin, *Delillerin Doğrudan Doğrualığı*, 26.

⁴⁷ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu md. 8/g’de “*Hakimlik ve savcılık görevlerini sürekli olarak yurdun her yerinde yapmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı veya engelliliği (...) bulunmamak*” hakim olabileme şartları arasında yer almaktadır.

⁴⁸ Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 13; Duruşmada dinlenen kişinin elinin titremesi, terlemesi gibi durumlar, sübuta ulaşma bakımından önemli olup hakimim tüm bunları değerlendirmesi gerekmektedir. Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 95; Aynı yönde: Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi*, 137.

⁴⁹ . Kepler, *Die Verwendung*, 10; Aynı yönde: Huber, *Unmittelbarkeit*, 9; Toroslu, Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 280.

⁵⁰ “*Yine hâkim şahsi veya gizli tutulan bilgileri ya da duruşmada ortaya konmayan ve tartışılmayan kanıtları hükme dayanak yapmamıştır.*” YCGK, 2018/409 E, 2022/479 K sayılı ve 23.06.2022 tarihli <www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 17 Kasım 2023.

⁵¹ Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), 603; Aynı yönde: Wong, 28.

⁵² <https://legislationline.org/sites/default/files/documents/32/Austria_CPC_1975_am122019_de.pdf>, Erişim Tarihi: 7 Ekim 2022; Doktrinde yer alan bazı görüşlerde soruşturma evresinde elde edilen ya da başka yollarla dosyaya giren bilgi ve belgelerin birer delil olmayıp, iddia konusu

Şekli anlamda delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi (formelle unmittel barkeit des beweismittels), hakimın hükmün dayanağını teşkil eden olayları du ruşmada gerçekleştirilen delil irad ve ikamesi yoluyla ve kendi sorumluluğunda sübuta erdirmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵³. Hakim, deliller ile arasında doğ rudan bir bağlantı kurarak⁵⁴ ulaştığı bilgilerin doğrulanması olasılığını artırmak tadır⁵⁵. Hakim ile deliller arasına vasıta girmesi halinde ulaşılan kanaat de dolaylı olacaktır⁵⁶. Diğer taraftan jüri sistemi de ise sanığın suçluluğu hakkında başka bir ifadeyle maddi konuda jüri karar vermektedir. Hakim sadece duruşmayı idare etmektedir⁵⁷. Bu nedenle de söz konusu sistemde delillerle doğrudan temasa ge çen hakim değil jüri olmaktadır.

Şekli anlamda delillerin doğrudan doğruyalığı, hakimın hükmün dayana ğı olan delillere kendisinin ulaşmasını ve soruşturma aşamasında toplanan ya da bireyler tarafından mahkemeye sunulan delillerden etkilenmeden kendi duyuşal

olaya ilişkin duruşmada yenilmesi gereken bir şüphe olduğu belirtilmektedir: Cihan, Yenisey, *Ceza Muhakemesi*, 491; Buna göre soruşturma işlemleri ile delil elde edilmesi mümkün değildir. Ancak delil olma ihtimaline karşılık şüphe nedenleri koruma altına alınabilir: Schäuble, *Strafverfahren*, 314; Kunz/Haas, 175; Illuminati, 312; Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 12; İtalya'da bu durum, 'inci dente provatorio' olarak adlandırılmaktadır. Türkçeye soruşturma aşamasında 'tesadüfi delil var sayımı' olarak tercüme edilebilir. Tesadüfidir, çünkü delillerin toplanmaması gereken bir aşamada, yani soruşturma aşamasında gerçekleşmektedir. Olay incelemesi, bu tür delilleri kaybetme riski olduğunda onların toplanmasını sağlayan bir araçtır: Panzavoltat, 588; Teorik olarak bu görüşlere katılmakla birlikte bunlar, CMK sistemiyle bağdaşmamaktadır. CMK'da delillerin elde edilmeleriyle ilgili hükümlerin neredeyse tamamı, Kanunun soruşturma evresine ilişkin hükümleri içerisinde yer aldığından soruşturma evresinde toplanan bütün ispat araçları delildir: Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, II, 6. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), 25; Nitekim, "Kamu davasını açma görevi" başlıklı CMK md. 170/2 ile "Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar" başlıklı CMK md. 170'te soruşturma evresi sonunda toplanan delillerden bahsedilmektedir. CMK md. 170/4'te iddianamede, yüklenen suçu oluşturan olayların mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanacağı; CMK md. 174/1-b'de ise suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen iddianamenin iade edileceği belirtilmektedir.

⁵³ Hakimın hükmün dayanağını teşkil eden olayları kendi sorumluluğunda belirleyebilmesi için mad den ve manen duruşmada hazır bulunması gerekmektedir. Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt Saygılar, Akcan Alan, Özaydın, Tütüncü Erden, Villemin Altınok ve Tok, *Ceza Muhakemesi*, 634.

⁵⁴ Groenhuijsen/Selçuk, 249; Aynı yönde: Hett, *Criminal Justice*, 26; Yenisey, Nuhoğlu, *Ceza Muha kemesi*, 796.

⁵⁵ Şahin, Delillerin Doğrudan Doğruyalığı, 27; Aynı yönde: Schäuble, *Strafverfahren*, 218.

⁵⁶ Kunz/Haas, 181; Wolf/Wolf, *Criminal Justice*, 30; Cihan, Yenisey, *Ceza Muhakemesi*, 38; "Deliller le doğrudan temas eden, kanıtlarla diyalektik ilişki kuran hâkimin maddi olay bakımından vardığı sonucun, doğrudanlık ve sözlülük ilkelerine aykırı biçimde temyiz hâkimince denetlenmesi bizi yanlış sonuçlara götürür. İlk derece mahkemesi tarafından doğrudan elde edilen ve yaşanmış bir duruşmadan çıkan vicdani kanaatin yerine, temyiz mahkemesi bundan yoksun hâlde oluşturduğu kendi görüşünü koyarsa, ilk derecenin daha iyi yaptığı işlemin yerine, kendi kötü işlemini koymuş olur. Gerçeği bulma konusunda yerel mahkeme daha iyi araçlara sahiptir. Huzurunda tartışılan kanıtlar nedeniyle olayı kısmen gören ve yaşayan yerel mahkeme, sadece dosyayı ve ölü duruş ma tutanaklarını gören temyiz mahkemesinden daha doğru sonuca ulaşır." YCGK, 2018/409 E, 2022/479 K sayılı ve 23.06.2022 tarihli <www.kazanci.com.tr>; Erişim Tarihi: 1 Aralık 2023.

⁵⁷ Albert W. Alschuler/Andrew G. Deiss, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Ceza Yargılamalarında Jüri Usulünün Kısa Bir Tarihi", Çev. Halil İbrahim Doğan, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fa kültesi Dergisi* 12, S. 23 (2022), 119-121.

algılarıyla onların ispat değerine ilişkin doğrudan kişisel bir izlenim edinmesini gerektirmektedir⁵⁸. Duruşma, bu izlenimin gerçekleşeceği tek zaman noktasıdır⁵⁹. Hakimın duruşma dışında söz konusu işlemleri yapması, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesiyle bağdaşması mümkün olmayan delillerin üretilmesi anlamına gelecektir⁶⁰. Bu durum doktrinde, ‘*duruşmanın münhasırlığı*’ (Ausschließlichkeit der Hauptverhandlung⁶¹); ‘*muhakemenin tepe noktası*⁶²’, ‘*muhakemenin odak noktası*⁶³’ olarak ifade edilmektedir. Bu çerçevede şekli anlamda delillerin doğrudan doğrualığı, diğer bir muhakeme ilkesi olan sözlülük ilkesiyle iç içedir⁶⁴. İlke gereğince dava dosyasını oluşturan delillerden karara esas teşkil edenlerin, duruşmada ikame edilmesi gerekmektedir⁶⁵. Başka bir ifadeyle sadece duruşmada akustik ya da optik olarak sunulan deliller, hükme esas alınacaktır⁶⁶. Hakim, ancak duruşmada bizatihi temas ettiği delillere dayanarak karara ulaşabilecektir⁶⁷.(CMK md. 217, StPO md.

⁵⁸ Kepler, *Die Verwendung*, 10; Sommer, 19; Lorenz, *Beweiserhebung*, 22; Bolognari, 23; İsviçre Yüksek Mahkemesi'nin aynı yöndeki kararı: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 126 (2014), 173, 177. Karar, Dumitrescu, 131'den alınmıştır; delillerin doğrudan doğrualığı ilkesiyle, soruşturma aşamasında özellikle de kolluk tarafından elde edilenlerin hakim tarafından gözden geçirilmesi imkânı doğmaktadır. Sommer, 19.

⁵⁹ Dumitrescu, 107.

⁶⁰ Sommer, 7.

⁶¹ Dumitrescu, 107.

⁶² Kunter, Feridun ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 1290.

⁶³ Odak noktası tabiri, Av. CMK md. 13/1'de geçmektedir.

⁶⁴ Summers, 48; Hett, *Criminal Justice*, 26; Bolognari, 23; Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 13; Arellano, Blanc, Cora, Decap, Gallardo, Guzmán, Moreno, Quilichini, *Criminal Proceedings*, 25; Aynı yönde: Hofmann, 469; Kepler, *Die Verwendung*, 10; Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi, Ceza Muhakemesi*, 638; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt Saygılar, Akcan Alan, Özyayın, Tütüncü Erden, Villemin Altınok ve Tok. *Ceza Muhakemesi*, 151; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi*, 138; Toroslu, Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 280; Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 76; Aynı yönde: Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2002), 168; Av. CMK md. 12'de söz konusu iç içeliği belirten bir şekilde kaleme alınmıştır. Bkz. <https://legislationline.org/sites/default/files/documents/32/Austria_CPC_1975_am122019_de.pdf>, Erişim Tarihi: 8 Ekim 2022; Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin, sözlülük ilkesinden kaynaklandığı yönündeki görüş için bkz. David Marrani, “Right to Fair Trial. Impacts of New Technology and Contemporary Space of Justice on the Process and Administration of Justice”, *Tesis Doctoral*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2019, 311; “*Adil yargılama; yalnızca davanın erke sonuçlandırılması olmayıp, sanık ile katılana tüm haklarını tamamen kullanma imkânı sağlanarak yargılamanın en az giderle ve en kısa zamanda sonuçlandırılması olduğundan, modern hukuk sistemlerinde sözlülük, doğrudanlık ve yüz yüzelik ilkeleri kabul edilmiştir.*” Y. 4. CD, 7.04.2016, E. 2016/4687, K. 2016/6618 <www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 5 Aralık 2023.

⁶⁵ Kunter, Feridun ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 1293; Delillerin duruşmada yeniden ortaya konulması şeklindeki değerlendirme için bkz. Schroeder/Verrel, 56.

⁶⁶ Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 96.

⁶⁷ Hofmann, 469; Heinrich, 55; Beulke, 450; Groenhuijsen/Selçuk, 249; Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 95; Balcı, *Hüküm*, 186; delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi gereğince hakim suç aletini bizatihi görecek, keşif yapılmasına karar verirse bu işleme katılacaktır. Bıçak, *Suç Muhakemesi*, 91; CMK md. 87/4'te hakime kovuşturma evresinde otopsi işlemi yapılmasına karar verme yetkisi tanınmış ancak bu işleme katılma yetkisi verilmemiştir. Hakimın bu işlem sırasında bulunmamasının delillerin doğrudan doğrualığı ilkesiyle bağdaşması mümkün değildir. Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 95; “*CMK'nun 135. Maddesine göre iletişimin dinlenmesine dair kayıtları mahkeme*

261⁶⁸) İddia konusu olay duruşmada tekrar edilecektir⁶⁹. Böylelikle de delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi bakımından oldukça önem teşkil eden dosya üzerinden karar verilmesinin önüne geçilmiş olmaktadır⁷⁰. Şekli anlamda delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi bakımından önemli olan diğer bir husus, hükmü verecek hakim ile hükmün dayanağını teşkil eden deliller arasında kurulacak doğrudan ilişkinin sürekli olmasıdır. Başka bir ifadeyle, ilke gereğince delillere ulaşım onları değerlendiren bir sonuca ulaşacak hakim bu süreç boyunca değişmemelidir⁷¹. Aksi durumda delillerin yeni hakim önünde tekrar ikame edilmesi gerekmektedir⁷². StPO md. 226'da duruşmanın hüküm verecek kişilerin kesintisiz katılımı ile yapılacağı belirtilmektedir. CMK md. 188/1'de aynı yönde kaleme alınmıştır. Doktrinde bu durumu karşılamak üzere kişisel doğrudanlık (persönliche Unmittelbarkeit) terimi kullanılmaktadır⁷³ Bu nedenle de bir oturumda bitmeyecek davada, herhangi bir nedenle bulunamayacak üyenin yerine geçmek üzere yedek hakim uygulaması bulunmaktadır.(CMUK md. 381/2; CMK 188/3)

Yargılama sırasında yaşanan hakim ya da heyet değişiklikleri de inceleme konusu ilke bakımından önem taşımaktadır. AİHM'ye göre mahkemenin kompozisyonundaki bir değişiklik her durumda yargılamanın seyri bakımından bir sorun teşkil etmemektedir. Beyanı hükme esas alınan ve güvenilirliği konusunda itirazlar ileri sürülmüş olan tanığın söz konusu değişiklikten sonra da mahkemece

kendisi değerlendirmelidir. Oysaki bu husus soruşturmada görev yapan meslek mensupları tarafından tecrübeye dayalı olarak yapılmaktadır. Tecrübeye dayalı yapılan bu tespitler meslek mensubunun sübjektif görüşünden ibarettir. İletişim tespitine dair kayıtlar hakkında yapılan yorumların değil kayıtların bizzat kendisinin değerlendirilmesi ve kanaate varılması gerekmektedir (CMK m. 217/1). Çünkü bu kayıtlara ilişkin yapılan yorumlar delil değil birer iddiadır." Balcı, *Hüküm*, 186.

⁶⁸ StPO md. 261 sözlülük ilkesinin bir düzenlemesidir. Swenson, 402; "Yargılama Kuralları" başlıklı İtalyan Anayasası md. 111/4'te yer alan "Ceza muhakemeleri usullerinde, delil ikamesi karşı tarafın dinlenmesine dayandırılır." ibaresi, sözlülük ve delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin anayasal teminatıdır. Panzavoltat, 611; İspanya'da ise Anayasa'nın 120/2. maddesinde yer alan sözlü yargılama ilkesi, doğrudanlığın anayasal temelini oluşturmaktadır. Marrani, 311.

⁶⁹ Beulke, 451; Swenson, 402; Aynı yönde: Huber, *Unmittelbarkeit*, 9.

⁷⁰ Yenisey, Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi*, 797; Aynı yönde: Schroeder/Verrel, 56; Damaska, 517; Aynı yönde: BVerfGE 133, 168, 209 <<https://www.servat.unibe>>, Erişim Tarihi: 8 Ekim 2022; delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi ile vicdani kanaat arasındaki ilişki için bkz. Feyzioğlu, *Vicdani Kanaat*, 166 vd.; Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesiyle, soruşturma dosyası üzerindeki perde kaldırılmış olmaktadır. Damaska, 528.

⁷¹ Panzavoltat, 582; Beulke, 450; Arellano, Blanc, Cora, Decap, Gallardo, Guzmán, Moreno, Quilichini, *Criminal Proceedings*, 8; Kepler, *Die Verwendung*, 10; Şahin, *Delillerin Doğrudan Doğrualığı*, 28; Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 636; Aynı yönde: AİHM'nin 57836/01 Bşv. No.lu ve 30.06.2003 tarihli; 30180/11 Bşv. No.lu ve 02.05.2019 tarihli; 53791/11 Bşv. No.lu ve 20.03.2020 tarihli <HUDOC>, Erişim Tarihi: 7 Aralık 2023; "Duruşmaya katılmayan hakimın olaya ilişkin sorunları çözmesi eşyanın doğasına aykırıdır." Y. 18. CD, 20.01.2016, E. 2015/16346, K. 2016/970 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 7 Aralık 2023.

⁷² Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin tüm muhakeme sujelerinin fiziksel varlığını gerektirdiği yönündeki görüş için bkz. Marrani, 313.

⁷³ Illuminati, 310; Huber, *Unmittelbarkeit*, 9; Aynı yönde: Şahin, Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 116; Panzavoltat, 588; Norsted/Vinge; Capus, 208.

dinlenilmesi halinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmak mümkün değildir⁷⁴. Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini hakkaniyete uygun yargılanma hakkının özel bir görünümü olarak değerlendiren Anayasa Mahkemesi de bir kararında⁷⁵ şu hususlara yer vermiştir:

“Heyet değişikliği durumunda davada görev alan yeni hakimler, önceki celselerde toplanan delilleri ve davada ileri sürülen argümanları/görüşleri tam olarak anlayabilmek için yargılama sırasında daha önce yapılan bu işlemlerle ilgili tutanakları okuyup/inceleleyebilir. Yapılan bu işlem tutanağa kaydedebilir. Bu nedenle bazı durumlarda duruşmanın önceki celselerinde dinlenen tanıkların beyanlarının kaydedildiği tutanakların okunması/incelelenmesi sonucunda bunlar hakkında bir değerlendirme yapılması da telafi edici bir güvence olarak değerlendirilebilir. Aşağıda sayılan hallerde hakim ya da mahkeme kompozisyonunda yaşanan değişiklik sonrası tanığın tekrar dinlenmeyerek beyanlarının tutanaktan okunması -somut olayın özel koşullarında- doğrudan doğrualık ilkesine yönelik eksiklikleri telafi edebilir: i-İnanırcılık sorunu taşımayan veya karmaşık nitelikte olmayan teknik meselelerle ilgili uyuşmazlıkların söz konusu olduğu, ii-Tanık beyanının sanığın hukuki durumuna önemli ölçüde etkide bulunmadığı, diğer bir ifadeyle tanık beyanının önem derecesi itibarıyla tanığın yeniden dinlenmesini gerekli kılmadığı, iii-Mahkumiyetin üst/yüksek yargılama aşamasında sübut konusu sorgulanmaksızın teknik nedenlerle bozulduğu ve bu nedenle bozma sonrası yargılamada tanık beyanlarının tartışmalı olmaktan çıktığı, iv- Tanık beyanı üzerinde taraflar arasında bir tartışmanın bulunmadığı (tarafların tanık beyanlarına itiraz etmediği), v-Toplu mahkemelerde tanıkları dinleyen hakimlerin çoğunluğunun nihai kararı veren heyette bulunduğu/değişmediği, vi-Tanıkların yeniden dinlenilmesini imkansız hale getiren (tanığın ölümü, bitkisel hayata girmesi, bulunduğu yerin tüm çabalara rağmen öğrenilememesi vb. gibi) ya da aşırı derecede zorlaştıran (tanığın akıl hastalığına tutulması veya adli yardım anlaşması bulunmayan bir ülkede bulunup ne zaman yurda döneceğinin bilinmemesi gibi) koşulların bulunduğu, vii-Tanığın güvenilirliğinin tartışma konusu olmadığı, örneğin tanık beyanının hakimim/mahkemenin doğrudan temas ettiği diğer birçok doğrulayıcı delille de desteklendiği durumlar.”

Şekli anlamda doğrudan doğrualığın yasal görünümlerinden biri de StPO md. 264/1’dir. Hükme göre iddianamede tanımlanan fiil, duruşmanın tamamlanmasından sonra aldığı şekliyle hükmün konusu olacaktır. *“Hükmün mevzuu ve suçu*

⁷⁴ 46221/99 Bşv. No.lu ve 12.05.2005 tarihli; 37442/97 Bşv. No.lu ve 09.07.2002 tarihli; Aynı yönde: 37809/08 Bşv. No.lu ve 25.07.2019 tarihli; 68939/12 Bşv. No.lu, 68949/12 Bşv. No.lu ve 07.13.2017 tarihli.

⁷⁵ 2020/23093 Bşv. No.lu ve 15.02.2024 tarihli; Aynı yönde: 2013/4711 Bşv. No.lu ve 16.12.2015 tarihli.

takdirinde mahkemenin yetkisi” başlıklı CMUK md. 257/1’de de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bunun CMK’daki karşılığı olan md. 225/1’de ise hükmün ancak iddianamede unsurları gösterilen fiil hakkında verileceği belirtilerek duruşmaya başka bir ifadeyle de şekli doğrudanlığa herhangi bir atıfta bulunulmamıştır.

B. MADDİ ANLAMDA DELİLLERİN DOĞRUDAN DOĞRUYALIĞI

Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesinin maddi boyutu, hakimin hükmüne dayanak teşkil eden delillerin kalitesiyle ilgili bir husustur. Şekli anlamda delillerin doğrudan doğruyalığı bakımından hakimin delile nasıl ulaştığı⁷⁶, maddi boyut için ise onun hangi nitelikteki delile başvurduğu önemlidir⁷⁷. Bu çerçevede belirleyici olan, tanıkların birçok kişi arasından faili teşhis etmeleri (CMK md. 52/2; StPO md. 58/2) ya da otopsi (CMK md. 87; StPO md. 87) gibi duruşmada bir daha tekrarı mümkün olmayan istisnalar hariç⁷⁸ önceki aşamalarda teyit edilmiş olsa bile hakimin deliller ile mümkün olduğunca ilk elden ilişki kurup, iddia konusu olaya en yakın, orjinal, birincil delillere başvurusudur⁷⁹. Başka bir ifadeyle maddi boyut, yargılama konusu olayla ilgili olan bilgi kaynakları arasında bir derecelendirme yapmaktadır⁸⁰. Gerçekler ‘*kaynağın kendisinden*’ alınmalıdır. Yaşananlara ait doğrudan doğruya olan izler böylece korunmalıdır⁸¹. İspatlanacak olay hakkında mümkün olan en doğrudan sonuçların çıkarılmasına izin veren delillere öncelik verilmelidir. Orjinal deliller, onlardan türetilen ispat suretlerine tercih edilmelidir. Türev olanlar, yalnızca doğrudan delile ulaşılamıyorsa kullanılmalıdır⁸². Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi özellikle de tanıklarla ilgilidir⁸³. Bu çerçevede kişisel deliller, belgesel olanlara göre önceliklidir⁸⁴. Mümkün oldukça sanık, tanık ve bilirkişilerin sorgulanması bu nedenle duruşma sırasında yapılmalıdır⁸⁵. Daha önceki aşamalarda yapılan sorgu ve ifade işlemleri bir şekilde duruşmaya dahil edilmemelidir⁸⁶.

⁷⁶ Şahin, *Delillerin Doğrudan Doğruyalığı*, 32; Doktrinde yer alan bir görüşte, delillerin toplanması ile karar verilmesi arasında geçen sürenin uzun olmaması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre arada geçen süre, hakimin kişisel izlenimlerini zayıflatacak kadar uzunsa delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi kağıt üzerinde kalmış olacaktır. Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 97.

⁷⁷ Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 14; Dumitrescu, 107.

⁷⁸ Schroeder/Verrel, 56.

⁷⁹ Hofmann, 469; Heinrich, 55; Damaska, 517; Jspencer, *Hearsay Evidence*, 23; Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 9; Gare, *Onmiddellijkheidsbeginsel*, 74; Beulke, 451; Weigend/Frase, 343; Groenhuisen/Selçuk, 249; Şahin, *Delillerin Doğrudan Doğruyalığı*, 34; Aynı yönde: BGHSt 70, 72-75 (1984) <<https://www.servat.unibe>>. Erişim Tarihi: 9 Aralık 2023.

⁸⁰ Şahin, *Delillerin Doğrudan Doğruyalığı*, 32.

⁸¹ Dumitrescu, 108.

⁸² Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 14.

⁸³ Schroeder/Verrel, 56; Beulke, 451; Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 14.

⁸⁴ Lorenz, *Beweiserhebung*, 22.

⁸⁵ Gare, *Onmiddellijkheidsbeginsel*, 74; Dumitrescu, 108; Huber, *Unmittelbarkeit*, 10; Aynı yönde: Arellano, Blanc, Cora, Decap, Gallardo, Guzmán, Moreno, Quilichini, *Criminal Proceedings*, 19.

⁸⁶ Lucas, 2.

III. YASAL DURUM

Ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden olan delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi bu önemine rağmen gerek CMUK gerekse CMK'da açıkça düzenlenmemiş, sadece çeşitli maddelerde kendisine işaret edilmiştir. “*Kişiyi bizzat dinleme ilkesi*” başlıklı StPO md. 250’de ise ilkeye fonksiyon olarak yer verilmiştir⁸⁷. Av. CMK md. 13/3’te ise “*Dolaysızlık*” (Unmittelbarkeit) başlığı altında ilke açıkça düzenlenmiştir⁸⁸.

“*Duruşmada okunamayacak belgeler*” başlıklı CMK md. 210 (CMUK md. 243⁸⁹) delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini düzenleyen en önemli hükümdür. İfade farklılıkları olmakla birlikte StPO md. 250 ile benzer bir içeriğe sahiptir. Alman hukukunda StPO md. 250 dışında maddi anlamda delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini açıkça düzenleyen başka bir hüküm yoktur⁹⁰. Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin esasen tanıklarla yani kişisel delillerle ilgili olduğu daha önce belirtilmişti. CMK md. 210/1 uyarınca, bir olayın delili bir tanığın açıklamalarına dayanıyorsa bu kişinin hakim tarafından duruşmada *mutlak* surette dinlenmesi gerekmektedir⁹¹. Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin güvenceye alınarak sınırlarının belirlenmesi için de bu hükmün ikinci cümlesinde, tanığın daha önceki aşamalarda dinlenmesi⁹² sırasında düzenlenmiş olan tutanağın ya da ona ait yazılı açıklamaların duruşmada okunması, tanığın dinlenmesine ikame edilmesi yasaklanmıştır⁹³. Böylelikle kişisel delilin belge deliline göre önceliği güvenceye alınmıştır. Daha önceki bir soruşturma işlemine ait ya da bir ifade veya sorgu tutanağının duruşmada okunması, tanığın hakim tarafından dinlenmesi anlamına gelmemektedir⁹⁴. Örneğin bir tanık istinabe yoluyla dinlenmişse mutlaka duruşmada da dinlenmesi gerekmektedir⁹⁵.

Tanığın beyanları ancak ispata ilişkin karar verecek hakimın önünde yapılırsa tanık delili (kişisel delil) niteliği kazanacaktır. Bunun dışındaki makamlar

⁸⁷ Swenson, 402.

⁸⁸ Av. CMK md. 13/3: “*Delil doğrudan ikame edilebildiği ölçüde, dolaylı delillerle değiştirilemez. Dosyaların ve diğer belgelerin içeriği, yalnızca bu Kanun kapsamında izin verilen bir şekilde çoğaltıldığı ölçüde kanıt olarak kullanılabilir.*” Bkz. <https://legislationline.org/sites/default/files/documents/32/Austria_CPC_1975_am122019_de.pdf>, Erişim Tarihi: 9 Aralık 2023.

⁸⁹ Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini düzenleyen CMK md. 210 ile CMUK md. 243 özü itibarıyla aynı olup fark, CMK md. 210’da tanığın duruşmada dinlenmesinin mutlak surette gerekli olduğunun belirtilerek ilkenin daha kuvvetli bir şekilde vurgulanmasıdır.

⁹⁰ Swenson, 402.

⁹¹ Alman hukukunda bu durumu karşılamak üzere ‘*kişisel sorgulama ilkesi*’ (Grundsatz der persönlichen Vernehmung) terimi kullanılmaktadır. Dumitrescu, 111; Hofmann, 468.

⁹² Daha önceki aşamalarda yapılan dinlemeye ilişkin tutanaklar hakkında, erken dinleme tutanakları tabiri için bkz. Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 637.

⁹³ Hüküm aynı zamanda bir delil yasağı içermektedir. Şahin, Şerh, 601.

⁹⁴ Dumitrescu, 111; Aynı yönde: YCGK, 2023/115 E, 2023/340 K, 8.06.2023 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 11 Aralık 2023.

⁹⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 729.

önünde yapılan tanık açıklamalarını içeren tutanaklar belge delili niteliğinde olup bunların duruşmada okunması tanık delili olarak değil, belge delili olarak hükümün gerekçesinde yer alacaktır⁹⁶. Bu tanığa ulaşma imkânı olduğu halde okumak hukuka aykırı olacaktır⁹⁷. Bu durumu karşılamak üzere doktrinde ikame yasağı (Surrogationsverbot) terimi kullanılmaktadır⁹⁸. Söz konusu yasadak, sadece yargılama konusu fiile ilişkin kişisel algılar bakımından geçerlidir. Diğer deliller okunarak duruşmaya dahil edilebilir. Örneğin yapılan bir keşfe (CMK md. 83; StPO md. 86) ait tutanaklar ya da bir dinleme kaydına ait metinler okunabilir⁹⁹.

CMK md. 210/1 hükmü yargılama konusu fiile ilişkin tek delilin, tek bir kişinin tanık olduğu durumlarla sınırlı olarak anlaşılmalıdır¹⁰⁰. Kanaatimizce, vicdani kanaati oluşturan delillerin kendi içinde tek tek değerlendirilmesi kadar olayın bütünlüğü içinde hep birlikte değerlendirilmesi de gerekmektedir. Yargıtay'ın bir

⁹⁶ Kantar, Baha, *Ceza Muhakemeleri*, 147; Aydın, *Deliller*, 67; Aynı yönde: Hett, *Criminal Justice*, 26.

⁹⁷ Okuma işlemini karşılamak üzere 'nakletme' terimi kullanımı için bkz. Wong, 28. "...Olay tarihinde sanığın resmi nikahlı eşi olan mağdurenin, atılı suçla ilgili olarak soruşturma evresinde alınan beyanının dışında kovuşturma evresinde yapılan tebligata rağmen gelmemesi nedeniyle mahkemeye dinlenilmesinden vazgeçilmiş ise de, aynı zamanda olayın tek tanığı konumunda bulunan mağdurenin maddi gerçeğin ortaya çıkartılması açısından, 5271 sayılı CMK'nın 210/1 ve 236/2. maddeleri gereğince duruşmada dinlenilmesinden sonra toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdir gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ..." Y. 14. CD, 24.05.2017, E. 2014/7909, K. 2017/2842 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 11 Aralık 2023.; "...dosyadaki tüm bilgi ve belgelerin duruşma sırasında okunmuş olması karşısında, itirazda isimleri belirtilen tanıkların kovuşturma evresinde dinlenmemiş olmalarının CMK'nın 206. maddesinin üçüncü fıkrası ile 210. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmediği, yine yolluk alıp almadığı ve aldysa ödemenin kim tarafından ne şekilde yapıldığı hususlarında ...'ın aşamalarda ifadesine başvurulmamış ise de zimmete konu paranın bir kısmının sanığın uhdesinde bulunduğunun sabit olması ve Yerel Mahkemeye sanık hakkında zimmet miktarının pek hafif olduğu gözetilerek indirim yapılması nedeniyle anılan tanığın ifadesinin önem derecesi itibarıyla duruşmada hazır bulunmasını gerekli kılmaması hususları hep birlikte göz önünde bulundurulduğunda; Sanığa atılı nitelikli zimmet suçunun sabit olup olmadığının tespiti bakımından eksik araştırmaya dayalı olarak hüküm kurulmadığı kabul edilmelidir." Y. 5. CD, 24.09.2019, 147/221 <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 9 Ekim 2022; Aynı yönde: Y. 4. CD, 14.03.2017, E. 2015/12700, K. 2017/7533; Y. 4. CD, 07.03.2017, E. 2015/6231, K. 2017/6774 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 11 Aralık 2023.; "Olayın tek delili tanık... 'ın bilgisinden ibaret olmasına ve mahkumiyet hükmü de bu tanığın hazırlıktaki beyanına dayandırılmış bulunmasına göre, adı geçen tanığın adresi esaslı bir şekilde tahkik ve tespit edilerek CMUK.nun 263. maddesi gereğince dinlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken için sürüncemede kılması nedenine dayanılarak tanığın hazırlıktaki ifadesinin okunması ile yetinilip yazılı şekilde hüküm verilmesi, yasaya aykır...görüldüğünden..." (Y. 5. CD, 20.03.1997, 765/1065) (Karar için bkz. Osman Yaşar, *Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, C. 1, 1998, 497 vd.) Aynı yönde: YCGK, 22.06.2022, E. 2019/548, K. 2022/462; YCGK, 14.09.2021, E. 2020/87, K. 2021/386 <www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 9 Ekim 2022; Anayasa Mahkemesinin 2014/12906 Bşv. no.lu ve 07.05.2015 tarihli bir kararında şu görüşlere yer verilmiştir: "Olayın tek tanığı varsa ve sadece bu tanığın ifadesine dayanılarak hüküm kurulacak ise, bu tanık duruşmada dinlenmeli ve sanık tarafından sorgulanmalıdır. Bu tanığın, sanığın sorgulamadığı bir dönemde alınan önceki ifadesine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez." Aynı yönde: AHM'nin 2013/99 Bşv. No.lu ve 20.03.2014 tarihli Delta/Fransa kararı <HUDOC>, Erişim Tarihi: Erişim Tarihi: 10 Aralık 2023.

⁹⁸ Dumitrescu, 111.

⁹⁹ Dumitrescu, 111; Aynı yönde: Hofmann, 468.

¹⁰⁰ Aksi yönde: Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 669.

kararında¹⁰¹ da belirtildiği üzere deliller bir bütünlük teşkil ediyorsa, bu bütünlüğün birbiri ile uyuşan, birbirini tamamlayan parçalarından birini de tanık beyanı teşkil ediyorsa kaç tane olduğu önemli olmaksızın söz konusu bütünlük içinde yer alan her bir tanığın duruşmada dinlenmesi bir zorunluluk teşkil etmektedir. CMK md. 210/1 bakımından önemli olan, tanığın beyanının hükmün kurulmasında sahip olduğu fonksiyonel ağırlıktır. Bu nitelikteki tanık mutlak surette dinlenilmelidir¹⁰². Soruşturma aşamasında ifadesi alınmış, CMK md. 211/1’de yer alan ibareyle daha önceden dinlenmiş tanıklardan bazılarının duruşmada dinlenilmesiyle yargılama konusu fiile ilişkin vicdani kanaate ulaşılarak hüküm tesis edilebiliyorsa kalan tanıkların duruşmada dinlenmesine gerek yoktur. Önceki ifade tutanaklarının duruşmada okunulmasıyla yetinilebilir¹⁰³. Nitekim “*Duruşmada okunmasıyla yetinilebilecek belgeler*” başlıklı CMK md. 211/1-c’de aynı yönde kaleme (StPO md. 251/2-2) alınarak mutlak surette dinleme bakımından, tanık ifadelerinin taşıdığı önemin belirleyici olduğu hüküm altına alınmıştır¹⁰⁴.

CMK md. 210/1’de dinleme işleminin ‘*mutlaka*’ yapılması gerektiği belirtilmesine başka bir ifadeyle mutlak okuma yasağına rağmen CMK md. 211’de okumaya izin verilmiştir. Bir işlemin mutlaka yapılması hüküm altına alındıktan sonra bununla bağdaşmayan işleme (okuma) izin veren bir düzenlemenin olması, kanun tekniği bakımından uygun olmamıştır. Nitekim StPO md. 250’de ‘*mutlaka*’ ibaresine yer verilmemiştir. Bu nedenle CMK md. 210/1’in “*Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir.*”

¹⁰¹ Y. 6. CD, 03.04.2018, E. 2015/3365, K. 2018/2476 <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi: Erişim Tarihi: 11 Aralık 2023.

¹⁰² “*Başvurucu müdafinin, tanık bulunamadığından mahkeme huzurunda dinlenilmesine ilişkin ara karardan vazgeçilmesine yönelik talebi, tanık sorgulama hakkından feragat olarak değerlendirilse bile, somut olayda tanık sorgulama imkânı, duruşmada dinlenmeyen ve soruşturma evresinde verdiği ifadeyle yetinilen tek tanığın beyanlarının olayın aydınlatılması açısından ağırlığının çok ciddi (kilit mahiyetinde) olması nedeniyle hayati önemde olduğu açıktır. Bu durumlarda tanık sorgulama hakkından feragat, savunma tarafına bu haktan vazgeçmesine mütenasip asgari güvenceler sağlanmadıkça kamu yararına uygunluk taşımaz.*” AYM kararı, Başvuru No: 2013/560, 16.04.2015, §65; “*Sanıkların savunmaları ile diğer tanık beyanları karşısında hazırlıkta müessir fiil iddiasını doğrulayan tanık ilhan dinlendikten sonra sanıkların hukuki durumlarının tayini gerekirken CMUK’un 243. maddesine aykırı olarak adı geçen tanığın hazırlıktaki ifadesinin okunması ile yetinilmek suretiyle hüküm tesis, bozmayı gerektirmektedir.*” Y. 2. CD, 25.04.1984, 5092/5603. (Karar için bkz. Yaşar, 948).

¹⁰³ Aynı yönde: Şahin, Şerh, 605; Yaşar, 946; “... *olayın tek görgü tanığı konumunda olan mağdurenin duruşmaya getirilerek, dinlenmesi gerekir. Ancak temyiz incelemesine konu yargılama dosyasında sanık ...’in ikrara yönelik açıklamaları ve mağdureye ait doktor raporları da nazara alındığında olayın tek delilinin mağdure beyanları olmadığı anlaşılmalı; yargılama sürecinde kendisine ulaşılamayan mağdurenin beyanlarının tesbitinden vazgeçilerek hazırlık sürecindeki beyanlarının okunmasıyla yetinilmesine dair karar ve uygulama yerinde olup mağdurenin yargılama sürecinde yeniden dinlenmesi gerektiği yönündeki temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.*” Y. 9. CD, 16.02.2023, E. 2022/11946, K. 2023/725, Erişim Tarihi: 13 Aralık 2023.

¹⁰⁴ CMK md. 211/1-c: “*İfadesinin önem derecesi itibarıyla tanığın duruşmada hazır bulunması gerekli sayılmıyorsa... Bu kişilerin dinlenmesi yerine, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgeler okunabilir.*” Söz konusu hükmün CMUK’daki karşılığı olan md. 244’te bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır.

yerine okuma işlemine izin verilmesi gereken durumların varlığı dikkate alınarak “*Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanığın duruşmada dinlenmesi esastır.*” ya da “*Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, kural olarak bu tanık duruşmada dinlenmelidir*” gibi bir düzenlemeye gidilmesinin daha uygun olacağı kanaatini taşımaktayız.

IV. DELİLLERİN DOĞRUDAN DOĞRUYALIĞI İLKESİNİN İSTİSNALARI: DOLAYLI DELİL İKAMESİ

A. GENEL OLARAK

Delillerin doğrudan doğruyalığı, ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olmakla birlikte çeşitli nedenlerle sınırlandırılmak zorunda kalmıştır. Zaman içinde dolaylı deliller olmaksızın hüküm tesis edilemez olmuş, ilkeye yeni sınırlamalar getirilerek içi boşaltılmış, adeta bir istisna durumuna dönüştürülmüştür¹⁰⁵. Doğrudan dinleme yerine tutanak okunması yaklaşımının egemen olduğu bir süreç yaşanmaktadır¹⁰⁶. StPO, ilkenin tutarlı bir şekilde uygulanmasına dayanmakla birlikte katı bir yaklaşım da söz konusu değildir¹⁰⁷. Bunun yerine, maddi anlamda delillerin doğrudan doğruyalığı özellikle de usul ekonomisi (*Verfahrensökonomie*) ilkesiyle çeliştiğinden esas olarak bunu sağlamayı ve delillerin kaybolmasını önlemeyi amaçlayan çeşitli istisnalara yer verilmiştir¹⁰⁸. Ölçülülük ilkesi, bu konuda önem taşımaktadır. Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesine uygun bir şekilde toplanan delillere ek olarak ulaşılan vicdani kanaati tamamlayıcı nitelikte dolaylı delillere de başvurulmalıdır¹⁰⁹. Dosya kapsamında yer alan tüm bu deliller, bir bütünlük içinde sübuta ulaşmak bakımından değerlendirilebilmelidir¹¹⁰. Başka bir ifadeyle önemli olan, tamamıyla ilkeye uygun delilleri kullanmak değil; bu nitelikteki delilleri değerlendirmede ağırlıklı olarak dikkate almaktır¹¹¹.

¹⁰⁵ Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesinin istinasi niteliğindeki hüküm ve uygulamaların kamuya açıklık ilkesini ihlal ettiği yönündeki görüş için bkz. Wong, 28.

¹⁰⁶ Şahin, *Delillerin Doğrudan Doğruyalığı*, 193; Aynı yönde: Illuminati, 312; Aksi yönde: Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 97; Yenisey, Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 87.

¹⁰⁷ Hollanda uygulamasında 20.12.1926 tarihli Auditu kararıyla birlikte delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi zayıflatılmıştır. Bu kararın bir sonucu olarak, ceza muhakemesinin kalbi artık yargılama değildir. Merkez, şüpheli ve tanıkların yanı sıra bilirkişilerin yargılama öncesi ifadelerinin polis ya da sorgu hâkimi tarafından dosyalandığı ve temel adli faaliyetin yapıldığı soruşturma aşamasıdır. Yargılama, ifadelerin yeterlilik ve güvenilirliğinin kısa bir doğrulamasına indirgenmiş, bu da sistemi çok pragmatik hale getirmiştir. Wolf/Wolf, *Criminal Justice*, 30.

¹⁰⁸ Huber, *Unmittelbarkeit*, 10; Kunz/Haas, 175; Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 9.

¹⁰⁹ Marc Engelhart, “The Secret Service’s Influence on Criminal Proceedings”, *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, editör. Wade Marianne / Maljević Almir (New York: Springer, 2010), 534; Aynı yönde: BVerfGE 57, 250 <<https://www.servat.unibe/>>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023.

¹¹⁰ BVerfGE 57, 250, 277 <<https://dejure.org/>>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023.

¹¹¹ Wong, 28; Engelhart, 533; Capus, 208. Aynı yönde: BGHSt 2000, 265; BGHSt 49, 112 <<https://dejure.org/>>, Erişim Tarihi: 15 Aralık 2023; Mahkeme hükümde dolaylı delillere yer verebilmekle birlik-

Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi esas itibarıyla fiziksel değil kişisel delillerle ilgili olduğundan¹¹² yazılı belge ve tutanaklar duruşmada okunarak karara dayanak olarak kullanılabilir. Okunmayan belge ve tutanaklar dikkate alınamayacaktır¹¹³. Böyle bir okuma işlemi, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin bir istisnası olmayıp sonucudur¹¹⁴. (CMK md. 209/1; CMUK md. 242; StPO md. 249/1) Ayrıca maddi gerçeğe ulaşılması bakımından bu aynı zamanda bir zorunluluktur¹¹⁵. Nitekim CMK md. 209/1'in madde başlığı bunu yansıtacak şekilde “*Duruşmada anlatılması zorunlu belge ve tutanaklar*” şeklinde kaleme alınmıştır¹¹⁶. Ancak okuma, CMK md. 209'da yer aldığı şekliyle de “*anlatma*”¹¹⁷ işlemi, hiçbir şekilde en temel delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi düzenlemesi olan CMK md. 210/1'i devre dışı bırakacak şekilde anlaşılmalıdır. CMK md. 209/1'de okunması zorunlu olan belgelerin bir kısmı, “*Naip veya istinabe yoluyla sorgusu yapılan sanığa ait sorgu tutanakları*”, “*naip veya istinabe yoluyla dinlenen tanığın ifade tutanakları*”, “*muayene ve keşif tutanakları*”, “*adli sicil özetleri ve sanığın kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin bilgiler*” şeklinde ismen sayılmıştır¹¹⁸. Bir kısmı için ise “*gibi*” edatına yer verilerek bu belgelerle benzerlik taşıması şartı getirilmiştir.

Kanaatimizce CMK md. 209/1'de yer alan “*gibi*” edatını, örneğin HTS¹¹⁹, hasar tespit¹²⁰ ya da sanığa ait sağlık raporlarının okunması dışında yazılı belgede

te onların belirsizliklerinden haberdar olduğu ve buna özellikle dikkat ettiğini gerekçesinde belirtmelidir. Sanığın aleyhinde ya da lehindeki gerçekler hakkında şüpheler ortaya çıkarsa, mahkeme delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini kesinlikle sanık lehine (in dubio pro reo) uygulamalıdır. Engelhart, 534.

¹¹² Kunter, Feridun ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 595.

¹¹³ Toroslu, Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi*, 280.

¹¹⁴ Summers, 53; Dumitrescu, 110.

¹¹⁵ Wong, 28.

¹¹⁶ CMK md. 209 ile benzer hükümler olan CMUK md. 242 ve StPO md. 249'un madde başlıkları, okuma işlemi bakımından bir zorunluluk içerecek şekilde kaleme alınmamıştır.

¹¹⁷ 2017 yılında yapılan değişiklikte okuma ibaresi anlatma şeklinde değiştirilmiştir.

¹¹⁸ CMK md. 209'da yer alan belgelerin okunması, özellikle de delil niteliğine sahip bu belgelerde yer alan bilgilerin tartışılması ve gerektiğinde doğruyu yansıtmayan bilgilerin çürütülmesi bakımından önemlidir. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 667; “*Yabancı uyruklu sanığın ilgili makamlar aracılığıyla nüfus-sabika kaydı getirtilip yada UYAP sisteminden yapılan sorgulamaya göre hakkında açılmış birçok kamu davası olduğu anlaşılma, yargılandığı dosyalarda bulunması halinde adı geçen kayıtlarının onaylı bir örneği dosya içine alınıp duruşmada okunmadan yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması suretiyle, 5271 sayılı CMK'nın 209. maddesine aykırı davranılması...*” Y. 17. CD, 2015/11950 E, 2016/4489 K sayılı ve 31.03.2016 tarihli <www.kazanci.com> Erişim Tarihi: 18 Aralık 2023.

¹¹⁹ “... numaralı hatlar arasında olay tarihi dahil olmak üzere olay tarihinden bir hafta öncesini ve bir hafta sonrasını kapsayan, görüşme ve baz istasyonlarını gösterir HTS raporlarının getirilmesi, Sonucuna göre tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile hüküm kurulması...” Y. 10. CD, 21.06.2023, E. 2023/5685, K. 2023/5838; Aynı yönde: Y. 10. CD, 14.06.2023, E. 2023/4448, K. 2023/553 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 18 Aralık 2023.

¹²⁰ Y. 23. CD, 03.11.2015, E. 2015/14020, K. 2015/5982 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 18 Aralık 2023; StPO md. 251/1-3'te suç dolayısıyla ortaya çıktığı iddia edilen maddi zararın varlığına ya da miktarına ilişkin tutanak ya da belgelerin duruşmada okunabileceği hüküm altına alınmıştır.

bulunan iradenin tespit edilememesi ya da anonim olması şeklinde de anlamak gerekmektedir¹²¹. Örneğin tutmuş olduğu günlüğünde yargılama konusu öldürme fiilini gördüğüne ilişkin anlatımları olan kişi yerine bu günlüğün okunması, bu kişiye ulaşıp duruşmada dinlenmesi mümkün olduğu sürece delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin ihlali olacaktır. Yine “*Halkı kin ve düşmanlığa tahrik*” (TCK md. 216) suçunun işlendiği iddiasıyla yapılan bir yargılama örneğinde, düşmanlığa ve kin beslemeye elverişli şiddet çağrılarını içeren bildirimlere konu ifadelerin yakın ya da açık tehlike unsuru taşıyıp taşımadığının tespiti bakımından bu ilanların duruşmada okunarak-anlatılarak yargılamaya dahil edilmesi, ilkenin istisnası olmayıp gerçeğe ulaşmak bakımından bir zorunluluktur. Tüm bu belirtilenler çerçevesinde ilkenin çeşitli istisnaları düzenlenmiştir. Aşağıda bunlara yer verilecektir.

B. TUTANAK VE DİĞER YAZILI BELGELERİN OKUNMASININ MÜMKÜN OLDUĞU DURUMLAR

Yazılı beyan sahibinin bu beyanına konu olaylarla ilgili olarak duruşmada bizatihi dinlenmesi (okunma yasağı) başka bir deyişle delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin istisnalarından büyük bir kısmını, “*Duruşmada okunmasıyla yetinilebilecek belgeler*” başlıklı CMK md. 211’de belirtilen durumlar oluşturmaktadır¹²². “*Tutanakların okunması*” başlıklı StPO md. 251’de de benzer hususlar düzenlenmektedir. Duruşmaya gelmemek ya da gelip ifade vermemek ya da bunların dışındaki diğer durumlar istisna kapsamında olmayıp kanunlarda belirtilen diğer hükümlere tabidir¹²³. Kanaatimizce benzer şekilde CMK md. 211’de belirtilenlerin (tanık ve suç ortağı)

¹²¹ “*Rapor, belge ve diğer yazıların okunması*” başlıklı CMK md. 214/1 uyarınca bir açıklamayı ve görüşü içeren resmî belge ve diğer yazılar ve fennî muayene ve doktor raporları duruşmada okunacaktır. Rapor tabiri, bir kişinin mesleğini icra ederken yaptığı gözlemlerini yazı ile tasdik etmesi, bildirmesini ifade etmektedir. Örneğin doktor raporunun, doktorun kişisel teşhisine dayanması gerekmektedir. Bundan dolayı, doktorun bizatihi kendi yaptığı gözlemi değil de başkalarının gözlemlerini esas alarak yazdığı görüş bu anlamda bir rapor değildir. Kantar, Baha, Ceza Muhakemeleri, 274; Benzer şekilde fennî muayene raporunun da, ilgili kişinin bizatihi gerçekleştirdiği inceleme-tektiğe dayanması gerekmektedir. Örneğin bir trafik kazasında aracın fren sistemlerine ilişkin olarak yazılan görüş, başkalarının incelemelerinin bir değerlendirmesi şeklinde ise bu bir rapor değildir. CMK md. 214’ün gerekçesinde açılan bir davada Emniyet Genel Müdürlüğünün, 03.12.2002 tarihli CMK tasarı md. 215’in gerekçesinde de Diyanet İşleri Başkanlığının açıklama niteliğindeki resmi yazıları, rapor, belge ve diğer yazıların okunması örnekleri olarak verilmiştir.

¹²² “*Olaya ilişkin görgüye dayalı bilgisi olduğu anlaşılan tanık ...'ya ulaşılamaması sebebiyle dinlenilmemesine karşın önceki ifadesi duruşmada okunmadan hükme esas alınması suretiyle CMK'nın 211/1-c maddesine aykırı davranılması...*” Y. 4. CD, 27.09.2022, E. 2020/17486, K. 2022/18126 K; “*Soruşturma evresindeki anlatımlarından olaya ilişkin görgüye dayalı bilgileri olduğu anlaşılan tanıklar Leyla Doğru ve Burcu Yıldırım usulünce duruşmaya çağırılarak dinlenilmeden veya hukuki dayanağı gösterilip dinlenilmelerine gerek bulunmadığına dair bir karar da verilmeden, soruşturma evresinde verdikleri ifadeler de duruşmada okunmamak suretiyle, CMK'nın 210/1 ve 211/1-c maddelerine aykırı davranılması...Kanuna aykırı ve...*” Y. 4. CD, 31.05.2017, E. 2014/25530, K. 2017/16254 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 20 Aralık 2023.

¹²³ Kantar, Baha, Ceza Muhakemeleri, 270; Aynı yönde: Lucas, 3; Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, 168; Mahkemeye gidilmesi mümkün olmayan diğer durumların da istisna kapsamında olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Vogler, 242.

dışındaki kişiler de bu madde çerçevesinde değerlendirilmemeli, CMK'nın ilgili hükümleri uygulanmalıdır. “*Yemin verilmeyen tanıklar*” başlıklı CMK md. 50/1-c’de suça iştirak eden kişilerin tanık sıfatıyla ve yemin verilmeden dinleneceği; “*Mağdur ile şikâyetçinin dinlenmesi*” başlıklı CMK 236/1’de de mağdurun tanık olarak dinlenmesinin mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Böylelikle kanun koyucu, suça iştirak eden kişiler ile şartları oluştuğunda mağdurları muhakeme hukuku bakımından tanık olarak gördüğünü ortaya koymuştur. Buradan hareketle okuma yasağı istisnasının tanıklar bakımından olduğu tespiti yapılabilecektir. Ayrıca, CMK'nın bir tür mehazı olan StPO md. 251/1’de bilirkişiler de istisna kapsamına alındığı halde CMK md. 211’de bilirkişilerin ismen sayılmamış olması ve istisnalar dar yorumlanır ilkesi göz önüne alındığında CMK md. 211’in kapsamının tanık ve suç ortağı kişilerle sınırlı olduğu anlaşılacaktır¹²⁴. Bu nedenlerdir ki doktrinde yer alan, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin özel bir görünüm şeklinin kanunda ayrı tutulan durumlar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağını düzenleyen CMK m. 193’te (StPO md. 230) yer aldığı görüşüne¹²⁵ katılmak mümkün değildir.

Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin istisnasını oluşturan durumların başında beyanları delil olabilecek tanık, suç ortağı, bilirkişinin (StPO md. 251/1) duruşmada dinlenmesi gerektiği anda mevcut olmaması gelmektedir. Bu durum, doğal bir imkânsızlık dolayısıyla ortaya çıkabileceği gibi fiili engellerden de kaynaklanabilir. Her iki halde de olası delillerin kaybolma riski söz konusudur¹²⁶. CMK md. 211/1-a uyarınca tanık veya sanığın suç ortağı ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş olur veya bulunduğu yer öğrenilemezse; CMK md. 211/1-b uyarınca da bu kişilerin duruşmada hazır bulunması, hastalık, malûllük veya giderilmesi imkânı bulunmayan¹²⁷ başka bir nedenle belli olmayan bir süre için olanaklı değilse tanık, suç ortağına ait önceden yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile bunların yazmış olduğu diğer belgeler duruşmada okunabilecekler¹²⁸. Doktrinde yer alan bir görüşte, her ne kadar CMK md. 211/1’de ifade içeren

¹²⁴ Aynı yönde: Hofmann, 469; Lucas, 3; Tutanakların okunmasıyla sözlülük ilkesine uygunluk sağlansa da, bu belgelerin beyan içermeleri dolayısıyla, ilkeye uygunluğu sadece şekil itibarıyla. Maddi uygunluk, ancak beyan delilini sunan delil kaynağı tanığın, açıklamalarını duruşmada sözlü olarak sunması ve böylece hakimın söz konusu beyanı doğrudan doğruya elde etmesiyle gerçekleşir. Feyzioğlu, *Vicdani Kanaat*, 168.

¹²⁵ Bu görüşe göre, hakim nasıl ki duruşmaya getirilmemiş ve huzurunda tartışılmamış bir delille dayanarak vicdani kanaate ulaşamıyorsa görmediği, tanımadığı, iletişime geçmediği bir sanık hakkında da onun yokluğunda bir hüküm veremez. Aksi bir durumda hakimın temel cezaı nasıl belirleyeceği ve bireyselleştireceği sorusu da cevapsız kalacaktır. Uğur Ersoy, “Ceza Muhakemesinde in Absentia Duruşma Yapılması ve Mahkûmiyet Kararı Verilmesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, S. 1 (2020), 59.

¹²⁶ Şahin, *Şerh*, 620; Sommer, 19.

¹²⁷ Yabancılar polisi tarafından sınır dışı edilmek üzere olan bir tanığın durumu, giderilmesi mümkün olmayan bir neden örneğidir. Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 26.

¹²⁸ Av. CMK md. 252/1’de benzer yönde düzenlenmiştir. <https://legislationline.org/sites/default/files/documents/32/Austria_CPC_1975_am122019_de.pdf>, Erişim Tarihi: 13 Ekim 2022; Söz konusu madde uyarınca resmi tutanak ve belgeler de

tutanak ve tanık veya suç ortağının yazmış olduğu belgelerden bahsedilmişse de önceki dinlemeye ait ses ve görüntü kayıtlarının da bu hüküm kapsamında olduğu belirtilmiştir¹²⁹. CMK md. 211/1-(a) ve (b)'de yer alan ölüm dışındaki durumlarda bu kişileri dinlemek teorik olarak mümkün olsa da bunun zamanının önceden mahkeme tarafından tayin edilemeyeceği ihtimali göz önüne alınmaktadır¹³⁰.

Düzenlemede yer alan akıl hastalığı bakımından bunun derecesi önemli değildir. Yakın bir zamanda duruşmada gerçeğin açığa çıkarılmasına katkı yapacak şekilde dinlenmesi ümidini vermeyen bir hastalık, okuma işleminin yapılabilmesi için yeterlidir. Söz konusu kişilerin bulunduğu yerin öğrenilememesi bakımından ise bunun imkânsızlık derecesinde olması şartı bulunmamaktadır. Gerekli araştırmalar yapıldığı halde bundan bir sonuç alınmadığının belirlenmesi yeterlidir¹³¹.

okunabilmektedir. Bununla birlikte doktrinde tanık ya da diğer sanıkların konuşmalarının güvenlik kurumları ya da makamları tarafından kaydedilmesi amacıyla özel olarak oluşturulmuş resmi belgelerin okunamayacağı, gizli dinleme kayıtları ya da kaydedilmiş diğer özel konuşmaların da yasak kapsamında olacağı belirtilmektedir: Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 18; Gizli soruşturma görevlerine yapılan açıklamaların okunamayacağı yönündeki Avusturya Yüksek Mahkemesinin 18.02.2004, 13 Os 153/03; 19.08.2015, 13 Os 35/15 sayılı kararları için bkz. Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 18; Bununla birlikte Alman doktrininde bir görüşte, tanığın yazılı ifadesi herhangi bir şekilde mevcut değilse gizli servisler tarafından derlenen tanık ifadeleri özetinin duruşmada sunulmasına izin verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Engelhart, 533; Aynı yönde: BGH NJW 2007, 384; OLG Hamburg, NJW 2005, 2326 <<https://beck-online.beck.de>>, Erişim Tarihi: 20 Aralık 2023; "Kural olarak tüm delillerin sanığın huzurunda ortaya konması gerekmektedir birlikte bu şart, uyumsuzluk konusu kovuşturmanın öncesinde ya da haricinde alınan ifadelerin kesinlikle delil olarak kabul edilemeyeceği şeklinde anlaşılabilir. Tanık ifadelerinin okunmasıyla yetinilmesi kimi durumlarda, sanık aleyhinde beyanda bulunan kişilerin mahkeme huzurunda dinlenmesini imkânsız kılabilecek bir zorunluluktan (ölüm, adresin tespit edilememesi vs.) kaynaklanabilmektedir. Dolayısıyla savunma haklarına saygı gösterilmek kaydıyla bu ifadelerin yargılamada kullanılması, adil yargılanma hakkına ve özelde tanıkları sorgulama veya sorgulatma hakkına aykırılık teşkil etmez." AYM kararı, Başvuru No: 2013/1138, 27.10.2015, §51.

¹²⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt Saygılar, Akcan Alan, Özyayın, Tütüncü Erden, Villemin Altınok ve Tok, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 149.

¹³⁰ CMK md. 211'in CMUK'daki karşılığı olan md. 244 ile ilgili olarak doktrinde, hükümde yer alan "okunabilir" ibaresinin hakime bir takdir yetkisi değil izin verdiği belirtilmektedir. Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Tanıklık*, (Ankara: Us-A Yayıncılık, 1996), 366.

¹³¹ Kantar, Baha, *Ceza Muhakemeleri*, 270; Başka bir soruşturma nedeniyle sanık ya da tanığa ulaşmanın mümkün olmamasının da okuma yasağı istisnası kapsamında olacağı yönündeki Avusturya Yüksek Mahkemesinin 16.03.2006, 15 Os 95/05t sayılı kararı için bkz. Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 21; "Ceza muhakemesi hukukumuzda duruşmanın doğrudan doğrualığı (yüz yüzelik) ve sözlülük ilkeleri esas alınmış olup, hüküm verecek olan mahkeme hakimi sanık, tanık ve olayın tüm delilleri ile birebir karşı karşıya gelecek, herhangi bir vasıta olmadan örneğin beyan delilini dinleyecek ve belge delilini okuyacaktır. Böylece, belirtilen ilkeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan "adil yargılama" hakkının temel gerekleri ve CMK'nun 217. maddesi uyarınca hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilecektir. Bu nedenle kural olarak sanık, tanık ya da bilirkişiler mahkeme huzurunda dinlenecek ve daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçmeyecektir. ...O...M...nin soruşturma aşamasında alınan ifadesinin CMK'nun 211. maddesi uyarınca okunması ile yetinilerek, sanığın görevli memura direnme ve hakaret suçlarından mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yerel mahkemece soruşturmada dinlenen tanık beyanına göre mahkûmiyet kararı verilmesinin CMK'nun 210. maddesine uygun olmayacağına kabulü ile beraatine hükmolunması isabetsizdir." YCGK, 18.02.2014, E. 2013/4-242, K. 2014/79;

Bu kişilerin ifadeleri, maddi gerçeğin ortaya çıkması için ne kadar önemliyse araştırma o kadar yoğun olmalıdır. Ayrıca yargılama konusu suçun ağırlığı da dikkate alınmalıdır¹³². Anayasa Mahkemesi kararlarında¹³³, tanığın dinlenmesi gerektiği anda duruşmada hazır bulundurulmamasının yargılamanın adil olmasına zarar verip vermediğinin tespit edilmesinde üçlü bir test uygulanmaktadır. Buna göre, ilk olarak tanığın mahkemede hazır edilememesi geçerli bir nedene dayanmalıdır. İkinci olarak okunmasıyla yetinilen ifadelerin hükmün tek ya da belirleyici dayanağı olup olmadığına bakılmalıdır. Üçüncü aşamada ise duruşmada sınanmayan beyanların hükme esas alınmasından dolayı savunma tarafının maruz kaldığı sınırlamayı telafi eden ve bir bütün olarak yargılamanın adilliğini sağlayan dengeleyici unsurların varlığına bakılmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da benzer bir denetim söz konusudur¹³⁴.

CMK md. 211’de düzenlenen son istisna ise “İfadesinin önem derecesi itibarıyla tanığın duruşmada hazır bulunması gerekli sayıl”mama durumudur¹³⁵. Bu düzenleme belirsizlik ve keyfilik içerdiği düşüncesiyle eleştirilmiştir. Buna göre tanığın dinlenmesi kuraldır. Bu işlem yapılmadan tanığın beyanının önem derecesi anlaşılabilir¹³⁶. Okuma yasağı istisnalarından bir diğeri, ölçülülük ilkesine dayanmaktadır. StPO md. 251/2-2 uyarınca tanık ya da bilirkişinin duruşmada

“... kovuşturma aşamasında mağdurların yurt dışı adreslerinden beyanlarının alınması için yazılan müzekkere akıbetinin araştırılmaması ve soruşturma aşamasındaki beyanları hükme esas alınan mağdurların bu beyanlarının CMK’nın 211/1. maddesi gereğince duruşmada okunup, tartışılarak kanıtların buna göre değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi karşısında, Kanuna aykırı” Y. 18. CD, 31.05.2017, E. 2015/44818, K. 2017/6868; “Soruşturma aşamasında dinlenilip olaya ilişkin bilgisi olduğu anlaşılan ve duruşmaya usule uygun şekilde davet edilen tanık ...’ün zorla getirilmesine karar verilerek dinlenmesi, kendisine ulaşılamaması halinde ise CMK’nın 211/1. maddesi gereğince ifadesi duruşmada okunarak, kanıtların buna göre değerlendirilmesi ve sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması...” Y. 18. CD, 16.05.2017, E. 2017/1487, K. 2017/5883; “...soruşturma aşamasındaki beyanları hükme esas alınan tanıklar ... ve ...’in kovuşturma aşamasında tanık olarak ifadelerinin alınması, ulaşılamaması halinde CMK’nın 211/1. maddesi gereğince soruşturmadaki beyanları duruşmada okunarak, kanıtların buna göre değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile karar verilmesi...” Y. 18. CD, 01.03.2017, E. 2015/40703, K. 2017/2314 <www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 22 Aralık 2023.

¹³² Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 21.

¹³³ 2013/1189 Bşv. No.lu ve 18.11.2015 tarihli; 9154/10 Bşv. No.lu ve 15.12.2015 tarihli; 2014/12791 Bşv. No.lu ve 27.10.2016 tarihli; 2016/13402 Bşv. No.lu ve 12.09.2018 tarihli; 2020/3964 Bşv. No.lu ve 21.09.2022 tarihli; Aynı yönde: AİHM’nin 9154/10 Bşv. No.lu ve 17.04.2014 tarihli kararı <HUDOC>, Erişim Tarihi: 22 Aralık 2023.

¹³⁴ 26766/05, 22228/06 Bşv. No.lu ve 15/12/2011 tarihli; 8088/05 Bşv. No.lu ve 10/4/2012 tarihli; 2775/07 Bşv. No.lu ve 11/7/2013 tarihli; 2013/1189 Bşv. No.lu ve 18.11.2015 tarihli; 9154/10 Bşv. No.lu ve 15.12.2015 tarihli; 2014/12791 Bşv. No.lu ve 27.10.2016 tarihli; 2016/13402 Bşv. No.lu ve 12.09.2018 tarihli; 2020/3964 Bşv. No.lu ve 21.09.2022 tarihli; Aynı yönde: AİHM’nin 9154/10 Bşv. No.lu ve 17.04.2014 tarihli kararı <HUDOC>, Erişim Tarihi: 23 Aralık 2023.

¹³⁵ CMK md. 211’in gerekçesinde istisnanın uygulanması bakımından tanığın diğer tanıkların beyanını tekrarlamaktan başka bir şey yapmamış olması ya da teferruata ilişkin, esası ilgilendirmeyen bir hususta beyanda bulunmuş olması örneği verilmektedir.

¹³⁶ Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 608.

dinlenmesinin gerçeğe ulaşmadaki katkısı ile bu kişilerin bulunduğu yer karşılaştırıldığında dinleme “*uygun gözüküyorsa*” başka bir ifadeyle ölçülü değilse bu kişilere ait daha önceden bir hakim tarafından gerçekleştirilen dinlemeye ait tutanaklar duruşmada okunabilecektir. Bu istisna, “*Tanık ve bilirkişinin naiple veya istinabe yoluyla dinlenmeleri*” başlıklı CMK md. 180/2’de (1)’inci fıkraya atıfla konutları yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmasından dolayı getirilmesi zor olan tanık ve bilirkişinin bir naiple ya da istinabe yoluyla alınmış ifadelerinin duruşmada okutulmasına izin verme şeklinde düzenlenmiştir. CMUK md. 216/1’de benzer yönde kaleme alınmıştır.

Okuma yasağının diğer bir istisnası StPO md. 251/(1) ve (2)’de yer almaktadır. Buna göre her iki fıkrada ayrı ayrı belirtilen durumlarda tanık, bilirkişi ya da suç ortağının duruşmada dinlenmesi yerine, bu kişilerin bir hakim tarafından daha önceden yapılan dinlemelerine ait tutanaklar okunabilecektir. Söz konusu bu istisna, dinlemenin hakim tarafından yapıp yapılmaması esasına dayanmaktadır. Böylelikle Alman kanunkoyucu bir hakim tarafından yapılan dinlemeye maddi gerçeğe ulaşma amacına ilişkin olarak daha fazla güvendiğini ortaya koymuştur. Doktrinde bu ayırım, adli ve adli olmayan dinleme olarak nitelendirilmektedir. Buna göre, StPO’da dinlemelerin değeri bu çerçevede farklı şekilde sınıflandırılmıştır¹³⁷. CMK’da ise söz konusu ayırım, ölçülülük ilkesine dayalı istisna bakımından CMK md. 180/2’de yapılmıştır. Söz konusu ilkenin alt görünümünden olan elverişlilik bakımından bir istisna da StPO md. 251/3’te öngörülmektedir. Okuma işlemi doğrudan bir karara varmaya değil de daha çok bir kişinin dinlenmesinin gerekip gerekmediği sorusunu cevaplamaya yarıyorsa delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin istisnalarından birini teşkil edecektir. StPO md. 251/3’te buna dair bir izin verilmiştir. Bu, sadece hakim tarafından gerçekleştirilen sorgulama kayıtları için değil, tüm dinleme kayıtları ve diğer belgeler için de geçerlidir. Bu çerçevede başka bir ülkede gerçekleştirilen telefon dinleme ya da aramaya ilişkin kayıtların ya da bir muhbir raporunun, gözetim belgelerinin okunması da StPO md. 251/3 uyarınca değerlendirilmelidir. Daha fazla delil toplama yükümlülüğünün kapsamını belirlemek için söz konusu bu belgeler StPO md. 251/3 gereğince okunabilirler. Ancak, mahkemenin bağımsız olarak delil toplamasının yerini alamazlar¹³⁸.

Okuma yasağı konusunda usul ekonomisine dayalı istisna hükümlerine de yer verilmektedir. “*Sanığın duruşmadan bağışık tutulması*” başlıklı CMK md. 196/1 (CMUK md. 226) uyarınca mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık ya da buna ilişkin olarak onun tarafından yetkilendirilen müdafinin istemesi halinde mahkeme, sanığı duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutabilecektir. Mad-

¹³⁷ Weigend/Frase, 343; Eser, 237; Neumann, 124; Aynı yönde: BGHSt 70, 72-75 (1984) <<https://dejure.org>>, Erişim Tarihi: 23 Aralık 2023.

¹³⁸ Sommer, 20; Lucas, 4; Aynı yönde: BGHSt 1986, 469 <<https://dejure.org>>, Erişim Tarihi: 23 Aralık 2023.

di gerçeğe ulaşmak için hakimın yargılama konusu fiile ilişkin delillere doğrudan ulaşması bir zorunluluk olsa da bazı kanunlarda tarafların rızası hukuken bir değer taşımaktadır. Buna dayanarak ilgili kişinin duruşmada dinlenmesinden vazgeçilerek tutanaklar okunabilmektedir. Bu da son bir istisna türünü oluşturmaktadır. Rızaya ilişkin açıklamanın, tutanakların okunması sırasında yapılması gerekmektedir. CMK md. 211/2 (StPO md. 251/1-1) uyarınca Cumhuriyet savcısı, katılan ya da vekili, sanık veya müdafii tutanakların okunmasına birlikte rıza gösterirse, tanık ya da suç ortağının dinlenmesi yerine, önceki dinlemeye ilişkin tutanaklar okunabilecektir¹³⁹.

CMK md. 211/1- (a) ve (b)'de tanık ve sanığın suç ortağının mahkemede hazır edilememesinin hangi nedenden kaynaklanması gerektiğinin belirtildiği, bu yönüyle de her iki hükmün yukarıda belirtilmiş olan AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğu görülmektedir. Ancak bu kişilerin ifadelerinin önemine ilişkin bir düzenlemenin olmaması, bu beyanların hükme esas alınması ve yargılamada bundan dolayı savunma tarafının maruz kaldığı sınırlamayı telafi eden dengeleyici unsurlara yer verilmemesi tehlikelerini beraberinde getirmektedir. CMK md. 211'de, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu (TKK) md. 9/8'de yer alan hakkında koruma tedbiri uygulanan tanığın beyanının tek başına hükme esas teşkil edemeyeceği¹⁴⁰ şeklindeki hükme benzer bir düzenleme yapılarak yargılamanın adil olması sağlanmalıdır. Ayrıca, CMK md. 211/1-(b)'de tanık ve sanığın suç ortağının duruşmada hazır edilememesi bakımından getirilen “*giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir*” nedenin bulunması şartı, bu kişilerin buldukları yerin öğrenilememesi durumunu da kapsamaktadır. Özellikle de suç ortaklarına ulaşılmasının en büyük nedenlerinden biri onların kaçmalarıdır. Diğer nedenler için imkansızlık şartı getirilip buldukları yerin öğrenilmemesi gibi bir neden bakımından bu şartın bulunmaması delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini işlevsiz hale getirecektir¹⁴¹. Diğer taraftan CMK md. 211/1-(b)'de yer alan “*belli olmayan bir süre için*” ibaresi muğlaktır. Bu ibare yerine makul sürede yargılanma hakkı dikkate alınarak “*makul sürede*” ibaresine yer veren bir düzenlemeye yapılmalıdır. Tüm bu nedenler ve CMK md. 211/1-c'de hakime tanığı dinlemeden onun ifadesinin önem derecesine karar vermesi yetkisinin tanınması da dikkate alındığında CMK md. 211 düzenlemesinin delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini kural olmaktan çıkardığını söylemek mümkündür. Diğer taraftan CMK md. 211/2'de belirtilen kişilerin anlaşmalarıyla tutanakların okunmasına izin verilmesi, ceza muhakemesini taraf iradelerinin ön planda olduğu hukuk muhakemesine yaklaştırmaktadır.

¹³⁹ Şahin, *Şerh*, 624.

¹⁴⁰ Aynı yönde: YCGK, 17.03.2021 E, 2019/495, K. 2021/116 <www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 22 Mayıs 2024.

¹⁴¹ Doktrinde yer alan bir görüşte, CMK md. 211/1- (a) ve (b)'de belirtilen durumlarda delillerle doğrudan temasa geçmenin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Soyaslan, *Ceza Muhakemesi*, 397.

C. DURUŞMADA DİNLEMeye EK OLARAK TUTANAK OKUNMASI

Okuma yasağının bu başlık altındaki istisna halleri, kısmi nitelikte olup delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin bir gereği olarak ilgili kişiler duruşmada dinlenmektedir. Bununla birlikte ispat bakımından önem taşıyan kimi hususlara ilişkin hatırlayamama ve çelişki durumlarının ortaya çıkması gibi sınırlı nedenlerden dolayı önceki açıklama ve ifadelerle ilişkin tutanaklar okunabilmektedir¹⁴². Bu istisnaların temel nedeni, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması, şekli gerçeğe yetinilmemesi esasına dayanmaktadır¹⁴³.

CMK md. 212 ve 213'te tanık ve sanık bakımından istisna halleri kabul edilmiştir. StPO md. 253 ve 254'te de benzer istisna halleri düzenlenmekle birlikte CMK'dan farklı olarak bilirkişiler de okuma yasağından muaf tutulmuştur. Aynı durum CMUK md. 246 bakımından da söz konusudur.

1. Tanıklara Ait İfade Tutanaklarının Okunması

Tanığın yargılama konusu fiil hakkında duyu organları aracılığıyla öğrendiklerine ilişkin olarak duruşmada açıklamalar yaparken, tanıklığın doğasının yanı sıra delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin bir gereği ve bir kural olarak notlarına bakmasına izin verilemez¹⁴⁴. Daha önce alınan ifadelerine ilişkin tutanaklar da okunamaz¹⁴⁵. Amaç, hakimın okunanı değil konuşulana dinlemesidir¹⁴⁶. Ancak, bu kuralın Kıta Avrupası hukukunda iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, tanığın maddi gerçeğe ulaşmak bakımından önemli bir hususu hatırlayamadığını beyan etmesidir. İkincisi ise önceki ve duruşmalardaki açıklamaları arasında çelişkinin ortaya çıkmasıdır¹⁴⁷. CMK md. 212 uyarınca, tanık bir hususu hatırlayamadığını söylediğinde (CMK md. 212/1), hafızasını harekete geçirmek üzere hakim önceki, -örneğin kolluk ya da Cumhuriyet savcısınca alınmış ifadesine ilişkin tutanağın ilgili kısmını- okuyarak tanığın hatırlamasına yardım edecektir¹⁴⁸. Düzenlemenin

¹⁴² Yazılı kayıtlar, ceza muhakemesinde büyük önem taşımaktadır. Bir kez korunan başka bir ifadeyle kalıcı hale getirilen yazılı kayıtlar, ilk kez kolluk tarafından alınmasından hüküm verilmesine kadar yasal sürecin her aşamasında yeniden değerlendirilebilir. Birçok Kıta Avrupası ülkesinde, şüpheli ya da tanık görüşmelerine ilişkin savcılık ya da kolluktan alınan yazılı kayıtlar mahkemeye sunulmaktadır. Kıta Avrupası hakimleri duruşmaya katılması için tanık çağırabilirler ancak daha sonra tanıklığı sözlü olarak sorgulayacak ve önceki yazılı ifade kayıtlarına karşı tartacaklardır. Benzer şekilde, yazılı tutanaktaki ifadelerinde söyledikleriyle de sanıkların karşısına çıkacaklar, onlarla yüzleşeceklerdir. Capus, 206, 207.

¹⁴³ CMK md. 212 gereğesi.

¹⁴⁴ Groenhuijsen/Selçuk, 256; Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 637.

¹⁴⁵ CMK md. 52'de tanığın dinlenilmesinden bahsedilmektedir. Bu çerçevede, yargılama konusu fiile ilişkin konularda okuma ile açıklama yapmak birbirinden farklı hususlardır.

¹⁴⁶ Yenisey, Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 537.

¹⁴⁷ CMK md. 212/2'nin uygulanabilmesi için ortaya çıkan çelişkinin tanığa ait olması gerekmektedir. Tanık ile başka kişiler arasındaki çelişki, hüküm bakımından bir önem taşımamaktadır. Kantar, *Ceza Muhakemeleri*, 268.

¹⁴⁸ Feyzioğlu, *Tanıklık*, 359, 361; Kanaatimizce, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi kural olup istisnalarına hakimın maddi gerçeğe ulaşması bakımından engel teşkil edeceği varsayılan bir ta-

amacı sadece hatırlatmak değildir. Hatırlatma, tanığa önceki ifadesi hakkında çeşitli sorular sorularak yapılmalıdır. Böylelikle önceki ifade tutanakları duruşmada tekrarlatılarak kullanıma açılmalıdır¹⁴⁹.

İki ifade arasında çelişki ortaya çıktığında (CMK md. 212/2) ise daha önceden alınan ifade okunarak çelişkinin giderilmesine çalışılacaktır¹⁵⁰. Kanaatimizce, hatırlayamama ve çelişkiye düşme aynı nitelikte olup tanımın bir hususa ilişkin olarak hafızasında ortaya çıkan belirsizlik ya da karmaşaya ilişkin duruşmadaki beyanını belirtmektedir¹⁵¹. Okuma işlemiyle bu beyanın etkisi ve sonuçları ortadan kaldırılarak maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede, okumanın maddi gerçeğe ulaşma istisnasından kaynaklandığını söylemek mümkün olacaktır.

Önceki açıklamaların, yargılama konusu fiile ilişkin olarak gerçekleştirilen ceza muhakemesi sürecinde yapılması şartı bulunmamaktadır. Hukuk mahkemesinde hatta resmi bir işlem çerçevesinde alınmış ifadeler, talep üzerine yapılmış açıklamalar da duruşmada okunabilir. Önceki ifadelerin sanık ya da başka bir sıfatla verilmiş olmasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁵². Yapılan oku-

kım hususların aşılması amacıyla yer verilmiştir. Soruşturma aşamasında amaç, maddi gerçeğe ulaşmak olmayıp bir suça ilişkin olarak ortaya çıkan şüphenin yeterli olup olmadığının tespitini yapmak ve sonucuna göre iddianame düzenlemek ya da kovuşturamama kararı vermektir. (CMK md. 170/2, 172/1); "*Hakkında beraat kararı verilen O.'ın şüpheli davranışları... kendisini doğrulayan C.'in ise aşamalarındaki ifadeleri arasındaki çok büyük çelişkiler ... olmasına karşın ... şüpheyi iyice artırmıştır. Bütün ihtimalleri değerlendirmek zorunda olan mahkeme tarafından çelişkiler ve tereddütler giderilmediği...*" YCGK, 20.05.2013, E. 2012/6-1309, K. 2013/258 <Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı>, Erişim Tarihi: 24 Aralık 2023; "*Tanık, bir hususu hatırlayamadığını söylerse önceki ifadesini içeren tutanağın ilgili kısmı okunarak hatırlamasına yardım edilir. Tanığın duruşmadaki ifadesiyle önceki ifadesi arasında çelişki bulunduğu, evvelce alınmış ifadesi okunarak çelişkinin giderilmesine çalışılır.*" YCGK, 29.06.2022, E. 2021/112, K. 2022/497; "*Tanıklar olaya ilişkin gördükleri ve duydukları hususlarda beyanda bulunurlar. Tanıklık yaptıkları olayı mahkemede anlattıktan sonra eğer, önceki ifadelerle arasında çelişki varsa CMK'nın 212/1-2 maddesi gereğince önceki beyanlar okunarak çelişkinin nedeni öğrenilip giderilmeye çalışılır şeklindeki emredici hükme rağmen, tanıkların beyanları alınmadan önceki ifadelerinin doğruluğunun sorularak tutanağa geçirilmesi...*" YCGK, 06.10.2022, E. 2021/355, K. 2022/621 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 24 Aralık 2023.

¹⁴⁹ Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 609.

¹⁵⁰ CMK md. 212 gerekçesi: "*Tanıklık yapan farklı kişilerin, geçmişte yaşadıkları aynı olaya ilişkin anlatımlarının bire bir aynı olması beklenemez. Ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenen tanıkların anlatımları arasında yargılama açısından önemli olan konularda, uzlaştırılması mümkün olmayan çok büyük farklılıklar ya da çelişkiler olması halinde, yüzleştirilmeleri yoluyla çelişki giderilmeye çalışılır. Tanığın, duruşmada sözlü olarak aktaracağı bilgilerde, araya zamanın girmesi nedeniyle unutma, hatırlayamama, daha önceden alınan ifadelerini aynen aktaramama gibi durumlara karşılaşılmaması mümkün olduğundan CMK'nın 212/2. maddesi, tanımın önceki beyanlarının, duruşmada ifadesinin alınmasından sonra okunmasını, bu şekilde farklılıkların giderilmesini amaçlamaktadır. Tanığın, aşama anlatımları arasında, araya zamanın girmesi ve dilin işlevsel niteliği nedeniyle ihmal edilebilir farklılıklar bulunması doğaldır*".

¹⁵¹ Doktrinde okuma işlemi bakımından ifadeler arasındaki çelişkiye tanımın bilerek neden olmaması gerektiği belirtilmektedir. Kantar, *Ceza Muhakemeleri*, 268.

¹⁵² Şahin, *Delillerin Doğrudan Doğrualığı*, 215.

ma işlemi, sadece hatırlatmaya, çelişkinin ortadan kaldırılmasına yönelik olmalı başka bir ifadeyle belirtilen amaçların sınırını aşan tarz ve kapsamda gerçekleştirilmemelidir. Kişisel delillerin yerini tamamen almamalıdır¹⁵³. İşlemin başarılı olması halinde tanık ya da Alman Hukuku bakımından bilirkişi tarafından sadece duruşmada verilen ifade değil, aynı zamanda tutanağın okunan içeriği de hükme esas alınabilmektedir¹⁵⁴. Bu nedenle delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesinin önemli bir istisnası olarak görülmelidir. Diğer taraftan hakim ifadenin inandırıcılığına ilişkin değerlendirmelerine, ifade ve tutanakların içeriğinin karşılaştırılmasından kaynaklanan hatırlama güçlüğü ve çelişkileri de dahil edebilir¹⁵⁵.

2. Sanığa Ait İfade Tutanaklarının Okunması (CMK md. 213; StPO md. 254)

Duruşma sırasında hakimın sanığa iddia konusu fiil hakkında çeşitli sorular sorarak onu dinlemek yerine, kollukta vermiş olduğu ifadeyi okuyarak buna ek ya da bunun dışında söyleyeceği bir şeyi olup olmadığını sorarak işlemi tamamlaması delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesine aykırıdır¹⁵⁶. Bununla birlikte sanığın kendisine isnat edilen suça ilişkin konularda ifade verip vermeme ya da ifadesinin içeriğini belirleme hakkı olsa da kendisinin muhakemenin daha önceki aşamalarında verdiği ifadeler, belli şartlar altında duruşmaya dahil edilebilmektedir. Önceki ifadesinin okunması, sonradan yaptığı açıklamalar ile bu ifadesini doğrudan ya da dolaylı bir şekilde fiilen geri alarak bir çelişkiye neden olmasından kaynaklanmaktadır. Çelişkinin nedeni önem taşımamaktadır. CMUK md. 247/2 uyarınca sanığın önceki ifadesiyle duruşmadaki ifadesi arasında bir çelişki olması ve bu çelişkinin duruşmayı kesmeksizin belirlenememesi ya da ortadan kaldırılamaması halinde önceki ifadesi duruşmada okunabilmekteydi¹⁵⁷. “*Sanığın önceki ifadesinin okunması*” başlıklı CMK md. 213’te ise sanığın duruşmadaki ifadesi ile muhakemenin önceki aşamasındakiler arasında çelişki bulunması halinde okuma yasağının bir istisnası olarak önceki açıklama ve ifadelerinin okunabileceği düzenlenmiştir¹⁵⁸. Hakim bu

¹⁵³ Aynı yönde: Avusturya Yüksek Mahkemesi’nin 25.06.1996, 14 Os 79/96 sayılı kararı. Karar, Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 24’ten alınmıştır.

¹⁵⁴ Okuma sonucunda tanığın hafızasına fiilen geri dönen şey, delildir. BGHSt. 11, 338, 341; 14, 310, 312 <<https://dejure.org>>, Erişim Tarihi: 24 Aralık 2023.

¹⁵⁵ Dumitrescu, 114; Tanıklara ilişkin okuma yasağının bir istisnasını Av. CMK md. 252/1-(3)’de belirtilen haklı bir neden olmaksızın tanıklık yapmanın reddedilmesi oluşturmaktadır. Tanığa yalnızca kısmi bir reddetme hakkı verilirse önceki ifadelerin okunması, sadece onun gereksiz olarak ifade vermeyi reddettiği kısımlarla ilgili olarak söz konusu olabilmektedir. Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 25; Bu istisna gerek CMK md. 212 gerekse StPO md. 253’te yer almamaktadır. Av. CMK md. 252/1-(3) için bkz. <https://legislationline.org/sites/default/files/documents/32/Austria_CPC_1975_am122019_de.pdf>, Erişim Tarihi: 22 Mayıs 2024.

¹⁵⁶ Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 609.

¹⁵⁷ Cumhuriyet Şahin, “Duruşmada Sanığın Önceki İfadelerinin Okunması -CMUK m. 247 Üzerine Bir İnceleme”, *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, S. 2 (1998), 1.

¹⁵⁸ “*Bir kamu görevi ifa eden ve birçok yükümlülüğü bulunan tanık ilk defa duruşmada çekinme hakkını kullanınca önceki ifadesi okunamazken..., savunma hakkı ile donatılmış olan sanığa bu imkan tanınmamakta ve sanık adeta kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanmaktadır. Böylece sanığın*

durumda tutanağın okunmasıyla yetinebileceği gibi iddia konusu olayın aydınlatılması bakımından gerekli görüyorsa önceki ifadeyi almış hakim dahil olmak üzere diğer görevlileri tanık olarak dinleyebilecektir¹⁵⁹. Av. CMK md. 252/1-(1) ve (2)'de tanık ve suç ortaklarının duruşmaya kadar ölmesi, nerede olduklarının bilinmemesi ya da yaş, hastalık ya da halsizlik veya uzakta olmaları ya da diğer önemli nedenlerden dolayı bizzat duruşmaya gelmelerinin mümkün olmaması halinde okuma yasağının istisnası olacağı düzenlenmiştir¹⁶⁰.

Okuma işleminin yapılabilmesi için ifadenin sanık-şüpheli sıfatıyla alınmış olması gerekmektedir. CMK md. 213'te belirtilen görevliler tarafından önce tanık ya da bilgisine başvuru olarak dinlenen ancak daha sonra şüpheli olduğu anlaşılan kişilerden önceki sıfatlarıyla alınmış ifadelerin okunabilmesi mümkün değildir. Çünkü bu kişilere sanığın-şüphelinin sahip olduğu haklarının bildirilmesi (CMK md. 147; CMUK md. 135) söz konusu olmamaktadır¹⁶¹. CMUK md. 247 uyarınca okuma işleminin yapılabilmesi için önceki ifadenin bir hakim tarafından alınması gerekiyordu¹⁶². Bu düzenlemenin CMK md. 213'ten diğer bir farkı ise bu ifadelerin çelişki taşıyorsa dahi ikrara delil olmak üzere okunabilmesiydi¹⁶³. Bu çerçevede “*Sanığın Evvelce Mazbut İfadesinin Okunabileceği Haller*” başlıklı CMUK md. 247/1-2 ile “*İkrarın ve çelişkili ifadelerin okunması*” başlıklı StPO md. 254/1-2 büyük bir benzerlik göstermektedir. StPO md. 254/1 uyarınca daha önceki adli bir ifadenin delil toplamak¹⁶⁴ amacıyla okunmasına

susmak veya ifade vermek konusundaki seçme özgürlüğü, onun bir kez ifade vermiş olması halinde ortadan kalkmış olmaktadır.” Şahin, İfadelerin Okunması, 8; İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu md. 513 uyarınca sanığın duruşmaya gelmesinin imkânsızlığı halinde maddede belirtilen diğer koşulların da varlığında sanığın önceki aşamalarda vermiş olduğu ifadeler okunabilecektir.

¹⁵⁹ Şahin, İfadelerin Okunması, 6.

¹⁶⁰ <https://legislationline.org/sites/default/files/documents/32/Austria_CPC_1975_am122019_de.pdf>, Erişim Tarihi: 25 Aralık 2023.

¹⁶¹ Şahin, İfadelerin Okunması, 3.

¹⁶² Bir hakim tarafından alınan ifadelere ilişkin tutanaklar için, adli tutanak tabiri kullanımı hakkında bkz. Lucas, 5.

¹⁶³ İkrara delil olmak üzere tabiri geniş yorumlanmalıdır. Bu nedenle okuma işlemi, sadece sanığın ikrarda bulunduğunu ya da ikrarının içeriğini tespit etmek için değil herhangi bir ikrarda bulunmadığını ya da önceki ikrarını değiştirdiğini ya da bundan döndüğünü ortaya koymak için de yapılabilir. Kantar, *Ceza Muhakemeleri*, 269.

¹⁶⁴ “5271 sayılı CMK'nın 213. maddesine göre sanığın hakim ya da mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadelerin duruşmada okunabilmesi kabul edilerek Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadelere de kanıt (delil) olma değeri tanınmıştır. Buna karşılık, şüphelinin kollukça alınan ifadesine ilişkin tutanağın duruşmada okunabilmesi için, kollukta ifade alındığı sırada müdafinin hazır bulunması koşulu aranmaktadır. Somut olayda suça sürüklenen çocuk, Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesinde ve mahkemede atılı hırsızlık ve mala zarar verme suçlarını işlediğini kabul etmemiştir. Kollukta ifadesinin alınması mümkün olmayan suça sürüklenen çocuğun, kolluk görevlilerince yakalanması sırasında kendisi ile yapılan mülakatta suçu ikrar ettiğine dair beyanı olduğuna ilişkin tutanağın hükme esas alınmayacağı gözetilmeden, atılı suçları suça sürüklenen çocuğun işlediğine ilişkin başkaca hangi kanıtların hükme esas alındığı açıklanıp tartışılmadan mahkumiyet kararı verilmesi...” Y. 2. CD, 09.04.2018, E. 2018/2184, K. 2018/4075 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 26 Aralık 2023.

izin verilmektedir¹⁶⁵. Okuma, yalnızca bir istisnadır ve bu nedenle de delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin bir istisnası olarak görülmemelidir. Çünkü ifade tutanağının okunması, bir itiraftan gerçeği yansıtmayı yansıtmadığını belirlemeye hizmet etmektedir¹⁶⁶. Diğer taraftan okunan tutanaklara karşı sanığın sessiz kalması ya da tutanağın doğruluğuna itiraz etmesi de engellenemez¹⁶⁷. Doktrinde yer alan bir görüşte, sanığın ilk kez duruşmada susma hakkını kullanması halinde bu durumun önceki tutanakların okunmasını engellemesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁶⁸. Ancak bizim de katıldığımız aksi yöndeki bir görüşe göre, söz konusu okumanın yapılması halinde sanığın susma hakkını kullanmasının bir anlamı olmayacaktır. Susma hakkı, hangi aşamada kullanıldığından bağımsız olarak geçmişe etkili sonuç doğurmalıdır¹⁶⁹.

D. İSTİNABE VE NAIPLİK

İstinabe, yer bakımından yetkili olan bir makamın belli bir işlemin yapılmasıyla ilgili olarak yetkisini bir başka yerde bulunan yetkisiz makama devretmesidir¹⁷⁰. Duruşmada suçluların bizatihi bulunması (CMK md. 188/1; StPO md. 226) ve delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi uygulanarak yüze karşı duruşma yapılması esas olduğundan istinabe, şekli anlamda doğrudanlık ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır¹⁷¹. (CMK md. 83, 180, 196/2, 286/3) Görev yönünden yetki kurallarından ayrılmayı ifade eden bir kurum olarak naiplik ise Kanunun

¹⁶⁵ İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu (Schweizerische Strafprozessordnung) (İsv.CMK) md. 350/2 uyarınca da sanık ve tanıklar bakımından benzer şekilde okuma yasağı istisnaları yaratılmış böylelikle soruşturma aşamasına ait tutanaklar eşit ve önemli bir şekilde kullanılabilir hale gelmiştir. Bu da delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin geçerliliğini İsviçre Ceza Muhakemesi sistemi bakımından göreceli hale getirmiştir. Duruşmada yapılan sorgulama, sadece soruşturma dosyasını tamamlayıcı niteliktedir. Dumitrescu, 131; İsv.CMK md. 343 uyarınca mahkeme, sadece yeni olan delilleri almakta ve eksiklik durumunda daha önce alınmış olanlara eklemektedir. Polis ya da savcı tarafından hâlihazırda toplanan deliller, yalnızca soruşturma aşamasında usulüne aykırı olarak elde edilmişse yeniden alınabilmektedir. Ayrıca mahkemenin bir karara varabilmesi için, örneğin tanığın güvenilirliğinin incelenmesi ya da daha fazla soruşturmanın gerekli olması gibi nedenlerle, delillerin doğrudan bilgisinin gerekli görülmesi halinde, soruşturma aşamasında usule uygun olarak elde edilen deliller yeniden alınabilmektedir. Bu uygulamaya 'sınırlı dolaysızlık ilkesi' denmektedir. İsviçre uygulaması, çoğunluk olmasa da birçok kararın yalnızca yazılı kayıtlara dayandığını oldukça açık bir şekilde göstermektedir. Capus, 209; İsv. CMK için bkz. <https://legislationline.org/sites/default/files/documents/9f/SWITZ_CPC.pdf>, Erişim Tarihi: 22 Mayıs 2024.

¹⁶⁶ Dumitrescu, 114.

¹⁶⁷ Lucas, 7.

¹⁶⁸ Lucas, 2.

¹⁶⁹ Aynı yönde: Faruk Turhan, "Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı- Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, S. 3 (2020), 1414, 1415; Şahin, Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 52.

¹⁷⁰ İdris Doğan/Ahmet Bozdağ, "Ceza Muhakemesinde İstinabe Uygulamasının Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 3, S. 22 (2022), 1009.

¹⁷¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 544; Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 95, 96.

çeşitli maddelerinde çeşitli bağlamlarda yer almıştır. (CMK md. 60, 83, 180, 209, 236, 244, 268, 320) Kurul halinde bir makamda olan yargılama görevinin bazı durumlarda kurul adına yapılması için bazı kurul üyelerinin yetkilendirilmesini ifade etmektedir¹⁷². Her iki kurum da StPO'da md. 223'te tek başlık altında düzenlenmiş olup kişisel doğrudanlığın (persönliche Unmittelbarkeit) istisnasıdır- lar¹⁷³. Bu nedenle ancak zorunlu hallerde kabul edilmeli¹⁷⁴ ve sanık hakkındaki mahkûmiyet kararının tek dayanağını bu şekilde alınan ifadeler teşkil etmemelidir¹⁷⁵. AİHM'ne göre hükmün dayanağı, bu şekilde dinlenen tanıklardan ibaret ise sanık ya da müdafisinin istinabe duruşmasına katılarak tanıklara soru sorma imkânının tanınmış olması gerekmektedir. Söz konusu beyanlara itiraz hakkının tanınmış olması tek başına yargılamanın adillliğini garanti edemeyecektir¹⁷⁶. CMK md. 180/5'te tanık ya da bilirkişilerin naip ya da istinabe yoluyla dinlenmesi halinde imkanlar dahilinde bu kişilerin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniklerinin (SEGBİS) kullanılması suretiyle dinlenmeleri zorunlu kılınmıştır¹⁷⁷. Böylece muhakeme süjeleriyle tanık, bilirkişi gibi ifade verenlerin huzurdaymış gibi yüz yüze gelmeleri sağlanmış olacak, hal ve hareketleri gözlenerek¹⁷⁸, onları dinleme ve gerekli soruları yöneltme imkânı doğacaktır. Ancak bu şekilde dinlenen tanığın beyanları hükme esas alınabilecektir¹⁷⁹.

Sanık ve müdafisinin istinabe yoluyla alınan ve tutanakta yer alan tanık ifadelerine itirazda bulunma imkanının olmasının hiçbir şekilde tanığa doğrudan soru sorulmasının yerine geçmesinin mümkün olmadığı belirtilmelidir. SEGBİS yöntemi, tanık sorgulama hakkına yönelik sınırlamaları telafi etme kapasitesine sahip olduğu için delillerin doğrudan doğrualığı ilkesine daha uygundur. İstinabe suretiyle tanığın beyanının alınması durumunda, sanık ve/veya müdafinin tanığa gerçek zamanlı soru sorma imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla uzak-

¹⁷² Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 606.

¹⁷³ Huber, *Unmittelbarkeit*, 9.

¹⁷⁴ Aydın, *Deliller*, 73; Kunter, Feridun ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 606.

¹⁷⁵ "Atılı suçun sübutu açısından belirleyici nitelikte bulunan Bylock tespit ve değerlendirme tutanağının dosyaya getirilmemiş olması karşısında tanıklar ... mahkeme huzurunda ifadelerine başvuru olarak bir karar verilmesi gerekirken tüm tanıkların talimat yoluyla alınan ifadeleri ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle CMK/210. maddesine muhalefet edilmesi..." Y. 16. CD, 04.03.2021, E. 2019/5490, K. 2021/1824; Aynı yönde: Y. 3. CD, 26.10.2021, E. 2021/1286, K. 2021/9738; Y. 3. CD, 18.10.2021, E. 2021/5347, K. 2021/9592 <www.kazanci.com.>, Erişim Tarihi: 26 Aralık 2023.

¹⁷⁶ 28490/95 Bşv. No.lu ve 19.06.2003 tarihli; 35811/97 Bşv. No.lu ve 05/08/2005 tarihli; 25144/94 Bşv. No.lu ve 11.06.2002 tarihli; 23186/94 Bşv. No.lu ve 28/11/1997 tarihli <HUDOC>, Erişim Tarihi: 27 Aralık 2023.

¹⁷⁷ Söz konusu tekniklerin kullanılmasıyla ilgili olarak 'sanal doğrudanlık' tabiri için bkz. Marrani, 315; Tanığı duruşmaya getirmek mümkün ya da zorunlu değilse, mümkün olduğunca video konferans yöntemine başvurulması ve istinabeden kaçınılması uygun olacaktır. Taner/Yıldırım, 279.

¹⁷⁸ Erdal Yerdelen, "Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı", *Bilişim Hukuku Dergisi*, S. 3 (2019), 274.

¹⁷⁹ Marrani, 316-319; Aydın, *Deliller*, 74.

tan katılma sistemi gereği gibi uygulandığında, savunmaya video konferans yoluyla da olsa soru sorma imkânı sağlanarak, tanık sorgulama hakkına yönelik müdahaleler kısmen telafi edilmektedir¹⁸⁰. AİHM'nin bir kararında da belirtildiği üzere mahkeme tarafından tanığın istinabe yoluyla dinlenmesine karar verilmesi halinde, SEGBİS yöntemine başvurulmama gerekçesi hükümde yer almalıdır¹⁸¹. Bununla birlikte Yargıtay'ın bir kararında da vurgulandığı üzere genel kural, tanıkların mahkeme huzurunda bizzat dinlenilmesidir. Bunun mümkün olmaması halinde SEGBİS yöntemine başvurulmalıdır¹⁸². Doktrinde aynı yönde yer alan bir görüşte ise istinabe yöntemine başvurmanın son çare olması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre kural, kişilerin mahkemece bizzatlı dinlenmeleridir. Bunun olamaması halinde SEGBİS yöntemine başvurulmalı, bu da mümkün değilse naip hakim tercih edilmelidir. Bunun da yokluğu halinde istinabe yoluna başvurulmalıdır¹⁸³. Naip hakim uygulamasında ise delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi bakımından bu hakim müzakereye katılıp (CMK md. 227/1) kişisel izlenimlerini diğer hakimlerle paylaşmalıdır¹⁸⁴.

E. SERİ MUHAKEME VE BASİT YARGILAMA USULÜ

CMK md. 250/1'de yer verilen katalog suçlarla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmemesi, Cumhuriyet savcısının teklifi ve şüphelinin de müdafii huzurunda bunu kabul etmesi halinde seri muhakeme usulü uygulanacaktır. Hakim dosyada yer alan mevcut deliller ışığında vicdani kanaate ulaşırsa uygulamadaki ifadeyle dosya açık ve net ise basit yargılama usulünü uygulamaya karar verebilir; sanık, mağdur ve şikayetçiye, iddianamenin bir örneğini de içeren tebligat çıkartacaktır. Tebligatta duruşma yapmadan hüküm verilebileceği belirtilip, söz konusu kişilerden beyanlarını on beş gün içinde mahkemeye bildirmeleri istenir. Ayrıca hakim, toplanması gerektiği kanaatine ulaştığı diğer delilleri de talep edecektir¹⁸⁵. Diğer taraftan CMK md. 251/1 uyarınca asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlardan adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl ya da daha kısa süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilecektir. Hızlandırılmış ya da basitleştirilmiş bir muhakeme-yargılama ile bir hükme ulaşma, genel hükümlere göre gerçekleştirilende var olan birçok ilkenin hızlandırılmış sürece feda edilmesini beraberinde getirmektedir¹⁸⁶. Her iki kurum bakımından da inceleme konumu-

¹⁸⁰ Taner/Yıldırım, 278, 238; Aynı yönde: Doğan/Bozdağ, 1018.

¹⁸¹ 430/13 Bşv. No.lu ve 18.01.2022 tarihli <HUDOC>, Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2024.

¹⁸² Y. 3. CD, 25.04.2022, E. 2022/5166, K. 2022/2365 <www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 26 Mayıs 2024.

¹⁸³ Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 538; Aynı yönde, 284.

¹⁸⁴ Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 97.

¹⁸⁵ Hakan Karakehya/Asuman Ince Tunçer, "Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama ve Adil Yargılama Hakkı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* S. 17 (2021), 317.

¹⁸⁶ Ercan, Yaşar, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü", *Adalet Dergisi* 2, S. 65 (2020), 259.

zu ilgilendiren husus, duruşma yapılmaksızın hüküm verilmesidir. Makul sürede yargılanma hakkını yaşama geçirme amacına yönelik kurumlar olarak her iki usul de, sözlülük, yüz yüzelik, vicdani kanaatin hakim önüne getirilmiş ve tartışılmış delillere dayanılarak oluşturulması¹⁸⁷ gibi delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin temelini oluşturan hususlarla bağdaşmamaktadır. Her iki usule tabi olan suçların haksızlık oranının düşük olduğu dikkate alındığında¹⁸⁸ kanun koyucunun bu tür suçlar bakımından delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinden taviz vermiş olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

V. DELİLLERİN DOĞRUDAN DOĞRUALIĞI İLKESİ BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZEDEN KİMİ DURUMLAR

A. DOLAYLI TANIKLIK

1. Genel Olarak

Tanık, yargılama konusu fiil hakkında duyu organları aracılığıyla öğrendiklerine ilişkin olarak duruşmada hakime açıklamalar yapan, fiil hakkında beş duyu organıyla bilgi edindiği varsayılan kişidir¹⁸⁹. Bu hususta en çok görme duyusu rol oynadığından, fiil hakkında doğrudan bilgi sahibi olan kişiye görgü tanığı da denilmektedir. Bununla birlikte bazı durumlarda bir kişi fiil hakkında sahip olduğu bilgileri, doğrudan değil başkaları aracılığıyla dolaylı bir şekilde öğrenmektedir¹⁹⁰. Yargılama konusu olaya tanıklık eden üçüncü kişi tarafından anlatılanları, aktarmaktadır¹⁹¹. Bu kişilerin tanıklığı, ‘*dolaylı tanık*¹⁹²’, ‘*ikinci derece tanıklık*¹⁹³’,

¹⁸⁷ Zahit Yılmaz/Özge Apış, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, S. 1 (2020), 64; Aynı yönde: Abdullah Batuhan Baytaç, “Seri Muhakeme Usulü”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 2, 8 (2020), 230.

¹⁸⁸ Baytaç, 233; Yaşar, 294.

¹⁸⁹ Groenhuisen/Selçuk, 256; Feyzioğlu, *Tanıklık*, 65.

¹⁹⁰ “*Hakkında karar verilmesi gereken esas olaya bağlı olan yan olayları açıklayan delillere dolaylı delil denir.*” Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 384; Aynı yönde: Volkan Maviş, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Dolaylı Tanık*”, *Suç ve Ceza Dergisi* 15, S. 2 (2022), 295.

¹⁹¹ Can Canpolat, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık Beyanının İtibari Değerine İlişkin Bazı Özel Durumlar*”, *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XXV, S. 2 (2021), 521; Aynı yönde: Şahin, Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 36.; Dolaylı tanığın yargılama konusu fiil hakkındaki bilgisi duyu organları aracılığıyla edindiği algılamaya değil fiilin taraflarından (örneğin mağdur) ya da üçüncü kişilerden duyduklarına dayanmaktadır. Bu husus da doğrudan ve dolaylı tanık arasındaki belirleyici olan kriteri teşkil etmektedir. Buna bağlı olarak, dolaylı tanıktan duyduklarını tam ve doğru bir şekilde söylemesi beklenmektedir. Dolaylı tanığın doğruyu söyleme yükümlülüğü, duydukları ile sınırlıdır. Onun zihninde duyu organları aracılığıyla algılamaya dayalı bir iz bulunmadığı için yaptığı açıklamanın maddi gerçeğe uyup uymadığını bilebilmesi mümkün değildir. Dolaylı tanığın bilgisi ispat üzerinde etkili bir hususa ilişkin olmasına rağmen duyduklarını gizlemesi ya da farklı aktarması durumunda ise yalan tanıklık suçundan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Neslihan Göktürk, “*Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)*”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XX, S. 1 (2016), 373.

¹⁹² Beulke, 451; Şahin, Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 36; Maviş, 249.

¹⁹³ Metin Feyzioğlu, *Tanıklık ve Dürüst Muhakeme*, (Ankara: US-A Yayıncılık, 1998), 76.

‘*tanığın tanığı*¹⁹⁴’ya da ‘*aktarımsal tanık*¹⁹⁵’ olarak adlandırılmaktadır. Aktarım konusu bilgilere dolaylı sahip olduğundan çalışmada dolaylı tanıklık terimi tercih edilecektir. Belirtilmelidir ki, dedikodu ya da söylenti niteliğindeki bilgilerin aktarılmasının dolaylı tanıklık olarak kabul edilmesi söz konusu olamaz¹⁹⁶.

Dolaylı tanıklık çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunların ilki, yargılama konusu fiile ilişkin kimi hususlar hakkında doğrudan bilgi sahibi olanları dinlemiş olan herhangi bir kişidir. Bu tür bir tanıklık, genellikle çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel suçlar bakımından gündeme gelmektedir¹⁹⁷. Saniğin beyanını soruşturma aşamasında almış hakim, savcı ya da kolluk gibi görevlilerin dinlenmesi ikinci, organize suçla mücadelede bilgisine başvuru kimselerin tanıklığı ise üçüncü grubu oluşturmaktadır. Kural olarak soruşturmada görev yapanlar, memur ya da diğer kamu görevlileridir. Onlar bu sırada açık bir şekilde başka bir ifadeyle bu sıfatları bilerek görevlerini yerine getirmektedirler. Bunun aksi bir duruma yani memur sıfatları gizlenen ya da bu statüde olmayan kişilere istisnai olarak ve kanunlarda belirlenen sıkı şartlara tabi olarak yer verilmektedir. Bunlar, gizli soruşturmacı, örgüt içindeki güvenilir kişi ya da bilgi veren (informant-muhbir) şeklinde olmaktadır¹⁹⁸. Suçla ilgili olarak doğrudan doğruya edindikleri bilgiler bakımından tanık statüsünde olan¹⁹⁹ bu kişilerin şüpheli ya da onun ve suçun çevresindeki kişilerle konuşarak ulaştıkları bilgileri mahkemeye aktarmaları, dolaylı tanıklık halini oluşturmaktadır²⁰⁰.

2. Herhangi Birinin Dolaylı Tanıklığının Usule Uygunluğu

Dolaylı tanıklık, gerek CMK gerekse CMUK’ta açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu kişinin tanıklığının “*Duruşmada okunmayacak belgeler*” başlıklı CMK md. 210 (CMUK md. 243²⁰¹) çerçevesinde ele alınıp alınmayacağı, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesiyle ne ölçüde bağdaşır olduğu gibi konularda tartışmalar yaşanmaktadır. Kişisel delilin, belgesel olanlara göre öncelikli²⁰² olduğu CMK md. 210/1’de açıkça düzenlemiş, tanığın duruşmada mutlak surette dinlenmesi gerektiği belirtilmişse de onun açıklamalarına konu bilgileri nasıl edinmesi gerektiği, bunların niteliği hakkında bir açıklık bulunmamaktadır.

¹⁹⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 676.

¹⁹⁵ Canpolat, 521.

¹⁹⁶ Klaus Detter, “Der Zeuge vom Hörensagen - eine Bestandsaufnahme”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft: 1 (2003), 1.

¹⁹⁷ Detter, 2; Yabancı kişilerin anlattıklarını tercüme eden çevirmen: Canpolat, 521; mağdur çocukla görüşme yapan uzman pedagog ya da sosyal hizmetler görevlilerinin hakim önünde bu konuya ilişkin bilgilerini aktarması herhangi bir kişinin tanıklığına örnekler olarak verilebilir. Maviş, 256.

¹⁹⁸ Gottfried Plagemann, “Alman Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 2, S. 1-2 (2014), 158-166.

¹⁹⁹ Plagemann, 166.

²⁰⁰ Plagemann, 182.

²⁰¹ Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini düzenleyen CMK md. 210 ile CMUK md. 243 özü itibarıyla aynı olup fark, CMK md. 210’da tanığın duruşmada dinlenmesinin mutlak surette gerekli olduğunun belirtilerek ilkenin daha kuvvetli vurgulanmış olmasıdır.

²⁰² Lorenz, *Beweiserhebung*, 22.

Bu konuda üç ayrı görüş bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi bu nitelikteki tanığın ve ifadesinin inandırıcılığının güvenilir bir şekilde değerlendirilemeyeceği kabulüne dayanmaktadır ve kesinlikle yasak olmalıdır²⁰³. Ayrıca Kanunun düzenlenmesi de bu yönetime izin vermemektedir. CMK md. 210/1 (CMUK md. 243/1) dolaylı tanığın değil, yargılama konusu olayı doğrudan algılamış tanığın dinlenmesini konu edinmektedir. Belge delili yoluyla delil ikamesini ancak istisnai durumlarda kabul eden Kanunun dolaylı tanıklığa izin verdiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü dolaylı tanıklık, belge okunmasına göre daha kötü dolaylı bir yoldur²⁰⁴.

Ağırlıklı olarak savunulan diğer görüş ise maddi gerçeğin araştırılması esasına dayanmaktadır²⁰⁵. Buna göre, gerçeğe ulaşmak için gerekli olan tüm tanıkları herhangi bir ayrıma gitmeksizin dinleme görevi hakime aittir. Bu konudaki sorun, dolaylı edinilen bilgiye ilişkin tanık beyanlarının ispat gücüyle alakalıdır²⁰⁶. Örneğin kocasını öldürmek iddiasıyla yargılanan bir kadın hakkında verilen hükmünde, kocanın ölmeden hemen önce karısı tarafından zehirlendiğini kendisine söylediğini belirten bir hemşirenin tanıklığı, diğerlerinin yanı sıra mahkûmiyete dayanak olarak kabul edilmelidir²⁰⁷. Bununla birlikte söz konusu tanıklığın zayıf olması nedeniyle, hakimin mahkûmiyet için daha başka delillere ihtiyacı vardır. AİHM'nin 73047/01 Bşv. No.lu ve 17.11.5005 tarihli bir kararında başka deliller-

²⁰³ Schäuble, *Strafverfahren*, 295; Anglo-Amerikan usulünde delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi, ikinci dereceden tanıklığa (kulaktan dolma kanıtlar- hearsay rule) bir engel teşkil etmektedir. Kurala göre. "... Yargılamada sözlü ifade veren bir kişinin yaptığı açıklama dışında bir ifade, belirtilen herhangi bir gerçeğin kanıtı olarak kabul edilemez." 1964 tarihli Rv Sparks [1964] AC davasında, beyaz bir ABD havacısı duruşmada ifade veremeyecek kadar küçük olan bir çocuğa cinsel saldırıda bulunmakla suçlandı. Kural nedeniyle çocuğun annesi, olaydan hemen sonra kızının kendisine saldıranının bir siyahi olduğunu söylediğini mahkemeye belirtemedi ve beyaz havacı mahkûm edildi. Bununla birlikte son yıllarda bu kuralın işleyişinde çeşitli istisnalar yaratılmıştır. Bunlar arasında en dikkate değer olan 'Res Gestae' ilkesidir. Buna göre, dehşete kapılmış bir suç mağdurunun içgüdüsel ya da doğal tepkileri gibi yaşanan olaydan ayrılamaz olarak tanımlanabilecek beyanları ya da olaylara çok yakın olarak bildirilen kelimeleri duyanların tanıklığı kabul edilebilir. Aynı şekilde kişilerin ölümden hemen önce buldukları beyanlara ilişkin tanıklık kabul edilebilir. Vogler, 245, 246.

²⁰⁴ Şahin, *Delillerin Doğrudan Doğrualığı*, 111.

²⁰⁵ Weigend/Frase, 343; Jspencer, *Hearsay Evidence*, 23; Krey, 604; Engelhart, 533; Vogler, 241, 242; Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 184; Şahin, *Delillerin Doğrudan Doğrualığı*, 111; Aydın, *Deliller*, 69; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 676.

²⁰⁶ Weigend/Frase, 343.

²⁰⁷ Mağdurun çocuk olması durumunda yargılama konusu olayı ebeveynlerinden, yakın arkadaş çevresinden dinlemek ispat bakımından daha fonksiyonel olabilir. Detter, 2; Anglo-Amerikan hukukunda duyduğunu aktarma başka bir ifadeyle dolaylı tanıklığın yasak olması kuralının en önemli istisnası ölüm öncesi yapılan beyanlardır. Ölmek üzere olan kişinin verdiği beyanları duyan birinin tanık olabilmesi istisnasının bir kaç unsuru bulunmaktadır. İlk olarak ölümlü sonuçlanabilecek bir olay gerçekleşmelidir. İlgili kişinin bilinci açık olmalı ve ölmek üzere olduğunun farkında olmalıdır. Kendi ölümüne neden olan olay ya da kişi hakkında bilgi sahibi olmalı, bunu da açık bir şekilde beyan etmeli, hemen sonra da ölmüş olmalıdır. Ayrıca hüküm için bu delilin olmazsa olmaz bir delil niteliğine sahip olması ve de yapılan açıklamanın doğru olduğu yolunda bir inanç oluşması gerekmektedir. Frank Tom Read, *Ceza Muhakemesinde Anlatıcı Soru ve Çapraz Sorgu Teknikleri*, 2. Baskı, Çev. Feridun Yenisey/Neylan Ziyalar, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015), 21.

le desteklenmesi koşuluyla dolaylı tanığın beyanlarının hükme esas alınmasının adil yargılanma hakkının ihlali olmadığı belirtilmiştir²⁰⁸. Aksine bir yaklaşım, kovuşturmanın etkinliğinin önünde bir engel teşkil edecektir. Ayrıca ispat gücünün görece azlığı nedeniyle bu yöntem, adil yargılanmaya da etki etmeyecektir²⁰⁹. Bu konudaki son görüş, maddi gerçeğe ulaşmak amacı esasından hareket etmekle birlikte asıl tanığa ulaşmanın mümkün olmaması²¹⁰ ya da imkânsızlığı²¹¹ halinde dolaylı tanıklığın söz konusu olabileceğini savunmaktadır²¹². AİHM, ulusal mahkemelerin delilleri takdir hakkına müdahale etmemektedir. Bu çerçevede dolaylı tanıklık bakımından bu kişinin sanık ve savunma makamı tarafından sınanma imkânı olduğu sürece bu tanığın beyanlarının hükme esas alınmasını bir ihlal olarak görmemektedir²¹³. Anayasa Mahkemesi kararları da bu yöndedir²¹⁴.

²⁰⁸ AİHM'nin 73047/01 Bşv. No.lu ve 17.11.5005 tarihli kararında başka delillerle desteklenmesi koşuluyla dolaylı tanığın beyanlarının hükme esas alınmasının adil yargılanma hakkının ihlali olmadığı belirtilmiştir. <HUDOC>, Erişim Tarihi: 24 Ekim 2022; Aynı yönde: BGH 2000, 265; BGHSt 49, 112 <<https://dejure.org>>, Erişim Tarihi: 27 Aralık 2023.

²⁰⁹ Krey, 605; Aynı yönde: Aynı yönde: Hakeri, Ünver, *Ceza Muhakemesi*, 96. Marc Engelhart, "The Secret Service's Influence on Criminal Proceedings", *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, editör. Wade Marianne / Maljević Almir (New York: Springer, 2010).

²¹⁰ "Mahkemenin olayı eksiksiz bir biçimde aydınlatma yükümlülüğü karşısında, bu şekilde olaya uzak delillere başvurulması, ancak doğrudan bilgi veren kişinin kısa bir süre içinde sorgulanmaması durumunda caizdir.". Joachim Renzikowski, "Adil Yargılanma ve Anonim Tanık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Tanığın Korunmasında Üç Basamak Teorisi", *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Çev. Ali Kemal Yıldız, editör. Ünver Yener. (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), 271; Dolaylı tanıklıkla ilgili olarak Anglo-Amerikan Hukukunda heyecan içinde yapılan açıklamalar istisnası da bulunmaktadır. Buna göre, bazen öyle olaylar meydana gelmektedir ki olaya tanık olan kişi gayri ihtiyari bazı şeyler söylemektedir. Bu sözlerin kendiliğinden ortaya çıktığını kabul eden mahkemeler somut olayın özelliklerini dikkate alarak bu sözleri duyan kişinin mahkemede tanık olarak dinlenmesini kabul etmektedir. Örneğin yaya kaldırımında duran bir kişi bir kamyonun kırmızı ışık ihlali yaparak yayalara çarpmasına tanık olmuştur. Olayın heyecanı ile "Aaa, kamyon kırmızı ışıkta geçti ve insanlara çarptı." diyerek bağırmıştır. Duruşma esnasında bu tanık bulunamaz ise kamyonun kırmızı ışıkta geçtiğine dair beyanı dile getirilebilir çünkü bu kişi olay anında ani ve kendiliğinden bir tepki vermiştir. Yalan söylemesi için hiçbir neden bulunmamaktadır. Amerikan mahkemeleri bu istisnayı geniş yorumlama yoluna gitmişler ve bazı hallerde kişi heyecan içinde olmasa bile söylemiş olduğu bazı sözlerinin mahkeme önüne taşınarak dinlenmesini mümkün kılmışlardır. Buna 'eşzamanlılık' istisnası denmiştir. Read, 22.

²¹¹ Türk Doktrininde CMUK 238/2-e'de yer alan, ikamesi istenen delilin elde edilmesinin imkânsız olması halinde reddedilmesini düzenleyen hükümden hareketle asıl tanığın kimliğinin bilinmesine rağmen dinlenmesi önünde engel bir düzenlemenin olması halinde bunun CMUK md. 238/2-e anlamında hukuksal imkânsızlık hali olduğu savunulmuştur. Böylesi bir durumda dolaylı tanığın dinlenmemesinin eksik soruşturma teşkil edeceği belirtilmiştir. Feyzioğlu, Dürüst Muhakeme, 79.

²¹² Renzikowski, 271; Wiedroither, *Unmittelbarkeit*, 28; Read, 22; Feyzioğlu, Dürüst Muhakeme, 79; Canpolat, 522.

²¹³ AİHM'nin 11444/85 Bşv. No.lu ve 19.12.1990 tarihli; 11339/85 Bşv. No.lu ve 19.02.1991 tarihli; 12398/86 Bşv. No.lu ve 26.05.1991 tarihli; 34209/96 Bşv. No.lu ve 02.07.2002 tarihli <HUDOC>, Erişim Tarihi: 28 Aralık 2023; Aynı yönde: Renzikowski, 274.

²¹⁴ AYM kararları, Başvuru No: 2013/99, 20.03.2014, §42, 48; Başvuru No: 2014/12906, 07.05.2015, §55, 56.

Kanaatimizce dolaylı tanıklık, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi bakımından değerlendirilmemelidir. İlke, şahsi delillerin belge deliline göre; duruşmada ortaya konan delillerin ise bunun dışında ileri sürülenlere göre öncelik taşıması gerektiğine ilişkindir. Herhangi bir şeyin yargılama konusu olayı temsil edip etmediği başka bir ifadeyle delil değeri taşıyıp taşımadığı, şayet delil değeri varsa bunun hükümdeki ağırlık oranı, delilleri serbestçe değerlendiren hakimin takdirindedir²¹⁵. Yargıtay'ın bir kararında²¹⁶ da belirtildiği üzere sanığa yüklenen suçun, tanık beyanı ya da hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispatı mümkündür. Bir delilin reddedilmesi için CMK'nın 206/2. maddesinde sayılan durumların dışında delil, akla, mantığa, bilimsel verilere, fizik kurallarına, herkesçe bilinen somut duruma, hayatın olağan akışı içinde gündelik yaşamdan edinilen karine niteliğindeki bilgilere aykırı olmalıdır. Bunların dışında, tanığın ya da tanığın söylediğinin ortaya çıkması ya da taraflı anlatımda bulunduğuyla ilişkin bazı bilgi veya emarelerin bulunması gibi reddi için haklı, makul ve kabul edilebilir hukuki gerekçelerin bulunması gerekir. Dolaylı tanıklığın da bu çerçevede ele alınması gerekirken birlikte, bilginin doğrudan ya da dolaylı edinilmiş olması, beyanın değerini etkileyebilir. Doğrudan tanığın beyanı, gerçeği daha iyi temsil edecektir. Ancak dolaylı tanığın beyanının da gerçeği yansıtmaması mümkündür²¹⁷. Örneğin bir orman yangınının kundaklama sonucunda çıkıp çıkmadığı araştırılırken, ellerinde benzin bidonları olan kişileri görenlerin bunların eşgallerini kendisine anlattıkları kişinin, duruşmada buna ilişkin beyanı gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından dikkate alınmalıdır²¹⁸. Benzer şekilde çocuklara karşı işlenen suçların yargılama sürecinde, doğrudan tanıklar dinlenmiş olsa dahi olay sonrası çocukla görüşme yapan psikolog, sosyal araştırmacı gibi uzman kişilerin de ayrıca dinlenmesi, çocuk mağdurların hakim karşısında yaşadıklarını tam ve anlaşılır bir şekilde ifade edememesi ihtimali dikkate alındığında maddi gerçeğe ulaşmak bakımından önem taşımaktadır²¹⁹.

²¹⁵ Dres. H.c.Urs Kindhauser, "Ceza Muhakemesi Hukuku'nda İspat Ölçüsü- Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 261'in Yorumlanması Üzerine Bir İnceleme", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi* 15, editör. Ünver Yener, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), 533.

²¹⁶ Y. 4. CD., 2011/22605 E, 2013/9564 K sayılı ve 02.04.2013 tarihli <UYAP>, Erişim Tarihi: 28 Aralık 2023.

²¹⁷ Kunter, Feridun ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 1351.

²¹⁸ "(A)'nin kullandığı aracın yoldan çıkması neticesinde gerçekleşen kazada yaralanan (B), kazadan sonra oradan geçmekte olan doktor (C) tarafından hastaneye götürülür; ancak yapılan müdahaleye rağmen kurtarılamaz. Yargılama sırasında (C), (B)'nin, hastane yolunda kendisine; "(A)'nin yola çıkmadan alkol aldığı, hatalı sollama yapmaması ve hızlı gitmemesi için onu uyardığını ancak ikna edemediğini" söylediği yönünde ifade verir. Bu olaydaki tek ve dolaylı tanık olan (C)'nin bu beyanı, olay yeri inceleme raporu, kaza tespit tutanağı, (A)'nin kanında alkol olup olmadığını gösterir rapor gibi belgelerde yer verilen bilgilerle karşılaştırılmalıdır." Canpolat, 522.

²¹⁹ Maviş, 256.

Dinlemeye konu olaylar bakımından belirleyici olanın, beş duyu organıyla muttali olmayı ifade eden ‘bizatihilik’ olduğu unutulmamalıdır. Hakimim bizatihisi dinlediği tanığın beyan değeri, CMK md. 211’de yer alan istisnai durumlar dahilinde dinlediği tanıktan; yargılama konusu olaya bizatihisi tanık olanın beyan değeri dolaylı olandan daha yüksektir²²⁰. Konuyla ilgili olarak Alman doktrinindeki bir görüşte de şu tespitlere yer verilmiştir: “‘Duyduğunu anlatan’ tanıkla ilgili bu delil ikamesi §250’deki vasıtasızlık prensibine aykırı değildir; zira bu tanık da, diğer kimsenin kendisine bildirdiği konularda doğrudan doğruya bir ispat aracıdır²²¹.”

3. Yargılama Konusu Fiilin Soruşturmasında Yer Alan Görevlilerin Dolaylı Tanıklığının Usule Uygunluğu

Kural olarak yargılama konusu fiil bakımından üçüncü kişi konumunda olan herkes, bu olayı algılama ve bununla ilgili olarak edindiği bilgileri aktarabilme yeteneğine sahip olduğu sürece tanık olabilir. Onun aktaracağı bilgilere ne zaman ve nasıl sahip olduğunun herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Tesadüfen olabileceği gibi kamu görevinin yerine getirilmesi nedeniyle de olmuş olabilir. Gizli soruşturmacı (CMK md. 139) örneğinde olduğu gibi tanık²²², planlı olarak belli bir konuda bilgi edinmek için özel görevlendirilmiş de olabilir²²³. Kolluk görevlileri de yargılama konusu olaya, yürütmüş oldukları görev çerçevesinde vakıf olmaktadır. İşlenen bir suçun adli makamlara intikal etmesi çoğunlukla ihbar ya da şikâyet üzerine olmaktadır. Bu nedenle, kolluk görevlilerinin olaya ilişkin tanıklığı genellikle dolaylıdır. Ancak kolluğun özellikle de olayın ortaya çıkmasından hemen sonra olaya müdahale etmesi halinde; onun tanıklığı, olaya aktarımsal şekilde vakıf olan diğer dolaylı tanık beyanlarından farklılık göstermektedir²²⁴. Örneğin, bir caddede gerçekleştiği ihbar edilen cinsel taciz olayıyla ilgili olarak ihbar yerine gelen kolluk, olayın hemen ardından olay yerini ve mağdurun, şüphelinin, olaya tanıklık eden diğer kişilerin içinde bulunduğu fiziksel ve psikolojik durumu gözleme bu suretle de olayın sübutuna dair önemli bilgiler edinebilme imkânına sahip olmaktadır. Bu görevlilerin tanıklığı, diğer dolaylı tanıklık hallerinden olayı temsil etme kapasitesinin yüksekliği nedeniyle farklıdır²²⁵. Kolluğun beyanları, özellikle de mevcut diğer deliller ve muhakeme süjele-

²²⁰ Aksı yönde: Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, 606; Doktrinde yer alan bir görüşte, başkasından duyduğunu söyleyen kişinin tanıklığının istisna olduğu ve ispat bakımından ikinci derece öneme sahip olduğu belirtilmektedir. Yenisey, Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 534.

²²¹ Renzikowski, 271.

²²² Gizli soruşturmacının faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgütün bir üyesinin işlemiş olduğu bir suçun ayrıntılarını bir başkasına anlattığı sırada görevli buna ilişkin duyularını duruşmada tanık olarak beyan edebilir. Bu durumda gizli soruşturmacı dolaylı tanık konumundadır.

²²³ Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt Saygılar, Akcan Alan, Özaydın, Tütüncü Erden, Villem Altnok ve Tok, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 302, 303.

²²⁴ Canpolat, 538.

²²⁵ Canpolat, 538.

ri beyanlarının sübuta ulaşmak bakımından yetersiz olması²²⁶ ya da soruşturmada düzenlenen tutanaklar²²⁷ ile çelişkili²²⁸ olması durumunda, gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından önem taşımaktadırlar²²⁹.

Hakim, savcı, müfettiş²³⁰ ya da kolluk gibi görevliler yargılama konusu fiilin soruşturma aşamasında, tanıkların ifadelerine başvurulmasında görev yapmaktadırlar. Bu kişilerin dinlenmesi, yürüttükleri herhangi bir görev nedeniyle duyduğunu aktaran bir kişinin beyanlarından daha büyük bir öneme sahiptir²³¹. Bununla birlikte, CMK md. 210 (CMUK md. 244) bu türden bir dinlemeyi delil kaybını engellemek amacıyla yasaklamasa²³² da hükmün kendisi dikkate alındı-

²²⁶ "Sanıklardan birinin üst aramasında ele geçirildiği belirtilen suç konusu uyuşturucu madde bakımından; sanığın aşamalarda savunmalarında tutanağı kabul etmediğini ve üzerinde uyuşturucu madde ele geçirilmediğini söylemesi, olay tutanağının doğru olduğunu beyan eden kolluk görevlileri ile sanığın üzerinde suç unsuru madde çıktığını söyleyen diğer sanığın uyuşturucu maddenin sanığın neresinden ve nasıl ele geçirildiğine ilişkin açık bir beyanda bulunmaması ve olay tutanağı içeriğinde de bu konuda herhangi bir açıklık olmaması karşısında; görevlilerce gerçekleştirilen işlemin PVSK'nın 4-A maddesi kapsamında yoklama suretiyle yapılan kontrol mü yoksa arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasını gerektirir bir müdahale mi olduğunun belirlenebilmesi için sanıklar ile tutanak altında imzaları bulunan kolluk görevlilerinin yeniden dinlenilerek, üst aramasında ele geçirildiği belirtilen suç konusu uyuşturucu maddenin sanığın neresinden ve nasıl ele geçirildiğinin sorulup, sonucuna göre sanığın hukuki durumun değerlendirilmesi gerekirken eksik araştırmayla hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu kabul edilmelidir." YCGK, 16.05.2019, E. 2016/20-431, K. 2019/436; "... yine 12.01.2014 ve 24.02.2014 tarihli fiziki takip tutanaklarında imzası bulunan ve olayı bizzat gören vicdanî kanı oluşturacak sayıda tutanak tanıklarının duruşmaya usulüne uygun olarak çağrılıp bilgi ve görgülerine başvurulması, ..." Y. 10. CD, 11.05.2023, E. 2023/5648, K. 2023/4284; Aynı yönde: Y. 10. CD, 11.05.2023, E. 2023/5553, K. 2023/4296; Y. 20. CD, E. 2018/5052, K. 2020/4138 <www.kazanci.com >, Erişim Tarihi: 28 Aralık 2023.

²²⁷ Her soruşturma işleminin tutanağa bağlanmasını ve bunda da işleme katılan kolluk görevlisinin imzasını zorunlu kılan CMK m. 169/2 dolayısıyla tutanak düzenleyen adli kolluk, yargılama aşamasında tutanak tanığı olarak dinlenilmektedir. Söz konusu görevliler, Yargıtay kararlarında mümzi tanığı olarak belirlenmekte ve mahkeme dinlenmeleri ispat için gerekli görülmektedir. Y. 8. CD, 01.12.2022, E. 2020/16338, K. 2022/18221; Y. 7. CD, 31.10.2022, E. 2021/21344, K. 2022/15363; Y. 8. CD, 17.10.2022, E. 2020/13368, K. 2022/14635 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 28 Aralık 2023.

²²⁸ "Mağdurların olaydan hemen sonra verdikleri ilk ifadelerinde, tehdit olayından bahsetmedikleri halde, bu ifadelerinden yaklaşık 1 ay sonraki savcılık anlatımlarında tehdit iddiasını ileri sürmeleri, ilk ifadeyi alan kolluk görevlisinin de mağdurların tehditten bahsetmediklerini beyan etmesi, iddiayı destekleyecek tanık beyanının bulunmaması, sanığın suçlamaya kabul etmemesi ve tanık ...nin de tehdit olayını doğrulamaması karşısında, mağdurların soyut ifadelerine dayanarak, yerinde görülmeyen gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi..." Y. 4. CD, 27.01.2016, E. 2013/32895. K. 2016/1375 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 28 Aralık 2023.

²²⁹ Canpolat, 538, 539; Aksı yönde: Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırık Saygılar, Akcan Alan, Özaydın, Tütüncü Erden, Villemin Altınok ve Tok, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 302.

²³⁰ İlgili kanunun memurlar ve diğer kamu görevlileri için özel soruşturma usulü öngördüğü hallerde, soruşturmayı yürütmüş olan soruşturmacı, müfettiş ya da ön incelemeçi gibi görevliler de yapmış oldukları işlemler hakkında tanık sıfatıyla dinlenebilir. Feyzioğlu, Tanıklık, 71; "...mahkeme zabıt kâtibi ile kolluk kuvveti görevlilerinin tanık olarak dinlenmeden..." Y. 6. CD, 29.11.2022, E. 2021/25819, K. 2022/16543 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 29 Aralık 2023.

²³¹ Canpolat, 538.

²³² Lucas, 5; Sommer, 19; Engelhart, 533; Aynı yönde: OGHSt 2, 299, 302 <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/17-03>, Erişim Tarihi: 29 Aralık 2023.

ğında böyle bir dinleme ile tanığın bizatihi dinlenmesinin ispat bakımından aynı değerde olmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür²³³. Aksi bir durumda, tanığa ölüm ya da başka bir nedenle (CMK md. 211) ulaşılamaması halinde tutanağın okunmasına değil ifade alan görevlinin dinlenmesine, bu kişiye de herhangi bir nedenle ulaşılamaması halinde tutanak okunmasına izin verilir²³⁴. Aynı sonuca kolluk bakımından 29.06.2006 tarihli 5532 sayılı Kanun ile mülga olmadan önce 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu md. 12’de yer alan tutanak düzenleyen görevlilerin dinlenmesine ilişkin hükmün yorumundan ulaşmak da mümkündür. Düzenlemeye göre, Kanun kapsamındaki suçların soruşturulmasında sanık ve tanık ifadelerini alan, olay ve tespit tutanağı düzenleyen kolluk görevlileri, zorunlu görülmesi halinde duruşmada tanık sıfatıyla dinlenebilecektir. Hükümde geçen “zorunluluk” ibaresinden asıl tanıklara ulaşılamaması ya da onların beyanları arasındaki çelişkinin başka türlü giderilememesi hallerinde son çare olarak görevlilerin tanık sıfatıyla dinlenebileceklerini anlamak gerekmektedir. Soruşturmada yer alan görevliler yargılama konusu fiil hakkında değil, düzenlemiş oldukları tutanağın içeriği²³⁵ ve tanık ifadelerini çevreleyen algılar ya da koşullar hakkında tanıklık yapabilir²³⁶. Belirtilmelidir ki daha önce ifade vermiş olan ve tanıklıktan çekinme hakkı olan kişi duruşmada bu hakkını kullanmışsa, bu kişinin ifadesini almış görevli tanık sıfatıyla dinlenemez²³⁷. Çünkü CMK md. 210/2 hükmü (CMUK md. 245, StPO md. 252) sadece bir okuma yasağı değil, değerlendirme yasağı da içermektedir²³⁸. Aksine bir yaklaşım, çekinme hakkını kullanan kişinin beyanlarının muhakemeye dahil edilmesi anlamına gelecektir²³⁹.

Alman hukukunda ise özellikle gizli soruşturmacı (StPO md. 110/a) ve güvenilir-bilgi veren kişilerin duruşmada tanıklık yapmasına polis dairesinin izin vermemesi durumunda bu kişilerin ifadesini alan polis memurları mahkemede dinlenebilmektedir. Ayrıca bu kişilerin amirlerinin dinlenmesinin, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesine aykırı bir yönü olmadığı kabul edilmektedir. Çünkü burada dolaylı tanık, diğer kişinin kendisine bildirdiği konularda doğrudan doğruya bir ispat aracı konumundadır²⁴⁰.

²³³ Engelhart, 533.

²³⁴ Şahin, *Delillerin Doğrudan Doğrualığı*, 116.

²³⁵ Feyzioğlu, *Tanıklık*, 71; Aynı yönde: Engelhart, 533.

²³⁶ Wiedlroither, *Unmittelbarkeit*, 29; Dolaylı tanık, yargılama konusu olay hakkında başkasından edindiği bilgiler hakkında dinlenebilir. Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi*, 637.

²³⁷ Tanığı soruşturma aşamasında bilgi edinme amacıyla dinleyen kolluk görevlisinin de bu kişinin tanıklıktan çekinmesi durumunda duruşmada dinlenmesi söz konusu olamaz. Bu çerçevede şekli anlamda ifade alan görevliyle arasında herhangi bir fark yoktur. Şahin, *Şerh*, 617.

²³⁸ Detter, 7.

²³⁹ Lucas, 6; Kantar, *Ceza Muhakemesi*, 267.

²⁴⁰ Reznikowski, 271.

B. TANIK KORUMA TEDBİRLERİ

Örgütlü suçların soruşturma ve kovuşturulması başta olmak üzere ceza muhakemesinde tanık ve yakınlarının hayat, vücut bütünlüğü, özgürlükleri gibi pek çok değerlerine şüpheli, sanık ya da onun çevresinden gelen tehlikeler söz konusu olmaktadır. Tanıklık yapmak bir kamu görevi olmakla birlikte, tehdit ve tehlikelere karşı tanığı ve yakınlarını korumak da devletin bir görevidir. Tanığın ceza muhakemesine ilişkin fonksiyonunun korunması başka bir ifadeyle duruşmada dinlenmesi, herhangi bir endişe duymadan bildiklerini aktarması için özel muhakeme hükümleri ile söz konusu değerler korunmaktadır²⁴¹. Bunlardan CMK m. 58/3'te yer alan, “*Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.*” ile 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu (TKK) md. 5/1-b’de yer alan tanığın “*Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi.*” hükümleri çalışma konumuz bakımından önem taşımaktadır. CMK md. 58/3’te muhakeme aşaması bakımından sınırlayıcı bir ibare olmamasından dolayı yargılamada hazır bulunma hakkına sahip olanların olmadığı bir ortamda tanık, hakim tarafından dinlenecek; bu işlem söz konusu hakka sahip olanların bulunduğu ortama sesli ve görüntülü olarak nakledilecektir. Bu kişiler de dinlemeyi takip ederek, tanığa soru sorabileceklerdir²⁴². Yapılan kayıtlar, duruşma sırasında tanık dinleme yerine gösterilerek hükme esas alınabilecektir. Benzer bir düzenleme StPO md. 247a’da yer almaktadır²⁴³. TTK md. 5/1-b uyarınca da tanığın gerçek görüntüsü ve sesinin ortaya çıkması engellenecektir²⁴⁴.

Uygulamada video konferans yöntemi adı verilen²⁴⁵ bu yöntemdeki dinleme, tanığın dinlenmesi yerine önceki ifade tutanaklarının okunması işlemi olmadığından delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin bir istisnasını oluşturmamaktadır²⁴⁶. Bununla birlikte tanığın fiziken duruşma ortamında bulunmaması, delillerin doğ-

²⁴¹ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009), 23-27.

²⁴² CMK md. 58/3 uyarınca tanığa soru sorulmasıyla ilgili canlı soru sorma tabiri için bkz. Yenisey, Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 535.

²⁴³ StPO md. 168’e ise soruşturma aşaması bakımından söz konusu dinleme yöntemini düzenlemektedir.

²⁴⁴ Turhan, *Tanıkların Korunması*, 77-81.

²⁴⁵ Y. 3. CD, 31.03.2022, E. 2021/11761, K. 2022/1590 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 30 Aralık 2023.

²⁴⁶ Turhan, *Tanıkların Korunması*, 132; Tanıkların korunmasında üçlü bir aşamadan geçilmeli. Video konferans yöntemi, en son basamağı oluşturmaktadır. Reznikowski, 269; Tanığın korunması için somut bir tehlike olmalıdır. Hakimin tanık koruma tedbirlerine karar vermeden önce bu tehlikenin somut olup olmadığını incelemesi ve kararında bu tehlikeyi gerekçe olarak belirtmesi gerekir. Yenisey, Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 534.

rudan doğrualığı ilkesi bakımından özellik arz etmektedir. Temel olarak CMK md. 210'da (CMUK md. 243) ifadesini bulan delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi gereğince duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar, tanığın açıklamaları sırasındaki reaksiyonlarını takip etmeli, tanık da onların tepkileriyle yüzleşmelidir²⁴⁷. Bu çerçevede sanık aleyhine olan tanıklara soru sorulması, 'yüz yüze karşılaşma' anlamına gelmektedir²⁴⁸. AİHM'ye göre ise bu, AİHS md. 6/3-d anlamında mutlak bir hak teşkil etmemektedir. Mahkeme, yargılama konusu olayın tek delili bir tanık beyanıysa ya da başka delillerin varlığına rağmen mahkûmiyet hükmü ağırlıklı olarak bu tanığın anlatımlarına dayanıyorsa onun istisnasız bir şekilde duruşmaya getirilerek sanıkla yüzleştirilmesini adil yargılanma hakkı bakımından zorunlu görmektedir²⁴⁹. Anayasa Mahkemesi²⁵⁰ ve Yargıtay kararları²⁵¹ da aynı yöndedir. Nitekim 5726 sayılı TTK md. 9/8'de hakkında koruma tedbiri uygulanan tanığın beyanının tek başına hükme esas teşkil edemeyeceği düzenlenmiştir.

²⁴⁷ "Tanık, mahkeme heyeti tarafından dinlendiğinden, heyetin tüm üyeleri tanığın reaksiyonlarını doğrudan gözlemleyebilmişlerdir." AYM'nin 2014/12906 Bşv. No.lu ve 07.05.2015; AİHM'nin 46099/06 Bşv. No.lu; 46699/06 Bşv. No.lu ve 10.04.2012 tarihli kararları <HUDOC>, Erişim Tarihi: 30 Aralık 2023; AYM'nin 2013/7090 Bşv. No.lu ve 18.02.2016 tarihli bir kararında şu görüşlere yer verilmiştir: "... Bu durum ise doğrudan temasta bulunamamış olmaları nedeniyle kendisine soru sormadıkları ve davranışlarını gözlemleyemedikleri tanığın beyanlarını, suç isnadının esasını karara bağlarken belirleyici delil olarak esas alan İzmir 10. Ağır Ceza Mahkemesi hâkimlerinin, anılan tanığın beyanlarının inandırıcılığını ve güvenilirliğini test edememeleri sonucunu doğurmuştur."; Aynı yönde: Şahin, Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 37.

²⁴⁸ Reznikowski, 268, 278; Aynı yönde: Vogler, 241.

²⁴⁹ AİHM, 1988/154/208 Bşv. No.lu ve 21.11.1986 tarihli bir kararında şu görüşlere yer vermiştir: "Her ne kadar organize suçta yaşanan artışın uygun önlemler gerektirdiği şüphesiz olsa da, Mahkeme'ye göre başvurusunun vekilinin "medeni bir toplumda denetimine açık ve adil bir yargı usulü" olarak tanımladığı bu duruma.... Sözleşme, ceza davalarının soruşturma aşamasında kimliği gizli tutulan muhbirler gibi kaynaklara müracaat edilmesine engel oluşturmaz. Ancak, bu davada da görüldüğü gibi, daha sonra kimliği gizli tutulan tanıkların ifadelerinin mahkûmiyete temel teşkil edecek yeterlilikte delil olarak kullanılması bambaşka bir meseledir. Bu durum, savunmanın haklarına 6. Madde'nin sağladığı güvencelerle hiç bağdaşmayacak şekilde sınırlandırmalar getirmiştir. Nitekim, Hükümet de başvurusunun mahkûmiyetinin "belirleyici bir ölçüde" kimliği gizli tutulan şahısların ifadelerine dayandırıldığını kabul etmiştir." Aynı yönde: 1998/154/208 Bşv. No.lu ve 20.11.1989 tarihli; Bşv. No.lar: 29900/96, 29901/96, 29902/96, 29903/96, Karar tarihleri: 17.07.2001 <HUDOC>, Erişim Tarihi: 30 Aralık 2023.

²⁵⁰ AYM'nin 2014/18044 Bşv. No.lu ve 18.06.2018 tarihli bir kararında şu görüşlere yer verilmiştir: "Saniğın, hakkında gerçekleştirilen ceza yargılaması sürecinde tanıklara soru yöneltilmesi, onlarla yüzleşebilmesi ve tanıkların beyanlarının doğruluğunu sınıma imkânına sahip olması adil bir yargılamanın yapılabilmesi bakımından gereklidir. Ancak başvuruçuların tanıklara soru sorabilmesi, onlarla yüzleşebilmeleri mutlak bir hak değildir. Makul gerekçelerle getirilen kısıtlamalar, kimi zaman başvurusunun iddia tanıklarına soru sorabilme ve onlarla yüzleşme imkânını da ortadan kaldırmaktadır. Diğer yandan bir mahkûmiyet -sadece veya belirleyici ölçüde- saniğın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulama imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise saniğın hakları Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur." Aynı yönde: 2013/99 Bşv. No.lu ve 20.03.2014 tarihli; 2013/560 Bşv. No.lu ve 16.04.2011 tarihli; 2013/1189 Bşv. No.lu ve 18.11.2015 tarihli; 2013/7582 Bşv. No.lu ve 11.12.2014 tarihli.

²⁵¹ Y. 6. CD, 01.11.2022, E. 2021/18746, K. 2022/14996; Y. 2. CD, 20.10.2022, E. 2021/5500, K. 2022/17288; Y. 11. CD, 03.10.2022, E. 2021/12888, K. 2022/1541; Y. 16. CD, 21.03.2017, E. 2016/7026, K. 2017/3341 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 30 Aralık 2023.

SONUÇ

Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi genellikle şekli ve maddi anlamda olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmekte ise de şekli ve maddi boyutun birbirini tamamlayan (dengeleyen) yönleri olup bağımsız olarak ele alınmaları mümkün değildir. Şekli anlamda delillerin doğrudan doğrualığı bakımından hakim delile nasıl ulaştığı, maddi boyut için ise onun hangi delile başvurduğu, delilin kalitesi önemlidir. CMK md. 217/1’de hakim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği kuralı yer almaktadır. (CMUK md. 254/1) CMK md. 217/1’in bir tür esin kaynağını teşkil eden StPO md. 261 uyarınca da hakim kararını, duruşmanın bütününden elde ettiği kanaate göre verecektir. Böylelikle gerçeğe daha fazla ulaşma imkânı olacaktır. Söz konusu bu hükümler şekli anlamda delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin yasal görünümünü teşkil etmektedir. “*Duruşmada okunamayacak belgeler*” başlıklı CMK md. 210 (CMUK md. 243) maddi anlamda delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini düzenleyen en önemli hükmüdür. StPO md. 250 ile benzer bir içeriğe sahiptir. Alman hukukunda StPO md. 250 dışında maddi anlamda delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini açıkça düzenleyen başka bir hüküm bulunmamaktadır. Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi, tanıklarla yani kişisel delillerle ilgilidir. CMK md. 210/1 uyarınca, bir olayın ispatı bir tanığın algılamalarına dayanıyorsa bu kişinin hakim tarafından duruşmada *mutlak* surette dinlenilmesi gerekmektedir.

Vicdani kanaati oluşturan delillerin kendi içinde tek tek değerlendirilmesi kadar olayın bütünlüğü içinde hep birlikte değerlendirilmesi de gerekmektedir. Deliller bir bütünlük teşkil ediyorsa, bu bütünün birbiri ile uyuşan, birbirini tamamlayan parçalarından birini de tanık beyanı teşkil ediyorsa kaç tane olduğu önemli olmaksızın her bir tanığın duruşmada dinlenmesi bir zorunluluk teşkil etmektedir. CMK md. 210/1 bakımından önemli olan, tanığın beyanının hükmün kurulmasında sahip olduğu fonksiyonel ağırlıktır. Bu nitelikteki tanık mutlak surette dinlenilmelidir. Soruşturma aşamasında ifadesi alınmış tanıklardan bazılarının duruşmada dinlenilmesiyle yargılama konusu fiile ilişkin vicdani kanaate ulaşılarak hüküm tesis edilebiliyorsa kalan tanıkların duruşmada dinlenmesine gerek yoktur ve önceki ifade tutanaklarının duruşmada okunulmasıyla yetinilebilir. Nitekim “*Duruşmada okunmasıyla yetinilebilecek belgeler*” başlıklı CMK md. 211/1-c’de aynı yönde kaleme alınarak mutlak surette dinleme bakımından tanık ifadelerinin taşıdığı önemin belirleyici olduğu hüküm altına alınmıştır. CMK md. 210/1’de dinleme işleminin ‘*mutlaka*’ yapılması gerektiği belirtilmesine başka bir ifadeyle mutlak okuma yasağına rağmen CMK md. 211’de okumaya izin verilmiştir. Bir işlemin mutlaka yapılması hüküm altına alındıktan sonra bununla bağdaşmayan işleme (okuma) izin veren bir düzenlemenin olması, kanun tekniği bakımından uygun olmamıştır. Nitekim StPO md. 250’de ‘*mutlaka*’ ibaresine yer verilmemiştir. Bu nedenle CMK md. 210/1’in “*Olayın delili,*

bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir.” yerine okuma işlemine izin verilmesi gereken durumların varlığı dikkate alınarak “Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanığın duruşmada dinlenmesi esastır.” ya da “Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, kural olarak bu tanık duruşmada dinlenmelidir” gibi bir düzenlemeye gidilmesi daha uygun olacaktır.

Delillerin doğrudan doğruyalığı, ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olmakla birlikte çeşitli nedenlerle sınırlandırılmak zorunda kalmıştır. Özellikle de maddi anlamda delillerin doğrudan doğruyalığı, usul ekonomisi ilkesiyle çeliştiğinden esas olarak bunu sağlamayı ve delillerin kaybolmasını önlemeyi amaçlayan çeşitli istisnalara yer verilmiştir. Gerçeğe ulaşmak bakımından ilkeye uygun bir şekilde delillerin toplanmasına ek olarak ulaşılan vicdani kanaati tamamlayıcı nitelikte dolaylı delillere başvurulup bir bütünlük içinde değerlendirilebilmelidir. Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi esas itibarıyla fiziksel değil kişisel delillerle ilgili olduğundan yazılı belge ve tutanaklar duruşmada okunarak karara dayanak olarak kullanılabilir. Böyle bir okuma işlemi delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesinin bir istisnası olmayıp sonucudur. Ayrıca maddi gerçeğe ulaşılması bakımından bu aynı zamanda bir zorunluluktur. CMK md. 209/1’de okunması zorunlu belgelerin bir kısmı ismen sayılmış bir kısmı için ise “gibi” edatına yer verilerek bu belgelerle benzerlik taşıması şartı getirilmiştir. Maddi gerçeğe ulaşmak bakımından “gibi” edatını yazılı belgede bulunan iradenin tespit edilememesi ya da anonim olması şeklinde de anlamak gerekmektedir. Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesinin istisnalarından büyük bir kısmını, “*Duruşmada okunmasıyla yetinilebilecek belgeler*” başlıklı CMK md. 211’de belirtilen durumlar oluşturmaktadır. Alman Hukukunda ise “*Tutanakların okunması*” başlıklı StPO md. 251’de benzer hususlar düzenlenmektedir. CMK md. 211’de belirtilen durum ve kişiler (tanık ve suç ortağı) dışındakiler bu madde çerçevesinde değerlendirilmemeli CMK’nın ilgili hükümleri uygulanmalıdır.

CMK md. 211/1- (a) ve (b)’de tanık ve sanığın suç ortağının mahkemede hazır edilememesinin hangi nedenden kaynaklanması gerektiğinin belirtildiği, bu yönüyle de her iki hükmün AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğu görülmektedir. Ancak bu kişilerin ifadelerinin önemine ilişkin bir düzenlemenin olmaması, bu beyanların hükme esas alınması ve yargılamada bundan dolayı savunma tarafının maruz kaldığı sınırlamayı telafi eden dengeleyici unsurlara yer verilmemesi tehlikelerini beraberinde getirmektedir. CMK md. 211’de, TKK md. 9/8’de yer alan hakkında koruma tedbiri uygulanan tanığın beyanının tek başına hükme esas teşkil edemeyeceği şeklindeki hükme benzer bir düzenleme yapılarak yargılamanın adil olması sağlanmalıdır. Ayrıca, CMK md. 211/1-(b)’de tanık ve sanığın suç ortağının duruşmada hazır edilememesi bakımından getirilen “*giderilmesi olanacağı bulunmayan başka bir*” nedenin bulunması şartı, bu kişilerin buldukları

yerin öğrenilememesi durumunu da kapsamaktadır. Özellikle de suç ortaklarına ulaşılmasının en büyük nedenlerinden biri onların kaçmalarıdır. Diğer nedenler için imkansızlık şartı getirilip buldukları yerin öğrenilmemesi gibi bir neden bakımından bu şartın bulunmaması delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini işlevsiz hale getirecektir. Diğer taraftan CMK md. 211/1-(b)'de yer alan “*belli olmayan bir süre için*” ibaresi muğlaktır. Bu ibare yerine makul sürede yargılama hakkı dikkate alınarak “*makul sürede*” ibaresine yer veren bir düzenleme yapılmalıdır. Tüm bu nedenler ve CMK md. 211/1-c'de hakime tanığı dinlemeden onun ifadesinin önem derecesine karar vermesi yetkisinin tanınması da dikkate alındığında CMK md. 211 düzenlemesinin delillerin doğrudan doğrualığı ilkesini kural olmaktan çıkardığını söylemek mümkündür.

Tanık duruşmada açıklamalar yaparken notlarına bakmasına izin verilemeyeceği gibi daha önce alınan ifadelerine ilişkin tutanaklar da okunamaz. Ancak, bu kuralın Kıta Avrupası Hukukunda iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, tanığın bir hususu hatırlayamadığını beyan etmesi, ikincisi de önceki ve duruşmalardaki açıklamaları arasında bir çelişkinin ortaya çıkmasıdır. Hatırlayamama ve çelişkiye düşme aynı nitelikte olup tanığın bir hususa ilişkin olarak hafızasında ortaya çıkan belirsizlik ya da karmaşaya ilişkin duruşmadaki beyanını belirtmektedir. Okuma işlemiyle bu beyanın etki ve sonuçları ortadan kaldırılarak maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bu, diğer bir istisnayı oluşturmaktadır. Tüm bu belirtilenlere ek olarak haksızlık oranı düşük suçlar bakımından seri muhakeme ve basit yargılamayı getiren CMK md 250 ile 251'in duruşma yapılmaksızın hüküm verilmesine imkan tanıyan düzenlemeleri de dikkate alındığında, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin istisnai bir karakter kazandığı sonucuna varmak mümkündür.

Dolaylı tanıklık delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi bakımından değerlendirilmemeli, delil serbestisi çerçevesinde ele alınmalıdır. Bilginin doğrudan ya da dolaylı edinilmiş olması önem taşımakla birlikte dolaylı tanıklığa konu bilginin değerinin doğrudan edinilene göre daha az olduğunun söylenmesi her zaman mümkün olmayıp somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmelidir. Tanığın fiziki olarak duruşmada bulunmamasıyla sonuçlanan koruma tedbirleri de dolaylı tanıklık çerçevesinde ele alınmalı bu tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmemelidir.

KAYNAKÇA

- Alschuler, Albert W./Deiss, Andrew G. “Amerika Birleşik Devletleri’nde Ceza Yargılamalarında Jüri Usulünün Kısa Bir Tarihi”, Çev. Halil İbrahim Doğan, *Hasan Kalayoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S. 23 (2022): 79-140.
- Arellano, Jaime, Blanc, Rafael, Cora, Laura, Decap, Mauricio, Gallardo, Eduardo, Guzmán, Fernando, Moreno Leonardo ve Quilichini, Manuel, *Technology, Criminal Proceedings, Hearings and Oral Trial*.
- Aydın, Devrim. *Ceza Muhakemesinde Deliller*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014.
- Balcı, Murat. *Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Baytaç, Abdullah Batuhan. “Seri Muhakeme Usulü”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 2, S. 8 (2020): 227-273.
- Bıçak, Vahit. *Suç Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Bolognari, Massimo. “The Appeal in the Italian Criminal Legal System: Legislative Reforms and Case Law”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 6, S. 1 (2018): 15-26.
- Beulke, Werner. “Muhakeme İlkeleri”, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, editör. Yener Ünver. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004: 445-456.
- Canpolat, Can. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık Beyanının İtibari Değerine İlişkin Bazı Özel Durumlar”, *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XXV*, S. 2 (2021): 511-554.
- Capus, Nadja. “Written Records of Statements and Fairness”, *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings Individual Rights and Institutional Forms*, editör. John D. Jackson/Sarah J. Summers. Oregon: Oxford and Portland, 2018
- Centel, Nur, Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2011.
- Cihan, Erol, Yenisey, Feridun. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 1997.
- Damaska, Mirjan. “Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study”, *University of Pennsylvania Law Review* 121, (1973): 506-589.
- Detter, Klaus. “Der Zeuge vom Hörensagen - eine Bestandsaufnahme”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft: 1 (2003): 1-8.
- Doğan, İdris/Bozdağ, Ahmet. “Ceza Muhakemesinde İstinabe Uygulamasının Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 3, S. 22 (2022): 1004-1020.
- Dumitrescu, MLaw Adrian. “Das Unmittelbarkeitsprinzip im deutschen und schweizerischen Strafprozessrecht”, *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 130, S. 1 (2018): 106-155.
- Engelhart, Marc. “The Secret Service’s Influence on Criminal Proceedings”, *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, editör. Wade Marianne / Maljević Almir. New York: Springer, 2010: 448-505.

- Ersoy, Uğur. “Ceza Muhakemesinde in Absentia Duruşma Yapılması ve Mahkûmiyet Kararı Verilmesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, S. 1 (2020): 52-86.
- Eser, Albin. “Das Verwertungsverbot des § 252 StPO und die Vernehmung des vernehmenden Richters”, *Neue juristische Wochenschrift* 16, S. 3 (1963): 234 - 237.
- Feyzioğlu, Metin. *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2002. (Vicdani Kanaat)
- Feyzioğlu, Metin. *Ceza Muhakemesinde Tanıklık*. Ankara: Us-A Yayıncılık, 1996. (Tanıklık)
- Feyzioğlu, Metin. *Tanıklık ve Dürüst Muhakeme*. Ankara: US-A Yayıncılık, 1998. (Dürüst Muhakeme)
- Field, Stewart. “Fair Trials and Procedural Tradition in Europe”, *Oxford Journal of Legal Studies* 29 (2), (2009): 365-387.
- Garé, Het. *Onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces*. 1994.
- Groenhuijsen, Marc S./Selçuk, Hatice. “The Principle of Immediacy in Dutch Criminal Procedure in the Perspective of European Human Rights Law”, *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 126, S. 1 (2014): 248-276.
- Gökçen, Ahmet, Balcı, Murat, Alşahin, Mehmet Emin ve Çakır, Kerim. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 7. Baskı, Ankara; Adalet Yayınevi, 2023.
- Gökçen, Fahri Taner/Yıldırım, Akif. “Suç İsnadına veya Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Uyuşmazlıklarda Duruşmaya Video Konferans Yöntemiyle Uzaktan Katılma”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, S. 1 (2021): 229-293.
- Göktürk, Neslihan. “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XX, S. 1 (2016): 347-409.
- Hakeri, Hakan, Ünver. *Yener Ceza Muhakemesi Hukuku*. 19. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Heinrich, Reiter. “Hearsay Evidence and Criminal Process in Germany and Australia”, *Monash University Law Review* 10, (1984): 51-72.
- Hett, Benjamin Carter. *Death in the Tiergarten Murder and Criminal Justice in the Kaiser's Berlin*. Harvard University Press, 2004.
- Hofmann, Robin. “Formalism Versus Pragmatism - A Comparative Legal and Empirical Analysis of the German and Dutch Criminal Justice Systems with Regard to Effectiveness and Efficiency”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 28, S. 4 (2021): 452-478.
- Huber, Sonja. *Der Prozessgrundsatz der Unmittelbarkeit des Verfahrens*. Wien: 2010.
- Illuminati, Giulio. “The Accusatorial Process from the Italian Point of View”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 35, S. 2 (2010): 297-318.
- Jspencer, JR. *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*. Oxford and Portland, 2008.
- Kantar, Baha. *Ceza Muhakemeleri Usulü, Birinci Kitap, Umumi Hükümler*, 4. Baskı, Ankara: Güneş Matbaacılık, 1957.
- Karakehya, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2015

- Karakehya, Hakan / İnce Tunçer, Asuman. “Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama ve Adil Yargılanma Hakkı”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 17 (2021): 303-354.
- Kepler, Johannes. *Die Verwendung Von Beweismitteln Aus Anderen Verfahren Gemäss § 281a ZPO, Diplomarbeit zur Erlangung des akademischen Grades Magistra der Rechtswissenschaften im Diplomstudium Rechtswissenschaften*. Linz, 2019.
- Kindhauser, Dres. H.c.Urs. “Ceza Muhakemesi Hukuku’nda İspat Ölçüsü- Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 261’in Yorumlanması Üzerine Bir İnceleme”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi 15*, editör. Ünver Yener. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014: 523-539.
- Krey, Volker K. “Speech: Characteristic Features of German Criminal Proceedings-An Alternative to the Criminal Procedure Law of the United States”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 21, S. 4 (1999): 591-605.
- Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı. İstanbul; Beta Yayınları, 2010.
- Kunz, Von Karl-Ludwig/Haas, Henriette. “Zusammenhänge der strafgerichtlichen Entscheidungsfindung; Eine empirische Studie in drei Ländern”, *MschKrim 95. Jahrgang*, Heft 3 (2012): 158-183.
- Lorenz, Tabea. *Beweiserhebung mittels Parteiaussage, Dissertation der Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaft sowie Internationale Beziehungen (HSG) zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft*. Dike, 2019.
- Lucas, Christian. “Beweisverwertung im Strafverfahren”, Erişim Tarihi: Eylül 10, 2022, 2, <https://www.juratexte.2ix.de>.
- Marrani, David, “Right to Fair Trial. Impacts of New Technology and Contemporary Space of Justice on the Process and Administration of Justice”, *Tesis Doctoral*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2019.
- Maviş, Volkan. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Dolaylı Tanık”, *Suç ve Ceza Dergisi* 15, S. 2 (2022): 249-290.
- Norsted, Cecilia Möller / Vinge, Mattias Lindner. “The Dispute Resolution Review: Sweden”, <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-dispute-resolution-review/sweden>>, Erişim Tarihi 2 Eylül 2021.
- Norsted, Cecilia Möller / Vinge, Mattias Lindner. “The Dispute Resolution Review: Sweden”, <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-dispute-resolution-review/sweden>>, Erişim Tarihi 2 Eylül 2021.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Öztürk, Bahri, Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Gezer, Sırma Özge, Kırıt Saygılar, F. Yasemin, Alan, Esra Akcan, Özaydın, Özdem, Erden, Efser, Tütüncü, Villemin Altınok, Derya ve Tok, Mehmet Can. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Panzavoltat, Michele. “Reforms and Counter-Reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System”, *North Carolina Journal of International Law* 30, S. 3 (2004): 577-624.

- Plagemann, Gottfried. “Alman Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”, *Ceza Hukuku ve Kiriminoloji Dergisi* 2, S. 1-2 (2014): 157-189.
- Read, Frank Tom. *Ceza Muhakemesinde Anlattırıcı Soru ve Çapraz Sorgu Teknikleri*, 2. Baskı, Çev. Feridun Yenisey/Neylan Ziyalar. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015.
- Schroeder, Friedrich Christian, Verrel, Torsten. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Çev. Salih Oktar, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Summers, Sarah J. *Fair Trials the European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*. Hart Publishing, 2000.
- Sommer, Ulrich. “Die Verwertung von im Auslandgewonnenen Beweismitteln”, *Vortrag vom 16. Mai 2003 bei den 2. Petersberger Tagen der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins zum Thema, Verteidigung und internationales Strafrecht*, 1-20.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Renzikowski, Joachim. “Adil Yargılanma ve Anonim Tanık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Tanığın Korunmasında Üç Basamak Teorisi”, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Çev. Ali Kemal Yıldız, editör. Ünver Yener. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004: 265-282.
- Schäuble, Johannes. *Strafverfahren und Prozessverantwortung Neue prozessuale Obliegenheiten des Beschuldigten in Deutschland im Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht*. Berlin, 2017.
- Swenson, Thomas. “The German ‘Plea Bargaining’ Debate”, *PACE INT’L L. REV* 7, S. 2 (1995): 373-429.
- Şahin, Cumhur. *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualılığı İlkesi)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001. (Delillerin Doğrudan Doğrualılığı)
- Şahin, Cumhur. *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005. (Şerh)
- Şahin, Cumhur. “Duruşmada Sanığın Önceki İfadelerinin Okunması -CMUK m. 247 Üzerine Bir İnceleme”, *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, S. 2 (1998), 1-8. (İfadelerin Okunması)
- Şahin, Cumhur, Göktürk, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, II, 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Toroslu, Nevzat, Feyzioğlu, Metin. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 21. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Tosun, Öztekin. *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Genel Kısım, C. I*, 4. Baskı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984.
- Turhan, Faruk. *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009. (Tanıkların Korunması)

- Turhan, Faruk. “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı - Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28, S. 3 (2020): 1383-1427. (Tanıklıktan Çekinme)
- Vogler, Richard. “The Principle of Immediacy in English Criminal Procedural Law”, *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 126, S. 1 (2014): 239-247.
- Weigend, Thomas, Frase, Richard S. “German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions”, *Boston College International & Comparative Law Review* XVIII, S. 2 (1995): 317-360.
- Wiedroither, Stefan. *Die Durchbrechungen Der Unmittelbarkeit Im Strafverfahren und Ihre Anfechtungsmöglichkeiten, Diplomarbeit zur Erlangung des akademischen Grades Magister der Rechtswissenschaften*. 2016.
- Wolf, Willem-Jan Van Der, Wolf, René Van. *Der The Dutch Criminal Justice System*. Nijmegen: Aolf Legal Publishers, 2008.
- Wong, Christoffer. “Overview of Swedish Criminal Procedure”, *Lund University Faculty of Law Journal*, (2012): 1-35.
- Yaşar, Ercan. “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü”, *Adalet Dergisi* 2, S. 65 (2020): 255-299.
- Yenisey, Feridun, Nuhoglu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş 9. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yerdelen, Erdal. “Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, S. 3 (2019): 271-287.
- Yenisey, Feridun, Oktar, Salih. *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)*, 2. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.
- Yılmaz, Zahit/Apış, Özge. “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, S. 1 (2020): 62-106.

ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN KIBRIS SORUNU: 1959-1960 ANDLAŞMALARININ HUKUKİ GEÇERLİLİĞİ^(*)

Dr. Tayfur YUMUŞAK^(*)

Öz

1959 - 1960 Andlaşmaları ile Kıbrıslı Türk ve Rum toplulukları arasında denge sağlanmış, bu şekilde Kıbrıs Cumhuriyeti kurulmuştur. Bu düzen, 1963 yılından itibaren Kıbrıslı Rumlar'ın Anayasayı değiştirme talepleri ile bozulmuş, değişiklik talepleri Türk toplumu tarafından kabul görmeyince Ada'da şiddet hareketleri başlamıştır. İleri sürülen değişiklik sebepleri uluslararası kamuoyu tarafından da kabul görmeyince bu defa Kıbrıslı Rumlar, zaruret hali hukuksal gerekçesine başvurarak Anayasa'yı tek taraflı olarak değiştirmiş, 1959 - 1960 Andlaşmaları ile tesis edilen dengeyi yok etmişlerdir. Günümüze kadar devam eden bu uygulama ile Kıbrıslı Rumlar, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olarak hareket etmektedirler. Bu yaklaşım Kıbrıslı Türkler'in dışlanmasına, azınlık olarak görülmesine ve ayrımcı politikalara tabi tutulmalarına neden olmuştur. Bugün Kıbrıs, hala bir sorun olarak varlığını devam ettirmektedir.

Anahtar Kelimeler

1959-1960 Andlaşmaları, Andlaşmaların Geçersizlik Sebepleri, 1960 Kıbrıs Anayasası Değiştirilme Talebi, Zaruret Hali, Birleşmiş Milletler Kararları.

THE CYPRUS PROBLEM IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW: LEGAL VALIDITY OF THE 1959-1960 AGREEMENTS

Abstract

With the 1959 - 1960 Agreement, balance was achieved between Turkish Cypriot and Greek Cypriot communities, and the Republic of Cyprus established in this form. This balance was disrupted by the Greek Cypriots' demands to change the Constitution since 1963, and when the demands for change were not accepted by the Turkish Cypriots, violent movements began on the island. When the reason for the change were not accepted by the international community, this the the Greek Cypriots changed the Constitutions unilaterally by resorting to the legal justification of the state of Necessity, destroying the balance established by the 1959 - 1960 Agreements. With this practice, which continues until today, the Greek Cypriots act as the sole legal representatives of the Republic of Cyprus. This approach has caused the Turkish Cypriots to be excluded, seen as a minority and subjected to discriminatory policies. Today Cyprus is still continues to exist as a problem.

Keywords

1959-1960 Agreements, Reasons for Invalidity of Agreements, Demand to the 1960 Cyprus Constitution, State of Necessity, The United Nation Resolutions.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi](#): 21.05.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih](#): 29.08.2024
[DOI No](#): 10.54704/akdhfd.1487650

^(**) [E-posta](mailto:tayfur.yumusak@hotmail.com): tayfur.yumusak@hotmail.com
[Orcid Id](https://orcid.org/0000-0002-7901-5090): <https://orcid.org/0000-0002-7901-5090>



Extended Abstract

The Cyprus Problem arose after the Second World War, with Britain's idea of close outting the island of Cyprus. England started the negotiation process between Turkey and Greece, but the negotiations were blocked when Turkey put forward the "partition" view and Greece put forward the "Enosis" view. As a result of difficult negotiations, the Republic of Cyprus was established, which is bi-communal, has limited powers and has an internationalized constitution. It is the 1959 - 1960 Agreements that gave life to this state. What is meant by these agreements are the "Treaty Concerning the Basic Structure of the Republic of Cyprus", the "Treaty of Guarantee", the "Treaty of Alliance" and the "Treaty of London", which introduces and approves additional provisions. With these Agreements, balance was achieved between the Turkish Cypriots and Greek Cypriots communities. Namely, the Greek Cypriot President and the Turkish Cypriot Vice President will take part in the executive branch, and they will have veto power. There will be a Council of Ministers that will assist them in fulfilling their executive duties, seven members of which will be elected from Greek Cypriots and three members from Turk Cypriots. Legislative power will belong to the House of Representatives. Seventy percent of the parliament will be elected separately by Greek Cypriots and thirty percent by Turkish Cypriots. In addition, these two communities will also have their own parliaments. It is the highest body of the judicial organization; The Supreme Court will be established, with two members elected from Greek Cypriots, one member from Turk Cypriots, and the last member from independent members. If you pay attention, participation in state branches was shared between the two communities and a balance order was created. Therefore, the Republic of Cyprus is not a nation state but an internationalized bi-communal state.

However, this balance order drawn by the 1959 - 1960 Agreements disturbed the Greek Cypriots, and they expressed their demands to change the Constitution since 1963. When this demand was not accepted by the Turkish Cypriots, a period of violence began on the island. Greek Cypriots tried to intimidate the Turk Cypriots through violence and condemn them to minority status. In this context, Turkish Cypriots were excluded from state administration, public offices and government.

Greek Cypriots wanted to be accepted as the sole legal representative of the Republic of Cyprus, and in this context, they applied for the legal justification of the state of necessity. In international law, the state of necessity refers to situations that make it very difficult or impossible for a legal person to fulfill its obligations, and it can eliminate the international responsibility of a state. Because the existence of an emergency situation and obligation makes it impossible for these legal entities to fulfill their obligations. In this respect, the situation of necessity is an exception. This exception was a solution aimed at eliminating the problems that the constitution makers could not foresee and the elements that threatened the existence of the republic. In this context, Greek Cypriots; they claimed that the Republic of Cyprus was going through an emergency and extraordinary period, terrorist incidents were increasing, and public administrations were in danger of collapse. In this context, they changed the Constitution and destroyed the balance order established by the 1959-1960 Treaties. As it is known, the Cyprus constitution is a constitution established with the 1959 - 1960 Agreements. It has an internationalized structure. In this case, violation of the Constitution means violation of international agreements. This situation causes international liability. Greek Cypriots resorted to the doctrine of necessity to escape responsibility and argued that the changes made were temporary and that these regulations would be eliminated in case of a return to normal. However, it is a matter of serious debate that the state of necessity, whose definition and conditions are regulated in international law, occurs within the scope of the Cyprus Problem. Because, it is clear that the conditions for the legal justification of the state of necessity are not met. First of all, Greek Cypriots have been the strongest opposition to the 1959-1960 Agreements since the founding of the Republic of Cyprus. They are against the existence of the Constitution based on these agreements. Secondly, the violent incidents justified by the state of necessity were initiated by the Greek Cypriots. As can be seen in our article, Greek Cypriots engaged in great acts of terror and violence. As a result, Turkish Cypriots were not allowed into the government, public administrations and state levels. Thirdly, to the referendum held in 2004 within the framework of the Annan Plan, Greek Cypriots said no by 75.8% and Turkish Cypriots said yes by 65%. Thus, Greek Cypriots voted for the continuation of the order based on necessity. This shows that there is no longer any basis for the state of necessity. While this legal fact is obvious, the legal justification of the Greek Cypriots' state of necessity is accepted by the international community. In this context, the United Nations, the Council of Europe and the European Union have declared at various times that there is only one government on the island and that it consists of Greek Cypriots. This situation reveals that Turkish Cypriots cannot fully explain their legal justifications and cannot create international public opinion.

GİRİŞ

Kıbrıs sorunu, esas itibariyle İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle başlamıştır. Değişen dünya konjonktürü, İngiltere'nin Ada'ya bakışını değiştirmiş ve bu durum Kıbrıs üzerine Türkiye ile Yunanistan'ı dâhil edecek şekilde müzakerelerin başlamasına neden olmuştur. Müzakerelerin başlangıcında Türkiye taksim tezini savunurken; Yunanistan Enosis ile Ada'nın Yunanistan'a bağlanması görüşünü dile getirmiştir. Ancak çetin müzakereler neticesinde taraflar uzlaşmış ve 1959 - 1960 Andlaşmaları akdedilmiştir.

Makalemizin başlığında da yer alan 1959 - 1960 Andlaşmaları'ndan kastedilen; *Kıbrıs Cumhuriyetinin Temel Yapısına Dair Andlaşma, İttifak Andlaşması, Garanti Andlaşması* ve bunlara ek hükümler getiren *Londra Anlaşması*'dir. Bu Andlaşmalar'a uygun şekilde, 16 Ağustos 1960'ta Kıbrıs Anayasası yürürlüğe girmiş, aynı gün Kıbrıs Cumhuriyeti ilan edilmiştir.

1959 - 1960 Andlaşmaları ile Kıbrıslı Türk ve Rum toplumları arasında bir denge oluşturulmuş, ulusal değil iki uluslu/toplumlu bir devlet kurulmuştur. Bu denge, 1963 yılından itibaren Kıbrıslı Rumlar tarafından ileri sürülen Anayasa değişikliği talepleri ile bozulmuştur. Değişiklik taleplerinin neler olduğu, bunların hangi hukuki gerekçelere dayandırıldığı makale çalışmamızda açıklanmıştır. Aşağıda da görüleceği üzere değişiklik talepleri Kıbrıslı Türkler tarafından kabul görmemiş, ardından Ada'da şiddete dayalı dönem başlamıştır.

Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulmasından bir süre sonra Kıbrıslı Rumlar, Türkler'i azınlık olarak görmüş, Türkler'le beraber devleti yönetme yetkisini paylaşmak istememişlerdir. Bu amaçlarını gerçekleştirmek için zaruret hali hukuksal gerekçesi ile 1960 Kıbrıs Anayasası'nı tek taraflı olarak değiştirme yoluna gitmişlerdir. Bunun neticesi olarak Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olarak hareket etmeye başlamışlardır. Bu durum uluslararası kamuoyu tarafından da benimsenmiştir. Bunun nedenlerine ve neticelerine aşağıda yer verilmiştir.

Kıbrıslı Rumlar, nihai olarak azınlık statüsü verilerek Kıbrıslı Türkler'in her türlü devlet organı (*Cumhurbaşkanı Yardımcılığı, Bakanlık, milletvekilliği, yüksek mahkeme üyelikleri vs.*) ve kamu idaresi içerisindeki görevlerinden dışlanmasını talep etmektedirler. Bu yönüyle aşağıda olay örgüsü ve hukuki nitelendirmeye ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

I. 1959 - 1960 ANDLAŞMALARINA GİDEN SÜREÇ

Kıbrıs, 4 Ağustos 1571'te Venedik'ten alınarak Osmanlı İmparatorluğu'nun eline geçmiştir. 307 yıl süren Osmanlı idaresi, 1877 - 1878 Osmanlı Rus savaşı nedeniyle sona ermiştir. Kıbrıs sorununun kaynağı bu aşamada başlamıştır¹. Şöyle ki; savaşın neticeleri ağır olduğundan ötürü İngiltere, Rusya'ya karşı himaye

¹ Hüseyin Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları* (Ankara, Turhan Kitapevi, 2015), 153.

etme karşılığında Osmanlı İmparatorluğu'ndan Kıbrıs'ı talep etmiştir. Osmanlı bu teklifi kabul etmiş, Ada'nın idari yönetimini İngiltere'ye bir yıllık süre ile 93 bin sterlin karşılığında devretmiştir². Taraflar arasındaki Andlaşma'ya göre Osmanlı egemenliği devam edecek ancak idare İngiltere'ye ait olacaktır³. Ada'da yaşayan Müslümanlar, Osmanlı Padişahı ve Halifesine bağlı kalacaktır. Şeriye mahkemeleri yürürlükte olmakla birlikte geriye kalan hususlarda İngiltere söz sahibi olacaktır. Bu Andlaşma'ya uygun şekilde bir yıllık süre geçirilmiş, buna rağmen İngiltere Ada'daki hükümlerini devam ettirmiştir. Osmanlı İmparatorluğu'nun Birinci Dünya Savaşı'na Almanya'nın yanında katılması üzerine İngiltere, 5 Kasım 1914'te Ada'yı ilhak edip vali atamıştır⁴. Bu karar tek taraflı bir karar olup 1878 Andlaşması'na ve uluslararası hukuka aykırıdır. Osmanlı İmparatorluğu bu kararı kabul etmeyip protesto etmesine rağmen sonuç değişmemiştir⁵. Birinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Türkiye Cumhuriyeti, İngiltere'nin 1914'te yaptığı haksız ilhaki, 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Andlaşması m. 20. ile tanımıştır⁶. Böylece Ada'nın İngiltere'ye ait olduğu kabul edilmiştir.

² “İki maddelik bu antlaşmanın 1. md.'sine göre; Rusya, Batum, Ardahan ve Kars'ı işgal altında bulundurduğu sürece ve Osmanlı devleti ile gelecekte yapılacak barış antlaşmasında belirlenecek sınırları ihlâl ederek, bu devletin Asya topraklarından bir bölümünü işgal etme yoluna gittiği takdirde, İngiltere Osmanlı devletini savunmak yükümünü yüklenmiştir. Buna karşılık Osmanlı devletinin İngiltere'ye yönelik iki ayrı yükümü bulunmaktadır: a) Osmanlı topraklarında yaşayan Hristiyan ve diğer azınlık için ıslahat yapmak; b) İngiltere'nin, yükümünü yerine getirebilmesi için Kıbrıs'a asker yerleştirmesine ve burayı idare etmesine rıza göstermek” açıklamalar için bkz. Kudret Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme* (Ankara, Ankara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi, 2009), 1; ayrıca bkz. “4.6.1878 tarihli Büyük Britanya ve Osmanlı Devleti arasındaki Savunma İttifakı Sözleşmesi ile Kıbrıs adasının İngiltere'nin işgaline ve yönetimine bırakılması” söz konusu olmuştur, bkz. Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 153.

³ “...Kıbrıs'ın Osmanlı Devletine ait olacağını, vermekte olduğu vergiyi Osmanlı Hazinesine ödemeye devam edeceği, sadece askerî ve stratejik mülahazalarla İngiltere tarafından kullanılacağı belirtilmiştir. Rusların işgal ettikleri yerlerden çekildikleri vakit İngiltere'nin de Kıbrıs'tan çekileceği taahhüt edilmiştir. Tebliği Sultan II. Abdülhamit'e ileten İngiliz elçisi Haricî Nazırının itirazı üzerine, “Eğer Osmanlı Hükûmeti bu antlaşmayı kabul etmezse kongrede (Berlin Kongresi) barış şartlarını değiştirmeye İngiliz murahhısları çalışmayacak ve İngiliz Devleti donanması kuvvetiyle cebren Kıbrıs'ı işgal edecektir” demiştir. Bu durum üzerine Padişah II. Abdülhamit, “Hukuku şahaneme asla hâfel gelmemek şartı ile muahedenameyi tasdik ederim” notunu metne yazarak, muahedeyi tasdik etmiştir. Bu durum tahlil edilirken, Rus kuvvetlerinin Yeşilköy'e kadar geldikleri ve ani bir baskınla İstanbul'un tamamını ele geçirebilme ihtimalleri göz ardı edilmemelidir...”, açıklamalar için bkz. Yavuz Güler, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Kuruluşuna Kadar Kıbrıs Meselesi”, *Kırşehir Eğitim Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1 (2004): 101 - 112, 103.

⁴ Şükrü S. Gürel, *Kıbrıs Tarihi-I (1878 - 1960)*, *Kolonyalizm, Ulusçuluk ve Uluslararası Politika* (İstanbul, Kaynak Yayınları, 1984), 65; Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 2; “Osmanlı Devleti ile İngiltere arasında başlayan savaş nedeniyle 1878 Antlaşmasının geçerliliği kalmadığı belirtilmekte ve şöyle denilmektedir: “Yukarıda belirtilen tarihten itibaren Kıbrıs adası ilhak edilecek ve Majestelerinin mülkünün bir parçası haline gelecektir. Bu kararname, 1914 Kabinininin Kıbrıs'ı ilhak kararı adını taşıyacaktır”, açıklamalar için bkz. Güler, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin Kuruluşuna Kadar Kıbrıs Meselesi”, 104; Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 153.

⁵ Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 2.

⁶ Devam eden maddede Kıbrıs'ta yaşayan Türklerin İngiliz ya da Türk uyrukluluğu arasında seçme hakları bulunduğu hükme bağlanmıştır, bkz. Lozan Barış Andlaşması m. 21.

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle Ada'da Kıbrıslı Rumlar arasında Enosis (*Yunanistan'a katılma*) faaliyetleri hız kazanmıştır⁷. Yunanistan, 1950'den başlayarak bu faaliyetleri benimsemeye, bu yönde politikalar oluşturmaya başlamıştır⁸. Bu kapsamda 16 Ağustos 1954'te Kıbrıs konusunu Birleşmiş Milletler'e (B.M.) taşımıştır⁹. Bu başvuru ile halkların hak eşitliği ile self determinasyon ilkelerinin Kıbrıs adasında yaşayan halka uygulanması talep edilmiş, ancak talep B.M. Genel Kurulu tarafından reddedilmiştir¹⁰. İngiltere bu kararın çıkması için çabalamış ve istediğini elde etmiştir¹¹. Bu süreç içerisinde Türkiye, self determinasyon adı altında Ada'nın Yunanistan'a verilemeyeceğini ileri sürmüş ve Kurul'dan ret kararı çıkması için mücadele etmiştir¹².

⁷ Gürel, *Kıbrıs Tarihi-I (1878 - 1960), Kolonyalizm, Ulusçuluk ve Uluslararası Politika*, 10.

⁸ "Kıbrıslı Türkler arasında, 1930'lu yıllarda, özellikle Helen milliyetçiliğine karşı, İngilizlerin de desteğiyle Türk milliyetçiliği yükselişe geçmiştir. Türkiye'de ise Kıbrıs Türkleri arasındaki bu gelişmeler, basında yer bulmakla birlikte, Türk hükümetlerinin, 1945'ten 1954'e kadar temel güvenlik sorunu ve NATO'ya üyelik ile meşgul olmaları nedeniyle, Kıbrıs sorununa uzak kaldıkları görülmektedir. Türkiye'nin 1955'ten başlayarak Kıbrıs sorununa dâhil olması ve 1957'den başlayarak taksim tezi lehinde mücadelesi (söz konusudur)", Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 167.

⁹ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 154.

¹⁰ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 814 sayılı Karar, 17.12.1954 Tarih, A_RES_814(IX)-EN (1).pdf (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024); Sevin Toluner, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk* (İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977), 25 - 26 ve 55 - 63; Aynı zamanda "Yunanistan'ın, Kıbrıs'da self-determinasyon (kendî yazgısını belirleme) uygulanması talebi karşısında, 17 Aralık 1954 tarihinde toplanan BM Genel Kurulu, konuyu "şimdilik" müzakere etmeme kararı aldı.", açıklamalar için bkz. Derya Sevinç, "Türk-Yunan İlişkileri Çerçevesinde Kıbrıs Sorununda Yeni Bir Aşama (1954-1960)", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, S. (2017): 171 - 206, 180; "Olumlu bir sonuç alınamamış olmasına rağmen Yunanistan bu konuyu 1954'ten 1957 yılı sonuna dek dört ayrı Genel Kurul toplantısı gündemine getirmiştir. Yunanistan, Lozan Antlaşması hükümleri ne olursa olsun, İngiltere'nin Kıbrıs'ta self-determination ilkesinin uygulanmasını reddedemeyeceğini ileri sürmüştür. Buna göre, 103. md.'si uyarınca şart hükümleri, diğer uluslararası antlaşmalara üstündür. Bu nedenle, Şart'ın 2. md.'si, 1. fik.'sında yer alan self-determination ilkesi, Kıbrıs'ta yaşayan halka uygulanmalıdır. Yunanistan ayrıca, Lozan Antlaşması'na taraf olmasının, bu antlaşmanın tüm hükümlerini kabul ettiği anlamına gelmeyeceğini; Müttefik Devletlerin 20. md. ile İngiliz ilhakının Türkiye tarafından tanınmasını kabul ettiklerini, ama bu ilhakı kendileri bakımından tanımadıklarını ileri sürmüştür", açıklamalar için bkz. Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 4.

¹¹ "İngiltere, Ada'daki İngiliz egemenliğinin Lozan Antlaşması ile kurulduğunu; Yunanistan'ın bu antlaşmaya taraf olduğunu ve İngiltere'nin Ada'daki egemenliğini, Oniki Ada'dan farklı olarak, çekince ileri sürmeksizin tanıdığını ileri sürmüştür. İngiltere ayrıca, self determination ilkesinin her yerde uygulanamayacağını ve coğrafi, hukuki, stratejik, tarihi nedenlerle ve uluslararası düzenin sağlanması amacıyla hizmet etmek için uygulanabileceğini de vurgulamıştır. BM Genel Kurul'u önünde Kıbrıs'a ilişkin girişimler, gerekli çoğunluk elde edilemediğinden Yunanistan'ın istediği yönde resmi bir Genel Kurul kararına dönüşmemiştir", açıklamalar için bkz. Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 4.

¹² Faruk Sönmezoğlu, "Kıbrıs Sorunu ve Birleşmiş Milletler: 1954-1975", *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, C. 38, S. 3-4 (2011): 223 - 255, 226; 1954'ten itibaren Türkiye, İngiltere'nin olumlu girişimleri neticesinde Kıbrıs sorununun "ilgili taraflardan biri" sıfatını almıştır, bkz. Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 4.

Self determinasyon talebinin karşılık bulmamasından sonra Rum terör örgütü E.O.K.A., 1 Nisan 1955 tarihinde Ada'da ki ilk terör eylemini gerçekleştirmiştir¹³. Bu eylemler giderek sıklaşmış ve Ada'da ki gerilim had safhaya tırmanmıştır. Bu süreçte İngiltere için içinden çıkamaz hale gelmiştir. Zira Kıbrıs sorunu dışında bu dönemde İngiltere'nin karşılaştığı başka ciddi sorunlar da bulunmaktadır¹⁴. Örneğin, İngilizler tarafından yürütülen Süveyş Kanalı askeri harekâtı başarısız olmuştur. Bu netice, İngiltere'nin Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve NATO olmadan artık hareket edemeyeceği gerçeğini ortaya çıkarmıştır. İngiltere, 1957 tarihli *Eisenhower Doktrini* ile bölgedeki çıkarlarını ABD'ye devretmiştir. Özet olarak; Ada'da E.O.K.A. tarafından tırmandırılan gerginlik, öldürülen İngiliz askerleri, Ortadoğu'da üstünlüğün ABD'ye devredilmesi gibi gelişmeler İngiltere'nin Ada'ya bakışını değiştirmiştir. Ada'yı idare etmek yerine Ada'da askeri üslere sahip olmak; değişen konjonktür için tercih edilmiştir. Artık İngiltere için Ada'daki üsler yeterli olacaktır¹⁵. Bu yeni tez üzerine İngiltere 19 Aralık 1956'da, self determinasyon ilkesinin Kıbrıs'a uygulanmasını kabul ettiğini açıklamıştır. Başlangıçta Türkiye taksim tezini ileri sürerken, Yunanistan Enosis'ten yana olmuştur. Tarafların görüşleri bu olmakla birlikte yürütülen müzakereler neticesinde Yunanistan Enosis'ten, Türkiye'de taksim görüşünden vazgeçmiştir. Nihayetinde 11 Şubat 1959'da ortak bir bildiri yayımlanmış, çözüm için Türkiye ile Yunanistan'ın anlaşığı duyurulmuştur¹⁶. Bu esnada, Centilmenler Andlaşması, Kıbrıs Cumhuriyetinin Temel Yapısına İlişkin Andlaşma, Garanti Andlaşması, İttifak Andlaşması olmak üzere dört belge imzalanmıştır. Bu dört belge *Zürih Andlaşması* olarak nitelendirilmektedir. Bu Andlaşma'ya İngiltere ile Kıbrıs Türk ve Rum toplumları taraf değildir. Bu son sayılanlar dâhil tüm tarafların rızasını içeren *Londra Andlaşması* 19 Şubat 1959'da imzalanmıştır. Bu Andlaşma, *Zürih*'te Türkiye ve Yunanistan tarafından kabul edilen Garanti Andlaşması, İttifak Andlaşması ve Kıbrıs Cumhuriyetinin Temel Yapısı Andlaşmalarına bazı eklemeler getirmiştir. Bunlardan en önemlisi, Garanti Andlaşması'na getirilen ek hüküm ile İngiltere'nin, Ada'da *Ağrotur* ve *Dikelya* mevkiinde olmak

¹³ "1951'den başlayarak Grivas, EOKA'nın kurulması çalışmalarını başlatmış ve 1.4.1955'te EOKA ilk sabotaj eylemini gerçekleştirmiştir", açıklamalar için bkz. Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 154.

¹⁴ Şükrü S. Gürel, *Kıbrıs Tarihi-II, 1878-1960; Kolonyalizm, Ulusçuluk ve Uluslararası Politika* (İstanbul, Kaynak Yayınları, 1985), 46.

¹⁵ "İkinci Dünya Savaşı ertesinde yükselen Arap milliyetçiliği ve 1948 yılında İngiltere'nin Filistin'den çıkması, Kıbrıs'ın İngiltere bakımından önemini daha da artırmıştır. 1950 yılından itibaren Kıbrıs, İngiltere'nin Orta Doğu'daki askeri üssü durumuna gelmiş ve özellikle 1956 yılında Süveyş'teki İngiliz başarısızlığı ertesinde Ada hayati önem kazanmıştır. Bu dönemde İngiltere, Orta Doğu'da artık ABD üstünlüğü döneminin başladığını ve Kıbrıs'ta Ada'yı elinde tutmak yerine, bu devletle NATO'nun kullanımına açık askeri üslere razı olmak zorunda olduğunu anlamıştır", açıklamalar için bkz. Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 3; Şükrü S. Gürel, *Kıbrıs Tarihi-II, 1878-1960; Kolonyalizm, Ulusçuluk ve Uluslararası Politika*, 46.

¹⁶ Füsün Arsava, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi*, C. 51, S. 1 (1996): 43 - 51, 43.

üzere iki askeri üs elde etmiş olmasıdır¹⁷. İngiltere, İttifak Andlaşması'na taraf değildir. Zürih ve Londra Andlaşmaları temel alınarak 16 Ağustos 1960'ta imzalanan *Lefkoşa Andlaşması* ile Kıbrıs Cumhuriyeti resmen kurulmuştur.

Kıbrıs Cumhuriyeti; uluslararasılaştırılmış bir anayasaya sahip, yetkileri sınırlı, iki toplumlu bir devlettir¹⁸. İki toplumun dengesi üzerine kurulmuş bir anayasal düzene sahiptir. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Temel Yapısına İlişkin Andlaşma'da bunun çerçevesi çizilmiştir. Bu kapsamda Kıbrıs Cumhuriyeti'nin; başkanlık rejimi ile yönetileceği, Cumhurbaşkanı'nın Rum, Yardımcısının Türk olacağı, bunların Türk ve Rum toplumları tarafından ayrı ayrı 5 yıl süre için seçilecekleri, her birinin veto yetkisine sahip olacakları (m. 1 - 4), devletin resmi yazışma dilinin Türkçe ve Yunanca olacağı (m. 2) açıklanmıştır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanı ve Yardımcısına ait olmakla birlikte bunun kullanımına yardımcı olmak üzere on kişilik Bakanlar Konseyinin bulunacağı, bunların yedisinin Rum, üçünün Türk olacağı kararlaştırılmış, bakan namzetlerinin kendi toplumlarınca seçilecekleri ifade edilmiştir (m. 5). Yasama yetkisi Temsilciler Meclisi'ne ait olacaktır. Meclisin yüzde yetmişi Kıbrıslı Rumlar tarafından, yüzde otuzu Kıbrıslı Türkler tarafından ayrı ayrı genel oyla seçilecektir (m. 6). Ayrıca bu iki toplumun kendilerine ait birer meclisleri de olacaktır (m. 61). Adli yargı teşkilatının en yüksek organı niteliğinde; iki üyesi Rumlar'dan, bir üyesi Türkler'den, son üyesi ise bağımsız üyelerden seçilecek Yüksek Mahkeme teşkil edilecektir (m. 16).

Garanti Andlaşması ile Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlığı, ülke bütünlüğü ve güvenliğinin sağlanması ve aynı zamanda anayasasına saygı gösterilmesi Türkiye, Yunanistan ve İngiltere tarafından taahhüt edilmiştir¹⁹. Bu Andlaşma'nın hükümlerinin ihlâlî durumunda Türkiye, Yunanistan ve İngiltere bu hükümlere uyulmasını sağlamak için gerekli olan teşebbüs ve tedbirler konusunda birbirlerine danışmak yükümünü yüklenmiştir²⁰. Ortaklaşa veya uyumlu bir hareket mümkün olamıyorsa, garanti eden üç devletten her biri bu Andlaşma ile yaratılan düzeni yeniden kurmak amacıyla sınırlı olmak üzere harekete geçmek hakkını

¹⁷ Pazarcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 155.

¹⁸ Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 33 - 49.

¹⁹ Garanti Andlaşması m. 1; "Garanti Antlaşması çok taraflı bir antlaşma olduğundan ve antlaşma metninde aksi belirtilmediğinden, özetlemeye çalıştığımız yükümlülükler, antlaşmanın tarafı tüm devletlere karşı üstlenilmiştir. Bu durumda üç Garantör devlet, yükümlülüklerini, sadece Kıbrıs Cumhuriyeti'ne karşı değil, birbirlerine karşı da yüklenmiş ve Kıbrıs Cumhuriyeti de kendi yükümlülüklerini, Garantör devletlerin her birine karşı ayrı ayrı yüklenmiş olmaktadır", açıklamalar için bkz. Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 13; Doktrinde şu açıklamalar yapılmıştır: "Burada belirtilen yükümlülüğe aykırı davranılmamasını temin etmek için, Kıbrıs Cumhuriyeti'ne yönelik bir diğer yükümlülük daha gerekli görülmüştür: "Herhangi bir devletle, tamamen veya kısmen, herhangi bir siyasi veya ekonomik birliğe katılmamak". Bu son yükümlün yerine getirilmesi bağlamında Kıbrıs Cumhuriyeti "Ada'nın gerek birleşme, gerekse taksimini doğrudan veya dolaylı olarak teşvik edecek tüm faaliyetleri" yasaklayacaktır", bkz. Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 13; Benzer şekilde Toluner, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*, 90.

²⁰ Garanti Andlaşması m. 3.

saklı tutar²¹. Anlaşılacağı üzere, müdahale hakkının şartlarının oluşması halinde garantör devletler; ister ortaklaşa ister münferiden, düzeni yeniden kurmak ile sınırlı bir şekilde müdahale yapabilme hakkını sahip kılınmıştır²².

Bir diğer anlaşma olan İttifak Andlaşması'na İngiltere taraf olmamıştır. İttifak Andlaşması ile taraflar, ortak savunmaları için işbirliği yapmak ve bu konudaki sorunlar bakımından birbirleriyle danışmada bulunma yükümünü yüklenmişlerdir²³. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlığını ve ülke bütünlüğünü koruma amacı da yükümlülükler arasına dâhil edilmiştir. Bu kapsamda doğrudan veya dolaylı her tür saldırı veya saldırganlığa karşı koyma yükümü taahhüt edilmiştir²⁴.

Nihayetinde Londra Andlaşması ile temel olarak Zürih Andlaşmaları olarak anılan yukarıdaki Andlaşmalar'a bazı eklemeler yapılmış ve İngiltere'nin Ada'da iki askeri üs elde etmesi kararlaştırılmıştır²⁵.

II. 1959 - 1960 ANDLAŞMALARINI DEĞİŞTİRME TALEPLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda yer verildiği üzere; 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın sınırlarını çizdiği ve denge sütunları üzerinde yükselen Kıbrıs Cumhuriyeti, 30 Kasım 1963'te Cumhurbaşkanı Makarios'un anayasayı değiştirme talepleri ile sarsıntıya girmiştir²⁶. Değişiklik talepleri, Kıbrıslı Türkler tarafından reddedilince Makarios, 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın doğrudan geçersizliğini 1 Ocak 1964'te, Türk uçaklarının Lefkoşa üzerinden uçuşu nedeniyle ileri sürmüştür²⁷. Bu kapsamda 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın kendisine ve devlete tehdit kullanılarak akdedildiğini, bu Andlaşmalar'ın eşitlikli andlaşma niteliğinde olduğunu, ayrıca Garanti Andlaşması'nda yer alan müdahale hakkının kuvvet kullanımı içerdiğini, oysa bu hususun Birleşmiş Milletler Şartı'nın madde 2/4'e aykırı olduğunu, bu maddenin jus cogens niteliğini haiz bir hüküm içerdiğini, Andlaşma'dan kaynaklanan hükümlerin esaslı şekilde ihlal edildiğini; bu sebeplerle Andlaşmalar'ın geçersiz olduğunu ileri

²¹ Garanti Andlaşması m. 4.

²² "Garantör devletlerin, harekete geçtiklerinde hedeflemeleri gereken amacı belirten "bu Antlaşma'yla yaratılan düzeni yeniden kurmak" ifadesi, yukarıda özetlemeye çalıştığımız yükümlülüklerde somutlaşmaktadır. Bu antlaşmayla yaratılan düzen dışında, yeni bir ilişki biçiminin ortaya çıkarılması, tüm taraflar aksi yönde bir uzlaşmaya varmadıkça, Garantör devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmesi usulünün, yani Antlaşma'nın 4. md.'sinin ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır" açıklamalar için bkz. Özersay, Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme, 15.

²³ İttifak Andlaşması m. 1.

²⁴ İttifak Andlaşması m. 2.

²⁵ Toluner, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk, 91.

²⁶ Arsava, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", 45.

²⁷ Makarios, ilgili Andlaşmalar'ın Kıbrıs halkına zorla imzalatıldığını iddia etmiştir, bkz. Keasing's Contemporary Archives, 1963 - 1964 Vol 15 (Bristol: Keasing's Publication Limited (of London), 1964), 20115; Ayrıca bkz. Thomas Ehrlich, *International Crises and the Role of Law; Cyprus, 1958-1967* (Oxford, Oxford University Press, 1974), 50; Pazarcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 175.

sürmüştür. Bunun yanı sıra Andlaşmalar'ın akdedildikleri esnada var olan koşulların köklü bir şekilde değiştiğini (*rebus sic stantibus*), ayrıca Andlaşma hükümlerinin yerine getirilmesinde sonraki imkânsızlık halinin vaki olduğunu ileri sürmüştür.

Makarios'un dillendirdiği Rum tezi, hukuki vechesiyle sorunludur. Şöyle ki, bir andlaşmanın geçersizliğini içeren hususlar 1969 tarihli *Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi*'nde yer almaktadır²⁸. İngiltere, Yunanistan ve Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal hükümeti iddiasıyla Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (G.K.R.Y.), Sözleşmeye taraf olmakla birlikte Türkiye taraf değildir²⁹. Dolayısıyla Sözleşme'nin (m. 34 gereğince) Türkiye'ye karşı ileri sürülmesi söz konusu değildir. Bunun yanı sıra ilgili Sözleşme, 1959 - 1960 Andlaşmaları'ndan sonra akdedilmiş ve akdedildiğinden çok uzun zaman sonra, 27 Ocak 1980'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme (m. 4 gereğince) kendisinden önce var olan olaylara uygulanamaz. Dolayısıyla bu Sözleşme'de yer alan geçersizlik sebeplerinin 1959 - 1960 Andlaşmaları'na uygulanamayacağı açıktır. Bununla birlikte Sözleşmenin (m. 38 gereğince) teamül niteliği kazanmış hükümlerinin taraflara uygulanabileceği söylenebilir³⁰. Makarios'un ortaya attığı Rum tezinin içerdiği geçersizlik sebeplerine bu minvalde tek tek göz atılmalıdır:

- Temsilciye baskı iddiası üzerine geçersizlik, Sözleşme m. 51'de düzenlenmiştir. Bu kapsamda “*bir devletin temsilcisine yöneltilen eylem veya tehditle zor kulanılarak elde edilen, devletin bir antlaşmayla bağlanma rızasının açıklanmasının hiçbir hukuki etkisi yoktur*”³¹. Temsilciye baskı iddiasının bir andlaşmanın

²⁸ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, bu safhadan sonra çalışmamızda “Sözleşme” olarak anılacaktır. Sözleşme, 23 Mayıs 1969'da imzalanmış, m. 84 gereğince 27 Ocak 1980'de yürürlüğe girmiştir. Aynı tarihte 18232 sayılı Andlaşma olarak Birleşmiş Milletler'e tescil ettirilmiştir. Sözleşme'nin depoziteri Avusturya'dır. 15 Ağustos 2024 tarihi itibarıyla 45 imzacısı ve 116 tarafı vardır. Çalışmamız bakımından önem arz ettiği şekliyle ifade etmek gerekirse, 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın taraflarının tümü Sözleşmeye taraf değildir. İngiltere, 20 Nisan 1970, Yunanistan 30 Ekim 1974 ve Kıbrıs Cumhuriyeti'nin yasal ve tek hükümeti iddiasıyla Rum Yönetimi, 28 Aralık 1976 tarihlerinden itibaren Sözleşme'ye taraftırlar. Türkiye, Sözleşme'ye taraf değildir. Sözleşme metni için bkz. Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

²⁹ Aynı zamanda “1969 Viyana Sözleşmesi'nin, 1959-60 Antlaşmalarından doğacak uyumsuzluklara uygulanmasına engel teşkil edebilecek bir diğer önemli nokta, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Sözleşme'ye taraf olmasıyla ilgilidir. Bilindiği üzere Kıbrıs Cumhuriyeti, fiilen Aralık 1963'te ortadan kalkmış olmakla birlikte, uluslararası toplum Kıbrıs devletinin hukuki varlığını sürdürdüğü görüşündedir. Daha önce açıklandığı üzere, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin, hukuki varlığını devam ettirdiği ve sadece Kıbrıslı Rumlardan oluşan yönetimin, bu devletin yasal hükümeti olduğu yönündeki görüşün dayandırıldığı Zaruret Hali Doktrininin (Doctrine of State Necessity) Kıbrıs'a uygulanması ciddi iç çelişkiler göstermektedir”, açıklamalar için Özersay, *Hukuksal İnceleme*, 52.

³⁰ Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 64.

³¹ “(Temsilciye baskı içerecek) davranışlar, fiziki ve manevi (özel hayatına dair bazı hususların açıklanması tehdidi, aile fertlerinden birine kötülük yapma gibi) de olabilir”, açıklamalar için bkz. Sevin Toluner, *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş ve Kaynaklar) - Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından* (Derleyen ve Düzenleyenler: Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü, Dr. Enver Arıkoğlu, Dr. Verda Neslihan Akün, Dr. Elif Başkaracaoğlu), (İstanbul, Beta, 2017), 186; “Bu tür iddiaların geçerli olabilmesi için kanıtların kuvvetli olması gerekir”, açıklamalar için bkz. Kamuran Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı* (İstanbul, Dora Basım Yayın, 2023), 145.

geçersizlik nedeni sayılması teamül niteliği kazanmış bir kuraldır³². Bu geçersizlik nedeni, Makarios'un dillendirdiği baskı iddiaları üzerinden şekillenmiş, bu şekliyle Rum tezi haline gelmiştir. Bu iddiaya göre Makarios, 1959 - 1960 Andlaşmalarının kabul, onay, imza aşamalarında taraf devletlerce yöneltilen baskı altına alınmıştır³³. Makarios; İngiltere'nin "Bu Andlaşmalar imzalanmazsa Macmillan Planı uygulanacaktır" açıklaması ile Yunanistan'ın "Bu Andlaşmalar imzalanmazsa, Ada'da ki kanlı olaylar devam edecek, bunun sebebi Yunanistan değil yalnızca Kıbrıslı Rumlar olacaktır" açıklamasını tehdit olarak kabul etmiş, bu sebeple Andlaşmalar'ı kabul ve imza etmek zorunda kalmıştır³⁴. Ancak Makarios'un açıklamaları üzerinden şekillenen bu geçersizlik iddiasının hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Her ne kadar 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın görüşmeleri esnasında birtakım kuşklar belirtilmişse de, Makarios'un baskı olarak nitelendirdiği eylemlerin baskı olarak kabulü için bunların kişiliğine yöneltilen eylemler olması gerekmektedir. Ancak eylemlerin bu niteliği taşımadığı açıktır. Bu iddialar ispatlanamamıştır. Ayrıca Makarios, bir devletin temsilcisi olmayıp o devletin lideri konumundadır. Şu halde bu geçersizlik sebebine ilişkin şartlar oluşmamıştır³⁵. Kaldı ki, bu iddia andlaşmayı sona erdirmez, sona erdirmek için yal-

³² Uluslararası Hukuk Komisyonu, 1966 yılındaki Taslak hükümleri arasında m. 48'de bu konuya yer vermiştir. Bu konuda genel bir uzlaşma olduğuna dikkat çekmiş ve bir andlaşmanın imzası, onayı ya da kabulü için temsilcilerin şahsına yönelik baskı yapılmasını, elde edilen rızayı geçersiz kılan bir davranış olarak tanımlamıştır. Tercih edilen bu ifadeler, bu kuralın Sözleşme'den önce var olan bir normun kodifiye edilmesi işlemi olduğunu doğrulamaktadır. Bu konuda atıfta bulunulan klasik örnek Çekoslovakya'yla ilgilidir. Hitler Almanyası, 1939 yılında Eflak ve Boğdan'ı ele geçirmek için Çekoslovakya Cumhurbaşkanı ve Dışişleri Bakanı'na baskı yapmış ve onları, bu sonucu doğuracak andlaşmayı imzalamaya zorlamıştır, ayrıntılı açıklamalar için bkz. United Nations, *Yearbook of International Law Commission 1966* (New York, United Nations Publication, 1967), 246; Doktrinde aynı görüştedir. 1961 tarihli "Andlaşmalar Hukuku" adlı kitabın müellifi McNair, bu hususun geçersizlik sebebi olduğuna işaret etmiştir, bu yöndeki açıklamalar için bkz. McNair Lord, *The Law of Treaties* (Oxford, Clarendon Press, 1961), 207.

³³ "Kıbrıslı Rumların lideri olarak davet edildiğim ve 5 Şubat 1959'da Lancaster House'da toplanan Konferans'ta, Yunanistan ve Türkiye hükümetleri arasında Zürih'te varılan ve İngiltere hükümetince kabul edilen antlaşmanın belirli hükümlerine bazı itirazlar ileri sürdüm ve güçlü kaygılarım olduğunu belirttim. Bu antlaşmanın hiç olmazsa bazı hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak için çok çaba sarf ettim. Fakat bu çabalarımda başarılı olamadım; ya antlaşmayı olduğu gibi imzalamak ya da yol açacağı tüm vahim sonuçlarıyla birlikte reddetmek gibi bir ikilem karşısında kaldım. Bu şartlar altında, antlaşmayı imzalamaktan başka bir seçeneğim yoktu. Bu bana, zaruretin dikte ettirdiği bir yoldu", açıklamalar için bkz. Ehrlich, *International Crises and the Role of Law; Cyprus, 1958-1967*, 50.

³⁴ "...Dışişleri Bakanı Averoff, Rum delegasyonu, Makarios'un da hazır bulunduğu bir toplantı yaptı. Averoff burada, bir felaket olarak nitelendirilmiş olan Macmillan Planı'nın bir-kaç ay içerisinde İngilizler tarafından uygulamaya konulacağını; kendilerinin bu planı erteletme girişimlerinin başarısız kaldığını; bu noktadan sonra Kıbrıs'ta ortaya çıkabilecek kanlı olaylardan Yunanistan'ın değil Kıbrıslı Rum temsilciler sorumlu olacağını; harekete geçmeden önce antlaşmalar konusunda Makarios'un rızasını aldıklarını ve son dakikaya dek bir şey yapılmazsa vahim tehlikelerin söz konusu olacağını anlattı", açıklamalar için bkz. Evangelos Averoff-Tossizza, *Lost Opportunities, The Cyprus Question 1950 - 1963* (New York, New Rochelle, 1986), 349; ayrıca bkz. Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 82.

³⁵ Toluner, *Toluner Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*, 127 - 128; Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 176.

nızca bir neden sunar³⁶. Bu nedene sahip olan taraf gerekçesini ileri sürer, bunun üzerine tarafların ortak rızası ile andlaşma hükmünün/hükümlerinin değiştirilmesi ya da andlaşmanın sona erdirilmesi yoluna gidilir. Buradan bir netice elde edilememesi halinde B.M. Şartı m. 2/3 gereği, barışçıl yollarla bir netice elde edilmeye çalışılır³⁷. Şu halde; Rum tezinin o dönemde ortaya koyduğu üzere, Andlaşma'nın sona erdiği ya da değiştiği iddiasının hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır³⁸.

- Devlete baskı yolu andlaşma akdedilmesi Sözleşme m. 52'de düzenlenmiştir. Bu kapsamda B.M. Şartı'na geçirilmiş olan uluslararası hukuk ilkelerini ihlal edecek şekilde kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak veya kuvvet kullanmak suretiyle akdedilen andlaşma batıldır³⁹. Sözleşme öncesinde; doktrin görüşlerine, devlet uygulamalarına ve Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1966 yılındaki Taslak hükümler konusundaki yorumlarına bakılarak, bu kuralın 1969 yılından önce ortaya çıktığı ve genel olarak uluslararası hukuktaki kuvvet kullanma yasağının evrimiyle doğrudan ilintili olduğu söylenebilir. Gerek Milletler Cemiyeti Misakı, gerekse Briand-Kellog Paktı (*Paris Paktı*) ile bu yolla elde edilecek olan andlaşmaların artık geçerli olmayacakları hüküm altına almıştır⁴⁰. İkinci Dünya Savaşı ertesinde oluşturulan savaş suçları mahkemelerinin saldırı savaşını suç olarak tanımlamaları, BM Şartı m. 2/4'te kuvvet kullanımı ve tehdidinin yasaklanması ve genel olarak BM'nin uygulamaları, bu kuralın gelişimine destek olmuştur⁴¹. Bu geçersizlik nedeninin, BM Şartı'nın yürürlüğe girmesinden sonra yapılan tüm andlaşmalar bakımından teamül niteliğini haiz bir kural olduğu açıktır⁴². Uluslararası Adalet Divanı 1973 yılındaki *Balıkçılık Davası Kararı*'nda, hem Sözleşme m. 52'ye hem de BM Şartı'na atıfta bulunarak bu kuralın teamül niteliğini haiz olduğunu açıklamıştır⁴³. Bu yönü-

³⁶ Bu yaklaşım Uluslararası Hukuk Komisyonunun çalışmalarına yansımıştır, bkz. United Nations, *Yearbook of International Law Commission 1966*, 262; Doktrin görüşleri için bkz. McNair, *The Law of Treaties*, 208; Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 72, 77.

³⁷ Uluslararası Hukuk Komisyonu, bu yöntem ile yükümlülüklerinden kurtulmayı sağlayacak bir bahane biçiminde, geçersizlik, sona erdirmeye ya da askıya almanın keyfi biçimde ileri sürülmesi ihtimalini ortadan kaldırmak istemiştir, açıklamalar için bkz. United Nations, *Yearbook of International Law Commission 1966*, 262.

³⁸ McNair, *The Law of Treaties*, 208.

³⁹ Toluner, *Milletlerarası Hukuk (Giriş ve Kaynaklar) - Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından*, 188; Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, 145.

⁴⁰ Kuvvet kullanma yasağının tarihi gelişimi için bkz. Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk / Konu Anlatımı - Temel Belgeler - Örnek Kararlar* (Ankara, Savaş Yayınevi, 2018), 87; İlyas Doğan, *Devletler Hukuku* (Ankara, Astana Yayınları, 2013), 136; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk* (Ankara, Turhan Kitapevi 2018), 553; Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı* (Ankara, Seçkin, 2022), 369; Toluner, *Milletlerarası Hukuk (Giriş ve Kaynaklar) - Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından*, 188.

⁴¹ United Nations, *Yearbook of International Law Commission 1966*, 246.

⁴² United Nations, *Yearbook of International Law Commission 1966*, 247.

⁴³ Uluslararası Adalet Divanı, "Balıkçılık Davası", 2.2.1973, 24. Paragraf, 055-19730202-JUD-01-00-EN.pdf (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

le taraflara uygulanması söz konusudur. Devletlere yönelik uygulanan baskı ya da baskı tehdidinin, ekonomik ve siyasal zorlamaları kapsamadığını ve silahlı baskıyla sınırlı olduğu açıktır. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun m. 52 kapsamında verdiği örneklerin tamamı “silahlı” eylemleri içermektedir⁴⁴. Kıbrıs sorunu özelinde açıklamalara devam etmek gerekirse; Rum lider Makarios 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın geçersizliğini ileri sürerken bu Andlaşmalar'ın “Kıbrıs halkına zorla kabul ettirildiklerini” ileri sürmüştür⁴⁵. Aynı dönemde Kıbrıs Rum Temsilcisi B.M. oturumunda, Andlaşmalar'ın imzalanması bakımından koşulların serbest iradeyi dışladığını ifade etmiştir⁴⁶. Nitekim Ada'da çoğunluğu oluşturan Kıbrıs Rum halkına, bu Andlaşmalar'ı kabul etmeleri amacıyla bazı tehditler yöneltilmiştir. Bunlardan ilki, Yunanlı temsilcilerin Andlaşmalar'ın kabul edilmemesi halinde Kıbrıs sorununa dair mücadeleyi yalnız yürütmek zorunda kalacaklarını Kıbrıslı Rum temsil heyetine söylemeleridir⁴⁷. İkincisi; İngiltere tarafından yürürlüğe konulacağı ilan edilmiş olan ve Kıbrıslı Rumlar tarafından Ada'yı taksime götüreceği düşünülen Macmillian Planı'dır. Yunanistan Dışişleri Bakanı Averoff, Andlaşmalar'ın kabul edilmemesi halinde bu planın yürürlüğe gireceğini belirterek Kıbrıslı Rum temsilcileri uyarmıştır⁴⁸. Fakat bu tehditlerin hiçbirisi, 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın

⁴⁴ United Nations, *Yearbook of International Law Commission 1966*, 246; Sözleşme m. 52, BM Şartı m. 2/4 ile birebir ilintilidir. Bu kapsamda Şart m. 2/4'te yer alan kuvvet kullanma yasağının ne anlam teşkil ettiği bakımından BM Genel Kurulu'nun Saldırının Tanımına Dair Deklarasyonu incelenebilir. İlgili Deklarasyon'da verilen örneklerin tamamı “silahlı saldırıya” ilişkindir. Şu halde m. 2/4, ekonomik ve siyasal baskıları içermemektedir, bkz. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 3314(XXIX) sayılı Karar, 14.12.1974 Tarih, m. 1, Introductory Note - Elizabeth Wilmshurst, Fellow of the Royal Institute of International Affairs at Chatham House, Professor of International Law at University College London, United Kingdom - English, (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

⁴⁵ Doktrindeki bazı görüşlere göre 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın, bağımsızlıktan önce ve bağımsızlığın ön koşulu olarak Kıbrıs halkına zorla kabul ettirildiği ileri sürülerek Sözleşme'nin devlete baskı hükümlerinin uygulama alanı bulduğu kabul edilmiştir, açıklamalar için bkz. Ingrid Detter De Lupis, *International Law and Independent State* (England, Gower, 1989), 195; Bununla birlikte 1959 - 1960 Andlaşmaları akdedildiği dönemde, ortada “Kıbrıs Cumhuriyeti” diye bir devlet bulunmamaktadır. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kuruluş tarihi olan 16 Ağustos 1960'dan sonra, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin taraf statüsü konusunda hiçbir duraksama bulunmamaktadır. Fakat bu durum, yani hazırlık çalışmaları sırasında Kıbrıs devletinin bulunmayışı bazı yazarlarca ileri sürüldüğü gibi, devlete karşı kuvvet kullanımı yahut tehdidiyle andlaşma akdedilmesi yasağı getiren kuralın uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Türk ve Rum liderler, o tarihte var olmayan Kıbrıs devletinin yasal temsilcileri olabildiklerine göre, Ada'da yaşayan Kıbrıslı Türk ve Rum halkları, aynı devletin halkları olarak kabul edilebilmelidirler. Bu halklara kuvvet tehdidi ya da kullanımıyla, yasal temsilcileri durumundaki kişilerin andlaşmayı imzalamak zorunda bırakılması, sözü edilen yasağın uygulanmasını gündeme getirebilecektir, açıklamalar için bkz. Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 116.

⁴⁶ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 1098. Toplantı, 27.02.1964 Tarih, 108. Paragraf, Security Council official records, 19th year, 1098th meeting, 27 February 1964, New York (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

⁴⁷ Averoff, *Lost Opportunities, The Cyprus Question*, 349; Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 117.

⁴⁸ Ehrlich, *International Crises and the Role of Law; Cyprus, 1958-1967*, 50; Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 117.

geçersizliğinin ileri sürülebilmesi bakımından yeterli değildir. Yukarıda değinildiği üzere, hem Kıbrıs uyuşmazlığına uygulanabilecek uluslararası hukuk kuralları hem de Sözleşme bakımından bu türden tehditler ve baskı girişimleri yasaklanmamıştır. “Siyasal baskı” başlığı altında ele alınabilecek olan bu tür davranışlar, uluslararası hukuk tarafından andlaşmaların geçersiz kılınmasını sağlayacak nedenlerden biri olarak kabul edilmemektedir. Hazırlık çalışmaları sırasında Kıbrıs halklarına yönelik fiziki ve askerî bir kuvvet kullanımı söz konusu olmamıştır⁴⁹. Kaldı ki, ileri sürülen bu geçersizlik nedeni; andlaşmaları sona erdirmez, andlaşmaları değiştirme ya da sona erdirme için yalnızca bir neden sunar. Değişim ya da sona erdirme için bir üst paragrafta yapılan açıklamalar, bu kısım içinde geçerlidir.

- Devlete baskı yoluyla andlaşma akdedilmesi üzerine “*eşit olmayan andlaşma*” görüşü ortaya atılmıştır. Doktrinde bazı görüşlere göre devlete baskı yoluyla bir andlaşmanın akdedilmesi ile eşit olmayan andlaşma aynı anlama gelmektedir⁵⁰. Ancak eşit olmayan andlaşmaya ilişkin tanımlama yapılırken genel kurallardan bahsetmek yerine spesifik örnekler üzerinden nitelendirme yapılmıştır. Bu konuda verilen örneklerden birisi 1959 - 1960 Andlaşmaları’dır. Doktrinde de karşılık bulan Rum tezine göre bu Andlaşmalar, eşit olmayan andlaşmalardır. Temel gerekçe ise bağımsızlığını yeni kazanmış bir devletle ilgili olması, ülkesel egemenliğe sınırlamalar getirmesi ve askeri üslerin kuruluşuna hizmet etmesinden ileri gelmektedir⁵¹. Eşit olmayan andlaşma görüşü içerisinde “*devletin temel hakları*” yaklaşımı ortaya atılmıştır. Bu kapsamda devletin bazı temel hakları sayılmış, bunlar arasında, devletlerin egemen eşitliğine ve self determinasyon hakkına özel önem verilmiştir⁵². Şu halde devletin temel hakları olarak beliren egemenlik ve self determinasyon haklarına hanel getirecek andlaşmalar geçersiz sayılacaktır. Bu çerçevede ileri sürülen gerekçelerden biri BM Şartı’na aykırılıktır. Zira egemen eşitliği ile self determinasyon hakkı BM Şartı’ndan ileri gelmektedir. Genel açıklamalar bu şekilde olmakla birlikte; eşit olmayan andlaşma görüşü kurallaşamamıştır. Zira gerek doktrindeki görüş ayrılıkları ve objektif kriterlerin geliştirilememiş olması gerekse andlaşmaların istikrarına gelebilecek olumsuz etkiler, bu yaklaşımın uluslararası hukuk kuralları arasında yer almasını engellemiştir. Devletlerin andlaşmalar konusundaki uygulamaları ile

⁴⁹ “*Ada’nın günlük yaşamının bir parçasını oluşturmakla birlikte, 16 Ağustos 1960 öncesi şiddet eylemleri, bu Antlaşmaların kuvvet kullanımıyla elde edildiğini söyleyebilmemiz için yeterli değildir*”, açıklamalar için bkz. Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 117.

⁵⁰ De Lupis, *International Law and Independent State*, 195; Bir başka tanım şu şekildedir: “*Uluslararası hukukta eşitliksiz andlaşmadan kasıt; siyasi, ekonomik ve askeri baskılar sonucu bir tarafın başka bir tarafta elde ettiği karşılıklı ve dengeli olmayan bir andlaşma olmaktadır*”, açıklamalar için bkz. Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 175.

⁵¹ De Lupis, *International Law and Independent State*, 196.

⁵² Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 110.

Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasındaki tutumları ve aynı Sözleşme'nin hükümleri, eşit olmayan andlaşma yaklaşımının kabul edilmediği sonucunu vermektedir. Şu halde Makarios tarafından ileri sürülen bu geçersizlik nedeni en fazla "siyasi tehdit" olarak nitelendirilebilir ki, buna dayalı andlaşmaların geçersizliği ileri sürülemez⁵³.

- Bir andlaşmanın esaslı şekilde ihlali, İttifak Andlaşması'na yöneltilen geçersizlik nedenidir. Bu geçersizlik nedeni, Sözleşme m. 60'da yer almaktadır. İlgili maddede esaslı ihlal terimi tanımlanmıştır. Buna göre, bir andlaşmanın esaslı bir şekilde ihlâlî, bahse konu andlaşmanın inkârı ya da konu ve amacının gerçekleştirilmesi bakımından hayati öneme sahip bir hükmünün ihlâl edilmesiyle ortaya çıkar. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Taslak hükümleri içerisinde m. 57'de yer alan bu geçersizlik nedeni, ilgili Konferans sırasında Genel Komite önüne gelmiş ve burada oybirliğiyle kabul edilmiştir⁵⁴. Doktrindeki ağırlıklı görüş, Uluslararası Adalet Divanı'nın bu geçersizlik nedenini teamül kuralı olarak kabul ettiği yönündedir. Nitekim Divan; Namibya kararında, bu kuralın oy birliği ile kabul edilmesine vurgu yapmıştır⁵⁵. Bu vurgu, Divan tarafından bu geçersizlik nedeninin teamül niteliği haiz kabul edildiği sonucunu ortaya koymaktadır⁵⁶. Kıbrıs sorunu üzerinden devam etmek gerekirse Rum lider Makarios, İttifak Andlaşması'nın esaslı şekilde ihlal edildiğinden bahisle bu Andlaşma'nın sona erdiğini ileri sürmüştür. Olaylar şu şekilde gelişmiştir: 4 Mart 1964 tarihli B.M. Güvenlik Konseyi Kararı'nın ertesinde Makarios, Türkiye ve Yunanistan başbakanlarına mektup göndermiş, bu mektuplarla, Türk ve Yunan birliklerinin İngiliz komutası altında görev yapmasına ilişkin mutabakatın, oluşturulan B.M. Barış Gücü nedeniyle sona erdiğini belirtmiş, netice olarak bu kuvvetlerin kamplarına geri dönmelerini istemiştir. Buna karşılıklı Türkiye; Türk Birliği'nin Ada'da ki barış ve güvenliği sağlamak amacıyla kamplarını terk ettiğini, bu eylemin önceden oluşturulan üçlü askerî kuvvetle bir ilgisi bulunmadığını ve düzen sağlanana dek burada kalacaklarını belirterek, Makarios'un isteğini reddetmiştir⁵⁷. Makarios bu kez 4 Nisan 1964'te yeni bir mektupla, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin İttifak Andlaşması'nı, kendisi ile

⁵³ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 175.

⁵⁴ Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 126.

⁵⁵ "İhlâl nedeniyle andlaşma ilişkisinin sona erdirilmesi konusunda Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nce yürürlüğe konulan kurallar (ki karşı oy olmaksızın kabul edilmiştir) pek çok açıdan, bu konuda var olan teamül hukukunun kodifikasyonu olarak değerlendirilebilir. Bu kurallar ışığında, bir andlaşmanın sadece esaslı ihlâlî bunun sona erdirilmesini haklı kılabılır ki; bu ihlâl şu şekilde tarif edilmiştir: (a) bu Sözleşme tarafından yaptırma tâbi tutulmayan bir antlaşmanın inkârı veya (b) antlaşmanın konu ve amacının gerçekleştirilebilmesi bakımından esas olan bir hükmün ihlâl edilmesi (m. 60, paragraf 3) (...)" Uluslararası Adalet Divanı Raporları, 1971, 47, 94. Paragraf.

⁵⁶ Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 126.

⁵⁷ Keesing's Contemporary Archives, 1963 - 1964 Vol. 14 (Bristol: Keesing's Publication Limited (of London), 1963), 20121.

Türkiye arasında sona erdirdiğini bildirmiştir. Aynı mektupta; Türk Birliği'nin pozisyonunu değiştirmemesi İttifak Andlaşması'nın esaslı ihlâli olarak nitelendirilmiş, Türk Birliği'nin mevcut konumuyla Cumhuriyet'in bütünlüğünü tehdit ettiği iddia edilmiştir⁵⁸. Türkiye tarafından 5 Nisan 1964'te yapılan açıklamada, Makarios'un bu açıklamasının dikkate alınmadığı, Lefkoşa'daki Türkiye büyükelçisinin Anayasa'ya aykırı bu notayı kabul etmediği bildirilmiştir⁵⁹. İttifak Andlaşması'na taraf olmamakla birlikte İngiltere, Anayasa'yı garanti eden Andlaşma'nın tarafı olarak, sona erdirmiş işleminin geçerli olmadığını savunmuştur⁶⁰. Bu kapsamda Makarios tarafından ileri sürülen Rum tezinin hukuki dayanaktan yoksun olduğu açıktır. Şöyle ki; yukarıda da açıklandığı üzere İttifak Andlaşması'nın, iki ana amacı bulunmaktadır. a) *barışı sürdürerek, tarafların ortak savunmaları için işbirliği yapmak*; b) *Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlığına ya da ülke bütünlüğüne karşı yöneltilen doğrudan veya dolaylı her saldırı ve saldırganlığa karşı koymak*. Bu kapsamda; Türk Birliği'nin Ada'da bulunacağı coğrafi konumu belirleyen hüküm, andlaşmanın konu ve amacının gerçekleştirilmesi bakımından zorunlu değildir. O kadar ki, İttifak Andlaşması'nın ana metni bu konuyu açıklığa kavuşturmamış, sonraki bir mutabakatta belirlenmesine hükmetmiştir. Bu nedenle, bu hükmün ihlâli, İttifak Andlaşması'nın esaslı ihlali olarak kabul edilemez⁶¹. Yanı sıra Dışişleri Bakanları Komitesi'nin 1961 yılında aldığı Karar; "*Türk ve Yunan Tugaylarının mevcut kampları, Bakanlar Komitesince aksi kabul edilmedikçe ya da aksi kabul edilinceye dek, daimi kampları olarak kabul edilecektir*" hükmünü içermektedir. Bu hüküm andlaşma hükmü olmamakla birlikte doktrinde, sonraki uygulama olarak kabul edilmektedir⁶². Bu nedenle ortada esaslı ihlal değil, sıradan bir ihlal söz konusudur. Kaldı ki; o dönemde Kıbrıslı Rumlar tarafından tırmandırılan gerilim ve terör eylemleri, İttifak Andlaşması ile ulaşılmak istenen "*Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlığına ya da ülke bütünlüğüne karşı yöneltilen doğrudan bir saldırı*" niteliğindedir. Bu da Andlaşma'nın esaslı ihlali olarak kabul edilmelidir. Ayrıca Türk Birliği'nin önceki konumunu almaması nedeniyle, Andlaşma'nın esaslı ihlâlinin ortaya çıktığı kabul edilse dahi, Kıbrıslı Rumlar, bu ihlâlê dayanarak Andlaşma'yı sona erdirmiş imkânına sahip değildir⁶³. Nihayetinde Kıbrıs Rum tarafı, 1967 yılında 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın halen yürürlükte olduğunu kabul etmiştir. Bu durumda Sözleşme m. 45. akla getirilebilir. İlgili maddeye göre; bir devlet, andlaşmanın

⁵⁸ Keesing's Contemporary Archives, 1963 - 1964 Vol. 14, 20121.

⁵⁹ Keesing's Contemporary Archives, 1963 - 1964 Vol. 14, 20121.

⁶⁰ Keesing's Contemporary Archives, 1963 - 1964 Vol. 14, 20121.

⁶¹ Thomas Ehrlich, "Cyprus, the Warlike Isle: Origins and Elements of the Current Crisis", *Stanford Law Review* (1966): 1021 - 1098, 1051.

⁶² Ehrlich, *International Crises and the Role of Law; Cyprus, 1958-1967*, 108.

⁶³ Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 139.

geçersiz kılınması veya ihlâl nedeniyle sona erdirilmesi ya da askıya alınması konusunda bilgi sahibi olduktan sonra, açıkça ya da davranışlarıyla üstü kapalı biçimde, bahse konu andlaşmanın geçerli olduğunu ya da yürürlükte kalmaya devam ettiğini kabul etmişse, bu türden işlemlerle ilgili bir gerekçeye artık başvuramayacaktır. Daha açık bir ifade ile m. 45'te yer alan eylemler, geçersizlik gerekçesinden vazgeçildiği anlamına gelir⁶⁴.

- Garanti Andlaşması'na ilişkin ileri sürülen geçersizlik nedeni, Andlaşma m. 4'te düzenlenen kolektif ya da tek yanlı "*müdahale hakkı*" olarak gösterilmiştir. İlgili düzenlemede; Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bölünmezliği, bütünlüğü, güvenliği garanti altına alınmış, buna karşı yönelen eylemlere "*düzeni tekrar tesis etmektir*" sınırlı müdahale hakkı tanınmıştır⁶⁵. Bu hak, Andlaşma'nın taraflarına aittir. Kıbrıslı Rumlar, müdahale hakkının Andlaşma'nın geçersizlik nedeni olduğunu ileri sürmüş, bu durum 27 Şubat 1964'te B.M. Güvenlik Konseyi gündemine getirilmiştir. Kıbrıslı Rumlar, Garanti Andlaşması m. 4'ün tek yanlı kuvvet kullanma hakkı içermediğini, bu hususun başta B.M. Şartı m. 2/4'te yer alan kuvvet kullanma yasağı kapsamında bulunduğunu, yasağın jus cogens niteliğini haiz emredici bir hüküm olduğunu ileri sürmüş; B.M. Şartı m. 103 gereğince bunları içeren andlaşmaların geçersiz olduğunu savunmuştur⁶⁶. Bu tezin de hukuki dayanakta yoksun olduğu açıktır⁶⁷. *Birincisi*, müdahale hakkını içeren Andlaşma hükmü, tarafların rızası ile oluşturulmuştur⁶⁸. Bu esnada temsilcinin tehdit edilmesi ya temsilciye baskı kurulması söz konusu değildir. Buna ilişkin iddialar ispat edilememiştir. *İkincisi*, Kıbrıs Cumhuriyeti, Türk ve Rum toplumlarının

⁶⁴ Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 140.

⁶⁵ "Bu Andlaşmanın hükümlerinin ihlali durumunda, Yunanistan, İngiltere ve Türkiye, bu hükümlere uyulmasını sağlamak için gerekli olan teşebbüs ve tedbirler konusunda birbirlerine danışmak yükümlünü yüklenirler. Ortaklaşa ya da uyumlu bir hareket mümkün olamıyorsa, garanti eden üç devletten her biri, bu Andlaşmayla yaratılan düzeni yeniden kurmak münhasır amacıyla harekete geçmek hakkını saklı tutar", açıklamalar için bkz. Garanti Andlaşması m. 4.

⁶⁶ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 1098. Toplantı, 27.02.1964 Tarih, 94 - 106. Paragraflar; Aynı zamanda Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 180.

⁶⁷ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 180.

⁶⁸ "Kıbrıs devletinin iradesine ters düşen bir müdahalenin BM anlaşmasının kuvvet kullanmayı yasaklayan 2. madde 4. fıkrasına ters düştüğü, Garanti anlaşmasında öngörülen bu düzenlemenin BM anlaşmasının 103. maddesi ışığında hüküm ve sonuç doğuramayacağı iddiasına, Uluslararası Hukukun ağırlıklı olarak esnek hukuk (dispositiv) normlarından oluştuğu ve devletleri kendi iradesi ile (anlaşmalarla) egemenliklerine sınırlamalar yapabildikleri yanıtı verilmektedir. Meşru olmayan bir müdahalede ayırıcı özellik karşı iradedir. "Karşı irade" Kıbrıs Cumhuriyeti Devleti'nin Garanti anlaşmasında bir taraf olduğu gerçeği karşısında iddia edilemez. BM anlaşması BM'e üye olan devletlerin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı kuvvet kullanmasını ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmayı yasaklamıştır. Kıbrıs Garanti anlaşması tamamen aynı paralelde Kıbrıs Cumhuriyetinin toprak bütünlüğünü, bağımsızlığını temin etmek amacı ile bir müdahale hakkı kabul etmiştir. Kıbrıs Cumhuriyetinin bağımsızlığını, toprak bütünlüğünü koruma amacı ile, bu amaç matuf araç (müdahale) arasında tenakuz değil, paralellik vardır", açıklamalar için bkz. Arsava, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", 46; ayrıca bkz. Toluner, *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş ve Kaynaklar) - Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından*, 198.

arasındaki denge gözetilerek kurulmuştur. Bu dengenin/düzenin bozulması halinde müdahale hakkı söz konusudur. Şu halde müdahale, “düzenin tekrar tesis edilmesi” ile sınırlıdır⁶⁹. 1959 - 1960 Andlaşmaları ile kurulan düzenin tekrar tesis edilmesi söz konusudur. Bu düzenin kuvvet içermeyen bir şekilde yeniden tesis edilmesini beklemek “amaca uygun yorum” ve “etkili yorum” ilkelelerine aykırıdır. Zira maddede yer alan “düzenin tekrar tesis edilmesi” hükmünün etki doğurabilmesi, kuvvet kullanıma bağlıdır ve bu yetki rıza ile verilmiştir⁷⁰. Üçüncüsü, müdahale hakkını içeren 1959 - 1960 Andlaşmaları üzerine kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti, B.M. tarafından kabul alarak üye statüsüne haiz kılınmıştır. Şu halde, ilgili madde B.M. Şartına aykırı olsaydı, Kıbrıs Cumhuriyeti’nin üye yapılması düşünülemezdi⁷¹. Dördüncüsü, bu Andlaşmalar’ın geçerli oldukları, daha sonra Kıbrıslı Rumlar tarafından kabul edilmiştir. Şu halde Sözleşme m. 45 gereğince bu geçersizlik nedeninin ileri sürülmesi artık söz konusu olamaz⁷².

- Andlaşma şartlarında, andlaşmanın yapılması esnasında taraflarca öngörülemeyen, taraflardan kaynaklanmayan esaslı bir değişikliğin meydana gelmesi hususu bir geçersizlik nedenidir (*rebus sic stantibus*). Bu husus Sözleşme m. 62’de düzenlenmiştir. Uluslararası Adalet Divanı bir kararında bu geçersizlik nedenini teamül niteliğini haiz bir kural olarak kabul etmiştir⁷³. Andlaşma koşullarında

⁶⁹ “Kıbrıs Cumhuriyeti için uluslararası antlaşmalarca çizilmiş olan bu düzen, Ada’da yaşayan halkların self-determination hakkına ters değildir. Bu iki halk, self-determination haklarını Kıbrıs Cumhuriyeti devleti çatısı altında kullanmaya razı olmuşlardır. Bu razı oluş, bir uluslararası yükümlülükle pekiştirilmiştir. İki halkın anlaşması ve kendi geleceğini başka şekilde belirlemeye karar vermesi durumunda, gerek Garantör devletlerin, gerekse uluslararası toplumun karşı çıkması beklenemez. Fakat bu değişim, iki halkın ortak rızasıyla mümkündür. Bu yapı, hem iki halk, hem de uluslararası toplum (BM’ye bu haliyle üye kabul edilmesi nedeniyle) tarafından onaylanmıştır. Bu nedenle, Garanti Antlaşması’nın müdahale bakımından getirmiş olduğu sınır, yani yaratılan düzenin yeniden kurulması, iki halkın self determination hakkına ters değildir. Aksine, bir halkın, bir diğeri aleyhine self-determination hakkına başvurmasına veya kendi amaçlarını diğesine empoze etmesine engelidir. Bu nedenle, Kıbrıs’ta çatışmanın bir iç savaşa dönüşmüş olması, Garanti Antlaşması temelli bir müdahaleye engel oluşturmamalıdır. Çünkü bu tür bir müdahale, verilen rızanın sınırlarını aşmadığı, yani yaratılan düzeni yeniden kurmayı hedeflediği sürece, her iki halkın self-determination hakkının gerçekleşmesine ve uluslararası toplumun önceliklerine hizmet eder” açıklamalar için bkz. Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 199; Ayrıca bkz. Toluner, *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş ve Kaynaklar) - Prof. Dr. Sevin Toluner’in Ders Notlarından*, 198.

⁷⁰ Doktrinde ağırlıklı görüş bu şekildedir; David Wippman, “International Law and Ethnic Conflict on Cyprus”, *Texas International Law Journal* C. 31, S. 2 (1996): 141 - 181, 155; R. ST. J. Macdonald, “International Law and the Conflict in Cyprus”, *The Canadian Yearbook of International Law* (1981): 3 - 49, 7; Natalino Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity* (Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1985), 123; Toluner, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*, 93 - 94; Arsava, “Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, 46, Toluner, *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş ve Kaynaklar) - Prof. Dr. Sevin Toluner’in Ders Notlarından*, 198.

⁷¹ Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 209.

⁷² Benzer açıklamalar için Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, 145 - 147.

⁷³ Uluslararası Adalet Divanı, “Gabcikovo - Nagymaros Davası (Macaristan / Slovakya)”, 27.9.1997, 46, 99, ve 104. Paragraflar, 092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

esaslı değişiklik durumu geçersizlik için yalnızca bir neden sunar, andlaşmanın kendiliğinden sona ermesi sonucunu vermez⁷⁴. Kaldı ki Kıbrıslı Rumlar bu geçersizlik nedenini ileri sürmemiştir. Ayrıca bir devletin yükümlülüklerini yerine getirmemesi, bu geçersizlik nedenine başvurmasına engeldir. Rum tarafı, 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın gereğini yerine getirmeyip aynı zamanda andlaşma şartlarında esaslı bir değişikliği meydana geldiği iddiasında bulunamaz⁷⁵.

- Sonraki imkânsızlık nedeni, Sözleşme m. 61'de düzenlenmiştir. Bu neden, andlaşmanın konusuz kalması halinde geçerlidir. Kıbrıslı Rumlar, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin hukuki kişiliğinin var olmadığı gerekçesiyle 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın sona erdiğini ileri sürmüştür. Oysa Kıbrıs Cumhuriyeti'nin varlığı devam etmektedir⁷⁶. Ayrıca bu imkânsızlığın karşı tarafın yükümlülüklerini yerine getirmemesine bağlı olarak çıkmamış olması gerekmektedir. Oysa Kıbrıs'ta bu durum, Kıbrıslı Rumlar'ın 1959 - 1960 Andlaşmaları'ndaki yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmaları ve bunları değiştirmek istemeleri üzerine doğmuştur⁷⁷. Şu husus gözden kaçırılmamalıdır; 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın uygulaması kalmamıştır, ancak bu Andlaşmalar'ın sona erdiği ya da değiştiği anlamına gelmez. Kaldı ki bu neden, yalnızca geçersizliğin ileri sürülmesi için bir nedendir, andlaşmaların sona erdiğini ya da değiştiğini sonuçlamaz⁷⁸.

1963 yılı itibariyle Rum tarafı, 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın geçersiz kılınmaları amacıyla B.M. Güvenlik Konseyi'ne başvurmuştur. Konsey; bu Andlaşmaların ancak ilgili taraflarca değiştirilebileceğine ya da sona erdirilebileceğine hükmetmiştir. Andlaşmalar'ın feshi mümkün değildir. İlgili Andlaşmalar'da sona erme sebeplerini içeren hükümlere de yer verilmemiştir. Bu veriler ışığında Güvenlik Konseyi; Andlaşmalar'ın geçerliliğine, var olan sorunların barışçıl şekilde çözümlenmesine ve B.M. Barış Gücü'nün Adaya gönderilmesine karar vermiştir. Bu karardan sonra Kıbrıslı Rumlar Andlaşmalar'ın geçerli olduğunu kabul etmiştir. Bu kapsamda, Kıbrıslı Rumlar'ın Sözleşme m. 45 gereği ileri sürülen geçersizlik nedenlerine artık başvuramayacakları açıktır.

III. 1963'TEN SONRA 1959 - 1960 ANDLAŞMALARINA YÖNELTİLEN GÖRÜŞ: ZARURET HALİ

A. 1963'TEN SONRA ADA'DA MEYDANA GELEN OLAYLAR

1959 - 1960 Andlaşmaları üzerinden şekillenen 1960 Kıbrıs Anayasası, iki toplumun self determinasyon hakkının yansması olarak bir denge düzeni te-

⁷⁴ Doktrindeki ağırlıklı görüş budur, bkz. Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 180; Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 212.

⁷⁵ Ehrlich, *International Crises and the Role of Law; Cyprus, 1958-1967*, 53.

⁷⁶ United Nations, *Yearbook of International Law Commission 1966*, 256.

⁷⁷ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 181.

⁷⁸ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 181.

sis etmiştir. Ancak Kıbrıslı Rumlar, Türk tarafına azınlık statüsü vererek Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olarak hareket etmek istemiştir⁷⁹. Bu kapsamda, Kıbrıs Cumhurbaşkanı Makarios tarafından 30 Kasım 1963'te 13 maddelik Anayasa'yı değiştirme talepleri ileri sürülmüş, ancak bu talep Kıbrıslı Türkler tarafından reddedilmiştir⁸⁰. Bunun üzerine Rumlar, Türkler'in Kıbrıs'tan atılmasını ve yok edilmesini öngören “*Akritas Planı*”nı uygulamaya koymuşlardır⁸¹. Daha açık bir ifade ile Türk tarafına şiddet eylemleri gerçekleştirme, Türk tarafını yönetimden dışlama ve Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olma sürecini başlatmışlardır. Takip eden paragraf dizisinde bu olaylara kapsamlı şekilde değinilmiştir.

Kıbrıslı Rumlar, 21 Aralık 1963'te tarihe “*Kanlı Noel*” olarak geçecek soykırım hareketini başlatmıştır⁸². Kıbrıslı Türkler yaşadıkları yerleri terk ederek, iletişim imkânlarından yoksun bir şekilde Ada'nın %3'lük bir bölümünde yaşamak zorunda bırakılmıştır. Aynı zamanda Kıbrıslı Türkler, devlet organlarından dışlanmış, bu şekliyle Kıbrıs'ın denge düzeni yok edilmiştir⁸³. 1 Ocak 1964'te Rum lider Makarios, 1959 - 1960 Andlaşmaları'nı tek tarafı feshettiğini açıklamıştır⁸⁴. Bu açıklama Kıbrıslı Rumlar'ı, saldırılar konusunda cesaretlendirmiştir. Yoğun Rum saldırıları üzerine Türkiye, 13 Şubat 1964'te B.M. Güvenlik Konseyi'ne başvurmuştur. Güvenlik Konseyi; 4 Mart 1964 tarihli bir Karar ile Kıbrıs'ta olayları ön-

⁷⁹ “Kıbrıslı Rumlar, 1960 Kıbrıs Cumhuriyetinin kuruluşuna kadar hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde Enosis temel tezini savunmuşlardır. ... Türkiye'nin 1974 harekâtından sonra Enosis tezlerinin gerçekçi olmayacağını anlayarak, 1960 Kıbrıs Cumhuriyetinin Adadaki teklifini ve varlığını sürdürdüğü tezine tekrar sarılmıştır. 1.1.1974'de B.M. Genel Kurulunun aldığı bir kararla Kıbrıs Cumhuriyetinin varlığına saygı gösterilmesinin istenmesinden de kuvvet alarak, Kıbrıs Rum Yönetimi Kıbrıs Cumhuriyeti adına hareket etmeye başlamıştır” açıklamalar için bkz. Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 171.

⁸⁰ “30 Kasım 1963'te Makarios, ayrı Türk belediyelerinin kurulması, devlet görevlerine Türklerin %30 oranında alınması, Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısının veto hakkını kullanması, Türk Cemaatine tanınan hakların sınırlandırılması gibi konuları içeren Kıbrıs Anayasası'nın 13 maddesinin değiştirilmesine yönelik teklifini Türk tarafına ve diğer garantör devletlere sunmuştur. Kıbrıslı Türkleri azınlık statüsüne düşüren bu teklif, Türkiye ve Kıbrıslı Türkler tarafından reddedilmiştir. Böylece Makarios, 3 yıllık uzlaşma ortamını yeniden soruna dönüştürmüştür”, açıklamalar için bkz. Müge Vatansver, “Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 12 (2010): 1487 - 1530, 1512; Değiştirilen 13 maddeye ilişkin açıklamalar için bkz. Zübeyde Hacıbekiroğlu, *Kıbrıs Sorunu ve Tarafların Tutumu* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Bölümü. İstanbul, 1995), 14.

⁸¹ Bu plan, ani ve toplu bir saldırıyla Kıbrıslı Türklerin kökünü kazımaya yönelik etnik bir temizlik harekâtını öngörmekteydi, açıklamalar için bkz. Vatansver, “Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi”, 1512.

⁸² “24 Aralık tarihine kadar Rumlar, 24 Türk'ü öldürmüş, 40 Türk'ü de yaralamışlardır”, açıklamalar için bkz. Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 155.

⁸³ Vatansver, “Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi”, 1513.

⁸⁴ “Bu gelişmeler üstüne Türkiye, antlaşmaların çiğnendiği gerekçesiyle müdahaleye hazırlandı, fakat 5 Haziran 1964'te ABD Başkanı Johnson'dan mektup geldi. Türkiye açısından çok üzücü olan bu mektuptaki tehditler müdahaleyi durdurdu. Bu şekilde, 1960 Garanti sistemi işlemeze hale getirilmiş oldu”, açıklamalar için bkz. Vatansver, “Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi”, 1513.

lemek amacıyla B.M. Barış Gücü kurularak adaya gönderilmesi ve B.M. Genel Sekreterliği'nin sorunun çözümüne katkı sağlayacak bir arabulucu atanması kararı almıştır⁸⁵. Ancak ilgili kararda “*Kıbrıs Hükümeti'nden*” şiddet ve kan dökülmesini önleyecek her türlü tedbirin alınması talep edilmiştir. Karar'daki “*Kıbrıs Hükümeti*” ifadesi, daha sonra Rum Yönetimi'nin “*Yasal Kıbrıs Hükümeti*” olarak tanınmasını sağlamıştır⁸⁶. Bu Karar'a Türkiye de olumlu oy verdiği için uluslararası toplum, Kıbrıs Devleti'nin tek ve yasal temsilcisi olarak Kıbrıs Devleti'ni ele geçiren Rum Yönetimi'ni tanımıştır. İlgili Karar'da, tarafların her türlü kuvvet kullanımından kaçınmaları vurgulanarak Garanti Andlaşması işlevsiz hale getirilmiştir. Zira bu Karar Kıbrıs'ta bozulan düzenin resmen tanınması anlamına gelmektedir. Güvenlik Konseyi kararında yer alan “*kuvvet kullanımından kaçınılması*” ibaresi, Türkiye'yi hedef almaktadır. Ancak Türkiye, Garanti Andlaşması'nda yer aldığı şekliyle “*düzeni yeniden tesis etme*” amacı ile sınırlı bir müdahale yapmak amacındadır. Bunu saldırganlık olarak nitelendirmek hatta B.M. Şartı m. 103'e aykırı görmek hukuksuz bir karar olmuştur. Nihayetinde Güvenlik Konseyi, 1959 - 1960 Andlaşmaları ile kurulan düzenin Kıbrıslı Rumlar tarafından bozulmasını, bunun neticesi olarak Türklerin katledilmesini içeren hiçbir açıklamaya yer vermemiştir. Bunun yerine Kıbrıslı Rumlar'ın idaresindeki Kıbrıs Cumhuriyeti'nden anlaşılmayacak bir biçimde tedbirler almasını istemiştir⁸⁷.

Güvenlik Konseyi Kararı, Kıbrıslı Rumlar'ı daha da cesaretlendirmiştir. Bu kapsamda Kıbrıslı Türkler; devlet organı (*Cumhurbaşkanı Yardımcılığı, Bakanlık, milletvekilliği, yüksek mahkeme üyelikleri vs.*) ve kamu idaresi içerisindeki görevlerinden dışlanmışlar, Rumlar Ada'da tek başlarına bir idare oluşturmuşlardır⁸⁸. Bu dönemde “*Rum Millî Muhafız Ordusu*” adı altında bir ordu da kurmuş-

⁸⁵ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 186 sayılı Karar, 4.3.1964 Tarih Resolution 186 (1964) / (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024); Rumlar, Birleşmiş Milletler Barış Gücü Ada'ya gelmeden önce mümkün olduğu kadar çok Türk köyünü ele geçirmek için saldırılarını arttırmışlardır. Birleşmiş Milletler Barış Gücü ancak 27 Mart'ta görevine başlayabilmiştir. Bu dönemde, 103 köyden on binlerce Türk göç ederken 500'ün üzerinde şehit verilmiştir. Bu tarihten itibaren Kıbrıs Türk halkı, devletin tüm organlarındaki görevlerinden dışlanmış ve ambargoya maruz bırakılmıştır. Ada'daki Türkler, ancak kendilerine ulaşabilen Kızılay yardımları ile ayakta kalabilmiştir.

⁸⁶ Vatansız, “Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi”, 1514.

⁸⁷ “*Burada bir özeleştiriyi yapmak gerekmektedir. Aralık 1963 tarihinde Rum saldırıları başladığında Türkiye'den Kıbrıs Cumhuriyetindeki hükümet ve parlamentosundaki Türk yetkililere can güvenlikleri tehlikede olduğu gerekçesiyle orayı terk etme talimatı verilmiştir. Ancak içlerinden çıkıp biri dahi, “BM'nin tanıdığı bir devleti Rumlara teslim ediyoruz” diyememiştir. Yukarıda anlatıldığı üzere Güvenlik Konseyi kararıyla muhatap olarak Rumların egemen olduğu Kıbrıs cumhuriyetini alınca, Türkler hatasının farkına varmış Ağustos 1964 tarihinde geri dönmeye kalktıklarında Makarios Türk yetkililere anayasanın 71 maddesinin b fıkrası gereği istifa ettiklerini hatırlatarak dönüşlerini kabul etmemiştir. Rumların Kıbrıs yönetimini bu kadar kolay ele geçirmesi ile birlikte anayasa da hukuk dışı değişimler yapmış, Türkiye bunun üzerine BM'ye dahi şikâyetle bulunamamış ve sadece protesto etmekle yetinebilmiştir*”, açıklamalar için bkz. Baransel Mızrak, *Kıbrıs Sorununa İlişkin Türk Tezlerinin Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Analizi* (Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Kocaeli, 2015), s. 81.

⁸⁸ Hacıbekiroğlu, *Kıbrıs Sorunu ve Tarafların Tutumu*, 15.

lardır. Rum tarafı bu düzenlemelerin hukuksal gerekçesini zaruret haline dayandırmış, getirilen düzenlemelerin geçici olduğunu, 1959 - 1960 Andlaşmaları'na dayalı düzen tekrar tesis edilinceye kadar bu düzenlemelerin yürürlükte kalacaklarını açıklamıştır.

Bu değişikliklerin ardından Kıbrıslı Rumlar, Türk toplumunu Kıbrıs Cumhuriyeti yönetiminden dışlamaya/şiddet ile sindirmeye devam etmiştir. Bu kapsamda Barış Gücü'nün Ada'ya ulaşmasından sonra da şiddet hareketleri devam etmiştir⁸⁹. Bunlardan en önemlisi, 15 Kasım 1967'te Rum - Yunan Ordusu'nun Geçitkale ve Boğaziçi köylerine yaptığı saldırılar olmuştur⁹⁰. Rum tarafı, Barış Gücü askerlerinin gözleri önünde 28 Türk'ü öldürmüştür. Askerler birçok Türk köyünü yağmalamış ve köylülere esir almıştır. Bu saldırı üzerine Türk savaş uçakları saldırıların yapıldığı bölgelerde uçuşa başlamış, Türk donanması Kıbrıs'a doğru açılmıştır. 17 Kasım 1967'de T.B.M.M. saldırıların devam etmesi durumunda Yunanistan ile savaş kararı almıştır. Bu tepki üzerine, Kıbrıslı Rumlar işgal ettikleri köylerden çekilmiş, Türk esirler serbest bırakılmış ve Yunanistan'ın gizlice Ada'ya soktuğu askerlerden pek çoğu geri döndürülmüştür⁹¹. Rumlar'ın tırmanan saldırılarının ardından Kıbrıslı Türkler tarafından 28 Aralık 1967 tarihinde "*Kıbrıs Geçici Türk Yönetimi*" ilân edilmiştir⁹². Bu ilanın nedeni Türk tarafının yönetimden dışlanması ve Kıbrıslı Rumlar'ın Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olduklarını iddia etmesinden ileri gelmiştir. Bu kapsamda Türk bölgelerinde yaşayan Türkler, Geçici Türk Yönetimi'ne bağlanmışlardır. Bu yapılanma ile Türk toplumunun yasama, yürütme ve yargı işleri düzenlenmiş ve federe bir devlet teşkilâtı tesis edilmiştir. Yönetim, 1959 - 1960 Andlaşmaları'na bağlı olduğunu ancak Andlaşmalar uygulanıncaya kadar kendilerinin görev alacağını ilan etmiştir⁹³. Dikkat edilirse Türk tarafı; 1959 - 1960 Andlaşmaları'na bağlı olduğu ancak Rum tarafının bu Andlaşmalar'ı zaruret haline dayanarak uygulamaması nedeniyle geçici bir yönetim kurduğu niyetini açıkça belirtmiştir.

21 Nisan 1967'de Yunanistan'da darbe olmuş, askeri cunta yönetimi ele geçirmiştir. Cunta hükümeti, Rum lider Makarios ile anlaşamaması üzerine 15 Temmuz 1974'de Ada'ya müdahale etmiştir. Darbe sonucunda yönetimi ele geçiren askerler, Kıbrıs Helen Cumhuriyeti'nin kurulduğunu açıklamıştır. Kıbrıslı Rumlar bu açıklamayı desteklemişlerdir. Bu darbe ile 1959 - 1960 Andlaşmaları ihlal edilmiştir. Bunun üzerine Türk Silâhlı Kuvvetleri, Garanti Andlaşması çerçevesinde 20 Temmuz 1974'te Kıbrıs Barış Harekâtı'nı başlatmıştır. Türk Birlikleri Kıbrıs'ta ilerlerken, B.M. Güvenlik Konseyi toplanarak ateşkes çağrısında

⁸⁹ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 155.

⁹⁰ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 155.

⁹¹ Vatansız, "Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi", 1514.

⁹² Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 156.

⁹³ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 156.

bulunmuştur⁹⁴. Türkiye bu çağrıya uyararak askerî harekâtı durdurmuştur. Kıbrıs'ta çözüm için 25 - 30 Temmuz 1974 tarihinde Cenevre'de toplanan Türkiye, İngiltere ve Yunanistan Dışişleri Bakanları'nın katıldığı konferansta, Türkiye'nin müdahalesinin Andlaşmalar'dan kaynaklandığı kabul edilmiştir. Bu konferansta, Kıbrıs'ta kurulan Özel Türk Yönetimi tanınmış ve Türk Silâhlı Kuvvetleri'nin Kıbrıs'ta varlığı kabul edilmiştir. Konferans; Türkiye'nin isteklerinin büyük bir kısmının kabul edilmesi ve bir protokol imzalanmasıyla sonuçlanmıştır. Üç ülkenin imzaladığı bu Protokol'de, Londra ve Zürih Andlaşmaları'nın hala yürürlükte bulunduğu konusunda mutabakata varılmıştır. Ayrıca, Kıbrıs Rumları' ve Türk birlikleri arasında bir güvenlik bölgesi oluşturulmasına, Rumlar'ın işgal ettikleri bölgelerden çekilmesine, karma köylerin güvenliğinin B.M. Barış Gücü tarafından sağlanmasına karar verilmiştir. Cenevre Protokolü'nün en önemli hükümlerinden biri, Kıbrıs Cumhuriyeti'nde fiilen Türk ve Rum olmak üzere iki idarenin mevcut bulunduğu taraflarca kabul edilmesidir. Bu şekliyle Kıbrıs'ta Türk Yönetimi'nin varlığı uluslararası bir belgeyle resmen tescil edilmiştir⁹⁵. 9 Ağustos 1974'te ikincisi düzenlenen Cenevre görüşmelerinde Türk tarafı, iki bölgeyi federasyon görüşüne dayanan yeni bir anayasal düzen oluşturulması tezini işlerken Kıbrıslı Rumlar anayasasının değiştirilemeyeceği görüşünü ileri sürmüştü, bunun neticesinde görüşmeler çıkmaza girmiştir⁹⁶. Ayrıca Birinci Cenevre görüşmelerinde öngörülen şartlar, Kıbrıslı Rumlar ve Yunanistan tarafından yerine getirilmemiştir. Rum ve Yunan askerleri Türk bölgelerinde kuşatmayı kaldırmamış, binlerce Türk'ü esir kamplarında tutmuş ve yer yer Türkler'e karşı toplu cinayetlerde bulunmuşlardır⁹⁷. Bu durum, Rumlar'ın ve Yunanistan'ın iyiniyetli olmadıklarını göstermiştir. Üstelik yeni çözüm müzakereleri öncesinde Türk Ordusu'nun Ada'dan çıkmasını ön koşul olarak ileri sürmüşlerdir⁹⁸. Türk tarafının yaptığı uzlaşma plânları da Kıbrıslı Rumlar tarafından reddedilmiştir. Dikkat

⁹⁴ Harekâtın yapıldığı gün Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi şu kararı almıştır: "*Uluslararası güvenlik ve barış için ciddi tehlikeye yol açan ve bölge üzerinde olağanüstü infiale müsait bir ortam yarattığından Birleşmiş Milletler ciddi bir endişe duymaktadır. Tüm devletlerin Kıbrıs Cumhuriyeti'nin toprak bütünlüğüne saygı duyması gerekir. Yabancı askerî müdahaleye derhâl son verilmelidir*", bkz. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 353 sayılı Karar, 20.07.1974 Tarih Resolution 353 (1974) / (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024); Bu Karar ile B.M., Kıbrıslı Rumlar'ın tek ve yasal temsilcisi olduklarını iddia ettikleri Kıbrıs Cumhuriyeti'ne saygı duyulmasını talep etmiştir. Bu şekliyle Kıbrıslı Rumlar'ın oluşturmak istedikleri sistem B.M. tarafından karşılık görmüştür.

⁹⁵ Birinci Cenevre Görüşmeleri olarak anılan bu görüşmelerle Kıbrıs'ta kurulan Özel Türk Yönetimi tanınmış, Türk Silâhlı Kuvvetleri'nin Kıbrıs'ta varlığı kabul edilmiştir. 30 Temmuz 1974 akşamı sana eren görüşmeler, Türkiye'nin isteklerinin büyük bir kısmının kabul edilmesi ve bir protokol imzalanmasıyla sonuçlanmıştır. Türk Barış Harekâtı'nın hukukî temelleri bu Protokol ile pekiştirilmiş ve Kıbrıs'ın yeni statüsünün kurulmasına doğru bir adım daha atılmıştır. Cenevre Protokolü'nün en önemli hükümlerinden biri, Kıbrıs Cumhuriyeti'nde fiiliyatta Türk ve Rum olmak üzere iki muhtar idarenin mevcut bulunduğu taraflarca kabul edilmesidir, benzer yönde açıklamalar için bkz. Pazarcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 156.

⁹⁶ Pazarcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 157

⁹⁷ Pazarcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 157.

⁹⁸ Pazarcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 157.

edilirse, Kıbrıslı Rumlar Ada'da ki Türkler'i dışlayan, onları yönetimden uzak tutan tutumlarından vazgeçmemiş ve hala Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi olduklarına dair iddiayı sürdürmüşlerdir. Bunun üzerine İkinci Barış Harekâtı 14 Ağustos 1974'te başlatılmıştır. Türkiye bu ikinci harekâtın gerekçesi olarak, özellikle birinci harekât sonunda Ada'da bulunan Türk Ordusu'nun güvenliği endişelerini belirtmiş ve ayrıca Yunanistan'ın B.M. Güvenlik Konseyinin 353 sayılı Kararı'na uymamasını göstermiştir. Harekât üzerine B.M. Güvenlik Konseyi ateşkes çağrısında bulunmuştur⁹⁹. Türkiye'nin ikinci askeri harekâtı 16 Ağustos 1973'te sona ermiştir.

Harekâttan sonra Ada'nın Türk bölgesinde iki yapılı federal yapıya esas olması için 13 Şubat 1975'te *Kıbrıs Türk Federe Devleti (K.T.F.D.)* kurulmuştur. Bu devletin Anayasası'nın, özünde Kıbrıslı Rumlar'la birlikte Federal Kıbrıs Cumhuriyeti kurulana ve 1960 Kıbrıs Anayasası da bu devletin anayasası olacak şekilde değiştirilene kadar Kıbrıs Türkleri'nin anayasası olacağı öngörülmüştür¹⁰⁰. Bu devletin kurulma sebebi, Kıbrıslı Türkler'in Kıbrıslı Rumlar tarafından anayasal haklarını kullanmaktan alıkonulması olarak açıklanmıştır¹⁰¹. Ancak nihai amacın iki bölgeyi bir federasyon çerçevesinde Kıbrıs Rum toplumuyla birleşmek olduğu teyit edilmiştir. Böylece ileride oluşturulması umulan federal devletin federal parçasının kurulduğuna işaret edilmiştir. Güvenlik Konseyi, K.T.F.D.'nin ilanını tek taraflı ilan olarak nitelendirmiş, bunun iki toplum arasındaki görüşmeleri tehlikeye düşürmesi riskinin altını çizerek Kıbrıs sorununa olumlu katkı sunmayacağına işaret etmiştir¹⁰².

Bu noktadan sonra her iki toplum arasında sayısız müzakereler gerçekleştirilmiştir. Bunlar arasında 2 Ağustos 1975 tarihli *Viyana Görüşmeleri*, 12 Şubat 1977 tarihli *Denktaş - Makarios Görüşmeleri*, 19 Mayıs 1977 tarihli *Denktaş - Kipriyanu İlkeleri* sayılabilir¹⁰³. Ancak müzakerelerden çözüm olarak tam bir netice elde edilememiştir. Ayrıca Kıbrıslı Rumlar'ın yoğun çabaları üzerine B.M. Genel Kurulu karar almış, Karar'ın içeriğinde Rumlar'ın Ada'nın tamamında egemenlik hakkının olduğu ve işgalci güç olarak nitelendirilen Türk birliklerinin Ada'dan çekilmesi ve K.T.F.D.'nin sona erdirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁴. K.T.F.D. ve Türkiye bu

⁹⁹ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 358 sayılı Karar 15.08.1974 Tarih Resolution 358 (1974) / (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

¹⁰⁰ K.T.F.D. Anayasası Geçici m. 1.

¹⁰¹ Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Son Başbakan Yardımcısı Rauf Denktaş tarafından 13 Şubat 1975 tarihinde bir Bildiri ile açıklanmıştır.

¹⁰² Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 367 sayılı Karar, 12.03.1975 Tarih, Resolution 367 (1975) / (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024); Doktrinde şu açıklamalar yapılmıştır: "K.T.F.D.'nin ilanı ile birlikte Kıbrıs Türk toplumu tanınma isteğinde bulunmadığından, Güvenlik Konseyi bu kararında K.T.F.D.'nin tanınmaması çağrısı yapma yoluna gitmemiştir", bkz. Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 159.

¹⁰³ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 159 - 160.

¹⁰⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 37/253 sayılı Karar, 13.5.1983 Tarih, nr042731.pdf (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

Karar'ı derhal reddetmiş ve K.T.F.D Meclisi, 17 Haziran 1983'te Kıbrıs Türkleri'nin self determinasyon hakkının olduğunu ilan etmiştir¹⁰⁵. Federe devlet statüsünün barış ve uzlaşma yolunu açmadığı, Rumlar'ın anlaşma niyeti taşımadıkları iyice anlaşılınca, Genel Kurul Kararı'nın da etkisiyle, Kıbrıslı Türkler tarafından self determinasyon hakkı kullanılarak, 15 Kasım 1983'te *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti* (K.K.T.C.) kurulmuştur. K.T.F.D. Meclisi tarafından aynı tarihte yayınlanan Bağımsızlık Bildirisi ve Kararı'nda K.K.T.C.'nin kuruluş amaçlarına yer verilmiştir¹⁰⁶. Bu kapsamda; 1959 - 1960 Andlaşmaları'na dayanan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin 1963 tarihinden itibaren niteliğini yitirdiği, Kıbrıs Rum Yönetimi'nin Türkler'i dışlayan bir ayrımcılık politikası yürüttüğü, ayrımcılığa karşın Türk toplumunun self determinasyon hakkına sahip olduğu, bu hususların iki eşit halkın kendi yönetimleri altında federasyon kurmalarına engel olmadığı belirtilmiştir. Yanı sıra 1959 - 1960 Andlaşmaları'na bağlı kalındığı yinelenmiştir.

B.M. Güvenlik Konseyi, K.K.T.C.'nin ilan edilmesini geçersiz saymış, Bağımsızlık Bildirisi'ni bölücülük olarak nitelendirmiş, Kıbrıs Cumhuriyeti'nden başka bir Kıbrıs devletini tanımama çağrısında bulunmuştur¹⁰⁷. Bu kapsamda K.K.T.C., Türkiye dışında hiçbir devlet tarafından tanınmamıştır¹⁰⁸. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 12 Kasım 1983 tarihli bir kararıyla K.K.T.C.'nin devlet ilanını bildirisini reddetmiştir. Türkiye ile K.K.T.C. arasında karşılıklı elçi ataması üzerine Güvenlik Konseyi her türlü ayrılıkçı eylemi kınamıştır¹⁰⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "*Loizidou Davası*" kapsamında Ada'da tek devlet olduğunu, onun da Kıbrıs Cumhuriyeti olduğunu, K.K.T.C.'nin tanınmadığını, bu-
raya karşı açılacak davaların Türkiye'ye yönetilmesi gerektiğini kabul etmiştir¹¹⁰.

¹⁰⁵ "Self-determinasyon hakkı egemen ve bağımsız bir devleti parçalamak için kullanılamaz. Ancak BM genel kurulunun 1970 tarih ve 2625 sayılı kararında belirtildiği gibi insan haklarına saygılı, genel iradede tüm halkın hakça temsilini temin eden bir devleti yıkmak veya parçalamak için kullanılamayan bu hak, bu ilkeleri çiğneyen otoriteye karşı rahatlıkla kullanılabilir. Bugün Kıbrıs'ta self-determinasyon hakkı iki ayrı topluma, Kıbrıs Türk ve Kıbrıs Rum topluluğuna geçmiştir. Ayrı ayrı kullanılan self-determinasyon hakkından dolayı kuzeyde bütün unsurları ile bir bağımsız devlet, güneyde de ayrı bir devlet ortaya çıkmıştır", açıklamalar için bkz. Vatanserver, "Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi", 1517, 93. Dipnot.

¹⁰⁶ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 161.

¹⁰⁷ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 541 sayılı Karar, 18.11.1983 Tarih, Resolution 541(1983) / (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

¹⁰⁸ "Bugün K.K.T.C., Devletlerin tanınmasının Devletin bir kurucu koşulu değil, onunla ilişkiye girmenin bir açıklayıcı koşulu olarak kabul edilmesi nedeniyle, yalnızca Türkiye tarafından tanınsa da varlığını hukuksal olarak sürdürmektedir", açıklamalar için bkz. Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 161.

¹⁰⁹ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 550 sayılı Karar, 11.05.1984 Tarih, Resolution 550(1984) / (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

¹¹⁰ Rum Yönetimi, Kıbrıs Cumhuriyeti adına iki başvuru yapmışlardır. İlki 19 Eylül 1974 tarihli 6780/74 sayılı başvurudur. İkincisi 21 Mart 1975 tarihli 6950/75 sayılı başvurudur. Bu iki başvuru neticesinde Rum Yönetimi, Türkiye'nin Barış Harekâtını Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na taşımıştır. Netice olarak Rum Yönetimi, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal hükümeti olduğu iddiasını kabul ettirmiştir, benzer açıklamalar için bkz. Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 162.

Nihayetinde Avrupa Birliği, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal hükümeti iddiasıyla G.K.R.Y.'nin 3 Temmuz 1990'da yaptığı tam üyelik adaylık başvurusunu kabul etmiş, Rum Yönetimi; Kıbrıs Cumhuriyeti sıfatıyla 2004 yılında Avrupa Birliği'ne üye olmuşlardır¹¹¹. Bu karar ile de K.K.T.C.'nin varlığı ve hatta Kıbrıs Cumhuriyeti içerisindeki Kıbrıslı Türkler'in durumu reddedilmiştir¹¹².

Kıbrıslı Rumlar, Türk toplumu ile birlikte yaşamayı ya da Ada'yı birlikte yönetmeyi asla istememişlerdir. Aksine Ada'yı tek başına yönetme iradesi ve politikası gütmüşlerdir. Nitekim K.K.T.C.'nin ilan edilmesinden sonra yürütülen sayısız müzakere görüşmeleri esnasında Kıbrıslı Rumlar bu niyetlerini gizlememiş, bu amaçlarına uygun koşullar ileri sürerek görüşmelerin neticesiz kalmasına vesile olmuşlardır. Bunlardan en önemlisi Kofi Annan Planı ve devamında yapılan referandumda ortaya çıkmıştır¹¹³. Dönemin B.M. Genel Sekreteri Kofi Annan, 11 Kasım 2002'de "Annan Planı" diye anılan "Kıbrıs Sorununun Kapsamlı Çözümü İçin Anlaşma Temeli" adlı önerisini taraflara sunmuştur. Bu Plan, yürütülen müzakereler çerçevesinde 13 Şubat 2004'te son halini almıştır. Plana göre Garanti ve İttifak Andlaşmaları yürürlükte kalacak ancak yeni duruma uyarlanacaktı. Kıbrıs Cumhuriyeti, bir bütün olarak yani hem Türkler'i hem Rumlar'ı ihtiva edecek şekilde Avrupa Birliği üyesi kabul edilecekti. Bu şartlar içerisinde iki toplumun oluşturacağı, iki kurucu devletten oluşan federal Kıbrıs Cumhuriyeti taslağı 24 Nisan 2004'te Ada'da referanduma sunulmuş, oylamaya Kıbrıslı Rumlar %75,8 oranında hayır, Kıbrıslı Türkler %65 oranında evet demiştir. Bunun üzerine 1 Mayıs 2004'te Kıbrıs Rum tarafı, "Kıbrıs Cumhuriyeti" adı altında Avrupa Birliği'nin üyesi olmuştur¹¹⁴. Referandumun neticesi göz önüne alındığında, Kıbrıslı Rumlar'ın Türk tarafına azınlık statüsü vererek Ada'yı kendi başına yönetmeyi düşlemekte oldukları ve uluslararası kamuoyunu buna ikna ettikleri

¹¹¹ Garanti Andlaşması m. 1'de yer alan "Herhangi bir devletle, tamamen veya kısmen, herhangi bir siyasi veya ekonomik birliğe katılmamak" yükümlünün ihlal edildiği ve bu karar alınırken Kıbrıslı Türkler'in yok sayıldıkları açıktır. 1. maddenin lafzından bu anlamın çıktığına dair doktrindeki benzer görüşler için bkz. "Bu son yükümlünün yerine getirilmesi bağlamında Kıbrıs Cumhuriyeti "Ada'nın gerek birleşme, gerekse taksimini doğrudan veya dolaylı olarak teşvik edecek tüm faaliyetleri" yasaklayacaktır", açıklamalar için bkz. Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukusal İnceleme*, 13.

¹¹² "Kıbrıs Türklerinin self determination hakkını reddederken, tüm Kıbrıs adına bu hakkı kullanma iddiası ile Güney Kıbrıs Rum yönetiminin AB'ne tam üyelik başvurusu yapması, AB'nin de başvuruyu gündemine alıp, Kıbrıs Rum Yönetimini hükümetler arası konferans için Torino'ya davet etmesi, Kıbrıs Rum topluluğunun şimdiye dek yol açtığı Uluslararası Hukuk ihlallerinin göz ardı edilmesi, bu ihlallere meşruiyet kazandırılması anlamını taşır. 1960'da kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti devletin anayasasının ihlali ve Garanti anlaşmasının ihlali ile sonunu hazırlayan Kıbrıs Rum tarafıdır. Kendilerinin sonunu hazırladıkları devletin mevcudiyetinin devamı iddiasını, anayasasının kendi çıkarları doğrultusunda tek taraflı revizyonu ve Garanti anlaşmasının bir kenara itilmesi gerçeği ile paralel değerlendirmek gerekir. 1960'da Kıbrıs'ta yaratılan sistem bir bütünlük içinde; ulusal ve uluslararası uzlaşma sağlanarak yürürlüğe konulmuştur. Sistemin tek taraflı olarak revize edilmesi kurulan dengelerin bozulması sonucunu doğurur", açıklamalar için bkz. Arsava, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", 50.

¹¹³ Açıklamalar için bkz. Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 164 vd.

¹¹⁴ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 164.

açık görünmektedir¹¹⁵. Referandum esnasında ortaya çıkan bu durumun zaruret hali doktrini ile çeliştiği açıktır. Aşağıda bu açıklamalara yer verilecektir. Bunun yanı sıra Ada'nın tek ve yasal hükümeti sıfatıyla Rum Yönetimi'nin Doğu Akdeniz'de gaz arama faaliyetlerine girişmesi, Türk toplumunu dışlayarak deniz sınırlandırma andlaşmaları yapması bu iradenin bir başka yansımasıdır.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Kıbrıslı Rumlar; Kıbrıslı Türkler'i azınlık kabul ederek Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal hükümeti iddiasıyla hareket etmektedirler. Bu kapsamda 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın şekillendirdiği 1960 Kıbrıs Anayasası'nın temel hükümlerini değiştirmişlerdir. Kıbrıslı Rumlar bu değişiklikleri "zaruret hali" olarak nitelendirmiştir. Bunun neticesinde Kıbrıslı Türkler devlet organı ve kamu idaresi içerisindeki görevlerden dışlanmış, buna itiraz edilmesi neticesinde yukarıda aktarıldığı şekliyle şiddet eylemlerine girişilmiştir. Kıbrıslı Rumlar'ın zaruret hali görüşü, uluslararası kamuoyu tarafından da benimsenmiştir. Aşağıda bu husus ile ilgili açıklamalara, görüşlere ve eleştirilere yer verilmiştir.

B. RUM TOPLUMUNUN KIBRIS CUMHURİYETİNİN TEK VE YASAL TEMSİLCİSİ OLDUĞU TEZİ: ZARURET HALİ (*DOCTRINE OF NECESSITY*)

1959 - 1960 Andlaşmaları'nın geçerliliğine ilişkin en karşıt görüş Kıbrıslı Rumlar'dan gelmiştir. Kıbrıslı Rumlar, 30 Kasım 1963'te 13 maddelik bir Anayasa değişikliğini önermiş, Türk tarafı bu öneriyi kabul etmeyince şiddet hareketlerine girişmişlerdir. Bu şekliyle Türk tarafını sindirmeye çalışmışlardır. Bunun neticesi olarak 1964 - 1965 yıllarında Kıbrıs Rum Yönetimi kanunlarıyla; Andlaşmalar'la garanti edilmiş 1960 Kıbrıs Anayasası'nın bazı temel hükümlerini değiştirme yoluna gitmişlerdir. Bu değişikliklerin başlıcaları şunlardır; Milli Muhafız Yasası'nın çıkarılması, Yüksek Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Adalet Mahkemesi'nin kaldırılarak Kıbrıs Yüksek Mahkemesi'nin kurulması, Kıbrıs Rum Toplum Meclisi'nin kaldırılması ve Eğitim Bakanlığı'nın kurulmasıdır¹¹⁶. Kıbrıslı Rumlar'ın bu konudaki hukuksal gerekçelerini zaruret hali oluşturmuştur (*doctrine of necessity*¹¹⁷). Bu kapsamda öncelikle zaruret haline ilişkin açıklamalarda bulunulmalıdır.

¹¹⁵ Arsava, "Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", 50.

¹¹⁶ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 175.

¹¹⁷ "Kıbrıslı Rumlar, 1960 Kıbrıs Cumhuriyetinin kuruluşuna kadar hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde Enosis temel tezini savunmuşlardır. ... Türkiye'nin 1974 harekâtından sonra Enosis tezlerinin gerçekçi olmayacağını anlayarak, 1960 Kıbrıs Cumhuriyetinin Adadaki teklifini ve varlığını sürdürdüğü tezine tekrar sarılmıştır. 1.1.1974'de B.M. Genel Kurulunun aldığı bir kararla Kıbrıs Cumhuriyetinin varlığına saygı gösterilmesinin istenmesinden de kuvvet alarak, Kıbrıs Rum Yönetimi Kıbrıs Cumhuriyeti adına hareket etmeye başlamıştır", açıklamalar için bkz. Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 171; Kıbrıslı Rumlar'ın, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Ada'daki teklifini ve varlığını sürdürdüğü tezi, zaruret hali hukuksal gerekçesi ile inşa edilmek istenmiştir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu, *Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna Dair Taslak* hükümler içerisinde zaruret haline yer vermiştir (m. 33). Zaruret halinin ayrıntılı biçimde yorumunu yapan Komisyon, konuyla ilgili olduğu ölçüde uluslararası yargı ve hakemlik kararlarını, doktrini ve devlet uygulamalarını saptamıştır¹¹⁸. Yanı sıra; Uluslararası Adalet Divanı, Slovakya ile Macaristan arasındaki *Gabcikovo Davası*'nda, Komisyon'un sözü edilen yorumuna gönderme yaparak, m. 33'te tanımlanan zaruret halinin teamül niteliğini haiz bir kural olduğunu açıklamıştır¹¹⁹.

Uluslararası hukukta zaruret hali, içinde bulunduğu koşulların bir hukuk kişinin yükümlülüklerini yerine getirmesini çok zorlayan ya da olanaksız kılan durumları belirtmekte olup bir devletin uluslararası sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır¹²⁰. Zira acil durum ve zorunluluğun varlığı, bu hukuk kişilerinin yükümlülüklerini yerine getirmelerini imkânsız kılar. Bu yönüyle zaruret hali istisna niteliğindedir. Bu istisna, anayasa yapıcılarının öngöremediği problemleri ve cumhuriyetin varlığını tehdit eden unsurları ortadan kaldırma amacına yönelik bir çözüm olmuştur¹²¹.

Zaruret halinin meydana gelebilmesinin bazı şartları bulunmaktadır¹²². **İlk olarak**, zaruret hali kapsamında belirlenen davranış; devletin esaslı bir menfaatini pek yakın ve ağır bir tehlikeye karşı korumak için tek olanak/son çare olmalıdır. Esaslı menfaat kavramı her somut olayda değerlendirmeye muhtaçtır¹²³. Zira esaslı menfaat belirli bir tanıma sahip değildir. Her halde, söz konusu esaslı menfaat, “pek yakın” ve “ağır” bir tehlikeye karşı korunuyor olmalıdır ve zaruret hali sebebiyle hukuka aykırılığının ortadan kalkması gerektiği ileri sürülen davranış, hakkı korumak için “tek olanağı” oluşturmalıdır¹²⁴. Uluslararası Adalet Divanı, *Gabcikovo* davasında Macaristan'ın, Slovakya'ya karşı andlaşmadan doğan yükümlülüğünü yerine getirmemesinin zaruret hali dolayısıyla haklı görülme-

¹¹⁸ United Nations, *Yearbook of International Law Commission 1980* (New York, United Nations Publication, 1981), 34 - 52, [ilc_1980_v2_p2.pdf](#) (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

¹¹⁹ Uluslararası Adalet Divanı, Slovakya ile Macaristan arasındaki *Gabcikovo* davası sırasında zaruret halinin bir teamül kuralı olduğuna işaret etmiştir. Bu kapsamda; “*Zaruret hali, uluslararası bir yükümlülüğe aykırı bir eylemin sorumluluğunu önlemek için uluslararası teamül hukuku tarafından tanınan bir gerektirir... Haksızlığın önlenmesi için böyle bir gerekçe ancak istisnai olarak kabul edilebilir*” ifadelerine yer vermiştir, bkz. Uluslararası Adalet Divanı, “*Gabcikovo - Nagymaros Davası (Macaristan / Slovakya)*”, 27.9.1997, 51. Paragraf.

¹²⁰ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 175.

¹²¹ Nicos Trimikliniotis ve Corina Demetriou, *Legal Framework In The Republic of Cyprus, Displacement in Cyprus Consequences of Civil and Military Strife Report 3* (Norway, Peace Research Institute Oslo (Prio), 2012), 30.

¹²² Bu şartlar; 2001 tarihli “*Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletlerin Sorumluluğu*” adlı düzenlemenin Taslağında m. 25'te geçmektedir.

¹²³ H. Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu* (Ankara, Seçkin, 2023), 162.

¹²⁴ Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, 162.

ceğine karar vermiştir¹²⁵. Divan'a göre, andlaşmayı uygulamamak, Macaristan'ın uğradığı çevresel tehdidin ortadan kalkması için tek olanak olarak değerlendirilemez. **İkinci olarak**, zaruret hali kapsamında belirlenen davranış, karşılarında yükümlülük altında olduğu devletin ya da devletlerin ya da uluslararası toplumun bütününe esaslı bir menfaatine ağır bir şekilde zarar getirmemelidir. Divan bu şartın yerine getirilip getirilmediğini sıkı sıkıya denetlemekte ve şartın yerine getirilmemesi halinde zaruret halini var olmadığına hükmetmektedir¹²⁶. Bu iki olumlu şarta ek olarak iki de olumsuz şart bulunmaktadır. Şayet bunlar mevcutsa zaruret halinden ötürü hukuka aykırılık ortadan kalkmaz:

i-) Söz konusu uluslararası yükümlülük, zaruret halini ileri sürebilme olanağını engellememelidir.

ii-) Devlet bu durumun ortaya çıkmasına katkıda bulunmamış olmalıdır.

Zaruret haline ilişkin genel açıklamalar bu şekildedir. Kıbrıs özelinde açıklamalarımıza devam etmek gerekirse; Kıbrıslı Rumlar, zaruret haline ilişkin hukuksal gerekçelerini, 25 Nisan 1964 tarihli *Kıbrıs Cumhuriyeti v. Mustafa İbrahim ve diğerleri (The case of Ibrahim)* davası esnasında ileri sürmüşlerdir. Bu dava kapsamında; Girne'de dört Kıbrıslı Türk, silah ve mermi taşıdıkları gerekçesiyle yakalanmış ve tutuklanmışlardır. Üç Kıbrıslı Rum yargıçtan oluşan yeni Kıbrıs Yüksek Mahkemesi önündeki yargılamalar sırasında davalılar, Mahkemeyi kuran Yasa'nın 1960 Kıbrıs Anayasası'na aykırı olduğunu, bu yeni Mahkemenin başvuru-larına bakma yetkisine sahip olmadığını ileri sürmüşlerdir¹²⁷. Daha açık bir ifade ile davalılar, yeni Yüksek Mahkeme'yi kurma iddiasındaki 33/1964 sayılı Adalet İdaresi Yasası'nın Anayasa'ya aykırı olduğunu ve bu nedenle tamamen hükümsüz olduğunu ileri sürmüşlerdir. Zira Kıbrıs Anayasası'na göre gerek Cumhuriyet Yüksek Anayasa Mahkemesi¹²⁸, gerek Yüksek Adalet Divanı¹²⁹ üyeleri arasında Kıbrıslı Türkler'e de yer verilmelidir. Bu hüküm ihlal edilmez niteliktedir¹³⁰. Şu halde yalnızca Kıbrıslı Rum yargıçlardan oluşan Kıbrıs Yüksek Mahkemesi'nin varlığı, oluşumu ve kararları 1960 Kıbrıs Anayasası'nın açık ihlalidir. Yanı sıra Türk ve Rum topluluklarına mensup yargıçlardan oluşan özel mahkeme; hukuk davalılarına ve sanık ile mağdurun farklı topluluklara mensup oldukları ceza dava-

¹²⁵ Uluslararası Adalet Divanı, "Gabcikovo - Nagymaros Davası (Macaristan / Slovakya)", 27.9.1997, 42. Paragraf.

¹²⁶ Uluslararası Adalet Divanı, "Gabcikovo - Nagymaros Davası (Macaristan / Slovakya)", 27.9.1997, 46. Paragraf.

¹²⁷ The Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others (1964), Cyprus Law Reports, 199 - 201.

¹²⁸ 1960 Kıbrıs Anayasası m. 133.1, "bir Yunan, bir Türk ve tarafsız bir yargıçtan oluşan bir Cumhuriyet Yüksek Anayasa Mahkemesi" kurulmasını öngörmektedir.

¹²⁹ 1960 Kıbrıs Anayasası m. 153/1'e göre, "iki Yunan yargıç, bir Türk yargıç ve tarafsız bir yargıçtan oluşan bir Yüksek Adalet Divanı" olacaktır.

¹³⁰ 1960 Kıbrıs Anayasası m. 179/1, "bu Anayasa Cumhuriyetin en yüksek yasasıdır" şartını koşar.

larına bakacaktır¹³¹. Oysa bu davada sanıkların dördü de Türk olmasına rağmen Başsavcı ile Mahkeme'nin üç üyesi Kıbrıslı Rum yargıçlardan oluşmuştur¹³².

Mahkeme, 10 Kasım 1964'te davalılar tarafından ileri sürülen gerekçelere karşı kararını açıklamıştır. Mahkeme ilk olarak Kıbrıs Cumhuriyeti topraklarında var olan koşulları tanımlamıştır. Mahkemeye göre; Kıbrıslı Türkler, kurulu hükümete karşı örgütlü silahlı isyan hali içerisindeydi¹³³. Bu durum can kaybına ve maddi hasara yol açmıştır. Bu kapsamda isyancı gruplar, devlet topraklarının bazı alanlarını fiziksel olarak kontrol etmiştir. B.M. Barış Gücü, barışı tesis etmek ve daha fazla kan dökülmesini önlemek amacıyla Ada'da görev almıştır. Bu olaylar üzerine Yüksek Anayasa Mahkemesi Ağustos 1963'ten itibaren ve Yüksek Adalet Divanı Haziran 1964'ten ayından itibaren işlevini durdurmuştur. Bunun üzerine adalet idaresi sistemi çökme tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştır¹³⁴. Zira 21 Aralık 1963'ten bu yana ne Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısı, ne Türk Bakanlar ne de Temsilciler Meclisi üyeleri Hükümetin işlerine katılmamıştır¹³⁵. Kıbrıslı Türk memurlar ise bakanlıklardaki ve ofislerdeki görevlerine geri dönmemişlerdir. Yargıda görev alan Türk üyelerin görevlerine dönmemeleri, bu üyeleri Rum Cumhurbaşkanı ile birlikte ortak atayacak olan Türk Cumhurbaşkanı'nın da göreve dönmeyişi adalet hizmetlerinin karşılanmasına engel oluşturmuştur. Şu halde adalet hizmeti dâhil tüm kamu hizmetlerinin durması nedeniyle devletin çökmesi tehlikesine karşı 33/1964 sayılı Adalet İdaresi Yasası çıkarılmış, böylece kamu yararı gözetilmiştir¹³⁶. Zaruret halinin yansımaları olan bu Yasa'nın 1960 Kıbrıs Anayasası'na aykırılığı ileri sürülemez. Davalılar tarafından ileri sürüldüğü gibi zaruret haline başvurmak yerine 1960 Kıbrıs Anayasası çerçevesinde olağanüstü hal ilan edilmesi ile bir sonuca ulaşılması imkânsızdır¹³⁷. Zira olağanüstü hal şartlarında yalnızca bazı temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması, durdurulması söz konusuysen adli hizmetlerin yürütülmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır¹³⁸. Bundan sonra Mahkeme, 1960 Kıbrıs Anayasası'nın yürürlükte olduğunu, getirilen düzenlemelerin geçici nitelikte olduğunu, zaruret haline neden olan sebepler ortadan kalktığına

¹³¹ 1960 Kıbrıs Anayasası m. 155/3.

¹³² The Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others (1964), Cyprus Law Reports, 206 - 207.

¹³³ The Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others (1964), Cyprus Law Reports, 206 - 207.

¹³⁴ The Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others (1964), Cyprus Law Reports, 207 ve 249.

¹³⁵ The Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others (1964), Cyprus Law Reports, 225 ve 249.

¹³⁶ The Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others (1964), Cyprus Law Reports, 208.

¹³⁷ The Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others (1964), Cyprus Law Reports, 215, 225 ve 257.

¹³⁸ The Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others (1964), Cyprus Law Reports, 215, 225 ve 257.

geçici düzenlemelerin ortadan kalkacaklarını açıklamıştır. Mahkeme, 33/1964 sayılı Adalet İdaresi Yasası'nın Anayasa'ya uygun olarak çıkarılmasının mümkün olmadığını farkındadır. Bu sebeple; “Cumhurbaşkanı Yardımcısı hükümete katılmayı bıraktığından ve onun Lefkoşa'nın Türk mahallesindeki ofisine Kıbrıslı Rum yetkililer erişemediğinden ve aynı zamanda Kıbrıslı Türk kamu görevlileri görevlerine dönmediklerinden dolayı bu tarafın katılımı olmaksızın Yasa'nın çıkarıldığını” açıklayarak gerekçesini sunmuştur¹³⁹.

Mahkemenin / daha geniş bir ifade ile Kıbrıslı Rumlar'ın hukuksal gerekçesi olan zaruret hali; nitelendirme ve şartlar bakımından eksikliklerle doludur. Şöyle ki; yukarıda da belirtildiği üzere zaruret hali tek olanak/son çaredir, mevcut hukuk düzeni ile giderilebilecek bir tehdit ya da acil durum halinde zaruret haline başvurulamaz. Şu halde mevcut hukuk düzeni içerisinde, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin varlığını tehdit eden durumlara karşı olağanüstü hal ilan edilmesi söz konusudur. Mahkeme, her ne kadar bu yolun var olan sorunları karşılamayacağını açıklamış olsa da, bu yolun denenmemiş olması bir eksikliktir¹⁴⁰.

Zaruret halinin tek/son çare olduğuna yukarıda değinilmiştir. Bu tek/son çareye başvurmadan önce Kıbrıslı Rumlar, Mahkeme'nin Türk yargıcı olan üyelerini katılmaya ikna etmek için herhangi bir çaba göstermemişlerdir¹⁴¹. Rum tarafı, Türk Cumhurbaşkanı Yardımcısı'nın işbirliği yapmaması dışında herhangi bir gerekçe sunamamışlardır. Kaldı ki, 1960 Kıbrıs Anayasası'na göre Cumhurbaşkanı Yardımcısı'nın işbirliği yapmama hakkı bulunmaktadır¹⁴². Uluslararası Adalet Divanı, *Gabcikovo* davasında devam eden müzakereleri, zaruret halinin uygulanmasından önce tüketilmesi gereken diğer yollar olarak değerlendirmiştir¹⁴³. Ancak Kıbrıslı Rumlar, açıkça uluslararası andlaşmaların ve anayasanın değiştirilmesi anlamına gelen bu yola başvurmadan önce Garantör devletlerle müzakere dahi etmemiştir.

Zaruret haline meşru ve yasal otorite tarafından başvurulabilir. Ancak 1963 yılından itibaren Kıbrıslı Rumlar, Ada'nın tek ve yasal hükümeti iddiasıyla hareket etmişlerdir. Bunun sonucu olarak Kıbrıslı Türkler; devlet organları ile kamu idaresindeki görevlerinden dışlanmışlardır. Bu durum 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın açık ihlali olduğundan Kıbrıslı Rumlar tek başlarına Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal hükümeti kabul edilemezler. Şu halde ortada meşru ve yasal bir otorite yoktur. Bu otorite tarafından zaruret haline dayanarak uluslararası yükümlülüklerin ihlal edilmesi kabul edilemez. Daha açık bir ifade ile zaruret haline dayanılarak

¹³⁹ The Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others (1964), Cyprus Law Reports, 215, 237 ve 270.

¹⁴⁰ M. M. Stavsky, “The Doctrine of State Necessity in Pakistan”, 16 *Cornell Int'l L.J.S.* 341 (1983), 358.

¹⁴¹ Stavsky, “The Doctrine of State Necessity in Pakistan”, 358.

¹⁴² 1960 Kıbrıs Anayasası m. 183.

¹⁴³ Uluslararası Adalet Divanı, “Gabcikovo - Nagymaros Davası (Macaristan / Slovakya)”, 27.9.1997, 46. Paragraf, 092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

çıkarılan 33/1964 sayılı Yasa, Temsilciler Meclisi tarafından çıkarılmıştır. Ancak bu Yasa'nın geçerli olması için Temsilciler Meclisi'nde Türk üyelerin bulunması da zorunludur¹⁴⁴. Bu şart sağlanmamıştır. Davalıları yargılayan Mahkeme'nin kendisi bile Anayasa'ya uygun olarak kurulmamıştır ve meşru devlet otoritesi sıfatını taşımamaktadır. Bu dönemde B.M. Genel Sekreteri, Güvenlik Konseyi'ne sunduğu raporda Kıbrıslı Türkler'in görevden çekilmelerine ya da ihraç edilmelerine Kıbrıslı Rumlar'ın katkı sağladığını açıklamıştır¹⁴⁵. Toparlamak gerekirse, dengenin bozulmasına katkı sağlayan, Kıbrıslı Türkler'i yok sayan ve kamu alanlarından dışlayan Kıbrıslı Rumlar'ın Kıbrıs Cumhuriyeti'nin meşru ve yasal otoritesi olmadıkları açıktır¹⁴⁶. Şu halde zaruret hali kapsamında değişiklik yapma yoluna gitmeleri de kabul edilemez.

Mahkeme, zaruret halinin bir diğer gerekçesi olarak B.M. Güvenlik Konseyi'nin 186 sayılı Kararı'nı göstermiştir¹⁴⁷. Karar'da yer alan Kıbrıs Cumhuriyeti nitelendirmesi, Mahkeme tarafından Kıbrıslı Rumlar'ın tek ve yasal hükümet olduğu şeklinde anlaşılmıştır. Aslında B.M. Güvenlik Konseyi, 1959 - 1960 Andlaşmalarına uygun bir şekilde Kıbrıs Hükümeti'nin temsil edilmediğini bilmesine rağmen bunu "*bir iç mesele*" olarak görmüştür¹⁴⁸. Doktrinde yer alan bu görüş, hukuki dayanaktan yoksundur. Zira uluslararası andlaşmalarla kurulan bir düze-

¹⁴⁴ Kıbrıs Anayasası'na m. 182/1'e göre bir yasa tasarısı ancak mevcut tüm Rumlar'ın ve Türkler'in basit ayrı çoğunluğu ile yasalabilir. Bununla birlikte, ülkenin yargı yapısının gözden geçirilmesi, sırasıyla Rum ve Türkler'in toplam sayısının üçte ikisinin ayrı ayrı çoğunluğunu gerektirir. Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'na uygun olarak işleyen bir yasama organı yoktur.

¹⁴⁵ B.M. Özel Temsilcisi'nin sunduğu rapor önem taşımaktadır. Buna göre Kıbrıslı Rum yetkililer Ada'da ki zaruret haline son verme olasılığını içeren durumu reddetmişlerdir. Daha açık bir ifade ile Kıbrıslı Türk milletvekilleri; Temsilciler Meclisi'ne geri dönmeyi talep etmiş, Kıbrıs'taki B.M. Barış Gücü ile Meclis toplantılarına güvenli bir şekilde katılmayı istemiş, bu şekilde Meclis'te görülecek konularla ilgili resmi bir davet ve bildirim olması durumunda, oturumlara katılmaya hazır olacaklarını vurgulamıştır. B.M. Özel Temsilcisi bu talebi o zamanki Meclis Başkanı Klerides'e iletmiştir. Klerides, bunun için bazı şartlar sunmuştur. İlk olarak Kıbrıslı Türk milletvekillerinin Meclis tarafından çıkarılan yasaları kabul etmeleri talep edilmiştir. Kabul edilen yasaların 'Hükümet' (Rum Yönetimi) eliyle Türk bölgelerine uygulanacağı ifade edilmiş, Türk milletvekillerinden buna karşı çıkmayacaklarına dair garanti istenmiştir. İkinci olarak, anlaşmaya varılmadığı takdirde, Anayasa m. 78'de yer alan ayrı çoğunluklara ilişkin hükmün kaldırılacağı ve Meclis'in her üyesinin tüm kararlar için bir oy hakkına sahip olacağı belirtilmiştir. Sonuç itibarıyla bu konularda anlaşmaya varılmadığı takdirde Kıbrıslı Türk milletvekillerinin Meclis'e girmesine izin verilmeyeceği ve artık Meclis'te yasal bir statülerinin olmayacağı ifade edilmiştir. Bu yaklaşım, Ada'da tek taraflı uygulanan zaruret halinin sona erdirilmesinin açık bir reddi olarak değerlendirilmelidir. Sonuç olarak, Kıbrıslı Rum devlet yetkilileri; devletin oluşumu ve sürdürülmesi için her türlü talebi reddetmişlerdir; açıklamalar için bkz. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Raporu, S/6569, 29.07.1965 Tarih, 7, 8/b-d ve 9. Paragraflar, Report of the Secretary-General on the recent developments in Cyprus (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

¹⁴⁶ M. Zaim Necatigil, *The Cyprus Question and Turkish Position in International Law*, (Oxford, Oxford University Press, 1989), 56.

¹⁴⁷ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 186 sayılı Karar, 4.3.1964 Tarih, Microsoft Word - Agreement p1.rtf (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).

¹⁴⁸ Stefan Talmon, "Impediments to Peacekeeping: The Case of Cyprus", *International Peacekeeping: The Yearbook of International Peace Operations* C. 8 (2002): 33 - 63, 38.

nin bozulması “iç mesele” olarak nitelendirilemez. Düzenin devam ettirilmesi Kıbrıs Cumhuriyeti ve diğer garantör devletler bakımından bir yükümlülüktür¹⁴⁹.

Zaruret hali bakımından “ilgili devletin katkı vermemesi” olumsuz şartı söz konusudur. Bu kapsamda Annan Planı kapsamında yapılan referandum neticesi hatırlanmalıdır. Referandum neticesinde çıkan hayır kararı ile Kıbrıslı Rumlar normal şartlara dönüşü engellemiş ve bu iradelerini açıkça ortaya koymuşlardır. Bu kapsamda zaruret hali gerekçesi son derece tartışmalı hale gelmiştir¹⁵⁰.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere zaruret halinin şartlarının oluşmadığı açıktır¹⁵¹. Kıbrıslı Rumlar, bu tez üzerinden Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal hükümeti şeklinde Ada'yı idare etmek istemektedirler. Bu tezin uluslararası kamuoyu tarafından benimsendiğine dair örneklerde bulunmaktadır. Şöyle ki;

- Güvenlik Konseyi tarafından 4 Mart 1964 tarihinde alınan 186 sayılı Karar'da “Kıbrıs Hükümeti”nden bahsedilmiş, bu Karar ile Kıbrıs devletinin tek ve yasal temsilcisi olarak Rum Yönetimi tanınmıştır.
- Birleşmiş Milletler ile Avrupa Konseyi gibi uluslararası örgütler, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin üyeliğinin 1963'ten sonra da sürdüğünü teyit etmişlerdir. Hatırlanacağı üzere Kıbrıslı Rumlar 1963'ten sonra 1959 - 1960 Andlaşmaları'nı “zaruret hali” hukuksal gerekçesiyle ihlal etmiş ve 1960 Kıbrıs Anayasası'nın temel hükümlerini tek taraflı ve anayasal usullere aykırı bir şekilde değiştirmişlerdir.
- B.M. Genel Kurulu'nun 1 Kasım 1974 tarihli Kararı'nda Kıbrıs Cumhuriyeti'ne saygı duyulmasını istemesinden de kuvvet alarak Kıbrıslı Rumlar, Kıbrıs Cumhuriyeti adına hareket etmeye başlamıştır.
- Kıbrıslı Rumlar'ın yoğun çabaları üzerine B.M. Genel Kurulu karar almış, işbu Karar'ın içeriğinde Rumlar'ın Ada'nın tamamında egemenlik hakkının olduğu ve işgalci güç olarak nitelendirilen Türk Birlikleri'nin Ada'dan çekilmesi ve K.T.F.D.'nin sona erdirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁵².
- Bu Karar'dan sonra Kıbrıs Barış Harekâtı, B.M. Güvenlik Konseyi tarafından 11 Mayıs 1984 tarih, 550 sayılı Karar ile “işgal” olarak nitelendirilmiştir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 29 Temmuz 1974 tarih, 573 sayılı Karar ile ilk harekâtın andlaşmalar kapsamında yapıldığını ancak ikinci harekâtın işgal niteliğinde olduğunu vurgulamıştır. Bu kararlar ile Türkiye'nin Garanti Andlaşması'na dayanan harekâtı “işgal” olarak nitelendirilmiş, Ada'nın tek ve yasal temsilcisi olarak Kıbrıslı Rumlar kabul edilmiştir.

¹⁴⁹ Talmon, “Impediments to Peacekeeping: The Case of Cyprus”, 38.

¹⁵⁰ Kudret Özersay, “The Excuse of State Necessity And Its Implications on the Cyprus Conflict”, *Perceptions* C. 9, S. 4 (2004): 31 - 70, 70.

¹⁵¹ Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 175.

¹⁵² Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 37/253 sayılı Karar, 13.5.1983 Tarih.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “*Loizidou Davası*” kapsamında Ada’da tek devlet olduğunu, bu devletin Kıbrıs Cumhuriyeti olduğunu, tek ve yasal hükümetinin Rum Yönetimi’nden teşekkül ettiğini, K.K.T.C.’nin tanınmadığını, buraya karşı açılacak davaların Türkiye’ye yönetilmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁵³.
- B.M. Genel Kurulu tarafından alınan bir Karar ile Kıbrıslı Rumlar’ın Ada’nın tamamında egemenlik hakkının olduğu ve işgalci güç olarak nitelendirilen Türk Birlikleri’nin Ada’dan çekilmesi istenmiştir¹⁵⁴.
- Avrupa Birliği, Kıbrıs Cumhuriyeti’nin tek ve yasal hükümeti iddiasıyla Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’nin 3 Temmuz 1990’da yaptığı adaylık başvurusunu kabul etmiş, Rum Yönetimi Kıbrıs Cumhuriyeti sıfatıyla 2004 yılında Avrupa Birliği’ne tam üye olmuşlardır¹⁵⁵.
- Rum Yönetimi’nin Kıbrıs Cumhuriyeti’nin tek ve yasal idaresi olarak kabulü ile Doğu Akdeniz’de deniz sınırlandırma andlaşmaları yapabileceği kabul edilmiş, bu kapsamda Rumlar bölgede Lübnan, İsrail ve Mısır ile deniz sınırlandırma andlaşmaları yapabilmışlerdir.

Zaruret halinin şartlarının oluşmadığı, 1959 - 1960 Andlaşmaları’nın ve bu kapsamda 1960 Kıbrıs Anayasası’nın ihlal edildiği açıkken uluslararası kamuoyu tarafından Kıbrıslı Rumlar’ın Kıbrıs Cumhuriyeti’nin tek ve yasal temsilcisi olarak benimsenmesi düşündürücüdür. Bu kapsamda Kıbrıslı Türkler’in ve Türkiye’nin tezlerini daha iyi bir şekilde anlatabilmesi ve uluslararası kamuoyu oluşturması gerekmektedir.

SONUÇ

Kıbrıs Sorunu esas itibariyle İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra meydana gelmiştir. O dönem Ada’yı elinde bulunduran İngiltere, savaş nedeniyle ağır ekonomik bunalıma girmiştir. Yürüttüğü Süveyş Kanalı askeri harekâtı başarısız olmuş, aynı zamanda Kıbrıs’ta artan Rum terörü ile Ada’da ciddi kayıplar vermeye başlamıştır. Bunun üzerine İngiltere stratejisini değiştirmiş, Ada’yı bu şekliyle

¹⁵³ Kıbrıslı Rumlar, Kıbrıs Cumhuriyeti adına iki başvuru yapmışlardır. İlki 19 Eylül 1974 tarihli 6780/74 sayılı başvurudur. İkincisi 21 Mart 1975 tarihli 6950/75 sayılı başvurudur. Bu iki başvuru neticesinde Kıbrıslı Rumlar, Türkiye’nin Barış Harekâtını Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na taşımıştır. Netice olarak Kıbrıslı Rumlar kendilerinin Kıbrıs Cumhuriyeti’nin tek ve yasal hükümeti olduğu görüşünü kabul ettirmiştir, benzer açıklamalar için bkz. Pazarcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, 162.

¹⁵⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 37/253 sayılı Karar, 13.5.1983 Tarih.

¹⁵⁵ Arşava, “Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, 50; Garanti Andlaşması m. 1’de yer alan “*Herhangi bir devletle, tamamen veya kısmen, herhangi bir siyasi veya ekonomik birliğe katılmamak*” yükümlünün ihlal edildiği ve bu karar alınırken Kıbrıslı Türklerin yok sayıldıkları açıktır. 1. maddenin lafzından bu anlamın çıktığına dair doktrindeki benzer görüşler için bkz. “*Bu son yükümlün yerine getirilmesi bağlamında Kıbrıs Cumhuriyeti “Ada’nın gerek birleşme, gerekse taksimini doğrudan veya dolaylı olarak teşvik edecek tüm faaliyetleri” yasaklayacaktır*”, açıklamalar için bkz. Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*, 13.

yönetmek yerine burada sabit ve garanti edilmiş askeri üsler bulundurma fikrini benimsemiştir. Bu kapsamda Ada'nın geleceği ile ilgili Türkiye ile Yunanistan arasında müzakereler başlatmıştır. Müzakerelerin başlangıcında Türkiye taksim görüşünü savunurken, Yunanistan Enosis görüşü ile Ada'nın Yunanistan'a bağlanması görüşünü savunmuştur. Birbiri ile çelişen bu talepler yoğun müzakereler neticesinde uzlaşma noktasına gelmiş, ardından 1959 - 1960 Andlaşmaları akdedilmiştir. Bu Andlaşmalar'ın akabinde Kıbrıs Anayasası kabul edilmiş, 16 Ağustos 1960 tarihinde ise Kıbrıs Cumhuriyeti kurulmuştur.

Kıbrıs Cumhuriyeti; ortaklık cumhuriyeti şeklinde tasarlanmış, iki toplumun dengesi üzerine kurulmuştur. Bu kapsamda Kıbrıs Cumhuriyeti; uluslararasılaşmış anayasa sahip, yetkileri kısıtlı, iki toplumlu bir devlettir. Yasama, yürütme ve yargı organları iki toplumun belirli oranda kararlaştırılmış üyeleri eliyle yürütülecektir. Bu anayasal düzen; 1960 ile 1963 yılları arasında yürütülmüş, ancak 30 Kasım 1963'te Kıbrıslı Rumlar Anayasa'nın değiştirilmesi talebinde bulunmuşlardır. Kıbrıslı Rumlar buna gerekçe olarak 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın akdedilmesi sırasında ve öncesinde bazı geçersizlik sebeplerinin varlığı göstermişlerdir. Değişiklik talepleri Kıbrıslı Türkler tarafından kabul edilmemiş, buna karşın Kıbrıslı Rumlar şiddet hareketlerine girişerek Ada'daki Türkler'i sindirmeye/ yok etmeye başlamışlardır. Artan terör ve tedhiş ortamında Kıbrıslı Türkler, devlet organları (*Cumhurbaşkanı Yardımcılığı, Bakanlıklar, milletvekilleri, yüksek mahkeme üyelikleri*) ve kamu idarelerindeki görevlerinden uzaklaştırılmış, görevlerini yerine getiremez hale getirilmişlerdir. Bundan hemen sonra Kıbrıslı Rumlar 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın geçersizliğini ileri sürme fikrinden vazgeçmiş, bunun yerine Anayasa'yı tek taraflı olarak anayasal hüküm ve usullere aykırı bir şekilde değiştirmişlerdir. Bu değişiklikler neticesinde Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal temsilcisi iddiasıyla hareket etmeye başlamışlardır. Bu durumu zaruret hali hukuksal gerekçesi ile açıklamışlardır. Bu hukuksal gerekçeye ilişkin dayanakları ilk olarak Kıbrıs Rum Yüksek Mahkemesi, *Kıbrıs Cumhuriyeti v. Mustafa İbrahim ve diğerleri (The case of Ibrahim)* davasında açıklamıştır. Kıbrıslı Rumlar'ın zaruret haline dayanan uygulamalarına yönelik uluslararası nitelikteki ilk karar, B.M. Güvenlik Konseyi'nin 186 sayılı Kararı olmuştur. İlgili Karar'da Konsey, Kıbrıslı Rumlar'ın Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal hükümeti olduğuna dikkat çekmiştir. Bunun dışında Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği gibi uluslararası örgütlerde Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal hükümetinin Kıbrıslı Rumlar olduğuna dair kararlar almıştır.

Kıbrıslı Rumlar; Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tek ve yasal hükümeti olmak, Ada'yı tek başlarına yönetmek, Türkler'e azınlık statüsü vererek Ada'nın yönetiminden uzaklaştırmak gibi hedeflere sahiptir. Ancak bu hedefe ulaşmak için ileri sürülen gerek 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın geçersizliğine ilişkin görüşler gerekse de zaruret haline dayanan görüşler hukuki dayanaktan yoksundur. Ön-

celikle Andlaşmalar'ın geçersizliği bakımından ileri sürülen sebepler üzerinde durulmalıdır. Andlaşmalar'ın geçersizliğine ilişkin nedenler genel olarak 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer almaktadır. Kıbrıs sorunundan çok sonra imzalanan ve ondan da çok sonra yürürlüğe giren işbu Sözleşme teamül hükümleri arz ettiği ölçüde mevcut soruna uygulanabilir niteliktedir. Bu kapsamda Kıbrıslı Rumlar Andlaşmalar'ın geçersizliğine ilişkin nedenlerini Sözleşme'nin teamül niteliğini haiz; i-) *temsilciye baskı* (m. 51), ii-) *devlete baskı* (m. 52), iii-) *andlaşmanın esaslı şekilde ihlali* (m. 60), iv-) *kuvvet kullanımı yasağı* v-) *rebus sic stantibus* (m. 62) ve vi-) *sonraki imkansızlık* (m. 61) nedenlerine dayandırmışlardır. Bu nedenler kapsamında ileri sürülen tüm görüşler hukuki dayanaktan yoksundur. Zira; *ilk olarak* Rum temsilcisi Makarios'un kişiliğine yönelen bir baskının varlığı ispat edilememiştir. *İkinci olarak* devlete baskı geçersizlik nedenine dayanmak için ortada "silahlı saldırı" olması gerekmektedir. Siyasi tehditler bu kapsamda sayılamazlar. *Üçüncü olarak* Rum temsilci Makarios, Ada'da bulunan Türk askeri birliklerinin varlığını 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın esaslı ihlali olarak nitelendirmiş olsa da, bu birliklerin varlığı bizatihi İttifak Andlaşması'ndan kaynaklanmıştır. İlgili Andlaşma'ya göre Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlığı ve bütünlüğüne yönelen saldırılara karşı koyma amacı söz konusudur, Türk birliği de bu amaçla (*Ada'da artan tedhiş ve terör eylemlerine karşı*) Ada'da görev almıştır. *Dördüncü olarak* Kıbrıslı Rumlar, Garanti Andlaşması m. 4'te yer alan müdahale hakkını kuvvet kullanma yasağını ihlal eden bir hüküm olarak nitelendirilmiş olsa da, bu hüküm ilgili tüm tarafların ortak rızası ile kararlaştırılmıştır. Müdahale hakkı "düzenin tekrar tesis edilmesi" ile sınırlı tutulmuştur. Yanı sıra Kıbrıs Cumhuriyeti, Birleşmiş Milletler'e üyelik başvurusu esnasında yapılan araştırmada Birleşmiş Milletler Şartı'nda bu hususu içeren m. 2/4'e ve hiyerarşi kuralı getiren m. 103'e aykırılık görülmemiştir. *Beşinci olarak* rebus sic stantibus, andlaşmaların sona erdirilmesi için yalnızca bir neden sunar, andlaşmayı kendiliğinden sona erdirmez. Rebus sic stantibus dayanan neden Kıbrıslı Rumlar tarafından sunulamamıştır. *Altıncı olarak* sonraki imkansızlık nedenine gerekçe olarak Kıbrıs Cumhuriyeti'nin hukuki kişiliğinin sona erdiği ileri sürülmüş olsa da, bu kişiliği ortadan kaldırmaya çalışan Kıbrıslı Rumlar'ın bizzat kendileri olmuştur. Bütün bu geçersizlik nedenlerinin hukuken dayanağı bulunmamakla birlikte Sözleşme m. 45'e göre bir devlet, andlaşmanın geçersiz kılınması veya ihlâl nedeniyle sona erdirilmesi ya da askıya alınması konusunda bilgi sahibi olduktan sonra, açıkça ya da davranışlarıyla üstü kapalı biçimde, bahse konu andlaşmanın geçerli olduğunu ya da yürürlükte kalmaya devam ettiğini kabul etmişse, bu türden işlemlerle ilgili bir gerekçeye artık başvuramayacaktır. Şu halde; Kıbrıslı Rumlar'da 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın geçerli olduğunu kabul ettiklerinden dolayı artık bu geçersizlik nedenlerine başvuramayacaklardır.

Kıbrıslı Rumlar tarafından zaruret haline ilişkin ileri sürülen görüşler de hukuksal dayanaktan yoksundur. Kıbrıslı Rumlar, zaruret haline ilişkin görüşlerini ilk olarak *Kıbrıs Cumhuriyeti v. Mustafa İbrahim ve diğerleri (The case of Ibrahim)* davası esnasında açıklamışlardır. Kıbrıs'ta terör ve tedhiş olaylarının giderek tırmandığı, silahlı isyana girişildiği, isyancıların ülkenin belirli topraklarını kontrol ettikleri, Kıbrıslı Türkler'in devlet organlarındaki ve kamu idarelerindeki görevlerine gelmedikleri, devletin çökme aşamasına geldiği; tüm bu yaşananlardan ötürü Anayasa'nın askıya alındığı, Anayasal usullere aykırı bazı düzenlemelerin getirildiği, bunların geçici oldukları ve bunların Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği, 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın ve bunlara dayanan Anayasa'nın geçerli oldukları ileri sürülmüştür. Bu nedenlere dayanarak açıklanan zaruret hali, hukuksal dayanaktan yoksundur. Zira bahsedilen terör ve tedhiş olayları bizzat Kıbrıslı Rumlar tarafından çıkarılmıştır. Olağanüstü olarak nitelendirilen olaylar, olağan dönem içerisindeki tedbirler ile baş edilmesi mümkün olaylar şüphesi uyandırmaktadır. Mevcut Anayasa ile bunların üstesinden gelinebilecek olmasına rağmen son çare olan zaruret haline başvurulması bu kurumun kötüye kullanıldığını açıklar niteliktedir. Zira zaruret haline başvurulmadan önce diğer yol ve yöntemlere başvurulmamıştır. Kıbrıslı Türkler'in devlet organları ile kamu idarelerindeki görevlerine gidememesi terör olaylarından kaynaklanmıştır. Daha açık bir ifade ile Kıbrıslı Türkler yürütülen sindirme politikasının neticesinde görevlerine devam edemez hale getirilmişlerdir. Bu kapsamda Kıbrıslı Türkler'i sindirme ve yok etme politikası kapsamında hem devlet idaresinin çökmesine sebep olup hem de bu gerekçeye dayanarak zaruret haline başvurulamaz. Yani sıra zaruret haline ancak yasal ve meşru otorite tarafından başvurulabilir. Kıbrıslı Rumlar, Kıbrıs Cumhuriyeti bakımından yasal ve meşru otorite olmadıklarından bu şartı da taşımamaktadırlar. Zaruret hali bakımından "*ilgili devletin katkı vermemesi*" olumsuz şartı aranmaktadır. Bu kapsamda Annan Planı neticesinde çıkan hayır kararı ile Kıbrıslı Rumlar normal şartlara dönüş yolunu engellemiş ve bu iradelerini açıkça ortaya koymuşlardır. Bu kapsamda zaruret hali gerekçesinin varlığı tamamen tartışmalı hale gelmiştir.

Bu açıklamalar ve oluş neticesinde; Kıbrıslı Türkler'in ve aynı zamanda Türkiye'nin Kıbrıslı Rumlar tarafından ileri sürülen 1959 - 1960 Andlaşmaları'nın geçersizliği ile zaruret hali görüşlerinin hukuki şartlarının oluşmadığını; Kıbrıslı Rumlar'ın 1959 - 1960 Andlaşmalarını ihlal ettiklerini uluslararası kamuoyuna anlatabilmesi ve haklı davasını açıklayabilmesi gerekmektedir. Bu makalenin yazıldığı tarihte, bunun hala eksikliği yaşanmaktadır.

KAYNAKÇA

- Acer, Yücel ve Kaya, İbrahim. *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Arsava, Fusun. “Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi.”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi C. 51, S. 1* (1996): 43 - 51.
- Averoff-Tossizza, Evangelos. *Lost Opportunities, The Cyprus Question 1950 - 1963*. New York: New Rochelle, 1986.
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu. 3314(XXIX) sayılı Karar, 14.12.1974 Tarih. Introductory Note - Elizabeth Wilmshurst, Fellow of the Royal Institute of International Affairs at Chatham House, Professor of International Law at University College London, United Kingdom - English, (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu. 37/253 sayılı Karar, 13.5.1983 Tarih. nr042731.pdf (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu. 814 sayılı Karar, 17.12.1954 Tarih. A_RES_814(IX)-EN (1).pdf (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Raporu. S/6569, 29.07.1965 Tarih. Report of the Secretary-General on the recent developments in Cyprus (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi. 358 sayılı Karar, 15.08.1974 Tarih. Resolution 358 (1974) / (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi. 1098. Toplantı, 27.02.1964 Tarih. Security Council official records, 19th year, 1098th meeting, 27 February 1964, New York (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi. 186 sayılı Karar, 4.3.1964 Tarih. Microsoft Word - Agreement p1.rtf (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi. 353 sayılı Karar, 20.07.1974 Tarih. Resolution 353 (1974) / (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi. 367 sayılı Karar, 12.03.1975 Tarih. Resolution 367 (1975) / (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi. 541 sayılı Karar, 18.11.1983 Tarih. Resolution 541(1983) / (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi. 550 sayılı Karar, 11.05.1984 Tarih. Resolution 550(1984) / (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- De Lupis, Ingrid Detter. *International Law and Independent State*. England: Gower, 1989.
- Doğan, İlyas. *Devletler Hukuku*. Ankara: Astana Yayınları, 2013.
- Ehrlich, Thomas. “Cyprus, the Warlike Isle: Origins and Elements of the Current Crisis.”, *Stanford Law Review* (1966): 1021 - 1098.
- Ehrlich, Thomas. *International Crises and the Role of Law: Cyprus, 1958-1967*. Oxford: Oxford University Press, 1974.
- Erkiner, H. Hakan. *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin, 2023.

- Güler, Yavuz. “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin Kuruluşuna Kadar Kıbrıs Meselesi.”, *Kırşehir Eğitim Fakültesi Dergisi* C. 5, S. 1 (2004): 101 - 112.
- Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk / Konu Anlatımı - Temel Belgeler - Örnek Kararlar*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Gürel, Şükrü S. *Kıbrıs Tarihi-I (1878 - 1960), Kolonyalizm, Ulusçuluk ve Uluslararası Politika*. İstanbul: Kaynak Yayınları, 1984.
- Gürel, Şükrü S. *Kıbrıs Tarihi-II, 1878-1960; Kolonyalizm, Ulusçuluk ve Uluslararası Politika*. İstanbul: Kaynak Yayınları, 1985.
- Hacıbekiroğlu, Zübeyde. *Kıbrıs Sorunu ve Tarafların Tutumu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Bölümü, Yüksek Lisans Tezi, 1995.
- Keesing’s Contemporary Archives. *1963 - 1964 Vol 14*. Bristol: Keesing’s Publication Limited (of London), 1963.
- Keesing’s Contemporary Archives. *1963 - 1964 Vol 15*. Bristol: Keesing’s Publication Limited (of London), 1964.
- Lord, McNair. *The Law of Treaties*. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- Macdonald, R. ST. J. “International Law and the Conflict in Cyprus.”, *The Canadian Yearbook of International Law* (1981): 3 - 49.
- Mızrak, Baransel. *Kıbrıs Sorununa İlişkin Türk Tezlerinin Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Analizi*. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Necatigil, Zaim M. *The Cyprus Question and Turkish Position in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- Özersay, Kudret. “The Excuse of State Necessity And Its Implications on the Cyprus Conflict.”, *Perceptions* C. 9, S. 4 (2004): 31 - 70.
- Özersay, Kudret. *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal İnceleme*. Ankara: Ankara Üniversitesi Avrupa Topuluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi, 2009.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2015.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2018.
- Reçber, Kamuran. *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*. İstanbul: Dora Basım Yayın, 2023.
- Ronzitti, Natalino. *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*. Martinus Nijhoff: Dordrecht, 1985.
- Sevinç, Derya. “Türk-Yunan İlişkileri Çerçevesinde Kıbrıs Sorununda Yeni Bir Aşama (1954-1960).”, *Ankara Üniversitesi Türk İnkulâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi* S. (2017): 171 - 206.
- Sönmezoğlu, Faruk. “Kıbrıs Sorunu ve Birleşmiş Milletler: 1954-1975.”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası* C. 38, S. 3-4 (2011): 223 - 255.
- Stavsky, M. M. “The Doctrine of State Necessity in Pakistan.”, *16 Cornell Int’l L.J.S.* 341 (1983).
- Talmon, Stefan. “Impediments to Peacekeeping: The Case of Cyprus.”, *International Peacekeeping: The Yearbook of International Peace Operations* C. 8 (2002): 33 - 63.

- The Attorney-General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others (1964), Cyprus Law Reports.
- Toluner, Sevin. *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977.
- Toluner, Sevin. *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş ve Kaynaklar) - Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından*. (Derleyen ve Düzenleyenler: Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü, Dr. Enver Arıkoğlu, Dr. Verda Neslihan Akün, Dr. Elif Başkaracaoğlu). İstanbul: Beta, 2017.
- Trimikliniotis, Nicos ve Demetriou, Corina. *Legal Framework In The Republic of Cyprus, Displacement in Cyprus Consequences of Civil and Military Strife Report 3*. Norway: Peace Research Institute Oslo (Prio), 2012.
- Uluslararası Adalet Divanı. "Balıkçılık Davası". 2.2.1973. 055-19730202-JUD-01-00-EN.pdf (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2024).
- Uluslararası Adalet Divanı. "Gabcikovo - Nagymaros Davası (Macaristan / Slovakya)". 27.9.1997. 092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf (icj-cij.org) (Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2024).
- United Nations. *Yearbook of International Law Commission 1966*. New York: United Nations Publication, 1967. legal-tools.org/doc/74bb2d/pdf/ (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- United Nations. *Yearbook of International Law Commission 1980*. New York: United Nations Publication, 1981. ilc_1980_v2_p2.pdf (un.org) (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2024).
- Vatansever, Müge. "Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi.", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 12 (2010): 1487 - 1530.
- Wippman, David. "International Law and Ethnic Conflict on Cyprus.", *Texas International Law Journal* C. 31, S. 2 (1996): 141 - 181.

KAMU DÜZENİNİN UNSURU OLARAK “DIRLİK VE ESENLİK” PERSPEKTİFİNDEN KOKU KİRLİLİĞİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER^(*)

Arş. Gör. Melike ÇOLAKOĞLU KAPLAN^(**)

Öz

Bu çalışmada öncelikle idare hukukunda kolluk faaliyetlerinin amacı olarak düzenlenen kamu düzeninin tanımlanması ile verilmeye çalışılmış; kamu düzeni-kolluk bağlantısına değinilmiş; kamu düzenini oluşturan unsurlardan biri olan “*dirlik ve esenlik unsuru*” açısından koku kavramı irdelenmiştir. Dirlik ve esenliğin idare hukuku açısından ne olduğu tanımlandıktan sonra çalışmada, kamu düzeni açısından idarenin bu unsuru nasıl ve hangi durumlarda sağlaması gerektiği tartışılmıştır. İdareye dirlik ve esenliğin sağlanması ile ilgili ne gibi görevler yüklediği mevzuatta yer alan düzenlemeler belirtilerek sıralanmıştır. Çalışmanın devam eden kısımlarında “*koku*” kavramının kamu düzeninin bir unsuru olan “*dirlik ve esenlik*” unsurundaki yeri tartışılmış; kokunun insanların yaşamlarını olumsuz yönde nasıl ve ne şekillerde etkileyebileceği güncel haberlere de değinmek suretiyle ele alınmıştır. Yapılan değerlendirmeye esas alınan güncel haber örneklerinde ortak noktanın kokudan rahatsız olan kişilerin bu konuda idareye başvurmaları ve bu başvuru sonucunda idareden sorunu çözmeye yönelik bir eylem beklemeleri olmuştur. Bu çerçevede, kokunun giderilmesinde mevzuat ile yetkili ve sorumlu kabul edilen idarece kayıtsız kalınması sebebiyle dirlik ve esenliğin bozulması hallerinde idarenin sorumluluğu açıklanmaya çalışılmıştır. İdarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğundan kısaca bahsedildikten sonra; konu özelinde dirlik ve esenliğin bozulmasının hangi kusur tipine sokulması gerektiği tartışılmıştır. Mevzuatta yer almış ve çalışmada belirtilen, idarenin kamu düzeninin bir unsuru olan “*dirlik ve esenlik*” unsuru yönüyle sıralanmış görevlerini yerine getirmemesi ve/veya ihmal etmesi sebeplerine dayanarak nasıl sorumlu olabileceği aktarılmıştır. Dirlik ve esenliğin bozulması sebebi ile ve özellikle de koku nedeniyle idareye karşı Danıştay’da açılmış birkaç örnek karar incelenmiştir. Kararlarda, idare çoğunlukla tazminata mahkûm edilmiş; mevzuatla kendisine yüklenen görev ve sorumlulukları yerine getirmemesi sebebiyle sorumlu tutulmuş; sorumluluğu ise “*kusur sorumluluğu*” kapsamında değerlendirilmiştir. Son olarak çalışmada, kokunun insan hakları yönüyle değerlendirmesi yapılarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yansıyan bir uyuşmazlıkta, insanları rahatsız eden koku salınımını durdurmaya devlet aleyhine tazminat ödeme yükümlülüğü olduğuna ilişkin bir mahkeme kararı incelenmiş; idarenin koku hususunda ne kadar özenli davranması gerektiği, sağlık açısından tehlikeli olduğu, bilimsel ölçümlerle sınırdan kabul edilen kokuların engellenmemesi halinde kişilerin sağlığının da bozulabileceği, idarenin bu halde de sorumlu kabul edilmesinin gerekliliği belirtilerek çalışma sonlandırılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kamu Düzeni, Kolluk, Dirlik ve Esenlik, Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı, İdarenin Sorumluluğu, Koku Kirliliği, Sağlığın Korunması.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 14.08.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 18.11.2024](#)
[DOI No: 10.54704/akdhfd.1533297](#)

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / Ankara, Türkiye
[E-posta: melikeank.mc@gmail.com](mailto:melikeank.mc@gmail.com)
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0002-8567-3858](https://orcid.org/0000-0002-8567-3858)



EVALUATIONS ON ODOUR POLLUTION FROM THE PERSPECTIVE OF ‘VIBRANCY AND WELL-BEING’ AS ELEMENTS OF THE PUBLIC ORDER

Abstract

In this study, firstly, the definition of public order, which is regulated as the purpose of law enforcement activities in administrative law, is tried to be given with doctrinal discussions; the connection between public order and law enforcement is mentioned; the concept of odor is examined in terms of “the element of well-being and welfare”, which is one of the elements that constitute public order. After defining what well-being and welfare are in terms of administrative law, the study discusses how and in which cases the administration should provide this element in terms of public order. The duties assigned to the administration regarding the provision of well-being and welfare are listed by specifying the regulations in the legislation. In the following parts of the study, the place of the concept of “smell” in the element of “well-being and welfare”, which is an element of public order, is discussed; how and in what ways odor can negatively affect people’s lives is also discussed by touching on current news. In the current news examples that are taken as the basis for the evaluation, the common point is that people who are disturbed by odor apply to the administration on this issue and expect an action from the administration to solve the problem as a result of this application. In this context, the responsibility of the administration in cases where the state of health and well-being is disturbed due to the indifference of the administration, which is authorized and responsible by the legislation, in the removal of the odor has been tried to be explained. After briefly mentioning the faulty and flawless responsibility of the administration; it has been discussed which type of fault the damage to state of health and well-being should be classified under. It has been conveyed how the administration can be responsible based on the reasons for not fulfilling and/or neglecting its duties listed in terms of the “state of health and well-being” element, which is an element of public order and included in the legislation and specified in the study. A few sample decisions filed against the administration in the Council of State due to the damage to state of health and well-being and especially due to odor have been examined. In the decisions, the administration has mostly been sentenced to compensation; it has been held responsible for not fulfilling the duties and responsibilities assigned to it by the legislation; and its responsibility has been evaluated within the scope of “fault liability”. Finally, in our study, the evaluation of odor from a human rights perspective was made, and a court decision regarding the obligation to pay compensation to the state for not stopping the release of odors that disturbed people in a dispute that was reflected in the European Court of Human Rights was examined; the study was concluded by stating how careful the administration should be about odors, that they are dangerous to health, that if odors accepted as borderline by scientific measurements are not prevented, people’s health may also be damaged, and that the administration should be considered responsible in this case.

Keywords

Public Order, Law Enforcement, Peace and Well-being, Right to Respect for Private and Family Life, Responsibility of the Administration, Odor Pollution, Protection of Health.

Extended Abstract

From past to present, ensuring public order is the fundamental reason for the existence of the administration. If individuals in a society can live in peace and tranquility, with security of life, property and honor, and without being disturbed in every respect, it means that public order is maintained. The administration is the first and only authority in ensuring public order. This first and only authority, the administration, uses the public power granted to it through law enforcement authorities while ensuring public order. Many authors have discussed and tried to define public order in the doctrine. Authors have divided public order into subheadings in the classical and modern sense. In the classical sense, one of the subheadings of public order is peace and well-being. Peace and well-being can be defined as the people living in peace, away from chaos, or as people being away from odors or sounds that may disturb them, for example. Since odor affects both peace and well-being and general health, it is a matter directly related to public order. Preventing odors that are considered harmful to health as a result of measurements made with scientific techniques is important for the administration in order to protect general health. However, the controversial issue in terms of whether the administration should prevent or not is the odors that do not pose a health problem but disturb

people. The odor that bothers the person does not necessarily have to be a bad odor. Even a very pleasant odor that one has to constantly breathe can disturb people after a while. In this respect, the administration is obliged to prevent not only bad odors but also all odors that have the potential to disturb people within its authority. In our law, many duties and responsibilities are assigned to the administration in order to ensure the continuation of peace and well-being. The duties of the administration are clearly defined in the laws and regulations. If the administration does not fulfill its obligations in the matters specified in the legislation, its liability will come to the fore. The liability of the administration may be based on fault or it may be faultless. Failure to fulfill the duty specified in the legislation is based on the fault of the administration. The name of this defect is service defect. An administration that does not ensure public order, especially peace and welfare, has a service defect in this respect. The Council of State has examined whether the situation in question falls within the duty of the administration in the cases brought to it, and if such a responsibility is imposed on the administration in the legislation and the administration does not fulfill this responsibility, it has made the administration liable to pay compensation with faulty liability. Not only in our country but also in Europe, lawsuits have been filed regarding odor. In the application made to the European Court of Human Rights against the Romanian state for many reasons other than odor, a decision was made against the state. According to the decision, even if the applicants are convicts, they have the right to breathe clean air in the prison they are in. Even though the smell coming from the nearby garbage dump did not affect their health, they were disturbed and rightfully expected the management to do what was necessary in this regard. After the application, the state authorities claimed as a defense that there was no harm to the health of the convicts, that the necessary scientific measurements were made and that since the bad odor in question was not harmful to health, they did not need to do anything. With this decision, the Supreme Court refuted the misconception that the administration should only prevent odors if they are harmful to health. As a result, the administration is obliged to protect public order and therefore peace and well-being. In this respect, the administration is responsible for preventing everything that may cause the deterioration of peace and well-being. Even if the thing that disrupts peace and well-being is a pleasant odor, the administration has a duty in this regard. If the administration fails to fulfill its duties and responsibilities, it should be held responsible and compensation should be awarded.

GİRİŞ

Kişilerin toplu şekilde huzur ve güven içinde yaşamaları kamu düzeninin sağlanması ile mümkün olacaktır. Kamu düzenini ise idare, kolluk yetkisini kullanarak sağlayacaktır. Kamu düzeni klasik ve modern olmak üzere alt başlıklara ayrılmaktadır. Klasik anlayışta kamu düzeni; genel sağlık, güvenlik, dirlik ve esenlik unsurlarına ayrılmaktadır. Duman, toz, gürültü, koku gibi kişiyi devamlı şekilde rahatsız edecek bir etmenin bulunması kamu düzenini bozmaya yetmektedir. Kokunun güzel ya da kötü olması bir önem arz etmeksizin, insan hayatını derinden etkileme özelliğine sahip bir etmen olduğu söylenebilecektir. Kişilerin huzur ve sükûn içinde yaşayabilmeleri için idareye mevzuatla tanınan birtakım görevler yüklenmiştir ve bu görevlerin yerine getirilmediği durumlarda ilgili idare sorumlu kabul edilmektedir. Bu açıdan koku özelinde idareye pek çok görev ve sorumluluk yüklenmiştir. İdare bu görevlerini gereği gibi yerine getirmese, kamu düzenini sağlama görevinden uzaklaşmış olacak ve bu durumdan zarar gören kişilerce yargısal yollara başvurma hakkı doğacaktır. Tüm canlılar için yaşamın devamlılığını sağlamada en temel fonksiyon olan nefes almak-vermek zorunluluğunu temelden etkileyen koku kavramı, çalışmamızda idare hukuku yönüyle değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, koku kavramı, mevzuat bağlamında genelden özele sıralanmış, kokunun dirlik ve esenliği nasıl bozabile-

ceğine dair yaşamdan somut örnekler özelinde zarar gören kişilerce yapılan başvurulara yer verilmiş, son olarak da kamu düzenini koku açısından sağlayamayan idarenin ne gibi sorumlulukları olabileceği yargı kararları ışığında irdelenmiştir. Yargı kararları irdelendiğinde, bu konu hakkında ortaya çıkan uyumsuzlukların yerel mahkemelerde görülmesinin yanında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de yansıtılmış bireysel başvurularda rastlanmıştır. Çalışmanın bütününde genellikle devletlerin yüksek mahkeme tarafından tazminat ödemeye mahkûm edilmiş tüm başvurular değil, konumuz özelinde koku unsuru ile ilgili olan bazı kararlara değinilmiştir.

I. KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE UNSURLARI

A. KAMU DÜZENİ KAVRAMI

Toplu şekilde yaşayan insanlar, belli bir düzen ve intizam olmadan hayatlarını güvenli bir biçimde devam ettiremezler. Güven içinde yaşamak geçmişten günümüze toplumun en çok ihtiyaç duyduğu konuların başında gelmektedir. Bu güveni ise büyük ölçüde devlet sağlamaktadır. Güven ve düzen içinde yaşamak, devletin koyduğu kurallar ile oluşturulan bir hukuk sistemi çerçevesinde mümkün olmaktadır. Hukuk sistemi, kamu düzenini sağlayarak toplumun güven ve huzur içinde olmasını temin edecek kurallar içermelidir.

Kamu hizmeti kapsamında kamu düzeninin sağlanması devletin temel varlık sebebidir. Devlet, toplumun örgütlenmiş hali olduğu için kamuya hizmet etmekle yükümlü kabul edilmektedir¹. Birçok faaliyetin kamu hizmetine dönüştürülebileceği varsayıldığında; prensip olarak idarenin kolluk faaliyetinin kamu hizmeti olduğunu kabul etmek gereklidir².

Kişilerin düzen, güven ve barış içinde yaşama gereksinimleri kamu düzeni kavramını ortaya çıkarmıştır³. Kamu düzeni, olmadığında kamu yararını negatif anlamda etkileyen ve bozulmasının önlenmesi halinde ise kamu yararının gerçekleşeceği kabul edilen olgudur⁴. Diğer yandan kamu düzeni, "... *ammeye taalluk eden ve gayri muayyen menfaatlere müstenid bulunan nizam...*" dır⁵.

Kamu düzeni, kişilerin dış dünyadaki hal ve hareketleri ile ilgilenir, iç dünyaları ile ilgilenmez. Dış dünya kavramından, kamusal alanlar ve kamuya açık alanlar anlaşılabilir. Soyut anlamda ihmal yani dış dünyaya yansımaya bir eylem ile kamu düzeni bozulmayacaktır. Açıklanmamış fikirler, yalnızca kamu dü-

¹ Yıldırım Uluer, "Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 15, (1998): 253.

² Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 9, s.1-3 (1988): 151-153.

³ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 282.

⁴ Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2017), 290.

⁵ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, t.y.), 2: 1479.

zenini bozma ihtimalleri olması sebebi ile sınırlanamayacaktır⁶. Diğer yandan ahlaki ya da manevi nitelikte faaliyetlerin, maddi düzene ve esenliğe etki edip, toplumda karmaşa çıkarması halinde ise idare mevzuattan doğan müdahale yetkisini kullanabilecektir. Örnek olarak, müstehcen film, fotoğraf ya da bir kişinin toplum içerisinde müstehcen hareketlerde bulunması halinde de maddi düzen ve esenlik bozulmaktadır⁷. Böylesi durumlarda idare yetkisi ile sınırlı olarak, kanda yer alan yaptırımları kullanabilecektir. Burada ilgili idarece uygulanacak yaptırımlarda, yaptırımlar teorisinde geçerli olan "orantılılık ilkesi" gibi temel ilkeler dikkate alınmalıdır.

Toplumda kültür düzeyi, yaşam kalitesi ve ihtiyaçlar eş zamanlı ve doğru orantılı olarak artmakta ya da azalmaktadır. Bir diğer deyişle kültür düzeyi arttıkça, ihtiyaçların karşılanması beklentisi de beraberinde artmaktadır. Kişilerin kültür düzeyleri arttıkça yalnızca can ve mal güvenliklerinin sağlanması onlar için yeterli olmayacak; gürültü, toz, duman, koku vb. etmenlerden de korunma gereksinimleri doğacaktır⁸. Topluluk halinde yaşayan insanların güvenlik ve düzen içinde yaşamaları, iletişim kurdukları ortamlarda intizam olması ve kurdukları ilişkileri güvenle yürütmeleri kamu düzeninin mevcudiyetine bağlıdır⁹. Kısaca kamu düzeni kişilerin sağlıklı, güvenli ve huzurlu bir biçimde yaşamaları hali olarak tanımlanmaktadır¹⁰.

İdarenin asli ve en önemli görevlerinden biri kamu düzenini sağlamak ve korumaktır¹¹. Kamu düzeni denilen bu kavramın içinde yer alan kamu huzurunun korunması ve devamlılığının sağlanması ise kolluğun görevlerindedir¹². Kolluk, kabahat veya suç niteliği taşıyan ve kamuyu rahatsız eden, kamu düzeninin bozulmasına sebep olan davranışları izlemek ve önlemek amaçlarını haiz olan müdahaledir¹³.

İdare, kullanma yeteneğine haiz olduğu kolluk faaliyetleri ile kişilerin ve toplulukların kalabalık içindeki tavır ve faaliyetlerini denetleyebilir, ayrıca lazım geldiğinde onlara tanınan kişisel hak ve hürriyetleri kısıtlayabilir, hatta durdurabilir. İdare bu işlemleri, mevzuatın öngördüğü yetkilerle sınırlı olarak verdiği emir ve koyduğu yasaklarla gerçekleştirir¹⁴. Kısacası kamu düzeni bir yandan kişile-

⁶ A. Funda Çetindağ, "Türk Anayasal Sisteminde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Bağlamında Kamu Düzeni", (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2004), 12.

⁷ Metin Kıratlı, "Koruyucu İdari Hizmetler", (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1973), 33.

⁸ Adil Bucaktepe, "Genel İdari Kolluk ve Kolluk İşlemleri", (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2008), 41.

⁹ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2010), 36.

¹⁰ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2019), 2: 478.

¹¹ Muhlis Öğütçü, "Çevre Kolluk İşlemleri", (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2000), 93.

¹² Kemal Gözler, "Sokak Düğümleri ve Hukuk", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Zabunoğlu Armağanı, (2011): 1.

¹³ Ahmet Fatih Özkan, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", *Ankara Barosu Dergisi* 4, (2009): 78.

¹⁴ Günday, *İdare Hukuku*, 289.

rin hak ve hürriyetlerini kullanabilmelerine olanak sağlarken, diğer yandan yine toplumun çıkarı doğrultusunda onların hak ve özgürlüklerini kısıtlayabilmektedir¹⁵. Örneğin; şiddet içeren ifade ve görsellerin olduğu iddia edilen bir televizyon programı hakkında verilen idari para cezasının iptali hakkında Danıştay'da başlatılmış davada Danıştay; *"ilgili mevzuatta şiddeti özendirici ve kanıksatıcı sahnelerin olmasının yeterli sayıldığı, herhangi bir yoğunluk ve sıklık sayısına ya da oranına yer verilmediğinin de açık olduğu; Bu itibarla, davacı yayın kuruluşunda yayınlanan "... " adlı dizinin ... tarihinde saat 20.00'de yayınlanan bölümünde yer alan iki sahnede geçen diyaloglar ve görsellerin "şiddeti özendirici veya kanıksatıcı" nitelikte olduğu anlaşıldığından bahisle tesis edilen dava konusu idari para cezasında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır"*¹⁶. hükmünü kurarak idari para cezasını hukuka uygun bulan bölge idare mahkemesi kararını onamıştır. İdarenin kamu düzenini korumak adına şiddeti özendirici faaliyetleri engellemesi gerektiğini anladığımız bu kararda idare, kolluk yetkisini kullanarak bahse konu yayın hakkında idari yaptırım uygulamıştır.

Kamu düzeninin sağlanması idarenin kolluk faaliyetlerinin amacıdır. Bu açıdan kamu düzenini sağlama amacı gütmeyen kolluk faaliyetleri, amaç unsuru bakımından sakattır¹⁷.

B. KAMU DÜZENİNİN UNSURLARI

Kamu düzenine ait unsurlar Anayasa ve İdare hukuku açısından somutlaştırılmıştır. Tanımlarda, kamu güvenliğinin sağlanması, kamunun esenliği ve kamunun sağlığı olmak üzere klasik açıdan üç bileşen belirlenmiştir¹⁸. Ancak zamanla bu unsurlara yenileri eklenmiştir. Bu nedenle bu başlık altında klasik ve modern anlayışa göre kamu düzeni unsurları ele alınacaktır.

1. Klasik Anlayışa Göre Kamu Düzeninin Unsurları

a. Güvenlik

Kamu düzeni kavramının temel öğelerinden olan güvenlik, kişilerin halka açık veya kapalı alanlarda istedikleri gibi bulunmaları, hareket edebilmeleri, saldırıya uğramamaları, can ve mal güvenlikleri konusunda sıkıntı duymamaları demektir. İnsanların mallarına, vücut bütünlüklerine ya da ırzlarına karşı herhangi bir tehdit ya da tehlike olmaması durumu güvenlik anlamına gelmektedir¹⁹.

¹⁵ Hülya Çelik Şeşen, *Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 16.

¹⁶ D13.D, 02.07.2022, E.2024/751, K. 2024/3024. Lexpera, Erişim tarihi: 24.10.2024.

¹⁷ Emre Soyer, "Sağlık Kamu Düzeni Bağlamında Gıda Güvenliği", (Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi, 2016), 10.

¹⁸ Özkan, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", 77.

¹⁹ R. Cengiz Derdiman, "Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme (I)", *Çağdaş Yerel Yönetimler* 6, s.3, (1997): 107.

Can güvenliği kavramı vücut bütünlüğü ile ırzın da korunmasını kapsarken; mal güvenliği yalnızca mülkiyet hakkının değil, kişide mevcut olan tüm malların saldırılardan korunmasıdır²⁰. Maddi anlamda huzurlu olunması ise asayiş kelimesini nitelemektedir.

Kamu düzenini oluşturan öğelerden güvenlik, eski mevzuatımızda "emniyet" veya "emniyet ve asayiş" terimleri ile ifade edilmiştir. Güvenlik, kişilerin yol, park, meydan gibi umumi veya tiyatro, cafe, otel gibi umuma açık yerlerde saldırıya, zorlamaya, itilip kakılmaya, kazaya ve engellenmeye (durdurulma, bekletilme, alıkonma) uğramadan dolaşmaları veya bulunmaları, can ve malları için hiçbir zaman endişe duymamaları ve bu yönde inanç ve kanaat sahibi olmalarıdır²¹. Örnek olarak; hız sınırı koyulması trafik güvenliğinin sağlanması açısından kamu düzenine ilişkin bir tedbirdir²². Güvenlik nedeniyle çalışma izninin iptal edilmesinden dolayı dava açan bir kişi hakkında ilk derece mahkemesi; "her ne kadar, bir dini yaymak olarak tanımlanabilecek misyonerlik, mevzuatımızda suç olarak kabul edilmemekle birlikte, davacının ikamet ve çalışma iznine istinaden ülkemizde bulunduğu, Devletin hükümranlık hakkına dayalı olarak verilen bu izinlerin, ülke menfaatleri aleyhine, milli güvenlik ve kamu düzenini bozacak şekilde, çalışma izni kapsamı dışında, belli bir dinin temsilcisi veya din adamı olarak çalışmak üzere kullanılmayacağı açık olduğu; öte yandan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan ülkemizde, din ve vicdan hürriyeti çerçevesinde, herkesin dini ve inançları doğrultusunda ibadetlerin serbestçe yapma hakkına sahip ise de, davacının din adamı gibi faaliyette bulunduğu ve şirketi adına alınan taşınmazda turistik tesis adı altında Kilise inşa edecekleri yönünden yerel basına yansıyan haberlerle, kamu düzeninin ve toplumun huzurunun bozulmasına neden olduğu görüldüğü" ifadeleri ile misyonerlik faaliyetinin kamu düzenini bozabilme ihtimali kapsamında değerlendirildiğini ve bu sebeple çalışma izninin iptalinin hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Ancak Danıştay bahse konu kararı bozmuş; "milli güvenliği ve kamu düzenini olumsuz yönde etkilemediği sürece mevzuata aykırı olduğundan söz edilemeyecek bir faaliyet nedeniyle davacıya ait çalışma izninin iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır." ifadeleri ile idarenin ancak milli güvenlik ve kamu düzenini bozabilecek nitelikteki faaliyetler sebebiyle yetkilerini kullanması gerektiğine hükmetmiştir²³.

b. Dirlik ve Esenlik (Sükûn)²⁴

Selâmet ve intizam kelimelerinin yerine kullanılan dirlik ve esenlik kavramları; toplumun düzenini bozacak düzensizliklerin engellenmesi, toplumun kaos

²⁰ Yayla, *İdare Hukuku*, 39.

²¹ Lütü Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 254.

²² Gözler, *İdare Hukuku*, 2: 479.

²³ DİİDK, 28.01.2015, E. 2013/797, K. 2015/126. Lexpera, Erişim Tarihi: 24.10.2024.

²⁴ Bazı yazarlara göre "Dirlik ve Esenlik" kavramı "Sükûn" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Bucaktepe, "Genel İdari Kolluk ve Kolluk İşlemleri", 47.

ve karmaşadan korunması anlamına gelmektedir²⁵. Kamu huzurunun temeli, kamu düzenidir. Huzurun bozulmasına neden olan düzensizlik ve karışıklıklar maddi düzeni bozan sebeplerin en somutudur²⁶.

Kolluğun, korunmasını sağlamakla yükümlü olduğu dirlik ve esenlik; dış dünyanın ve maddi düzenin parçasını oluşturan maddi esenliktir²⁷. Esenlik kavramının bir toplumda hangi durumlarda bozulacağı ise olaya, meydana geldiği yere (toplumun sosyo-kültürel düzeyine) ve saate göre bile değişebilmektedir²⁸. Örneğin bataklıktan gelen koku, bölgede artan sinekler ya da gece geç vakitte yüksek sesle müzik açılması dirlik ve esenliği bozabilecek durumlar olarak sayılabilir²⁹. Bu örneklerden yola çıkacak olursak; büyük bir eğlence merkezinin ya da gece kulübünün, gece açılış zamanlarının düzenlenmesindeki sebep; kamunun dirlik ve esenliğini korumak olacaktır³⁰. Bir ilde artan intihar vakalarının kamu düzenini bozduğundan bahisle, kamu düzenini korumakla yükümlü olduğu belirtilen valiliğin yaptığı görevlendirmenin iptali hakkında Danıştay'da görülen davada mahkeme; *“umuma açık yerlerde meydana gelen intihar olaylarının, toplumun dirlik ve esenliğini olumsuz etkilemek ve güvenliği tehdit etmek suretiyle kamu düzenini bozduğundan, ildeki kamu düzenini sağlamakla görevli valinin, intihar olaylarını önlemek amacıyla gereken tedbirleri almasının kaçınılmaz olduğu, kolluk personelinin kamu düzenini tehdit eden bu olaylara müdahale sırasında insan psikolojisi konusunda uzman personel ile desteklenmesi, olayın en kısa zamanda ve kamu düzenini en az etkileyecek şekilde sonlandırılması için önem arz ettiği...”* ne hükmetmiştir³¹. Bahse konu karardan valiliğin dirlik ve esenliği korumakla yükümlü olduğu ve kamu düzenini korurken kolluktan yardım almasının kaçınılmaz olduğu anlaşılmaktadır.

Sağlık ile esenliği koruyan kolluk hizmetleri, aynı zamanda kişilerin birbirlerine güven duymalarını da sağlayarak daha huzurlu bir toplum oluşmasına zemin hazırlayacaktır³². Aşırı gürültünün ya da karışıklığın olmaması; ses, görüntü ve koku açısından rahatsızlık duyulmaması halleri yaşamın katlanabilir olmasını da beraberinde getirecektir³³. Günün herhangi bir saatinde rahatsız edilmek, sı-

²⁵ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 622.

²⁶ Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 41.

²⁷ Ögütçü, “Çevre Kolluk İşlemleri”, 98.

²⁸ Bucaktepe, “Genel İdari Kolluk ve Kolluk İşlemleri”, 49.

²⁹ Soyer, “Sağlık Kamu Düzeni Bağlamında Gıda Güvenliği”, 22.

³⁰ Pierre Moor, *Droit Administratif*, Vol 1., 2 éd, Berne, 1994, p. 393. Akt. Ögütçü, “Çevre Kolluk İşlemleri”, 98-99.

³¹ D5.D, 13.10.2015, E. 2015/2433, K. 2015/7857. Lexpera, Erişim Tarihi: 24.10.2024.

³² Derdiman, “Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme (I)”, 108.

³³ Bucaktepe, “Genel İdari Kolluk ve Kolluk İşlemleri”, 47.

kıntı verecek ölçüye erişen koku, toz, duman ya da sese maruz kalmak, kişilerin dinlenme hürriyetlerinin bozulması ile yakından alakalıdır³⁴.

Kamu esenliği, sürdürülebilir kalkınma, iklim değişikliği ile mücadele gibi ulusal ve uluslararası gereklilikler çerçevesinde çevreden gelebilecek olumsuz etkileri önlemek ya da azaltmak amacıyla yapılan mevzuat bazındaki düzenlemeler sebebiyle günümüzde oldukça önem kazanmıştır.

c. Genel Sağlık

Bireylerin ayrı ayrı hastalıklardan korunması değil, tüm toplumun salgın ve bulaşıcı hastalıklardan korunması anlamındaki genel sağlık, kişilerin beden ve ruhen tam anlamıyla bir iyilik hali içinde olmaları demektir³⁵. Örneğin yiyecek, içecek vb. maddelerin sağlığı bozmayacak şekilde üretilmesi, dağıtılması ve bunun denetlenmesi bir diğer ifadeyle gıda güvenliğinin sağlanması kamu düzeninin gereklerindedir³⁶.

Konumuz kapsamında ele aldığımız koku ve sebep olduğu etkiler, halkın sağlığını etkileyen başkaca bir konu olan çevre sağlığı ile ilgilidir. Çevre sağlığı, kişilerin sağlığı ile çevre kapsamındaki unsurların birlikte korunmasını, bu unsurlarda sağlık açısından kusur bulunması halinde hafifletilmesini ya da azaltılmasını amaçlar³⁷.

2. Modern Anlayışa Göre Kamu Düzeninin Unsurları

a. Kamusal Estetik

Toplum ihtiyaçlarının zaman içerisinde değişim göstermesi, ihtiyaçların artması; sanayii, teknoloji gibi hızlı değişimin olduğu alanlarda değişimin yarattığı toplum üzerindeki olumsuz etkiler kamu düzeninin korunmasında yeni kavramların doğmasına sebep olmuştur.

Ekonomi, çevre ve etik gibi konulara ek olarak kamu estetiğinin sağlanması ve korunması kamu düzeninin sağlanması açısından kamusal estetik kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Kamusal estetiğin korunması yoluyla kamu düzeninin korunmasında temel amaç, şehirlerde meydana gelen nüfus artışı, barış ve huzur içinde yaşama arzusu gibi kamu düzeni kavramına farklı bir perspektiften bakılması ihtiyacını da beraberinde getirmiştir³⁸.

Klasik anlayıştaki kamu düzeni kavramlarında olduğu gibi kamu düzeninin bozulmasına bir anda neden olmayan, daha uzun vadede etkilerini gösteren bu

³⁴ Ezgi Palas, "İdarenin Kolluk Faaliyetlerinden Doğan Sorumluluğu ve Gelişimi", (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2014), 22.

³⁵ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 255.

³⁶ Gözler, *İdare Hukuku*, 2: 479.

³⁷ Öğütçü, "Çevre Kolluk İşlemleri", 100.

³⁸ Selman Sacit Boz, "The Concept Of Public Aesthetics From Environmental Law", *International Journal of Environmental Trends (IJENT)* 6, s.2, (2022): 96.

unsur, estetik silüetini korunması ve gözetilmesi durumlarını içermektedir³⁹. Kolluk makamlarının, ortak kullanıma açık yerlerde estetik açıdan hoş olmayan durumlara müdahale etmesi kamusal estetik kavramının bir sonucudur⁴⁰.

b. Genel Ahlak

Kamu düzeni; dışardan bakıldığında görülemeyen ve kişilerin iç dünyalarındaki var olan ahlak algıları ile ilgilenmemektedir. Kişilerin ahlak algılarının dışa vurumu olan davranışlarının, toplum düzenini bozmaması adına; genel ahlak unsuru, kamu düzeni kavramı içerisinde yer almaktadır. Toplumun büyük çoğunluğu tarafından belirli bir zamanda kabul görmüş ahlak kurallarının bütününe genel ahlak adı verilmektedir⁴¹. Örneğin bir sinema filminin ahlak dışı kabul edilerek yasaklanması, kamu düzeninin genel ahlak kıstasından ileri gelmektedir⁴².

Ahlaki anlamda düzen yokluğu; kamu düzenini gerçek ve ciddi anlamda tehdit ediyor, bu tutum ya da davranış tehlikeli bir hal alıyor ve ardından girişimlere dönüşüyorsa, ancak bu durumda kolluk yetkileri kapsamında müdahale edilebilir hale gelecektir⁴³. Anayasanın pek çok yerinde genel sağlık ve genel ahlak terimleri bir arada kullanılmış, kamu düzeni ile doğrudan bağlantılı kabul edilmişlerdir⁴⁴.

c. İnsan Onuru

İnsan onuru ve insan hakları mevzubahis olduğunda kamu düzeni kavramı da beraberinde gelmektedir. İnsan haklarının olduğu yerde bunların korunması ve gözetilmesi açısından kamu düzeninin olması şarttır. İnsan hakları ve insan hakları kavramlarının bir ülkede gerçekten uygulanıp uygulanmadığı o ülkenin kamu düzeni kavramına bakış açısı ile doğrudan ilişkilidir⁴⁵.

Türk hukukunda insan onuru kavramı Anayasa’da kendisine yer bulmuştur. 17. maddenin 3. fıkrasında; “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” ifadeleri ile insan onurunun korunması gerekliliği ifade edilmiştir. Diğer yandan Anayasa’nın 5. maddesinde “*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve*

³⁹ Çelik Şeşen, *Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru*, 23.

⁴⁰ Gözler, *İdare Hukuku*, 2: 480.

⁴¹ Akyılmaz, Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 625.

⁴² Gözler, *İdare Hukuku*, 2: 480.

⁴³ Bucaktepe, “Genel İdari Kolluk ve Kolluk İşlemleri”, 57.

⁴⁴ Bucaktepe, “Genel İdari Kolluk ve Kolluk İşlemleri”, 51.

⁴⁵ Selman Sacit Boz vd., *İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 290.

manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." ifadeleri ile sosyal devletin temel amaçları arasında kişinin insan onuruna yakışır bir hayat sürmesini sağlamasına yer verilmiştir⁴⁶. Fransız Danıştay'ın 1995 yılında vermiş olduğu bir karar neticesinde insan onurunun, kamu düzeninin bir parçasını oluşturduğu, korunması için kolluk yetkilerinin kullanılabileceği kabul edilmiştir⁴⁷. Türkiye'de insan onurunu korumak amacıyla kişi ve kurumların faaliyetlerine kolluk ile müdahale edilmesinin örneklerinden birisi radyo ve televizyon sektöründe yer almaktadır. Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un yayın ilkelerini içeren 8. maddesinin ç bendinde; "*İnsan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkesine aykırı olamaz, kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira niteliğinde ifadeler içerebilir.*" ifadeleri ile insan onuruna saygılı olunması temel ilkelere kabul edilmiştir. Kanunda insan onurunun korunmasına yönelik ilkelere uymayan programlar için idari yaptırım uygulanabileceği de kabul edilmiştir.

Sosyal devletin temel görevlerinden biri olarak, devletin kişilerin insan onuruna yakışır şekilde bir hayat sürmelerini sağlaması gerekmektedir. Konumuz özelinde devlet, insan onuruna yakışmayacak nitelikteki, kişileri rahatsız edebilecek örneğin çöp ya da kanalizasyon kokularını önlemekle yükümlüdür.

d. Bireylerin Kendisine Karşı Korunması

Kişinin güvenliğinin ve sağlığının kendisine karşı korunması kamu düzeninin unsurlarından biridir. Örneğin kişilerin otomobil ya da motosiklet kullanırken gereken önlemleri almasını (emniyet kemeri, kask, ...) zorlamak, Fransız idare hukukunda kişilerin kendilerine karşı korunması olarak açıklanmış ve bu çerçevede bireylerin kendilerine karşı korunmasının kamu düzeninden olduğu ve bu tip zorlamaların hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir⁴⁸. Bu nedenle, çevre sorunlarının yol açtığı, konumuzla bağlantılı olarak koku kirliliğine neden olan birçok olay aynı zamanda farklı fizyolojik sebeplerle kişilerin yaşam hakkını etkileyebilecek sonuçlar doğurabilecektir. Örneğin çöp döküm alanında yer alan çöplerin metan gazı oluşturarak patlamasında meydana gelen can ve mal kaybından, ilgili idarece çöp döküm alanının olası yangın tehlikesine karşı alınacak tedbirlerin alınmaması nedeniyle tazminat sorumluluğu olmasının yanında ilgili kamu görevlisinin cezai sorumluluğu da doğabilecektir⁴⁹.

Anayasa madde 13 ile kişi hak ve hürriyetlerinin hangi şartlar altında sınırlandırabileceği belirlenmiştir. Bu anlamda idare kolluk gücü ile kamu düzenini koruma amacı doğrultusunda kişi hak ve hürriyetlerini sınırlarken ölçülü davran-

⁴⁶ Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, 139.

⁴⁷ Gözler, *İdare Hukuku*, 2: 481.

⁴⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, 2: 482.

⁴⁹ D1.D., 24.02.2010, E. 2010/123 K. 2010/320. Lexpera, Erişim Tarihi: 18.09.2024

makla yükümlüdür. Diğer yandan idarenin kamu düzenini sağlama amacı doğrultusunda, örneğin bireyleri kendilerine karşı koruma noktasında, kolluk gücü ile her olaya müdahale etmesi halinde demokratik toplum düzeni bozulabilecektir⁵⁰.

II. DİRLİK VE ESENLIK KAVRAMI

A. GENEL OLARAK DİRLİK VE ESENLIK KAVRAMI

Toplumun, dirlik, esenlik içinde ve huzurla yaşaması, kişilerin dışarıdan gelebilecek düzen bozucu durumlara, karmaşaya karşı korunması ile mümkün olur. Konumuz özelinde, hayatın seyrini bozacak düzeyde gürültü, koku, toz, ışık gibi durumların bulunmaması, dirlik ve esenliğin sağlandığı anlamına gelecektir.

Dirlik ve esenliğin kapsamına halk arasında, karmaşa çıkarabilecek tüm olaylar dahil edilmektedir. Dünyanın gelişmesi, değişmesi ve küreselleşmesi sebebiyle dirlik ve esenliği bozabilecek durum sayısı da gün geçtikçe artmaktadır⁵¹.

İdare alması mümkün hukuki tedbirler ile dirlik ve esenliğin bozulmasını önlemek, toplumsal hayatı tehdit eden durumları yok etmek ve bu tehlikelerle toplum arasındaki izolasyonu sağlamakla yükümlüdür⁵². Örneğin Danıştay bir kararında, pıdrecinin bacasına kurum tutucu taktırmaması nedeniyle idarece işyerinin kapatılması yaptırımının uygulanması sonucunda bahse konu bu kapatma işleminin yerel mahkemece iptal edilmesi kararını bozmuştur. Yerel mahkeme kararında, pide fırınının küçük olması ve bilirkişi incelemesi sonucu kurum tutucu takılması zorunluluğu olmadığına dair karar vermişse de Danıştay, idarenin İl Hıfzısıhha Kurulu kararı gereğince, kolluk yetkisi kapsamında hukuka uygun olarak yaptırım uyguladığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur⁵³.

Danıştay başka bir kararında, bir fabrikanın bacasından çıkan dumanın havayı kirletmesi nedeniyle idarenin yapmış olduğu işlemi iptal eden yerel mahkeme kararını aynısıyla;

“Çevre Kanunu uyarınca ceza verilebilecek olması, belediyenin 3194 sayılı Kanununun 40. ve 42. maddesinden doğan yetkisini ortadan kaldırmadığı gibi anılan maddelerde bu yetkinin kullanılabilmesi için fabrika bacasında herhangi bir fiziki eksikliğin bulunduğu, standartlara uygun olarak yapılmadığı yönünde bir tesbit yapılması koşulu da getirilmediğinden, İdare Mahkemesince, İmar Kanunu hükümlerine göre idari para cezası verilmesini gerektirecek durum bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir⁵⁴.” ifadeleriyle bozmuştur.

⁵⁰ Palas, “İdarenin Kolluk Faaliyetlerinden Doğan Sorumluluğu ve Gelişimi”, 38.

⁵¹ Çelik Şeşen, *Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru*, 25-27.

⁵² Müslüm Akıncı, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi*, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2017), 127.

⁵³ D8.D, 14.11.1988, E. 1987/303, K. 1988/855, KY.

⁵⁴ D6.D, 02.06.2003, E. 2002/2363, K.2003/3420, KY.

Mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere, kamunun rahatlığının korunması ve huzur ortamının sağlanması; gürültü, koku, duman, toz ya da benzeri çevresel faktörlerden kişinin huzurunun bozulmasının engellenmesi anlamına gelmektedir. Karışıklığın ve kaosun giderilmesi, klasik anlamdaki kamu düzeninin korunmasının temel öğelerindedir⁵⁵.

Günümüzde, kamunun rahatlığının korunması ve huzur ortamının sağlanması; gürültü, koku, duman, toz ya da benzeri çevresel faktörlerden kişinin huzurunun bozulmasının engellenmesi konusundaki değerlendirmelerde, istinaf mahkemesinin, somut olayın verilerini tüm yönleri ile ele aldığı söyleyebiliriz. Örneğin İstanbul Bölge İdare Mahkemesi bir kararında aynıysıyla⁵⁶, “... Modern ve sağlıklı bir çevrede yaşamak her vatandaşın en temel haklarından olduğu, yeraltı çöp konteynerlerinin maksadının çöpleri yerin altında depolayarak çöplerin yerüstünde çevreye yayılmalarını engellemek olduğu, konteynerlerin ise teknolojilerinin eski ve bozuk olduğunun görüldüğü, bu nedenle verimli olmadığı gibi sağlıksız bir ortam oluşturduğu, konteynerlerin bulunduğu sokağın dar olduğu ve başkaca alternatif alanın kullanılabileceği anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır” gerekçesiyle işlemin iptaline karar veren ilk derece mahkemesi kararının, kaldırılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığından istinaf talebinin reddine karar vermiştir.

B. TÜRK MEVZUATINDA “DİRLİK VE ESENLIK” KAVRAMININ DÜZENLENDİĞİ BAZI ÖRNEKLER

1. Yasal Düzenlemeler

a. Anayasa

Anayasanın 5. maddesinde; “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” ifadeleri ile toplumun huzur, refah ve mutluluğunu korumak devletin temel amaç ve görevleri arasında belirtilmiştir.

b. İl İdaresi Kanunu

Kanununun 11. maddesinin c bendinde; “İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır.

⁵⁵ Palas, “İdarenin Kolluk Faaliyetlerinden Doğan Sorumluluğu ve Gelişimi”, 90.

⁵⁶ İstanbul BİM, 6. İDD, 06.05.2019, E. 2019/748, K. 2019/759. Lexpera, Erişim Tarihi: 17.09.2024.

Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlandırabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir.” şeklinde bir düzenleme yapılarak dirlik ve esenlik kavramına yer verilmiş ve valinin bu kapsamda neler yapabileceği belirtilmiştir.

Kanunun 32. maddesinde kaymakamların görev ve yetkileri düzenlenmiştir. İlgili maddenin ç bendinde ise *“İlçe sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi kaymakamın ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için kaymakam gereken karar ve tedbirleri alır.”* ifadeleri ile kaymakama dirlik ve esenliği koruma konusunda verilen görevler sıralanmıştır.

c. Belediye Kanunu

Kanunun 38. maddesinde belediye başkanının görev ve yetkileri sıralanmıştır. m bendinde belediye başkanı; *“Belde halkının huzur, esenlik, sağlık ve mutluluğu için gereken önlemleri almak”* la görevlendirilmiştir.

57. maddede ise *“Belediye hizmetlerinin ciddi bir biçimde aksatıldığı ve bu durumun halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede olumsuz etkilediğinin İçişleri Bakanlığının talebi üzerine yetkili sulh hukuk hâkimi tarafından belirlenmesi durumunda İçişleri Bakanı, hizmetlerde meydana gelecek aksamanın giderilmesini, hizmetin özelliğine göre makul bir süre vererek belediye başkanından ister. Aksama giderilemezse, söz konusu hizmetin yerine getirilmesini o ilin valisinden ister.”* ifadelerine yer verilmiştir.

Valiler, kaymakamlar ve belediye başkanları yukarıda sayılan görevleri yerine getirirken yetkilendirilmiş kolluk organları ile çalışmaktadırlar.

Kanun 51. maddesinde zabıtalara görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Maddeye göre zabıtalara; *“beldede esenlik, huzur, sağlık ve düzenin sağlanmasıyla görevli olup bu amaçla, belediye meclisi tarafından alınan ve belediye zabıtası tarafından yerine getirilmesi gereken emir ve yasaklarla bunlara uymayanlar hakkında mevzuatta öngörülen ceza ve diğer yaptırımları uygular.”*

Belediye Kanunu'na göre kolluk; mevzuatta yer verilen emirleri yerine getirmekle, emirlere uymakla, denetimleri mevzuatta belirtilen şekillerde yapmakla, ihtar verme veya yaptırım uygulamakla yükümlüdür⁵⁷.

⁵⁷ R. Cengiz Derdiman, “Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme (II)”, *Çağdaş Yerel Yönetimler* 6, s .4, (1997): 52.

Diğer yandan belediyeler bahse konu kanunun 14. maddesine göre; “İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor orta ve yüksek öğrenim öğrenci yurtları, sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 100.000’in üzerindeki belediyeler, kadınlar ve çocuklar için konukevleri açmak zorundadır.” Ayrıca 15. maddeye göre ise; “Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak.” ile belediyeler yükümlü kılınmıştır.

d. Emniyet Teşkilatı Kanunu

Kanunun 9. maddesinde “idari polis, içtimai ve umumi intizamı temin etmekle mükellef olan kısımdır.” düzenlemesi ile dirlik ve esenlik kavramının devamı için idari polisin görevli olduğu belirtilmiştir. Kanunda polisler üç ayrı gruba ayrılmış, bu gruplardan idari polise ise dirlik ve esenliği koruma görevi verilmiştir.

e. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

Kanun 1. Maddesine göre “Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın arz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder.” Hükümden polis teşkilatının, kamunun dirlik ve esenliğini korumakla görevli olduğu anlaşılmaktadır.

f. İmar Kanunu

Kanun 40. maddesinde diğer mevzuat hükümlerinden farklı olarak dirlik ve esenlik kavramının içeriği ile ilgili bir düzenleme yapılmıştır. Maddede, “Arsalarda, evlerde ve sair yerlerde umumun sağlık ve selametini ihlal eden, şehircilik, estetik veya trafik bakımından mahzurlu görülen enkaz veya birikintilerin, gürültü ve duman tevlideden tesislerin hususi mecra, lağım, çukur, kuyu; mağara ve benzerlerinin mahzurlarının giderilmesi ve bunların zuhuruna meydan verilmemesi ilgililere tebliğ edilir.” hükmüyle hangi durumlarda kamunun dirlik ve esenliğinin bozulabileceği belirtilmiştir.

2. Düzenleyici İşlemler

a. Koku Oluşturan Emisyonların Kontrolü Hakkında Yönetmelik

Bu Yönetmeliğin çıkarılma nedeni yönetmeliğin 1. maddesinde belirtildiği üzere “kokuya sebep olan emisyonların kontrolüne ve azaltılmasına yönelik idari ve teknik usul ve esasları düzenlemektir.” Dirlik ve esenlik kavramının tanımı yapılırken kötü kokunun ve dumanın da dirlik ve esenliği bozabilecek nitelikte

olduğu kabul edildiği için bu yönetmeliğin de dirlik ve esenliğin devamının sağlanması için uygulandığı aşıkardır.

b. Atık Yönetimi Yönetmeliği

Yönetmeliğin 5. maddesinde genel ilkeler sayılmıştır. İlgili maddenin 1. fıkrasının ç bendindeki “*Atıkların kaynağında ayrı toplanması, geçici depolanması, taşınması ve işlenmesi sırasında su, hava, toprak, bitki, hayvan ve insanlar için risk yaratmayacak, gürültü, titreşim ve koku yoluyla rahatsızlığa neden olmayacak, doğal çevrenin olumsuz etkilenmesini önleyecek ve böylece çevre ve insan sağlığına zarar vermeyecek yöntem ve işlemlerin kullanılması esastır.*” düzenlemesi ile toplumun rahatsız olmasının önlenmesi amaçlanmıştır ve bu şekilde kamunun dirlik ve esenliği de bozulmamış olacaktır.

c. Hava Kalitesi Değerlendirme ve Yönetim Yönetmeliği

Yönetmelikle “*hava kirliliğinin çevre ve insan sağlığı üzerindeki zararlı etkilerini önlemek veya azaltmak için hava kalitesi hedeflerini tanımlamak ve oluşturmak, tanımlanmış metotları ve kriterleri esas alarak hava kalitesini değerlendirmek, hava kalitesinin iyi olduğu yerlerde mevcut durumu korumak ve diğer durumlarda iyileştirmek, hava kalitesi ile ilgili yeterli bilgi toplamak ve uyarı eşikleri aracılığı ile halkın bilgilendirilmesi*” amaçlanmıştır. Bahse konu yönetmelik ile “Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliği” yürürlükten kalkmıştır. Yönetmelikte bakanlık, il çevre ve orman müdürlerinin hava kalitesini, yönetmelikte yer alan teknik metotlarla ölçmesi gerektiği belirtilmiştir. Hava kirliliği ile mücadele hususunda Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, İl Çevre ve Orman Müdürlüklerinin sorumluluğunun olduğu bu maddeden anlaşılmaktadır. Ayrıca yönetmelikte valiliklere de kimi idari yaptırım yetkileri tanınmıştır.

d. Radyoaktif Atık ve Kullanılmış Yakıt Yönetimi Yönetmeliği

Bahse konu yönetmelikle kullanılmış yakıt ve radyoaktif atıkların çevreye salınamayacağı belirtilirken, “*Çalışanlar, halk, çevre ve gelecek nesiller üzerindeki etkilerinin kabul edilebilen düzeylerden fazla olmaması için yetkilendirilen kişi tarafından gerekli önlemler alınır.*” ifadeleri ile idarenin yükümlülüğü belirlenmiştir.

e. Belediye Zabıta Yönetmeliği

Yönetmeliğin 10. maddesinde belediye zabıtasının görevleri sıralanmıştır. Maddede belediye zabıtası “*Belediye sınırları içinde beldenin düzenini, belde halkının huzurunu ve sağlığını korumak amacıyla ilgili mevzuatta, belediye zabıtasınca yerine getireceği belirtilen görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak.*” ile yetkili kılınmıştır. Bahse konu yönetmelik zabıtaların dirlik ve esenliği koruma hususunda doğrudan yetkili olmasını sağlamaktadır.

C. DİRLİK VE ESENLİK- GENEL SAĞLIĞIN KORUNMASI KAPSAMINDA KÖTÜ KOKU

Yaşayan varlıkların ve en başta da insanların yerine getirdikleri eylemler nedeniyle havada, toprakta ya da suda doğal kabul edilmeyen kimi değişimler yaşanmaktadır. Bu sebeple ekolojik denge bozulmuş, salgın hastalıklar meydana gelmeye başlamış, estetik açıdan hoş olmayan görüntüler ortaya çıkmış ve kaynaklardan yararlanma oranı azalmış, son olarak çevreye bırakılan atıklar sebebiyle de geçmişe göre günümüzde bizleri daha çok tehdit eden ve istenmeyen durumlar meydana gelmiştir⁵⁸.

Çevreye bırakılan endüstriyel veya evsel atıklar içeriklerinde bolca organik madde bulundurmaktadır. Bu organik maddelerin havasız ortamlarda parçalanması ile de kötü koku oluşmaktadır. Kötü koku yayan maddeler, çoğunlukla kü-kürt ya da azot içeren organik bileşimlerdir. Yine endüstriyel üretim sürecinde asıl üretimi amaçlanan madde yanında başkaca kimyasal bileşimlerin oluşması ile de kötü koku ortaya çıkabilmektedir⁵⁹. Toz, koku ya da duman gibi etmenlerle halkın rahatsız edilmesi hukukumuzda yasaklanmıştır. Kişilerin bu yasaklara uyup uymaması ise kolluğun müdahalesi ile tespit edilecektir⁶⁰. Kolluk müdahalede bulunurken, örneğin yayılan kokunun, genel sağlığı mı yoksa dirlik ve esenliği mi etkilediğine bakmayacaktır çünkü bu konuda net bir ayırım yapmak bazen mümkün olmayacaktır. Her olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Kolluk burada yalnızca üzerine düşen önleme ya da yok etme görevine devam edecektir. Ayrıca müdahaleye konu olacak koku hem dirlik ve esenliği hem de genel sağlığı etkileyerek şekilde rahatsızlık verebilecektir. Örneğin Koku Oluşturan Emisyonların Kontrolü Hakkında Yönetmelikte kokunun kamu düzenini hangi unsur açısından bozacağı belirtilmemiştir. Yalnızca koku oluşturan emisyonlar ve bu kokunun yayıldığı işletmeler hakkında uygulanacak kurallar belirlenmiştir. Diğer yandan Hava Kalitesini Kontrol Yönetmeliğinde ise hava kalitesinin kötülüğünün kamu düzenini sağlık açısından bozacağı kabulü ile düzenlemeler yapılmıştır. Kanımızca bahse konu yönetmeliklerde kamu düzeninin bozulması konu başlığı altında dirlik ve esenlik unsurunun genel sağlıktan daha evvel bozulma ihtimali göz önüne alınarak düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Bu açıdan kişilerin sağlıkları etkilenmese bile koku sebebiyle huzurları etkilenebilecek ve bu doğrultuda kamu düzeni dirlik ve esenlik unsuru bakımından bozulacaktır.

Diğer yandan Koku Oluşturan Emisyonların Kontrolü Hakkında Yönetmelikte kamu düzeninin sağlanması açısından yetkili kişi ve kurumlar da belirtilmiştir. Bu konu ile ilgili olarak Danıştay; "*anılan Yönetmelikte ve Yönetmeliğin dayanağı olan*

⁵⁸ Durmuş Tezcan, "Çevre Suçları ile İlgili Bazı Değerlendirmeler", (D.E.Ü. Hukuk Fak. Dön. Sermaye İşl. Yay., 1997), 350.

⁵⁹ Nizamettin Kazancı vd., *Mahkeme Kararlarında Çevre Sorunları*, (Ankara: Türkiye Çevre Sorunu Vakfı Yayını, 1985), 56-57.

⁶⁰ Gözler, "Sokak Düşünleri ve Hukuk", 2.

Kanun maddesinde işlem tesis etmeye yetkili mercii Bakanlık veya denetim yetkisini verdiği kurum ve merciler olduğunun açıkça belirtildiği, davalı belediyeye Çevre Kanununun 12. maddesi uyarınca yetki devri yapılmadığı, söz konusu işlem öncesinde ve sonrasında koku ölçümüne ilişkin tüm denetim ve tespitlerin Kütahya Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü tarafından yapıldığı, Kütahya Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü kontrolünde Bakanlıkça yetkilendirilmiş ve akredite bir laboratuvar tarafından tesis ve çevresinde 6 ayrı noktadan numune alındığı, ..., Kütahya Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü tarafından 23.06.2020 tarihli geçici faaliyet belgesi düzenlenerek davacı şirketin faaliyetine devam etmesine izin verildiği dikkate alındığında, dava konusu işlem tesis edecek kurumun davalı idare olmadığı, bu durumda; davacı şirkete ait işletmede koku emisyon değerleri konusunda denetim yapma ve yaptırım uygulama yetkisi bulunmayan davalı idare tarafından, işletmeden çevreye yayılan kokunun Yönetmelikte belirlenen sınır değerlerin üzerinde olduğundan bahisle işletmenin faaliyetinin durdurulması ve mühürlenmesine ilişkin tesis edilen dava konusu işlemde yetki unsuru yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” ifadeleri ile çevre il müdürlüğünün koku ölçümü hususunda yetkisinin olmadığını belirtmiştir⁶¹.

Kötü koku açısından hava kirliliğine de değinmekte fayda vardır. Hava kirliliği; doğal olan havanın içerisinde duman, koku, toz, aerosol, is ya da buharın bulunması sonucu meydana gelen değişikliklere verilen isimdir⁶². Hava Kalitesi Değerlendirme ve Yönetim Yönetmeliği’nde idarenin hava kirliliğine engel olması gerekliliği, engel olurken hangi metotları kullanacağı belirtilmiş, sorumlu kuruluşlar belirlenmiştir. Hava kirliliğinin hızlı artış gösterdiği bölgelerde, insanların ve çevrenin zarar görmemesi için valilikler; önlemler almaya ve idari yaptırım uygulamaya yetkili kılınmıştır.

Sözgelimi kurban bayramlarında milyonlarca kişinin kesim yapması, bu kesimlerin kesimhanelerde değil de kesime uygun olmayan örneğin sokak aralarında yapılması sonucu kesilen canlıların kan, deri, irin gibi atıkları bölgede kötü bir koku oluşturmaktadır. Koku kıstasında önemli olan nokta rahatsızlığın olağanüstü boyutlara ulaşmış olmasıdır. Toz, koku, duman gibi faktörlerin olağanüstü niteliklere ulaşması sadece dirlik ve esenliği değil, genel sağlığı da tehlikeye atmaktadır. Sağlık açısından problem yaratmayacak düzeyde dahi olsa toz, duman ve kokuya sürekli şekilde maruz kalınması yine de sağlığı kötü etkileyecektir. Genel sağlığı fiziksel anlamda etkilemeyen ancak örneğin güzel koksa dahi bundan rahatsız olan bireyin sürekli şekilde bu kokuya maruz kalması onu psikolojik açıdan etkileyecek ve ruh sağlığını bozacaktır. Bu açıdan bu tip getirileri olacak fabrika, sanayi bölgesi vb. kuruluşların doğru yerlere konumlanması gerekmektedir⁶³. Örneğin esans fabrikası, yoğun kokulu bitkisel aroma üreten yerler ya

⁶¹ D6.D, 26.01.2023, E.2021/7143, K.2023/1159. Lexpera, Erişim tarihi: 22.10.2024.

⁶² Öğütçü, “Çevre Kolluk İşlemleri”, 69.

⁶³ Boz vd., *İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları*, 96-98.

da deterjan fabrikalarından çıkacak kokular güzel olsalar dahi rahatsız edecek ölçüde ve sürekli yayılırlarsa belirli bir süre sonra dirlik ve esenliği bozacaktır.

İdare yukarıda da değinilen yönetmeliklerle koku oluşumunu engellemekle yükümlendirilmiştir. Örneğin Koku Oluşturan Emisyonların Kontrolü Hakkında Yönetmelik; kesimhaneler, kümesler ve ahırlar, hayvan yağlarının eritildiği tesislerde keskin kokulu maddeler, et ve balık ürünlerinin tütsülendiği tesislerde keskin kokulu maddeler, jelatin, post tutkalı, deri tutkalı veya kemik tutkalı üreten tesisler, kesimhane yan ürünü kemikleri, hayvan kılları, tüyleri, boynuz, tırnak veya kanlarından hayvan yemi veya gübresi veya teknik yağların üretildiği tesisler, gübre (tezek) kurutma tesislerinde keskin kokulu maddeler ve düzenli depolama tesislerinde koku oluşmasını engellemek amacıyla işletmelerin ne gibi önlemler alması gerektiğini belirlemiştir. Yönetmelik devam maddelerinde ise; belirtilen önlemleri almayan ve yapılan ölçümler sonucu eşik değerde olmayan emisyonu sahip işletmelere ne gibi yaptırımların uygulanacağı belirtilmiştir. İdare bu yönetmelik ile kamu düzenini bozacak nitelikteki kötü koku üretmesi muhtemel tesisler için gereken teknik tedbirleri belirlemiştir.

İdarelerin hazırladığı yönetmelikler ile hangi kokuya hangi seviyede ne kadar maruz kalınması ile sağlık sorunları oluşacağı tespit edilmiştir. Bu açıdan sağlık sorunlarını etkilemeyecek derecede koku, kamu düzenini genel sağlık açısından değil; dirlik ve esenlik unsuru açısından bozacaktır. Örneğin Hava Kalitesini Kontrol Yönetmeliğinde insan sağlığını etkileyebilecek kirlleticiler ve bunlara tolerans payları belirtilmiştir. Bu kapsamda bu eşik değerler altında olan yani sağlığa etki etmeyen ancak rahatsızlık veren nitelikteki kokular kanımızca dirlik ve esenlik unsuru açısından kamu düzenini bozmaktadır.

İdareler, ülkemizde Kocaeli'nde olduğu gibi sanayi tesislerinin sıkça bulunduğu bölgelerde denetimlerini daha sık ve dikkatli yapmalıdır. Örneğin, Kilez Deresi yakınında bulunan pek çok sanayi tesisinin atıklarını dereye bırakması ve gerekli denetimlerin de idarece yapılmaması nedeniyle bölge halkı oluşan kokudan oldukça rahatsız olmuş, şikayetlerini de defalarca ilgili yerlere iletmişlerdir⁶⁴. Farklı bir bölgede, Nevşehir'de içki fabrikasından çıkan kokunun bölge sakinlerini rahatsız etmesi nedeniyle fabrikanın taşınması talep edilmiştir. Bölgede yaşayan vatandaşlar rakı kokusundan rahatsız olmuş, yayılan anason kokusu vatandaşların sağlıklarına zarar vermemiş ancak dirlik ve esenlik açısından kamu düzenlerini bozmuştur⁶⁵. Diğer yandan yine sağlığa etki etmediği halde dirlik ve esenliği bozan başka bir koku da kanalizasyon kokusudur. İstanbul Sarıyer'de 3 yıldır dereye akan lağım; kötü bir koku meydana getirmiş ve artan sinekler vatandaşlar tarafından yetkililere şikâyet

⁶⁴ Özgür Kocaeli, Erişim Tarihi: Ağustos 12, 2024, <https://www.ozgurkocaeli.com.tr/haber/7392305/vezirciflik-sakinleri-agir-kokudan-dertli-nefes-alamiyoruz>.

⁶⁵ Fib Haber, Erişim Tarihi: Ağustos, 12, 2024. <https://www.fibhaber.com/nevsehir/nevsehir-de-icki-fabrikasi-tasinacak-h76767.html>

edilmiş, idarenin üzerine düşeni yapması beklenmiştir⁶⁶. Bahse konu olaylarda koku, ilgili yönetmelikte (Koku Oluşturan Emisyonların Kontrolü Hakkında Yönetmelik) de belirtildiği gibi şikâyet üzerine ölçülmüş ve sağlığa zararlı olmadığı sonucu ortaya çıkmıştır. Ancak yine de kişilerin huzurunu bozması ve rahatsız etmesi nedeniyle dirlik ve esenlik kapsamında kamu düzenini bozma haline sokulabilmektedir.

Başkaca bir olayda, İstanbul Avcılar'da bir tekstil fabrikasından çıkan koku ve dumandan rahatsız olan site sakinleri Valiliğe dilekçe vermişler, sağlık açısından olmasa dahi dirlik ve esenliklerinin bozulmasından kaynaklı olarak kamu düzenlerinin yeniden sağlanmasını idareden talep etmişlerdir. İdarenin bahse konu olayda üzerine düşeni yapmadığını, ÇED raporu konusunda ihmalkâr davrandığını belirtmişlerdir⁶⁷. Koku Oluşturan Emisyonların Kontrolü Hakkında Yönetmelikte koku oluşturabilecek potansiyeli olan tesislerin kurulma öncesinde ÇED raporu olarak kurulması gerektiği anlaşılmaktadır. Bahse konu yönetmelikte koku oluşturan işletme/tesis niteliğindeki iş yerleri için; koku oluşumunu önlemeleri, koku önleme tedbirlerini almaları, yönetmelikte yer alan koku emisyon sınırlarına uymaları ve koku emisyonlarını yönetmeliğe uygun şekilde ölçtürmeleri gerekliliği belirtilmiştir. Tekstil fabrikasının da koku emisyonu oluşturabilecek işletme olmasından dolayı ÇED raporu alınarak kurulması ve kurulduktan sonra da Yönetmelikte yer alan yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde idarenin denetim yetkisi sebebiyle idari yaptırım uygulaması beklenmektedir.

Diğer bir olayda Düzce Beyköy'de lastiklerin geri dönüştürülmesi ile elektrik üretimi yapacak bir fabrikanın deneme üretimi esnasında çıkan patlama nedeniyle çevreye gaz ve koku yayılmıştır. Yayılan gaz ve koku nedeniyle belde sakinleri tahliye edilmiş, neyse ki AFAD tarafından yapılan ölçümler neticesinde gaz ve kokunun zehirli olmadığı anlaşılmıştır⁶⁸. Zehirli olmadığı yani genel sağlığı etkilemediği halde, dirlik ve esenliğin bozulmasından kaynaklı olarak idare yani AFAD ve Çevre Şehircilik İl Müdürlüğü olay yerine gitmiş ve kamu düzeninin tekrar sağlanması için çalışmalarına başlamıştır. Diğer bir olayda çevre kirliliğine sebep olan balık çiftliklerinin Ege kıyılarında artması nedeniyle kötü koku ve kirlilik oluşmuş, bölge halkı ve çevre örgütleri özellikle kokudan rahatsızlıklarını belirtmişlerdir. Bu olayda da genel sağlığı bozan bir durum yokken, dirlik ve esenlik balık kokusu nedeniyle bozulmuş, kamu düzeninin yeniden tesisine gerek duyulmuştur⁶⁹. Güncel ve benzer nitelikteki başka bir olayda, Sakarya Nehri'nden gelen kokudan rahatsız olan vatandaşlar maskesiz so-

⁶⁶ Erişim Tarihi: Ağustos, 12, 2024, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/lagim-suyu-3-yildir-mahalleye-akiyor/2493811>

⁶⁷ Damga Gazetesi, Erişim Tarihi: Ağustos, 12, 2024, <https://www.gazetedamga.com.tr/manset-haber/evlerinde-zehir-soluyorlar-h72786.html>.

⁶⁸ CNN Türk, Erişim Tarihi: Ağustos, 12, 2024, <https://www.cnnturk.com/turkiye/fabrikadan-yayilan-gaz-nedeniyle-mahalle-tahliye-edildi>.

⁶⁹ Cumhuriyet, Erişim Tarihi: Ağustos, 12, 2024, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/deniz-ekosistemi-tehlikede-1804406>.

kağa dahi çıkmadıklarını belirtmişler, ardından AFAD ekipleri bölgeye gelmiş, nehirde numune alıp sağlığa aykırı bir durum olup olmadığını ölçmüştür. Daha sonra valilikçe yapılan açıklamada sağlığı tehlikeye atan bir durum olmadığı ifade edilmiştir. Bahse konu olayda ekipler halen kokunun kaynağını araştırmaktadır⁷⁰. AFAD bu olaylarda 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun 18. madde ile il müdürlüklerine verilen; “kimyasal, biyolojik, radyolojik ve nükleer maddelerin tespiti, teşhisi ve arındırması ile ilgili hizmetleri yürütmek, ilgili kurum ve kuruluşlar arasında iş birliği ve koordinasyonu sağlamak.” görevini yerine getirmek adına bölgeye ulaşmıştır. Bahse konu olayda idare yönetmelik ile kendisine yüklenen sorumluluklarını yerine getirmiş, koku emisyonunu şikâyet üzerine ölçmüş, emisyonun eşik değerinin altında kalmasına karşın kamu düzeninin bizce dirlik ve esenlik açısından bozulması sebebiyle koku giderme çalışmalarına yetkili kurumları ile başlamıştır.

Yalnızca kamuya açık alanlarda değil, kişiye özel mülklerden yayılan rahatsız edici ve katlanılamaz hale gelen kokular da kamu düzenini bozacağından idarenin yetkisi altındadırlar. İstanbul, Avcılar’da kötü koku ihbarı üzerine bölgeye giden kolluk güçleri, yaklaşık yarım ton ağırlığında renk değiştirmiş ve kokmuş tavuk eti deposunu ortaya çıkarmışlardır. Ruhsatsız çalıştığı öğrenilen depo daha sonra mühürlenmiştir⁷¹. Belediye Kanunu ve yukarıda yer verilen diğer yönetmelikler ile yükümlü kılınan idare; her türlü koku salan emisyon ve katı atıkların depolanması, çevre ve insan sağlığına etki etmesi muhtemel tesislerin denetlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması hususlarında sorumlu kabul edilmektedir. Belediye Zabıta Yönetmeliği madde 11 ile belediye sınırları içerisinde dirlik ve esenliği bozanlar hakkında kolluğun yani zabitanın gereken yasal işlemi yapmakla yetkili olduğu belirtilmiştir. Bahsi geçen olayda kolluk (zabıta) hem dirlik ve esenliği kötü koku açısından bozan duruma müdahale etmiş, hem de depoyu mühürleyerek idari yaptırım uygulamıştır.

Başkaca bir olayda İzmir’in Çernobil’i olarak bilinen, eskiden kurşun fabrikası bulunan ve şimdilerde ise yerinde radyoaktif atıkların gömülü olduğu Gaziemir İlçesindeki fabrikada çıkan yangın sonucu ortaya kötü koku saçılmış, koku nedeniyle bölge halkının dışarı çıkarken cerrahi maske kullanmak zorunda kaldığı, eşyalarının renginin ise atık nedeniyle siyaha döndüğü belirtilmiş, yağmur yağması ile sulara da karışan radyoaktif maddeler doğrudan halk sağlığını etkilemiştir⁷². Radyoaktif Atık ve Kullanılmış Yakıt Yönetmeliği, Atık Yönetimi Yönetmeliği, Hava Kalitesini Değerlendirme ve Yönetimi Yönetmeliği ve Koku Oluşturan Emisyonla-

⁷⁰ Erişim Tarihi: Ağustos, 12, 2024, https://www.ntv.com.tr/turkiye/sakaryada-koku-nedeniyle-vatandaslar-sokaga-dokuldu-ekipler-bolgede,lhpXjKF4_0-ArN81kny4Rg#google_vignette

⁷¹ Erişim Tarihi: Ağustos, 12, 2024, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/avcilarda-kotu-koku-gelen-adreste-ele-gecirildi-belediye-derin-cukur-acip-gomdu-42484614>

⁷² Sabah, Erişim Tarihi: Ağustos, 12, 2024, <https://www.sabah.com.tr/yasam/son-dakika-haberizmirde-urkuten-goruntu-toprak-yaniyor-zehir-gibi-koku-geliyor-5318014>.

rın Kontrolü Hakkında Yönetmeliğe göre idare, halk sağlığını korumakla yükümlü kılınmıştır. Bahse konu olayda teknik ve bilimsel veriler ışığında sağlık açısından tehlikeli eşik değer üstündeki emisyonun solunumu ve Radyoaktif Atık ve Kullanılmış Yakıt Yönetimi Yönetmeliği uyarınca yönetilmesi gereken maddelerin suya karışması, kanımızca idarenin sorumluluğunu doğurur niteliktedir. Yukarıda bahsi geçen yönetmelikler ile gereken tedbirleri alması ve denetimleri yapması beklenen idarenin bu hususta hizmet kusurunun olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda değinilen yönetmeliklerle sağlığa zararlı olduğu tespit edilen maddeler için idare mevzuat ile genel sağlığı korumak adına işlemlerde bulunmakla ve kamu düzeninin tesisini yeniden sağlamakla yükümlü kılınmıştır.

III. İDARENİN DİRLİK VE ESENLIK KAPSAMINDA “KOKU KİRLİLİĞİNDEN” SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU

İdare etkinlikleri ile kişilere zarar verebilir. Verdiği bu zarar kişinin malvarlığına olabileceği gibi, kişisel bütünlüğüne de olabilir⁷³. Verilen bu zararların tazmini, idarenin sorumluluğu kavramını meydana getirmektedir⁷⁴. İdarenin hukuka uygun olmayan davranışları neticesinde meydana gelen zararları tazmin etmesi hukuk devleti anlayışından ileri gelmektedir⁷⁵. Anayasa'nın 125. maddesinde; “*İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” ifadesi ile idarenin sorumluluğu anayasal dayanak kazanmıştır. İdarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için ortada bir zarar olması, zarar ile idari faaliyet arası illiyet bağının olması ve (eğer ki aşağıda anlatılan kusursuz sorumluluk hali yok ise) idarenin kusurlu bir davranışının olması gerekmektedir⁷⁶. İdari sorumluluk kendi arasında kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İlk zamanlarda idarenin kusursuz olduğu ilkesinden sorumluluk ilkesine geçişte; kusur kavramı idarenin sorumluluğun tek ve asıl sebebi olarak görülmüş, sonraki zamanlarda ise kusursuzluk halinin idarenin sorumluluğuna daha uygun olduğu düşünülmeye başlanmıştır⁷⁷.

1. Kusur Sorumluluğu

İdare hukukunda kusurlu sorumluluk; idarenin kamu hizmeti yürütmesi sırasında, kusurlu bir davranışı sonucu meydana getirdiği zararı tazmin etme yükümlülüğüdür⁷⁸. İdarenin kusurlu sorumluluğunda asıl olan; idarenin yürüttüğü hizmet

⁷³ Ender Ethem Atay, Hasan Odabaşı, *İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010), 40.

⁷⁴ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 661.

⁷⁵ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 1: 692.

⁷⁶ Ali Ulusoy, *İdare Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 608.

⁷⁷ Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu- Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, (TODAİE Yayınları, No: 138, 1974), 24-25.

⁷⁸ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 667.

tin kuruluş ya da ilerleyişinde aksaklık olması yani hizmet kusurunun olmasıdır⁷⁹. Kamu hizmetinin kuruluş, işleyiş ya da teşkilatlanmasındaki eksiklik, aksaklık, bozukluk ya da sakatlık şeklinde karşımıza çıkan bu kusura hizmet kusuru denilmektedir⁸⁰. Hizmet kusuru; kamu görevlisinin görev ifasından ayrılamaz nitelikte olan kusurdur⁸¹. Hizmet kusurunun tespitinde, zarara uğrayan kişinin kamu personellerinin somut kusurlarını tek tek ortaya koymasına gerek yoktur. İdarenin bütünsel olarak bahse konu faaliyet yürütümünde gereken dikkat ve özeni göstermediğini kanıtlaması yeterlidir⁸². Diğer yandan kamu görevlisinin hizmet dışında, hizmetle bir ilgisi bulunmayan bir davranışından ya da hizmetle ilgisi olduğu halde ağır kusurlu yahut suç teşkil eden davranışta bulunması durumlarında hizmet kusuru değil, kişisel kusur mevcuttur⁸³. Kamu görevlisinin kişisel kusuru nedeniyle meydana gelen zararın tazmini için adli yargı yerlerine başvurulması gerekmektedir⁸⁴.

Hizmet kusuru kavramı idare hukukuna özgü bir kavramdır. Hizmet kusurunun birincil niteliğinden dolayı, idarenin hizmet kusuru olması halinde kusursuz sorumluluğa artık hükmedilemeyecektir⁸⁵. Hizmet kusuru kabul edilen durumlar arasında; hizmetin kötü işlenmesi, hizmetin geç işlenmesi ve hizmetin hiç işlenmesi sayılmaktadır⁸⁶.

2. Kusursuz Sorumluluk

Bazı durumlarda idare kusurlu davranmasa bile sorumlu kabul edilmektedir. Bu hallerde idare ile zarar arasında illiyet bağının olması yeterlidir⁸⁷. Kusursuz sorumlulukta idare üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirdiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamamaktadır⁸⁸. Kusursuz sorumluluk, idarenin sorumluluğunda ikincil niteliktedir. Kusursuz sorumluluk; risk ilkesi ve fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁸⁹. Risk ilkesi; idarenin tehlikeli bir faaliyet ya da kuruluşunun olması sebebiyle, kişilere verilen olağanüstü zararları tazminle yükümlü olmasıdır⁹⁰. Bu ilkede zararın idarenin faaliyetinden meydana geldiğinin kanıtlanması yeterlidir⁹¹. Risk sorumluluğu kapsamına soku-

⁷⁹ Yüksel Esin, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*, (Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık Ltd. Şti., 1973), 27.

⁸⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 558.

⁸¹ Gözler, *İdare Hukuku*, 2: 1136.

⁸² Ulusoy, *İdare Hukuku*, 609.

⁸³ Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 298.

⁸⁴ Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, 1: 701.

⁸⁵ Akyılmaz, Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 564.

⁸⁶ Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 289-295.

⁸⁷ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 687.

⁸⁸ Ulusoy, *İdare Hukuku*, 613.

⁸⁹ Gözler, *İdare Hukuku*, 2: 1188.

⁹⁰ Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 306.

⁹¹ Ulusoy, *İdare Hukuku*, 613.

labilecekler arasında; idarenin tehlikeli faaliyetleri, tesisleri ve araç gereçlerinin neden olduğu zararlar ve mesleki riskler yer almaktadır⁹².

Bir diğer kusursuz sorumluluk ilkesi ise kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir. İdarenin kamu yararı düşüncesiyle yürüttüğü kimi hizmetler; tehlikeli olmasalar ya da hizmette idareye atfedilecek bir kusur olmasa bile bazı kişilere zarar verebilir. Meydana gelen bu zararın belli kişilerce yüklenilmemesi için idare kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince ile zararı tazmin eder⁹³.

B. İDARENİN “KOKU KİRLİLİĞİ”NDEN SORUMLULUĞU

Sorumluluk kişinin yaptığı hareketleri, yetkisi dahilinde gerçekleşen olayların sonuçlarını kabul etmesi, bir başkasına ya da yetkiliye hesap vermesi ve sonuçlarına katlanması halidir⁹⁴. Anayasamız 125. maddesinde “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” hükmü ile idarenin sorumluluğunu kabul etmiştir. İdarenin sorumluluğu kavramı, idare hukuku kuralları, kamu ve özel hukuktan da faydalanılarak, idari yargı içtihatları ile gelişmiştir⁹⁵.

İdarenin kolluk hizmetlerini gerekli ve yeterli olarak yerine getirip getirmemesi hali hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmiştir. Somut olayda idarenin yerine getirmesi gerekli kolluk hizmetini yerine getirmemesi, kötü işletmesi ya da geç işletmesi onun hizmet kusuru açısından sorumlu olmasına sebep olacaktır⁹⁶. Duman, koku, toz ya da gürültü gibi kişilerin yaşam kalitesini düşürecek etmenlerin uzaklaştırılması idarenin görevlerindedir⁹⁷. Kamu düzeninin korunması görevi idari koluğa verilmiştir. Sorumluluğun doğmaması açısından; düzeni korumak ya da bozulmasına engel olmak için kolluk kendiliğinden harekete geçmelidir⁹⁸.

İdare kolluk faaliyetleri ile kamu düzeninin devamını ve korunmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu açıdan; dirlik ve esenliği bozma ihtimali olan tüm durumlar için idare gerekli tedbirleri almalı, halkın genel ihtiyaçlarını karşılamalıdır⁹⁹.

İdare mevzuatta yüklenen görevleri yerine getirmeli, bu şekilde de sorumluluğunu azaltmalıdır. İdare kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olması nedeni ile denetleme yükümlülüğüne de sahiptir. Örneğin; Çevre Kanunu idareye, çevreyi kirletme ihtimali bulunan kişilerin faaliyetlerine ruhsat ya da lisans gibi izin verme

⁹² Akyılmaz, Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 604-606.

⁹³ Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, 1: 723.

⁹⁴ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 359.

⁹⁵ Meltem Kutlu, “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, *Amme İdaresi Dergisi* 32, s.4, (1999): 16.

⁹⁶ Müzeyyen Çolak, “İdarenin Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru”, (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 1996), 73.

⁹⁷ Boz vd., *İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları*, 83.

⁹⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 627.

⁹⁹ Çelik Şeşen, *Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru*, 28.

ya da faaliyet devamında gerekli denetimleri yapma görevi vermiştir¹⁰⁰. Belediye Kanunu 14. maddesinde belediyelerin çevreyi ve çevre sağlığını koruması gerektiği belirtilmiştir. İdarenin bu faaliyetini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi durumunda sorumlu olduğu kabul edilecektir¹⁰¹. Bu anlamda idarenin çevrenin korunmasının yanı sıra dirlik ve esenliğin yani huzurun sağlanması açısından da pek çok görev ve sorumluluğu bulunmaktadır. İdare bu sayede çevrenin korunmasını dolayısıyla da dirlik ve esenliğin korunmasını sağlamalıdır.

İdare dirlik ve esenlik unsurunun korunması için bazı işlemler yapmaya yetkilidir. Örneğin; kamu düzeninin korunmasını sağlamak amacı ile idare tarafından tesis edilen düzenleyici işlemler, düzenleyici kolluk işlemi olarak adlandırılırlar. Bir faaliyetin yasaklanması, izne ya da bildirime bağlanması halleri düzenleyici kolluk işlemleridir¹⁰². Bu tip idari işlemler, idarenin koruma hususunda görevli olduğu kamu düzeni, dirlik ve esenlik unsurlarının korunabilmesi için araç olarak kabul görmektedir¹⁰³. İdarenin, düzenleyici işlemlerin tesis edilmesinde kullandığı yetki türev yetkidir. Bir diğer ifadeyle kanunun belirlediği sınırlarda kalmak kaydıyla, ilgili idare, düzenlemeyi sadece detaylandırır. Bu düzenleyici işlemler ve dayanak Kanun esas alınarak denetim yapılırken idarelerce birel işlemler tesis edilir. Bu durum kolluk faaliyetleri kapsamında yürütülen kolluk yetkisinin bir görünümüdür.

İdarenin tüm işlemlerinde kamu yararı amacı özellikle de koruyucu hizmetlerde daha da belirgindir. Dolayısıyla idarenin kamu düzenini koruma hizmetinde kendisine tanınan yetkiler diğer hizmetlerine göre daha geniş çaplıdır. Bu açıdan idare kendisine tanınan bu geniş yetki ve müdahale alanında kamu yararı amacından sapmamalı, hak ve hürriyetleri göz ardı etmemeli, gücünü kullanırken hassas davranmalıdır¹⁰⁴.

Çevre kirliliği açısından kamu düzeninde toplulukların üzerinde yer alan baskı, tehdit ve tehlikelerde idare bu ihlalleri önlemekle yükümlü olup, elindeki kolluk yetkisini çevre kirliliğine karşı kullanmalıdır. Buradaki kirlilik terimi; çevre kollarının konusunu oluşturmaktadır¹⁰⁵.

Hava kirliliği açısından idarenin sorumluluğu incelendiğinde; idare, atmosfere yayılan buhar, toz, duman vb. emisyonları kontrol etmeli, bu kirleticilerden kaynaklı zararlardan toplumu korumalıdır¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Ramazan Çağlayan, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2007), 400.

¹⁰¹ Süheyla Alıca, "Çevre Denetiminde İdarenin Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, s. 4, (2011): 97.

¹⁰² Çelik Şeşen, *Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru*, 66.

¹⁰³ M. Yasin Aslan, "İdari Yaptırımlar", *TBB Dergisi*, 85 (2009): 181.

¹⁰⁴ Kıratlı, *Koruyucu İdari Hizmetler*, 211.

¹⁰⁵ Öğütçü, "Çevre Kolluk İşlemleri", 79.

¹⁰⁶ Boz vd., *İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları*, 142.

İdare kolluk faaliyetlerinde kamu düzenini ve huzurunu korurken; kamunun sağlığını, esenliğini de gereği gibi korumak için kendisine tanınan geniş ve çeşitli yaptırımları da uygulayabilmektedir. Burada önemli olan idarenin kişisel çıkarlardan uzak durması, kamusal yararın esas alınmasıdır¹⁰⁷.

Kamu düzeni sağlanırken kolluk makamları, personelleri ile birlikte çalışmakta; kendilerine tanınan alanlarda faaliyet göstermektedir. Örneğin belediye kolluk hizmetleri sağlık, dirlik ve esenliğin korunmasına yönelik önemli faaliyetler gösteren kolluk türüdür. Esenlik faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi yerel kolluğun varoluş nedenidir denilebilir¹⁰⁸. Belediye hizmet olarak kişisel ve evsel atıkların atılmasının mümkün olduğu alanları belirlemek ve oluşturmakla yükümlüdür¹⁰⁹.

Danıştay'da "petrokok" kullanımının yasaklanmasına ilişkin idare tarafından çıkarılan bir genelgenin iptali hakkında açılan davada; Danıştay bahse konu dosya için, idarenin "petrokok" kullanımını yasaklayarak aslında üzerine düşeni yaptığını belirtmiştir. Bu maddenin diğer yakıt türlerine göre kimi üstünlükleri olmasına rağmen (yüksek ısı, kükürt, uçan metal azlığı) zehirli madde açısından zengin olması nedeniyle kullanımının idarece yasaklandığını eklemiştir. İdare bahse konu genelge ile kamu düzenini genel sağlık açısından korumayı amaçlamıştır. Dolayısıyla bu genelgenin iptali için açılan davada Danıştay; genelgenin mevzuata aykırı olmadığını, petrokok yakılması sonucu çıkan gaz, duman vb. maddelerin kişilere zarar vereceğini belirterek, kanımızca hukuka uygun karar vermiştir¹¹⁰. İdare bahse konu genelgeyi çıkararak kamu düzeninin devamını sağlama hizmetini gereğince yerine getirmiş ve bu kapsamda hizmet kusuru oluşmamıştır. Kamu düzeninin devamının sağlanması idarenin temel görevidir.

Zeytinlik alanlarında yapılacak bir maden faaliyeti sonrasında dava konusu bölgenin toz, duman gibi istenmeyen sonuçlara maruz kalacak olması sebebiyle idarenin maden faaliyeti öncesi verdiği ÇED Olumlu kararının iptali için dava açılmıştır. Danıştay dosyaya daha önce bakan yerel mahkemenin yeterli ve gerekli inceleme yapmadığını belirterek dosyayı bilirkişiye sevk etmiştir¹¹¹. Bu karar ile toz, duman ya da kokuya sebep olabilecek faaliyetler öncesi idarenin hem genel sağlığı hem de dirlik ve esenliği korumak adına nitelikli incelemeler yapması, bu incelemeler ışığında hukuka uygun şekilde ÇED Olumlu kararı vermesi gerektiği anlaşılmaktadır. İdare denetim ve gözetim görevini yerine getirmezse hizmet kusuru ile sorumlu kabul edilecektir. Bu karara dayanak teşkil eden ÇED Olumlu

¹⁰⁷ Çetindağ, "Türk Anayasal Sisteminde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Bağlamında Kamu Düzeni", 84-85.

¹⁰⁸ Derdiman, "Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme (I)", 108-109.

¹⁰⁹ Ramazan Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)*, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2006), 19.

¹¹⁰ D6.D, 28.05.1996, E. 1995/5023, K. 1996/2558, KY.

¹¹¹ D6.D, 16.06.2021, E. 2021/1975, K. 2021/8424, KY.

kararı gibi önemli nitelikteki işlemler için idare daha tedbirli davranmalı, gerekli teknik incelemeleri yaparak bu sayede kamu düzeninin devamını sağlamalıdır.

Atık yakımı yapan bir tesisin gerekli özeni göstermeyip, kontrol yapmadan atık kabul etmesi nedeniyle tesise idari para cezası verilmiş, daha sonra şirket bu işlemi dava etmiştir. İşlemin iptaline hükmeden yerel mahkeme kararı bozma istemi ile Danıştay'da görülmüştür. Tesisin kontrol görevini layıkıyla yerine getirmedeği ve idarenin kamu düzenini korumak adına tesise ceza verdiği anlaşılmış olduğundan, yerel mahkeme kararının bozulması gerektiğine kanaat getirilmiştir¹¹². İdare kolluk yetkisini kullanırken de gereken özeni göstermek durumundadır. Aksi takdirde hizmet kusuru oluşacağı için idarenin zarar tazmini hususu gündeme gelebilecektir. Bahse konu olayda idare, hukuka uygun nitelikte işlem yapmış ve sorumluluğu söz konusu olmamıştır.

Danıştay esenliğin sağlanması amaçlı idari yaptırımları hukuka uygun bulma yaklaşımındadır¹¹³. Davacının dirlik ve esenliği bozucu eylemlerine rağmen idarenin hukuka uygun işlemi iptal eden yerel mahkeme kararı temyiz olunmuş, kararda Danıştay; "... 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 40. maddesinde, arsalarda, evlerde ve diğer yerlerde kanunun sağlık ve esenliğini ihlal eden, şehircilik, estetik veya trafik bakımından sakıncalı görülen enkaz veya birikintilerin, gürültü ve duman çıkaran tesislerin, hususi mezra, lağım, çukur, kuyu, mağara ve benzerlerinin sakıncalarının giderilmesi ve bunların oluşmasına meydan verilmemesinin ilgililere bildirileceği, belirtilen süre içinde bildirimde bulunulmadığı takdirde belediye veya valilikçe sakıncanın giderileceği, masrafin % 20 fazlasıyla arsa sahibinden alınacağı veya sakıncayı doğuran faaliyetin durdurulacağı kurala bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının mozaik, micir satıcılığı, imalatı ve konkasör taş kırma işi ile uğraştığı anlaşıldığından, işin niteliği gereği kamunun sağlık ve esenliği, şehrin estetiği, gürültü ve toz bakımından sakıncalı olduğu açık olup, aksine verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir¹¹⁴."

diyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur. İdarenin yürütmesi gerekli hizmetlerinden birisi olan dirlik ve esenliğin devamı görevini yerine getirmesi halinde sorumluluğu olmayacaktır. Bahse konu olayda esenliği bozucu davranışa engel olmak isteyen idarenin işlemi Danıştay'ca hukuka uygun bulunmuştur.

AIHS ile devletlere kişilerin yaşam hakkını korumaları hususunda pozitif yükümlülükler yüklenmiştir. Devamlı şekilde kokuya maruz kalınması, bu konunun eşik değer üzerinde olması durumunda doğrudan yaşam hakkını etkileyebilecektir. Bu kapsamda devletlerin pozitif yükümlülükleri sebebiyle yaşam hakkının korunması bağlamında koku hususuna dikkat etmeleri gerekmektedir.

¹¹² D6.D, 09.09.2020, E. 2019/9373, K. 2020/7352, KY.

¹¹³ Akıncı, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi*, 129.

¹¹⁴ D6.D, 15.02.1993, E. 1992/1854, K. 1993/466, KY.

Diğer yandan AİHS alenen çevre korunmalıdır şeklinde ifade etmese bile; AİHM çevrenin kirlenmemesi için gerekli hizmetlerin yerine getirilmemesi sonucunda meydana gelecek kişisel zararların tazmin edilmesi açısından pek çok karar vermiştir. Bu açıdan idare özellikle de atık yönetimi ile alakalı olarak mevzuatta yer verilen görevlerini yerine getirirken dikkatli davranmalıdır¹¹⁵.

AİHM'ne yapılan bir başvuruda; Romanya'da tutuklu bulunan bir mahkûm, hapisanenin yakınında yer alan çöplükten kaynaklanan kötü kokudan rahatsız olduğunu ve bu kapsamda Romanya devletinin üzerine düşen görevleri yerine getirmediğini belirtmiştir. Mahkeme öncelikle zararlı madde emisyonunun başvuranlar açısından AİHS 8. madde (özel hayatın gizliliği hakkı)'sine etkisi olup olmadığını incelemiştir. Ardından mahkeme olayda çevreye verilen zararın, kokunun kişinin sağlığına ciddi anlamda tehlike oluşturmaya dahi refahını etkileyecek olması ve hayattan keyif almamasına sebep olacak olması nedenleri ile başvuruyu 8. madde açısından kabul edilebilir bulmuştur. Mahkeme kararın devamında hapisane yakınındaki çöplükten; hava kirliliği ve koku alma gücüyle yalnızca mahkûmların değil, çevredeki diğer mahallelerin de rahatsız olduğunu belirtmiştir. Kararda ayrıca başvuranın sağlık durumunun bozulmamasının kabul edilebilirliğe etki etmediği, bahse konu kötü koku sebebiyle kişinin yaşam kalitesi ve refahının özel hayata zarar verecek şekilde etkileneyeceği belirtilmiştir. Mahkeme sonuç olarak; hapisanenin bulunduğu yer idaresinin, gerekli ve yeterli önlemleri almamış olması, kişilere sağlıkları açısından önem arz eden bilimsel verileri vermemesi ve atık depolama sahasını kaldırmaması gerekçeleri ile AİHS 8. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir¹¹⁶. AİHM bu kararı ile kokunun, kişilerin hayat kalitesini doğrudan etkilediğini belirtmiştir. Kişilerin hayat kalitesinin yükseltilmesini ve refah seviyelerinin arttırılmasını devletin görevi olarak gören yüksek mahkeme, bu kararı ile koku kavramının kamu düzeni açısından önemli bir husus olduğuna dikkat çekmiştir. Bu kararda ayrıca Mahkeme, cezaevi yakınındaki çöp sahasından yayılan kötü kokuların ve sağlıksız ortamın, başvurucunun insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kalmasına neden olduğunu belirterek AİHS 3. maddeyi (işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağı) ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Koku kirliliğinin, bireylerin temel hakları üzerindeki etkilerini vurgulayan ve devletlerin bu tür durumlara karşı etkin önlemler alması gerektiğini ortaya koyan AİHM'e yapılan bir başka başvuruda¹¹⁷ ise, İspanya'nın Lorca kasabasında, deri sanayiinin yoğun olarak bulunduğu bir bölgede, bölgedeki sıvı ve katı atıkların işlenmesi için devlet desteği ile kurulan bir arıtma tesisinden kaynaklanan kötü kokular ve diğer çevresel etkiler nedeniyle başvuru AİHS 8 kapsamında sağlığının ve re-

¹¹⁵ Alica, "Çevre Denetimde İdarenin Sorumluluğu", 115.

¹¹⁶ Brândușe v. Romanya (Başvuru No. 6586/03, 7 Nisan 2009), <https://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 16.11.2024

¹¹⁷ López Ostra v. İspanya (Başvuru No. 16798/90, 9 Aralık 1994) <https://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 15.11.2024

fahının olumsuz etkilendiğini iddia etmiştir. AİHM, bu durumun başvuruçunun özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, devletin, bireylerin sağlığını ve refahını koruma yükümlülüğüne dikkat çekmiştir. Devletin, kasabanın ekonomik refahının çıkarı - bir atık arıtma tesisine sahip olma - ile başvuranın evine, özel ve aile hayatına saygı hakkının etkili bir şekilde kullanılması arasında adil bir denge kurmayı başaramadığını; bu nedenle 8. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu karar, çevre kirliliğinin özellikle koku kirliliğinin, bireylerin temel hakları üzerindeki etkilerini vurgulamakta ve devletlerin bu tür durumlara karşı etkin önlemler alması gerektiğini; takdir yetkisi ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Son olarak idarenin koruması gereken başka bir hak olan konut dokunulmazlığı kavramından da bahsetmekte fayda vardır. Kişilerin değil kişilerin özel alanları olan konutlarının da çevredeki zararlardan korunması konut dokunulmazlığı kapsamındadır. Bu anlamda kir, koku gibi dış etmenlerden konutun korunması idarenin sorumluluğunda olacaktır. Konutun dirlik ve esenlik kapsamında korunması; kişilerin huzur ve güven içerisinde yaşamalarını beraberinde getirecektir. İdare kişilerin özel alanları olan konutlarını kir, koku gibi çevresel etmenlerden koruyarak, kamu düzeninin devamını sağlamış olacaktır¹¹⁸. Örneğin AİHS, Mahkeme, Sözleşmenin 8. maddesinin bireyin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkını koruduğunu belirterek, konutu, genellikle özel ve aile hayatının geliştiği fiziksel olarak tanımlanmış alan biçiminde tanımlamıştır. Bu çerçevede, bireyin konutuna saygı gösterilmesi hakkı olduğu; bunun, yalnızca gerçek fiziksel alana değil, aynı zamanda makul sınırlar içinde o alandan sessizce yararlanma hakkını da içerdiği belirtilmektedir. Konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlalleri, bir kişinin konuruna izinsiz giriş gibi somut ihlallerle sınırlı olmadığı aynı zamanda gürültü, emisyon, koku veya diğer benzer müdahale biçimleri gibi dağınık olanları da içerebileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda oluşacak bir ihlal, kişinin konutunun olanaklarından yararlanmasını engelliyorsa, kişinin konut hakkına saygı gösterilmesi hakkının ihlaliyle sonuçlanabileceği belirtilmiştir¹¹⁹.

SONUÇ

Kamu düzeni kavramı insanların bir arada güven içinde yaşamalarını sağlayan huzur ortamının devamı için idareye pek çok görev ve sorumluluğun yerine getirilmesinde gerekçe olarak kullanılmaktadır. Kamu düzeninin unsurlarından olan dirlik ve esenliğin korunması ve devamının sağlanması da idarenin görevleri arasındadır ve bu amaçla mevzuattan doğan yetkilerini kullanmaktadır.

¹¹⁸ Palas, "İdarenin Kolluk Faaliyetlerinden Doğan Sorumluluğu ve Gelişimi", 89.

¹¹⁹ Deés v. Macaristan (Başvuru No: 2345/06, 9 Şubat 2011) <https://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 15.11.2024)

Dirlik ve esenlik kişilerin huzurlu ve kaostan uzak bir toplumda yaşamalarıdır. Dirlik ve esenliğin bozulmasına neden olan bir sebep de kokudur. Kişilerin duydukları koku nedeniyle rahatsızlanmaları sonucunda dirlik ve esenlik bozulacaktır. Ortaya çıkan koku kimi zaman dirlik ve esenliği bozarken kimi zaman da genel sağlığı tehlikeye atabilmektedir. Her olay kendi içerisinde ayrıca irdelenecek, mevcut koku idarenin belirlediği teknik verilere göre kimi zaman dirlik ve esenliği etkileyecekken kimi zaman ise genel sağlığı etkileyecektir.

İdarenin dirlik ve esenliğin korunması açısından yükümlülükleri mevzuatla belirlenmiştir. İdarenin bu yükümlülükleri kapsamında sorumluluğu söz konusu olabilecektir. İdarenin sorumluluğu kusura dayanan ve kusursuz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dirlik ve esenliğin bozulması hususunda idarenin üzerine düşeni yapmaması durumunda kusura dayanan sorumluluk olan hizmet kusuru meydana gelecektir. Hizmet kusuru kapsamında kişiler idarenin görevini yerine getirmemesi sebebiyle meydana gelen zararlarının tazminini talep edebileceklerdir.

İdare; dirlik ve esenliğin geri kazanımı görev ve yetkilerini kolluk faaliyetleri ile sağlayacaktır. Koku'nun; kişinin genel sağlığını mı yoksa dirlik ve esenliğini mi etkiliyor olmasının kolluk faaliyetlerinin devamı açısından önemi olmayacaktır. Kolluk yalnızca kamu düzeninin tesisini sağlayacaktır.

Çevrenin kirlenmesi açısından rahatsız edici kokuya kimin sebep olduğu da sorumluluk sahibi belirlenirken önem kazanacak bir durumdur. İdare, kendisinin sebep olduğu kokunun önlenmesinde zaten sorumlu kabul edilecektir. Ancak idarenin, kendisi dışındaki kişilerin sebep verdiği kokular hakkında da tamamen sorumsuz olduğu düşünülmemelidir. Çünkü asıl önemli olan; kamu düzeninin korunması olduğu için, bozulan kamu düzeninde idarenin gerekli önlemleri alıp almadığı, denetim yapıp yapmadığı ya da vaktinde müdahalede bulunup bulunmadığı gibi hususlar önem arz edecektir.

Mevcut kokunun güzel ya da kötü olması, kamu düzeninin bozulması açısından önemli olmamalıdır. Koku çok güzel olsa dahi bundan rahatsız olan kimse için dirlik ve esenlik bozulmuş demektir ve idarenin de bunu önlemesi gerekmektedir. Aynı durum yemek, deterjan ya da başkaca pek çok koku için geçerli olmalıdır. Diğer yandan mevzuatın hazırlanma şekli sebebiyle idare yalnızca genel sağlığı etkileyen kokular için yaptırım uygulamaktadır. Oysaki AİHM kararlarına bakıldığında kişilerin konuttan yararlanmasını engelleyen gürültü, koku gibi etmenlerin de dikkate alınması gerektiği görülmektedir. Bu perspektifle değerlendirme yapmanın, hukukun temel amacı olan temel hak ve özgürlüklerin korunması ilkesi ile de örtüştüğü söylenebilecektir. Bu açıdan mevzuatın güncellenmesi, dirlik ve esenlik unsurunun bozulması hallerinin daha geniş düzenlenmesi ve yaptırımların özellikle çevre kirliliğine sebep olmada daha ağır yaptırımların getirilmesi hakkında da düzenlemeler yapılmasının bir ihtiyaç olduğu söylenebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Müslüm. *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2017.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Alıca, Süheyla. "Çevre Denetimde İdarenin Sorumluluğu". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, 4, (2011): 87-119.
- Aslan, M. Yasin. "İdari Yaptırımlar". *TBB Dergisi*, 85 (2009): 173-88.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Atay, Ender Ethem, Odabaşı, Hasan. *İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Boz, Selman Sacit, Nacak, Mehmet, Öndin, Hasan Burak, Özdemir, Yücel, Bölükbaşı, Mustafa Oğuzhan ve Ulusoy, Sümeyye. *İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Boz, Selman Sacit, "The Concept Of Public Aesthetics From Environmental Law", *International Journal of Environmental Trends (IJENT)* 6, 2 (2022): 93-112.
- Bucaktepe, Adil. "Genel İdari Kolluk ve Kolluk İşlemleri". Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2008.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2006.
- Çağlayan, Ramazan. *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2007.
- Çelik Şeşen, Hülya. *Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Çetindağ, A. Funda. "Türk Anayasal Sisteminde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Bağlamında Kamu Düzeni". Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2004.
- Çolak, Müzeyyen. "İdarenin Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru". Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 1996.
- Derdiman, R. Cengiz. "Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme (II)". *Çağdaş Yerel Yönetimler* 6, 4 (1997): 52-64.
- Derdiman, R. Cengiz. "Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme (I)". *Çağdaş Yerel Yönetimler* 6, 3 (1997): 103-21.
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Duran, Lütfi. *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu- Sorumluluğunun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular*. TODAİE Yayınları, No: 138. 1974.
- Esin, Yüksel. *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları*. Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık Ltd. Şti., 1973.
- Gözler, Kemal. "Sokak Düğünleri ve Hukuk". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Zabunoğlu Armağanı, (2011): 352-371.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2019.

- Gözübüyük, Şeref. *Yönetsel Yargı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Gözübüyük, Şeref, Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Gülan, Aydın. “Kamu Hizmeti Kavramı”. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, 1-3 (1988): 147-159.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2017.
- Kazancı, Nizamettin, Demircioğlu, Bünyamin, Konuralp, Haluk, Özdemir, Nevzat ve Sav, Özden. *Mahkeme Kararlarında Çevre Sorunları*. Ankara: Türkiye Çevre Sorunu Vakfı Yayını, 1985.
- Kıratlı, Metin. *Koruyucu İdari Hizmetler*. Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1973.
- Kutlu, Meltem. “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”. *Amme İdaresi Dergisi* 32, 4 (1999): 15-27.
- Okay Tekinsoy, Özge. *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Onar, Siddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, t.y.
- Öğütçü, Muhlis. “Çevre Kolluk İşlemleri”. Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2000.
- Özkan, Ahmet Fatih. “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”. *Ankara Barosu Dergisi* 4, (2009): 75-94.
- Palas, Ezgi. “İdarenin Kolluk Faaliyetlerinden Doğan Sorumluluğu ve Gelişimi”. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2014.
- Soyer, Emre. “Sağlık Kamu Düzeni Bağlamında Gıda Güvenliği”. Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi, 2016.
- Tezcan, Durmuş. “Çevre Suçları ile İlgili Bazı Değerlendirmeler”. *D.E.Ü. Hukuk Fak. Dön. Sermaye İşl. Yay.*, 997), 349-378.
- Uluer, Yıldırım. “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”. *Anayasa Yargısı Dergisi* 15 (1998): 252-256.
- Ulusoy, Ali. *İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Yaşar, Hasan Nuri. “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”. *İÜHKM*, 66, 1, (2008): 201-220.
- Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2010.

Mahkeme Kararları

- 1- D6D, E. 2002/2363, K.2003/3420, KT. 02.06.2003.
- 2- D6D, E. 1995/5023, K. 1996/2558, KT. 28.05.1996.
- 3- D6D, E. 2021/1975, K. 2021/8424, KT. 16.06.2021.
- 4- D6D, E. 2019/9373, K. 2020/7352, KT. 09.09.2020.
- 5- D6D, E. 1992/1854, K. 1993/466, KT. 15.02.1993.
- 6- D8D, E. 1987/303, K. 1988/855, KT. 14.11.1988.
- 7- D5D, E. 2015/2433, K. 2015/7857 KT. 13.10.2015.
- 8- DİDDK, E. 2013/797 K. 2015/126 KT. 28.01.2015.
- 9- D13D, E. 2024/751 K. 2024/3024 KT. 02.7.2024.
- 10- D6D, E.2021/7143, K.2023/1159, KT.26.01.2023.
- 11- İstanbul BİM 6. İDD, E. 2019/748 K. 2019/759, KT. 06.05.2019.

AIHM Kararları

- 1- Brândușe v. Romanya (Başvuru No. 6586/03, 7 Nisan 2009)
- 2- López Ostra v. İspanya (Başvuru No. 16798/90, 9 Aralık 1994)
- 3- Deés v. Macaristan (Başvuru No: 2345/06, 9 Şubat 2011)

KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMUNUN GÖREV ALANINA DAİR BİR DEĞERLENDİRME(*)

Emre DADAŞ(**)
Dr. Öğr. Üyesi Dursun ÇELİK(***)

Öz

Bu çalışmada Kamu Denetçiliği Kurumunun denetim alanı dışında kalan hususlar incelenecektir. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında bunlar "Yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, Yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar, Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri nitelikteki faaliyetleri" şeklinde düzenlenmiştir. Çalışmanın ilk kısmında Ombudsman kavramının tanımı, kurumun tarihçesi, özellikleri, amaçları ve görevlerine yönelik değerlendirmeler yapılmıştır. Son bölümde ise çalışmanın asıl konusunu oluşturan, görev alanına girmeyen hususlar detaylıca ele alınmıştır ancak görev alanına girmeyen konuların anlaşılabilmesi için öncelikle ve kısaca görev alanına giren konulara değinilmiştir. Bu kapsamda idari işlem, idari eylem ile idarenin tutum ve davranışları konuları incelenmiş sonrasında ise kurumun görev alanına girmeyen konular incelenmiştir. Kurumun görev alanına girmeyen konular; yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri faaliyetleri olarak başlıklara ayrılmış ve detaylı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda doktrinde oldukça tartışmalı bir yere sahip olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri faaliyetlerinin üzerinde detaylıca durulmuştur. Anılan başlıkta öncelikle sırf askeri faaliyet kavramı tanımlanmaya çalışılmış, tanımlama yapılırken Türk Silahlı Kuvvetleri Müşterek Askeri Terimler Sözlüğü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Askeri Yargıtay'a ait İçtihatları Birleştirme kararlarından istifade edilmiştir. Yapılan bu tanımlamaya müteakip olarak ise sırf askeri faaliyetlerin görev alanı dışında bırakılmasına yönelik eleştirilere değinilmiştir. Bu eleştiriler değerlendirilirken özellikle Kanunun hazırlık aşamasında komisyonlarca tartışılan hususlara da yer verilmiştir. Eleştirilen hususlarda ele alınan sorunlar ortaya konulmuş ve bu sorunların çözümüne yönelik değerlendirmeler yapılmıştır. Yapılan değerlendirmelerde çözüm olarak özellikle ihtisaslaşma konusu üzerinde durulmuştur. Ombudsmanın ihtisaslaşmasına örnek olan ülkeler belirtilmiş ve ihtisaslaşmanın mevcut problemlerin çözümüne hangi hususlarda ve ne şekilde katkı sunacağı belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Ombudsman, Kamu Denetçiliği, Yasama, Yargı, İdare, İdari İşlem, İdari Eylem, Sırf Askeri Faaliyetler.

(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 23.05.2024](#) - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 11.10.2024](#)
[DOI No: 10.54704/akdhfd.1488831](#)

(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yükseköğretim Öğrencisi / Isparta, Türkiye
[E-posta: emredadas893@gmail.com](mailto:emredadas893@gmail.com)
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0003-1132-6068](https://orcid.org/0000-0003-1132-6068)

(***) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / Isparta, Türkiye
[E-posta: drsnclik@hotmail.com](mailto:drsnclik@hotmail.com)
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0003-0568-1653](https://orcid.org/0000-0003-0568-1653)



SUBJECTS THAT ARE OUTSIDE THE DUTY OF THE PUBLIC AUDIT INSTITUTION

Abstract

In this study, the issues outside the scope of the Ombudsman Institution's jurisdiction will be examined. According to Article 5, paragraph 2 of the Ombudsman Institution Law, these are defined as "procedures related to the exercise of legislative power, decisions related to the exercise of judicial power, and activities of the Turkish Armed Forces of a purely military nature." In the first part of the study, the concept of the Ombudsman is defined, followed by evaluations of the institution's history, characteristics, purposes, and duties. In the final section, the primary subject of the study-issues outside the institution's jurisdiction-is discussed in detail. However, to understand these out-of-scope issues, the topics within the scope are briefly touched upon first. Within this context, administrative procedures, administrative actions, and the attitudes and behaviors of the administration are examined, followed by an analysis of issues outside the institution's jurisdiction. These issues are categorized under the headings of legislative procedures, judicial decisions, and purely military activities of the Turkish Armed Forces, each examined in detail. In this context, special attention is given to the highly debated topic of purely military activities of the Turkish Armed Forces. Initially, the concept of purely military activity is defined, utilizing the Turkish Armed Forces Joint Military Terms Dictionary, Military Penal Code No. 1632, and unification of judgments decisions of the Military High Administrative Court and Military Court of Appeals. Following this definition, the criticisms regarding the exclusion of purely military activities from the scope are addressed. These criticisms include discussions held by commissions during the drafting phase of the Law. Problems identified in these criticisms are presented, and evaluations aimed at solving these problems are provided. The evaluations emphasize the importance of specialization as a solution. Examples of countries where the Ombudsman has specialized are mentioned, and how this specialization contributes to solving current problems is detailed.

Keywords

Ombudsman, Ombudsman Institution, Legislation, Judiciary, Administration, Administrative Procedure, Administrative Action, Purely Military Activities.

Extended Abstract

In this study, issues outside the audit area of the Ombudsman Institution will be examined. In the 2nd paragraph of Article 5 of the Ombudsman Institution Law, these are regulated as "Transactions regarding the exercise of legislative power, decisions regarding the use of judicial power, activities of a purely military nature of the Turkish Armed Forces". In the first part of the study, the definition of the Ombudsman concept, the history of the institution, its characteristics, purposes and duties were evaluated. In these evaluations, it was evaluated that the Ombudsman is an institution that protects human rights in terms of purpose, improves the relations of citizens with the administration, protects people against unfair practices of the state, enables citizens to hold the administration to account, and contributes to the principle of the rule of law by auditing the way the administration works. Additionally, the characteristics of the institution were examined. In the last section, the issues that constitute the main subject of the study and are not within its scope of responsibility are discussed in detail. However, in order to understand the issues that do not fall within the scope of duty, the issues that fall within the scope of duty have been mentioned first and briefly. As can be understood from the article of the law, since the Institution is responsible for examining all kinds of actions, transactions, attitudes and behaviors of the administration, the terms functional administration, organic administration, administrative action, administrative action and attitudes and behaviors of the administration are emphasized in this context. Following the above-mentioned examinations, issues that did not fall within the scope of duty of the institution were examined. Issues that do not fall within the scope of responsibility of the institution; The procedures regarding the exercise of legislative power, decisions regarding the exercise of judicial power, and purely military activities of the Turkish Armed Forces are divided into headings and examined in detail. While examining the issue of transactions regarding the exercise of legislative power, it has been concluded that there is no definitive criterion to determine exactly which activities of the legislative body are legislative activities, and in our opinion, all

transactions of the General Assembly of the Turkish Grand National Assembly and the preparatory and procedural transactions that cannot be separated from them are legislative activities, and the remaining transactions are within the authority of the Institution to examine. When the issue of decisions regarding the exercise of judicial power is examined, it is discussed that all activities of judicial bodies are not included in the judicial function and what activities are not included in the jurisdiction. In this context, purely military activities of the Turkish Armed Forces, which has a very controversial place in the doctrine, are emphasized in detail. In the aforementioned title, first of all, the concept of purely military activity was tried to be defined, and while making the definition, the Turkish Armed Forces Joint Military Terms Dictionary, the Military Penal Code No. 1632, the Unification of Jurisprudence of the High Military Administrative Court and the Military Supreme Court were used. As a result, it has been stated that it is possible to define the concept of pure military activity as service-related activities that do not fall within the scope of duties of other institutions and can only be carried out by military individuals. Following this definition, criticisms about excluding military activities from the scope of duty were mentioned. While these criticisms were evaluated, the issues discussed by the commissions, especially during the preparation phase of the Law, were also included. While presenting the problems, the issue was discussed in terms of openness, transparency and accountability due to the vagueness of the concept of military activity, and it was stated that failure to supervise the most important institutions would be contrary to the purpose of the institution and would make the system meaningless. The problems addressed in the criticized issues were revealed in this way and evaluations were made for the solution of these problems. In the evaluations, the issue of specialization was particularly emphasized as a solution. Countries that are examples of the specialization of the Ombudsman are stated and it is stated in what aspects and in what way specialization will contribute to the solution of current problems.

GİRİŞ

Kamu Denetçiliği, 2012 yılında 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile uygulanmaya başlayan, idare ile vatandaş arasında bir nevi köprü görevi yapan, yargının yükünü hafifletmeye ve toplumsal uzlaşmaya destek olan, tavsiye niteliğinde kararlar veren bir kurumdur. İdarenin yargısal denetiminden farklı olarak, meclise idari yönden bağlı fakat görevinin icrasında bağımsız ve tarafsız olarak faaliyetlerini yürütmekle görevlidir¹. İdarenin şeffaflığı ve hesap verilebilirliği ilkeleri ile doğrudan bağlantılı ve hukuk devleti ilkesine uygun demokratik bir yapılanma olduğu değerlendirilmektedir. 6328 sayılı Kanun ile Kurumun kuruluş, görev ve çalışma usulleri, Başdenetçi ve kamu denetçilerinin seçimi, nitelikleri, özlük hakları ve atanmaları ile ilgili hususlar düzenlenmiştir. Adı geçen Kanunun 5'inci maddesi ile Kurumun görev alanı düzenlenmiş ve aynı maddenin 2'nci fıkrası ile denetim dışında bırakılan hususlar belirtilmiştir. 5'inci madde ile görev alanı dışında bırakılan konular doktrinde bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Kurumun görev alanına giren konuların incelenmesi, görev alanı dışındaki konuların anlaşılması bakımından faydalıdır. Bu sebeple 6328 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde düzenlenen idarenin her türlü eylem, işlem, tutum ve davranışlarının neler olduğu incelenmelidir. Buradan yola çıkarak tartışmalı konularda Kurumun görev alanı dışında mı olacağı yoksa görev alanına mı girdiği tartışmaları yorumlanabilecektir. Görev alanı dışındaki hususlar ise ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. TBMM'nin hangi faaliyetlerinin yasama yetkisinden

¹ Cem Derin ve Burak Coşkun, "Kamu Denetçiliği Kurumunun Tavsiye Kararı Üzerine Disiplin Cezasının Geri Alınması", *Ombudsman Akademik*, Sayı: 7, 2017, s. 176.

kaynaklandığı veya yargı organlarının hangi işlemlerinin yargı yetkisi ile alakalı olduğunu ortaya koymak gerekmektedir. En tartışmalı olan TSK'nin sırf askeri faaliyetleri ise detaylıca irdelenmesi gereken başka bir konudur. Çalışmanın ana konusu olan görev alanı dışındaki hususlara geçmeden önce Kurumun tanıtılması, özellikleri, kuruluş aşamaları gibi genel bilgilerin verilmesi önem arz etmektedir.

I. GENEL OLARAK KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU (OMBUDSMAN)

Devletin kökeni ve gelişim süreci ile ilgili olarak birçok görüş söz konusu olsa da² devlet kavramını insanların bir arada yaşama ihtiyaçlarının³ tezahürü olarak ortaya çıkan ve güvenli bir ortamda yaşayabilmek için düzeni sağlayıcı yetkilerle donatılmış soyut bir mekanizma olarak tanımlanabilir. Bu tanım ışığında devlet mekanizması, soyut kurumlara bölünerek, insanların belirtilen ihtiyaçlarına karşılık verebilecek şekilde hizmet etmeyi amaçlar. Böyle olmakla birlikte bu soyut mekanizmayı yönetmekle görevli olanların -devleti yönetenlerin-, zaman zaman kendilerine verilen bu güç ve yetkileri, öz amacından saptırarak kötüye kullanmalarından veya kötü yönetim tarzlarından dolayı var olma sebebi olan insanların aleyhine kullanmaları da vakiadır. Aynı zamanda gittikçe idari ve siyasi yapıları karmaşık hale gelen çağdaş devlet sistemlerinde hantallığa sebebiyet verebilen bürokratik yapılanma, kırtasiyecilik külfetleri gibi sistemin getirdiği aksaklıklar ve zayıflıklar da yine bünyesinde yaşayan insanların mağduriyetlerine sebep olabilmektedir⁴.

Düşünce sistemi geliştikçe, demokrasi ve insan hakları anlayışı yerleştikçe, mutlak güç ve sınırsız yetkiye sahip devlet aygıtının kontrol edilmesi düşüncesi oluşmuş ve bu da kamu gücünün kötüye kullanılmasını önleyici bir sistemin kurulması fikrini beraberinde getirmiştir⁵. Hukuk devleti adı verilen bu sistemin birtakım gereklilikleri bulunmaktadır. Bu ihtiyacın günümüzdeki somut yansıması ise devlet kurumlarının yaptığı eylem veya işlemlerden, devletin sorumlu tutulmasıdır⁶. Kendi insanına karşı haksız bir işlem veya eylemde bulunan devlete karşı yargılama yolu mümkün kılınarak, bu güç kontrol altında tutulmaya çalışılmakta ve varsa zararlar yargı yolu ile tazmin edilmektedir.

Bu tedbirler, hiç şüphesiz idarenin denetlenmesinde çok önemli bir işleve sahiptir. Lakin yargısal denetim yoluyla idarenin hukuka aykırı hareket etmesinin tam anlamıyla önüne geçildiğini söylemek de güçtür. Bu nedenle de idarenin

² Daha detaylı bilgi için bkz. Serhat Düvenci, "Devletin Köken Teorileri Açısından Devleti Doğuran Etmenler: Çeşitli Uygarıklar ve Topluluklar Üzerinden Bir Değerlendirme", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2018.

³ İbni Haldun insanın sosyal bir varlık olduğu olgusu üzerine ayrıntılı bilgi için bkz.; İbni Haldun, *Mukaddime* Çev. Cemal Aydın (İstanbul, Timaş, 2023).

⁴ Ender Ethem ATAY, "Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu", *Ombudsman Akademik*, Sayı: 1, 2014, 27.

⁵ Levent Gönenç, "Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar", *TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri*, 2010, 1.

⁶ Gönenç, "Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar", 5.

denetlemede farklı yolların arayışına girilmiştir. Ombudsmanlık diğer adıyla Kamu Denetçiliği Kurumu bunlardan bir tanesidir.

A. OMBUDSMAN KAVRAMI VE TANIMI

Ombudsman; İsveç diline ait bir kavramdır. İskandinav ülkelerinde, vatandaşların idareye karşı olan şikâyetleri hakkında inceleme yaparak, sonuçlandırmakla görevli resmi kişi anlamına gelmektedir⁷. Diğer bazı ülkelerde ise yurttaş koruyucusu, halk temsilcisi (Almanca Bürgerbeauftragte) vb. kelimelerle nitelendirilmektedir⁸.

Uluslararası Avukatlar Birliğinin tanımına göre Ombudsman:

Anayasa ya da yasa tarafından ihdas edilen, Parlamento'ya karşı sorumlu, üst düzey bağımsız bir kamu görevlisi tarafından yönetilen, hakları ihlal edilen idare edilenlerin idare veya kamu personeli hakkında kişi şikayeti üzerine veya resen harekete geçerek inceleme yapma, düzeltici tavsiye verme ve rapor hazırlama yetkileri olan bir kurumdur⁹.

Ombudsmanlık, amaç bakımından insan haklarını koruyan, vatandaşın idare ile ilişkilerini düzelter, kişileri devletin haksız uygulamalarına karşı koruyan, vatandaşın idareden hesap sorabilmesini sağlayan, idarenin çalışma şeklini denetleyerek hukuk devleti ilkesine katkı sağlayan bir kurum olarak nitelendirilebilecektir¹⁰.

B. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU TARİHÇESİ

Ombudsmanlık, Türkiye’de 1982 Anayasası hazırlanırken tartışılmış bir kurumdur. Ombudsmanlığın gerekliliği ve önemi, gerek Avrupa Birliği adaylık süreci ilerleme raporunda, gerekse de Yedinci ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planlarında da vurgulanmıştır¹¹.

TBMM Genel Kurulunca, 15.06.2006 tarihinde 5521 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu kabul edilmiştir ancak Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmek üzere meclise geri gönderilmiştir. TBMM’de geri gönderilen Kanun için ısrar edilmiş ve Resmi Gazetede yayınlanarak yasalaşmıştır. Cumhurbaşkanı

⁷ Zehra Odyakmaz, “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Akademinin 10. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Cilt: 4, Sayı: 14, 2013, 4.

⁸ Büyük Lorusse, 1986’dan akt. Necip Yüce, *Ombudsman Dünya Örnekleri ve Türkiye’de Kamu Denetçiliği Uygulaması*, (Ankara, Gazi Kitabevi, 2020), 4; Ombudsmanın çeşitli ülkelerdeki isimlendirme örnekleri için bkz. Yusuf Deniz, “Türk İdare Hukuku Açısından Kamu Denetçiliği Kurumunun (Ombudsmanlık) Görev Alanı”, (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2014), 5.

⁹ Aktaran: Lukas Hermann, Stachl, *Die Ombudsmann-Einrichtung in Ungarn und Österreich im Vergleich* (Graz: Yayınlanmamış Tez, 2015) 3.

¹⁰ Hasan Tahsin Fendoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Ombudsman Denetimi: İdarenin Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Denetlenmesi”, *Ombudsman Akademik*, Sayı: 5, 2016, 15-16.

¹¹ Hasan Abdioğlu, “Yönetişim İlkelerinin Uygulanmasında Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu ve Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye Açısından Önemi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 6 (11), 2007, 90.

Ahmet Necdet SEZER ve 123 milletvekili tarafından, anayasal sistemin, kamu denetçiliği gibi bir kuruma olur vermemesi gibi gerekçelerle Anayasa Mahkemesinde kanunun iptali istenmiştir. 25.12.2008 tarih ve E: 2006/140, K: 2008/185 sayılı kararı (4.4.2009 günlü ve 27190 sayılı Resmî Gazete) ile yürürlüğü durdurulmuş ve müteakiben de iptal edilmiştir¹².

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı üzerine Kamu Denetçiliği Kurumu, 2010 yılında yapılan Anayasa Değişiklikleri ile Anayasa'nın 74'üncü maddesine 3 ve devamı olarak eklenen fıkralarla Anayasal bir zemine kavuşmuştur. Sonrasında da 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu çıkartılarak ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

C. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMUNUN ÖZELLİKLERİ

Kamu Denetçiliği Kurumu, bağımsız ve tarafsız olarak görevini yerine getirmektedir. Bu husus 6328 sayılı Kanunun 12'nci maddesinde de açıkça düzenlenmiş olup öyle ki kendisini göreve getiren Türkiye Büyük Millet Meclisi dahi, kurum görevlilerine emir ve talimat veremeyecektir. Diğer bir özelliği ise kuruma ulaşma bakımından kolay erişilebilir olması ve hizmetlerini ücretsiz bir şekilde yerine getirmesidir. Buna uygun olarak Kanunun 17'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında başvurulardan herhangi bir ücret alınmayacağı düzenlenmiş ve yine aynı maddede başvuruların illerde valilik ve ilçelerde kaymakamlık aracılığı ile yapılabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Kamu Denetçiliği Kurumuna elektronik sistem aracılığıyla da başvuru yapılması mümkündür. Başka ülkelerdeki kurumlarla benzer şekilde diğer bir özelliği ise kararlarının bağlayıcı nitelikte olmamasıdır. Kurum ancak tavsiye niteliğinde kararlar verebilecektir. Kanunun 17'nci maddesinin 1'nci fıkrası gereği, başvuranın kimliği talep halinde gizli tutulacaktır. Gizlilik özelliği sayesinde ise başvuran kişi herhangi bir problem yaşamadan başvurusunu rahatlıkla gerçekleştirebilecektir.

D. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMUNUN AMACI, GÖREV VE YETKİLERİ

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Amaç başlıklı 1'inci maddesinde de belirtildiği üzere, idarenin işlemlerine ve eylemlerine karşı şikâyet mekanizmasını oluşturarak etkin hale getirmek, işlem ve eylemleri, hukuka ve hakka uygun şekilde inceleyerek insan haklarına dayalı bir adalet anlayışını oturtmak amacıyla yürürlüğe girmiştir.

Ombudsmanın görevi ülkelere göre farklılık gösterebilmektedir. Bazı ülkelerde, insan haklarının korunması ön plana çıkarken, kimisinde vatandaşın idareye karşı korunması gibi farklı özellikler öne çıkmaktadır. Türk Hukukuna göre ise; idarenin her türlü eylem işlemlerine dair şikâyetleri incelemek ve önerilerde bulun-

¹² Bahse konu iptal kararının detaylı değerlendirmesi için bkz., "Ombudsmanı Beklerken: Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu İptaline Dair Gerekçeli Kararı Üzerine Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XII, S. 1-2, 2008.

mak şeklinde düzenlenmiştir ancak hangi ülkede olursa olsun, ombudsmanın temel görevi; temel hak ve özgürlükleri korumak, vatandaş ile idare arasında iyi ilişki tesis etmek, idareyi denetlemek ve yargı yükünü azaltmak olarak sıralanabilir¹³.

Kurum görevlileri, görevlerini yerine getirirken oldukça geniş yetkilere de sahiptir. 6328 sayılı Kanun gereği devlet sırrı niteliğini haiz bilgiler dâhil (yerinde incelenmek kaydıyla) her türlü bilgiyi isteme ve bu bilgilere erişme, bilirkişi görevlendirme, tanık dinleme yetkileri başta olmak üzere geniş kapsamlı birçok yetkinin tanındığı görülmektedir.

II. KURUMUN GÖREV ALANINA GİREN KONULARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL

Kamu Denetçiliği Kurumu, bilindiği üzere idarenin yargı dışı denetlenmesini yapan bir kurumdur. Bu denetimi yaparken görevini tarafsız ve bağımsız bir şekilde yerine getirmektedir ancak bağımsızlık ilkesine rağmen sonuç olarak Kamu Denetçiliği Kurumu idari yönden TBMM'ye bağlı olması ve her yıl Genel Kurula rapor sunması hasebiyle TBMM'nin idare üzerindeki siyasi denetimini gerçekleştirmesinde de katkı sunduğu söylenebilir¹⁴. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun kurumun görevi yan başlığını haiz 5'inci maddesi Kurumun görevlerini ve görev alanı dışında kalan konuları düzenlemektedir. Her ne kadar çalışmanın başlığı Kurumun görev alanı dışında bırakılan konular olarak belirlenmişse de her şey zıddı ile kaimdir şiarı uyarınca öncelikle Kurumun görev alanına giren konulara yer vermek --özellikle tartışmalı noktaları açıklığa kavuşturmak-- gerekmektedir. 5'inci maddenin 1'inci fıkrasından anlaşılacağı üzere Kurum, idarenin her türlü *eylemlerini, işlemlerini, tutum ve davranışlarını* incelemekle görevlidir. Kurum şikâyet üzerine harekete geçmekte ve insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönünden inceleme ve araştırma yaparak idareye önerilerde bulunmaktadır. Konunun anlaşılması bakımından idarenin eylemleri, işlemleri, tutum ve davranışları tabirlerinin incelenmesi faydalı olacaktır.

B. İDARENİN HER TÜRLÜ EYLEM, İŞLEM, TUTUM VE DAVRANIŞLARI TABİRLERİNİN İNCELENMESİ

İdarenin işlem, eylem, tutum ve davranışlarını incelemeyi önce, idare kelimesinden ne anlaşılması gerektiğine değinmek gerekmektedir. Malum olduğu üzere idare kavramı organik ve fonksiyonel olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır¹⁵. Organik anlamda idare; yürütme organının Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkan Yardımcıları ve Bakanlar dışında kalan kısmıyla diğer kamu tüzel kişi-

¹³ Ferhat Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, (Ankara, Seçkin Kitabevi, 2019), 165

¹⁴ Deniz, "Türk İdare Hukuku Açısından Kamu Denetçiliği Kurumunun (Ombudsmanlık) Görev Alanı", 127.

¹⁵ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2023), 66.

lerini kapsarken¹⁶, fonksiyonel anlamda idare ise yasama ve yargı faaliyetleri ile yürütmenin siyasi faaliyetleri dışında kalan, kamu yararı güden tüm faaliyetleri kapsayan geniş bir terimdir¹⁷. 6328 sayılı Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde, bu kanun kapsamında idare kavramından ne anlaşılması gerektiği tanımlanmıştır. Buna göre idare; *merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri, mahallî idarelerin bağlı idarelerini, mahallî idare birliklerini, döner sermayeli kuruluşları, kanunlarla kurulan fonları, kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüslerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlar ile bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseseleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerini, ifade eder.* Burada her ne kadar ‘kurum’ ibaresinin kullanılmasından dolayı daha çok organik anlamda idare tanımlanıyor gibi gözükse de organik anlamda idarenin içerisinde dâhil olmayan kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin de tanımda yer verilmiş olması bunun öyle olmadığını göstermektedir. Bunun yanında tanımı biraz daha detaylı inceleyecek olursak; *merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri* ibaresinin kullanıldığını görüyoruz. Bu ibareden ne kastedildiğini anlayabilmek için 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na bakmak gerekir. Bu Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde *Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri: bu Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin* anlaşılacağı belirtilmiştir. Bu cetvellerde yasama organı olan TBMM ve yüksek yargı organlarının yer aldığı görülmektedir. Bu açıklamalar ışığında 6328 sayılı Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde idare tanımı fonksiyonel anlamda idare kavramı ile örtüştüğü görülse de biraz aşağıda açıklanacağı üzere Kurumun görev alanı idare hukukunun uygulama alanın ötesinde, idarenin özel hukuk işlemlerini de içermektedir. 6328 sayılı Kanun’un 5. maddesinin 2. fıkrasında denetim dışında tutulacak konular spesifik olarak düzenlenmiştir. Burada sadece yasama ve yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler görev alanı dışında tutulmuştur. Şayet Kanun Koyucu bu organların tüm işlemlerini görev alanı dışına çıkarmayı arzu etseydi, istisna kapsamına alarak bunu yapardı. Bu nedenlerle yasama organı ve yargı organının istisna dışında tutulan işlemleri Kurumun inceleme yetkisi içerisindedir. Böyle olmakla birlikte Anayasa’nın 74. maddesinin 4. fıkrasında ‘Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler’, hükmünü haizdir. Görüldüğü üzere bu Kurum, TBMM Başkanlığına bağlı olarak faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla bir kurumun bağlı olduğu kurumun işlem ve eylemlerini hukuken denetleyip denetlemeyeceği, denetleyebilse dahi ne derece bağımsız ve etkin bir denetim gerçekleştirebileceği şüphelidir. Yine

¹⁶ Ramazan Yıldırım, *Türk İdarî Rejimi Dersleri*, (Konya, Mimoza Yayınları, 2014),4.

¹⁷ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Bursa, Ekin, 2014), 23.

yukarıda verilen idare tanımında, kamu hizmeti gören özel hukuk kişileri de zikredilmektedir. Dolayısıyla bu tür kurumların işlem ve eylemlerini Kurum denetim yapma yetkisi bulunmaktadır.

1. İdari Eylem

6328 sayılı Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasında Kurumun görev alanı belirlenirken, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile ilgili inceleme yapacağı belirtilmektedir. Kanunun sıralaması doğrultusunda öncelikle idari eylem kavramı üzerinde durulacaktır. İdari eylem kavramının doktrinde ikiye ayrılarak ya bir idari işlemin uygulanması veya herhangi bir idari işleme dayanmadan direkt icra edilen fiiller şeklinde kendini gösterdiği anlaşılmaktadır¹⁸. Doğrudan icra edilen fiillerin ise literatürde “salt idari eylem¹⁹”, “saf idari eylem²⁰” gibi isimlerle anıldığı anlaşılmaktadır. Yargı kararlarına bakıldığında Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 1973 yılında verdiği kararda idari eylemin salt idari eylem olarak yapılan tanımlamayı kabul ve işaret ettiği görülmektedir. Karara göre; “İdari eylem, idarenin idare etme fonksiyonu sırasındaki bir hareketi, bir olayı, bir tutumu anlatır. İdari karar ve işlemle ilgisi olmayan idari eylem de salt madde bir tasarruftur. Öncesinde, temelinde, bir idari işlem olmayan bütünüyle idari eylem olarak ortada olan bir idari faaliyet söz konusudur. İdareye ait bir barajın taşması, kolluk görevinin ifası veya yangın söndürme çalışmaları sırasında idare ajanlarının bir başkasının şahsına veya malına zarar vermeleri halinde olduğu gibi²¹”. Başka bir tanıma göre ise idarenin kamu hizmetlerini icra ederken idare ajanlarının sergiledikleri ve idari işleme dayanmayan iş, hareket şeklinde belirtilmektedir²². Taner Ayanoglu’na göre idari eylem “idarenin ya da idare nam ve hesabına hareket eden özel hukuk kişilerinin, idari fonksiyonun ifası sırasında ona bağlanabilen bir fiil, ameliye, hareket, davranış ve/veya işleri ya da hareketsiz kalması” olarak tanımlanmaktadır²³. Bize göre her ne kadar bu çalışmanın konusu olan kamu denetçiliğinin denetim alanının belirlenmesi noktasında pratikte bir anlam ifade etmese de (iki türlü de denetim alanına girmekte) idari işlemin icrasını idari eylem olarak tanımlamak mümkün değildir. Bunun kabul edilmesi halinde idari işlem denetim alanından herhangi bir tam yargı davası açmak mümkün değildir. Zira idari işlem sadece kâğıt

¹⁸ Selami Demirkol, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, *Sayıştay Dergisi*, S. 40, 2001,

¹⁹ Talha Erdoğan, “Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu”, (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2020), 7.

²⁰ Erdoğan, “Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu”, 7.

²¹ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 14.04.1973, E.1972/2, K.1973/10

²² Demirkol, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, 2; Annette Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht* (Baden-Baden, Nomos, 2023), 413.

²³ İsmet Giritli, Perteve Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk *İdare Hukuku*, (İstanbul, Der Yayınları, 2013), 1303; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara, Seçkin, 2023), 323; Taner Ayanoglu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, (İstanbul, Legal, 2004), 325;

üzerinde karar olarak kalacaktır. Velhasıl idari eylem; idarenin hukuki bir sonuç doğmasını amaçlamadığı yalnızca fiili bir sonuç doğmasını murat ettiği her türlü hareketi ya da hareketsiz kalması olarak tanımlanabilir²⁴. Bu anlamda idare kavramını sadece kamu tüzel kişiliğini haiz kurumlar olarak değil, idarenin uzayan kolu olarak adlandırılan kamu gücü kullanma yetkisi verilmiş özel hukuk kişilerini de kapsayacak şekilde değerlendirmek gerekir²⁵.

İdari eylem; dar ve teknik anlamda sadece idare hukukuna dahil fiiller olarak anlaşılmaktadır²⁶. Ne var ki idarenin sadece idare hukukuna dâhil olan eylemleri değil, idarilik vasfında olmayan, özel hukuka tabi eylemleri de bulunmaktadır²⁷. İdarenin bu türdeki özel hukuka tabi eylemlerinin Kurumun denetim alanına girip girmeyeceği hususunun üzerinde durmak gerekir. Kanaatimizce idarenin tüm eylemlerinden dolayı Kurum inceleme yapabilir. Çünkü Kanun Koyucu, Kurumun görev alanı ile ilgili bu yönde bir istisna veya sınırlama getirmediği gibi *her türlü* ifadesine yer vererek idarenin özel hukuka tabi eylemlerini de görev alanına sokma muradında olduğunu söyleyebiliriz. Bu hususu Kurumun haksız fiil içeren başvuruları kabul ederek karara bağlamasından da anlamaktayız²⁸ lakin bu noktada Kurumun çok fazla iş yükü altında kalarak, kararların çok gecikmesi tehlikesine de dikkat çekmek gerekmektedir. Bu tehlikeden dolayı özellikle kamu hizmeti gören özel hukuk kişilerinin -bunların da idare tanımına girdiğini belirtmiştik- özel hukuka tabi eylemlerinin Kanun ile Kurumun görev alanı dışına çıkartılması gerektiği görüşündeyiz.

2. İdarenin İşlemleri

İdarenin işlemleri denildiğinde, idarenin tüm hukuki işlemleri anlaşılacak şekilde geniş bir anlamı haizdir. Diğer bir anlatımla, idarenin işlemleri kavramından, hem idare hukuku alanındaki ‘idari işlemler’ (dar anlamda) hem de idarenin özel hukuk işlemleri anlaşılmalıdır. Dar anlamda idari işlem ise; idari normları²⁹ (düzenleyici işlemler) ve bireysel idari işlemleri ifade etmektedir³⁰.

²⁴ DIOD, E. 1999/1746, K. 1999/5376, KT.02.11.1999; Ramazan Çağlayan, “İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreler”, *AÜEHFD*, Cilt: IX, Sayı: 3-4, 2005, 19.

²⁵ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 323.

²⁶ İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, (İstanbul: Alfa Yayınları, 2002), 729.

²⁷ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt III*, bkz; Ulrich Stelkens, *Verwaltungsprivatrecht zur Privatsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*, (Berlin, Duncker&Humblot, 2005).

²⁸ Örneğin haksız fiil teşkil eden mobbing iddiası hakkında kabul edilen başvurulardan bir tanesi için bkz. “KDK, 04.04.2024, Başvuru No: 2023/17507, Sayı: 2024/3852-S.24.6072.”, <https://kararlar.ombudsman.gov.tr/Arama/Index>, (Erişim tarihi: 25.08.2024); KDK, 07/10/2022, Başvuru No: 2022/6754; <https://kararlar.ombudsman.gov.tr/Arama/Download?url=20220509\215342\Yayin\Karar-2022-6754.pdf&tarih=2022-10-07T14:15:46.984504> ((Erişim tarihi: 25.08.2024).

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Ebru Gündüz, “Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XI, Sayı: 1, 2005.

³⁰ Ramazan Yıldırım, Serkan Çınarlı ve Kenan Azak, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt 2*, (Ankara, Adalet, 2024), 85 vd.

İdarenin düzenleyici işlemleri, 2017 Anayasa değişikliklerinin tam olarak yürürlüğe girmesi ile geçilmiş olan Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemiyle birlikte, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK), Yönetmelik ve diğer adsız düzenleyici işlemler olmak üzere üç ana kategoriye ayrılmaktadır³¹. Yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerin Kurumun denetimine açık olduğu aşikârdır. Bu yüzden üzerinde durulmayacaktır ancak CBK'lar için konunun onlar kadar tartışmaya kapalı olduğu söylenemez. Malum olduğu üzere yeni hükümet sistemimizde CBK'lar olağan dönem ve olağanüstü dönem olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Olağan dönem CBK Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında düzenlenerek bu işlem türünün yargısal denetimi Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Bu durum onu, idarenin bir düzenleyici işlemi olmaktan çıkarmamaktadır³². Bu hususta değerlendirme yapılırken öncelikle 6328 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde; *Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile resen imzaladığı kararlar ve emirlerin* de istisna kapsamında olduğu ve bunun 2/7/2018-KHK/703/110 md. ile mülga edildiği tarihsel bilgisini vermek gerekir. Öyle ki bu hükmün kaldırılmasıyla Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlere karşı şikâyet yolunun açıldığı görülmektedir. Bu anlamda Cumhurbaşkanının olağan dönem kararnamelerinin Kurumca incelenmesinde bir engel kalmadığı görüşündeyiz ancak uygulamada henüz bu yönde bir karara (Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi denetiminin yapıldığına dair) rastlamadığımızı da belirtmek isteriz.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin diğer türü olan Olağanüstü Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için ise durum biraz daha karmaşıktır. Bu türde kararnamelerin çıkartılabilmesi için öncelikle bir olağanüstü hal ilanı gerekmektedir. Bunun hangi şartlarda ve nasıl ilan edileceği Anayasa 119'da düzenlenmiştir. Aynı maddenin 6. fıkrasında *olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kaldığı konularda, 104'üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur* hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesi 1. fıkrası 2. cümlesi OHAL ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa Mahkemesinin şekil ve esas denetimi dışına çıkarmıştır. Bakıldığında bu kararnameler çıkarıldıkları anda kanun hükmündedir ve 119. maddenin 7. fıkrası uyarınca da Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarıldıkları tarihten itibaren en geç üç ay içerisinde (savaş ve mücbir sebeplerle Meclisin toplanamaması durumları dışında) haklarında bir karar verilmelidir. Aksi takdirde kendiliğinden etkisini kaybedeceklerdir. Bu hükümler çerçevesinde OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından denetlenmesinin müm-

³¹ Kanun Hükmünde Kararname ve tüzük çıkarma olanağı kaldırılmıştır. Ancak eskiden çıkarılan ve mülga edilmeyen bu işlem türleri geçerliliklerini korumaktadır.

³² Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Didem Erdoğan, *Türk Anayasa Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, (Ankara, Yetkin, 2021)

kün olmadığı görüşünü benimsemekteyiz. Öncelikle bunlar her ne kadar Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılıyor olsalar da Anayasa gereği kanun hükmündedir ve daha sonra yasama organı tarafından kabul edilmesi halinde gerçek anlamda bir kanun olacaklardır. Bu bağlamda bir ön yasama işlemi olarak görülmelidir. İkinci husus ise fiili olarak da denetlemenin bir anlamı yoktur. Çünkü bunların denetimi yapılabildiği kadar büyük ihtimalle ya kanunlaşacaklar ya da kendiliğinden yürürlükten kalkacaklardır.

İdarenin soyut ve genel olmayan, olaylara ve kişilere yönelik işlemleri ise bireysel idari işlemler ya da idari kararlar olarak adlandırılmaktadır³³. İdarenin kararları (bireysel işlemleri) çok büyük oranda idare hukukuna tabidir fakat özel hukuk alanında sonuç doğuran ve oraya tabi olan idari kararları olduğunu da söylemek gerekir³⁴. İdari kararlar bir idari işlem türü olarak Kamu Denetçiliği Kurumunun denetimi kapsamında olduğu Kanunun 5. maddesinin sonucudur ancak bu bağlamda yargı denetimi dışında bırakılmış idari işlemlerin durumu irdelenmelidir. Hukuk devletinin gerekliliklerinden birisi de idarenin yargısal denetime tabi olmasıdır³⁵. Bu husus Anayasa'nın 125. maddesi 1. fıkrasında *idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır* şeklinde ifade edilmiştir. Fakat aynı maddenin devamında ve muhtelif başka maddelerde bazı idari işlemleri yargı denetiminden müstesna tutulmuştur. Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemlerine (Any. 125/2), Hakimler Savcılar Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına³⁶ (Any. 159) ve hukuki statüleri tartışmalı³⁷ olmakla birlikte spor federasyonlarının³⁸ spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına (Any. 59) karşı kanun yolu kapalıdır. Bu işlemler hakkında yargısal denetim kapalı olsa da Kamu Denetçiliği Kurumunun inceleme yapabilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Çünkü Anayasa bu işlemlere karşı yargı yoluna gidilemeyeceğini söylemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere Kamu Denetçiliği Kurumu bir yargı yolu değildir. Yine Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 5. maddesinin 2. fıkrası görev alanı dışında kalan konuları hususen saymıştır. Kanunun 2018 yılından önceki halinde yine Anayasa gereği yargı yolu kapalı olan Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler görev alanı dışında olduğu düzenlenmişti. Bu da demek

³³ Ali Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara, Yetkin, 2022), 373.

³⁴ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku Ders Notları II*, 101.

³⁵ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 146.

³⁶ Kurumun bu konuda her ne kadar ret kararı vermiş olsa da başvuruyu kabul ederek inceleme yapmış olduğu örnek karar için bkz. "KDK, 12.07.2019, Başvuru No: 2019/8003, Sayı: 2019/5528-S.8299.", <https://kararlar.ombudsman.gov.tr/Arama/Index>, (Erişim tarihi: 28.08.2024)

³⁷ Bkz. tartışma için; Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 7, 2016, 385 vd.

³⁸ Danıştaya göre her ne kadar bunların statüsü özel hukuk tüzel kişiliğine dönüşmüş olsa da yaptıkları işlemlerin idari işlem niteliği devam etmektedir. D10D. K.T. 17.06.1991, E. 1991/1149, K. 1991/228.

oluyor ki; Anayasa gereği yargı yolu kapalı olsa dahi bir idari işlemin Kurumun denetim alanı dışına çıkartılması ancak kanun ile mümkündür. Bu sebeplerden dolayı bu idari işlemler, Kurumca denetlenebilmelidir.

Aydınlatılması gereken bir husus da idarenin sözleşmelerinin, Kurumun görev alanına girip girmediğidir. Zira Kanun sözleşme kavramını ayrıca anmamaktadır. Bazı yazarlar, idari sözleşmeleri, idari işlemin bir türü olarak görmektedirler³⁹. Biz terminolojik ve kavram kargaşası olacağı endişesi ile idari işlem ve idari sözleşme kavramlarının farklı kullanılması gerektiği kanaatindeyiz. Bunun yanında öğretide⁴⁰ ve yargı kararlarında⁴¹; tek yönlü irade açıklaması ile hukuki sonuç doğurması, idari işlemin bir karakteri olarak görülmektedir. Sözleşmeler, en az iki tarafın karşılıklı uyuşan irade beyanı ile kurulabildikleri ve hukuki sonuç doğurabildikleri için bu görüş çerçevesinde teknik anlamda bir idari işlem olamazlar ancak Kanun Koyucunun burada bu teknik anlamı düşünerek düzenleme yaptığı düşüncesinde değiliz. Bir başka söylemle her ne kadar idari işlem kavramı kullanılsa da idarenin sözleşmelerinin de Kanunun 5. maddesi kapsamında değerlendirilmek istendiğini söyleyebiliriz. O halde idarenin işleyişi ile ilgili sözleşmeleri de Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanı bağlamında idari işlem olarak değerlendirmek gerekecektir.

Yukarıda hemen bir üst başlıkta idari eylemler ile ilgili yaptığımız değerlendirmede, idarenin sadece idare hukukuna tabi eylemleri değil, aynı şekilde özel hukuk alanına giren eylemleri de Kurumun görev alanına girdiğini mütalaa etmiştik. Aynı sebeplerle idarenin özel hukuk işlemlerinin de Kurumun denetimine tabi olduğunu belirtelim ancak yine burada kamu hizmeti gören özel hukuk kişilerinin idare hukukuna tabi olmayan işlemlerinin, Kurumun inceleme alanı dışında bulunması gerektiğine dair görüşümüzü tekrar etmek istiyoruz. Örneğin bir özel eğitim kurumunun bir çalışanın sözleşmesinin feshetmesine dair şikâyeti incelemesi durumunda altından kalkılamayacak bir yük oluşur.

3. İdarenin Tutum ve Davranışları

6328 sayılı Kanunun 5. maddesinde Kurumun görevleri sayılırken kullanılan ibarelerden birisi de idarenin tutum ve davranışlarıdır. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (KDKY) 12. maddesi gereği idarenin tutum ve davranışlarından dolayı yapılacak başvurularda idari başvuru yollarının tüketilmesi şartı da aranmamıştır. İdarenin

³⁹ Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara, İmaj, 2011), 122; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, (Bursa, Ekin, 2019), 720 vd.

⁴⁰ İ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, *İdare Hukuku*, 1233.

⁴¹ "İdari makam ya da mercilerin, idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili olarak, kamu hukuku kurallarını uygulayarak, kamusal alanda tesis ettikleri tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikteki hukuki tasarruflar idari işlem olarak tanımlanmaktadır" D10D, KT. 30.04.2008, E. 2007/6407, K. 2008/3039, Danıştay Dergisi, Sayı 119, 359.

tutum ve davranışları özünde idari eylemlerle bağlantılı bir kavram olduğu değerlendirilmektedir. Şöyle ki idari eylemler kaynağında herhangi bir idari işleme dayanmayan, idarenin işlevi gereği ortaya çıkan tutum ve davranışlar şeklinde tanımlanabilmektedir⁴². Bu sebeple Kanun mevcut durumda her türlü idari eylem kavramını zaten belirtmişken ayrıca tutum ve davranışlar ibaresine de yer vermesindeki amacından idarenin eylem ve işlemleri dışında kalan hareketlerini de inceleme niyeti olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede sadece idarenin kendi içerisinde etki gösteren ve iptal davasına konu edilemeyen idarenin iç düzen işlemleri de bu kapsamda Kurumca incelenebilir. Böylece idarenin iptal davası yoluyla mahkemelerce denetlenemeyen bir takım tutum ve davranışlarının, bağımsız ve tarafsız bir kurum tarafından hukuka uygunluk yönünden inceleme yapılabilmesi mümkün hale gelmektedir. Yine çalışan görevlilerin tutum ve davranışlarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir⁴³. KDKY'nin 6. maddesi iyi yönetim ilkelerini düzenleyerek Kurumun inceleme yaparken gözetmesi gereken hususların içinde ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, dinlenilme hakkı gibi hususları belirtmiştir. Bu maddeden anlaşılacağı üzere idarenin tutum ve davranışları idarede çalışan görevlilerin tutum ve davranışlarını da bu kapsamda değerlendirilerek Kurumun inceleme yetkisi kapsamına almıştır. Örneğin Kamu Denetçiliği Kurumunun 2014/2608 numaralı başvuru ile ilgili 29/11/2014 tarihinde verdiği kararda; idarenin ilgiliye verdiği cevap metninde “engelli” yerine “özürlü” ibaresi kullanması sebebiyle nezaket ilkesi vurgulanarak daha özenli davranılması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁴. Benzer şekilde Kamu Denetçiliği Kurumunun 2017/16076 numaralı başvuru ile ilgili 13/06/2018 tarihinde verdiği kararda; bir baro başkanı ile polis memurlarının arasında geçen diyaloga istinaden “adli kolluk memurlarının görev ve yetkilerini kullanırken tabi oldukları mevzuata uygun hareket ederek görevin gerektirdiği soğukkanlılık ve nezaket ilkeleri çerçevesinde davranmalarının önem arz ettiği” hususları vurgulanmıştır⁴⁵. Bunun yanında, özellikle icrailik şartının⁴⁶ eksikliği sebebiyle idari işlem niteliği taşımayan işlemler de bu kapsamdadır.

⁴² Celal Karavelioğlu, *Açıklamalı ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, (Trabzon, Top-Kar, 1993), 314.

⁴³ Hasan Aykın, “Kamu Denetçiliği Kurumuna (Ombudsmana) Başvurma Mükellefler İçin Etkili Bir Hak Arama Yolu Olabilir Mi?”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 418, 2016, 22.

⁴⁴ “Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), *İyi Yönetim İlkeleri Rehberi*, (Ankara, 2019), 73” <https://paylasim.ombudsman.gov.tr/dokuman/documentuploads/iyi-yonrtim-ilkeleri-turkce/mobile/index.html#p=3> (Erişim Tarihi: 27/08/2024)

⁴⁵ “Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), *İyi Yönetim İlkeleri Rehberi*, (Ankara, 2019), 73” <https://paylasim.ombudsman.gov.tr/dokuman/documentuploads/iyi-yonrtim-ilkeleri-turkce/mobile/index.html#p=3> (Erişim Tarihi: 27/08/2024)

⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. Dilşat Yılmaz, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, (Ankara, Astana, 2014)

III. KAMU DENETÇİLİĞİNİN GÖREV ALANI DIŞINDA KALAN KONULAR

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, “Görevler” başlık 5’inci maddesinin 2’nci fıkrası ile bazı konuları görev alanı dışında bırakmıştır. Bunlar; yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askerî nitelikteki faaliyetlerdir. Bu düzenleme, öğretilerde tartışmalı bir yere sahiptir. 16 Nisan 2017 halkoylaması ile kabul edilen değişikliklerle Anayasanın 105’inci maddesi olan sorumluluk ve sorumsuzluk hali düzenlemesi değiştirilmiş ve bu değişikliğe istinaden 2 Temmuz 2018 tarihinde yayımlanan “Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin” 110’uncu maddesi Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemleri de görev alanı dışında bırakarak a fıkrası mülga edilmiştir.

A. YASAMA YETKİSİNİN KULLANILMASINA İLİŞKİN İŞLEMLER

Kanun, yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemleri Kurumun inceleme alanı dışında bırakmıştır. Bu noktada yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemlerin neler olduğunun saptanması gerekmektedir. Öncelikle, yasama yetkisi sadece ve sadece yasama organı olan Parlamento (ülkemizde Türkiye Büyük Millet Meclisi) tarafından kullanılabilir⁴⁷ ancak yukarıda da değinildiği üzere yasama organı olan TBMM’nin her yaptığı işlem, yasama işlemi değildir. Bu Organ’ın idari işlem ve özel hukuk işlemleri de vardır. Bu sebeple hangi faaliyetlerin, yasama faaliyeti olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Yasama ve idari fonksiyon ayrımı yapılabilmesi için maddi ve organik kriter geliştirilmiştir⁴⁸ ancak bu kriterlerin ayırım için tam olarak yeterli olduğunu söyleyemeyiz. Zira Danıştay 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda⁴⁹, TBMM Genel Kurulunun, Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna üye atamasını bir idari fonksiyon olarak kabul etmiştir ancak ilerleyen yıllarda bu tür TBMM Genel Kurul kararını idari işlem olarak görüp denetlediği kararları tespit edememiş bulunmaktayız. Kanaatimizce de bu tür üye atama işlemleri her ne kadar birer bireysel işlem olsa bile bunların yasama faaliyeti olarak muamele görmesi gerekmektedir.

Anayasanın 87. maddesinde sayılan görev ve yetkilerin⁵⁰, yasama yetkisi olduğu tartışmasızdır. Bunların dışında Anayasa’nın Meclise verdiği başka yet-

⁴⁷ Benzer yönde Oğuz Sancakdar, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, (Ankara, Seçkin, 2022), 37. Yazarlar OHAL CBK’larını yasama fonksiyonu olarak görmektedirler.

⁴⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara, Yetkin, 2023), 196.

⁴⁹ D5.D, 24.1.2007, E. 2005/5627, K. 2007/172.

⁵⁰ Kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek

kiler de bulunmaktadır. Söz gelimi yasama dokunulmazlığı ile ilgili karar vermek (Any. m. 83), TBMM üyeliğinin düşmesine ilişkin karar vermek (Any. 119), OHAL ilanı kararına ilişkin karar vermek (Any. 119), Kurul, Kurum ve Mahkemelere üye seçmek (Any. m. 74/5, 133/2, 146/1, 159/3) gibi. Bu yetkilerin de yasama yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve Kurum tarafından inceleyemeyeceğini söyleyebiliriz. Bu yetkilerin hazırlık aşamaları veya usul aşamalarının yasama yetkisi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ise tartışmalıdır. Danıştay bir kararında⁵¹, davacının, TBMM Başkanlığına verilen bir soru önergesinin cevaplanması nedeniyle TBMM tutanaklarına geçen kendisi hakkındaki beyanların TBMM'nin internet sitesinden kaldırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin idari fonksiyona dâhil olduğuna karar vermiştir.

Görüldüğü üzere yasama organının hangi faaliyetlerinin yasama faaliyeti olduğunu tam olarak belirleyecek kesin bir ölçüt bulunmamaktadır. Kanaatimizce TBMM Genel Kurulunun tüm işlemleri ve onlardan ayırlamayacak hazırlık ve usul işlemleri yasama faaliyettir. Bu bağlamda örneğin milletvekillerine genel kurulda verilen disiplin cezalarının da yasama faaliyeti olduğu kanaatindeyiz⁵². Bu disiplin cezaları genel kurulun düzenini sağlamak adına, yani yasama faaliyetinin yürütülmesine yönelik işlemlerdir. Bu yüzden bunları yasama faaliyetinden ayırık tutamayız. Anayasa Mahkemesi de milletvekili disiplin cezalarını bir parlamento kararı olarak görmektedir⁵³. Bunlar dışında kalanlar ise Kurum tarafından denetlenebilir niteliktedir.

B. YARGI YETKİSİNİN KULLANILMASINA İLİŞKİN KARARLAR

Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanı dışında tutulan diğer bir konunun yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar olduğunu ifade etmiştik. Yargı yetkisinin kullanılması, yargı fonksiyonu kavramı ile örtüşmektedir. Bu bağlamda yargı fonksiyonunun ne olduğunun açıklamak gerekmektedir. Yargı fonksiyonu “*objektif hukukun bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından yargısal usullere uyularak somut bir olaya veya ilişkiye uygulanması*” olarak ifade edilmektedir⁵⁴. Anayasanın 9. maddesi, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağını düzenlemektedir. Buna göre bir yargı yetkisinden bahsedebilmemiz için mutlaka bağımsız mahkemelerin kararları olması gerekir⁵⁵. Bağımsız mahkemelerin neler olduğu hususuna gelecek olursak; Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Yargıtay, Yük-

⁵¹ D10D. K.T. 20.07.2010, E. 2007/7981 K. 2010/6186.

⁵² Karşı görüş, Deniz “Türk İdare Hukuku Açısından Kamu Denetçiliği Kurumunun (Ombudsmanlık) Görev Alanı” 225.

⁵³ AYM, K.T. 27/10/2022, Osman Baydemir Başvuru No: 2018/1878.

⁵⁴ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt I*, (İstanbul, Demir Yayıncılık, 2001), 3.

⁵⁵ İdarenin yargı benzeri faaliyetleri (örneğin disiplin cezaları ya da idari yaptırımlar) yargı faaliyeti olarak görülemez.

sek Seçim Kurulu ve ilk derece mahkemelerinin yargı organı oldukları noktasında tereddüt yoktur. Savcılığın yargı organına mı yoksa yürütme organına mı dâhil olduğu hususu tartışmalıdır⁵⁶. Ağırlıklı görüşe ve bize göre savcılık yargılamanın bir parçasıdır⁵⁷ ancak Anayasa'nın 160. maddesinde düzenlenen Sayıştayın durumu tartışmalıdır⁵⁸. Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında Sayıştayı mahkeme olarak kabul etmemekteydi⁵⁹ ancak yeni kararlarında⁶⁰ yargı organı sıfatını haiz olduğuna içtihat etmektedir. Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre Sayıştay bir yargı organıdır⁶¹.

Yargı organlarının tüm faaliyetlerin, yargı fonksiyonuna dâhil olmadığını belirtmiştik. O halde yargı yetkisine girmeyen faaliyetlerin neler olduğunun araştırılmak gerekir. Bu bağlamda öncelikle çekişmesiz yargı işlerinin üzerinde durulmalıdır. Bu tür işlerde bir uyuşmazlık çözümü söz konusu olmadığı için, yargı faaliyeti olarak görülüp görülemeyeceği tartışılmaktadır⁶². Ortada bir uyuşmazlık çözümü olmadığından bir yargılama faaliyeti olmadığını düşünenler gibi⁶³ yargı organı olarak faaliyet gösteren mahkemelerce somut bir olaya uygulandığından ve usul kuralları izlenerek karar verilmesinden dolayı bir yargılama faaliyeti olarak nitelendirenler de vardır⁶⁴. Kanaatimizce bu işlerin idari işlem olarak görülmek Kurumca denetlenmesi mümkün değildir.

Bu noktada mahkeme kararlarının uygulanmasına dair işlemlerin, Kurum tarafından denetlenip denetlenemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Yargı kararlarının nasıl icra edileceği, mahkemenin türüne göre değişmektedir. Bir ceza mahkemesi kararı kural olarak ceza infaz kurumlarında, bir hukuk mahkemesi kararı icra daireleri tarafından yerine getirilirken, idare mahkemesi kararları idarenin işlem veya eylemi ile uygulanır. Kanaatimizce bu kararların tamamında, uygulanması bir mahkeme araya girmediği (örneğin icra mahkemesi ya da infaz hakimliği) müddetçe Kurumun görev alanındadır. Uygulamada da bunlarla ilgili - özellikle ceza infaz kurumları ile ilgili- çok fazla Kamu Denetçiliği kararı bulun-

⁵⁶ Hakan Karakehya ve Murat Arabacı "Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, 2066.

⁵⁷ Bahattin Aras, "Hâkim ve Savcılarının Yargısal Faaliyetlerinin Disiplin Soruşturmasına Konu Edilmesi", *Hacettepe HFD*, Cilt: 10, Sayı: 2, 2020, 840.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Burcu Sevinçler, "Sayıştayın Anayasal Konumu ve Yargı Fonksiyonu", (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2018)

⁵⁹ Sancakdar, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 76, 206.

⁶⁰ AYM, K.T. 27.12.2012, E. 2012/102 K. 2012/207.

⁶¹ Görüşler için bkz. Bülent Geçgel "Sayıştayın Yargı Yetkisi, Yargısal Görevinin Niteliği ve Yargı Kolları Arasındaki Yeri", *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 93, 2014, 31 vd.

⁶² Deniz, "Türk İdare Hukuku Açısından Kamu Denetçiliği Kurumunun (Ombudsmanlık) Görev Alanı", 229.

⁶³ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, (Bursa, Ekin, 2019), 742.

⁶⁴ Baki Kuru, *Nizasız Kaza*, (Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1961), 10 vd.

maktadır. Buna ilişkin yakın tarihli bir kararda Kamu Denetçiliği Kurumu beraat kararı verilen bir ceza davasında hükmedilen vekalet ücretinin ödenmemesine ilişkin başvuruyu incelemiş ve tavsiye kararı vermiştir⁶⁵.

Yargı yerlerinin, yargısal faaliyetiyle sıkı bağlantı içinde bulunan hazırlık işlemleri (örneğin bir dosyaya numara verilerek mahkemeye sevk edilmesi ya da savcılık soruşturma işlemleri) ve usuli işlemlerde (örneğin bilirkişi atanması ve kararı, keşif yapılması) Kuruma şikâyet kabil değildir. Bunlar dışında kalan yargılama ile doğrudan bir ilişkisi olmayan işlemler⁶⁶ ise bu kapsamda görülemez. Bu anlamda yargılama faaliyetine katılan kamu görevlilerinin yargılama ile ilgisi bulunmayan davranışları Kurumca incelenebilmelidir.

C. TÜRK SİLÂHLİ KUVVETLERİNİN SIFR ASKERİ NİTELİKTEKİ FAALİYETLERİ

6328 sayılı Kanunun getirdiği en tartışmalı hükümlerden biri TSK'nın sıfr askeri nitelikteki faaliyetlerini görev alanı dışına çıkarmasıdır. Bu sebeple çalışma içerisinde detaylıca ve geniş kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Bu bağlamda öncelikle 27 Temmuz 2016 tarih ve 29783 (2. Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 668 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığının askeri statüleri kaldırılıp İçişleri Bakanlığına bağlanması ile bu hükmün bu kurumlar için artık uygulanamayacağı kanaatinde olduğumuzu belirtelim.

Maddeye yöneltilen eleştirilere ve değerlendirmelere geçmeden önce sıfr askeri faaliyet kavramını incelemekte fayda bulunmaktadır. Sıfr askeri faaliyetin herhangi bir tanımlaması yapılmamış olduğundan, farklı yorumlamalarla kavramın çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır. Yapılan araştırma sonucu esas alınabilecek "MS 76-3(A) TSK Müşterek Askeri Terimler Sözlüğü" dahi böyle bir kavrama yer vermemiştir. Dizilim ve kullanılan terimler bakımından, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan "sıfr askeri suçlar" kavramını çağrıştırmaktadır. Askeri Ceza Kanunu'na göre "sıfr askeri suç" Ek-11'inci maddede düzenlenen ve sınırlı sayım yöntemi ile sayılan bazı suçlardan ibarettir. Kanunda herhangi bir tanımı bulunmamaktadır ancak kapatılan Askeri Yargıtaya ait İçtihatları Birleştirme Kurulunun 20.06.1975 tarihli, E: 1975/6, K: 1975/4 sayılı kararından⁶⁷ çıkarılabilecek sonuca göre herhangi bir kanunda düzenlenmemiş olan ve sadece asker

⁶⁵ Başvuru Numarası: 2024/2860, Sayı: 2024/8482-S.24.13262, Karar Tarihi: 13/08/2024.

⁶⁶ Bu hususta Deniz (2014), s. 241, 242'deki makul süre, duruşma tarihi, aynı dakikalara otuz adet duruşmanın konulması, kararların geç yazılması, geç tebliğ edilmesi, iş sahibine mahkeme kalemine gittiği zaman personel tarafından inceleme yaptırılmaması, iş sahibinin de zamanının sınırlı olduğu düşünülmeyle bekletilmesi gibi haller gibi yargısal işlemlerin denetlenebileceği düşüncesine katılmıyoruz. Bu konular yargılamanın bir parçasıdır. Ayrıca bu konularda Kurumun vereceği kararın bir etkisi olmayacağını düşünüyoruz. Sonuç olarak bu işlem ve eylemlerin hukuken ve fiilen denetim alanı dışında olduğu görüşündeyiz.

⁶⁷ Askerî Yargıtay Kararları Dergisi (1997: 280) akt. Mehmet Yayla, "Askeri Suç Kavramı ve Sıfr Askeri Suçlar", *The Journal of Academic Social Science Studies*, Sayı: 73, 2018, 276.

kişiler tarafından işlenebilen suçlar olduğu sonucuna varılmaktadır. Buradan yola çıkarak sırf askeri faaliyet kavramını, diğer kurumların görev alanına girmeyen ve sadece asker şahıslar tarafından yerine getirilebilen, hizmete dair faaliyetler olarak tanımlamak mümkün gözükmemektedir.

Sırf askeri nitelikteki faaliyet kavramı için efradını cami ağıyarını mâni bir tanım bulunmamaktadır. Hangi hususların sırf askeri faaliyet sayılacağı, hangilerinin ise bu kavram dışında değerlendirilmesi gerektiği tartışmaya açık bir konudur.

2017 Anayasa değişiklikleri ile kapatılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) verdiği bir kararda, ‘salt askeri nitelikli bir hizmet emri’ ifadesine yer verdiği görülmektedir⁶⁸. İlgili kararda salt askeri nitelikli hizmet emrinin, klasik anlamda bir idari işlem sayılmayacağı, asayiş ve iç güvenlik ile ilgili eğitim, tatbikat, atış, günlük mesai cetvelinin uygulanması gibi hususları salt askeri faaliyet minvalinde değerlendirmek gerektiğine dair yorum yapılmaktadır. Bu yorumlardan yola çıkarak, askeri nitelikli idari eylemi ise; askeri hizmet sırasında, meydana gelen hareket veya olayın, asker kişiler arasında gerçekleşmesi olarak tanımlamak mümkün görünmektedir.

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun tasarısı çalışmaları esnasında, komisyon raporlarından da anlaşılacağı üzere; sırf askeri nitelikteki faaliyetlerin neler olduğu yönünde, Genelkurmay ve Millî Savunma Bakanlığı yetkililerinin görüşlerine başvurulmuştur. Verilen görüşlerde ise, ‘sırf askeri nitelikteki faaliyetlerden anlaşılması gerekenin; askeriyenin işleyişinden kaynaklanan, atış, manevra, tatbikat, eğitim, nöbet gibi disiplini tesis etmede yararlanan ve diğer idari kurumlarda benzerlerinin olmadığı faaliyetler olarak tanımlanmıştır⁶⁹’ ancak bu tanımlama oldukça belirsiz kalmıştır. Disiplini tesis etmeye yönelik ve benzersiz faaliyetlerin neler olduğunu sayım yöntemi ile belirlemek mümkün gözükmemektedir. Her somut durumda değerlendirme yapılarak karar verilmesi gereken bir durum söz konusudur. Örneğin, personelin sosyal, özlük veya mali haklarından olan,

⁶⁸ “... Asayiş ve özellikle iç güvenliğe ilişkin söz konusu görevlerin ifasında alınacak tedbirler, askeri hizmet gerekleri yönünden verilecek emirler, bu meyanda eğitim, tatbikat, atış, günlük mesai cetvelinin uygulanması, birliğin muharebe gücünün en üst seviyeye yükseltilmesine dair alınacak önlemlerin klasik anlamda birer “idari işlem” sayılmayacağı açıktır. Dava konusunda da ifa edilen söz konusu askeri görevin tabii bir gereği olarak ve bu hususta görülen lüzum üzerine kuruluş ve kadrosunda bulunan bu kısım teşkillerin, bazı görevler yönünden Tabur Karargâhı ve Destek Bölüğüne bağlanması yönündeki Tabur Komutanlığı tasarrufunun (emrinin), Davacının kişisel menfaatini ihlal eden, yürütülebilir ve kesin bir idari işlem sayılabilesine hukuken olanak yoktur. Bu tasarruf, idare hukuku sahasına yabancı, “**salt askeri nitelikli bir hizmet emrinden**” başka bir anlam taşımamaktadır. ...” (AYİM 1. D.12.10.1999; E.1998/1051, K.1999/932 14:216) Mehmet Güneş, “İdarenin Bütünlüğü İlkesi Çerçevesinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımına İlişkin Yaklaşımı, (Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi, 2005), 35-36.

⁶⁹ Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Anayasa Komisyonu Raporları, Sıra Sayısı: 276, s.17, <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6328ss.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2022)

izin hakkı, lojman hakkı, terfi işlemleri, OYAK ile ilgili işlemler gibi hususlarda yapılacak bir başvuruda, sırf askeri nitelikte olmadığı ve diğer kurumlarca da düzenlenmiş benzer konular olması sebebiyle Kamu Denetçisinin incelemesi kapsamında kalabilecektir ancak sırf askeri nitelikteki faaliyetler ile bu kapsamın dışında kalan faaliyetlerin iç içe geçmişliği söz konusu olduğunda değerlendirme nasıl yapılacaktır? Örneğin; personelin izin hakkı, zorunlu bir tatbikat sebebiyle ve geçici bir süre ihlal ediliyor olabilir. Başvuru konusu özünde izin hakkı iken, bağlantılı olduğu konu ise tatbikat olarak ortaya çıktığında, sırf askeri konular denetim dışında kaldığı için dolaylı olarak izin konusunda da bir inceleme yapılamaması söz konusu olabilecektir. Bu durum ise sırf askeri nitelikte olmayan başvuru konularının da incelenmesine engel olacak ve kurumun inceleme alanı oldukça daralacaktır. Kaldı ki her faaliyetin, sırf askeri niteliği, sürekli yoruma açık bir şekilde değerlendirmeler ile tespit edilecek ve bu da sağlıklı bir sonuca götürmeyecektir. Örneğin, Kara Kuvvetleri Komutanlığı emrinde görevli bir komando birliği ile güvenlik korucularının da dâhil olduğu ve müşterek icra edilen bir operasyon esnasında, icra edilen nöbet faaliyeti dâhil birçok faaliyet, sırf askeri faaliyet olarak nitelendirilemeyecektir. Aynı görev kapsamında, aynı amaçla ve hatta aynı bölgede asker kişinin icra ettiği faaliyeti, askerle birlikte güvenlik korucularının da icra etmiş olması sebebiyle faaliyetin sırf askeri niteliği değişecektir. Bu örnekten, Kamu Denetçiliğine ilişkin bir başvuru konusu doğup doğmaması tartışma konusu değildir. Sadece ilk bakışta nöbet gibi askere mahsus ve sırf askeri nitelikte olduğu değerlendirilen faaliyetler dahi bazen keskin şekilde ayrımı mümkün olmayacak şekilde ortaya çıkabilecektir. Ayrıca çalışmaya yardımcı olması bakımından Kamu Denetçiliği Kurumu ile e posta üzerinden tarafımızca yazışma yapılmış olup Kuruma bugüne kadar gelen müracaatlardan sırf askeri faaliyet olarak değerlendirildiği için incelenemezlik kararı verilen başvuruların olup olmadığı hakkında bilgi istenilmiştir. Kurum tarafından ise “*Kurumumuz denetimi dışında kalan TSK'nın sırf askeri nitelikteki faaliyetlerine ilişkin söz konusu bilgi edinme talebi ile ilgili olarak; Kurumumuza son yıllarda 1 adet şikayet başvurusu yapılmıştır. Operasyon konusunda yapılan başvuru sırf askeri nitelik olarak değerlendirilerek incelenemezlik kararı verilmiştir.*” şeklinde cevap yazısı iletilmiştir⁷⁰. Telefon ile yapılan görüşmelerde ilgili başvurunun detayı istenilmişse de Kurum tarafından gizlilik gerekçesiyle detay paylaşılmamıştır.

Sırf askeri nitelikteki faaliyetlerin kapsam dışı tutulması, Kanunun hazırlık aşamasında, komisyonlarda eleştirilmiş ve tartışmalara sebep olmuştur. Komisyon raporlarından anlaşıldığı üzere⁷¹, Genelkurmay yetkililerince, esasında tüm TSK

⁷⁰ 17 Kasım 2022 tarihinde ilkinceleme@ombudsman.gov.tr adresi üzerinden cevap verilmiştir. Alıcı e posta adresi ise emredadas893@gmail.com 'dur.

⁷¹ Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Anayasa Komisyonu Raporları, Sıra Sayısı: 276, s: 17-18-35-36-40-41-48-49 <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlari/2012Yili/Kanmetni/6328ss.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2022)

faaliyetlerinin kapsam dışı tutulması talep edilmiş, bunun mümkün olmaması halinde ise sırf askeri nitelikteki faaliyetlerin kapsam dışı tutulması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca askeri yargıda herhangi bir gecikme ve sorunun yaşanmadığı, askeriyenin kendi işleyişi içinde pek çok sorunun kısa sürede çözüldüğü, bu açıdan denetimin gerekli olmadığı yönünde görüşlerde bulunulmuştur. Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri nitelikteki faaliyet kavramının netleştirilmesi, muğlak cümleler kullanılmaması gerektiği komisyon üyelerince belirtilmiştir. Bazı üyelerce ise, tüm faaliyetlerin Kamu Denetçisi Kurumunun denetimine açılmasını, böylelikle mağduriyetlerin önlenmesi ve insan hakları ihlallerinin tekrarına engel olması önerilmiştir. Yine TSK'nın sırf askeri faaliyetlerinin denetime açılmasının, askeri vesayeti kırma iradesinin kanuna yansması bakımından önemli olduğunu, ayrıca kuruma halk nezdinde duyulan güvenin artacağını belirten görüşler de yer almıştır. Tüm bu eleştiri ve tartışmalar karşısında, komisyon toplantılarında yer alan Genelkurmay Başkanlığı yetkililerince, askeriyenin kendine has koşulları nedeniyle askeri konulara yabancı birinin, TSK'yı denetlemesi halinde problemler yaşanacağı belirtilmiştir. Ayrıca muhalefet şerhlerinde, Genelkurmay yetkililerince öne sürülen hususlar da eleştirilmiştir. Ayla Akat'ın muhalefet şerhi incelendiğinde, kurumun öne sürdüğü mazeretlerin geçersiz olduğu, sorunların askeri yargıda kısa sürede çözülmesinin hak ihlali yaratmadığı anlamına gelmediği, kapsam dışında tutulması için yeterli bir gerekçe bulunmadığı, hatta yetkililerce atış, manevra, tatbikat, eğitim, nöbet gibi sıralanan konuların en çok hak ihlallerine sebep olan konular olduğu belirtilmiştir. Ayrıca diğer kurumlar açısından benzeri olmayan faaliyetler ibaresinin de somut bir ölçüt olamayacağı değerlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, 27.12.2012 tarih ve 2012/96 Esas, 2012/206 Karar sayılı kararında, Kanunu iptaline yönelik açılan dava ile ilgili olarak, Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşı oyu incelendiğinde, TSK'ya tanınması istenen ayrıcalığın hangi hukuki nedene dayandığının saptanamadığı, TSK'nın kapsam dışında tutulmasının ayrıcalık oluşturduğu ve Anayasa 10'uncu maddesine aykırılık teşkil ettiği yönünde değerlendirme yapılmıştır. Ayrıca denetim dışı bırakılan kurum işlem ve eylemleri, Anayasa'nın 2'nci maddesinde ön görülen hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmayacağı belirtilmiştir⁷².

İlgili fıkra, meclis çalışmaları dışında ayrıca, doktrinde de eleştirilere sebep olmuştur. Açıklık, şeffaflık ve hesap verilebilirlik noktasında konu ele alınmış ve en önemli kurumların denetlenememesinin, kurumun amacına aykırı olduğu, sistemi anlamsızlaştıracağı belirtilmiştir⁷³. İleri demokrasilerin uygulandığı ülkelerde, kurumların birbirinden daha önemli veya önemsiz ayrımının yapılmadığı,

⁷² <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/05/20130525-7.htm> (Erişim Tarihi: 04.06.2022)

⁷³ Sabit Menteşe, "Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)'nın Demokratikleşmeye Etkisi ve Öneminin Ab Süreci Yönünden Değerlendirmesi", *Munzur Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 4 (6), 2015, 78.

tüm kurumların kamu hizmeti için var olduğunu, hiçbir kurumun denetim dışında bırakılmaması gerektiği savunulmaktadır⁷⁴.

6328 sayılı Kanun ile denetim dışı bırakılan, TSK'nın sırf askeri nitelikli faaliyetlerinin, hak ihlallerine sebep olabileceği değerlendirildiğinden ve Genelkurmay Başkanlığı yetkililerince askeri hususlara yabancı birisinin, bu konularda denetim yapmasının problem teşkil edeceği belirtildiği göz önüne alındığında, bu sorunun çözümüne yönelik farklı teklifler yine komisyon çalışmalarında yer almıştır. Bu anlamda ihtisaslaşmaya yönelik bir denetçilik kurumunun teşkil edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁵. Hak ihlalleri ile en fazla karşılaşıldığı düşünülen alanlar sıralanmış ve askeri-güvenlik-cezaevi bölümü de sayılan bu alanların içerisinde yer almıştır. Askeri alanda uzmanlaşmış bir denetçinin, askeri hususları denetlemesindeki sakıncayı gidereceği ve etkin olarak görev yapabileceği savunulmuştur. Diğer sayılan alanlarda dâhil olmak üzere uzmanlaşmamış denetçilerin etkin ve verimli bir çalışma sergileyemeyecekleri düşünülerek, denetçilerin alanlarıyla ilgili uzman kişilerden seçilmesi ön görülmüştür. Bu görüşe cevaben, ihtisaslaşmayı zamana bırakarak, uygulamada doğabilecek sorunları görerek ilerlemek ve şimdilik değişime açık esnek bir düzenlemenin daha sağlıklı olacağı değerlendirilip tasarı halindeki metin kabul edilerek kanunlaşmıştır.

Teklif edilen ihtisaslaşmaya yönelik kamu denetçiliği kurumu örnekleri, İngiltere, Galler, İskoçya, Almanya gibi ülkelerde, sağlık, askeri, çocuk gibi özel alanlarda uygulanmaktadır⁷⁶. Alman Federal Anayasası'na 1956 yılında 7. Anayasa değişiklikleri⁷⁷ ile 45b maddesi olarak eklenen hükümlerle parlamentoya bağlı bir Federal Savunma Ombudsmanı ihdas edilmiştir. Bu konuda **İsveç Militie-Ombudsman** örnek alınmıştır⁷⁸. Konunun ayrıntılarının düzenlenmesi ise kanuna bırakılmıştır. 1957 yılında çıkarılan Meclis Savunma Ombudsman Kanunu⁷⁹ ile bu görev yerine getirilmiştir. Kanun 1982 yılında esaslı değişikliklere uğramıştır⁸⁰. Bu kurumun ihdasıyla askeri personelin temel haklarının korunması, iç düzen ilkelerinin ihlal edilmesinin önüne geçilmesi, parlamento denetiminin yapılması, askeri alanlarda ortaya çıkan sorunların tespiti ve giderilmesi gibi hususlar amaç-

⁷⁴ Sabit Mentеше, "Kamu Denetçiliği" (Ombudsmanlık)'nin Demokratikleşmeye Etkisi ve Öneminin AB Süreci Yönünden Değerlendirmesi", 78.

⁷⁵ Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Anayasa Komisyonu Raporları, Sıra Sayısı: 276, s. 17, <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6328ss.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2022)

⁷⁶ Emine Çeliksoy ve Büşra Bayan, "Genel ve Özel Amaçlı Ombudsmanlık Örnekleri: İngiltere ve Türkiye", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, 2020, 92-103.

⁷⁷ BGBl. I s. 111.

⁷⁸ Georg Hahn (1959), "Der Wehrbeauftragte des schwedischen Reichstages", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Cilt: 84, Sayı: 4, 1959, 379 vd.

⁷⁹ Gesetzüber den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages (Gesetz zu Artikel 45b des Grundgesetzes - WBeauftrG), 26.06.1957, BGBl. I s. 652.

⁸⁰ 16. Juni 1982 BGBl. I s. 677

lanmıştır⁸¹. Yukarıda sözü edilen Kanun'un 2. maddesi gereği Denetçi (Askeri Ombudsman) her yıl rapor hazırlar ve meclise sunar. Bunun dışında Meclis veya Meclis Savunma Komisyonu için münferit raporlar hazırlayabilir. Yer darlığı sebebiyle daha fazla detayına inemeyeceğimiz bu Askeri Denetçi ülkemiz için bir örnek olabileceği düşüncesindeyiz. Gerçekten de Ülkemizin öncelikli ihtiyaçları göz önüne alındığında, askeri vesayet tartışmaları ve meydana gelen hak ihlalleri gerçeği karşısında, askeri denetim konusunun Türkiye için bir gereklilik olmadığı söylenemeyecek, aksine öncelikli bir konu olarak ele alınması ve kurumun yapısında değişikliğe giderek ihtisasa yönelik özel bir askeri ombudsmanlık teşkil etmesinin doğru olacağı kanaati hâsıl olmaktadır.

TSK'nın bazı faaliyetlerinin denetim dışı bırakılmasının sebeplerini irdelemek, sorunların tespiti ve çözümünde de fayda sağlayacaktır. Askeri yargının faal olduğu dönemlerde, genel yargıdan ayrı olarak düzenlenmesinin gerekliliği tartışmalarından yola çıkarak, yorumlama yapmak mümkün görünmektedir.

Ayrı bir askeri yargı teşkilatının olması gerektiğini savunan görüşe göre, askeri yapının temelini sıkı bir hiyerarşiye ve disiplin esaslarına dayandığı, gizlilik prensibinin sıkı bir şekilde uygulandığı, işin özü itibarıyla kendine has bir yapısının bulunduğu ve bu gibi sebeplerle diğer kamu hizmetlerinden farklı bir yerde konumlandırılması gerektiği, dolayısıyla askerlik kurumuna yabancı sivil kişilerce yargı denetiminin yapılmasının doğru olmayacağı savunulmaktaydı⁸². Sivil mahkemelerce yapılacak yargılamanın, askeri mahkemelere göre uzun sürecek olması, bunun ise kurumda otorite zafiyeti yaratacağı düşünülmekteydi. Sadece asker kişiler tarafından bilinmesi gereken gizli bilgilerin sivil kişilerce paylaşılmasının da uygun olmayacağı değerlendirilmekteydi⁸³. Ancak bu hususlar, idarenin bütünlüğü ve yargı bağımsızlığı ilkeleri ile çelişmesi, gizlilik prensibinin diğer tüm kurumlarda da uygulandığı bu sebeple geçerli bir neden olamayacağı yönünde eleştirilere de konu olmuştur⁸⁴.

Askeri yargının artık kaldırıldığı ve tüm işlemlerin sivil mahkemelerce yapıldığı göz önüne alındığında, değerlendirme odur ki; askeri faaliyetlerin diğer kamu hizmetlerine nazaran daha kritik görev tanımına sahip olduğu, kendine has yapısının bulunduğu, hiyerarşik ve sıkı disiplin kurallarına dayalı esasları barındırdığı konularında şüphe bulunmamaktadır ancak bu özelliği sebebiyle de denetim dışında bırakılması hukuk devleti ilkesi ve çağdaş demokrasi anlayışı ile

⁸¹ Hartmut Maurer, *Wehrbeauftragter und Parlament*, (Tübingen, J.C.B Mohr, 1965), 31.

⁸² Güneş "İdarenin Bütünlüğü İlkesi Çerçevesinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımına İlişkin Yaklaşımı", 55.

⁸³ Erol Alpar, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Tarihi", *AYİM Dergisi*, Ankara: Genel Kurmay Basımevi, Sayı: 19, Kitap 1, 2004, 19 akt. Güneş, "İdarenin Bütünlüğü İlkesi Çerçevesinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımına İlişkin Yaklaşımı", 55.

⁸⁴ Güneş "İdarenin Bütünlüğü İlkesi Çerçevesinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımına İlişkin Yaklaşımı", s. 55

bağdaşmayacaktır. Kurum yetkililerinin, eski gelenekçi yapı ile hareket etme yönelimi, hukuk çerçevesinde değerlendirilerek kaçınılması gereken bir tavır olarak kabul edilmelidir. Devlet sınırlarının yerinde denetimine dahi cevaz veren Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun, sırf askeri faaliyetleri gizlilik sebebiyle denetleyemeyecek olması ise makul gözükmemektedir. Kaldı ki Kamu Denetçiliği Kurumu, bahse konu ihlallerin varsa tespiti ve yargıya taşımadan önce çözümüne yönelik bir kurumdur. Bu sebeple Kamu Denetçisinin denetleyemediği konular, direkt yargıya taşınarak yargı yükü de arttırılmış olacaktır. Sırf askeri nitelikte olsa dahi zaten yargı denetimi dışında kalmadığından, sivil mahkemelere taşınan konularda gizlilik yine korunamamış olacaktır. Gizliliğin korunamamış olmasından kasıt ise ifşa edilmesi değil sivil kişilerle paylaşılması, asker kişilerin dışına yayılmasıdır ancak bu durumda da sivil kişiler yine asker kişi gibi kamu görevlisi olup gizlilik prensibini ihlal edemeyecekler ve bu sebeple de gizli bilgilerin paylaşılması bir problem teşkil etmeyecektir. Ayrıca mahkemelerin aleni olması, gizliliğin daha fazla ihlal edilmesine yol açabilecek oysa kamu denetçisinin denetiminde gizlilik kuralı mevzuatla düzenlenerek hayata geçirildiği takdirde aleniyet ortadan kaldırılıp sorunlar yargıya taşınmadan ve gizlilik kurallarına uygun şekilde de çözümlenme fırsatı olabilecektir. Böyle bir düzen içerisinde Kamu Denetçiliği Kurumunun denetiminden kaçınmak, kurumun şeffaflığı ve hesap verilebilirliği ile de bağdaşmayacaktır. Uzmanlaşmamış kişilerce yapılan denetimin sağlıklı olacağına katılmamak ise mümkün değildir ancak bu husus tüm kurumlar için geçerlidir. Bu minvalde ihtisasa dayalı olmaması, uzman olmayan kişilerce yapılan denetimin sağlıklı olmaması sadece TSK açısından değil diğer tüm kurumları da içine alan genel bir problemdir. Bu gerekçe ile TSK'nın bazı faaliyetlerinin denetim dışı bırakılması da bu sebeple tutarlı gözükmemektedir.

SONUÇ

İdarece yapılan her türlü eylem, işlem ve tutum davranışlara karşı yargılama yoluna alternatif olarak oluşturulan Ombudsmanlık ya da diğer adıyla Kamu Denetçiliği Kurumu, devlet mekanizmasının denetim altında tutulması ve vatandaşın korunması açısından ihtiyaca cevap veren önemli bir formüldür. Kurumun dayanağını Anayasadan alması hukuki zeminin sağlanması açısından hukuk devleti ilkesi ile bağdaşır bir durumdur ve o ülkece bu tür demokratik kurumlara verilen önemin de göstergelerindedir. Kurumun kuruluş ve çalışma esasları ile görev alanı 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile düzenlenmiştir. Çalışmanın esas konusu olan Kurumun görev alanı dışındaki konular bakımından değerlendirilmesi detaylıca yapılmıştır. Önemli olan husus Kanun düzenlemesinde yer alan kavramların hukuki zeminde tek tek değerlendirilmesidir. Böylece doktrindeki tartışmalar açıklanmaya çalışılarak doğru yorumlar getirilebilecektir ancak tartışmalar her ne kadar yoğun olursa olsun veya görüşler ne kadar birbirinden ayrılırsa ayrılırsın, Kurumun görev alanının geniş yorumlanması demok-

ratik ve hukuk devletin bir gereğidir. Her türlü denetime açık bir idare aynı zamanda şeffaflık ve hesap verilebilirlik anlamında ortaya çıkabilecek şüpheleri ortadan kaldıracaktır. Bu noktada bireylerin hak ihlalleri en aza indirgenmiş olacak ve demokratik bir ortam yaratılmış olacaktır. Elbette Kurumun görev alanı yorumlanırken devletin güvenliğine, devletin şekline ve işleyişine zarar verebilecek yapılardan ve yorumlardan kaçınılmalıdır. Örneğin yargının bağımsızlığına/ tarafsızlığına veya uyumsuzluk çözme konusunda yegane organ olması durumuna zarar verebilecek bir ombudsmanlık düşünülemez. Bu sebeple Kanunun ilgili maddesinde düzenlenen yasama ve yargı faaliyetlerinin görev alanı dışında tutulmuş olması yerindedir ve demokratik devlet anlayışına zarar verebilecek bir durum oluşturmayacaktır ancak çalışmada da izah edildiği üzere bazı kurumların bazı kurumlardan daha hassas olduğu gerekçesiyle denetim alanının sınırlı tutulmaya çalışılması haklı olarak eleştirileri beraberinde getirecektir. Hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşır bir durum yaratmayacaktır. Bu anlamda TSK'nın sırf askeri faaliyetlerinin denetim dışında tutulması noktasında muğlak ifadelerin açıklığa kavuşturulması ve denetim alanının genişletilmesi önemli olarak değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Abdioğlu, Hasan. “Yönetişim İlkelerinin Uygulanmasında Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu ve Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye Açısından Önemi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 6 (11), (2004): 79-102.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat, ve Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2023.
- Alpar, Erol, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Tarihi”, *AYİM Dergisi*, Ankara: Genel Kurmay Basımevi, Sayı: 19, Kitap 1, 2004.
- Aras, Bahattin. “Hâkim ve Savcıların Yargısal Faaliyetlerinin Disiplin Soruşturmasına Konu Edilmesi”, *Hacettepe HFD*, Cilt: 10, Sayı: 2, (2020): 835-862.
- Atay, Ender Ethem “*Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu*”, Ombudsman Akademik, Sayı: 1, 2014.
- Ayanoğlu, Taner, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, İstanbul: Legal, 2004.
- Aykın, Hasan, “Kamu Denetçiliği Kurumuna (Ombudsmana) Başvurma Mükellefler İçin Etkili Bir Hak Arama Yolu Olabilir Mi?”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 418, 2016, 21-35.
- Balta, Tahsin Bekir, *İdare Hukuku Ders Notları II. Büyük Lorusse*, İstanbul: Sözlük ve Ansiklopedi, Gelişim Yayınları, 1986.
- Çağlayan, Ramazan. “İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri”, *AÜEHFD*, Cilt: IX, Sayı: 3-4, (2005): 17-42.
- Çağlayan, Ramazan. “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 7, (2016): 373-395.
- Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Çeliksoy, Emine ve Bayan, Büşra. “Genel ve Özel Amaçlı Ombudsmanlık Örnekleri: İngiltere ve Türkiye”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, (2020): 92-103.
- Danıştay Dergisi*, Sayı 119, Ankara: 2008.
- Demirkol, Selami, “İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu”, *Sayıştay Dergisi*, S. 40, 2001, 1-17.
- Deniz, Yusuf. *Türk İdare Hukuku Açısından Kamu Denetçiliği Kurumunun (Ombudsmanlık) Görev Alanı*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya: 2014.
- Derin, Cem ve Coşun Burak, “Kamu Denetçiliği Kurumunun Tavsiye Kararı Üzerine Disiplin Cezasının Geri Alınması”, *Ombudsman Akademik*, Sayı: 7, 2017.
- Düvenci, Serhat, “Devletin Köken Teorileri Açısından Devleti Doğuran Etmenler: Çeşitli Uygarlıklar ve Topluluklar Üzerinden Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2018.
- Erdoğan, Didem, *Türk Anayasa Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Yetkin, 2021.
- Erdoğan, Talha, *Salt İdari Eylem Karşısında İdarenin Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2020.

- Fendoğlu, Hasan Tahsin. “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Ombudsman Denetimi: İdarenin Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Denetlenmesi”, *Ombudsman Akademik*, Sayı: 5, (2016): 13-36.
- Geçgel, Bülent. “Sayıştayın Yargı Yetkisi, Yargısal Görevinin Niteliği ve Yargı Kolları Arasındaki Yeri”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı: 93, (2014): 31-42.
- Giritli İsmet, Bilgen Pertev, Akgüner Tayfun ve Berk Kahraman. *İdareHukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2013.
- Gönenç, Levent, “Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar”, *TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri*, 2010.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Cilt I*, Bursa: Ekin, 2019.
- Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin, 2014.
- Guckelberger, Annette, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2023
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj, 2011.
- Gündüz, Fatma Ebru. “Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XI, Sayı: 1, (2007): 753-776.
- Güneş, Mehmet. *İdarenin Bütünlüğü İlkesi Çerçevesinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımına İlişkin Yaklaşımı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi, Malatya: 2005.
- Hahn, Georg. “Der Wehrbeauftragte des schwedischen Reichstages”, *Archivdesöffentlichen Rechts*, Cilt: 84, Sayı: 4, (1959): 377-458.
- Haldun, İbn, *Mukaddeme*, Çeviren: Cemal Aydın, İstanbul: Timaş, 2004.
- Karakehya, Hakan ve Arabacı, Murat. “Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, (2016): 2059-2081.
- Karavelioğlu, Celal, Açıklamalı ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Trabzon: Top-Kar, 1993.
- Kuru, Baki, *Nizasız Kaza*, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1961.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt I*, İstanbul: Demir Yayıncılık, 2001.
- Maurer, Hartmut, *Wehrbeauftragter und Parlament*, Tübingen: J.C.B Mohr, 1965.
- Menteşe, Sabit. “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)’nın Demokratikleşmeye Etkisi ve Öneminin Ab Süreci Yönünden Değerlendirmesi”, *Munzur Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 4 (6), (2015): 68-82.
- Odyakmaz, Zehra. “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Akademinin 10. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Cilt: 4, Sayı: 14, (2013): 1-85.
- Özay, İl Han, *Günüşğında Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınları, 2002.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2023.
- Sancakdar, Oğuz, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara: Seçkin, 2022.
- Saygın, Engin, “Ombudsmanı Beklerken: Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu İptaline Dair Gerekçeli Kararı Üzerine Bir İnceleme”,

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008.

Sevinçler, Burcu, *Sayıştayın Anayasal Konumu ve Yargı Fonksiyonu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara: 2018.

Stelkens, Ulrich, *Verwaltungsprivatrecht zur Privatsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*, Berlin: Duncker&Humblot, 2005.

Ulusoy, Ali, *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2022.

Stachl, Lukas Hermann, *Die Ombudsmann-Einrichtung in Ungarn und Österreich im Vergleich* Graz: Yayınlanmamış Tez, 2015.

Uz, Bilge, “Ombudsmanlık Kurumlarının Özellikleri ve kamu Denetçiliği Kurumu Kararlarının Uygulamadaki Etkileri”, *Ombudsman Akademik*, Sayı: 19, 2023, 77-102.

Yayla, Mehmet. “Askeri Suç Kavramı ve Sırf Askeri Suçlar”, *The Journal of Academic Social Science Studies*, Sayı: 73, (2018): 271-280.

Yıldırım, Ferhat, *Arabuluculuk ve Obdusmanlık*, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2019.

Yıldırım, Ramazan, *Türk İdarî Rejimi Dersleri*, Konya: Mimoza Yayınları, Cilt: 1, 2014.

Yıldırım, Ramazan, Çınarlı, Serkan ve Azak, Kenan, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt 2*, Ankara: Adalet, 2024.

Yılmaz, Dilşat, *İdari İşlemin İcraîlik Özelliği*, Ankara: Astana, 2014.

Yüce, Necip, *Ombudsman Dünya Örnekleri ve Türkiye’de Kamu Denetçiliği Uygulaması*, Ankara: Gazi Kitabevi, 2020.

“D5.D, 24.01.2007, E.2005/5627, K.2007/72”, Erişim Tarihi, Mayıs 4, 2024, <https://karararama.com.tr/danistay-karari-5-daire-2005-5627-e-2007-72-k-24012007-t-.d196482/> ()

“Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 14.04.1973, E.1972/2, K.1973/10”, Erişim Tarihi, Ağustos 28, 2024, <https://danistay.gov.tr/assets/pdf/uplod/2021-12-30-11-22-3618697.pdf>

“Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Anayasa Komisyonu Raporları, Sıra Sayısı: 276”, Erişim Tarihi, Mayıs 21, 2022, <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6328ss.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2022).

“Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Anayasa Komisyonları Raporları (1/991)”, Erişim tarihi, Mayıs 21, 2022, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss609.pdf>.

“Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), İyi Yönetim İlkeleri Rehberi, (Ankara, 2019).” Erişim Tarihi, Ağustos 27, 2024, <https://paylasim.ombudsman.gov.tr/dokuman/documentuploads/iyi-yonrtim-ilkeleri-turkce/mobile/index.html#p=3>

“KDK, 04.04.2024, Başvuru No: 2023/17507, Sayı: 2024/3852-S.24.6072”, Erişim Tarihi, Ağustos 25, 2024, <https://kararlar.ombudsman.gov.tr/Arama/Index>

“KDK, 12.07.2019, Başvuru No: 2019/8003, Sayı: 2019/5528-S.8299.”, Erişim tarihi: Ağustos28, 2024, <https://kararlar.ombudsman.gov.tr/Arama/Index>.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

İCRA-İFLÂS HUKUKU KAPSAMINDA KRIPTO VARLIKLARIN KIYMET TAKDİRİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Serkan KAYA**^(**)

Öz

Takip hukukunda taşınır veya taşınmaz malların değerinin objektif ve gerçeğe en yakın şekilde belirlenmesi, alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin haklarının korunması açısından büyük önem taşımaktadır. Malın değerinin piyasa koşullarının altında ya da üstünde tespit edilerek satışa sunulması, tarafların menfaat dengesini bozabilir. Özellikle kripto varlıkların cebri icranın konusu olması durumunda, bu varlıkların son dönemde yaşadığı yüksek değer dalgalanmaları ve piyasa değerlerinin farklı faktörlere ve koşullara bağlı olarak değişkenlik göstermesi, icra ve iflâs süreçlerinde dikkate alınması gereken kritik bir husustur. Bu süreçlerde varlıkların kıymet takdiri, alacaklılara dağıtılacak tutarın belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Kripto varlıklarının kıymet takdiri zamanının belirlenmesi, alacaklıların mevcut alacaklarını karşılama çıkarları ile borçlunun varlıkları üzerindeki gelecekteki haklarını dengede tutmayı zorunlu kılmaktadır. Alacaklıların eşit ve adil muamele görmesi, mümkün olan en yüksek değerle ödeme yapılması ve tarafların çıkarlarının dengelenmesi açısından bu süreç kritik öneme sahiptir. Kripto varlıkların değişken yapısı ve değer değişimlerine açık doğası, son dönemdeki iflâs davalarının da gösterdiği gibi, kıymet takdiri sürecinde zamanlamayı önemli hale getirmektedir. Kıymet takdiri sürecinde zamanlamanın esnek tutulması, yalnızca değerlendirme amaçlarını değil, aynı zamanda iflâs hukukunun temel hedeflerinden biri olan malvarlığının korunmasını da daha etkili bir şekilde sağlamaktadır. Bu konuda yapılacak hukuki düzenlemeler, iflâs masasının değerini koruma ve sürdürülebilir bir çözüm sunma hedefiyle esnekliğe imkân tanımalıdır. Tarafların çıkarlarını dengelerken aynı zamanda iflâs süreçlerinin etkinliğini ve malvarlığının korunmasını güvence altına alacak bir kıymet takdiri prosedürü oluşturulması büyük önem taşımaktadır. Bu makale, kripto varlıkların icra ve iflâs süreçlerindeki kıymet takdirine ilişkin ne zaman ve nasıl kıymet takdirine tabi tutulacağı gibi temel sorunları incelemekte ve bu alana yönelik düzenlemelere zemin hazırlamayı amaçlayan olası çözüm önerilerini değerlendirmektedir.

Anahtar Kelimeler

Bitcoin, Kripto Varlıklar, Kıymet Takdiri, Haciz, Satış, Varlıkların Değerinin Tespiti.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 15.10.2024](#) - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 05.12.2024](#)
[DOI No: 10.54704/akdhfd.1567334](#)

^(**) Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı / İstanbul, Türkiye
[E-posta: serkan.kaya@bogazici.edu.tr](mailto:serkan.kaya@bogazici.edu.tr)
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0003-2507-3372](https://orcid.org/0000-0003-2507-3372)



VALUATION OF CRYPTO ASSETS WITHIN THE SCOPE OF ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY LAW

Abstract

In enforcement law, the objective and accurate valuation of movable and immovable assets is crucial for protecting the rights of creditors, debtors, and third parties. Determining and offering the asset for sale at a value either below or above market conditions may disrupt the balance of interests between the parties. This issue becomes particularly critical when crypto-assets are subject to enforcement, given their recent significant value fluctuations and the volatility of their market prices, which depend on various factors and conditions. In these processes, the valuation of assets plays a key role in determining the amount to be distributed to creditors. The timing of the valuation of crypto-assets requires a meticulous assessment that balances creditors' interests in satisfying their claims with the debtor's future rights over their assets. Ensuring equal and fair treatment of creditors, maximizing payments through the highest possible value, and maintaining a fair balance of interests are essential aspects of this process. As demonstrated by recent insolvency cases, the volatile nature of crypto-assets makes the timing of valuation particularly important. Maintaining flexibility in the timing of the valuation process not only serves valuation objectives but also advances one of the fundamental goals of insolvency law: the preservation of the estate. Legal regulations on this matter should provide flexibility to protect the value of the insolvency estate and offer sustainable solutions. Establishing a valuation procedure that balances the interests of the parties while ensuring the efficiency of insolvency proceedings and safeguarding the estate is of utmost importance. This article analyses the main problems regarding the valuation of crypto-assets in enforcement and bankruptcy proceedings, such as when and how crypto-assets will be subject to valuation, and evaluates possible solution proposals aiming to pave the way for regulations in this field.

Keywords

Bitcoin, Crypto Assets, Appraisal, Seizure, Determination of the Value of Assets.

Extended Abstract

In enforcement law, the objective and accurate valuation of movable and immovable assets is essential for safeguarding the rights of creditors, debtors, and third parties. Offering an asset for sale at a value significantly above or below market conditions may disrupt the balance of interests among the parties. This issue becomes particularly critical when crypto-assets are subject to enforcement, given their recent severe value fluctuations and market prices' volatility, driven by various factors and conditions. In such processes, the valuation of assets plays a pivotal role in determining the amount to be distributed to creditors. With the sharp declines in Bitcoin and other major cryptocurrencies, the focus has shifted from these assets' potential to their rapidly changing values, which has become an increasingly important topic of discussion. The significant volatility of cryptocurrencies, combined with the uncertainty of their market values, has raised serious concerns about accurate valuation and exposed various multidimensional valuation challenges. This issue is especially significant in insolvency proceedings, where asset valuation is a critical element that determines the amount payable to creditors through enforcement measures. Valuation, widely regarded as one of the most challenging aspects of enforcement and insolvency law, becomes even more complex when it involves assets with uncertain market values, intricate functionalities, and innovative features stemming from distributed ledger technology (DLT). In this context, crypto-assets pose unique challenges in enforcement and insolvency procedures and have the potential to hinder creditors from recovering their claims accurately.

The assessment of cryptocurrency assets within the scope of enforcement and bankruptcy law presents a complex structure requiring careful consideration in both legal theory and practice. Differentiations based on the transferability and fungibility of cryptocurrency assets are crucial to accurately determine their status in seizure and bankruptcy proceedings. Particularly, tracking transferable cryptocurrency assets intended for payment in a manner similar to foreign currency, and subjecting them to enforcement in Turkish lira (TL), could be proposed as a solution consistent with the general principles of enforcement and bankruptcy law. Furthermore, allowing only judgment-based enforcement for non-fungible and service-oriented cryptocurrency assets underscores the need for rules specific to different types of crypto assets within the legal system.

In bankruptcy proceedings, implementing accurate classification methods for cryptocurrency assets is essential for evaluating the assets to be recorded in the bankruptcy estate and determining processes of specific performance or conversion to TL equivalent. The bankruptcy administration, considering the interests of both creditors and the bankruptcy estate, may decide either to grant specific performance or to record claims in TL based on their value at the time of bankruptcy commencement. Given the volatility in cryptocurrency market values, an accurate determination of the execution date of the claim stands out as a key parameter for enforcement and bankruptcy law applications, as it impacts the correct valuation of claims.

In this context, legislative regulations concerning cryptocurrency assets should provide a structure that aligns with the principles of existing enforcement and bankruptcy law, offers flexibility compatible with the pace of technological advancement, and remains open to change. A classification and tracking system designed with the dynamic nature of cryptocurrency assets in mind will contribute to the protection of creditors' rights and provide an effective solution aimed at preserving the value of the bankruptcy estate. Such regulation would also enable the seamless integration of future new types of cryptocurrency assets into the legal system.

Accurate valuation of crypto-assets within the context of enforcement and insolvency law is a crucial step in ensuring effective and efficient proceedings, forming one of the cornerstones of insolvency law. The recent crashes in crypto markets and the resulting liquidity crises have underscored these challenges, highlighting the difficulties involved in insolvency contexts. The valuation methods for cryptocurrencies examined in this study remain in early development stages and will require further refinement as the crypto market matures. Despite their limitations, these approaches provide valuable contributions to the literature on crypto-asset valuation by highlighting new and critical factors that practitioners must consider. A fundamental aspect that must be evaluated first is whether the crypto-asset in question is a coin or a token. If it qualifies as a coin, it is important to assess the consensus mechanism it employs (e.g., Proof of Work or Proof of Stake) and how this mechanism influences the asset's value. Additionally, the functionalities offered by the crypto-asset must be determined-whether it serves as a general means of payment across networks or provides access to a specific service or platform. It is also essential to assess whether the product or service offered by the asset provides practical utility. Finally, identifying the key factors driving the asset's value is crucial for conducting a comprehensive valuation. These multidimensional assessments go beyond mere financial indicators by incorporating the functional and practical aspects of the asset, thereby providing a more meaningful evaluation.

Determining the appropriate timing for the valuation of crypto-assets requires a meticulous assessment that balances creditors' interests in recovering their claims with the debtor's future rights over their assets. Ensuring equal and fair treatment of creditors, maximizing payments based on the highest possible value, and maintaining a balance between the parties' interests are essential elements of this process. As recent insolvency cases demonstrate, the volatile nature of crypto-assets makes the timing of valuation particularly critical. Maintaining flexibility in the timing of valuation not only serves the purposes of accurate valuation but also advances one of the fundamental objectives of insolvency law: the preservation of the estate. Legal regulations in this area should support flexibility to protect the value of the insolvency estate and offer sustainable solutions. A valuation procedure designed in this manner would not only balance the interests of the parties but also enhance the efficiency of insolvency proceedings and safeguard the estate.

GİRİŞ

Dijital teknolojiye dayalı ve kimi zaman köklü değişiklikler getiren bir dönüşüm sürecini ifade eden dijitalleşme, uzun yıllardır günlük dilde, toplumsal tartışmalarda ve siyasi reform çalışmalarında yaygın olarak kullanılan bir kavramdır. Devlet, toplum, ekonomi, iş dünyası ve özel yaşam gibi birçok alanda kendini gösteren dijitalleşmenin daha da ilerlemesiyle birlikte, dijital varlıklar borçluların malvarlığında giderek daha fazla yer tutmaya başlamıştır. "Dijital varlıklar" terimi literatürde geniş bir anlamda kullanılmakta olup, bilgi değeri taşıyan, ikili kodlarla ifade edilen ve makine tarafından okunabilen işaret ve dizilerden oluşur.

şan maddi olmayan varlıkları ifade eder¹. Bu varlıklar arasında ham veriler, veritabanları, yazılımlar, internet alan adları ve kripto varlıklar yer alabilir². Dijital varlıkların ekonomik değer taşıması ve malvarlığı unsuru olarak kabul edilmesi, cebri icra süreçlerinde de dikkate alınmalarını gerektirmektedir. Bu bağlamda, icra organlarının dijital varlıklara da erişim sağlayabilmesi gerektiği açıktır. Aksi takdirde, alacaklıların yasal taleplerini yerine getirmeleri zorlaşacak ve borçluların malvarlıklarını dijital varlıklara dönüştürerek icradan kaçınma imkânı doğacaktır. Borçlunun tüm malvarlığının, özellikle dijital varlıklarının, eksiksiz olarak dikkate alınması gerektiği konusunda genel bir fikir birliği bulunmaktadır³. Ancak, dijital varlıkların mevcut kurallara göre cebri icranın konusu olup olamayacağı sorusu bazı belirsizlikler doğurmaktadır. Çoğu ülkelerde dijital varlıklar, icra edilebilecek malvarlıkları arasında açıkça düzenlenmemiştir, bu nedenle genel icra ve iflâs hukuku kurallarının yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir.

Bu çalışmanın kapsamını oluşturan kripto varlıkların, hukuki niteliği ve haczi⁴, diğer dijital varlıklara kıyasla daha az tartışma konusu olmakla birlikte, bu varlıkların icra ve iflâs takibine konu olması durumunda bazı önemli belirsizlikler ortaya çıkmaktadır. Özellikle, kripto varlıkların son dönemde yaşadığı büyük değer dalgalanmaları ve piyasa değerlerinin çeşitli faktörlere ve koşullara bağlı olarak değişkenlik göstermesi, icra ve iflâs süreçlerinde dikkate alınması gereken kritik bir husustur. Zira bu süreçlerde, varlıkların kıymet takdiri, alacaklılara dağıtılacak tutarın belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu makale, kripto varlıkların icra ve iflâs süreçlerinde ne zaman ve nasıl kıymet takdirine tabi tutulacağı gibi temel sorunları incelemekte ve bu alana yönelik düzenlemelere zemin hazırlamayı amaçlayan olası çözüm önerilerini değerlendirmektedir.

I. KRİPTO VARLIKLARIN CEBRİ İCRANIN KONUSU OLMASI

Kripto varlıklar, uzun yıllardır hayatımızda yer alan Bitcoin ile sıklıkla özdeşleştirilmektedir. Ancak, kripto varlık kavramı yalnızca Bitcoin'i değil, tüm

¹ Simon Apel ve Philipp Herrmann, "Digitalisierung und Zwangsvollstreckung," Thomas Riehm ve Sina Dörr (Ed.), Digitalisierung und Zivilverfahren, (Walter de Gruyter GmbH, 2023), 489; Tobias Glas, Digital Assets, in Tobias Glas (ed) Asset Pricing and Investment Styles in Digital Assets, (Springer, Cham, 2022) 47-93.

² Apel ve Herrmann, "Digitalisierung und Zwangsvollstreckung," 510-520.

³ Apel ve Herrmann, "Digitalisierung und Zwangsvollstreckung," 510-520.

⁴ Kripto varlıkları haczi için bkz. Ahmet Aymaz, "Kripto Paraların Haczi," Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 72, S. 4 (2024): 1635-1700; Ömer Çon, "Kripto Varlıkların İcra ve İflâs Kanunlarında Görünümüne Dair İsviçre Örneği" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 13, S. 51 (2022): 229-258; Taner Emre Yardımcı, "İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağıının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoininin Haczedilmesi," Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23, S.3 (2019): 97-128; Uğur Bulut, "Kripto Varlıkların Haczi ve Paraya Çevrilmesi," Terazi Hukuk Dergisi 18, S. 206 (2023): 53-69; Eylül Ablıkçı, "Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar," Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16, S. 2 (2021): 273-312; Nilüfer Boran Güneysu, Dijital Çağda Takip Hukukunda Gelişmeler in Muhammet Özkes (ed), Dijital Çağda Medeni Yargı, (Ankara: Adalet, 2022) 353-415.

kripto paraları ve diğer blokzincir tabanlı varlıkları da kapsamaktadır. Bu kapsamda, Bitcoin'in kripto varlıklar içinde sadece bir örnek teşkil ettiği ve kripto ekosisteminin geniş çeşitlilikte varlıkları içerdiği göz ardı edilmemelidir. Kripto varlıkların çok boyutlu yapısı, blokzincir teknolojisiyle geliştirilen farklı kullanım alanlarına sahip dijital varlıkları da bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla, kripto varlık kavramı Bitcoin ile sınırlı değildir ve dijital ekonomideki daha geniş bir yelpazeyi ifade etmektedir. Bu bağlamda, literatürdeki çalışmaların büyük bir kısmının yalnızca kripto paralara odaklandığı ve diğer kripto varlıkları kapsam dışı bıraktığı görülmektedir. Bu nedenle, kripto varlıkların icra ve iflâs takiplerinin konusu olması açısından bir değerlendirme yapılmadan önce, kripto varlıkların kapsamı ve hukuki nitelendirilmesi üzerinde durulması gerekmektedir. Kripto varlıkların çeşitliliği ve blokzincir teknolojisinin sunduğu farklı varlık türleri dikkate alınarak, bu varlıkların yasal statüsünün net bir şekilde belirlenmesi icra ve iflâs hukuku açısından büyük önem taşımaktadır.

A. KRİPTO VARLIKLARIN KAPSAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİNDEKİ BELİRSİZLİKLER

Kripto varlıkların kapsamı ve hukuki niteliği üzerine yapılan tartışmalar bu çalışmanın sınırlarını aşmakla birlikte, kripto varlıkların hangi icra takibine konu olabileceği ve kıymet takdiri aşamasında haczedilen malın niteliğinin önemi göz önünde bulundurulduğunda, bu varlıkların türleri ve hukuki niteliklerine değinmek faydalı olacaktır. Özellikle kıymet takdiri sırasında, kripto varlıkların piyasa değerlerinin sürekli değişkenlik göstermesi ve hukuki niteliklerinin belirsizlik taşıması, bu varlıkların farklı yasal düzenlemelere tabi olmasına neden olabilir. Dolayısıyla, kripto varlıkların icra takibine konu olup olamayacağının ve kıymet takdiri süreçlerinin doğru bir şekilde anlaşılması için, bu varlıkların hukuki niteliklerine ilişkin genel bir çerçeve sunmak, hukuki değerlendirmelerde yardımcı olacaktır.

Kripto varlıkların tanımına ilişkin farklı yaklaşımlar geliştirilmekte olup, bu kavram farklı bağlamlarda çeşitli şekillerde değerlendirilmektedir. Blokzincir teknolojisi uzun zamandır ilgi odağı olsa da bu teknolojiye dayalı kripto varlıklar için evrensel bir tanım üzerinde henüz mutabakata varılamamıştır. Teknolojinin hızlı ilerlemesine rağmen, kavramsal açıklık ve düzenleyici çerçevelerin oluşturulması süreci halen devam etmektedir.

Avrupa Birliği'nin kripto varlıkları düzenleyen Markets in Crypto Assets Tüzüğü'nün (MiCAR) 3. maddesinde, kripto varlık, "dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak elektronik olarak aktarılabilen ve saklanabilen değer veya hakların dijital temsilcisi" olarak tanımlanmaktadır⁵. Türk hukuku

⁵ REGULATION (EU) 2023/1114 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 31 May 2023 on markets in crypto-assets, and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937. Alman Bankacılık Kanunu'na (Kreditwesengesetz, KWG) göre kripto varlıklar, finansal araçlar kategorisinde değer-

açısından ise kripto varlıklar, Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik'in 3. Maddesinde "... dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıklar..." olarak tanımlanmıştır⁶. Aynı şekilde, Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesi kripto varlıkları, "Dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak elektronik olarak oluşturulup saklanabilen, dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan ve değer veya hak ifade edebilen gayri maddi varlıklar" olarak nitelendirmiştir⁷.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yukarıda anılan Kanun ve Yönetmelik'teki ifadeler, Türk hukukunda kripto varlıklar için ilk hukuki dayanakları oluşturmasına rağmen, genel bir tanım niteliği taşımamaktadır. Örneğin yönetmelik, yalnızca düzenleyici otorite olan Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB)'nin yetki alanına giren konularda "kripto varlık" olarak tanımladığı belirli bir yapıya işaret etmektedir⁸. Diğer bir deyişle, Yönetmelik, günlük hayatta kripto varlık olarak değerlendirilen tüm varlıkları kapsamayıp, yalnızca belirli özellikleri taşıyan ve belirli nitelikleri karşılamayan daha sınırlı bir grubu ele alarak, bu varlıkların ödemeler alanındaki kullanımına yönelik belirli düzenlemeler getirmektedir⁹. Bu durum, Türk hukukunda kripto varlıkların düzenlenmesine dair sınırlı bir çerçeve sunmakta ve kripto varlıkların hukuki statüsünü yeterince geniş bir perspektiften tanımlamaktan uzak kalmaktadır.

Kripto varlıkların etkili bir şekilde sınıflandırılması, onları hukuki bir zemine oturtmak ve her varlık türü için uygun düzenleme önerileri geliştirmek açısından kritik bir öneme sahiptir. Hızla gelişen ekosistem, yeni teknolojiler ve diğer dinamiklerle birlikte, kripto varlıklar gerçek dünya ile etkileşimlerini artırarak farklı türlerde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle yapılacak sınıflandırma ve tanımlama ça-

lendirilmektedir. Söz konusu kanunun 1. Bölümü kripto varlıkları, "bir merkez bankası veya kamu kuruluşu tarafından ihraç edilmeyen ya da güvence altına alınmayan; resmi bir para birimi veya yasal para statüsünde olmayan ancak bireyler veya kurumlar tarafından değişim ya da ödeme aracı olarak kabul gören veya belirli anlaşmalara ya da fiili uygulamalara dayalı olarak yatırım amacı taşıyan ve dijital ortamda iletilip saklanabilen ve ticareti yapılabilen bir değer biçimi" olarak tanımlanmaktaydı. Avrupa Birliği'nin *Kripto Varlık Piyasaları Düzenlemesi* (MiCAR) gibi düzenlemeleri, üye ülkelerin kripto varlık tanımlarını ve düzenleyici çerçevelerini birleştirmeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle, Almanya da ulusal mevzuatını AB düzenlemeleriyle uyumlu hale getirme amacıyla KWG'de ilgili hüküm kaldırılmıştır.

⁶ Resmi Gazete, S. 31456, T. 16 Nisan 2021.

⁷ Resmi Gazete, Kanun No: 7518, S. 32590, T. 2 Temmuz 2024.

⁸ Osman Gazi Güçlütürk ve Rifat Cankat, "Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Hukuki Niteliği," in E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk (eds), *Gelişen Teknolojiler Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk*, (İstanbul: On İki Levha, 2021), 221-222.

⁹ Güçlütürk ve Cankat, "Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Hukuki Niteliği," 222.

lışmalarında teknolojinin hızlı gelişme temposunun dikkate alınması önemlidir. Ayrıca, kripto varlıkların haczi, kıymet takdiri, paraya çevrilmesi ve iflâs masasına kaydedilmesi açısından da doğru bir sınıflandırmaya ihtiyaç duyulmaktadır.

Kripto varlıkların yalnızca tanımlanması değil, aynı zamanda sınıflandırılması ve hukuki nitelendirilmesi de öğretide tartışmalı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰. Kripto varlıklar için genel kabul görmüş bir sınıflandırma henüz oluşmamıştır. Öğretide, kripto varlıkların genellikle kullanım amaçlarına göre sınıflandırıldığı ve bu çerçevede farklı kripto varlıklar olarak ayrıldığı görülmektedir¹¹. Ancak, farklı adlandırmalar ve yaklaşımlar kullanılarak yapılan bu sınıflandırmalar tek bir standart içinde toplanamamaktadır. En kapsamlı ve farklı açılardan yapılan sınıflandırmalardan biri ise kripto varlıkları, amaç, fayda, hukuki statü, dayanak varlık ve dağıtık defter yapısına göre beş ana başlıkta ele almaktadır¹².

Türk hukukunda kripto varlıkların sınıflandırılmasına ilişkin doğrudan bir yasal düzenleme olmamakla birlikte, bu varlıkların hangi çerçevede ele alınabileceğine dair belirli kurallar, mevcut yasal düzenlemelerden hareketle değerlendirilebilir. Bu kapsamda, kripto varlıklar genel olarak *Sermaye Piyasası Kanunu* ve *Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik* kapsamında değerlendirilenler ve değerlendirilmeyenler olarak ikiye ayrılabilir. Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde, bazı kripto varlıkların sermaye piyasası araçları olarak kabul edilmesi mümkünken, bu varlıkların yatırım aracı olarak sunulma biçimleri de hukuki niteliklerinin belirlenmesinde etkili olacaktır. Diğer yandan, *Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik* ile kripto varlıkların doğrudan ödeme aracı olarak kullanılmasının yasaklanması, bu varlıkların finansal sistemde nasıl değerlendirileceğine dair sınırlayıcı bir çerçe-

¹⁰ Bu tartışmalar için bkz. Gökmen Sezgin, *Kripto Paralar*, (Ankara: Seçkin, 2023); Mesut Serdar Çekin, "Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi," *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 1 (2022): 1-30; Gençler Özdemir, "Kripto Paraların Eşya Niteliği," *Süleyman Demirel Hukuk Demirel Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 1 (2021): 289-306; Osman Gazi Güçlütürk, "Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi," *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi* 4, S. 3 (2019): 383-408; Ablıkçı, "Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar," *Sıla Saygıoğlu, "Kripto Varlıkların Medeni Hukuk Bağlamında İncelenmesi" (Yüksek Lisans Tezi, 2024); Mehmet Egehan Çoşkun, Hukuki Açından Varlıklar ve İlk Kripto Para Arzı, (Yüksek Lisans Tezi, 2023); Özlem Ata Polat, "Dağıtık Defter Teknolojisine Dayalı Kıymetli Evrak Düzenlemeleri ve Bu Düzenlemelerin Menkul Kıymetlerin Kıymetli Evrak Niteliğine Etkisine İlişkin Bir Değerlendirme," Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 39, S. 2 (2023): 323-365; Güçlütürk ve Cankat, "Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Hukuki Niteliği," *Doğa Ekrem Doğancı, Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar, (İstanbul: On İki Levha, 2021), 403-469; Nesibe Kurt Konca ve Seyhan Selçuk, "Kripto Varlık Alacaklarına İlişkin Davalarda Görevli Mahkeme," Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 166, (2023): 61-100.

¹¹ Çoşkun, *Hukuki Açından Varlıklar ve İlk Kripto Para Arzı*, 66.8ed

¹² Claude Brown ve diğerleri, *Cryptoassets and Initial Coin Offerings*, in Jelena Madir (ed), *FinTech*, (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2024), 127-166.

ve çizmektedir. Dolayısıyla, Türk hukukunda kripto varlıkların sınıflandırılması, yalnızca bu varlıkların teknik özelliklerine değil, aynı zamanda kullanım alanları ve ekonomik işlevlerine bağlı olarak şekillenmektedir.

MiCAR ise kripto varlıkları üç ana kategori altında ele almaktadır: *varlık referanslı tokenler* (emtia veya birden fazla para birimine dayalı stabil tokenler), *elektronik para tokenleri* (tek bir fiat para birimine dayalı stabil tokenler) ve *diğer tokenler*¹³. *MiCAR'ın kapsamı, NFT'ler açısından ise kısıtlı olup yalnızca finansal varlık benzeri özelliklere sahip NFT'leri kapsamaktadır*¹⁴.

*MiCAR kapsamında, varlığa dayalı kripto varlık veya resmi tanımıyla varlık referanslı token, değerini belirli bir varlık veya haklar grubuna dayandırarak istikrar sağlamayı amaçlayan ve elektronik para tokeni niteliğinde olmayan bir kripto varlık türü olarak tanımlanmaktadır*¹⁵. Bu tür tokenler, değerini koruma amacı doğrultusunda bir veya daha fazla resmi para birimine, emtiaya veya diğer finansal değerlere referans yapacak şekilde yapılandırılmaktadır. MiCAR'ın bu tokenler için özel düzenlemeler getirmesinin temel nedeni, kullanıcıların finansal istikrarını desteklemek ve piyasa güvenilirliğini artırmaktır¹⁶. MiCAR, varlığa dayalı kripto varlıkların ihraç edilmesi ve dolaşıma sokulması sürecinde uyulması gereken güvenlik ve şeffaflık standartlarını belirleyerek, yatırımcı haklarının korunması ve piyasa istikrarının sağlanması hedeflerine yönelik kapsamlı bir çerçeve sunmaktadır¹⁷.

MiCAR kapsamında ödeme kripto varlıkları (payment crypto-assets, electronic money token ya da e-money token), tek bir resmi fiat para birimine dayalı olarak değerini koruma amacı güden ve “*elektronik para tokenleri*” olarak sınıflandırılan kripto varlıklardır¹⁸. Bu tür tokenler, genellikle günlük ödemelerde kullanılmak üzere tasarlanmış olup, fiat para birimlerine endeksenerek istikrarlı bir değer sunmayı hedeflemektedir. Örneğin, ethereum blockchain ağında akıllı sözleşmeler sayesinde, ether kripto para birimi ile ürün veya hizmet satın almak mümkündür¹⁹.

¹³ MiCAR'ın 18. Gerekçesi.

¹⁴ Örneğin, bir NFT'nin, yardımcı token ya da finansal bir araç gibi değerlendirilebilecek nitelikte olması halinde MiCAR kapsamında incelenmesi gerekebilir. Bu çerçevede, NFT'lerin yasal tasarımı yalnızca benzersiz bir kimlik atanmasının, o tokenin “değiştirilemez” olduğunun göstergesi olmadığına dikkat edilmelidir. MiCAR düzenlemeleri doğrultusunda, geniş bir seri halinde üretilen NFT'ler değiştirilebilir sayılabilir ve bu durumda yetkilendirme sürecine tabi olabilir. Bu durum, özellikle NFT'lerin parçalanarak veya birden fazla paya bölünerek piyasaya sunulduğu projelerde yasal gerekliliklerin yerine getirilmesini zorunlu kılmakta; dolayısıyla projelerin tasarım aşamasında MiCAR'a uyumun sağlanması büyük önem taşımaktadır.

¹⁵ MiCAR madde 3(1) 6.

¹⁶ Nikita Divissenko, “Regulation of Crypto-Assets in the EU: Future Proofing the Regulation of Innovation in Digital Finance,” *European Papers* 8, S. 2 (2023): 665-687, 673.

¹⁷ MiCAR'ın 18. Gerekçesi.

¹⁸ MiCAR madde 3(1) 7.

¹⁹ Doğançlı, *Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar*, 403.

MiCAR kapsamında *diğer tokenler* (other tokens) ise belirli bir finansal veya ödeme işlevi taşımayan ve genellikle bir hizmete veya platforma erişim sağlamak üzere kullanılan kripto varlıkları ifade etmektedir²⁰. Bu tokenler, genellikle ‘utility tokens’ olarak bilinmekte ve yatırım amaçlı olmaktan ziyade, dijital platformlarda belirli hizmetlere erişim veya ürünlere ulaşım sağlamak amacıyla tasarlanmaktadır. Hizmet amaçlı kripto varlıklar olarak adlandırılan bu tokenler, özellikle yeni girişimlerin ortaklık yapısını değiştirmeden fon elde edebilmesine ve aynı zamanda bir kullanıcı kitlesi oluşturmaya olanak tanınması açısından büyük önem taşımaktadır²¹.

B. İCRA VE İFLAS HUKUKU KAPSAMINDA KRİPTO VARLIKLAR

İcra ve iflâs hukuku bağlamında kripto varlıkların tüm ayrıntılı sınıflamalarına yer vermek yerine, bu varlıkların hukuki düzende takibine odaklanan bir sınıflandırma yapılması daha işlevsel bir yaklaşım olacaktır. Sürekli gelişen teknolojiyle birlikte yeni tür kripto varlıkların ortaya çıkabileceği dikkate alındığında, genel ve esnek bir çerçeve çizmek büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevenin, mevcut takip hukukunun temel yapısını bozmadan değişimlere uyum sağlayacak şekilde tasarlanması gerekmektedir. Bu doğrultuda, hukuki uyumun sürdürülebilirliği açısından, esnek bir genel sınıflama ve düzenleme sistemi oluşturulması en uygun çözüm olacaktır.

Cebri icra hukukuna dair genel ilke ve yöntemler çerçevesinde, kripto varlıkların cebri icra kapsamındaki takiplerin konusu, haciz süreçleri ve iflâs durumunda iflâs masasına veya alacaklar listesine dahil edilmesi titizlikle değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme sürecinde, cüzi icra kapsamında ilâmın ne tür durumları kapsayacağı ve ilâmsız icranın hangi halleri içerebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca, haczedilebilecek mallar, iflâs masasına dahil olan varlıklar ve alacakların iflâs masasına nasıl gireceği ile ödeme süreçlerine ilişkin genel düzenlemeler ve ilkeler üzerinde durulmalıdır. Kripto varlıkların bu süreçlerdeki hukuki statüsü, cebri icra hukukunun temel ilkeleri doğrultusunda analiz edilmelidir.

Maddi hukuka göre devri mümkün olmayan hakların haczi caiz olmadığı²² için kripto varlıkların icra ve iflâs takibinin konusu olabilmesi için öncelikle bu varlıkların bulunduğu dağıtık defter teknolojisi (DLT) kapsamında devredilebilirliklerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Devredilebilirlik, kripto varlıkların açık veya kapalı anahtarlar aracılığıyla bir hesaptan diğerine aktarılabilme yeteneğini ifade etmektedir²³. Bununla birlikte, devredilemeyen kripto varlıklar,

²⁰ MiCAR madde 3(1) 9.

²¹ Sinan H. Yüksel ve Osman Gazi Güçlütürk, Kripto Varlıkların İlk Arzı (ICO) ve Türk Hukukunda İlgili Düzenlemelerin Tespiti, in E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk (eds), Gelişen Teknolojiler Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk, (İstanbul: On İki Levha, 2021), 276.

²² Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, (İstanbul: 8. Baskı, 2004), 173.

²³ Kripto varlıklar genellikle devredilebilir olarak ihraç edilmektedir ve pratikte devredilemez olanların sayısı oldukça azdır. Bunun nedeni, devredilebilir olmalarının ikincil piyasalarda satılabilme

içerdiği haklar açısından belirli bir hesaba “atanmış” durumdadır; dolayısıyla, bu varlıkların yer aldığı hesabın başka bir kişi tarafından kullanılması durumunda devredilemezlik nitelikleri devam etmektedir²⁴. Bu bağlamda, devredilemez kripto varlıklarla ilgili geliştirilen projeler, belirli bir kişiye “atanan” varlıkların o kişinin kimlik bilgilerini içermesi gibi uygulamaları içermektedir²⁵.

Kripto varlıklar, icra ve iflâs hukuku kapsamında devredilebilirlik özelliklerine göre sınıflandırıldıktan sonra, ikinci bir sınıflama olarak misli (fungible) ve misli olmayan (non-fungible) varlıklar olarak da ayrılabilir. Misli kripto varlıklar, aynı türden olup birbiriyle değiştirilebilir nitelikte olan varlıklardır; bu özellikleri sayesinde, genellikle ikincil piyasalarda kolaylıkla alınıp satılabilirler. Misli olmayan kripto varlıklar ise, sanat eserleri veya dijital telif hakları gibi benzersiz niteliklere sahip olup, bireysel özgün değerleriyle öne çıkar. Stabil kripto varlıkların paraya benzetilmesi gibi, misli olmayan varlıkların bu özgün yapısı, onların dijital ortamda mülkiyet ve telif haklarının korunması açısından yeni hukuki düzenlemeler gerektirebilir. Bu ikinci sınıflama, kripto varlıkların haciz ve satış işlemlerinde hangi yöntemlerin uygulanacağına dair de belirleyici bir çerçeve sunmaktadır.

MiCAR kapsamında yapılan sınıflandırmalar ve icra ve iflâs hukukunun dinamikleri dikkate alındığında, kripto varlıkların bu hukuk dalının konusu olup olamayacağına dair genel bir çerçeve çizilebilir. Kripto varlıklar arasında yer alan ödeme odaklı varlıklar, Türk hukuku çerçevesinde ödemelerde kullanımına getirilen kısıtlamalar nedeniyle belirli sınırlamalara tabidir. Ancak, yabancı paralara ilişkin TL değeri üzerinden ilamsız takip yapılabilmesi uygulamasının kripto paralar için de kıyasen uygulanması faydalı olacaktır²⁶. Çünkü kripto paraların, alım satım platformları aracılığıyla TL, dolar veya diğer kripto varlık türlerine dönüştürülebilmesi mümkündür ve bu dönüşüm, yasal borsalara benzer bir yapıya ve kur değerine sahiptir. Bu durum, ödeme kripto varlıklarının icra ve iflâs süreçlerinde yabancı para borçlarına benzer şekilde değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmekte; böylece, kıyasen uygulanacak düzenlemeler ile etkin bir takip ve haciz mekanizması geliştirilmesi mümkün olabilir. Ödeme kripto varlıklarının paraya benzer özelliklerinin hukuki olarak belirlenmesi ve bu varlıkların ödeme aracı olarak kabul edilmesi veya yabancı paralarda olduğu gibi TL karşılığı üzerinden takibe konu edilmesi mümkün kılındığında, alacaklı, takibin türüne bağlı olarak ilamlı veya ilamsız icra yoluyla takip yapabilecektir. Bu tür bir düzenleme, ödeme kripto varlıklarının icra ve iflâs hukukundaki yerini güçlendirirken,

imkânı sağlaması ve kullanım amacı açısından daha avantajlı olmasıdır. Çoşkun, Hukuki Açıdan Varlıklar ve İlk Kripto Para Arzı, 69.

²⁴ Çoşkun, Hukuki Açıdan Varlıklar ve İlk Kripto Para Arzı, 69.

²⁵ Vitalik Buter, “Soulbound,” Vitalik Buterin’s website, 2024, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://vitalik.eth.limo/general/2022/01/26/soulbound.html>.

²⁶ Aynı görüş için bkz. Aymaz, “Kripto Paraların Haczi,” 1672.

alacaklıya takip süreçlerinde daha fazla seçenek sunabilecek ve bu varlıkların yabancı paraya benzer nitelikte ele alınmasına olanak sağlayacaktır.

İlâmsız icranın kapsamı dışında kalan hizmet kripto varlıkları ve diğer ödeme dışı kripto varlıklar, şartları sağladığında ilâmlı icranın konusunu oluşturabilir. Bu durumda, mahkeme kararına (ilam) dayanan bir alacak hakkı mevcutsa, bu varlıklar ilamla icra yoluyla takibe konu edilebilir²⁷. Böylece, ödeme işlevi taşımayan kripto varlıkların icra takibine konu edilmesi için yargısal bir ilamın bulunması, alacaklının bu tür varlıkları tahsil etmesine olanak sağlayacaktır.

Kripto varlıkların haczi bakımından bir değerlendirme yapıldığında ise şu hususlar ifade edilebilir: İcra ve iflâs hukuku çerçevesinde borçlunun, kendi nezdinde veya üçüncü kişilerde²⁸ bulunan tüm taşınır, taşınmaz ve hakları hacze konu yapılabilir. Ancak, bu hak ve malların haczedilebilmesi için ekonomik bir değer taşınması ve devredilebilir olması gerekmektedir²⁹. Bu genel kural uyarınca, ekonomik değere sahip ve devredilebilen kripto varlıkların da haczi mümkün görünmektedir³⁰. Kripto varlıkların haczine ilişkin önemli bir tereddüt bulunmamakla birlikte, hukuki niteliklerindeki belirsizlikler nedeniyle haczin uygulanma şekli ve sonrasındaki işlemlerin (örneğin paraya çevrilmesi) nasıl gerçekleştirileceği konusunda bazı soru işaretleri mevcuttur.

Kripto varlıkların hukuki nitelendirilmesine ilişkin değerlendirmelerde, bu varlıkların taşınmaz mal olarak kabul edilemeyeceği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kripto varlıkların taşınır mal olarak nitelendiril-

²⁷ Para ve teminat alacaklarından başka alacaklar için yapılacak takip için bkz, Mine Akkan, "Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası (İİK m.30, m. 343)," (İstanbul: On İki Levha, 2020); Çiğdem Yazıcı Tıktık, "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası," Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16, (2014): 2735-2776.

²⁸ "Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarından maksat, borçlunun bir kıymetli evraka bağlı olmayan, yani hamiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senede bağlı bulunmayan alacaklardır. Borçlunun bir üçüncü kişideki alacağı, hamiline ait bir senede veya poliçe ve sair cirosu kabil bir kıymetli evraka dayanmakta (bağlı) ise, bu kıymetli evrak (ve bununla kıymetli evrakta tecessüm eden alacak), m.89 hükümlerine göre değil, taşınır mallar gibi haczedilir (m.88, I). Borçlunun bir anonim şirketteki çıplak payı, m.94, I c.3-6 hükümlerine göre haczedilir; ancak, çıplak pay, m.89 hükümlerine göre de haczedilebilir." Baki Kuru, "İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler," Bankacılar Dergisi 47, (2003): 59-82, 59.

²⁹ "...İİK'nun 85. maddesi uyarınca, borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmazlarından ve alacak ve haklarından borcu karşılayacak kadarı haczolunur. Kural olarak borçlunun her türlü mal ve hakkı haczedilebilir. Hangi malların kısmen veya tamamen haczedilemeyeceği, İcra ve İflâs Kanunu'nda tahdidi olarak sayılmış olup, bu sayılanların dışında olup da herhangi bir özel kanunla haczedilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmayan borçluya ait bütün mal ve hakların haczi kabildir. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmemekle birlikte, maddi hukuk kurallarına göre bir kısım mal ve hakların da haczi mümkün değildir. Buna göre, maddi hukuka göre başkasına devri yasak olan mal ve haklar da haczedilemez. Yine bir mal veya hakkın haczedilebilmesi için, tek başına ekonomik bir değer ifade etmesi ve bu değerın hukuksal dayanağının bulunması zorunludur." Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 2015/22642 E., 2015/32331 K. (Yargıtay Karar Arama).

³⁰ Bulut, "Kripto Varlıkların Haczi ve Paraya Çevrilmesi," 60; Özdemir, "Kripto Paraların Eşya Niteliği," 297.

mesi veya taşınır mal hükümlerine tabi tutulması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmektedir³¹. Kanımca, kripto varlıkların türlerine göre bir ayrım yapılarak ödeme kripto varlıklarına ilişkin haciz ve sonrası işlemlerin dövize kıyasla uygulanması, ödeme kripto varlıkları dışındaki ekonomik değere sahip ve devredilebilen diğer kripto varlıkların ise taşınır mallara kıyasla ele alınması isabetli bir yaklaşım olacaktır. Ancak, yakın tarihli bir mahkeme kararında, kripto varlıkların³² ekonomik değere sahip olmalarına rağmen döviz gibi değerlendirilemeyeceğine ve bu varlıkların paraya çevrilme işlemlerinin taşınır mal satış usulüne göre yapılması gerektiğine karar verilmiştir³³. Kanımca, mahkeme değerlendirme yaparken kavramlara dikkat etmeli ve tüm kripto varlıkları kapsayacak şekilde genel ifadeler kullanmaktan kaçınmalıdır³⁴. Bunun yerine, kripto varlıkların türüne uygun mevcut işlemleri uygulamak daha isabetli olacaktır. Böyle bir yaklaşım, her tür kripto varlıkların kendine özgü yapısını göz önünde bulundurarak daha sağlıklı bir hukuki çerçeve oluşturulmasına katkı sağlayacaktır.

Son olarak, iflâs borçlusuna karşı olan ve kripto varlıkları konu alan iflâs alacaklarının nasıl işlem göreceğine değinmek önemlidir. Genel kural olarak, İİK m. 189 gereğince, iflâs borçlusuna karşı konusu para olmayan tüm iflâs alacakları, alacak miktarına eşdeğer bir parasal değere dönüştürülür. Bu dönüşüm işlemi, iflâs idaresi tarafından değil, doğrudan alacaklı tarafından gerçekleştirilir ve alacaklı, alacağını para alacağı olarak iflâs masasına kaydettirir (m. 219/2³⁵). Yabancı para alacaklarının iflâs masasına kaydedilme şekline ilişkin İİK'da net bir düzenleme yer almamaktadır³⁶. Kanunun yalnızca 198/1 maddesinde, konusu para olmayan alacakların eşdeğer bir parasal değere dönüştürüleceği belirtilmiştir. Öğretide, konusu yabancı para (döviz) olan alacakların, TBK m. 99, II, III hükümleri doğrultu-

³¹ Görüşler ve tartışmalar için bkz. Çekin, "Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi," 1-30; Özdemir, "Kripto Paraların Eşya Niteliği," 289-306; Saygıoğlu, "Kripto Varlıkların Medeni Hukuk Bağlamında İncelenmesi".

³² Mahkeme "kripto varlık" ifadesini kullanmasına rağmen davanın konusunu kripto para oluşturmaktadır. Bu sebeple mahkeme kripto varlıktan kastı kripto paralardır.

³³ İcra ve iflâs hukuku açısından, bir mal veya hakkın haczedilebilmesi için, öncelikle tek basına ekonomik bir değer ifade etmesi gerekmekte olup kripto paralar için bu unsurun bulunduğu sabbittir. Ancak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından yayınlanan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik uyarınca bu kripto paralar "... itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder..." şeklinde tanımlanmıştır. Yani kripto varlıkları ekonomik değeri olsa da döviz gibi değerlendirmek mümkün değildir. İstanbul 24. İcra Hukuk Mahkemesi, 2022/1353 E., 2023/220 K. (UYAP).

³⁴ Mahkeme "kripto varlık" ifadesini kullanmasına rağmen davanın konusunu kripto para oluşturmaktadır. Bu sebeple mahkeme kripto varlıktan kastı kripto paralardır.

³⁵ İflâs idaresi, alacaklının yaptığı değerlendirme sonucunda belirlenen parasal değeri uygun bulmazsa, kendi hesaplamasına göre alacağın parasal değerini belirler ve yalnızca bu miktar üzerinden alacaklının talebini sıra cetveline kabul eder; fazla alacak talebini ise reddeder. Bu durumda alacaklı, alacağının haksız bir şekilde indirildiğini ileri sürerek sıra cetveline itiraz davası açabilir (İİK m. 235). Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, (Ankara: Adalet, 2013), 1243-1244.

³⁶ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 2021/5287 E., 2022/3913 K. (Yargıtay Karar Arama).

sunda, konusu para olmayan alacaklara ilişkin İİK m. 198'e kıyasla, iflâsın açıldığı tarihteki T.C. Merkez Bankası efektif satış kuru üzerinden Türk lirasına çevrileceği ve Türk parası olarak iflâs masasına kaydedileceği ileri sürülmektedir³⁷.

İflâs idaresi, konusu para olmayan bir borcu aynen ifa etmeyi kabul edebilir (İİK m. 198). Eğer iflâs idaresi, bu borcun aynen yerine getirilmesinin iflâs masası için daha yararlı olacağı sonucuna varırsa, borcu aynen ifa etme kararı alarak masanın bu borçla ilgili sözleşmeye girmesine karar verir³⁸. İflâs idaresi, bu kararı alması durumunda, durumu derhal alacaklıya bildirmek zorundadır. Alacaklı, masanın borcu aynen ifa etme kararına itiraz edemez; zira borcun aynen ifası artık masanın bir taahhüdü haline geldiğinden, bu borç masa borcu niteliği kazanır. Ayrıca, TBK m. 98'de olduğu gibi, alacaklı, masa borcunun ifası için iflâs masasından teminat göstermesini talep edebilir ve iflâs masası bu talep üzerine gerekli teminatı sağlamakla yükümlüdür (İİK m. 198³⁹).

Konusu kripto varlık olan iflâs alacakları değerlendirildiğinde, kripto para alacaklarının, yabancı para alacaklarına kıyasen işlem görmesi mümkün olabilir. Yani, ödeme kripto varlık alacakları, işlem gördükleri borsalardaki fiyat endeksi baz alınarak iflâs masasına kaydedilebilir. Diğer türdeki kripto varlıklar bakımından ise, şartlar uygunsa aynen ifaya karar verilebilir. Burada yalnızca iflâs masası menfaati değil, aynı zamanda alacaklının menfaatinin de gözetilmesi önemlidir. Ayrıca, kripto varlıkların değerinde yaşanan dalgalanmalar nedeniyle, alacağın paraya çevrileceği tarihin belirlenmesi, alacağın doğru değerlendirilmesi açısından kritik bir rol oynamaktadır⁴⁰.

II. İCRA-İFLAS HUKUKU KAPSAMINDA KRİPTO VARLIKLARIN KIYMET TAKDİRİ

İİK m. 87, 128 ve 128/a, kıymet takdirinin hangi aşamada ve hangi makam tarafından yapılacağını, bu süreçte izlenecek yöntemleri detaylı bir şekilde düzenlemekte ve aynı zamanda bu işlemin hukuki sonuçlarını belirlemektedir. Öte yandan, 106 ve 111/a maddeleri, mahcuz malların satış sürecinde kıymet takdirinin taşıdığı kritik rolü vurgulamaktadır. Buna göre, genel haciz yoluyla takipte kıymet takdiri hem haciz hem de satış aşamalarında uygulanmakta, böylece iki farklı aşamada mal değerinin belirlenmesi sağlanmaktadır. Kambiyo senetlerine özgü haciz (İİK m. 167-176) ve kiralanan taşınmazların tahliyesine ilişkin takip yolları (İİK m. 269-275) da genel haciz usulüne paralel bir yapıda düzenlenmiştir.

³⁷ Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 1244; Farklı tartışmalar için bkz. Hakan Pekcanitez, Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, (Ankara: Yetkin, 1998); Melike Ergün Topçu, "İİK Kapsamında İflâs Hukukunda Yabancı Para Borçları Açısından Takasta Özdeşlik Şartı," Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan 23, S. 3 (2017): 665-681.

³⁸ Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 1245.

³⁹ Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 1245.

⁴⁰ Bu konu aşağıda detaylı olarak ele alınmaktadır.

A. İCRA VE İFLAS KANUNUNA GÖRE KIYMET TAKDİRİ

Takip hukukunda taşınır veya taşınmaz malların değerinin objektif ve gerçeğe en yakın şekilde belirlenmesi, alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin haklarının korunması açısından büyük önem taşımaktadır⁴¹. Malın değerinin piyasa koşullarının altında ya da üstünde tespit edilerek satışa sunulması, tarafların menfaat dengesini zedeleyebilir. İcra dairesi tarafından, takdir yetkisi kullanılarak yapılan kıymet takdiri, bu yetkinin doğası gereği itirazlara açık bir özelliğe sahiptir.

İİK’da kıymet takdiri kavramı açıkça tanımlanmamış olup, bu konuda getirilen düzenlemeler oldukça sınırlıdır. Öğretide, kıymet takdiri icra hukuku bağlamında, “hacze konu olan taşınır veya taşınmaz malların haciz miktarının veya satış için esas alınacak bedelin yetkili kişiler tarafından belirlenmesi işlemi” olarak ifade edilmektedir⁴². İcra hukukunda kıymet takdiri, farklı aşamalarda ve amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilmektedir. Haciz aşamasında, borç miktarı, faiz ve takip giderlerini karşılayacak değerde malların haczedilip haczedilmediğini belirlemek amacıyla kıymet takdirine başvurulmaktadır. Bu, eksik ya da gereğinden fazla haciz yapılmasını önlemeyi hedeflemektedir (İİK m. 85, 1). İcra memuru tarafından yapılan kıymet takdiri sonucunda borçlunun hacze uygun mal varlığının yetersiz olduğu anlaşıldığında, haciz tutanağı geçici aciz belgesi işlevi görmektedir (İİK m. 105, 2⁴³). Ayrıca, borçlunun haciz sonrasında taksitli ödeme teklifinde bulunabilmesi de haciz sırasında yapılan kıymet takdirine dayanmaktadır (İİK m. 111). Bu teklifin geçerli olabilmesi için, borçlunun borcunu karşılayabilecek kadar malının haczedilmiş olması gerekmektedir (İİK m. 111/2). Satış aşamasında ise kıymet takdiri, satışın en az hangi bedel üzerinden gerçekleştirileceğinin tespitine hizmet etmektedir⁴⁴. Malın gerçek değerinin belirlenmesi ve bu değere uygun olarak satılması, gerek alacaklının alacağını tam olarak tahsil etmesi gerek borçlunun borcunu eksiksiz ödemesi açısından önem taşımaktadır⁴⁵.

Taşınır ve taşınmaz malların kıymet takdiri, İİK ve İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde haciz ve satış aşamaları göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir (İİK m. 87, 128, 128/a). Haciz işlemlerinde kıymet takdiri eskiden “haczi yapan memurun malın kıymetini belirlemesi ve gerekirse uzman görüşüne başvurması” şeklinde düzenlenmişken, 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, malın sicile kayıtlı olup olmaması kriterine göre bir sistem getirilmiştir. Sicile kayıtlı olmayan malların değerini icra müdürü belirlerken, sicile kayıtlı mallar için Adalet Bakanlığınca izin verilen bilirkişilerden, uygun

⁴¹ Nilüfer Boran Güneysu, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, (Ankara: Yetkin, 2020), 26.

⁴² Boran Güneysu, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, 26.

⁴³ Bu durumda alacaklı, borçlunun mal kaçırma gibi hukuka aykırı işlemlerine karşı tasarrufun iptali davası açma hakkına sahip olur (İİK m. 105/2).

⁴⁴ Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, (Ankara: Adalet, 2013), 421.

⁴⁵ Mehmet Kodakoğlu, “Kıymet Takdirinin Yapılmasına İlişkin Bazı Meseleler ve Enflasyonun Kıymet Takdirine Etkisi,” Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, S. 2 (2023): 351-383, 353.

bilirkişi bulunmadığında ise bölge kurulu listesindeki diğer bilirkişilerden yararlanılmaktadır⁴⁶. Ayrıca, satış aşamasında kıymet takdiri taşınmazlar bakımından daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmakta olup, taşınmaz üzerindeki mükellefiyetler nedeniyle farklı bir kıymet tespiti gerekliliği doğmaktadır⁴⁷. Örneğin, taşınmazın üzerinde mükellefiyet yoksa, haciz sırasında yapılan kıymet takdiri esas alınarak (eğer değerinde ciddi bir değişiklik yoksa ve iki yıl geçmemişse) satış yapılabilir.

Kanun, taşınır mallar için haciz aşamasında belirlenen kıymetin, paraya çevirme aşamasında da geçerli sayılabileceğini öngörmüştür⁴⁸. Bunun temel nedeni, taşınır mallarda mükellefiyetlerin nadiren görülmesidir⁴⁹. Eğer taşınır mal sicile kayıtlı değilse, haciz işlemi sırasında mal üzerindeki mükellefiyetler ve hakların tespiti, icra müdürünün borçluyu beyana çağırması veya borçlunun doğrudan beyanda bulunması ile sağlanır. Sicile kayıtlı olmayan taşınır malların muhammen bedelinin belirlenmesinde kıymet takdirini icra müdürü yapar; ancak, gerekli görüldüğü durumlarda bilirkişiye de başvurabilir. Taşınır malın değeri özel uzmanlık gerektiriyorsa, bu durumda bilirkişiye başvurmak zorunlu olmalıdır⁵⁰. Hacz edilen taşınır mal sicile kayıtlıysa, mükellefiyetler sicilden kolayca tespit edilebildiğinden, bu durum dikkate alınarak malın kıymeti güvenilir bir şekilde belirlenebilir⁵¹. Taşınır malın hacizdeki değerini etkileyen herhangi bir mükellefiyet yoksa ya da değeri önemli ölçüde değiştiren bir durum meydana gelmemişse, haciz aşamasında belirlenen kıymet, asgari artırma tutarı açısından esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁵². Taşınır malların kıymet takdiri, ister icra müdürü ister bilirkişi tarafından yapılsın, ilgililer belirlenen bedelin yanlış olduğunu düşünüyorsa, bu bedelin öğrenildiği tarihten itibaren yedi gün içinde şikâyette bulunabilirler. Bu şikâyet, İİK m. 16 uyarınca incelenecektir⁵³.

⁴⁶ Nedim Meriç, İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk İsviçre Hukuku Kapsamında), (İstanbul: On İki Levha, 2022), 46.

⁴⁷ Mükellefiyetler listesinin kesinleşmesinden sonra kıymet takdirinin yaptırılması zorunluluğu kapsamındaki tartışmalar için bkz. Mert Namlı, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, (İstanbul: On İki Levha, 2019), 466.

⁴⁸ Boran Güneysu, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, 52.

⁴⁹ Boran Güneysu, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, 52.

⁵⁰ Meriç, İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk İsviçre Hukuku Kapsamında), 48.

⁵¹ Meriç, İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk İsviçre Hukuku Kapsamında), 48.

⁵² Meriç, İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk İsviçre Hukuku Kapsamında), 47.

⁵³ Taşınmaz mallar için kıymet takdirine yönelik şikâyet süreci ise İİK m. 128/a'da düzenlenmiş olup, burada şikâyet süresi tebliğ ile başlar. Ayrıca taşınmazlarda yeniden kıymet takdiri yapılması için gerekli masraf ve ücretin yatırılması zorunludur; aksi halde yeniden takdir yapılmaz. Şikâyet, belirlenen değer olayın koşullarına uygun olmadığı iddiasına dayanır ve icra mahkemesi, şikâyetin geçerliliğini belirlemek için bilirkişi incelemesi yaptırır. Tespit edilen değer, kıymet takdirinde temel alınır ve icra mahkemesi, icra müdüründen yeniden bilirkişi incelemesi talep edemez. Mahkemenin belirlediği değer, icra müdürünün belirlediğinden daha düşük olabilir; bu durumda mahkeme, gerçek değeri esas alır. Meriç, İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk İsviçre Hukuku Kapsamında), 52.

B. KIYMET TAKDİRİNE İLİŞKİN GELENEKSEL YAKLAŞIMLAR

Kıymet takdirinin yapılması süreçlerinde, bir veya birden fazla değerlendirme yönteminin birlikte ya da ayrı şekilde uygulanması, değerlendirme sürecinin kesinliğini ve tutarlılığı açısından faydalı olacaktır. Bu çerçevede, icra daireleri, mahkemeler ve değerlendirme uzmanları, genellikle fiyat dengesi, gelecekteki faydaların öngörülmesi ve ikame gibi ekonomik ilkelere dayanan geleneksel değerlendirme yöntemlerine başvurmaktadır. Literatürde ve uluslararası kabul görmüş standartlarda, iş ve varlık değerlemeleri için üç temel yaklaşım öne çıkmaktadır⁵⁴: maliyet veya varlık yaklaşımı, gelir yaklaşımı ve piyasa yaklaşımı.

Maliyet yaklaşımı, varlık temelli değerlendirme olarak da bilinen bir yöntemdir ve bir yatırımcının veya alıcının, eşit fayda sağlayan bir varlık edinmek için harcanan maliyetin üzerinde bir bedel ödemeyeceği ekonomik ilkesine dayanarak bir değer göstergesi sunmaktadır⁵⁵. Bu yaklaşım, maddi olmayan varlıkların ayrı bir değerlemesine olanak tanımadığından, likidasyon bağlamında sorunlar yaratabilir⁵⁶. Temelde varlıkların defter değerine dayanmasına rağmen, bu değer yalnızca varlığın bilanço üzerinde yer alan değerini yansıttığı için gerçek elde edilebilir değeri her zaman doğru bir şekilde göstermeyebilir⁵⁷. Kripto varlıklar açısından bakıldığında, işlemlerin anonimliği ve bu varlıkların sıklıkla finansal sistemler içinde tanınmaması nedeniyle kaydedilmesi zordur⁵⁸. Ayrıca, kayıt işlemleri otomatik olarak teknoloji aracılığıyla gerçekleştirilmekte ve varlıkların şirket defterine dahil edilmesine duyulan ihtiyaç önemli ölçüde azalmaktadır. Bununla birlikte, bu yaklaşım, likiditenin son derece düşük olduğu veya ikincil piyasa fiyatlamasının mevcut olmadığı durumlarda kripto varlıklar için uygulanabilir niteliktedir; özellikle de NFT'ler gibi benzersiz tokenler için daha uygun bir değerlendirme yöntemi olarak değerlendirilmektedir⁵⁹.

Gelir Yaklaşımı, genel olarak bir yatırım analizi yöntemi olarak, bir mülkün net faydalar üretme yeteneğine ve bu faydaların mevcut değere dönüştürülmesine dayanmaktadır⁶⁰. Bu çerçevede, faydalar genellikle net işletme geliri olarak ele

⁵⁴ Theodora Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," *International Insolvency Review* 32, S.1 (2023): 8-40, 22.

⁵⁵ "European Valuation Standards," TEGOVA-The European Group of Valuers' Associations, 2020, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, 152, https://tegoval.org/static/72fa037473e198cbd428e465158bcfdb/a6048c931cdc93_TEGOVA_EVS_2020_digital.pdf.

⁵⁶ Lorenzo Stanghellini ve diğerleri, *Best Practices in European Restructuring: Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law*, (Milano: Wolters Kluwer, 2018), 94.

⁵⁷ Theodora Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," *International Insolvency Review* 32, S.1 (2023): 8-40, 22.

⁵⁸ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 22.

⁵⁹ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 22.

⁶⁰ "European Valuation Standards," TEGOVA-The European Group of Valuers' Associations, 2020, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, https://tegoval.org/static/72fa037473e198cbd428e465158bcfdb/a6048c931cdc93_TEGOVA_EVS_2020_digital.pdf 156; Elizabeth Chan, Nicole Tang ve Edward

alınmaktadır⁶¹. Gelir yaklaşımı, varlıkların gelecekte ne kadar gelir üreteceğini tahmin etmeye odaklanmaktadır; gelir odaklı değerlendirme yöntemleri, gelecekteki nakit akışlarını mevcut değere dönüştürerek bir değer göstergesi sağlamaktadır⁶². Bu süreçte, değer, üretilen gelir veya nakit akışlarının bugünkü değerini hesaplayarak, bu akışlara atfedilen riskleri ve paranın zaman değerini yansıtan bir indirim oranı uygulamaktadır⁶³. Bu yaklaşım, şirketin sürdürülebilir bir işletme olacağı ve varlıkların gelecekte kâr üreteceği varsayımlarına dayanmaktadır⁶⁴. Ancak, kripto varlıklar söz konusu olduğunda, bu yaklaşım belirli zorluklar yaratmaktadır⁶⁵; çünkü kripto varlıklar genellikle gelir üretmez ve gelecekteki gelir miktarını ve zamanlamasını öngörmek için yeterli bilgi sağlamamaktadır⁶⁶. Ayrıca, gelir üretiminin temel unsuru olan talep tahminleri her zaman kolayca gerçekleştirilemeyebilir⁶⁷. Bu durum, gelir sağlamayan fayda tokenleri (utility token⁶⁸) açısından özellikle önemli bir husus olarak öne çıkmaktadır⁶⁹. Bu nedenle, bazı istisnalar dışında, gelir yaklaşımının kripto varlıkların değerlemesinde kullanılması pek olası değildir⁷⁰.

Taylor, "Crypto Disputes: The Valuation Challenge," *Dispute Resolution International* 17, S.1 (2023): 21-54, 34.

⁶¹ "The valuation of crypto-assets," EY Financial Services, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, 8, https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/emeia-financial-services/ey-the-valuation-of-crypto-assets.pdf.

⁶² Urav Soni ve Rhodri Preece, *Valuation of Cryptoassets: A Guide for Investment Professionals*, (CFA Institute, 2023), 10.

⁶³ Fabio Buttignon, "Terminal Value, Growth, and Inflation: Some Practical Solutions," *Business Valuation Review* 34, S. 4 (2015): 158-172, 161; Elizabeth Chan, Nicole Tang ve Edward Taylor, "Crypto Disputes: The Valuation Challenge," *Dispute Resolution International* 17, S.1 (2023): 21-54, 37.

⁶⁴ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 23.

⁶⁵ Blokzincir platformlarında değerlendirme yapmanın bir yöntemi, bu platformları nakit akışı üreten varlıklar olarak değerlendirmektir. Bu bağlamda, gelir, blok alanının satışı aracılığıyla elde edilmektedir. Blok alanı, platformda gerçekleştirilen her işlem için zorunlu bir unsur olup, kullanıcılar bu alanı kullanmak için işlem ücreti ödemektedirler. İşlem ücretleri, platformun yerel varlığı cinsinden belirlenmektedir. Platforma olan talep arttığında, kullanıcılar blok alanına erişim sağlamak amacıyla daha fazla rekabet ederek ödemeye istekli oldukları ücretleri artırma eğilimindedirler. "The valuation of crypto-assets," EY Financial Services, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, 9, https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/emeia-financial-services/ey-the-valuation-of-crypto-assets.pdf.

⁶⁶ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 23.

⁶⁷ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 23.

⁶⁸ "Utility token, kullanıcılara fayda olarak sunulan bir hizmete erişmek için belge niteliğinde olan token'lardır. Bu token'lara sahip olan kullanıcılar, kendilerine özel olarak sunulan hizmetlere erişebilmektedir." "Utility Token Nedir?," BilgiPlatformu, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://bilgiplatformu.btcturk.com/kripto-okur-yazarlik/utility-token-nedir/#:~:text=Utility%20token%2C%20Türkçe'de%20fayda,özel%20olarak%20sunulan%20hizmetlere%20erişebilmektedir.>

⁶⁹ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 23.

⁷⁰ Elizabeth Chan, Nicole Tang ve Edward Taylor, "Crypto Disputes: The Valuation Challenge," 38.

Piyasa yaklaşımı, bir varlığın değerini, benzer varlıkların piyasadaki fiyatlarıyla kıyaslayarak belirlemektedir⁷¹. Genellikle, aktif piyasadaki fiyat verileri veya benzer varlık gruplarından elde edilen piyasa çarpanları kullanılarak uygulanmaktadır. Ancak, kripto varlıklar söz konusu olduğunda, bu tür piyasalara her zaman ulaşmak mümkün olmayabilir. Kripto varlıkların çoğu, blokzincir teknolojisi üzerindeki DLT sistemlerinde veya kripto borsalarında işlem görse bile, özellikle kullanım tokenleri gibi varlıklar için ikincil piyasaların varlığı likidite düzeyine ve gelişim aşamasına bağlı olarak her zaman sağlanamayabilir⁷². Benzersiz özelliklere sahip NFT'ler gibi varlıklar söz konusu olduğunda, bu yaklaşım daha da zor hale gelebilir. Çünkü her bir NFT, kendine özgü niteliklere sahiptir ve bu, değer tespitini karmaşılaştırabilir. Her ne kadar bir NFT serisi için genel fiyat bilgileri mevcut olsa da her NFT'nin farklı özellikleri, onun değerini ayrı ayrı etkilemektedir⁷³. Ancak, benzer özelliklere sahip NFT'lerin satış fiyatlarını karşılaştırarak belirli bir NFT'nin değerini tahmin etmek mümkündür⁷⁴. Yine de bazı kullanım tokenleri gibi varlıklar için karşılaştırılabilir nitelikte varlık bulmak zor olduğundan, piyasa yaklaşımının uygulanabilirliği sınırlı olabilir.

Kripto varlıklar her zaman güvenilir bir şekilde işlem görmeyebilir ya da düşük hacimli varlıklar sürekli işlem görmeyebilir. Bu tür durumlarda, son yapılan işlemler veya doğrudan gözlemlenebilir fiyatlar her zaman tespit edilemeyebilir⁷⁵. Ayrıca, kripto varlıkların değeri, piyasa koşulları ve katılımcıların tutumlarına göre hızlı bir şekilde değişebilir. Dolayısıyla, dava veya takip konusu olan kripto varlıkların değerlemesinde geleneksel piyasa yaklaşımlarının yetersiz kalması mümkündür. Her ne kadar mevcut değerlendirme standartlarında geleneksel yöntemler açıkça belirtilmiş olsa da aşırı volatilité ve belirsizlik altında olan yeni varlıklar için özel kurallar bulunmamaktadır.

Kripto varlıkların kendine özgü özelliklerinden kaynaklanan bu sınırlamalar dikkate alındığında, kripto varlıklara özgü yeni değerlendirme yöntemleri ortaya çıkmıştır. Örneğin, bitcoin ve ether gibi kripto paraların fiyatları, CoinMarketCap⁷⁶ gibi web sitelerinden anlık olarak takip edilebilir ve ABD mahkemeleri bu siteyi

⁷¹ S.K. Gupta ve C.A.Vaibhav Pareek, "Distressed Companies: A Study of Considerations, Approaches and Methods of Valuation," *International Corporate Rescue* 18, S.3 (2021): 214-218, 214; Michael Crystal ve Rizwaan Jameel Mokal, "The Valuation of Distressed Companies: A Conceptual Framework," *International Corporate Rescue* 3, (2006): 123-131.

⁷² Apolline Blandin ve diğerleri, "The Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study," (Cambridge: Cambridge Centre for Alternative Finance, 2019), 25, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2019-04-ccaf-global-cryptoasset-regulatory-landscape-study.pdf>.

⁷³ Chan, Tang ve Taylor, "Crypto Disputes: The Valuation Challenge," 37.

⁷⁴ Chan, Tang ve Taylor, "Crypto Disputes: The Valuation Challenge," 38.

⁷⁵ Tiam Bakhtiar, Xiaojun Luo ve Ismail Adelopo, "The impact of fundamental factors and sentiments on the valuation of cryptocurrencies," *Blockchain: Research and Applications* 4, (2023): 2.

⁷⁶ "Today's Cryptocurrency Prices by Market Cap" (CoinMarketCap, 2024) Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024 <https://coinmarketcap.com>.

güvenilir bir kripto para değerlendirme aracı olarak kabul etmiştir⁷⁷. Ancak bazı durumlarda, özellikle coğrafi farklılıklar, düşük hacimli varlıklar, piyasa manipülasyonuna açık durumlar ve geniş teklif-talep aralıkları gibi faktörler değerlendirme sürecini zorlaştırabilir⁷⁸. Örneğin, Güney Kore'deki sermaye kontrolleri ve kara para aklama yasaları nedeniyle kripto para fiyatları diğer bölgelere göre daha yüksek olabilir⁷⁹. Bu tür fiyat farklılıklarının tazminat hesaplamalarında dikkate alınmıyacağı ise davanın veya takibin özelliğine bağlı olarak değerlendirilebilir.

C. KRİPTO VARLIKLARA ÖZGÜ KIYMET TAKDİRİ YAKLAŞIMLARI

Yukarıda da bahsedildiği üzere, kripto varlıkların geleneksel kıymet takdiri yaklaşımlarına uygun olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, bu varlık sınıfı için özel olarak geliştirilmiş yeni değerlendirme yöntemlerine ihtiyaç duyulması kaçınılmazdır. Bu kapsamda, son yıllarda kripto varlıklarını kıymet takdirine yönelik yeni yöntemler ortaya çıkmıştır. Bu yöntemler, bazı yönleriyle geleneksel kıymet takdiri yaklaşımlarından tamamen uzaklaşmış olmasa da⁸⁰, kripto varlıkların kendine özgü özelliklerine uyarlanmış ve bu özellikleri göz önünde bulunduracak şekilde yeniden düzenlenmiştir. Örneğin, kripto varlıklarla ilgili işlemlerde zaman ve mekân sınırının olmaması, genellikle merkezi olmayan çok sayıda kripto borsasının varlığı ve farklı kaynaklarda oluşan ciddi fiyat farklılıkları bu yeni yöntemlerde dikkate alınmaktadır.

Kripto varlıkların kıymet takdiri yapılırken dikkate alınabilecek yöntemlerden ilki, maliyet yaklaşımının bir uzantısı olan üretim maliyeti yöntemidir. Bu yöntem, bir kripto varlığın üretim ya da madencilik maliyetine dayanarak değer-

⁷⁷ *Diamond Fortress Technologies, Inc. v. EverID, Inc.* davasında, Delaware Yüksek Mahkemesi, bir sözleşme ihlali bağlamında kripto paraların değerlemesiyle ilgili yenilikçi bir konuyu ele almıştır. EverID, Diamond Fortress Technologies'ye sunduğu hizmetler karşılığında kripto para tokenleri ile ödeme yapmayı reddetmiştir. Mahkeme, zararların belirlenmesi konusunda kripto paraların nasıl sınıflandırılacağı ve değerlendirileceği konusunda karşılaşılan zorlukları değerlendirirken, CoinMarketCap'i kripto para tokenlerinin değerlendirilmesi için en güvenilir araç olarak tanımıştır. *Diamond Fortress Techs. v. Everid, Inc.*, 274 A.3d 287 (Del. Super. Ct. 2022).

⁷⁸ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 23.

⁷⁹ Nicholas Pongratz, "Sam Bankman Fried Explains His Arbitrage Techniques," Yahoo! Finance, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://finance.yahoo.com/news/sam-bankman-fried-explains-arbitrage-132901181.html>.

⁸⁰ Singh ve St. John, kripto varlıkların kıymet takdiri ile fikri mülkiyet in kıymet takdiri arasında önemli paralellikler olduğunu belirtmişlerdir. Onlara göre, fikri mülkiyetin ekonomik faydalar sağlamasına rağmen fiziksel bir varlık içermemesi gibi, kripto varlıklar da benzer ekonomik özellikler göstermektedir. Ayrıca, çalışmada incelenen kripto varlık değerlendirme yaklaşımlarının, geleneksel maliyet, gelir/nakit akışı ve piyasa yaklaşımları ile benzerlik taşıdığı vurgulanmıştır. Bu paralellikler, kripto varlık değerlemesinde mevcut değerlendirme teorilerine dayalı bir çerçeve sunarak, uzmanların bu alandaki değerlendirmelerinde yönlendirici olabilir. Tara Singh ve Tyler St John, "Decrypting Crypto: An Introduction to Cryptoassets and a Study of Select Valuation Approaches" (Chartered Business Valuators Institute, 2019) <https://cbvinstitute.com/wp-content/uploads/2019/12/DecryptingCrypto-Final-DIGITAL-VERSION.pdf>.

leme yapmaktadır⁸¹. Bu yaklaşıma göre, rekabetçi bir piyasada faaliyet gösteren madenciler, yalnızca madencilik maliyeti üretilen kripto varlığın piyasa fiyatına eşit ya da daha düşük olduğu sürece faaliyetlerini sürdürürler⁸². Bu nedenle, bu yöntem, madenciligi yapılabilen kripto varlıkların maliyet hesaplamasında daha uygundur ve genellikle Proof-of-Work (PoW⁸³) protokolü kapsamında kullanılmaktadır⁸⁴. Çünkü bu yaklaşım, elektrik tüketimi gibi hesaplama maliyetlerini dikkate almaktadır⁸⁵. Proof-of-Stake (PoS⁸⁶) protokolünde ise elektrik tabanlı madencilğin kullanılmaması nedeniyle bu yöntemin uygulanabilirliği sınırlıdır⁸⁷. Bunun yanı sıra, bu yaklaşım yalnızca maliyet temelli bir değerlendirme yaptığı için, kripto varlıkların gelecekteki ekonomik getirilerini ya da olası risklerini hesaba katmamaktadır⁸⁸. Ayrıca, madencilerin elde ettiği işlem ücretleri ve diğer teşvikler de bu modelde göz ardı edilebilmektedir⁸⁹. Dolayısıyla, bu yöntem, kripto

⁸¹ Adam S. Hayes, "A Cost of Production Model for Bitcoin" (The New School for Social Research, 2015), 1-2 https://www.economicpolicyresearch.org/econ/2015/NSSR_WP_052015.pdf.

⁸² Bitcoin elde etmenin üç yolu vardır: doğrudan satın almak, bir mal veya hizmet karşılığında kabul etmek ya da 'madencilik' yoluyla üretmek. Madencilik, elektrik tüketimi gerektiren hesaplama işlemlerini kullanır. Bu süreçte kilovat saat (kWh) başına elektrik maliyeti, madencilğin birim başına watt cinsinden verimliliği, bitcoin'in piyasa fiyatı ve madencilğin zorluk derecesi, üretim kararlarını etkileyen önemli unsurlardır. Adam S. Hayes, "A Cost of Production Model for Bitcoin" (The New School for Social Research, 2015) https://www.economicpolicyresearch.org/econ/2015/NSSR_WP_052015.pdf.

⁸³ Proof of Work (PoW), merkezi olmayan bir konsensüs mekanizması olup, ağ katılımcılarının bir şifreleme bulmacasını çözmek için enerji sarf etmesini gerektirir. Bu mekanizma, yapılan iş karşılığında ödül kazanılmasına atıfta bulunarak, "madencilik" olarak da adlandırılmaktadır. PoW büyük ölçekte uygulandığında, enerji tüketimi büyük miktarda artar ve daha fazla madenci ağa katıldıkça bu enerji ihtiyacı da orantılı olarak yükselir. Scott Nevil, "What Is Proof of Work (PoW) in Blockchain?," Investopedia, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://www.investopedia.com/terms/p/proof-work.asp>.

⁸⁴ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 24.

⁸⁵ Adam S. Hayes, "A Cost of Production Model for Bitcoin" (The New School for Social Research, 2015), 3-4 https://www.economicpolicyresearch.org/econ/2015/NSSR_WP_052015.pdf.

⁸⁶ Proof of Stake (PoS) mekanizmasında, doğrulayıcılar (validator'lar), sahip oldukları ve ağa yatırdıkları (stake ettikleri) coin miktarına göre seçilir. PoS, işlemleri doğrulamak ve yeni bloklar oluşturmak için kullanılan ilk konsensüs mekanizması olan Proof of Work (PoW) sistemine alternatif olarak geliştirilmiştir. PoW mekanizmaları, madencilerin kriptografik bulmacaları çözmelerini gerektirirken, PoS sistemleri doğrulayıcıların, işlem ücretleri kazanma ayrıcalığına sahip olabilmeleri için tokenlerini yatırmalarını şart koşar. "What Does Proof-of-Stake (PoS) Mean in Crypto?," Investopedia, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://www.investopedia.com/terms/p/proof-work.asp>.

⁸⁷ Singh ve John, "Decrypting Crypto: An Introduction to Cryptoassets and a Study of Select Valuation Approaches" 28.

⁸⁸ Bu yöntemin bir sınırlaması da madencilerin sadece kâr elde etme amacıyla motive olduklarını varsaymasıdır. Ancak, bu yaklaşım madencilik faaliyetlerinin daha karmaşık sebeplerini göz ardı edebilir. Bazı madenciler, kazanç elde etmekten ziyade, düzenlemelere tabi olmayan ve şeffaf bir finansal sisteme duydukları inanca madencilğe yönelebilirler. Böyle durumlarda, bu kişiler ağı geliştirme ve sürdürebilme amacıyla maddi kayıplara katlanabilirler. Dolayısıyla, madencilği yalnızca finansal teşviklerle açıklamak yetersiz olabilir ve bu faaliyetlerin ardındaki motivasyonlar daha geniş bir bağlamda ele alınmalıdır. Singh ve John, "Decrypting Crypto: An Introduction to Cryptoassets and a Study of Select Valuation Approaches" 29.

⁸⁹ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 24.

varlıkların gerçek ekonomik değerini tam olarak yansıtamamakta ve bu nedenle sınırlı bir değerlendirme aracı olarak değerlendirilmelidir⁹⁰.

Kripto varlıkların kıymet takdiri yapılırken göz önünde bulundurulabilecek bir diğer yöntem, Chris Burniske'nin geliştirdiği "Değişim Denkliği" (Equation of Exchange) yaklaşımıdır⁹¹. Bu yöntem özellikle fayda tokenlerinin (utility token) kıymet takdirinde kullanılan ve literatürde sıkça karşılaşılan bir yöntemdir⁹². Bu model, klasik gelir temelli indirgenmiş nakit akışı (Discounted Cash Flow - DCF) yöntemine benzemekle birlikte, temel bir fark taşımaktadır⁹³. Geleneksel DCF analizinde bir varlığın değeri, gelecekte beklenen nakit akışlarının bugünkü değere indirgenmesiyle hesaplanır⁹⁴. Ancak, fayda tokenleri nakit akışı üretmediği için, Burniske bu tokenlerin değerinin, destekledikleri ağ büyüklüğü ve token sahiplerinin katılımıyla ilişkilendirildiğini ileri sürmektedir⁹⁵. "Mevcut fayda değeri" (Current Utility Value) olarak adlandırılan bu yaklaşımda, tokenlerin değeri bir kamu şirketinin piyasa değeri gibi ele alınmakta ve ağ değerinin tahmini için parasal ekonomiden türetilen "Değişim Denkliği" kullanılmaktadır⁹⁶. Bu denklem, bir ekonominin para arzı ile ürettiği mal ve hizmetlerin toplam değeri arasında bir ilişki kurar, bu da token ekonomilerinin büyüklüğünü değerlendirmede bir temel oluşturmaktadır⁹⁷.

Network Value to Transactions (NVT) (ağ değerlendirmesi) oranı, kripto varlıkların kıymet takdirinde sıkça kullanılan ve piyasa temelli bir yaklaşım sunan başka bir yöntemdir⁹⁸. Willy Woo tarafından geliştirilen bu yöntem, geleneksel finans dünyasındaki Fiyat/Kazanç oranıyla benzerlik göstermekte, ancak kazanç yerine günlük işlem hacmine odaklanmaktadır⁹⁹. NVT oranı, dolaşımdaki

⁹⁰ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 24.

⁹¹ Chris Burniske, "Cryptoasset Valuations" Medium, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://medium.com/@cburniske/cryptoasset-valuations-ac83479ffca7>.

⁹² Sherwin Dowlatab ve Michael Hodapp, "Cryptoasset Market Coverage Initiation: Valuation" Satis Group, 2018, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, https://research.bloomberg.com/pub/res/d37g1Q1hEhBkiRCu_ruMdmSbc0A.

⁹³ Singh ve John, "Decrypting Crypto: An Introduction to Cryptoassets and a Study of Select Valuation Approaches" 29.

⁹⁴ Singh ve John, "Decrypting Crypto: An Introduction to Cryptoassets and a Study of Select Valuation Approaches" 29.

⁹⁵ Henri Arslanian ve Fabrice Fischer, *The Future of Finance: The Impact of FinTech, AI, and Crypto on Financial Services* (Springer International Publishing, 2019), 153.

⁹⁶ Arslanian ve Fischer, *The Future of Finance: The Impact of FinTech, AI, and Crypto on Financial Services* 139-156.

⁹⁷ Sherwin Dowlatab ve Michael Hodapp, "Cryptoasset Market Coverage Initiation: Valuation" Satis Group, 2018, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, https://research.bloomberg.com/pub/res/d37g1Q1hEhBkiRCu_ruMdmSbc0A.

⁹⁸ Chen Liu, *Crypto-asset Valuation: A Review and Analysis of Current Methods*, Stéphane Goutte, Khaled Guesmi ve Samir Saadi (eds.), *Cryptofinance A New Currency for a New Economy*, (World Scientific Publishing 2021), 171-190.

⁹⁹ "Network Değeri" veya "Ağ Değerlemesi" terimi, son işlem gören fiyatın dolaşımdaki toplam token sayısı ile çarpılmasıyla tanımlanır. Geleneksel olarak bu kavram için "Piyasa Değeri" (Market Ca-

coin veya tokenlerin toplam piyasa değerini (ağ değeri) günlük işlem hacmiyle karşılaştırmakta ve varlıkların zincir üzerindeki likiditesini itibari para birimi cinsinden ölçmektedir¹⁰⁰. Bu yaklaşım, bir varlığın değerinin, o varlığın ağ içinde ne kadar kullanıldığına bağlı olduğu varsayımına dayanmaktadır¹⁰¹.

Bununla birlikte, NVT oranının uygulanabilirliğinde bazı sınırlamalar söz konusudur¹⁰². Özellikle gizlilik odaklı kripto varlıkların işlem hacimlerinin doğru şekilde ölçülememesi, karşılaştırma yapmayı zorlaştırabilir¹⁰³. Ayrıca, sektörün görece yeni olması nedeniyle güvenilir ve kapsamlı tarihsel verilere erişimde zorluklar yaşanabilir¹⁰⁴. NVT yalnızca zincir üzerindeki işlemleri dikkate aldığından, zincir dışı işlemleri kapsamaması da analizlerde eksiklik yaratabilir¹⁰⁵. Farklı kripto varlıkların işlem hacimlerinin kaydedilme yöntemleri ve teknolojik altyapıları arasında farklılıklar bulunması, varlıklar arasındaki karşılaştırılabilirliği daha da sınırlayabilir¹⁰⁶. Bu nedenle, NVT oranı, kripto varlıkların piyasa dinamiklerini anlamada faydalı bir araç olsa da, tek başına yeterli bir değerlendirme yöntemi olarak kabul edilmemelidir.

Kripto varlıkların kıymet takdirine yönelik mevcut yöntemler, bu varlık sınıfının dinamik ve kendine özgü yapısını tam anlamıyla karşılamakta yetersiz kalabilmektedir. Bu doğrultuda, farklı yöntemlerin hibrit bir şekilde bir araya getirilmesi gerektiği kanaatindeyim. Örneğin, maliyet tabanlı yaklaşım kripto varlıkların temel ekonomik sınırlarını belirlerken, NVT oranı veya Değişim Denkliği gibi piyasa temelli yöntemler, varlıkların kullanım değerini ve piyasa dinamiklerini anlamaya katkı sağlayabilir. Ayrıca, kripto varlıkların değerlendirme sürecinde risk ve belirsizlik unsurlarının daha sistematik bir şekilde ele alınması gereklidir. Bu varlıkların düzenleyici belirsizlikler, teknolojik riskler ve piyasa değişkenliği gibi faktörlere açık olması, mevcut yöntemlerin kapsamını genişletmeyi zorunlu

pitalization) terimi kullanılmış olsa da, bu kullanımın hisse senedi piyasalarıyla karışıklık yaratabileceği düşünülmektedir. Bu nedenle, kripto para dünyasında "Ağ Değerlemesi" teriminin tercih edilmesi önerilmektedir. Chris Burniske, "Introducing NVT Ratio (Bitcoin's PE Ratio), use it to detect bubbles" Woobull, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://woobull.com/introducing-nvt-ratio-bitcoins-pe-ratio-use-it-to-detect-bubbles/#fn1>.

¹⁰⁰ Ashley Lannquist, "Today's Crypto Asset Valuation Frameworks," Medium, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://medium.com/blockchain-at-berkeley/todays-crypto-asset-valuation-frameworks-573a38eda27e>.

¹⁰¹ Lanre Ige, "Cryptoasset valuation techniques," Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://s3.us-east-2.amazonaws.com/lanreige/Cryptoasset+Valuation+Techniques.pdf>.

¹⁰² Singh ve John, "Decrypting Crypto: An Introduction to Cryptoassets and a Study of Select Valuation Approaches" 36.

¹⁰³ Singh ve John, "Decrypting Crypto: An Introduction to Cryptoassets and a Study of Select Valuation Approaches" 36.

¹⁰⁴ Singh ve John, "Decrypting Crypto: An Introduction to Cryptoassets and a Study of Select Valuation Approaches" 36.

¹⁰⁵ "Assessment of Risks to Financial Stability from Crypto-Assets," (Financial Stability Board 2022), 19, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://www.fsb.org/uploads/P160222.pdf>.

¹⁰⁶ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 25.

kılmaktadır. Özellikle merkeziyetsiz ağlar bağlamında, kripto varlıkların değerini belirleyen önemli unsurlardan biri de destekleyici toplulukların büyüklüğü ve katkısıdır. Bu nedenle, topluluk etkileşimlerini ve ekosistemin genel sağlığını ölçen yeni metriklerin geliştirilmesi önem arz etmektedir. Bu çerçevede, kripto varlıkların kıymet takdiri için geleneksel yöntemlerle uyumlu ancak onların ötesine geçen çok boyutlu bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği açıktır.

D. KRİPTO VARLIKLARIN KIYMET TAKDİRİ VE PARAYA ÇEVİRİLMESİ İŞLEMİNİN YAPILMA ZAMANI

Kripto varlıkların kıymet takdiri sürecinde izlenecek yöntemlerin, yetkili makamların ve tarafların haklarının açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Özellikle icra hukukunda kıymet takdirinin kim tarafından, hangi prosedürle ve hangi aşamada yapılacağıının netleştirilmesi, uygulamada yaşanabilecek belirsizlikleri önleyecektir. İİK'nın ilgili hükümleri uyarınca, kıymet takdiri genellikle icra müdürünün gözetiminde gerçekleştirilmekte, ancak uzman bilirkişilerden destek alınması sıklıkla zorunlu hale gelmektedir. Kripto varlıkların kıymet takdirine ilişkin süreç, varlıkların niteliğine göre farklı yaklaşımları gerektirmektedir. Ödeme kripto varlıkları, borsada işlem gören, fiyatları piyasa dinamiklerine göre anlık olarak belirlenen ve likiditesi yüksek varlıklar olduklarından, bu tür varlıkların kıymet takdirini icra müdürünün kendisinin yapması mümkündür. İcra müdürü, borsada işlem gören kripto varlıkların piyasa fiyatını doğrudan esas alarak kıymet takdirini gerçekleştirebilir. Bu yaklaşım, sürecin hızlandırılmasını ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkların minimize edilmesini sağlayabilir.

Buna karşılık, ödeme kripto varlıkları dışında kalan, örneğin NFT gibi benzersiz veya özel bir değere sahip olan kripto varlıkların kıymet takdiri için uzmanlardan destek alınması zorunlu hale gelebilir. Bu tür varlıkların piyasa fiyatı doğrudan belirlenemediği veya sınırlı işlem gördüğü için, değerlendirme sürecinde blokzincir teknolojisi, finansal analiz ve sanat piyasası dinamikleri gibi alanlarda uzmanlaşmış bilirkişilerden faydalanılması gerekmektedir.

Bu ayırım, icra hukukunda kıymet takdiri sürecinin etkinliğini artırırken, varlıkların niteliğine uygun yöntemlerin kullanılmasını da güvence altına almaktadır. İcra müdürünün kıymet takdirini doğrudan yapabildiği ödeme kripto varlıkları ile daha karmaşık yapıya sahip diğer kripto varlıklar arasında yapılan bu farklılaştırma, süreçte hem tarafların haklarını korumayı hem de icra müdürlüğü kaynaklarının daha verimli kullanılmasını sağlamaktadır.

Kripto varlıkların değerindeki hızlı dalgalanmalar, takip süreçlerinde kripto varlıkların paraya çevirme zamanını da önemli hale getirmektedir. Özellikle uzun ve karmaşık iflâs davalarında, alacakların belirlenmesi ve varlıkların paraya çevrilmesi süreçlerinde kıymet takdirinin zamanının doğru seçimi stratejik bir önem taşımaktadır. Bu nedenle, kripto varlıkların konu olduğu takiplerde, kıymet takdirinin hangi

amaçlarla nasıl belirlendiğini incelemek faydalı olacaktır. İİK’da, kripto varlıkların hangi yöntemle ve hangi tarihe göre değerlendirilmesi gerektiği konusunda açık bir değerlendirme sunmamaktadır. Her ne kadar bazı mahkemeler bu konuda rehberlik etse de kararların büyük ölçüde davanın özgül koşullarına bağlı olduğu anlaşılmaktadır.

Genel olarak, iflâsın açıklanmasından sonraki süreçlerde, iflâs masasına yönelik hak talebinde bulunan alacaklılar, alacaklarını veya haklarını İİK 219/2. maddesi uyarınca iflâs masasından talep edebilirler. Bu kapsamda alacaklı, ilgili iflâs dairesine başvurarak alacağının kaydedilmesi için bir dilekçe sunmalı ve iflâs idaresi tarafından düzenlenecek sıra cetvelinin oluşturulmasını beklemelidir. Satılan masa mallarından elde edilen bedelin tamamen tahsil edilmesi ve sıra cetvelinin kesinleşmesinin ardından, iflâs dairesi tüm alacaklılara düşen payları gösteren bir pay cetveli düzenler¹⁰⁷. Bu cetvelde, her alacaklıya ödenecek tutar ayrıntılı şekilde belirtilir. Pay cetvelinin hazırlanmasında, imtiyazlı alacaklılar genellikle alacaklarının tamamını alırken, imtiyazsız alacaklılara ise alacakları oranında ve eşit şekilde ödeme yapılır¹⁰⁸.

Kripto varlıkların iflâs masasının malvarlığına dahil edilmesi veya alacaklıların taleplerini kripto varlıklar üzerinden ileri sürmeleri durumunda yeni hukuki belirsizlikler ortaya çıkmaktadır. Nitekim 2022 ve 2023 yıllarında Celsius, FTX ve diğer kripto platformlarının iflâs süreçlerinde, birçok müşteri alacak taleplerini kripto varlıklara dayalı olarak iflâs dosyalarına sunmuş; ancak bu taleplerin büyük bir kısmı “genel imtiyazsız alacaklı” statüsüne indirgenmiştir¹⁰⁹. Bu durum, söz konusu alacakların öncelikli veya teminatlı alacaklara göre daha düşük bir öncelik sırasına sahip olmasına yol açmıştır.

Hashfast Technologies LLC v. Lowe davası¹¹⁰, iflâs hukuku bağlamında kripto para birimlerinin yasal statüsü ve değerlendirme yöntemlerine ilişkin önemli soruları gündeme getirmiştir. Dava, Bitcoin madenciliği donanımı üreten Hashfast Technologies LLC’nin, müşterilerine cihazları zamanında teslim edememesi üzerine, ödemelerin iadesi talepleriyle karşı karşıya kalması sonucunda iflâs etmesiyle başlamıştır. Şirket, müşterilerinden Bitcoin ile ödeme almış ve teslimat başarısızlıkları nedeniyle geri ödeme yapmak zorunda kalmıştır. Dava kapsamında tartışılan temel meselelerden biri, kripto para birimlerinin değerindeki dalgalanmaların geri ödeme süreçlerine nasıl yansıtılacağı olmuştur. İflâsın gerçekleştiği tarihte Bitcoin’in piyasa değerinin ödeme yapıldığı zamana göre önemli ölçüde artmış olması, iflâs hukuku açısından geri ödemenin hangi değer üzerinden hesaplan-

¹⁰⁷ Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 1360.

¹⁰⁸ Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 1361.

¹⁰⁹ Joseph Cioffi, Massimo Giugliano ve Adam Levy, “Valuing crypto in the bankruptcy multiverse,” Reuters, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://www.reuters.com/legal/litigation/valuing-crypto-bankruptcy-multiverse-2024-07-30/>.

¹¹⁰ Hashfast Technologies LLC v. Lowe (In re Hashfast Technologies, LLC), Bankr. N.D. Cal., 14-30725.

çağı sorununu ortaya çıkarmıştır. Mahkeme, geri ödemelerin iflâsın gerçekleştiği tarihteki Bitcoin değeri üzerinden yapılmasına karar vermiştir.

İflâs işlemlerinde kripto varlık alacaklarının değerlendirme zamanı iki ana yöntem çerçevesinde ele alınmaktadır: Başvuru Tarihi Yaklaşımı (Petition-Date Approach) ve Dağıtım Tarihi Yaklaşımı (Distribution-Date Approach). Başvuru Tarihi Yaklaşımı kapsamında, iflâs alacakları, iflâs başvurusunun yapıldığı gün itibarıyla belirlenen piyasa koşulları çerçevesinde sabitlenmektedir¹¹¹. Bu yöntem, iflâs alacaklarının başvuru tarihindeki değer üzerinden hesaplanmasını sağlayarak alacaklılar arasında eşit bir muamele yapılmasını amaçlar¹¹². Ancak, özellikle kripto varlıkların yüksek fiyat oynaklığı göz önüne alındığında, başvuru tarihinden sonraki değer değişimlerini yansıtmada konusunda bu yaklaşım sınırlı kalabilmektedir¹¹³. Zira kripto varlıklar, değer dalgalanmalarına karşı son derece hassas olup, piyasa koşullarındaki ani değişimler alacaklıların alacağıının değerinde farklılıklar yaratabilmektedir.

Dağıtım Tarihi Yaklaşımı ise, iflâs alacaklarının dağıtım tarihindeki piyasa değerine göre hesaplanmasını öngörmektedir. Bu yöntem, kripto varlıkların dinamik yapısını göz önünde bulundurarak varlıkların dağıtım anındaki reel değerini daha doğru şekilde yansıtmaya yönelik bir strateji olarak değerlendirilmektedir¹¹⁴. Ancak, alacakların değerlemesinin dağıtım gününe bırakılması borçlunun mali durumu açısından öngörülemez bir ortam yaratabilir ve alacaklılar arasında eşitlik ilkesini zedeleyebilir¹¹⁵. Özellikle değerlerin yüksek volatiliteye sahip olduğu kripto varlıklar bağlamında, dağıtım anındaki değerlendirme, bazı alacaklılar için beklenenden farklı sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, her iki yaklaşım da kripto varlık alacaklarının iflâs sürecinde adil ve dengeli bir değerlendirilmesini sağlamak için avantaj ve dezavantajlara sahiptir.

Torque davasında¹¹⁶ mahkeme, likidatörlerin kripto varlıkları ABD doları ve Tether'e (USDT¹¹⁷) çevirme planını onaylamıştır. Bu plan, tüm kripto varlıkların

¹¹¹ Josephine Shawver, "Commodity or Currency: Cryptocurrency Valuation in Bankruptcy and the Trustee's Recovery Powers," Boston College Law Review 62, S. 6 (2021): 2013-2055, 2052.

¹¹² Shawver, "Commodity or Currency: Cryptocurrency Valuation in Bankruptcy and the Trustee's Recovery Powers," 2046.

¹¹³ Shawver, "Commodity or Currency: Cryptocurrency Valuation in Bankruptcy and the Trustee's Recovery Powers," 2054.

¹¹⁴ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 28.

¹¹⁵ Kostoula, "Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects," 29.

¹¹⁶ Philip Smith and Jason Kardachi in Their Capacity As Joint Liquidators of Torque Group Holdings Limited (In Liquidation) and Torque Group Holdings Limited (In Liquidation) CLAIM NO. BVIHC (COM) 0031 OF 2021, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://www.eccourts.org/judgment/philip-smith-v-torque-group-holdings-limited-et-al>

¹¹⁷ USDT, Tether adlı kripto para biriminin simgesidir ve Amerikan dolarına sabitlenmiş bir yapıya sahiptir. Bu durum, USDT'nin bir stablecoin (değer istikrarlı kripto para birimi) olduğunu ifade eder; değeri Amerikan dolarındaki değişimlere bağlı olarak dalgalanmakta olup, Tether'in dolar rezervleri ile desteklenmektedir. "Tether (USDT): Meaning and Uses for Tethering Crypto" (Investopedia, 2024), Erişim Tarihi: Aralık 1, 2024, <https://www.investopedia.com/terms/t/tether-usdt.asp>

ABD dolarına çevrilmesinden çok daha düşük dönüşüm maliyetleri sunması nedeniyle tercih edilmiştir. Şirketin kripto varlıklarının %13'ünün hâlihazırda Tether olarak tutulması, varlıkların Tether'e çevrilmesi durumunda yalnızca %87'lik bir kısım için dönüşüm ücreti doğmasını sağlamaktadır¹¹⁸. Mahkeme, bu yöntemi, kripto varlıkların değerinin korunmasını ve alacaklılara sağlanacak getirinin maksimize edilmesini amaçlayan mantıklı ve etkili bir yaklaşım olarak nitelendirmiştir. Bu doğrultuda, likidatörler, kripto varlıkların ABD doları ve mümkün olduğunda Tether olarak nakde dönüştürülmesi sürecine başlamıştır. Torque davası, iflâs süreçlerinde kripto varlıkların değerinin korunması için dönüşüm maliyetlerinin göz önünde bulundurulmasının önemini vurgulamaktadır.

Türk İcra ve İflâs Hukukunda genel kural olarak, İİK m. 195 uyarınca iflâsın açılmasıyla müflisin tüm borçlarının muaccel hale geleceği, m. 198 uyarınca konusu para olmayan alacakların paraya çevrileceği ve m. 196 gereğince iflâs masasına giren alacaklara faiz işlemeye devam edeceği öngörülmektedir. Ancak, bu çerçevede çeviri zamanına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide ise, çeviri işleminin iflâsın açıldığı tarih esas alınarak yapılmasının uygun olduğu görüşü benimsenmiştir¹¹⁹. Benzer şekilde, yakın tarihli bir yargı kararında şu şekilde karar verilmiştir:

“İcra İflâs Kanunu'nun 195. maddesinde iflâsın açılması ile müflisin borçlarının muaccel olacağı ve iflâsın açıldığı güne kadar işlemiş faiz ve takip masraflarının ana paraya ilave edilerek masaya kaydedileceği öngörülmüştür. Bu hükmün amacı, iflâs tarihinde masanın aktif ve pasiflerinin eşit şekilde ve aynı zamanda belirlenerek müflisin tüm alacaklılarına eşit ödeme yapılmasıdır. Bunu sağlamak için de yabancı para alacakların aynı paraya (Türk Parasına) çevrilmesi gerekir. Çeviri zamanı ise, yabancı para alacakları ve konusu para olmayan alacaklar için iflâs kararının verildiği tarih olmalıdır. Diğer taraftan yabancı para alacağının aynen kaydı, alacaklılar arasında eşitliği ön planda tutan İflâs Hukukunun bu prensibini de zedelemiş olacaktır. Zira, iflâsta imtiyazlı alacaklar İİK'nin 206. maddesinde ilk beş sırada sayılmış olup, yabancı paranın masaya aynen kaydedilmesi halinde, yabancı para alacakları lehine kanunda öngörülmeleyen bir imtiyaz yaratılmış olur. Bu durumda ise, aynı sırada bulunan ülke parası alacaklısı ile yabancı para alacaklısı arasında eşitsizlik meydana gelecektir. Bu sonuç ise, her sıradaki alacaklıların eşit hakka sahip olduğunu belirten İİK'nin 207. maddesine

¹¹⁸ Philip Smith and Jason Kardachi in Their Capacity As Joint Liquidators of Torque Group Holdings Limited (In Liquidation) and Torque Group Holdings Limited (In Liquidation) CLAIM NO. BVIHC (COM) 0031 OF 2021, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://www.eccourts.org/judgment/philip-smith-v-torque-group-holdings-limited-et-al>

¹¹⁹ Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 1244. ABD İflâs Hukuku mahkemelerin alacak miktarını, iflâs başvurusunun yapıldığı tarih itibarıyla ABD'nin yasal para birimi üzerinden belirlemesi gerektiğini öngörmektedir. 11 U.S. Code § 502.

aykırılık teşkil eder. Dairemizin istikrarlı içtihatlarında da belirtildiği üzere, iflâs davalarının kamu düzenini ilgilendiren davalardan olması ve mahkemece kayıt kabulüne karar verilecek miktarın diğer alacaklıların alacak miktarlarını ve haklarını da etkileyecek olması sebebiyle, davacının müflis şirketten olan alacağının iflâsın açıldığı tarihteki Merkez Bankasının efektif satış kuru üzerinden Türk Lirası'na çevrilerek masaya kayıt ve kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yabancı para cinsinden hüküm tesisi doğru olmamıştır¹²⁰."

Kripto varlıkların kıymet takdirinin ve paraya çevrilmesi zamanının belirlenmesi, alacaklıların alacaklarının tam olarak karşılanması ile borçlunun varlıklarının gelecekteki kullanım haklarının korunması arasındaki dengeyi gözeterek dikkatli bir yaklaşım gerektirmektedir. Alacaklılara eşit ve adil davranılması, alacaklıların mümkün olan en yüksek değerle ödenmesi ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması bakımından bu süreç kritik bir öneme sahiptir. Kripto varlıkların değişken yapısı, yukarıda bahsi geçen iflâs davalarında görüldüğü üzere, kıymet takdirinin zamanlamasını hassas bir konu haline getirmiştir. Takdir zamanının esnek tutulması, yalnızca değerlendirme amaçlarını yerine getirmekle kalmayıp, aynı zamanda cebri icra hukukunun temel hedeflerinden olan malvarlığının korunmasına da katkıda bulunmaktadır. Bu konudaki hukuki düzenlemeler, iflâs masasının değerini güvence altına alarak daha sürdürülebilir bir çözüm sağlama amacıyla esneklik tanıyacak şekilde uyarlanmalıdır. Bu çerçevede, kıymet takdirinin alacaklı ve borçlunun haklarını koruyacak şekilde gerçekleştirilmesi, somut olayın özelliklerine göre farklı zaman dilimlerinde yapılması ve süreçte uzman bilirkişilerin desteğinin alınması yerinde olacaktır. Bu yaklaşım, tarafların çıkarlarının dengelenmesini sağlarken adil bir kıymet tespiti sürecine katkı sunacaktır.

SONUÇ

Kripto varlıkların son dönemdeki büyük dalgalanmaları ve diğer kripto varlıkların piyasa değerinin çeşitli faktörlere ve piyasa koşullarına bağlı olarak belirsizlik göstermesi, bu varlıkların yüksek değişkenliğini açıkça ortaya koymuş; bunun sonucunda, değerlerinin doğru bir şekilde tespit edilmesi konusunda ciddi endişeler doğmuş ve çok boyutlu etkiler yaratan bir dizi değerlendirme sorununu gözler önüne sermiştir. Bu durum, özellikle cebri icra bağlamında büyük bir önem taşımaktadır; zira haciz işlemlerinde varlıkların kıymet takdiri, alacaklılara ödenecek miktarın tespit edilmesine olanak sağlayan kritik bir unsurdur. İcra ve iflâs prosedürlerinin en zorlu yönlerinden biri olarak kabul edilen kıymet takdiri, belirsiz piyasa değerine sahip, karmaşık işlevleri olan ve dağıtık defter teknolojisinden kaynaklanan yenilikçi özellikler barındıran varlıklar söz konusu olduğunda daha da karmaşık hale gelmektedir. Bu bağlamda, kripto varlıklar

¹²⁰ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 2021/5287 E., 2022/3913 K. (Yargıtay Karar Arama).

icra ve iflâs sürecinde kıymet takdiri açısından benzersiz zorluklar yaratmakta ve alacaklıların alacaklarına doğru şekilde kavuşmalarına engel olma potansiyeline sahiptir. Özellikle, son dönemde kripto piyasasında yaşanan çöküşler ve zincirleme likidite krizleri, iflâs bağlamında çeşitli sorunları ortaya çıkararak bu yöndeki zorlukların altını çizmektedir.

Kripto varlıkların İcra ve iflâs hukuku kapsamındaki değerlendirmeleri, hem hukuk teorisi hem de uygulamada dikkatle ele alınması gereken karmaşık bir yapı arz etmektedir. Kripto varlıkların devredilebilirlik, misli olup olmama ve ödeme kripto varlığı olup olmaması özellikleri üzerinden yapılacak ayrımlar, bu varlıkların haciz ve iflâs süreçlerindeki statülerinin doğru bir şekilde tespit edilmesi açısından önemlidir. Özellikle, devredilebilme niteliğine sahip ödeme kripto varlıklarının, yabancı paralara benzer şekilde takip edilmesi ve TL karşılığında icraya konu edilmesi, icra ve iflâs hukukunun genel ilkelerine uyumlu bir çözüm olarak önerilebilir. Bunun yanı sıra, misli olmayan ve hizmet odaklı kripto varlıkların yalnızca ilâmlı icraya konu edilebilmesi, hukuk sistemi içerisindeki farklı kripto varlık türlerine özgü kuralların gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Kripto varlıkların iflâs süreçlerinde de doğru sınıflandırma yöntemlerinin uygulanması, iflâs masasına kaydedilecek varlıkların değerlendirilmesi ve aynen ifa veya TL karşılığında paraya çevrilme süreçlerinin belirlenmesi açısından elzemdir. İflâs idaresi, alacaklının ve iflâs masasının menfaatlerini dikkate alarak aynen ifa kararı alabileceği gibi, alacağın iflâs açılış tarihindeki değerine göre TL cinsinden iflâs masasına kaydını da gerçekleştirebilir. Kripto varlıkların piyasa değerlerinde yaşanan dalgalanmalar, icra ve iflâs hukuku uygulamaları açısından ek zorluklar doğurmakta olup, alacağın doğru değerlendirilmesi için ifa tarihinin doğru belirlenmesi önemli bir parametre olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu bağlamda, kripto varlıklara ilişkin yapılacak yasal düzenlemelerin, mevcut icra ve iflâs hukukunun ilkeleriyle uyumlu, teknolojinin gelişim hızına uygun esneklikte ve değişime açık bir yapı sunması gerekmektedir. Kripto varlıkların dinamik doğası dikkate alınarak geliştirilecek bir sınıflandırma ve takip sistemi, hem alacaklıların haklarının korunmasına katkı sağlayacak hem de iflâs masasının değerini koruma amacıyla etkin bir çözüm sunacaktır. Böyle bir düzenleme, gelecekte ortaya çıkabilecek yeni kripto varlık türlerinin de hukuki sisteme kolayca entegre edilmesine olanak tanıyacaktır.

Bu çalışmada incelenen kripto varlıkların kıymet takdirine yönelik mevcut yöntemlerin, bu varlıkların dinamik ve kendine özgü yapısını tam olarak karşılamakta yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu nedenle, kıymet takdiri sürecinde maliyet tabanlı yaklaşımlarla piyasa temelli yöntemlerin hibrit bir şekilde bir araya getirilmesi gerekmektedir. Özellikle, NVT oranı ve Değişim Denkliği gibi piyasa odaklı ölçütlerin yanı sıra, düzenleyici belirsizlikler, teknolojik riskler ve piyasa oynaklığı gibi faktörlerin sistematik olarak değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır.

Bununla birlikte, merkeziyetsiz ağların doğası gereği, destekleyici toplulukların büyüklüğü ve katkıları gibi unsurların, kripto varlıkların değerini belirlemede kritik bir rol oynadığı unutulmamalıdır. Bu bağlamda, topluluk etkileşimlerini ve ekosistemin genel sağlığını ölçen yeni metriklerin geliştirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, kripto varlıkların kıymet takdiri için, geleneksel yöntemlerin ötesine geçen, çok boyutlu ve esnek bir değerlendirme yaklaşımı benimsenmelidir. Bu tür bir yaklaşım, yalnızca mevcut düzenlemelerle uyumu sağlamakla kalmayacak, aynı zamanda kripto varlıkların karmaşık yapısını daha kapsayıcı bir şekilde değerlendirmeye olanak tanıyacaktır.

Kripto varlıklarının kıymet takdiri zamanının belirlenmesi, alacaklıların mevcut alacaklarını karşılayabilme çıkarları ile borçlunun varlıkları üzerindeki gelecekteki haklarını dengede tutmayı gerektiren titiz bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Alacaklıların eşit ve adil muamele görmesi, mümkün olan en yüksek değerle ödeme yapılması ve tarafların çıkarlarının dengelenmesi açısından bu süreç kritik öneme sahiptir. Kripto varlıkların oynak yapısı ve değer değişimlerine açık doğası, yakın dönemdeki iflâs davalarının da gösterdiği gibi, kıymet takdiri sürecindeki zamanlamayı önemli hale getirmektedir. Kıymet takdiri sürecinde zamanlamanın esnek tutulması, yalnızca değerlendirme amaçlarının değil, aynı zamanda iflâs hukukunun temel hedeflerinden biri olan malvarlığının korunmasını da daha etkili şekilde sağlamaktadır. Konu ile yapılacak hukuki düzenlemeler bu amaca hizmet etmeli, iflâs masasının değerini koruma ve sürdürülebilir bir çözüm sunma yönünde esneklik tanınmasını desteklemelidir. Bu doğrultudaki bir kıymet takdiri prosedürü, tarafların çıkarlarını dengelemenin yanı sıra, iflâs süreçlerinin etkinliğini ve malvarlığının korunmasını da güvence altına alacaktır.

KAYNAKÇA

- Ablıkçı, Eylül. “Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar.”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16, S. 2 (2021): 273-312.
- Akkan, Mine. Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası (İİK m.30, m. 343). İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Arslanian, Henri ve Fischer, Fabrice. The Future of Finance: The Impact of FinTech, AI, and Crypto on Financial Services, Springer International Publishing, 2019.
- Apel, Simon ve Herrmann, Philipp. “Digitalisierung und Zwangsvollstreckung,” Thomas Riehm ve Sina Dörr (Ed.), Digitalisierung und Zivilverfahren. Walter de Gruyter GmbH, 2023.
- “Assessment of Risks to Financial Stability from Crypto-Assets”. Financial Stability Board 2022. Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://www.fsb.org/uploads/P160222.pdf>.
- Ata Polat, Özlem. “Dağıtık Defter Teknolojisine Dayalı Kıymetli Evrak Düzenlemeleri ve Bu Düzenlemelerin Menkul Kıymetlerin Kıymetli Evrak Niteliğine Etkisine İlişkin Bir Değerlendirme.”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 39, S. 2 (2023): 323-365
- Aymaz, Ahmet. “Kripto Paraların Haczi.”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 72, S. 4 (2024): 1635-1700.
- Bakhtiar, Tiam, Luo, Xiaojun ve Adelopo, Ismail. “The impact of fundamental factors and sentiments on the valuation of cryptocurrencies.”, Blockchain: Research and Applications 4, (2023).
- Blandin Apolline ve diğerleri. The Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study. Cambridge: Cambridge Centre for Alternative Finance, 2019. <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2019-04-ccaf-global-cryptoasset-regulatory-landscape-study.pdf>.
- Brown, Claude ve diğerleri. Cryptoassets and Initial Coin Offerings, in Jelena Madir, FinTech. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2024. 127-166.
- Boran Güneysu, Nilüfer. İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri. Ankara: Yetkin, 2020.
- Boran Güneysu, Nilüfer. Dijital Çağda Takip Hukukunda Gelişmeler in Muhammet Özeke (ed), Dijital Çağda Medeni Yargı. Ankara: Adalet, 2022. 353-415.
- Bulut, Uğur. “Kripto Varlıkların Haczi ve Paraya Çevrilmesi.”, Terazi Hukuk Dergisi 18, S. 206 (2023): 53-69.
- Burniske, Chris. “Cryptoasset Valuations.”, Medium, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://medium.com/@cburniske/cryptoasset-valuations-ac83479ffca7>.
- Burniske, Chris. “Introducing NVT Ratio (Bitcoin’s PE Ratio), use it to detect bubbles” Woobull, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://woobull.com/introducing-nvt-ratio-bitcoins-pe-ratio-use-it-to-detect-bubbles/#fn1>.
- Buter, Vitalik. “Soulbound,” Vitalik Buterin’s website, 2024, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://vitalik.eth.limo/general/2022/01/26/soulbound.html>.
- Buttignon, Fabio. “Terminal Value, Growth, and Inflation: Some Practical Solutions,” Business Valuation Review 34, S. 4 (2015): 158-172.

- Çekin, Mesut Serdar. “Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, S. 1 (2022): 1-30.
- Cioffi, Joseph. Massimo Giugliano ve Adam Levy, “Valuing crypto in the bankruptcy multiverse,” Reuters, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://www.reuters.com/legal/litigation/valuing-crypto-bankruptcy-multiverse-2024-07-30/>.
- Chan, Elizabeth, Tang, Nicole ve Taylor, Edward. “Crypto Disputes: The Valuation Challenge.”, Dispute Resolution International 17, S.1 (2023): 21-54.
- Çon, Ömer. “Kripto Varlıkların İcra ve İflâs Kanunlarında Görünümüne Dair İsviçre Örneği.”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 13, S. 51 (2022): 229-258.
- Çoşkun, Mehmet Egehan. Hukuki Açından Varlıklar ve İlk Kripto Para Arzı. Yüksek Lisan Tezi, 2023.
- Diamond Fortress Techs. v. Everid, Inc.*, 274 A.3d 287 (Del. Super. Ct. 2022).
- Doğancı, Doğa Ekrem. Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfâsı ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar. İstanbul: On İki Levha, 2021
- Dowlat Sherwin ve Hodapp, Michael. “Cryptoasset Market Coverage Initiation: Valuation.”, Satis Group, 2018, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, https://research.bloomberg.com/pub/res/d37g1Q1hEhBkiRCu_ruMdMsb0A.
- Ergün Topçu, Melike. “İİK Kapsamında İflâs Hukukunda Yabancı Para Borçları Açısından Takasta Özdeşlik Şartı.”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU’na Armağan 23, S. 3 (2017): 665-681
- “European Valuation Standards,” TEGOVA-The European Group of Valuers’ Associations, 2020, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, 152, https://tegoval.org/static/72fa037473e198cbd428e465158bcfdb/a6048c931cdc93_TEGOVA_EVS_2020_digital.pdf.
- Glas, Tobias. “Digital Assets,” in Tobias Glas (ed) Asset Pricing and Investment Styles in Digital Assets, Springer, Cham, 2022.
- Gupta S.K. ve Pareek C.A.Vaibhav. “Distressed Companies: A Study of Considerations, Approaches and Methods of Valuation.”, International Corporate Rescue 18, S.3 (2021): 214-218.
- Güçlütürk, Osman Gazi. “Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi.”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi 4, S. 3 (2019): 383-408.
- Güçlütürk, Osman Gazi ve Cankat, Rifat. “Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Hukuki Niteliği,” in E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk (eds), Gelişen Teknolojiler Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Hayes, Adam S. “A Cost of Production Model for Bitcoin.”, The New School for Social Research, 2015, https://www.economicpolicyresearch.org/econ/2015/NSSR_WP_052015.pdf.
- Hashfast Technologies LLC v. Lowe, Bankr. N.D. Cal., 14-30725.
- Ige, Lanre. “Cryptoasset valuation techniques,” Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://s3.us-east-2.amazonaws.com/lanreige/Cryptoasset+Valuation+Techniques.pdf>.

- Kodakoğlu, Mehmet. “Kıymet Takdirinin Yapılmasına İlişkin Bazı Meseleler ve Enflasyonun Kıymet Takdirine Etkisi.”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, S. 2 (2023): 351-383.
- Kostoula, Theodora. “Valuation of cryptoassets in EU insolvency: Challenges and prospects.”, *International Insolvency Review* 32, S.1 (2023): 8-40.
- Kurt Konca, Nesibe ve Selçuk, Seyhan. “Kripto Varlık Alacaklarına İlişkin Davalarda Görevli Mahkeme.”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 166, (2023): 61-100.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet, 2013.
- Kuru, Baki. “İcra ve İflâs Kanunu’nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler.”, *Bankacılar Dergisi* 47, (2003): 59-82.
- Lannquist, Ashley. “Today’s Crypto Asset Valuation Frameworks.”, Medium, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://medium.com/blockchain-at-berkeley/todays-crypto-asset-valuation-frameworks-573a38eda27e>.
- Liu, Chen. *Crypto-asset Valuation: A Review and Analysis of Current Methods*,” Stéphane Goutte, Khaled Guesmi ve Samir Saadi (eds.), *Cryptofinance A New Currency for a New Economy*. World Scientific Publishing 2021: 171-190.
- Meriç, Nedim. *İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk İsviçre Hukuku Kapsamında)*. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Mokal, Jameel. “The Valuation of Distressed Companies: A Conceptual Framework.”, *International Corporate Rescue* 3, (2006): 123-131.
- Namlı, Mert. *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Nevil, Scott. “What Is Proof of Work (PoW) in Blockchain?,” Investopedia, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://www.investopedia.com/terms/p/proof-work.asp>.
- Özdemir, Gençer. “Kripto Paraların Eşya Niteliği.”, *Süleyman Demirel Hukuk Demirel Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, S. 1 (2021): 289-306.
- Pekcanitez, Hakan. *Yabancı Para Alacaklarının Tahsili*. Ankara: Yetkin, 1998.
- Pongratz, Nicholas. “Sam Bankman Fried Explains His Arbitrage Techniques.”, Yahoo! Finance, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://finance.yahoo.com/news/sam-bankman-fried-explains-arbitrage-132901181.html>.
- Saygıoğlu, Sıla. *Kripto Varlıkların Medeni Hukuk Bağlamında İncelenmesi*. Yüksek Lisans Tezi, 2024.
- Sezgin, Gökmen. *Kripto Paralar*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Shawver, Josephine. “Commodity or Currency: Cryptocurrency Valuation in Bankruptcy and the Trustee’s Recovery Powers.”, *Boston College Law Review* 62, S. 6 (2021): 2013-2055.
- Singh, Tara ve St John, Tyler. “Decrypting Crypto: An Introduction to Cryptoassets and a Study of Select Valuation Approaches.”, *Chartered Business Valuators Institute*, 2019 <https://cbvinstitute.com/wp-content/uploads/2019/12/DecryptingCrypto-Final-DIGITAL-VERSION.pdf>.
- Soni Urav ve Preece, Rhodri. *Valuation of Cryptoassets: A Guide for Investment Professionals*, CFA Institute, 2023.

- Stanghellini, Lorenzo ve diğeri. *Best Practices in European Restructuring: Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law*. Milano: Wolters Kluwer, 2018.
- “Tether (USDT): Meaning and Uses for Tethering Crypto” (Investopedia, 2024), Erişim Tarihi: Aralık 1, 2024, <https://www.investopedia.com/terms/t/tether-usdt.asp>
- “The valuation of crypto-assets,” EY Financial Services, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, 8, https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/emeia-financial-services/ey-the-valuation-of-crypto-assets.pdf.
- “Today’s Cryptocurrency Prices by Market Cap” (CoinMarketCap, 2024) Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024 <https://coinmarketcap.com>.
- “Utility Token Nedir?,” BilgiPlatformu, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://bilgiplatformu.btcturk.com/kripto-okur-yazarlik/utility-token-nedir/#:~:text=Utility%20token%2C%20Türkçe'de%20fayda,özel%20olarak%20sunulan%20hizmetlere%20erişebilmektedir>.
- Üstündağ, Saim. *İcra Hukukunun Esasları*. İstanbul: 8. Baskı, 2004.
- Yardımcı, Taner Emre. “İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoininin Hacz edilmesi.”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23, S.3 (2019): 97-128.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem. “Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlämlerin İcra-sı.” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16, (2014): 2735-2776.
- Yüksel, Sinan H. ve Güçlütürk, Osman Gazi. *Kripto Varlıkların İlk Arzı (ICO) ve Türk Hukukunda İlgili Düzenlemelerin Tespiti*, in E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk (eds), *Gelişen Teknolojiler Hukuk I: Blokzincir ve Hukuk*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- “What Does Proof-of-Stake (PoS) Mean in Crypto?,” Investopedia, Erişim Tarihi: Eylül 25, 2024, <https://www.investopedia.com/terms/p/proof-work.asp>.

HACAMAT TEDAVİSİNDEN DOĞABİLECEK OLASI TIBBİ KÖTÜ UYGULAMANIN KOŞULLARI(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Tuğçem SEÇER(**)**

Öz

Türk hukuk sisteminde hem konvansiyonel hem de geleneksel tıp yasal düzlemde kendine yer bulur. Ancak, tamamlayıcı ve geleneksel tıp tedavileri, nam-ı diğer alternatif tıp, son yıllarda daha yaygın ve bilinir hale gelmeye başlamış; böylece hekimler tarafından tercih edilir olmuştur. Başka bir ifadeyle hekimler, konvansiyonel tıbbi yöntemler haricinde geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemlere yönelmeye başlamıştır. Buna karşın isminden anlaşılacağı üzere geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemleri evsel çareler olarak görülebileceğinden bu yöntemlerin yetkisi olmayan kişiler tarafından ve yetkili olmayan yerlerde uygulanması olasıdır. Hacamat, zaten uzun zamandır bilinen ve uygulanan geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerinden biriyken pandemi dönemi sonrasında aşının yan etkilerini ortadan kaldırdığı iddiasıyla daha da bilinir ve yaygın hale gelmiştir. Yine, yüzme gibi uluslararası spor müsabakalarında sporcuların vücutlarında hacamat yaptırıldığı kiteler tarafından görülmesi bu tedavi yöntemini toplum nezdinde meşrulaştırmıştır. Ancak bu durum beraberinde sağlık hukuku bakımından birtakım güncel sorunlar doğmasına yol açmıştır. Zira hacamat tedavisi aslında cerrahi bir müdahale olması hasebiyle birçok geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahaleden ayrılır. Bu niteliğine karşın apiterapi, sülük, akupunktur, mezoterapi, proloterapi, osteopati gibi farklı geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahale yöntemlerinin aynı hukuki kurallara tâbi kılınması çözümlenmesi gereken bir sorundur. Bu nedenle geniş bir çerçevede geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahale kavramını ele alan anlayışın terk edilmesi yerindedir. Bu bağlamda, ilk olarak hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşullarından tıbbi standart, aydınlatılmış onam, rıza, yetkili kişi ya da yetkili kurum kavramlarının hacamat tedavisinin özelinde incelenmesi; tıbbi kötü uygulamanın tespiti bakımından önemlidir. İkincil olarak, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamalara ilişkin hukuki düzenlemelerin hacamat tedavisi bakımından uygulanabilir olup olmadığının tespit edilmesi sorunun çözümü için gereklidir.

Anahtar Kelimeler

Hacamat, Kupa Tedavisi, Tıbbi Kötü Uygulama, Alternatif Tıp, GETATY.

(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 27.09.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 13.12.2024
DOI No: 10.54704/akdhfd.1557385

(**) Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu / Ankara, Türkiye
E-posta: tugcemsahin@baskent.edu.tr
Orcid Id: https://orcid.org/0000-0001-7121-1217



PROVISIONS OF POTENTIAL MEDICAL MALPRACTICE ARISING FROM CUPPING TREATMENT

Abstract

In the Turkish legal system, modern and traditional medicine are regulated in the legislation. However, complementary and traditional medical treatments, also known as alternative medicine, have become more widespread and well-known in recent years and are thus preferred by physicians. In other words, physicians have started to practice traditional and complementary medical methods. However, traditional and complementary treatment methods can be seen as home remedies, which may be applied by unauthorized persons and in unauthorized places. While cupping is one of the traditional and complementary treatment methods that have been known and practiced for a long time, it has become even more known and widespread after the pandemic with the claim that it eliminates the vaccine's side effects. Again, the people seeing athletes performing cupping on their bodies in international sports competitions such as swimming have legitimized this treatment method in the eyes of society. However, this situation has led to some current problems in terms of health law. This is because cupping treatment differs from many traditional and complementary medical interventions. After all, it is a surgical intervention. Despite this characteristic, subjecting different traditional and complementary medical intervention methods such as apitherapy, leech, acupuncture, mesotherapy, prolotherapy, and osteopathy to the same legal rules is a problem that needs to be solved. Therefore, it is appropriate to abandon the concept of traditional and complementary medical intervention within a broad framework. In this context, it is essential to examine the ideas of medical standards, informed consent, permission, authorized persons, and authorized institutions among the conditions of lawful medical intervention in the specific context of cupping treatment to determine bad medical practices. Secondly, it is necessary to determine whether the legal regulations on traditional and complementary medical practices apply to cupping therapy to solve the problem.

Keywords

Cupping, Cupping Therapy, Medical Malpractice, Alternative Medicine, GETATY.

Extended Abstract

In the Turkish legal system, modern and traditional medicine are regulated in the legislation. However, complementary and traditional medical treatments, also known as alternative medicine, have become more widespread and well-known in recent years and are thus preferred by physicians. In other words, physicians have started to practice traditional and complementary medical methods. However, traditional and complementary treatment methods can be seen as home remedies, which may be applied by unauthorized persons and in unauthorized places. While cupping is a traditional and complementary treatment method known and practiced for a long time, it has become even more known and widespread after the pandemic with the claim that it eliminates the vaccine's side effects. Again, the people seeing athletes performing cupping on their bodies in international sports competitions such as swimming have legitimized this treatment method in the eyes of society. However, this situation has led to some current problems in terms of health law.

First, it is typical for cupping to be performed by an unauthorized person. Therefore, the state should encourage traditional and complementary medicine practices within its institutions. On the other hand, it is often considered unusual for practices such as cupping to be performed by a physician due to the established belief in society. Legalizing cupping treatment is only possible if the public knows this practice is not a domestic remedy. Within this framework, it is necessary to prevent institutions and organizations from publicly organizing cupping training certificate programs illegally. The state should prevent people from being deceived and engaging in fraudulent practices. The state should especially notify people who receive this so-called training and call themselves cupping practitioners regarding criminal and legal liability.

On the other hand, medical malpractice may likely occur even if an authorized physician performs cupping. For this reason, the training to be received by the authorized person should be planned in a more controlled and broader framework. By issuing a more comprehensive regulation, it would be better to regulate the term authorized person and the training qualifications, specifically in traditional and complementary medicine practices. The ambiguity of

the term “*allied health personnel*” in the annex of the Regulation is the most natural consequence of this deficiency. Again, currently, the certificate training is only specific to physicians. However, as explained, it is clear that the allied health personnel are also responsible for malpractice. Therefore, there also should be a separate regulation for their education.

Second, another problem may occur when a person is not sufficiently informed about the risks of this treatment. Since alternative medical practices such as cupping cannot meet the standards of conventional medicine, informed consent is of particular importance. However, in practice, it is common for informed consent to be not provided at all or not provided properly. People’s belief that cupping can be performed even at home and that it does not carry any risk of complications should be broken. For this reason, especially in terms of surgical interventions such as cupping, the physician should be expected to prove that the patient has been informed and they should prove this by an “*informed consent form for alternative medical treatment*”. The problem of proof is more complicated in disputes arising from alternative medicine malpractice. Since there are no specific ethical principles, the specific structure of these practice areas is not considered. Therefore, a general “*Regulation on Traditional and Complementary Medical Practices*” is insufficient. Each field of practice should have its own legal regulations. This is because, unlike conventional medical practices, alternative medicine practices are prone to abuse.

In sum, cupping treatment differs from many traditional and complementary medical interventions because it is surgical. Despite this characteristic, subjecting different traditional and complementary medical intervention methods such as apitherapy, leech, acupuncture, mesotherapy, prolotherapy, and osteopathy to the same legal rules is a problem that needs to be solved. Therefore, it is appropriate to abandon the concept of traditional and complementary medical intervention within a broad framework. In this context, it is essential to examine the ideas of medical standards, informed consent, permission, authorized persons, and authorized institutions among the conditions of lawful medical intervention in the specific context of cupping treatment to determine bad medical practices. Secondly, it is necessary to determine whether the legal regulations on traditional and complementary medical practices apply to cupping therapy to solve the problem.

In the Turkish legal system, modern and traditional medicine are regulated in the legislation. However, complementary and traditional medical treatments, also known as alternative medicine, have become more widespread and well-known in recent years and are thus preferred by physicians. In other words, physicians have started to practice traditional and complementary medical methods. However, traditional and complementary treatment methods can be seen as home remedies, which may be applied by unauthorized persons and in unauthorized places. While cupping is a traditional and complementary treatment method known and practiced for a long time, it has become even more known and widespread after the pandemic with the claim that it eliminates the vaccine’s side effects. Again, the people seeing athletes performing cupping on their bodies in international sports competitions such as swimming have legitimized this treatment method in the eyes of society. However, this situation has led to some current problems in terms of health law.

First, it is typical for cupping to be performed by an unauthorized person. Therefore, the state should encourage traditional and complementary medicine practices within its institutions. On the other hand, it is often considered unusual for practices such as cupping to be performed by a physician due to the established belief in society. Legalizing cupping treatment is only possible if the public knows this practice is not a domestic remedy. Within this framework, it is necessary to prevent institutions and organizations from publicly organizing cupping training certificate programs illegally. The state should prevent people from being deceived and engaging in fraudulent practices. The state should especially notify people who receive this so-called training and call themselves cupping practitioners regarding criminal and legal liability.

On the other hand, medical malpractice may likely occur even if an authorized physician performs cupping. For this reason, the training to be received by the authorized person should be planned in a more controlled and broader framework. By issuing a more comprehensive regulation, it would be better to regulate the term authorized person and the training qualifications, specifically in traditional and complementary medicine practices. The ambiguity of the term “*allied health personnel*” in the annex of the Regulation is the most natural consequence of this deficiency. Again, currently, the certificate training is only specific to physicians. However, as explained, it is clear that the allied health personnel are also responsible for malpractice. Therefore, there also should be a separate regulation for their education.

Second, another problem may occur when a person is not sufficiently informed about the risks of this treatment. Since alternative medical practices such as cupping cannot meet the standards of conventional medicine, informed

consent is of particular importance. However, in practice, it is common for informed consent to be not provided at all or not provided properly. People's belief that cupping can be performed even at home and that it does not carry any risk of complications should be broken. For this reason, especially in terms of surgical interventions such as cupping, the physician should be expected to prove that the patient has been informed and they should prove this by an "informed consent form for alternative medical treatment". The problem of proof is more complicated in disputes arising from alternative medicine malpractice. Since there are no specific ethical principles, the specific structure of these practice areas is not considered. Therefore, a general "Regulation on Traditional and Complementary Medical Practices" is insufficient. Each field of practice should have its own legal regulations. This is because, unlike conventional medical practices, alternative medicine practices are prone to abuse.

In sum, cupping treatment differs from many traditional and complementary medical interventions because it is surgical. Despite this characteristic, subjecting different traditional and complementary medical intervention methods such as apitherapy, leech, acupuncture, mesotherapy, prolotherapy, and osteopathy to the same legal rules is a problem that needs to be solved. Therefore, it is appropriate to abandon the concept of traditional and complementary medical intervention within a broad framework. In this context, it is essential to examine the ideas of medical standards, informed consent, permission, authorized persons, and authorized institutions among the conditions of lawful medical intervention in the specific context of cupping treatment to determine bad medical practices. Secondly, it is necessary to determine whether the legal regulations on traditional and complementary medical practices apply to cupping therapy to solve the problem.

GİRİŞ

Tıp, bir hastaya bakma, teşhis, prognoz, önleme, tedavi, yaralanma veya hastalıklarının palyasyonunu yönetme ve sağlığını geliştirme uygulamalı bilimidir. Kural, bilimsel ilkelere uygun olan konvansiyonel (modern) tıp uygulamalarının varlığıdır. Konvansiyonel tıp, bilimsel verilere ve nesnel kanıtlara dayanır. Ancak günümüzde hastalar konvansiyonel tıp uygulamalarının yanında geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarına başvurmayı isteyebilirler¹.

Dünya Sağlık Örgütüne göre geleneksel tıp "*fiziksel ve ruhsal hastalıklardan korunma, bunlara tanı koyma, iyileştirme veya tedavi etmenin yanında sağlığın iyi sürdürülmesinde de kullanılan, farklı kültürlerle özgü teori, inanç ve tecrübelerle dayalı izahı yapılabilen veya yapılamayan bilgi, beceri ve uygulamaların bütünü*" ve tamamlayıcı tıp ise, "*ilave yarar sağladığına inanılan sağlık uygulamalarının konvansiyonel tıpla birlikte kullanılması sonucu kazandığı anlamdır*"². Tamamlayıcı ve geleneksel tıp tedavileri, nam-ı diğer alternatif tıp, son yıllarda yaygınlaşarak bilinen hale gelmeye başlamış³ gibi görünse de esasen, dini temeli olması⁴ nedeniyle ülkemizde uzun zamandır uygulanır⁵.

¹ John Saunders, "The Practice of Clinical Medicine as an Art and as a Science", *Medical Humanities*, S.26 (2000): 18-22.

² Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://ezheah.saglik.gov.tr/TR,396642/getat-geleneksel-ve-tamamlayici-tip-uygulamaları.html>.

³ Bkz. Dünya Sağlık Örgütü 2014-2023 Geleneksel Tıp Uygulamaları Stratejisi, Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.who.int/publications/i/item/9789241506096>.

⁴ Hacamatı öven sahabe rivayetleri için bkz. Halil Kaya, "Hacamat ile İlgili Rivayetler Üzerine Bir İnceleme", *Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi* 4, S.2 (2020), 66-68.

⁵ Naseem Qureshi ve diğerleri, "History of Cupping (Hijama): a Narrative Review of Literature", *Journal of Integrative Medicine* 3, S.15 (2017), 176.

Zamanla tamamlayıcı ve geleneksel tıp tedavilerinin görünür ve yaygın hale gelmesiyle bir hukuki düzenlemeye gereksinim duyulmuş; ilk olarak Sağlık Bakanlığı 2013-2017 Stratejik Planı'nda⁶, daha sonra Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı Onuncu Kalkınma Planı'nda⁷ kanıta dayalı geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının yönetişimini ve kalitesini iyileştirmek için bu uygulamaların eğitimli kişiler ve istenilen donanım ve araçlara sahip sağlık kuruluşları tarafından sunulması ve bunların denetlenmesi zorunlu hale getirilmiştir. Yine bu yönde, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği hazırlanmıştır⁸. Yönetmeliğin amacı, “*insan sağlığına yönelik geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulama yöntemlerini belirlemek, bu yöntemleri uygulayacak kişilerin eğitimi ve yetkilendirilmeleri ile bu yöntemlerin uygulanacağı sağlık kuruluşlarının çalışma usul ve esaslarını düzenlemek*” olarak ifade edilmiştir.

Günümüzde alternatif tedavi yöntemleri, özellikle hacamat, malumun ilanı olduğu üzere Covid-19 aşısının yan etkilerini ortadan kaldırdığı iddiasıyla⁹ sosyal medya kullanıcıları arasında yayılmış ve daha bilinir hale gelmiştir¹⁰. Yine, yüzme gibi uluslararası spor müsabakalarında sporcuların vücutlarında hacamat yaptırdığının seyirciler tarafından görülmesi bu tedavi yöntemini kişiler nezdinde meşrulaştırmıştır¹¹. Ancak aynı zamanda, aşağıda örneklerle görüleceği üzere, ha-

⁶ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/9843/0/saglik-bakaligi-stratejik-plan--2013-2017pdf.pdf?_tag1=732DB6BBC0692DEE6FC458B05035CFADB14F1F97.

⁷ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/08/Onuncu_Kalkinma_Plani-2014-2018.pdf.

⁸ RG; 27.10.2014, 29158.

⁹ Hacamat tedavisi hastanın bağışıklık sistemini güçlendirdiğinden kan akışının artmasına ve vücuttaki toksinlerin atılmasına yardımcı olur. Covid-19 aşısı sonrasında, bağışıklık sisteminin güçlendirilmesi, mortalite ve morbiditenin azaltılmasında rol oynayan tamamlayıcı bir tedavi olarak değerlendirilebilir. Aynı yönde bkz. Nazirah Syaidatun Abu Zahrin, Mohsin Mohamad Mohamad Said, Izzati Amirah Mohd Iskandar Sandakumaran ve Asiah Sofiyah Khan Zubair Khan, “The Benefit of Cupping (Hijamah) to Post-Vaccination Mental & Physical Health” *KATHA* 17, S.1 (2021), 20-31; Mohammad Saeed Kalantari Meybodi, “Prevention and Treatment of COVID-19: The Neglected Role of Complementary Medicine”, *International Journal of Preventive Medicine* 1, S.13 (2022): 17-18; Nooshin Abbasi, Rezvan Najafi, Azam Meyari, Mahdi Biglarkhani, “An insight into the possible benefits of cupping therapy in COVID-19”, [https://www.qeios.com/read/I4USIG#:~:text=Cupping%20therapy%20by%20stimulating%20meridian,of%20hospitalized%20COVID%2D19%20patients;\"Bireylerin COVID-19 pandemisi öncesinde sıklıkla yaptırdıkları girişimsel uygulamaların hacamat \(%12.4\) olduğu, pandemi döneminde COVID-19'dan korunmak için damardan vitamin ve destek uygulamaları \(%4.2\) yaptırdığı, COVID-19 olan katılımcıların da hastalık sonrasında en çok damardan vitamin ve destek uygulamaları \(%2.6\) yaptırdığı belirlenmiştir.](https://www.qeios.com/read/I4USIG#:~:text=Cupping%20therapy%20by%20stimulating%20meridian,of%20hospitalized%20COVID%2D19%20patients;\) Meftun Akgün, Nuriye Pekcan, Hatice Demirdağ, Bahise Aydın, Emine Ekici, “Türkiye’de Covid-19 Pandemisinde Kullanılan Geleneksel ve Tamamlayıcı Tedavi Uygulamaları: Kesitsel Bir Araştırma”, *Turkish Journal Of Health And Sport* 2, S.4 (2023), 49.

¹⁰ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.yenisafak.com/gundem/hacamat-tedavisi-kovid-19-asisinin-etkisini-vucuttan-atiyor-yalani-3722917>; <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/saglik/noroloji-uzmani-dr-ustun-kovid-19dan-korunmak-icin-hacamat-tedavisi-yapilabilir-41692275>; https://www.ensonhaber.com/saglik/asinin-yan-etkisinden-kurtariyor-yapin-yaptirin#google_vignette.

¹¹ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.yenisafak.com/spor/hacamatli-sampiyon-michael-phelps-2507374>; <https://www.health.harvard.edu/blog/what-exactly-is-cupping-2016093010402>.

camat daha sık tıbbi uygulama hatasına ve hekimin hukuki sorumluluğuna konu olmaya başlamıştır.

I. HACAMAT TEDAVİSİ

Hacamat, toplumlarda uzun süredir tercih edilen geleneksel ve tamamlayıcı bir tedavi türüdür¹². Çalışma kapsamında tıbbi kötü uygulama bakımından hacamat tedavisini irdeleyebilmek için öncelikle uygulamanın tanımının, kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi gerekir. Daha sonra tıbbi kötü uygulamanın içeriğinin belirlenmesi ve son olarak çalışmanın ortaya konulmasına neden olan somut olayların örneklendirilmesi gerekir.

A. TANIM

Hacamat, her şeyden önce bir cerrahi¹³ işlemdir¹⁴. Yaş kupa tedavisi olarak da bilinir¹⁵. Hacamat sözlükte “*emme*” anlamına gelen “*hacm*” kökünden gelir¹⁶. Hacamat, cam ya da sert plastikten yapılmış çeşitli boyutlardaki ve şekillerdeki kupalar kullanılarak yapılan vücuda çizikler atılarak ateş ya da manuel pompa ile oluşturulan basınç yardımıyla sıvının dışarı atılmasını sağlayan bir tedavi yöntemidir¹⁷. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin

¹² Abdulkadir Kaya, Lale Taşdemir ve Yasemin Cayır, “Cupping Therapy and Scientific Basics”, *International Journal of Traditional and Complementary Medicine Research* 3, S.3 (2022): 197.

¹³ “Cerrah kelimesinin kökeni arapça ‘*carh*’ yaralama, vücutu kesici bir aletle kesme anlamlarına gelmektedir. Yapılan fiili inceleyen bilim dalı da ‘*cerrahi*’ adını almıştır.” Fatma Eti Aslan, “Cerrahi Hemşireliğinin Tarihçesi”, *Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi* 12, S.1 (2009): 104; Ahmet Hamdi Kepekçi ve Ali Bestemi Kepekçi, “Dünden Bugüne Cerrahi ve Ameliyathane”, *Journal of Medical Sciences* 4, S.1 (2023), 15; Hacamat tedavisinin temeli vücuda atılan kesilere dayandığından cerrahi bir müdahale olarak değerlendirilmesi mümkün olmalıdır.

¹⁴ Niki Papavramidou, Vassilios Thomaidis ve Alike Fiska, “The Ancient Surgical Bloodletting Method of Arteriotomy”, *Journal of Vascular Surgery* 6, S.54(2011): 1842; Helen Christopoulou-Aletra ve Niki Papavramidou, “Cupping: an Alternative Surgical Procedure Used by Hippocratic Physicians”, *The Journal of Alternative and Complementary Medicine* 14, S.8 (2008): 899-902.

¹⁵ Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin ekinde yer alan tanımında hem kuru kupa tedavisine hem de yaş kupa tedavisine değinilir. Tedavi genel olarak, kupa tedavisi olarak adlandırılır.

¹⁶ Necmettin Şeker, “Hz. Peygamber'in Hadislerinde Koruyucu Hekimlik: Hacamat Örneği”, *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1, S.21(2013): 161.

¹⁷ “Çin tıbbındaki yaş kupa tedavisinde uygulanan alana önce çizikler atılır, ardından kupalar negatif basınç ile yerleştirilir ve bölgedeki sıvı dışarı alınır. Arap toplumunda uygulanan yaş kupa tedavisinde ise önce kupalar yerleştirilir, oluşturulan negatif basınçla deri kabarır, hiperemi oluşur. Yaklaşık 5 dakika sonra kupalar alınır ve bu bölgelere çizikler atılarak, kupalar tekrar negatif basınç oluşturulmak suretiyle yerleştirilir ve sıvının dışarı atılması sağlanır.” Okumuş, 371; Aynı yönde bkz. Serap Tütüncü, Nilay Etiler, editör, *Tıbbın Alternatifi Olmaz! Geleneksel Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Kitabı*, (Ankara: Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 2017), 22; Tamer S. Aboushanab, Saul AlSanad, “Cupping Therapy: An Overview from a Modern Medicine Perspective”, *Journal of Acupuncture and Meridian Studies* 3, S.11(2018), 83; Huijuan Cao, Xun Li ve Jianping Liu, “An Updated Review of the Efficacy of Cupping Therapy”, *PLoS One* 7, S.2 (2012), 1; Qureshi, ve diğerleri, 173-174; Kim ve diğerleri, 434; Kaya ve diğerleri, 197.

ekine göre ise “belli vücut noktalarında bölgesel vakumla beraber yüzeysel cilt kesikleri oluşturarak kanın alındığı yaş kupa uygulamasıdır¹⁸.”

Dini yönü olan hacamat¹⁹, Din İşleri Yüksek Kurulu tarafından “hadislerde geçen tıp ve tedavi ile ilgili diğer uygulamalarda olduğu gibi tecrübeye dayalı tıbbi bir tedavi yöntemi” olarak ifade edilir²⁰. Esasen hacamat tedavisinin toplum tarafından kabul görmesinin önemli etkenlerinden birisi tedavinin dini temeli olarak değerlendirilebilir²¹.

Halk arasında yaygın uygulanmasına²² karşın, hacamat önemli yan etkiler doğurabilecek bir tedavidir²³. Örneğin hacamat yaptıran kişide; kan basıncında

¹⁸ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/yonetmelik/7.5.20164-ek.pdf>.

¹⁹ Şeker, 165-175; Aboushanab/AlSanad, 84; Hakan Volkan Acar, “Tamamlayıcı Tıp Nedir, Ne Değildir?”, VII. Sağlık Hukuku Kurultayı Bildiri Kitabı, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2017), 219; Bkz. “What Islam Says About Al Hijama, Is It a Cure for Every Disease?!” Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.sharjah.ac.ae/en/academics/Colleges/Pharmacy/Documents/StudentProjects/AlHijama.pdf>.

²⁰ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://kurul.diyaret.gov.tr/Cevap-Ara/1295/hacamat-yaptirmanin-dini-hukmu-nedir>.

²¹ Ancak bu durum hacamat tedavisinin yalnızca dini sebeplerle tercih edildiği anlamına gelmez. Zira hacamat tedavisi tüm dünyada kabul görmüş, üzerine literatür çalışmaları yapılmış, Hollanda, İsviçre ve Almanya gibi ülkelerde sağlık sigortası kapsamına dahil edilmiş bir alternatif tıp uygulamasıdır. Çalışmada özellikle dini sebeplerle tercih vurgusu yapılmasının temel nedeni, aşağıda verilen örneklerden görüleceği üzere, ülkemizde kötü tıbbi uygulama oluşturduğu durumlarda genellikle “sünnet” olması, “dinen ehil” kişi tarafından yapılması gibi hususların ön plana çıkmasıdır. Örneğin İsviçre’de alternatif tıbbi uygulamalar oldukça popülerdir. 2006 yılında yapılan bir araştırmada nüfusun yaklaşık yarısının alternatif tıbbi uygulamalardan yararlandığı ortaya konulmuştur. Ursula Wolf ve diğerleri, “Use of Complementary Medicine in Switzerland”, *Research in Complementary Medicine* 2, S.13 (2006): 4-6; Yine 2021 yılında Almanya’da yapılan bir araştırmada katılımcıların %48’nin alternatif tıbbi uygulamalardan yararlandığı ortaya konulmuştur. Anne-Kathrin Lederer ve diğerleri, “Complementary Medicine in Germany: A Multi-centre Cross-sectional Survey on the Usage by and the Needs of Patients Hospitalized in University Medical Centers”, *BMC Complementary Medicine and Therapies*, S.21 (2021): 1-10; Her şeyden öte hacamatın, binlerce yıllık mirası olan geleneksel Çin tıbbından doğduğu kabul edilir. Bambu kupalar, bardaklar veya toprak kupalar gibi çeşitli kupa türlerinden biriyle, bunları hastaların cildindeki istenen akupunktur noktalarına yerleştirerek hastalıkları iyileştirme amacına ulaşmak için kullanılmıştır. Cao Huijuan, Li Xun ve Liu Jianping, “An Updated Review of the Efficacy of Cupping Therapy”, *PLoS One* 7, S.2 (2012): 1-14; Hatta iki yüz yıldan uzun bir süre önce, Çinli bir doktor olan Zhao Xueming, farklı türdeki hacamat ve kupa şekillerinin, işlevlerinin ve uygulamalarının tarihini ve kökenini ayrıntılı olarak açıkladığı ‘Ben Cao Gang Mu Shi Yi’ adlı bir kitap yayınlamıştır. Erişim Tarihi: 01 Aralık, 2024, https://en.wikipedia.org/wiki/Bencao_Gangmu.

²² “Hacamatın tarihçesi ise çok eskilere dayanmakta ve kupa tedavisi beş bin yıldan fazla süredir dünya genelinde yaygın bir biçimde, birçok kültürde uygulanmaktadır. Özellikle Asya, Ortadoğu ve Avrupa gibi dünyanın birçok bölgesinde alternatif tedavi olarak uygulanmıştır. Hacamatın iki kısmından biri olan kuru kupa tedavisi daha çok uzak doğu ülkelerinde yaygın iken, yaş kupa tedavisi ise Orta Doğu ve Orta Avrupa ülkelerinde yaygın olarak uygulanmaktadır. Kupa tedavisinin uygulaması son zamanlarda Amerika, Almanya, Norveç, Danimarka, Suudi Arabistan, Mısır, Hindistan ve Çin gibi birçok ülkede artmıştır.” Kaya, 63.

²³ Cüneyt Tamam ve Yusuf Tamam, “Farklı Bir Bozucu Alan Nedeni: Hacamat”, *Journal of Complementary Medicine, Regulation and Neural Therapy* 12, S.1 (2018), 27.

ani artma ile hemorajik inme²⁴, pannükülit²⁵, reversible kardiyak hipertrofi²⁶ ve demir eksikliği anemisi²⁷ gözlemlenebilir²⁸. Yine, yeterli sterilizasyon yapılmadan yapılan uygulamalar, Hepatit B, C, HPV veya HIV bulaşına ve ciddi enfeksiyon riskine neden olabilir²⁹.

Hacamat bilimsel çalışmalar sonucunda birçok hastalıkta etkili bulunmuş bir tedavi yöntemidir³⁰. Klinik deneyler hacamatın; kas ve iskelet sistemi hastalıkları, kardiyovasküler bozukluklar, cilt hastalıkları, enflamatuvar bozukluklar, nöropsikiyatrik sorunlar gibi birçok kronik hastalığa uygulanabilir olduğunu ortaya koymuştur³¹. Bu nedenle, çalışmanın konusu hacamatın gerekliliği ya da bilimselliği değildir. Çalışma, hacamat tedavisinin hukuka uygun tıbbi müdahale bakımından değerlendirilmesiyle ve hacamat tedavisinin hukuka uygun bir biçimde yapılmasından doğan hukuki sorumluluğun şartlarıyla sınırlıdır.

²⁴ "Hemorajik inme beyin içinde veya etrafında kanama ile ortaya çıkar. Hemorajik inmenin birçok nedeni olmakla beraber en sık olanları; beyin atar damarlarında anevrizma adı verilen zayıf noktalar. Bu kısımlar patlayarak kanamanın beyne yayılmasına neden olur. Beyin içinde yırtılan küçük kan damarları da farklı kanama odakları yapabilir." Türk Nöroloji Derneği İnme Rehberi, Erişim Tarihi: Aralık 01, 2024 [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://noroloji.org.tr/TNDDData/Uploads/files/inme.pdf](https://www.noroloji.org.tr/TNDDData/Uploads/files/inme.pdf); "Bir kan damarı çatladığında ve beyne kan aktığında meydana gelir. Dakikalar içerisinde beyin hücreleri ölmeye başlar." Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.chcrr.org/tr/health-topic/hemorrhagic-stroke/>.

²⁵ "Pannikülit deri altında bulunan yağ dokusunun bir çeşit iltihabi reaksiyonu olarak bilinir." Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://dermnetz.org/topics/panniculitis>.

²⁶ "Kardiyomyopati, kalbin kan pompalamasını zorlaştırabilen kalp kasıyla ilgili sorunları ifade eder. Kardiyomyopatinin birçok türü ve nedeni vardır. Sahip olunan kardiyomyopatinin türüne bağlı olarak, kalp kası normalden daha kalın, daha sert veya daha büyük hale gelebilir. Bu durum kalbi zayıflatabilir ve düzensiz kalp atışlarına, kalp yetmezliğine veya kalp durması adı verilen hayati tehlike yaratan bir duruma neden olabilir." Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.nhlbi.nih.gov/health/cardiomyopathy>.

²⁷ "Demir eksikliği anemisi, demirin yiyeceklerle alınımının ya da bağırsaklardan emiliminin az olması sonucu hem yapısına fazla giremeyerek hemoglobin yapımının azalmasına sebep olmasıyla karakterize bir kansızlık türüdür." Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, https://tr.wikipedia.org/wiki/Demir_eksiklik%C4%9Fi_anemisi.

²⁸ Kim ve diğerleri, 437-438; Okumuş, 377-378.

²⁹ "357 klinik çalışmanın meta-analizi, kupa tedavisinin hepatit C enfeksiyonunun bulaşmasında kesin bir risk faktörü olduğu sonucuna varmıştır." Hande Toptan, Tuğba Kaya ve Selma Altındış, "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp (GETAT) Uygulamalarında Enfeksiyon Kontrol Önlemleri, Hijyen ve Çalışan/Hasta Güvenliği", *Biotechnol and Strategic Health Research Journal* 3, Özel Sayı (2019), 169-170; Okumuş, 378; Tütüncü, Etiler, *Tıbbın Alternatifi Olmaz*, 22, 188.

³⁰ Müyesser Okumuş, "Kupa Tedavisi ve Hacamat", *Ankara Medical Journal* 4, S.16(2016): 377; Kaleem Ullah, Ahmed Younis, Mohamed Wali, "An Investigation into The Effect Of Cupping Therapy As A Treatment For Anterior Knee Pain And Its Potential Role In Health Promotion", *The Internet Journal of Alternative Medicine* 4, S.1 (2006): 1-9; Hakan Parlakpınar ve Seyhan Ayık, "Kupa Tedavisine Genel Bir Bakış", *Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Dergisi* 3, S.2 (2020): 246-264.

³¹ Tae-Hun Kim ve diğerleri, "Adverse Events Related to Cupping Therapy in Studies Conducted in Korea: A Systematic Review", *European Journal of Integrative Medicine* 1, S.6(2014): 434; Qureshi ve diğerleri, 177; Kaya ve diğerleri, 198.

B. HACAMATIN TIBBİ KÖTÜ UYGULAMA OLUŞTURMASI OLASILIĞI

Kötü ifa, “*edimin borç ilişkisindeki niteliğine uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmemesine*” denir³². Tıbbi kötü uygulama, kötü ifanın sağlık hukukundaki görünümüdür. Tıbbi kötü uygulama, hekimin hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşullarına uymaması nedeniyle ortaya çıkar³³. Hekimlik Mesleği Etik Kuralları’nın 13. maddesine göre hekimliğin kötü uygulanması “*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi*” anlamına gelir. Bu çerçevede, hacamat tedavisi bakımından tıbbi kötü uygulama; tedavinin yetkili kişi tarafından ve yetkili yerde yapılmaması, hatalı tıbbi uygulama yapılması, komplikasyon yönetimi eksiliği ya da hastanın aydınlatılmaması şeklinde ortaya çıkabilir.

Hacamat yapan kişilerin, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarında sıkça görüldüğü üzere, hastalara gereksiz ümit vererek onları konvansiyonel tıp uygulamalarından uzaklaştırdığı görülebilir³⁴. Bu nedenle, devletin geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarını kendi kurumları bünyesinde teşvik etmesi gerekir. Örneğin Kore’de modern ve geleneksel tıp devletin denetiminde birlikte yürütülmektedir³⁵. Öte yandan, hasta veya hasta yakınının, konvansiyonel tıp uygulamalarından ayrılarak geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarına yönelmesi; hastalığın önemsiz görülmesi nedeniyle hekime gitmek için para ve zaman harcamak istenmemesinden³⁶ ya da hastalığın tedavi ihtimalinin düşük olmasından kaynaklanabilir³⁷. Ayrıca geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının hastalığın tedavisini üstlenen hekim tarafından kabul görmemesi halinde hasta ya da hasta yakını çaresizlik duygusuyla hareket ederek geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarına başvurduğunu gizleyebilir³⁸.

Hacamat gibi geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları konvansiyonel tıp uygulamaları kadar bilimsel ve deneysel süreçlerden geçmediği için yetkili hekim tarafından uygulanmaları halinde dahi risk daha fazladır³⁹. Öyle ki bu müda-

³² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 26. Baskı, 2021), 1186.

³³ Kılıç Güneş, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 31; Özçetin Selvi ve Balaban Murat, *Sağlık Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2015), 31.

³⁴ Hakeri, *Cilt II*, 1083.

³⁵ Kim ve diğerleri, 434-440.

³⁶ Örneğin Afrika gibi gelişmekte olan ülkelerde alternatif tıp uygulamaları daha düşük maliyetli ve kolay ulaşılabilir olması nedeniyle tercih edilir. Duygu Şahan, Mustafa Necmi İlhan, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Halk Sağlığı Bakımından Değerlendirilmesi”, *Gazi Sağlık Bilimleri Dergisi* 4, S.3(2019): 14.

³⁷ Pervin Somer, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği’nin Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2015): 236.

³⁸ Özge Arpacı, “Sağlık Bakanlığı Tarafından Kabul Edilen Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları ve Bunların Hukuka Uygunluğunun Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, S.2(2021): 1249.

³⁹ Kim ve diğerleri, 435; Arpacı, 1260-1261.

halelerin hekimlik eğitimi almamış kişiler tarafından yapılması sonucunda hatalı tıbbi uygulamaların doğması kuvvetle muhtemeldir. Ancak ülkemizde hacamat tedavisi “*evsel çareler*”⁴⁰ arasında kabul gördüğünden yoğun bir biçimde hekim olmayan kimselerce uygulanır⁴¹. Zira toplum tarafından hacamat uygulamasının hekim olmayan kişiler tarafından evlerde yapılması tarihi süreç içerisinde olağanlaştırılmıştır⁴². Hatta hacamat gibi uygulamaların hekim tarafından yapılması çoğu zaman olağandışı karşılanabilir. Bu durumun göstergesi, birçok kurum ve kuruluşun alenen hacamat eğitimi sertifika programları düzenlemesidir⁴³. Bu sertifika programlarının herhangi bir hukuki dayanağı yoktur. Ancak bu eğitimleri alarak kendisini hacamatçı ya da haccame olarak isimlendiren bu kişiler evlerde hacamat uygulaması yapmaktadır⁴⁴. Bu nedenle insanların kandırılmasının önüne geçilmesi ve dolandırıcılık teşkil eden uygulamalara izin verilmemesi gerekir⁴⁵.

İfade etmek gerekir ki yukarıda açıklandığı üzere hacamat tedavisinin tercih edilmesinin yegâne nedenini dini değerler oluşturmaz. Hacamat tedavisi dünya tarihinde köklerini bulan yaygın bir alternatif tıp uygulamasıdır. Ancak günümüzde, tababet ilkelerine aykırı uygulamaların yoğunlaşması ve dini değerlerin toplumda bazı kişileri hacamat tedavisine yöneltmesi sebebiyle Din İşleri Yüksek Kurulu dahi “*Hakkında pek çok klinik araştırmanın yapıldığı hacamat, geçmişte olduğu gibi günümüzde de bir tedavi yöntemi olmaya devam etmiş; Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği ile 2014 yılından itibaren tamamlayıcı tıp uygulamaları arasında kabul edilmiştir. Bununla birlikte hacamatın sağlıklı ortamlarda ve tıbben ehil olmayan kimseler tarafından icra edilmesi sağlık açısından önemli tehlikelere yol açabilmektedir. Bu itibarla hacamatın, yeterli bilgi ve tecrübeye sahip ehil kişilerce yapılmasına dikkat edilmelidir.*” açıklamasını yapmak mecburiyetinde kalmıştır⁴⁶. Yapılan açıklamadaki “*yeterli bilgi ve tecrübeye sahip ehil kişiler*” ifadesinin yeterli olmadığı açıktır. Özellikle toplumun büyük kısmının benzer dini inancı benimsediği ülkemizde uygulamanın “*yetkili sağlık personeli*” tarafından “*yetkili sağlık sunucusunda*” yapılması

⁴⁰ Yunus Emre Öztürk, Hilal Akman Dömbekçi ve Seda Nur Ünal, “Geleneksel Tamamlayıcı ve Alternatif Tıp Kullanımı”, *Journal of Integrative and Anatolian Medicine* 1, S.3 (2020): 24.

⁴¹ Tütüncü, Etiler, *Tıbbin Alternatifi Olmaz*, 143-144; Aynı yönde Kim ve diğerleri, 435.

⁴² Osmanlı döneminde fıtıkçı, sünnetçi, sınıkçı, sülükçü, hacamatçı, çıkıkçı, gibi kişiler sağlık için hizmet ederdi. Detaylı bilgi için bkz. Süleyman Emre Zorlu, *İslam ve Osmanlı Hukukuna Göre Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları. Uluslararası II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı Cilt I*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016): 770; Öztürk, Dömbekçi, Ünal, 30.

⁴³ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.hacamatenstitusu.com.tr/https://www.turkiyehacamat.com/https://www.onlinehacamatkursu.com/kurslar/hacamat-ve-suluk-kursu/>.

⁴⁴ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.sozcu.com.tr/hacamat-yaptiran-kadin-olumden-dondu-polis-baskin-yapti-wp6614575>.

⁴⁵ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku Cilt II Özel Hükümler*, (26. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 1079.

⁴⁶ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://kurul.diyamet.gov.tr/Cevap-Ara/1295/hacamat-yaptirmanin-dini-hukmu-nedir>.

gerektiği ibaresinin eklenmesi önemlidir. Din İşleri Yüksek Kurulu tarafından yapılan bu açıklamanın hukuki bir bağlayıcılığı olmadığı düşünülse bile topluma yol göstermek amacıyla devlet eliyle yapılan bu açıklamaların mevcut hukuki düzenlemelere uygun olması beklenir⁴⁷. Zira devlet tarafından yapılan açıklamaların devletin tâbi olduğu hukuk kurallarıyla çelişki yaratmaması gerekir. Özellikle söz konusu açıklamanın toplum (kamu) sağlığını tehdit eder vasfı dikkate alındığında buradaki eleştirinin yerindeliği görülebilir⁴⁸.

Bu bağlamda, bilindiği üzere hukuka uygun tıbbi müdahalenin dört koşulu bulunur. Hacamat tedavisinin hukuka uygunluğunun tespiti bakımından bu koşulların irdelenmesi gerekir. Bunlar; müdahalenin yetkili sağlık çalışanı tarafından yapılması, tıbbi zorunluluk, aydınlatılmış onam ve tıbbi standartlara uygunluktur⁴⁹.

C. ÖRNEKLER

Hacamat tedavisinin tıbbi kötü uygulama oluşturma olasılığı çalışma kapsamında defaatle vurgulanmıştır. Bu bağlamda hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşullarının hacamat tedavisi çerçevesinde incelenmesinden önce, çalışmanın esas konusu olan tıbbi kötü uygulamaları birkaç somut olayla açıklamak gerekir.

Hacamat uygulamasından doğan tıbbi kötü uygulamalara ilişkin klinik araştırmalar yapılırken daha çok akademik çalışmanın ve raporlamanın yapılması önemlidir. Zira hacamat gibi alternatif tedavilerden doğan kötü uygulamalara internet, blog, haberler gibi ortamlarda sıkça rastlanırken bu konuda yapılan akademik çalışmaların ve yasal başvuruların oranı azdır. Bu bağlamda tıbbi kötü uygulamalar örneklenirken akademik çalışmalar haricinde bu kaynaklara bakılması önemli olabilir⁵⁰.

⁴⁷ 6002 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre "İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek üzere; Cumhurbaşkanlığına bağlı Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmuştur."

⁴⁸ "Din İşleri Yüksek Kurulunun tıbbi konularla doğrudan veya dolaylı olarak ilgili fetvalarından bir kısmı, bazı tıbbi tedavi ve uygulamaların temizlik ve ibadetlere etkisine yöneliktir. Kolostomi (kalın bağırsağın ameliyatla karın ön duvarına ağızlaştırılması) ameliyatının abdeste etkisi, biyopsi yaptırmak, dil altı hapi, astım ilacı, ilaçlı bant gibi tıbbi uygulama ve tedavi yöntemlerinin oruca etkisi, düşük yapma ya da dış gebeliğin sonlandırılması ile lohusalık oluşup oluşmayacağı, jinekolojik muayenenin, rahim operasyonunun guslü gerektirip gerektirmediği gibi kadın sağlığını ilgilendiren hususlar örnek olarak verilebilir." Ülfet Görgülü, "Din İşleri Yüksek Kurulunun Tıbbi Konulardaki Fetvalarına İlişkin Metodolojik Bir Değerlendirme", Fıkıh ve Biyoetik İslam Hukuku Bakımından Tıbbi Konularda Karar Verme Süreci 2 (İsar, İstanbul 2021): 181-195.

⁴⁹ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku Cilt I Genel Hükümler*, (26. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 349-350; Hatice Nur Aktaş İncel, *Tıbbi Malpraktiste Sorumluluk ve Komplikasyon*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022): 23; Yılmaz Yördem, "Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu", *TAAD* 11, S.39 (2019): 130.

⁵⁰ Kim ve diğerleri, 439.

Bu çerçevede, öncelikle bebeklere ve çocuklara hacamat uygulaması yapılmasının halk arasında⁵¹ yaygınlaşması⁵² ve bu tedavilerin tıbbi kötü uygulama oluşturması İstanbul Tabip Odası ve Türk Pediatri Kurumu tarafından basın açıklaması konusu edilmiştir. Bu açıklamada “*Son dönemde bu yanlış uygulamalara, başta hacamat olmak üzere, bilimsel etkinliği ve güvenliği kanıtlanmamış yöntemlerin, gerekli onam ve etik süreçler tamamlanmadan, eklenmekte olduğunu görmekteyiz. Bu tip uygulamaların çocuklara geri dönüşü olmayan hasarlara yol açması kaçınılmazdır.*” ifadelerine yer verilmiştir⁵³. Yapılan başka bir araştırmada “*6 haftalıktan itibaren 70 yaşa kadar herkese, cam kavanozla hacamat yaptıklarını, hacamatın tarihinin peygamber efendimize kadar uzandığını anlatarak, şöyle devam ediyor: Sünnettir bir kere. Ayrıca bebeğinize yaptırırsanız kronik gaz ve diş sancularına iyi gelir. Ne kadar erken o kadar iyi. Kötü bir şey olsaydı eskiden yapılmazdı. Bu işlem için net bir fiyat vermiyor ancak bir tanıdığından 500 lira aldığını ya da içimden geçeni verebileceğimi söylüyor*”⁵⁴.” ifadelerine yer verilmek suretiyle tıbbi kötü uygulamanın varlığı alenileştirilmiştir.

Hacamat tedavisinin hekimlik eğitimi almamış kişiler tarafından yapılması sonucunda hatalı tıbbi uygulamaların doğması kuvvetle muhtemeldir. Örnek bir olayda yetkisiz bir kişi tarafından hacamat tedavisi uygulanan kişi anüs bölgesinde çay bardağı bulunduğu iddiasıyla hastaneye başvurmuştur⁵⁵. Söz konusu olayda hasta “*uzun zamandır basur hastası olduğunu, hacamatçıya gittiğini ve yağlı çay bardağın kazayla anüs bölgesine kaçtığını ileri sürerek*” ameliyat olmuştur⁵⁶. Bir başka olayda yetkisiz bir biçimde hacamat yapan kişi “*3 aylık bebeklerden 70 yaşındaki yaşlılara kadar herkese hacamat yapıyoruz. Hacamatı sünnet olduğu için yapıyoruz ve bizim parayla pulla işimiz yok, herkes hacamat yaptırın.*” ifadeleriyle durumu özetlemiştir⁵⁷. Yine başka bir örnek olayda emlakçılık yapan bir kadın yaşadığı sağlık problemini çözmek amacıyla bir arkadaşının kendisine önerdiği tabelası dahi bulunmayan bir apartman

⁵¹ “Ebeye göre, çocuğun gözaltları morarır ateşlenirse bebeğin kafasının arkasına iğne batırılır hemen ardından bu bölgeye tuz konur. Şifacı sabaha ateşi düşüp iyileşeceğini ifade etmektedir. Ebenin uygulamaları içinde bulunan sülük ve bu şekilde iğneyle kafanın delinmesi, sırta uygulanan bıçakla çizmeler ve kupa çekmeler halk tıbbında sıklıkla kullanılan hacamat uygulamalarıdır.” Gülay Yıldırım ve Türkan Işık, “Kayseri İlinde Bir Halk Şifacısı”, *Folklor/Edebiyat Dergisi* 20, S.78 (2014): 246-247.

⁵² Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, https://www.ntv.com.tr/galeri/turkiye/sosyal-medya-yeni-furya-bebeklere-hacamat-yapiyorlar,1_BS7Z_PikGmXCJ64U-JRA.

⁵³ Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.istabip.org.tr/7990-bebeklere-ve-cocuklara-hacamat-uygulanmasi-sagliga-zararlidir.html>.

⁵⁴ Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/fulya-soybas/soka-sokup-olume-goturebilir-el-kadar-bebeklere-hacamat-yapiyorlar-42496059>.

⁵⁵ Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/hacamat-kazasi-cay-bardagi-ameliyatla-cikarildi,7tCkquQo3kGp4GcVT68gA>.

⁵⁶ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.haberler.com/guncel/son-dakika-sanliurfa-hacamat-kazasi-14150984-haber/>.

⁵⁷ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.birgun.net/haber/bebeklere-hacamat-yapiyorlar-332074>.

dairesine giderek genital bölgesine jiletle kesik atılarak hacamat işlemi yaptırması nedeniyle hastaneye kaldırılmıştır⁵⁸. Görüleceği üzere ülkemizde kendisini hacamatçı ya da haccame olarak isimlendiren kişilerin evlerde hacamat uygulaması yaptığı bilinen bir durumdur⁵⁹. Bu bağlamda, hukuka uygun bir hacamat uygulamasından bahsedebilmek için bazı koşullara uyulması gerektiği aşıkardır.

II. HUKUKA UYGUN HACAMATIN KOŞULLARI

Hukuka aykırı yapılan geleneksel ve tamamlayıcı tedavi, hastayı iyileştirse bile hekim hukuki⁶⁰, cezai⁶¹ ya da idari sorumlulukla karşı karşıya kalabilir⁶². Örneğin yetkisiz hekim tarafından yapılan hacamat uygulaması sonucunda hastanın boyun ağrıları son bulmuş olsa bile hekimin sorumluluğuna gidilmesi mümkündür. Bu nedenle hacamat tedavisinin bir tıbbi kötü uygulama oluşturmaması için hukuka uygunluk koşullarının sağlanması gerekir.

A. YETKİLİ SAĞLIK ÇALIŞANI

Hacamat tedavisinin yetkili sağlık çalışanı tarafından yapılması önemlidir. Zira hacamat cilde uygulanan cerrahi bir girişimdir⁶³. Esasen, insan vücuduna yapılan her türlü müdahalenin hekim tarafından uygulanması gerekir. Ancak özellikle, hacamat gibi tamamlayıcı tıp uygulamaları bakımından sahte hekimlere, şifacılar ve hocalara dikkat edilmelidir⁶⁴. Ayrıca hekimin uzmanlık eğitimi almadan hacamat uygulaması yapması durumunda yetkisiz sağlık çalışanı olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, hukuka uygun tıbbi müdahalenin varlığı bakımından tıbbi müdahalede bulunabilecek yetkili sağlık çalışanının belirlenmesi ve hacamat uygulamasının tıbbi müdahale kavramı içerisinde olup olmadığının tespiti önemlidir.

İlk olarak, tıbbi müdahalede bulunabilecek kişinin tespiti için 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a⁶⁵ başvurmak gere-

⁵⁸ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.ntv.com.tr/galeri/turkiye/kacak-hacamat-yaptirdi-olumden-dondu,UAAiXuyUj0mRN1FmFtextQL-fM44DabE6fEa-Dwd1S7g>.

⁵⁹ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.sozcu.com.tr/hacamat-yaptiran-kadin-olumden-dondu-polis-baskin-yapti-wp6614575>.

⁶⁰ Hukuki sorumluluğun doğması için zarar şartının gerçekleşmesi gerektiği düşünülebilirse de hasta iyileşmesine rağmen, örneğin manevi bir zarara uğramış olabilir. Hasta hatalı tıbbi uygulama nedeniyle daha fazla acı çekmiş, daha uzun bir iyileşme süreci geçirmiş olabilir. Ya da hastanın iyileşme sürecinin uzaması nedeniyle hastane masrafları artmış olabilir. Bu nedenle hukuki sorumluluk doğma ihtimali, hastanın iyileşmesine rağmen söz konusudur.

⁶¹ "Hasta şifa balsa da yapılan eylem suçtur." Ali İhsan Taşçı, "Adli Tıp Penceresinden Alternatif Tıp Uygulamaları", *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi* 22, S.1 (2012), 50; Mehmet Demir, Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk (Ankara: Yetkin, 2018), 214-216.

⁶² James A. Bulen, "Complementary and Alternative Medicine Ethical and Legal Aspects of Informed Consent to Treatment", *The Journal of Legal Medicine* 24, S.1 (2003), 335.

⁶³ Aynı yönde bkz. Papavramidou, Thomaidis ve Fiska, 1842.

⁶⁴ Hakeri, *Cilt II*, 1079.

⁶⁵ RG; 14.04.1928, 863.

kir. Kanun'un 1. maddesi uyarınca “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.*” Yine, Kanun'un 30. maddesi uyarınca “*Türkiye Cumhuriyeti dahilinde dişçilik sanatını icra ve diş tabibi unvanını taşıyabilmek için Türk olmak ve Türkiye Darülfünunu Dişçi Mektebinden diploma almak lazımdır.*” ve 29. maddesi uyarınca “*Diş tabibi, insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi ve tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkilidir. Diş tabipliğinin herhangi bir dalında münhasıran uzman olmak ve o unvanı ilan edebilmek için diş hekimliği fakültelerinden veya Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim kurumlarından alınmış bir uzmanlık belgesine sahip olmak şarttır.*” denilir. Görüleceği üzere yetkili sağlık personeli ifadesinden tıp veya diş hekimliği fakültesi diplomasına sahip olan kişiler anlaşılmalıdır.

İkinci olarak, tıbbi müdahale kavramı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin⁶⁶ tanımlar başlıklı 4. maddesinin g bendinde açıklanmıştır. Tanıma göre tıbbi müdahale, “*tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi*” ifade eder⁶⁷. Esasen tıbbi müdahale, hekimin temelde iyileştirme amacına yönelik olan müdahalesidir⁶⁸. Bu çerçevede, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin ekinde düzenlenen on beş geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması tıbbi müdahale olarak kabul edilmelidir.

Bu bağlamda, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin 9. maddesinde uygulamaların yapılabileceği yerler ve yetkili kişiler düzenlenir. Hükümün birinci fıkrasında “*Uygulamalar, Bakanlıkça yetkilendirilmiş ünite ile uygulama merkezlerinde ve ilgili alanda uygulama sertifikası bulunan tabip ve sadece diş hekimliği alanında olmak üzere diş tabibi tarafından yapılabilir. Uygulama alanında temel eğitimi bulunan sağlık meslek mensupları merkez ve ünitelerde sertifikalı tabiplere uygulamada yardımcı olabilirler.*” şeklinde bir düzenleme yer alır. Yönetmeliğin 8. maddesinin 5. fıkrasında ise “*Tabip ve diş tabibi olmayan uygulama alanında temel eğitimi bulunan sağlık meslek mensupları sertifikalı tabip ve diş tabiplerinin gözetimi ve denetimi altında uygulamalara katılırlar.*” ifadelerine yer verilir.

⁶⁶ RG; 01.08.1998, 23420.

⁶⁷ Tıbbi müdahale, “*tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından doğrudan doğruya ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti*” ifade eder. Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Kazancı, 1991), 5; Hayrunnisa Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XI, S.1(2016), 46.

⁶⁸ Polat Tunçer, *Sağlık Hukuku Temel Bilgileri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 3.Baskı, 2018), 167; Ahmet Erzurumlu, “Akupunktur Uygulamalarından Doğan Sorumluluk”, *VII. Sağlık Hukuku Kurultayı Bildiri Kitabı*, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2017), 364; Hakeri, *Cilt 1*, 161.

Yönetmeliğin 9. maddesinde genel olarak uygulama yapabilecek kişiler hekim ve diş hekimi olarak; yardımcı olabilecek kişiler ise sağlık meslek mensupları olarak sınırlandırılmıştır. Dikkat edilmesi gereken bir husus, akupunktur ve apiterapi gibi bazı geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının yalnızca hekimler tarafından yapılabileceği; uygulamaya herhangi bir yardımcı sağlık meslek mensubunun katılamayacağı öngörülmüşken cerrahi bir müdahale olan hacamat bakımından yardımcı sağlık personelinin uygulama yapabileceğinin düzenlenmesidir. Başka bir ifadeyle, tıbbi kötü uygulama oluşturması daha az olası olan akupunktur uygulamasının hekim tarafından yapılması zaruri tutulmuşken cerrahi bir müdahale olan hacamatın yardımcı sağlık personeli tarafından icrası mümkün kılınmıştır. Burada bir çelişkinin varlığından bahsetmek gerekir.

Görüleceği üzere, Yönetmeliğin 9. maddesi uyarınca hacamat ve benzeri geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarını uygulayabilmek için hekim ya da diş hekiminin diploma sahibi olması yeterli değildir. Uygulamayı gerçekleştirecek olan hekim ya da diş hekiminin ayrıca uygulama yapılacak geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması alanında Sağlık Bakanlığı'nın yetkilendirdiği merkezlerden eğitim almak suretiyle sertifika alması gerekir⁶⁹. Örneğin hacamat uygulaması yapacak olan hekimin ayrıca "Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Kupa Uygulaması Sertifikalı Eğitim Programı Standardı" uyarınca sertifikalı hacamat eğitimi alması ve başarılı olması gerekir. İntörn hekimler, henüz diploma sahibi olmadıklarından hekim sayılmazlar. Bu nedenle geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları yapamazlar⁷⁰. Ancak pratisyen hekimler sertifikalı hacamat eğitimi alarak uygulama yapabilirler.

Hacamat benzeri geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları daha çok tecrübeye ve inanca dayanır⁷¹. Bu nedenle sıkça yetkisi olmayan kişiler tarafından uygulandığı görülür⁷². Oysa, bir dalda uzman olan bir hekimin diğer dalda tıbbi müdahale yetkisi bulunmamasına⁷³ benzer şekilde bir geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamasında eğitim almış bir hekim eğitim almadığı diğer bir uygulamayı yapmaya yetkili değildir. Bu çerçevede, örneğin sülük uygulaması eğitimi almış bir hekimin hacamat uygulaması yapması hukuka uygun olmayan tıbbi müdahale meydana getirir. Zaten, Yönetmeliğin 17. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde "Tabip ve diş tabipleri uygulama sertifikası ile yetkilendirildikleri alan dışında uygulama yapamazlar." ifadelerine yer verilmek suretiyle bu husus düzenlenmiştir.

⁶⁹ Aynı yönde Arpacı, 1268.

⁷⁰ Ayan, *Hukuki Sorumluluk*, 6; Hakeri, *Cilt I*, 356.

⁷¹ Hakeri, *Cilt II*, 1085.

⁷² Bkz. "İlimizde faaliyet gösteren bir güzellik merkezi ve kupa uygulaması (hacamat) yapılan bir işyeri, belirtilen kanun ve yönetmeliğe aykırı hareket edildiği tespit edilerek, Müdürlüğümüz ve Bartın Belediyesi yetkilileri tarafından mühürlenerek faaliyeti durdurulmuştur." Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://bartinism.saglik.gov.tr/TR,56009/zinsiz-veya-yetkisiz-saglik-hizmeti-sunumu-ile-ilgili-yasal-uyari.html#>.

⁷³ Hakeri, *Cilt I*, 360.

Bu noktada irdelenmesi gereken başka bir husus “*diğer sağlık meslek mensubu*” ifadesinden kimlerin anlaşılması gerektiğidir. Çünkü Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği’nin tanımlar başlıklı 4. maddesinde sertifikalı tabip ve sertifikalı diş tabibi tanımlanmışken “*diğer sağlık meslek mensubu*” olan kişilerin kim olduğu tanımlanmamıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 4. maddesinin c bendine göre personel, “*Hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseleri*” ifade eder denilerek sınırları muğlak bir tanım yapılmıştır.

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik’in⁷⁴ 4. maddesinde sağlık meslek mensubunun “*Tabip, diş tabibi, eczacı, hemşire, ebe ve optisyen ile 1219 sayılı Kanunun ek 13’üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensuplarını*” kapsadığı ifade edilmiştir.

Bu bağlamda, 1219 sayılı Kanun’un 13. ek maddesine göre sağlık meslek mensupları; “*klirik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri; ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapisti teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, ergoterapist, ergoterapi teknikeri, elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyenidir.*”

Görüleceği üzere, 1219 sayılı Kanun, sağlık meslek mensubu terimini oldukça geniş yorumlar. Ancak geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları nitelikleri gereği tıbbi uygulamalar olduğundan sağlık meslek mensubu kavramını daha dar yorumlamak gerekir⁷⁵. Örneğin 1219 sayılı Kanun’un 13. ek maddesine göre klinik psikolog yalnızca “*hastalık durumlarında ise ancak ilgili uzman tabibin teşhisine ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olarak psikoterapi uygulamalarını gerçekleştirir.*” Bu bağlamda örneğin klinik psikolog olan birisinin “*müzikterapi*” uygulaması gerçekleştirilebileceği düşünülebilir; ancak bu kişinin yardımcı olarak dahi hacamat tedavisi yapabileceğinin kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır.

Sağlık Bakanlığı Sertifikalı Eğitim Yönetmeliği⁷⁶ uyarınca 26.02.2024 tarihinde “*Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Kupa Uygulaması*

⁷⁴ RG; 22.05.2014, 29007.

⁷⁵ Hakeri, *Cilt 1*, 171; Bahu Kılıç Güneş, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 15-16.

⁷⁶ RG; 21.10.2010; 27679.

Sertifikalı Eğitim Programı Standardı” hazırlanmıştır⁷⁷. Katılımcılar ve Nitelikleri, Başvuru İşlemleri, Başvuruda İstenecek Belgeler başlıklı 5. maddenin 1. fıkrasına göre kupa uygulaması sertifikalı eğitim programına sadece “*diploma tescilli yapılmış kamu görevinden yasaklı olmayan tabipler*” katılabilir. Bu bağlamda, internette hacamat eğitim sertifikası verdiğini iddia eden birçok eğitim kurumunun hazırlamış olduğu programların hukuka aykırılık teşkil ettiği açıktır⁷⁸.

Ayrıca, hekimin ilgili eğitimi almış olması yeterli değildir. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Kupa Uygulaması Sertifikalı Eğitim Programı Standardının 14. maddesinde tescil işlemleri düzenlenir. Bu kapsamda eğitime katılma şartlarını taşımayanların belgeleri eğitimi tamamlamış olsa dahi tescil edilmeyeceğinden hacamat uygulaması yapamazlar. Dikkat edilmesi gereken bir diğer hususun yalnızca sertifika sahibi olmak değil; sahip olunan sertifikanın süresinin geçmemiş olmasıdır. Çünkü süresi geçmiş sertifika ile hacamat uygulaması yapan kişi de yetkisiz sağlık personeli olarak kabul edilir. Standardın 15. maddesine göre kupa uygulama sertifikasının geçerlilik süresi yedi yıldır. Süresi sona eren hekim, sertifikasını yenilemek zorundadır. Sertifika geçerlilik süresi uzatılmasına ilişkin ölçütleri sağlayamayan kişilerin, sertifika yenileme sınavına girerek başarılı olması beklenir. Aksi takdirde bu kişilerinde hacamat uygulaması yapması mümkün değildir⁷⁹.

Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Kupa Uygulaması Sertifikalı Eğitim Programı Standardının Ekinde yer alan Kupa Uygulaması Sertifikalı Eğitim Programı Müfredatına göre örneğin; kupa uygulamasına bağlı komplikasyonlar ve yönetimi, kupa uygulamasında anamnez⁸⁰ alma, kupa uygulamasında muayene ve tetkik isteme, kupa uygulanacak kişide muayene yöntemleri gibi temel konularda eğitim verilir. Örneğin kupa terapistinin, kupaların hastanın ayak bileği eklemlerine uygulanması halinde aşırı kanama konusunda dikkatli olması gerekir⁸¹. Hacamat gibi geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, hekimlerin formasyonlarından farklı dinamikler içerir. Bu çerçevede, herhangi bir hekim tarafından hacamat uygulamasının yapılamamasının temel nedeni yeterli bilgi sahibi olmamasıdır. Örneğin farklı hacamat tedavisi türleri bakımından farklı tıbbi sonuçlar doğabilir. Mesela negatif basınç yöntemi uygulanarak kesi

⁷⁷ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/47605/0/kupa-sertificali-egitim-programi-standardipdf.pdf>.

⁷⁸ Örneğin bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.hacamatenstitusu.com.tr/>; <https://www.onlinehacamatkursu.com>.

⁷⁹ Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Kupa Uygulaması Sertifikalı Eğitim Programı Standardında herhangi hukuk, cezai ya da idari bir yaptırım öngörülmez. Haliyle sertifika geçerlilik süresi dolan hekimin hacamat tedavisi uygulaması halinde kötü tıbbi uygulamanın bir koşulu olan “*yetkisiz sağlık personelinin*” varlığına ilişkin hukuki açıklamalarına başvurmak gerekir.

⁸⁰ Anamnez, hekimin hastaya teşhis koyma amaçlı olarak hastaya sorduğu sorular sonucu elde ettiği hastanın öyküsüdür. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Anamnez>.

⁸¹ Qureshi ve diğerleri, 174.

atılan bir kupa tedavisinde yanık sonucuyla karşılaşılmazken ateş ile uygulama yapılması durumunda yanık sonucu görülebilir⁸².

Özellikle geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarında yetkili kişi teriminin ve bu kişilerin alması gereken eğitimin niteliklerinin daha kapsamlı bir Yönetmelik çıkarılarak düzenlenmesi daha doğrudur⁸³. Yukarıda bahsedildiği üzere yardımcı sağlık personeli teriminin muğlaklığı bu eksikliğin en doğal sonucudur. Uygulamaların herhangi bir alanın sertifikalı eğitimini düzenleyen bir yönetmeliğe tabi kılınması doğru olmamıştır⁸⁴. Yine, sertifika eğitimlerini düzenleyen standardın lafzına bakıldığında eğitimlerin yalnızca hekimlere özgü olduğu görülür. Oysa uygulamada tedavinin yardımcı sağlık personeli tarafından uygulanması ihtimali çerçevesinde eğitim alma zorunluluğunun kapsamının genişletilmesi, başka bir ifadeyle yardımcı sağlık personelinin de bu eğitimlere tabi kılınmasının koşullarının ayrıca düzenlenmesi daha yerinde bir tercihtir.

Son olarak, yetkisiz bir biçimde hacamat uygulaması yapan kişilere ilişkin hukuki sorumluluğun yanında cezai sorumluluğun olduğu da muhakkaktır⁸⁵. Çalışmanın kapsamı hukuki, cezai ve idari sorumluluk olmadığından; bu sorumluluk türlerinin koşullarına ve mevcut hukuki düzenlemelere değinilmeyecektir. Ancak 1219 sayılı Kanun'un hükümlerinden ayrıntılı olarak bahsedilmesi hasebiyle, Kanun'un sistematığı içerisinde yer alan cezai yaptırıma değinmek gerekir. Bu çerçevede, 1219 sayılı Kanun'un 13. Ek maddesinin son fıkrası uyarınca "*Diploması veya meslek belgesi olmadan bu maddede tanımlanan meslek mensuplarının yetkisinde olan bir işi yapan veya bu unvanı takınanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikiyüz günden beşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*"⁸⁶ denilmektedir. Buna karşın bahsi geçen bu cezanın,

⁸² Kim ve diğerleri, 439; Ateş ile hacamat uygulaması yapılmasında alkole batırılmış bir pamuk topu ateşe verilerek bir kabın içinde döndürülür ve hemen vücut yüzeyine uygulanır. Kapta ortaya çıkan vakum, vücuda yerleştirildiğinde yüzey dokusunun kabın içine girmesine neden olan bir emiş yaratır. Bu ısıtıcıdır ve geçici terapötik peteşi ve ekimozu artırabilir. Uygulamanın yanlış yapılması hastanın cildinde yanık oluşmasına neden olabilir. Yanlış yapılan uygulama sonucunda meydana gelen kötü tıbbi uygulama için bkz. Arya Nielsen, Marsha Handel, Jennifer Stone ve Myeong Soo Lee, "Misreport of Burns as a Result of 'Coining', Gua Sha; Inherent Harms from Publication and Ongoing Citation of False Facts", *Integrative Medicine Research* 12, S.1 (2023), 2.

⁸³ Geleneksel ve tamamlayıcı tedaviler ve bu tedavilerden doğabilecek olası kötü tıbbi uygulamaya ilişkin olarak kanun düzeyinde bir hukuki düzenlemenin eksikliği bir başka önemli husustur. Kişilerin, Anayasa ile güvence altına alınan sağlık hakkını tehdit eder uygulamaların yaygınlaşması yanında, bu müdahalelerin hepsini insanın vücudunun bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilen tıbbi girişimler olmaları nedeniyle yönetmelik düzeyinde yapılan hukuki düzenlemeler hukuk tekniği bakımından tartışmaya açıktır. Ancak çalışmanın konusu mevcut hukuki düzenlemelerin iyileştirilmesi noktasında toplandığı ve konu bütünlüğünün dağıtılmaması amacıyla, önerimiz mevcut Yönetmeliğin kapsamının genişletilmesiyle sınırlandırılmıştır.

⁸⁴ Yönetmeliğin genelliği eleştirisi için aynı yönde bkz. Somer, *Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin Değerlendirilmesi*, 249.

⁸⁵ Bkz. Barış Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003).

⁸⁶ Y11. CD, 06.04.2022, E.2021/15004, K.2022/5890.

insan sağlığını ve kişilik haklarını ihlal eden uygulamalar karşısında yıldırıcı olmadığı açıktır.

B. TIBBİ ZORUNLULUK

Tıbbi zorunluluk, endikasyon, bir müdahalenin gerekli ve yararlı olduğuna tıp biliminin kuralları gereğince karar verilmesidir⁸⁷. Tıbbi zorunluluk koşulu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından en geniş kapsamlı değerlendirilendir. Çünkü salt estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin artmasıyla birlikte tıbbi zorunluluğun bulunup bulunmaması önemini kaybetmeye başlamıştır⁸⁸. Ayrıca sosyal endikasyon kavramının varlığının kabulü sünnet gibi birçok farklı tıbbi müdahale bakımından tıbbi zorunluluk koşulunun daha geniş yorumlanmasına neden olmuştur⁸⁹.

Tıbbi zorunluluk bulunup bulunmadığı geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları bakımından uygulamanın tipine, hastanın talebine ve amacına göre değerlendirilebilir. Örneğin migren ağrısı sebebiyle yapılan bir hacamat tedavisi ile yüzdeki sivilce izlerinin yok edilmesi amacıyla yapılan hacamat uygulamasının tıbbi zorunluluk bakımından değerlendirilmesi farklılık taşıyabilir.

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin bilim komisyonunun görevlerini düzenleyen 7. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde “*Uygulama alanlarının belirlenmesine, uygulamaların endikasyon ve oluşabilecek yan etkilerine ilişkin görüş vermek*” ifadelerine yer verilmek suretiyle Yönetmelik ekinde sayılmış tüm uygulama alanları bakımından endikasyon koşulunun zaten sağlandığı ifade edilebilir. Buna göre kupa tedavisi yani hacamatın; organik bir rahatsızlığı tanımlanmayan hastalarda immün sistemi güçlendirmek için, fibromiyalji sendromunda⁹⁰, nevraljilere bağlı ağrı, inmeye bağlı gelişen hıçkırık, yorgunluk ve afazi, romatizmal hastalıklara ait kronik ağrı, eklem hareket kısıtlılığı, sabah tutukluğu, yorgunluk gibi durumlarda, kas ve iskelet sistemi mekanik ağrılarında, diz ağrısında, migren ve gerilim tipi baş ağrısı gibi organik olmayan baş ağrılarında, organik olmayan uyku bozukluklarında ve sindirim sistemi hastalıklarına ait bulantı, kusma, kabızlık gibi durumlarda uygulanabileceği düzenlenir. Bu nedenle oldukça geniş kapsamlı sayılmış bu hastalıklar için uygulanacak hacamatta endikasyon koşulunun sağlandığı düşünülebilir⁹¹.

⁸⁷ Mehmet Demir ve Ecem Kirit, “Komplikasyon-Malpraktis Ayırımının Tıbbi Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 1, S.1 (2022), 62.

⁸⁸ Aynı yönde Hakeri, *Cilt I*, 691-692; Arpacı, 1281-1282; Özçetin ve Balaban, 408-410.

⁸⁹ Sunay Akyıldız, *Sağlık Hukuku Rehberi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 513; Aktaş İncel, 42; Kuru, 496.

⁹⁰ “*Fibromiyalji sendromu (FMS); kasları, ligamanları, kirişleri etkileyen, “miyalji” diye de tanımlanabilen, yaygın kas ağrıları ve vücudun birçok bölgesinde aşırı hassasiyetle seyreden kronik bir ağrı sendromudur.*” Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.tftr.org.tr/uploads/fibromiyalji-sendromu-hasta-kitapcigi.pdf>.

⁹¹ Bu hususta yerinde ve önemli bir eleştiri “*Belirlenen 14 adet yöntem/uygulamanın kimilerinin endikasyon alanları o kadar geniş tutulmuştur ki neredeyse insanların bütün sağlık sorunlarına karşı*

Kapsam dışında kalan hacamat uygulaması bakımından endikasyon, tıbbi zorunluluk koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespit edilmesi gerekir. Zira tıbbi zorunluluk koşulu bulunmadan yapılan tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olduğundan hukuki sorumluluk doğurur. Örneğin bir kişiye yalnızca deneyim amacıyla hacamat uygulaması gerçekleştirilmemelidir⁹². Ancak bu noktada sosyal endikasyon kavramının dikkate alınması gerekir⁹³. Örneğin çalışmanın başında bahsedildiği üzere pandemi dönemi aşularının etkisi nedeniyle kişilerin hacamat yaptırmasının herhangi tıbbi bir açıklaması olmaması, tıbbi zorunluluk koşulunun gerçekleşmediği anlamına gelmez. Hacamat bakımından tıbbi zorunluluk koşulu değerlendirilirken, bu uygulamanın kişi herhangi bir hastalığı olmamasına rağmen halk arasında sıhhat getirdiği inancıyla düzenli aralıklarla yapılan bir uygulama olduğu da dikkate alınmalıdır. Haliyle sosyal endikasyon kavramı hacamat uygulamasının tıbbi zorunluluk bakımından değerlendirilmesi noktasında önem gösterir. Ayrıca Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin ekinde hacamatın, endike ve kontrendike olduğu yani uygulanacağı ve uygulanamayacağı durumlar düzenlenir. Buna göre hacamat organik bir rahatsızlığı tanımlanmayan hastalarda immün sistemi güçlendirmek için, romatizmal hastalıklara ait kronik ağrı, eklem hareket kısıtlılığı, sabah tutukluğu, yorgunluk gibi durumlarda, kas ve iskelet sistemi mekanik ağrılarında, diz ağrısında, migren ve gerilim tipi baş ağrısı gibi organik olmayan baş ağrılarında, organik olmayan uyku bozukluklarında ve sindirim sistemi hastalıklarına ait bulantı, kusma, kabızlık gibi durumlarda uygulanabilir. Ancak örneğin hiçbir rahatsızlığı bulunmamasına rağmen yalnızca Covid-19 aşısı olması nedeniyle koruma amaçlı hacamat tedavisi olmak isteyen bir hastaya ya da örneğin botoks etkisi yaratmak için yüzüne hacamat uygulamak isteyen bir hastaya ilişkin tıbbi zorunluluğun ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Öte yandan tıbbi zorunluluk kavramı ve integratif tıp⁹⁴ kavramları da birlikte değerlendirilebilir. İntegratif tıp, bir bütün olarak kişiye farklı tıp uygulamalarıyla özellikle konvansiyonel uygulamaların sağladığı faydaları ve olanakları iyileştirmek amacıyla sunulur⁹⁵. İntegratif tıp yalnızca hasta kişilere yönelmez; ay-

kullanılabilmesi mümkündür. Sayılan kimi endikasyon ve kontrendikasyon alanları çalışmaktadır." ifadeleriyle Türk Tabipler Birliği tarafından yapılmıştır. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, https://www.ttb.org.tr/haberarsiv_goster.php?Guid=673b997a-9232-11e7-b66d-1540034f819c.

⁹² Arpacı, 1283.

⁹³ Aynı yönde akupunktur uygulamalarının sosyal endikasyon sınırı içerisinde kaldığı ifade edilir. Erzurumlu, 369.

⁹⁴ İntegratif tıp, tamamlayıcı tıbbin eş anlamlısı değildir. Tamamlayıcı tıp, geleneksel tedaviye ek olarak kullanılabilen tedavileri ifade eder. Oysa integratif tıp, daha geniş bir anlam ve misyona sahiptir. Odak noktası hastalık ve tedavi yerine sağlık ve iyileşmedir. Hastaları zihinleri ve ruhları ve bedenleri olan bütün insanlar olarak görür ve bu boyutları tanı ve tedaviye dahil eder. Ayrıca hastaların diyet, egzersiz, dinlenme ve uyku kalitesi ya da ilişkilerin doğası gibi yaşam tarzı faktörlerine dikkat ederek sağlıklarını korumak için çalışmasını içerir. Lesley Rees ve Andrew Weil, "Integrated medicine", the BMJ Journal 322, S.1 (2001): 119-120.

⁹⁵ Bkz. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/240637/Nicola%20ENVI%20Webinar%202011%20October%202021.pdf>.

rıca sağlıklı kişilerin sağlık halinin devamını da amaçlar⁹⁶. Bu nedenle, hacamat uygulamalarının integratif tıp kapsamında değerlendirilmesi ve tıbbi zorunluluk şartının bu çerçevede irdelenmesi mümkün görülebilir.

C. AYDINLATILMIŞ ONAM

Aydınlatılmış onam, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun önemli koşullarından biridir. Çalışmada bahsedilen bu aydınlatma yükümlülüğü, konvansiyonel tıp uygulaması yapan hekimin hastasını ayrıca geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının varlığı hakkında bilgilendirmesi değil; geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması yapılmak üzere gelen hastayı bu uygulama hakkında bilgilendirmesidir.

Hacamat gibi alternatif tıbbi uygulamaların, konvansiyonel tıbbin standartlarını sağlayamaması nedeniyle aydınlatılmış onam, bu uygulamalar bakımından ayrıca önem taşır. Alternatif tıp uygulamaları hakkında yeterli çalışma yapılmaması ya da yan etkilerin yeterince bilinmemesi nedeniyle hastanın kendisine gerçekçi olmayan beklentiler aşılması halinde verdiği rıza geçerli olmayabilir⁹⁷. Bu nedenle aslında konvansiyonel tıp uygulamalarına oranla çok daha kapsamlı bir aydınlatmanın yapılması gerekir⁹⁸. Zira hasta ancak yeterince bilgi sahibi olduğu bir tamamlayıcı tedavi yöntemine razı olmalıdır⁹⁹.

Aydınlatma yükümlülüğü; Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15 ilâ 20. maddeleri arasında ve Tabipler Birliği Meslek Etiği Kurallarının 26. maddesinde¹⁰⁰ düzenlenir. Bu kapsamda, hekimin hastasını, hastanın sağlık durumu, tanı ve teşhis, önerilen tedavi yöntemleri, bu tedavilerin başarı şansı, süresi ve taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, tedaviyi ret durumunda olası sonuçlar hakkında aydınlatması gerekir. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 4. fıkrası uyarınca ise *“Uygulamalar hastalığın standart tedavisinin yerine geçecek ve devam eden tedaviyi aksatacak şekilde yapılamaz. Bu husus bireylere açık bir şekilde anlatılır ve onaylanmış rıza formunda belirtilir.”* ve 10. maddesinin 5. fıkrası uyarınca *“Uygulamalar için 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğine uygun “Bilgilendirme ve Rıza Formu” hazırlanır ve uygulama yapılacak tüm hastalardan rıza alınır.”* denilir.

Aydınlatma yükümlülüğünün iki temel görevi vardır. Birincisi teşhisin ve tedavinin gereği gibi yerine getirilmesini sağlaması; ikincisi tıbbi müdahalenin hukuka

⁹⁶ Acar, 223.

⁹⁷ Taşçı, 50.

⁹⁸ İpek Sevdâ Söğüt, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam Sorunu”, *İKÜHFD* 16, S.2 (2017), 630; Hakeri, *Cilt II*, 1084; Aydınlatılmış onam değerlendirilirken her somut olayın özelliği dikkate alınmalı; bu kapsamda yükümlülüğün kapsamı genişletilebilir ve daraltılabilir. Yılmaz Battal, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 62.

⁹⁹ Özdemir, *Tedavi ve Teşhis*, 97.

¹⁰⁰ Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf.

uygun hale getirilmesidir¹⁰¹. Bu bağlamda, hacamat gibi geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları bakımından genel bir aydınlatma yapılması yeterli değildir¹⁰². Zira aydınlatılmış onamın kapsamı tıbbi müdahalenin türüne, gerekliliğine ve tehlikesine göre değişir¹⁰³. Bu tür uygulamaların evlerde yapılmasının kanıksandığı gerçeği uygulama yapılacak kişiye aydınlatma yapılmasının gerekli görülmemesiyle paralellik gösterir ve hacamat uygulaması bakımından aydınlatılmış onam hayatın olağan akışı içerisinde pek önemsenmeyebilir. Oysa hasta, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelere ilişkin bilgilendirilmeyi bekleme hakkına sahiptir¹⁰⁴.

Bu çerçevede ifade edilebilir ki, standart tıbbi uygulamalar bakımından öngörülemeyen komplikasyonların ortaya çıkması tamamen dışlanamaz. Bu nedenle, bu tedavi yöntemlerine ilişkin genel değerlendirmeler, hastanın karar vermesi açısından önemli değildir. Hatta bazı durumlarda tedaviye yönelik ayrıntılı açıklamalar gereksiz yere hastanın kafasını karıştırıp endişelendirebilir¹⁰⁵. Ancak standart tıbbi uygulamalar yerine yeni bir tedavinin tercih edilmesi durumunda bu yöntemin olası risklerinin hastaya açıkça anlatılması zorunludur¹⁰⁶. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarında aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı bakımından doğrudan emsal teşkil etmemesine karşın, yenilikçi ve deneysel yöntemlere ilişkin olarak verilen bir Alman Federal Mahkemesi kararından bahsedilebilir¹⁰⁷. Somut olayda davacı, ameliyat öncesinde farklı tedavi seçenekleri (manuel yöntem ve robot destekli yöntem) hakkında bilgilendirilmiş ve kendisine robot destekli yöntemin deneysel bir yöntem olduğu ve potansiyel riskleri bulunduğu açıklanmıştır. Ancak davacı, yeni yöntemin *henüz tam olarak bilinmeyen riskleri* hakkında yeterince aydınlatılmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, bu aydınlatma eksikliğinin karar üzerinde belirleyici olmadığını; zira sinir hasarı gibi bir riskin zaten bilindiğini ve bu konuda bilgilendirme yapıldığı ifade ederek hastaya yapılan aydınlatılmış onamın yeterli olduğu ve davacının özgür iradesiyle karar verdiği sonucuna varmıştır.

¹⁰¹ Onur Kuru, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S.2 (2021): 491-500; Hakeri, *Cilt 1*, 407-408; Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, S.3 (2003), 64-65.

¹⁰² Hakeri, *Cilt 1*, 463.

¹⁰³ Arpacı, 1271.

¹⁰⁴ Y13.HD, 19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842.

¹⁰⁵ Aynı yönde "Ayrıntılı ve gereğinden fazla aydınlatılan kişi bilgiyi sindiremeye tehlikesiyle karşı karşıya kalabileceği için, mevcut bilgi selinde boşulma durumuyla yüzyüze gelebilir." Ozanoğlu, 71.

¹⁰⁶ Ozanoğlu, 67; Erhan Temel, "Alman Hukukuna Göre Çocuklarda Aydınlatılmış Rıza", V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi, 8-9 Kasım 2013 (Ankara: Adalet, 2014): 118; Ergun Özsunay, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Ankara, 12-13 Mart 1982, 41.

¹⁰⁷ Somut olayda mahkeme, davacının yeni yöntemin riskleri, özellikle daha uzun ameliyat süresinin bir sonucu olarak sinir hasarı riskinin artması, konusunda yeterince bilgilendirilmediği yönünde karar vermiştir. BGH, 13.06.2006- VI ZR 323/04, Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://openjur.de/u/81213.html>.

Hekimin özen yükümlülüğü, tüm yükümlülüklerin temeli olarak kabul edilebilir¹⁰⁸. Özen yükümlülüğünün varlığı, hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığına bağlı değildir¹⁰⁹. Bu çerçevede, hekim ve hastanın tıbbi müdahalenin seçiminde ve uygulamasında birlikte hareket etmesi gerekir¹¹⁰. Zira hekimin hastayı uygulanacak geleneksel ve tamamlayıcı tedavinin doğurabileceği riskler konusunda aydınlatması ve bilgilendirmesi, bu tedavi yönteminin seçiminde önemli rol oynar¹¹¹. Burada bahsedilen aydınlatma ve bilgilendirme aşaması hastanın alternatif yöntemi, örneğin hacamat uygulamasını, seçmesine neden olabileceği gibi bu uygulamadan vazgeçmesine de neden olabilir.

Hacamat gibi uygulamalar bakımından, Hasta Hakları Avrupa Statüsünde¹¹² düzenlenen hastalara ait on dört haktan “rıza” değinmek gerekir. Buna göre hükümde “Sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller (meslek sahipleri) gerçekleştirecek herhangi bir ameliyat veya tedaviye ilişkin tüm bilgileri, riskleri, sıkıntıları, yan etkileri ve alternatif durumları ile ilgili bilgiler dahil olmak üzere hastalara vermek zorundadır. Bu bilgi önceden (en azından 24 saat önce) verilmeli ki hasta durumu konusunda kendi seçimini yapabilsin.” ifadelerine yer verilir. Bu nedenle aydınlatmanın zamanı da önem arz eder.

Hasta hacamat tedavisi hususunda aydınlatılırken tedavinin “yetersiz” yönlerinin açıkça ortaya konması gerekir. Aksi halde, hastanın doğru bir biçimde aydınlatılarak rıza gösterdiği iddia edilemez¹¹³. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi doğrultusunda hastanın geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamasına rıza göstermesi gerekir¹¹⁴ ve aydınlatılmış onamdan ancak hastanın kendi rızası doğrultusunda vazgeçilebilir¹¹⁵.

Ancak bazen hacamat benzeri geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının yapılacağı hasta bakımından aydınlatılma anlamını kaybetmiş olabilir. Bu durumda örneğin acı içerisinde, bilincini kaybetmiş ölümü bekleyen bir hastaya acılarını dindirmek amacıyla akupunktur tedavisi yapılması için somut olayın özelliği de dikkate alınarak aydınlatılmış onam aranmayabilir¹¹⁶. Ancak hacamat bakımından dikkat edilmesi gerekir ki, özellikle sağlık durumu ileri derecede bozuk, çok yaşlı ya da çok zayıf, kanser hastası ve benzeri durumdaki kişilere bu uygulama yapılamaz¹¹⁷.

¹⁰⁸ Özdemir, *Tedavi ve Teşhis*, 124.

¹⁰⁹ Demir ve Kirkit, 67.

¹¹⁰ Hakeri, *Cilt I*, 400; Hakan Hakeri, “Geleneksel Tıp Bakımından Ülkemizdeki Hukuki Durum”, *Legal Tıp Hukuku Dergisi* 4, S.7 (2015), 18.

¹¹¹ Ozanoğlu, 64.

¹¹² Erişim Tarihi: Aralık 01, 2024, https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=307.

¹¹³ Bulen, 355-356.

¹¹⁴ Arpacı, 1271.

¹¹⁵ Hakeri, *Cilt I*, 394; Özdemir, *Tedavi ve Teşhis*, 105.

¹¹⁶ Hakeri, *Cilt I*, 494; Özdemir, *Tedavi ve Teşhis*, 107-108.

¹¹⁷ “Olay tarihinde ...’nın, gündüz vakitlerinde akrabasının evinde sanığa hacamat işlemi yaptırdığı, aynı gün akşam saatlerinde rahatsızlanması neticesinde hastaneye kaldırıldığı, yapılan tetkikler-

Yine, hasta tedavi süreci hakkında bilgilendirilmek istemeyebilir ya da bilgilendirme yapılması gerektiğini düşünebilir¹¹⁸. Ancak burada bahsedilen husus, hastanın bilinçsiz bir biçimde bilgilendirilme hakkından vazgeçebileceği olarak yorumlanmamalıdır. Zira hastanın bu hakkından vazgeçebilmesi için ilk olarak aydınlatılmış onam kavramını bilmesi gerekir. Özellikle yetkisiz kişi tarafından yapılan hacamat uygulamaları bakımından hastanın bilgilendirilme ve aydınlatılma hakkından vazgeçtiğinin kabulü yerinde değildir. Örneğin yukarıda örnekler kısmında belirtildiği üzere hacamat uygulamalarının çocuğa ya da bebeğe yapılması durumunda aydınlatılacak kişi meselesi gündeme gelir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde “yeterlik” kavramı “yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma halini” ifade eder biçimde bir tanımla yapılır. 1219 sayılı Kanun'da ise “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar.” ifadelerine yer verilerek herhangi bir ayırt etme gücü incelemesi yapılmaksızın rızanın velayet hakkı sahibi tarafından verileceği ifade edilir. Paralel bir düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde de yer alır. Buna karşın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesi hükmü ya küçükler rızaya tâbi değildir. Haliyle eğer çocuk tedavinin anlamını kavrayabilecek, ayırt etme gücüne sahip, durumda ise aydınlatmanın hem çocuğa hem de velayet sahibi olan ebeveyne yapılması gerekir¹¹⁹. Aydınlatmanın çocuğa yapılması için çocuğun verilen bilgiyi anlayabilme, yorumlayabilme ve kendisi hakkında karar verebilme yetisinin¹²⁰ olması gerektiği ifade edilebilir¹²¹.

de kan kanseri olduğu anlaşılan ve 11.10.2013 tarihinde öldüğü olayda... Y12.CD, 01.12.202, E.2021/6763, K.2021/8489.

¹¹⁸ Hekimlik Mesleği Etik Kuralları'nın “Bilgilendirilmeme Hakkı” başlıklı 27. maddesi uyarınca “Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez.”; Tuğçe Oral, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, *Ankara Barosu Dergisi* 1, S.2 (2011), 203.

¹¹⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 310-311; Örneğin Avusturya Yüksek Mahkemesi on altı yaşında bir çocuğun aydınlatılmamasını, rızanın yalnızca velayet hakkı sahibinden alınmasını kusurlu bulmuştur. OGH JBI 1985, Erişim Tarihi: Aralık 01, 2024, <https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.EN0920043975>.

¹²⁰ Öğretide bir görüş 15 yaşından küçüklerin tıbbi müdahaleye rıza ehliyetinin olmaması, 18 yaşına yakın kişilerin ise rıza ehliyetinin var olduğu kabul edilmesi gerektiği ileri sürer. İlhan Gülel, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 98. Katıldığımız diğer görüş ise belirli bir yaş aralığı belirlenmemesi yönündedir. Emel Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, (Ankara: Seçkin, 2017), 107.

¹²¹ Zarife Şenocak, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, S.4 (2001), 73-77; Şebnem Nebioğlu Öner, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası Bağlamında Zorunlu Bebeklik Dönemi Aşmaları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S.198 (2023), 81; Abdurrahim Altun, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S.1 (2018), 49.

Ancak burada hacamat uygulamasının, sosyal endikasyon şartına bağlanmaması ve dini ya da kültürel değerlerle temellendirilmesi durumunda ayırt etme günü olmayan çocuğa ya da bebeğe hiçbir fayda sağlamayacaksa velayet hakkı sahibi tarafından verilen rızanın geçerliliği tartışmalı hale gelebilir. Zira burada velayet hakkının çocuğun çıkarlarına uygun olarak kullanılmaması nedeniyle ihlali söz konusu olabilir. Yukarıda örnekler kısmında ifade edildiği üzere altı aylık bir bebeğe yalnızca dinen sünnet olması nedeniyle hacamat uygulaması yaptırılması, velayet hakkının sınırlarını aşar. Kendi menfaatini gözetemeyen küçük hakkında verilecek tüm kararlarda çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerekir¹²².

Ayrıca hastaya yapılacak aydınlatmanın gerçekçi olması gerekir¹²³; özellikle dini motiflerle süslenmiş bilimsellikten uzak aydınlatmalar hukuka uygun değildir. Örneğin “*dinimizde hacamat sünnettir.*” gibi ifadeler aydınlatılmış onam olmaz. Benzer biçimde, konvansiyonel tıp uygulamalarında olduğu gibi hacamat uygulaması bakımından da aydınlatılmış onamın yazılı olarak alınması gerekir¹²⁴.

D. TIBBİ STANDARTLARA UYGUNLUK

Tıbbi standart, hekimin tıbbi müdahalenin amacına ulaşması için ortaya koyduğu bilimsel temelli ve ispatlanmış bilgi ve tecrübesini ifade eder¹²⁵. Hacamat gibi alternatif tıbbi uygulamalar söz konusu olduğunda tıp biliminin kurallarından sapan uygulamalar kolaylıkla söz konusu olabilir¹²⁶. Her ne kadar tıbbi standart kavramı tecrübelerle, bilimsel gelişmelere, yere ve zamana göre değişebilen dinamik bir kavram¹²⁷ olsa da hacamat tedavisi özelinde tıbbi standartlara uygunluk bakımından yetkili sağlık sunucusu ve hastanın hacamat tedavisine uygunluğunun önceden yapılacak tetkiklerle belirlenmesi önemli iki sorundur.

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin 9. maddesinde uygulamaların yapılabileceği yerler ve yetkili kişiler düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca “(1) *Uygulamalar, Bakanlıkça yetkilendirilmiş ünite ile uygulama*

¹²² “HHY mad. 35'e göre, *ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmayanlara, kendilerine faydası olmaksızın sırf tıbbi araştırma amacını güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Bu kanun hükümlerinde yer alan ve kanımızca isabetli olan düzenlemelerde, söz konusu tıbbi müdahaleler açısından küçüklerin ayırt etme gücüne sahip olmadıklarından hareket edilmiştir. Bu çerçevede, bu türden özel tıbbi müdahalelerin küçüklere uygulanması, küçüğün kendisinin veya yasal temsilcisinin bu hususta rızası olsa dahi mümkün değildir.*” Şenocak, 79.

¹²³ Söğüt, *Aydınlatılmış Onam Sorunu*, 631.

¹²⁴ Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin 10. maddesinin 5. fıkrası uyarınca “*Uygulamalar için 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğine uygun “Bilgilendirme ve Rıza Formu” hazırlanır ve uygulama yapılacak tüm hastalardan rıza alınır.*”

¹²⁵ “*Tıbbi Standart*” hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır.” Y6.HD, 06.12.2021, E.2021/2553, K.2021/2027.

¹²⁶ Hakeri, *Cilt II*, 1079.

¹²⁷ Zeynep Özcan, “Tıbbi Standartların Hekimin Hukuksal Sorumluluğu Üzerinde Etkisi”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı* (İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018), 216.

merkezlerinde ve ilgili alanda “uygulama sertifikası” bulunan tabip ve sadece diş hekimliği alanında olmak üzere diş tabibi tarafından yapılabilir. Uygulama alanında temel eğitimi bulunan sağlık meslek mensupları merkez ve ünitelerde sertifikalı tabiplere uygulamada yardımcı olabilirler. (2) Diş hekimliği uygulama ve araştırma merkezlerinde, diş hastanelerinde ve ağız ve diş sağlığı merkezleri ile diş polikliniklerinde sadece diş hekimliği alanında uygulama yapılabilir.” denilir. Zira, “Gerekli hijyenik önlemler alınmadan ve steril olmayan koşullarda yapılan uygulamalar sonucunda çok ciddi enfeksiyon riski (Hepatit B, C, HPV veya HIV) artmaktadır. Ne yazık ki bu enfeksiyonların tedavileri uzun sürelidir ve hastalıklar kronikleşme eğilimindedir¹²⁸.”

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 4 bendinde uygulama merkezinin neresi olduğu tanımlanır. Hükme göre uygulama merkezi “İlgili alanda sertifikası bulunan tabip ve/veya diş tabibi sorumluluğunda ve bu Yönetmelikte belirlenen uygulamaları yapmak üzere eğitim ve araştırma hastanesi ve tıp fakültesi veya diş hekimliği fakültesi sağlık uygulama ve araştırma merkezi bünyesinde kurulan ve Bakanlıkça yetkilendirilmesi halinde eğitim verilebilecek merkezi” ifade eder. Yönetmeliğin 4. maddesinin 4 bendinde uygulama merkezinin neresi olduğu tanımlanır. Hükme göre ünite “İlgili alanda sertifikası bulunan tabip ve/veya diş tabibi sorumluluğunda ve bu Yönetmelikte belirlenen uygulamaları yapmak üzere, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere ait sağlık kuruluşları bünyesinde kurulan birimleri” ifade eder. Yönetmeliğin 14. ile 15. maddelerinde ise ünite ve uygulama merkezinde bulundurulması zorunlu asgari birimler ve tıbbi teçhizat düzenlenir. Bu düzenlemelere uyulmaması durumunda 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu¹²⁹, 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun ve Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği çerçevesinde cezai, hukuki ve idari tedbirlere başvurulur. Tıbbi standart bakımından teçhizat ve kaynak yetersizliği konvansiyonel tıp uygulamalarında hekimin sorumluluğunu doğurmayabilir¹³⁰; ancak hacamat tedavisinde, teçhizat yetersizliği hekimin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmamalıdır. Örneğin kupa yerine cam kavanoz kullanılması tıbbi standarda uyulmaması nedeniyle hukuki sorumluluk sonucunu doğurmalıdır.

Tıbbi standartlara uygunluk bakımından yalnızca uygulama merkezi değil; tedavinin uygulanacağı hastanın tedaviye uygunluğu da önemli bir meseledir. Zira, hacamat tedavisinin tercih edilme nedeni fark etmeksizin hastalığın belir-

¹²⁸ Okumuş, 378.

¹²⁹ RG, 15.05.1987; 19461.

¹³⁰ Teçhizat eksikliği sebebiyle hekimin hastaya müdahale edebilmesi mümkün değilse, hekim elinde bulunan olanaklarla kendisinden beklenen özeni göstererek sınırlı olsa dahi hastaya müdahalede bulunur ve sorumluluğu doğmaz. Özcan, 217; Hekimin sorumluluğu doğmamasına karşın hastanenin organizasyon sorumluluğu doğabilir. Buna ilişkin bkz. Demir, 357-406.

lenmesi, teşhis ve tedavi yöntemlerinin tespit edilmesinde gecikmeler yaşanması, sertifika eğitimi almamış, uzmanı olmayan hekimlerden veya tamamen üçüncü kişilerden tedavi alınması, tamamlayıcı tedavinin muhtemel yan etkilerinin varlığı gibi sebepler hastanın zarar görmesine neden olabilir. Bu çerçevede, bu uygulamalar tercih edilmeden önce hastanın sağlayabileceği faydanın ve meydana gelebilecek zararın göz önünde bulundurulması gerekir¹³¹. Bu kapsamda hacamat ve benzeri geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları bakımından tıbbi kötü uygulama sonucunun ortaya çıkmasının nedenlerinden bir diğeri hastanın uygulamaya uygun olup olmadığı (yaşı, sağlık öyküsü, eşlik eden hastalıkları gibi) tespiti aşamasındaki eksiklik olarak ifade edilebilir. Bu bağlamda, “*hastalara uygulama öncesinde çeşitli biyokimyasal tetkikler yapılmalı ve olası yan etki ve komplikasyonlar dikkatlice gözden geçirilmelidir*”¹³². Örneğin hacamat yaptıran kişide kan basıncında ani artma ile hemorojik inme, pannükülit, reversible kardiyak hipertrofi ve demir eksikliği anemisi gözlemlenebilir¹³³. Bu nedenle öncelikle uygulama yapılacak kişiye doğru tahlillerin yapılması gerekir. Haliyle, tıbbi zorunluluk bakımından hukuka aykırılığın doğması, hekimin tedavi yöntemi seçimindeki hatasından ileri gelebileceği teşhis aşamasından da ileri gelebilir. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının tercih edildiği bir tedavi aşamasına geçilmeden önce, yani teşhis aşamasında, konvansiyonel tıbbın kullanılması gerekebilir. Aksi halde tıbbi zorunluluk bakımından hukuka aykırılık bu aşamadaki eksiklikten kaynaklanabilir¹³⁴. Bu bağlamda örneğin tromboz¹³⁵ ya da hemofili¹³⁶ hastası olan bir kişiye tetkik yapılmaksızın hacamat uygulaması yapılması tıbbi kötü uygulama örneği oluşturabilir.

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin ekinde kupa tedavisi yani hacamatın uygulanamayacağı haller düzenlenir. Düzenlemeye göre; tromboflebit (toplardamar iltihabı), aktif yaralar, cerrahi yaralar, dekompanse kalp hastalığı, anemi, hemofili, kanama veya pıhtılaşma bozukluğu öyküsü, antiagregran ilaç kullanımı durumudur. Ayrıca hastada varis bulunması halinde, varisin doğrudan üzerine hacamat uygulaması yapılamayacağı ifade edilmiştir. Bu hallerde, hastaya yetkili kişi tarafından ve yetkili yerde hacamat uygulaması yapılması sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

¹³¹ Öztürk, Dömbekci, Ünal, 26.

¹³² Okumuş, 378.

¹³³ Okumuş, 377-378.

¹³⁴ Hakeri, *Cilt II*, 1086.

¹³⁵ Tromboz, toplardamarlar içerisinde kan pıhtısı oluşumuna verilen isimdir. Bu pıhtı toplardamar içerisinde kan akışını engelleyerek bölgesel şişme ve ağrıya yol açar. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, https://www.thd.org.tr/thd_halk/?sayfa=venoz_tromboz_hasta_klavuzu.

¹³⁶ Vücutta ortaya çıkan her türlü kanamanın, pıhtılaşma sisteminin bozuk olması nedeniyle zamanında durdurulamamasıdır. Erişim Tarihi: Haziran 01, 2024, <https://turkhemoder.org/hemofili-nedir>.

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği çerçevesinde, tıbbi standartlar düzenlenirken genel anlamda geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları bir bütün halinde baz alınmıştır. Oysa hacamat tedavisi aslında cerrahi bir müdahale olması hasebiyle birçok geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahaleden ayrılır. Bu niteliğine karşın apiterapi, sülük, akupunktur, mezoterapi, proloterapi, osteopati gibi farklı geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahale yöntemlerinin aynı hukuki kurallara tâbi kılınması çözülmesi gereken bir sorundur. Örneğin yoğun bakımda yatan hastaların ağrı ve acılarının dindirilmesi amacıyla uygulanan müzikterapi yöntemi için gerekli olan tıbbi standartlar ile hacamat uygulamasının tâbi olması gereken tıbbi standartların aynı olması beklenemez.

Bu çerçevede, örneğin 2002 yılında Akupunktur Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları ile Bu Tedavinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik¹³⁷ çıkarılmıştır. Yönetmelikte akupunktur tedavisi yapılabilecek muayeneler merkezler ve ünitelere ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Yönetmelik, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliğinin yayınlanması sonucunda mülga olmuştur. Her ne kadar kanun koyucu bütün geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahaleleri tek bir yönetmelik altında toplamayı amaçlamışsa da bu tedavi yöntemlerinin her birinin farklı nitelik göstermesi sebebiyle tek bir yönetmelikte düzenlenen hükümler yetersiz kalmıştır. Bahsedildiği üzere, cerrahi bir müdahale olan hacamat ile örneğin arı zehri tedavisi olarak da bilinen apiterapinin¹³⁸ aynı tıbbi standartlara tabi tutulması doğru değildir. Burada bahsedilen husus apiterapinin önemsiz bir alternatif tıbbi tedavi olması değil; hacamat tedavisinden farklı nitelik göstermesidir. Bu çerçevede tedaviyi uygulayacak yardımcı sağlık personelinin eğitimi, tedavinin uygulanacağı ünitenin ya da merkezin koşulları, tedavi uygulayacak hekimin alacağı uzmanlık eğitimi gibi hususların ayrı ayrı düzenlenmesi daha doğru olur.

III. SORUNLAR VE ÖNERİLER

Tıbbi kötü uygulamaya vücut veren hacamat uygulamaları bakımından orta-ya çıkan birtakım sorunlar vardır. Bunlardan ilki ispat sorunudur. Zira hacamat ve benzeri geleneksel ve tamamlayıcı uygulamalar kayıt dışı gerçekleştirilebilirler. Bu nedenle uygulamanın hukuka aykırı bir biçimde gerçekleşmesi halinde doğabilecek sorumluluk bakımından ispat sorunu doğar. İkinci olarak hacamat uygulaması komplikasyona açık bir uygulamadır. Bu nedenle sorumluluğun doğması bakımından hekim tarafından komplikasyon yönetiminin doğru yapılması beklenir. Bu nedenle, özel anlamda hacamat uygulamasından doğabilecek komplikasyonların incelenmesi gerekir. Öte yandan hacamat uygulaması bakımından

¹³⁷ RG; 17.09.2002, 24879.

¹³⁸ Türkan Ekici ve Asuman Gölgeli, "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıpta Apiterapi", *Sağlık Bilimleri Dergisi* 30, S.2 (2021), 200-203.

tetkikler sorunu gündeme gelir. Zira geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları bakımından, tedavi yapılmadan önce yapılması gereken tetkiklerin yapılmaması karşılaşılabilen bir durumdur. Hacamat tedavisinin, cerrahi bir müdahale olması ve bilinen komplikasyonlarının ciddiyeti bakımından tetkik yapılmadan uygulanması tıbbi kötü müdahale oluşturabilir. Son olarak, hacamat uygulamasının sıklıkla yardımcı sağlık personeli tarafından uygulanması nedeniyle sorumluluk hukuku bakımından yaşılabilecek olası birçok sorun bulunur.

A. İSPAT

Herkes iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğundan, ispat sorunu, tüm hukuki uyumsuzluklar bakımından önemlidir. Ancak, konvansiyonel tıp bakımından dahi ayrıca önem arz eden ispat sorunu; geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahaleler bakımından evleviyetle çetrefillidir. Alternatif bir tedavi yöntemi uygulayan hekim, daha geniş bir ispat yükümlülüğüyle karşı karşıyadır¹³⁹. Çünkü aydınlatılmış onam ana hatları belirleyen tanımlayan ve açıklayan kapsamlı kılavuzların varlığına rağmen konvansiyonel tıp uygulamaları bakımından hala önemli bir meseleyken tamamlayıcı ve alternatif tıp uygulamaları bakımından yeknesak uygulama standartlarının ve kılavuzlarının eksikliği göz önüne alındığında daha büyük bir sorun haline dönüşür. Özellikle tamamlayıcı tıp uygulamalarının hekim dışında yetkili sağlık personeli tarafından uygulanabilmesi ve hastaya birden fazla tedavi yöntemi içerisinde seçim yapma hakkı tanınması, aydınlatılmış onamın önemini artırır¹⁴⁰.

Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamamasının hekim dışında yetkili sağlık personeli tarafından yapılması halinde usulüne uygun bir aydınlatılmış onamın yokluğu olasılığı bir başka meseledir. Zira yapılan bir araştırma; tamamlayıcı tıp uygulamaları bakımından bazı uygulayıcıların hastaların bu tedavi yöntemine ilişkin tüm bilgilere erişebilmesini sağladığını ve aydınlatmanın eksiksiz yapıldığını; ancak bazı uygulayıcılar bakımından yalnızca hastanın gündeme getirdiği sorulara ilişkin aydınlatma yapıldığını çünkü uygulayıcı tarafından hastanın olumsuz yönleri ve riskleri içselleştirerek uygulamadan vazgeçmesinin istenmediğini tespit etmiştir. Araştırmada ayrıca, son yıllarda konvansiyonel tıp uygulamaları yerine tamamlayıcı tıp uygulamalarının daha ekonomik ve ulaşılabilir olması nedeniyle teşvik edildiği; bu çerçevede özellikle geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları bakımından aydınlatılmış onama ilişkin özel formlar ve kılavuzlar düzenlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Zira araştırma neticesinde ortaya konan en önemli çıktı; tamamlayıcı tıp uygulayıcılarının aydınlatılmış

¹³⁹ "Aydınlatılmış onamda ispat külfetinin hekim ya da hastanede olduğu gözetilerek bu hususta taraf delilleri toplanarak sonucuna göre karar verilmesi" Y13.HD, 10.10.2015, E.2013/14330, K.2013/24995.

¹⁴⁰ Opher Caspi, Tamar Shalom ve Joshua Hoxea, "Informed Consent in Complementary and Alternative Medicine", Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine 1, S.1 (2011), 1.

onam konusundaki belirsiz ve kararsız tutumları olarak ifade edilmiştir. Yine çalışma kapsamında çok az sayıda geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulayıcısının resmi bir aydınlatılmış onam formu kullandığı ve hastayı olması gerektiği şekilde aydınlattığı tespit edilmiştir¹⁴¹. Haliyle hekimin ya da sağlık personelinin, alternatif tıp uygulamaları bakımından, ancak hastanın olası riskler ve tehlikeler bakımından açıkça bilgilendirilerek rızasının alındığını ispat etmekle sorumluluktan kurtulabileceğini ifade etmek yanlış olmaz¹⁴².

İspat sorunu, ilk olarak, hastanın aydınlatılması ve bilgilendirilmesi aşamasında gündeme gelir. Aydınlatmanın ve bilgilendirmenin içeriğinin kapsamının belirlenmesi bu sorunun çözülebilmesi için zaruridir. Bu çerçevede, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin 10. maddesinin 5. fıkrasında yer alan "Uygulamalar için 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğine uygun "Bilgilendirme ve Rıza Formu" hazırlanır ve uygulama yapılacak tüm hastalardan rıza alınır." hükmü uyarınca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 2014 yılında değişik "Bilgilendirmenin Kapsamı" başlıklı 15. maddesine başvurulması gerekir. Hüküm uyarınca hastanın "Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği" hususlarında açıkça bilgilendirilmesi gerekir. Zira aydınlatılmış onam bakımından ispat yükü hekim üzerindedir¹⁴³.

Hacamat tedavisinden doğan tıbbi kötü uygulama, malpraktis, iddiasıyla açılan davalar bakımından ispat sorunu daha çetrefillidir. Zira hacamata ilişkin özel etik ilkeler¹⁴⁴ bulunmadığından bu uygulama alanının kendine özgü yapısı dik-

¹⁴¹ Caspi ve diğerleri, 1-7.

¹⁴² Ozanoğlu, 75.

¹⁴³ Hakeri, Cilt I, 507; Aktaş İncel, 63; Söğüt, *Aydınlatılmış Onam Sorunu*, 645; "Hastanın uygulanan ve diğer tanı, tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hasta sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, komplikasyonları ve reddetme durumda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri konusunda bilgi edinme hakkının bulunduğu, bu bilgilendirmenin hekim tarafından hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde yapılması gerektiği, hastayı bu şekilde aydınlatma yükümlülüğü bulunan hekimin, bu yükümlülüğünü mevzuata ve usule uygun şekilde yerine getirdiğini ispatlamak zorunda olduğu, ispat yükünün hekimde bulunduğu kabul edilerek, taraf delilleri toplanıp sonucuna göre karar vermek gerekir." Y11. HD, 28/11/2019, E.2018/1849, K.2019/7606 ve Y11.HD, 28/11/2019, E.2018/5309, K.2019/7607.

¹⁴⁴ "GETAT tedavilerinin önerilip önerilmeyeceği veya bu tür bir tedavinin uygunluğuna karar vermek için bazı temel etik ilkeler belirlenebilir. Adams ve arkadaşları bu hususta yapılacak etik değerlendirmeler için temel yedi faktör belirlemiştir. Bunlar; 1. Hastalığın ciddiyet ve aciliyeti, 2. Modern tıbbi tedaviyle iyileşmenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, 3. Modern tıbbi tedavinin toksisitesi, yan etkileri ve invazivite düzeyi, 4. Önerilecek GETAT uygulamasının etkililiği ve güvenliğiyle ilgili kanıtların kalitesi, 5. Modern tıbbi uygulama ile GETAT'ın risk ve yararının hasta tarafından anla-

kate alınmaz. Özellikle tıbbi zorunluluk ya da aydınlatılmış onam gibi koşullara ilişkin ispat yükümlülüğü değerlendirilirken hacamat uygulamasının net olarak tespit edilmemiş ölçütlere göre değerlendirilmesi, tıp etiği açısından yerinde değildir¹⁴⁵.

Kişinin vücut bütünlüğüne yönelik yapılan her türlü tıbbi müdahale kişilik haklarına saldırı olarak kabul edilebilir¹⁴⁶. Bu nedenle özellikle hacamat özelinde, uygulamanın herhangi bir sözleşme ilişkisi olmaksızın yetkisiz kişi tarafından yapılması halinde haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁴⁷. Ayrıca kişinin rızası olmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler sonuç olarak kişinin yararına olsa bile hukuka aykırı olarak kabul edilmelidir¹⁴⁸. Zira yalnızca tedavinin iyileştirme amacı taşıması hukuka aykırılığı tek başına ortadan kaldırmaz¹⁴⁹. Ancak; rıza tek başına, hacamat tedavisini hukuka uygun hale de getirmez¹⁵⁰. Hasta, hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşulları oluşmamasına rağmen hacamat uygulamasına rıza gösterse bile hacamat uygulamasını yapan kişi sorumluluktan kurtulamaz¹⁵¹. Bu noktada sonradan verilen rıza yalnızca tazminat talebinden vazgeçme olarak değerlendirilebilir¹⁵².

Hacamat uygulaması bakımından tanıkla ispatın kabul görmeyeceği ifade edilebilir¹⁵³. Bu nedenle, ikinci olarak, ispat yükü bakımından tıbbi kayıtlara de-

şılma derecesi, 6. Hasta tarafından olası risklerin gönüllülük ve aydınlanmaya dayalı kabulü, 7. Hastanın GETAT tedavisini alma konusundaki isteğinde ısrarlı olması. Geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamalara ilişkin etik ilkeler için bkz. Eray Serdar Yurdakuli ve Oktay Sarı, "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Etik Yönden İncelenmesi", *Lokman Hekim Dergisi* 10, S.3 (2020): 404-414.

¹⁴⁵ Somer, *Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin Değerlendirilmesi*, 253-254.

¹⁴⁶ Yılmaz, 48; Ozanoğlu, 61; Kahraman, 482.

¹⁴⁷ Özdemir, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 39; Öz Seçer, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S.1 (2013), 119.

¹⁴⁸ Öz Seçer, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S.1(2013), 120; Hatice Nur Aktaş İncel, *Tıbbi Malpraktiste Sorumluluk ve Komplikasyon*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 20.

¹⁴⁹ Kahraman, 483.

¹⁵⁰ Sanığın yetkili sağlık personeli olmamasına rağmen internet üzerinden vermiş olduğu ilanda hacamat uygulaması yaptığını ikrar ettiği olayda, "Sanık her ne kadar herhangi bir reçete vermediğini, ayrıca gelen kişilerin rızası ile geldiğini ve bu konu ile ilgili yurt dışından bir kısım sertifikalarının olduğunu savunmuş ise de" ceza almıştır. Bakırköy 11. Asliye Ceza Mahkemesi, 19.02.2013, E.2012/794, K.2013/101.

¹⁵¹ Aynı yönde Hakeri, Cilt I, 391.

¹⁵² Kahraman, 485.

¹⁵³ Hakeri, Cilt I, 512; Burada kastedilen hacamat uygulayıcının tıbbi belgelendirme yükümünü ihlali halinde yalnızca tanıkla ispatı sağlayamaması gerektiği olmalıdır. Benzer yönde "Hasta yönünden tıbbi dokümantasyon yükümünün yerine getirilip getirilmediğinin ispatı aşamasında, hasta yönünden özel bir riski olan ve fakat hekim veya hastane işletmesinin tasarruf ve egemenliği altında bulunan doküman konusu tıbbi kayıt ve belgelerin, istisnaen, hasta lehine ispat kolaylığı sağlayıcı etkiler yaratma amacına da hizmet ettiği görüşü haklı olarak ileri sürülmektedir." Demir, 479; Aksi görüş için bkz. "Temelde hukuka aykırı olan bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebi

ğınmek gerekir. Tıbbi kayıt tutma yükümlülüğü sağlık hizmeti bakımından oldukça önemlidir. Zira hekimin uygulama öncesinde tüm aşamaları eksiksiz bir biçimde yaptığını ispat edebilmesi için, tıbbi kayıtlar en önemli silahlarından bir tanesidir¹⁵⁴. Kayıt tutma, özellikle tedaviye ilişkin verileri ve teşhis aşamasında yapılan tüm tetkikleri içerdiğinden hacamat uygulaması yapan hekim, meydana gelebilecek bir malpraktis iddiasında bu kayıtları kullanmak suretiyle sorumluktan kurtulabilir¹⁵⁵. Bu noktada ifade edilmesi gereken önemli bir husus, yalnızca tıbbi kayıt tutma yükümlülüğünün ihlal edilmesinin tazminat nedeni edilemeyeceğidir. Bu durum ancak ispat bakımından önem arz eder¹⁵⁶. Öte yandan kişinin yetkisiz sağlık sunucusunda hacamat uygulaması yaptırması durumunda, bunu nasıl ispat edeceği ise bir başka sorundur. Zira herhangi bir tıbbi kayıt tutulmayan mekânda, örneğin kişinin evinde, yapılan hacamat uygulamasının varlığı ya da kimin tarafından yapıldığına ilişkin öne sürülecek bir tıbbi kötü uygulama, malpraktis, iddiasında uygulamayı ispat yükü hastada olmalıdır.

B. TETKİKLER

Gerekli tetkiklerin yapılmaması, tıbbi kötü uygulamanın bir türüdür¹⁵⁷. Bu çerçevede, hacamat tedavisi bakımından teşhis aşaması sorunludur. Zira teşhis, hastanın muayenesinin ve tetkiklerinin tamamlanmasından sonra elde edilen bulguların incelenmesiyle kişideki hastalığın belirlenmesi aşamasıdır¹⁵⁸. Hacamat uygulaması yapan hekimlerin hastadan detaylı tetkik istemesi uygulamada sık görülen bir durum değildir. Oysa hekimin geleneksel ve tamamlayıcı tedaviler bakımından teşhis aşamasını detaylandırması gerekir. Hekim ancak teşhis aşama-

(aydınlatılmış rıza) taşıdığını ispat ederek sorumluluktan kurtulmak yükü hekime yüklenmiştir. Her türlü delille ispat edilebilir.” Zafer Kahraman, “Medeni Hukuk Bakımından Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, S.1(2016): 495; Yargıtay tarafından kabul edilen görüş, aydınlatma yükümlülüğünün ifa edildiğinin hekim tarafından ispat edilmesi gerekliliğidir. “Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükü ise hekimdedir” Yargıtay 11. HD., E.2018/1849, K.2019/7606, 28.11.2019. “Bu sebeple aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği hususu hekim ve zorunlu sorumluluk sigortacısı tarafından her türlü delille ispatlanabilir.” Yargıtay HGK, E.2020/11-592, K. 2022/356, 22.03.2022.

¹⁵⁴ İpek Sevda Söğüt, “Tıbbi Kayıtlar”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S.2 (2013), 64.

¹⁵⁵ Söğüt, *Tıbbi Kayıtlar*, 68; Tıbbi kayıtların tutulması yalnızca hacamat uygulamasını yapan hekimin yaptığı işlem ve tetkikler bakımından değil; aynı zamanda başka zamanlarda, önceden diğer hekimler tarafından tutulan tıbbi kayıtlara ulaşılabilmesi açısından da önemlidir. Tefik Pınar, Aytül Z.Çakmak, Meral Saygun ve Nuriye Ulu, “Hasta Dosyalarında Tanı ve Tedaviyi Etkileyebilecek Meslek ve Diğer Faktörlerin Tıbbi Kayıtlarda Yer Alma Durumlarının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri Dergisi* 1, S.28 (2008), 46.

¹⁵⁶ Örneğin hastanın alerjik reaksiyon sonucunda öldüğü olaylarda hasta kayıtlarında bu duruma ilişkin bilginin bulunmaması halinde ispat yükünün hekim üzerinde olması nedeniyle tazminat taleplerine olumlu karar verilir. Söğüt, *Tıbbi Kayıtlar*, 80.

¹⁵⁷ Yargıtay 13. HD., E.2014/11049, K.2015/2645, 05.02.2015; Yargıtay 13. HD., E.2006/6680, K.2006/12109, 19.09.2006

¹⁵⁸ Seçer, 125.

sında yapması gerekenleri eksiksiz bir biçimde yerine getirmişse kusurlu olarak kabul edilmemelidir. Aksi halde tıbbi kötü uygulama söz konusu olabilir¹⁵⁹.

Hacamat uygulaması, bahsedildiği üzere, esasen cerrahi bir müdahaledir. Bu nedenle uygulama yapılmadan önce ortaya çıkabilecek komplikasyon risklerine karşı hastanın tetkiklerinin tam ve eksiksiz olarak yapılması gerekir. Hasta, bazen kendisinde var olan hastalıkları bilemeyebilir. Bu durumda örneğin anemi hastası olan ya da aynı anda kan sulandırıcı ilaç kullanan bir hastaya hacamat uygulaması yapılması sonucunda ortaya çıkacak sorumluluk hekimin üzerinde olmalıdır. Hekim hastanın kendisini bu konuda aydınlatmadığı iddiasıyla sorumluluktan kurtulamamalıdır. Ayrıca hastaya yapılan tetkik sonuçlarına göre, hekimin tedavi aşamasında hastaya en makul seçeneği önermesi beklenir¹⁶⁰. Hacamat tedavisinin seçilmesi halinde aynı hastalığın tedavisi için uygulanabilecek konvansiyonel tıp uygulamasının daha riskli olması gerekir. Zira geleneksel ve tamamlayıcı tedavinin konvansiyonel tıbbi tedaviye tercih edilebilmesi için bu yöntemin hasta için eşit ya da daha az riskli olması gerekir¹⁶¹.

C. KOMPLİKASYON YÖNETİMİ

Hekim, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranırsa bile tıbbi müdahalelerin doğası gereği kaçınılmaz riskler doğabilir¹⁶². Standartlara uygun bir biçimde yapılan tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen, istenmeyen ancak öngörüle-bilen sonuçlar komplikasyon olarak ifade edilir¹⁶³.

Komplikasyon, yalnızca konvansiyonel tıp uygulamaları sonucunda ortaya çıkmaz. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları bakımından da komplikasyon yönetiminin doğru yapılması gerekir. Bir komplikasyonun hekim tarafından

¹⁵⁹ "...hastadan yeterli anamnez alınmadığı için infarktüsün atlanmış olduğu kanaati oluşmaktadır. Hastanın dosyasında ilk başvuru sırasında ayrıntılı anamnez alındığına dair kayıt yoktur. Hastanın 36 yaşında bir kadın olması ve bu yaşlardaki kadınlarda kalp krizi sıklığının düşük olduğu bilgisi bu yaştaki kadınlarda hiç kalp krizi görülmeyeceği anlamına gelmemektedir. İyi bir anamnezle böyle bir hastada da infarktüs tanısı koyulabilir. Hastaya ilk başvuru anında tanı koyulabilmiş olsaydı, koroner anjiyografi ve damar açma işlemi çok daha erken gerçekleştirilecek ve kalp kası hasarı yok denecek kadar az olabilecekti." Y3.HD, 23.02.2021, E. 2020/8208, 2021/1838.

¹⁶⁰ Yılmaz Yördem, "Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu", *TAAD* 11, S.39 (2019), 139; Kahraman, 480; Seçer, 126-127; Yasemin Akbaş, "Hekimin Özen Yükümlülüğü", *Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, S.2 (2014), 113-114.

¹⁶¹ Ayan, 106; Hekim hastası için en az tehlikeli ve acı verecek yöntemi seçmelidir. Günday Rezzan, *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012).

¹⁶² Zeynep Özcan ve Ayşe Betül Özcanoğlu, "Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayırımı Bağlı İspat Sorunları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, S.16 (2020): 289; Ozanoğlu, 67; Günday, 116.

¹⁶³ Hakan Hakeri, "Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayırımı", *Toraks Cerrahisi Bülteni* 5, S.1 (2014): 24; İzin verilen risk olarak da anlaşılabilir. İsmail Özgür Can, Erdem Özkara ve Muhammed Can, "Yargıtayda Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi* 25, S.2 (2011), 73.

öngörülmesi yeterli değildir; hekimin risklere karşı önlem de alması gerekir¹⁶⁴. Örneğin hacamat esnasında aşırı miktarda kan akıtılması ya da işlemin gereğinden fazla uzun sürmesi halinde aşırı kan kaybı, anemi sonucu ortaya çıkabilir. Bu nedenle hekimlerin yaptığı kupa uygulamalarında örneğin 1-30 cc civarında bir kanın boşaltılmasının uygun görüldüğü ifade edilir¹⁶⁵.

Hacamat tedavisi bakımından hastada en sık görülen komplikasyon *vazovagal senkop*¹⁶⁶ olarak ifade edilebilir¹⁶⁷. Ayrıca hastada enfeksiyon gelişmesi sık görülen komplikasyonlardandır¹⁶⁸. “*Hacamat enfeksiyon hastalıkları açısından çok büyük bir risk oluşturmaktadır. Sadece hacamat ile ilişkilendirilen yeni HIV pozitif vakalar bildirilmiştir. Hepatit B ve Hepatit C bulaşları açısından önemlidir.*”¹⁶⁹ Dolayısıyla hacamat uygulamasında tek kullanımlık malzeme kullanmanın, örneğin kupaların tek kullanımlık olması, iki yönlü bulaş riskini engelleyeceği açıktır¹⁷⁰.

Ayrıca, hacamat uygulamasının cilt bütünlüğünü bozan invaziv bir işlem olması nedeniyle enfeksiyon riski fazladır ve spesifik olarak prostatik kalp kapağı olan hastalarda endokardit gelişme riski doğurabilir¹⁷¹. Yine, hacamat uygulaması, yapılan araştırmalara göre dermatit, herpes enfeksiyonu, deri yaralanması ya da deride renk değişimi gibi komplikasyonlara neden olabilir¹⁷². Hacamat tedavisi sonucunda hastada yara izi kalma olasılığı başka bir komplikasyondur. Başka bir ifadeyle hacamat uygulaması deri dokusunu bozabilecek bir etki gösterebilir¹⁷³.

¹⁶⁴ Bel ağrısı ve bel fıtığı şikayetiyle alternatif tıp uygulamaları yapan bir hekime başvuran hastaya bitkisel ilaç tedavisi yapılır. Hekim her ne kadar hastaya gerekli muayene, laboratuvar ve görüntüleme yöntemlerini kullanmış ortaya çıkabilecek komplikasyon risklerini tespit etmiş; ancak önlem almamıştır. Bu nedenle kötü tıbbi uygulama ortaya çıkmıştır. Taşçı, 51; Aynı yönde Can, Özarka ve Can, 74.

¹⁶⁵ Kim ve diğerleri, 439.

¹⁶⁶ “*Vazovagal senkop, nörokardiyojenik senkopların en sık karşılaşılan tipidir. Ani bradikardi, hipotansiyon ve geçici bilinç kaybı gelişmesi olarak tanımlanmaktadır.*” Duygu Taşkın, Zeynep Ersoy, Özgür Kömürçü ve Aynur Camkiran Fırat, “Vazovagal Senkop: Olgu Sunumu”, *Anestezi Dergisi* 13, S.2 (2015): 107-109.

¹⁶⁷ Kaya ve diğerleri, 198.

¹⁶⁸ Abdul Rehman, Noor Ul-Ain Baloch ve Muhammad Awais, “Practice of Cupping (Hijama) and the Risk of Bloodborne Infections”, *American Journal of Infection Control* 42, S.10 (2014): 1138-1140; “*Kupa tedavisinin komplikasyonlarıyla ilgili olarak, sağlıklı bir hastada karın bölgesine kupa uygulaması sonrası gelişen yaygın cilt mikobakterial enfeksiyonu olgusu araştırılmış, hastanın ancak blok eksizyon cerrahisi ve uzun süreli antibiyotik tedavisi ile düzlebildiği bildirilmiştir. Aşırı kanama, uygunsuz skar oluşumu diğer komplikasyonlardır. Hacamat tedavisi HIV, hepatit B ve hepatit C bulaş kaynağı olabilme potansiyellerinden dolayı çok ciddi riskler taşır.*” Tütüncü, Etiler, *Tıbbın Alternatifi Olmaz*, 22.

¹⁶⁹ Tütüncü, Etiler, *Tıbbın Alternatifi Olmaz*, 35.

¹⁷⁰ Toptan, Kaya ve Altındış, 171.

¹⁷¹ Tütüncü, Etiler, *Tıbbın Alternatifi Olmaz*, 222.

¹⁷² Kaya ve diğerleri, 198.

¹⁷³ “*Olgumuzda ehil olmayan eller tarafından uygulanan hacamat insizyonlarının derin ve iz bırakıcı olması kişide skar dokusu ve dolaylı olarak bozucu alan oluşmasına yol açmıştır.*” Cüneyt Tamam ve Yusuf Tamam, 27.

Hacamat evsel bir çare olarak görüldüğü için yetkisiz kişiler tarafından ya da yetkisiz sağlık sunucularında uygulama yapılması olasıdır. Hastanın uygulamaya rıza göstermesi uygulamayı hukuka uygun hale getirmez. Zira, “*Hasta tıbbi uygulama sırasında ve sonrasında kusur olmadan da oluşabilecek istenmeyen sonuçları, komplikasyonları bilir ve uygulamaya onay verirse tıbbi müdahale hukuka uygun olur. Hastada oluşan zararlı sonuç öngörülemez ve önlenemiyorsa veya öngörülebilse bile (hastanın yeterince aydınlatılmış onayı alınmış olması ve uygulamada kusur olmaması şartı ile) önlenemiyorsa bu durumun komplikasyon olarak kabulü gerekmektedir*”¹⁷⁴.” Zaten uygulamanın yetkili olmayan kişi tarafından yapılması durumunda komplikasyon araştırması yapılması gerekmez.

Hasta, hekim tarafından olası komplikasyonlara ilişkin aydınlatılmasına ve bilgilendirilmesine karşın uygulamaya devam edilmesini talep edebilir. Bu durumda “*hasta tehlikelere karşı kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye, hastaya aittir*”¹⁷⁵.” Ancak bu noktada hekim ispat yükümlüsü olması nedeniyle hastaya usulüne uygun bir aydınlatma ve bilgilendirme yapıldığını gösterir belgeleri edinmelidir. Aksi halde, olası bir tıbbi kötü uygulama iddiasında sorumlulukla karşı karşıya kalabilir.

Konvansiyonel tıp uygulamalarından sapılıp geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının tercih edilmesi durumunda hekimden beklenen özen yükümlülüğünün derecesi artar¹⁷⁶. Zira özen yükümlülüğü ve tıbbi standardın ölçüsü birbirleriyle bağlantılıdır. Genel olarak tıbbi standart tıp bilimi tarafından kabul edilen kurallardır¹⁷⁷. Ancak özel olarak tıbbi standardın ölçüsü erişilebilir standart olarak kabul edilebilir¹⁷⁸. Bu bağlamda, hacamat bakımından tıbbi standart değerlendirilirken konvansiyonel tıbbin kurallarından doğan tıbbi standardın beklenmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Zira bu kavram, olası tehlikelere ve risklere göre değişen dinamik bir kavramdır¹⁷⁹ ve hekimin özen yükümlülüğünün sınırlarını belirler¹⁸⁰. Özellikle tıbbi zorunluluk koşulunun sağlanmadığı ya da sosyal endikasyon koşulunun var olduğu kabul edilerek yapılan hacamat uygulamaları bakımından hekimin özen yükümlülüğü daha ağır kabul edilmelidir. Zira burada, hastada oluşabilecek komplikasyonlar biliniyorsa, hastanın bu komplikasyon ris-

¹⁷⁴ Danıştay 15. Daire E.2015/6119, K.2015/5733, 08.10.2015.

¹⁷⁵ Y4.HD, 07.03.1977, E.1976/6297, 1977/2541.

¹⁷⁶ Veynel Başpınar, “Hekimin Özen Borcu”, 15-16 Mayıs 2006 Sağlık Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), 30.

¹⁷⁷ Demir ve Kırkit, 67.

¹⁷⁸ Aktaş İncel, 60.

¹⁷⁹ Hakeri, *Cilt II*, 1095.

¹⁸⁰ Zarife Şenocak, “Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Özel Sorunlar”, *Sağlık Hukuku Kurultayı Ankara 1-3 Kasım 2007 Bildiri Kitabı*, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008), 244.

kini almasına müsaade eden hekimin uyması gereken tıbbi standart hacamat uygulaması yapan hekimin özel bir uzmanlık eğitimi alması nedeniyle daha yüksek olmalıdır¹⁸¹. Örneğin seksen beş yaşında tansiyon hastası olan bir kişinin sünnet olduğu inancıyla hekime hacamat yaptırmak için başvurması durumunda hekimin göstermesi beklenen özenin derecesi artar.

Son olarak ifade etmek gerekir ki müdahale yetkisi olmayan kişilerin yaptığı tıbbi müdahale, sonuç komplikasyon olsa bile hukuka aykırıdır¹⁸². Bu kapsamda, hacamat uygulamasının yetkisi olmayan bir kişi tarafından yapılması halinde meydana gelen sonuç esasen bir komplikasyon oluştursa bile yine de tıbbi kötü uygulama sayılır.

D. YARDIMCI SAĞLIK PERSONELİNİN HUKUKİ DURUMU

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliğinin ekinde yer aldığı üzere hacamat uygulaması; sertifikası bulunan tabip, diş tabibi ve tabip gözetiminde sertifikalı sağlık personeli tarafından gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda yardımcı sağlık personelinin uygulamayı tek başına gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği hususunun üzerinde durmak gerekir Zira kural hekimin tıbbi müdahaleleri bizzat gerçekleştirmesidir. Buna karşın hekim bazen tıbbi uygulamanın gerçekleştirilmesini üçüncü bir kişiye bırakabileceğinden hekimin hacamat uygulamasını yardımcı sağlık personeline bırakması durumunda alt vekalet sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir¹⁸³. Burada hekim tıbbi müdahale yapma borcunu yardımcı sağlık personeline bırakmıştır. Yani, hacamat bakımından, yardımcı sağlık personelinin de uygulayıcı olabileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede hukuki sorumluluk bakımından hekim ve yardımcı sağlık personelinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Zira eğer hekim üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmişse sorumlu tutulmamalıdır. Ancak hekim bu yükümlülüğe aykırı davranmışsa yardımcı sağlık personeliyle birlikte sorumlu tutulmalıdır¹⁸⁴. Örneğin hekim uygulama merkezinde bulunmamasına rağmen hastasını uygulama için yardımcı sağlık personeline yönlendirmişse burada hekimin sorumlu olmadığından bahsedilemez.

Öte yandan yönetmeliğin ekinde yer alan “*tabip gözetiminde*” kavramının hekim ile yardımcı sağlık personelinin birlikte uygulama yapması olarak değerlendirilmesi ihtimali bulunur. Bu durumda alt vekalet ilişkisinden değil; yardımcı kişinin sorumluluğundan bahsetmek gerekir. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliğinde ya da sair hukuki mevzuatta bu yöntemlerden doğabilecek hukuki sorumluluğa ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmadığından hekimin

¹⁸¹ Akbaş, 118.

¹⁸² Hakeri, *Cilt 1*, 351.

¹⁸³ Özdemir, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 52-53.

¹⁸⁴ Aynı yönde bkz. Aktaş İncel, 75; Hekim ve anestezi teknikeri sağlık personelinin birlikte sorumlu olduğu vakaya ilişkin bkz. Can, Özkara ve Can, 73.

sorumluluğu genel hükümlere göre değerlendirilir. Bu bağlamda hacamat uygulaması yapan hekim genel hükümlere göre sorumlu olur. Yine, Yönetmelik uyarınca uygulamaya yardımcı olabilecek sağlık personeline ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 66. ve 116. maddeleri uyarınca sorumlu tutulabilir¹⁸⁵. Yönetmelik, bu hususta açık bir düzenleme yapmadığından somut olayın özelliğine göre hukuki sorumluluğun tespit edilmesi gerekeceğinden, hekimin uygulamayı bütünüyle yardımcı sağlık personeline bırakması durumunda alt vekalet sözleşmesinden; aksi halde yardımcı kişinin ya da adam çalıştırmanın sorumluluğundan¹⁸⁶ bahsetmek gerekir.

Ayrıca, sertifika eğitimlerini düzenleyen standardın lafzına bakıldığında eğitimlerin yalnızca hekimlere özgü olduğu görülür. Oysa uygulamada tedavinin yardımcı sağlık personeli tarafından uygulanması ihtimali çerçevesinde eğitim alma zorunluluğunun kapsamının genişletilmesi, başka bir ifadeyle yardımcı sağlık personelinin de bu eğitimlere tabi kılınmasının koşullarının ayrıca düzenlenmesi daha yerinde bir tercihtir. Zira yardımcı personelin tıbbi kötü uygulama yapmaya yatkınlığı bulunur. Örneğin somut bir olayda, *“Samik aşamalarındaki savunmalarında, daha önceden İstanbul Bilge Hastanesinde saç ekimi işlemi doktor eşliğinde gerçekleştirdiğini, güzellik salonunun kendisine ait olduğunu, ele geçen malzemelerin önceden kalan malzemeler olduğunu, bunları saç ekiminde kendi iş yerinde kullanmadığını, kendisini doktor olarak tanıtmadığını, tıbbi cihaz ve aletleri cilt ve saç bakımı için hijyen açısından bulundurduklarını beyan etmiştir”*¹⁸⁷.

SONUÇ

Tamamlayıcı ve geleneksel tıp tedavileri son yıllarda daha yaygın ve bilinir hale gelmeye başlamış; böylece hekimler tarafından tercih edilir olmuştur. Buna karşın bu tedavi yöntemleri evsel çareler olarak görülebileceğinden tıbbi kötü uygulama oluşturmaları kaçınılmazdır. Evsel çareler denilince akla ilk gelen geleneksel yöntemlerden birisi olan hacamat, pandemi dönemi sonrasında aşının yan etkilerini ortadan kaldırdığı iddiasıyla daha yaygın hale gelmiştir. Ancak bu durum beraberinde sağlık hukuku bakımından birtakım güncel sorunlar doğmasına yol açmıştır. Zira hacamat tedavisi aslında cerrahi bir müdahale olması hasebiyle birçok geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahaleden ayrılır. Bu niteliğine karşın apiterapi, sülük, akupunktur, mezoterapi, proloterapi, osteopati gibi farklı geleneksel

¹⁸⁵ Özdemir, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 52; Somer, *Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin Değerlendirilmesi*, 253-254; Seçer, 127; Günday, 107-108.

¹⁸⁶ *“Yardımcı personel ile doktor arasında görevi yerine getirme konusunda bir adam çalıştırma sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Doktor burada objektif özen gösterme görevinden dolayı hukuki sorumluluk taşır.”* Günday, 107-108; Aynı yönde Nejdett Şatır, *Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin, 2015), 204-205.

¹⁸⁷ Y7.CD, 29.5.2023, E.2023/3326, K.2023/5252.

ve tamamlayıcı tıbbi müdahale yöntemlerinin aynı hukuki kurallara tâbi kılınması çözümlenmesi gereken bir sorundur. Bu nedenle geniş bir çerçevede geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahale kavramını ele alan anlayışın terk edilmesi gerekir.

Hacamat uygulamasının yetkisiz kişi tarafından yapılması sık rastlanır bir durumdur. Bu nedenle, ilk olarak, devletin geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarını kendi kurumları bünyesinde teşvik etmesi gerekir. Buna karşın toplumdaki yerleşik kanı nedeniyle hacamat gibi uygulamaların hekim tarafından yapılması çoğu zaman olağandışı karşılanabilir. Oysa hacamatın yetkili hekim tarafından uygulanması halinde dahi hatalı tıbbi uygulamaların doğması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle yetkili kişinin alacağı eğitimlerin daha kontrollü ve geniş çerçevede planlanması gerekir.

Hacamat tedavisinin, hukuka uygun hale getirilmesi öncelikle bu uygulamanın evsel bir çare, tedavi olmadığı bilincinin topluma kazandırılması ile mümkün olur. Bu çerçevede, bazı kurum ve kuruluşların alenen hacamat eğitimi sertifikalı programları düzenlemesinin, bu eğitimleri alarak kendisini hacamatçı ya da haccame olarak isimlendiren bu kişiler evlerde hacamat uygulaması yapmasının, insanların kandırılmasının ve dolandırıcılık teşkil eden uygulamaların önüne geçilmesi gerekir. Buna karşın açıklandığı üzere mevzuatta belirlenen “*bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikiyüz gündен beşyüz güne kadar adli para cezasının*” insan sağlığını ve kişilik haklarını ihlal eden uygulamalar karşısında yıldırıcı olmadığı açıktır.

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin 9. maddesine göre “*Uygulama alanında temel eğitimi bulunan sağlık meslek mensupları merkez ve ünitelerde sertifikalı tabiplere uygulamada yardımcı olabilirler.*” denilmek suretiyle uygulama yapabilecek kişiler hekim ve diş hekimi olarak; yardımcı olabilecek kişiler ise sağlık meslek mensupları olarak sınırlandırılmıştır. Dikkat edilmesi gereken husus, akupunktur ve apiterapi gibi bazı geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının yalnızca hekimler tarafından yapılabileceği; uygulamaya herhangi bir yardımcı sağlık meslek mensubunun katılamayacağı öngörülmemişken cerrahi bir müdahale olan hacamat bakımından yardımcı sağlık personelinin uygulama yapabileceğinin düzenlenmesidir. Bu bağlamda, özellikle geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarında yetkili kişi teriminin ve bu kişilerin alması gereken eğitimin niteliklerinin daha kapsamlı bir Yönetmelik çıkarılarak düzenlenmesi daha doğrudur. Yönetmelik'in ekinde geçen yardımcı sağlık personeli teriminin muğlaklığı bu eksikliğin en doğal sonucudur. Yine, sertifika eğitimlerini düzenleyen standardın lafzına bakıldığında eğitimlerin yalnızca hekimlere özgü olduğu görülür. Oysa uygulamada tedavinin yardımcı sağlık personeli tarafından uygulanması ihtimali çerçevesinde eğitim alma zorunluluğunun kapsamının genişletilmesi, başka bir ifadeyle yardımcı sağlık personelinin de bu eğitimlere tabi kılınmasının koşullarının ayrıca düzenlenmesi daha yerinde bir tercihtir.

Hacamat uygulaması yaptıracak kişinin, uygulamanın riskleri konusunda yeterince aydınlatılmaması karşılaşılabilecek bir diğer sorundur. Hacamat gibi alternatif tıbbi uygulamaların, konvansiyonel tıbbın standartlarını sağlayamaması nedeniyle aydınlatılmış onam, bu uygulamalar bakımından ayrıca önem taşır. Buna karşın, uygulamada aydınlatmanın hiç ya da gereği gibi yapılmamasına sık rastlanır. Kişilerin, hacamat tedavisinin evlerde dahi yapılabildiği inancıyla herhangi bir komplikasyon riski taşımadığı düşüncesinin kırılması gerekir. Bu nedenle özellikle hacamat benzeri cerrahi müdahaleler bakımından hastanın aydınlatıldığına hekim tarafından açıkça “*alternatif tıbbi tedaviye ilişkin aydınlatılmış onam formu*” ve benzeri araçlarla ispat edilmesi beklenmelidir. Hacamat tedavisinden doğan tıbbi kötü uygulama iddiasından doğan uyuşmazlıklar bakımından ispat sorunu daha çetrefillidir. Hacamat ve benzer geleneksel ve tamamlayıcı uygulamalara ilişkin özel etik ilkeler bulunmadığından bu uygulama alanlarının kendine özgü yapısı dikkate alınmaz. Bu nedenle, genel anlamda bir Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği, yetersizdir. Her uygulama alanının kendine özgü bir hukuki düzenlemesi bulunmalıdır. Zira, konvansiyonel tıp uygulamalarından farklı olarak alternatif tıp uygulamaları istismara yatkındır.

Son olarak, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği’nde yer alan endikasyon şartı bir başka çözülmesi gereken sorundur. Zira endikasyon koşulu bakımından Yönetmelik çok geniş bir tanımlama yapar. Özellikle bu geniş yorumlama hukuka uygun tıbbi uygulamanın koşullarından biri olan tıbbi zorunluluk şartının sağlanıp sağlanmadığının araştırılması noktasında problemlidir. Çünkü Yönetmelik birçok yerde “*baş ağrısı, bel ağrısı ya da sırt ağrısı*” gibi geniş ifadelerle yer verir. Oysa bilinen bir gerçektir ki “*bel ağrısı, baş ağrısı ya da boyun ağrısı*” gibi bir tanı konvansiyonel tıp uygulamalarında söz konusu olmaz. Bunlar ancak belirli bir rahatsızlığa ilişkin semptom olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle bu semptomların vücut verebileceği birçok rahatsızlık bakımından endikasyon şartını sağlandığının kabulü doğru değildir. Bu kabul, yaygın tıbbi kötü uygulamaya neden olabilir.

KAYNAKÇA

- Aboushanab Tamer S., AlSanad Saul, “Cupping Therapy: An Overview from a Modern Medicine Perspective”, *Journal of Acupuncture and Meridian Studies* 3, S.11 (2018): 83-87.
- Acar Hakan Volkan, “Tamamlayıcı Tıp Nedir, Ne Değildir?”, *VII. Sağlık Hukuku Kurultayı Bildiri Kitabı*, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2017): 213-233.
- Akbaş Yasemin, “Hekimin Özen Yükümlülüğü”, *Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, S.2 (2014): 109-125.
- Akgün Meftun, Pekcan Nuriye, Demirdağ Hatice, Aydın Bahise, Ekici Emine, “Türkiye’de Covid-19 Pandemisinde Kullanılan Geleneksel ve Tamamlayıcı Tedavi Uygulamaları: Kesitsel Bir Araştırma”, *Turkish Journal Of Health And Sport* 2, S.4 (2023): 47-55.
- Aktaş İncel Hatice Nur, *Tıbbi Malpraktiste Sorumluluk ve Komplikasyon*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022).
- Akyıldız Sunay, *Sağlık Hukuku Rehberi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016).
- Altun Abdurrahim, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, S.1 (2018): 37-52.
- Arpacı Özge, “Sağlık Bakanlığı Tarafından Kabul Edilen Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları ve Bunların Hukuka Uygunluğunun Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, S.2(2021): 1245-1307.
- Ayan Mehmet, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Kazancı, 1991).
- Badur Emel, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, (Ankara: Seçkin, 2017).
- Başpınar Veysel, “Hekimin Özen Borcu”, *15-16 Mayıs 2006 Sağlık Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007): 23-38.
- Bulen James A., “Complementary and Alternative Medicine Ethical and Legal Aspects of Informed Consent to Treatment”, *The Journal of Legal Medicine* 24, S.1 (2003): 331-358.
- Can İsmail Özgür, Özkara Erdem ve Can Muhammed, “Yargıtayda Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi* 25, S.2 (2011): 69-76.
- Cao Huijuan, Li Xun ve Liu Jianping, “An Updated Review of the Efficacy of Cupping Therapy”, *PLoS One* 7, S.2 (2012): 1-14.
- Caspi Opher, Shalom Tamar ve Hoxea Joshua, “Informed Consent in Complementary and Alternative Medicine”, *Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine* 1, S.1 (2011): 1-7, https://doi.org/10.1093/ecam/nep032open_in_new.
- Christopoulou-Aletra Helen ve Papavramidou Niki, “Cupping: an Alternative Surgical Procedure Used by Hippocratic Physicians”, *The Journal of Alternative and Complementary Medicine* 14, S.8 (2008): 899-902.
- Demir Mehmet ve Kırkit Ecem, “Komplikasyon-Malpraktis Ayırımının Tıbbi Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 1, S.1 (2022): 58-91.

- Ekici Türkan ve Gölgeli Asuman, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıpta Apiterapi”, *Sağlık Bilimleri Dergisi* 30, S.2 (2021): 200-203.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 26. Baskı, 2021).
- Erman Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003).
- Erzurumlu Ahmet, “Akupunktur Uygulamalarından Doğan Sorumluluk”, *VII. Sağlık Hukuku Kurultayı Bildiri Kitabı*, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2017): 364-376.
- Eti Aslan Fatma, “Cerrahi Hemşireliğinin Tarihçesi”, *Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi* 12, S.1 (2009): 104-113.
- Görgülü Ülfet, “*Din İşleri Yüksek Kurulunun Tıbbi Konulardaki Fetvalarına İlişkin Metodolojik Bir Değerlendirme*”, *Fıkıh ve Biyoetik İslam Hukuku Bakımından Tıbbi Konularda Karar Verme Süreci 2* (İsar, İstanbul 2021): 181-195.
- Günel İlhan, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018).
- Günday Rezzan, *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012).
- Hakeri Hakan, “Geleneksel Tıp Bakımından Ülkemizdeki Hukuki Durum”, *Legal Tıp Hukuku Dergisi* 4, S.7 (2015): 17-41.
- Hakeri Hakan, “Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı”, *Toraks Cerrahisi Bülteni* 5, S.1 (2014): 23-28.
- Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku Cilt I Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 26. Baskı, 2024).
- Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku Cilt II Özel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 26. Baskı, 2024).
- Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, 2019).
- Kahraman Zafer, “Medeni Hukuk Bakımından Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, S.1 (2016): 479-510.
- Kaya Abdulkadir, Taşdemir Lale ve Cayır Yasemin, “Cupping Therapy and Scientific Basics”, *International Journal of Traditional and Complementary Medicine Research* 3, S.3 (2022): 197-200.
- Kaya Halil, “Hacamat ile İlgili Rivayetler Üzerine Bir İnceleme”, *Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi* 4, S.2(2020): 62-83.
- Kepekçi Ahmet Hamdi ve Kepekçi Ali Bestemi, “Dünden Bugüne Cerrahi ve Ameliyathane”, *Journal of Medical Sciences* 4, S.1 (2023): 15-20.
- Kılıç Güneş Bahu, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016).
- Kim Tae-Hun ve diğerleri, “Adverse Events Related to Cupping Theraphy in Studies Conducted in Korea: A Systematic Review”, *European Journal of Integrative Medicine* 1, S.6 (2014): 434-330.
- Koru Onur, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S.2 (2021): 491-500.
- Lederer Anne-Kathrin ve diğerleri, “Complementary Medicine in Germany: A Multi-Centre Cross-Sectional Survey on the Usage by and the Needs of Patients Hospitali-

- zed in University Medical Centers”, *BMC Complementary Medicine and Therapies*, S.21 (2021): 1-10.
- Meybodi Mohammad Saeed Kalantari, “Prevention and Treatment of COVID-19: The Neglected Role of Complementary Medicine”, *International Journal of Preventive Medicine* 1, S.13 (2022): 17-18.
- Nebioğlu Öner Şebnem, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası Bağlamında Zorunlu Beklik Dönemi Aşılı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S.198 (2023): 77-92.
- Nielsen Arya, Handel Marsha, Stone Jennifer ve Lee Myeong Soo, “Misreport of Burns as a Result of ‘Coining’, Gua Sha; Inherent Harms from Publication and Ongoing Citation of False Facts”, *Integrative Medicine Research* 12, S.1 (2023): 1-4.
- Okumuş Müyesser, “Kupa Tedavisi ve Hacamat”, *Ankara Medical Journal* 4, S.16 (2016): 370-382.
- Oral Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, *Ankara Barosu Dergisi* 1, S.2 (2011): 186-209.
- Ozanoğlu Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, S.3 (2003): 55-77.
- Özcan Zeynep ve Özcanoğlu Ayşe Betül, “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, S.16 (2020): 289-315.
- Özcan Zeynep, “Tıbbi Standartların Hekimin Hukuksal Sorumluluğu Üzerinde Etkisi”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı* (İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018): 213-227.
- Özçetin Selvi ve Balaban Murat, *Sağlık Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2015).
- Özdemir Hayrunnisa “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XI, S.1(2016): 33-81.
- Özdemir Hayrunnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004).
- Özsunay Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Ankara*, 12-13 Mart 1982: 31-59.
- Öztürk Yunus Emre, Dömbekçi Hilal Akman ve Ünal Seda Nur, “Geleneksel Tamamlayıcı ve Alternatif Tıp Kullanımı”, *Journal of Integrative and Anatolian Medicine* 1, S.3 (2020): 23-35.
- Papavramidou Niki, Thomaidis Vassilios ve Fiska Alike, “The Ancient Surgical Bloodletting Method of Arteriotomy”, *Journal of Vascular Surgery* 6, S.54(2011): 1841-1844.
- Parlakpınar Hakan ve Ayık Seyhan, “Kupa Tedavisine Genel Bir Bakış”, *Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Dergisi* 3, S.2 (2020): 246-264.
- Pınar Tefik, Çakmak Aytül Z., Saygun Meral ve Ulu Nuriye, “Hasta Dosyalarında Tanı ve Tedaviyi Etkileyebilecek Meslek ve Diğer Faktörlerin Tıbbi Kayıtlarda Yer Alma Durumlarının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri Dergisi* 1, S.28 (2008): 40-47.

- Qureshi Naseem ve diğerleri, "History of Cupping (Hijama): A Narrative Review of Literature", *Journal of Integrative Medicine* 3, S.15 (2017): 172-181.
- Rees Lesley ve Weil Andrew, "Integrated Medicine", *The BMJ Journal* 1, S.322 (2001): 119-120.
- Rehman Abdul, Baloch Noor Ul-Ain ve Awais Muhammad, "Practice of Cupping (Hijama) and the Risk of Bloodborne Infections", *American Journal of Infection Control* 42, S.10 (2014): 1138-1140.
- Saunders John, "The Practice of Clinical Medicine as an Art and as a Science", *Medical Humanities*, S.26 (2000): 18-22.
- Seçer Öz, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S.1 (2013): 107-148.
- Somer Pervin, "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin Değerlendirilmesi", *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2015): 233-265.
- Söğüt İpek Sevda, "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam Sorunu", *İKÜHFD* 16, S.2 (2017): 627-649.
- Söğüt İpek Sevda, "Tıbbi Kayıtlar", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S.2 (2013): 63-86.
- Şahan Duygu ve İlhan Mustafa Necmi, "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Halk Sağlığı Bakımından Değerlendirilmesi", *Gazi Sağlık Bilimleri Dergisi* 4, S.3(2019): 12-19.
- Şatır Nejdet, *Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin, 2015), 204-205.
- Şeker Necmettin, "Hz. Peygamber'in Hadislerinde Koruyucu Hekimlik: Hacamat Örneği", *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1, S.21(2013): 157-188.
- Şenocak Zarife, "Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Özel Sorunlar", *Sağlık Hukuku Kurultayı Ankara 1-3 Kasım 2007 Bildiri Kitabı* (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008): 241-254.
- Şenocak Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, S.4 (2001): 65-80.
- Tamam Cüneyt ve Tamam Yusuf, "Farklı Bir Bozucu Alan Nedeni: Hacamat", *Journal of Complementary Medicine, Regulation and Neural Therapy* 12, S.1 (2018): 26-27.
- Taşçı Ali İhsan, "Adli Tıp Penceresinden Alternatif Tıp Uygulamaları", *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi* 22, S.1 (2012): 50-51.
- Taşkın Duygu, Ersoy Zeynep, Kömürcü Özgür ve Camkıran Fırat Aynur, "Vazovagal Senkop: Olgu Sunumu", *Anestezi Dergisi* 13, S.2 (2015): 107-109.
- Temel Erhan, "Alman Hukukuna Göre Çocuklarda Aydınlatılmış Rıza", V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi, 8-9 Kasım 2013 (Ankara: Adalet, 2014): 31-44.
- Toptan Hande, Kaya Tuğba ve Altındış Selma, "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp (GETAT) Uygulamalarında Enfeksiyon Kontrol Önlemleri, Hijyen ve Çalışan/Hasta Güvenliği", *Biotechnol and Strategic Health Research Journal* 3, Özel Sayı (2019): 168-172.
- Tunçer Polat, *Sağlık Hukuku Temel Bilgileri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 3. Baskı, 2018).

- Tütüncü Serap, Etiler Nilay, editör, *Tıbbın Alternatifi Olmaz! Geleneksel Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Kitabı*, (Ankara: Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 2017).
- Yıldırım Gülay ve Işık Türkan, “Kayseri İlinde Bir Halk Şifacısı”, *Folklor/Edebiyat Dergisi* 20, S.78 (2014): 239-252.
- Yılmaz Battal, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017).
- Yördem Yılmaz, “Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu”, *TAAD* 11, S.39 (2019): 129-155.
- Yurdakuli Eray Serdar ve Sarı Oktay, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Etik Yönden İncelenmesi”, *Lokman Hekim Dergisi* 10, S.3 (2020): 404-414.
- Zahrin Nazirah Syaidatun Abu, Said Mohsin Mohamad Mohamad, Sandakumaran Iz-zati Amirah Mohd Iskandar ve Asiah Sofiyyah Khan Zubair Khan, “The Benefit of Cupping (*Hijamah*) to Post-Vaccination Mental & Physical Health” *KATHA* 17, S.1 (2021): 20-31.
- Zorlu Süleyman Emre, *İslam ve Osmanlı Hukukuna Göre Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları. Uluslararası II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı Cilt I*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016): 765-797.
- Wolf Ursula ve diğerleri, “Use of Complementary Medicine in Switzerland”, *Research in Complementary Medicine* 2, S.13 (2006): 4-6

İŞÇİLİK ALACAKLARININ TAKASI(*)

Arş. Gör. Dr. **Bülent Ferat İŞÇİ(**)**

Öz

Takas, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 139-145 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bireysel iş kanunlarında ise takasa ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Takas diğer özel hukuk ilişkilerinde olduğu gibi, iş hukukunda önemli bir yere sahiptir. Her ne kadar iş sözleşmesinde tarafların karşılıklı olarak üstlendikleri edim, aynı cins olmasa da bazı durumlarda işçi ve işverenin, iş ilişkisinden veya başka bir ilişkiden dolayı karşılıklı para borcu-alacağı olmaktadır. Bu noktada, özellikle işverenin işçiden para alacağı olduğu durumda, takas kurumu gündeme gelmektedir. Ancak işçinin alacağı, işverene ve üçüncü kişilere karşı koruma altında olduğu için, kanun koyucu, iş hukukunda takasa ilişkin özel kısıtlamalar getirmiştir. Nitekim TBK m. 407/2, takas kurumunda genel olarak aranmayan "rıza" unsurunu, iş ilişkilerinde aramış ancak işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacakta "rıza" unsurunu aramamıştır. Öte yandan, söz konusu madde hükmü, "rıza"yı sadece ücret borcu kapsamında değerlendirmiştir. Bu kapsamda, işçinin alacağı tazminatlarda, takasın ne şekilde gerçekleşeceği açık değildir.

Çalışmada, öncelikle, takas kurumu ve takasın şartları kısaca incelenmiş, daha sonra ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi işçilerin ücretlerinin ve tazminatlarının takasa tabi tutulup tutulmayacağı, söz konusu takasın şartları ve bazı önem arz eden durumlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Ücretin Takası, Tazminatların Takası, İşçinin Rızası, Takasta Sınır, Haczedilebilirlik Sınırı.

SET-OFF OF LABOR CLAIMS

Abstract

Set-off is regulated between Articles 139 and 145 of the Turkish Code of Obligations No. 6098. There is no specific regulation on set-off in individual labor laws. However, set-off holds significant importance in labor law, as it does in other private law relationships. Although the performance assumed by the parties in an employment contract may not be of the same kind, there are cases where both the employee and the employer may have mutual monetary claims or debts arising from the employment relationship or another relationship. At this point, especially when the employer has a monetary claim against the employee, the institution of set-off comes into play. However, since the employee's claims are protected against the employer and third parties, the legislator has introduced special restrictions on set-off in labor law. Indeed, Article 407/2 of the Turkish Code of Obligations requires the element of "consent," which is generally not required in set-off, in labor relations but does not require consent for claims arising from damages that are proven to be caused intentionally by the employee. Furthermore, the provision of the article evaluates "consent" only within the scope of wage debts. Therefore, it remains unclear how set-off will be applied to compensation claims of the employee.

This study briefly examines the institution of set-off and its conditions. Subsequently, it investigates whether the wages and compensations of employees subject to the Turkish Code of Obligations, Labor Law, Press Labor Law, and Maritime Labor Law can be subject to set-off and the conditions of such set-off.

Keywords

Set-off of Wages, Set-off of Compensations, Consent to Set-off, Limit of Set-off, Limit of Confiscability.

(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 15.04.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 20.12.2024](#)
DOI No: 10.54704/akdhfd.1283996

(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı / Antalya, Türkiye
E-posta: feratbulentisci@gmail.com
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-2222-7399>



Extended Abstract

Set-off, as a legal mechanism, serves as a practical tool to simplify the settlement of mutual debts between parties. Under the general provisions of the Turkish Code of Obligations, set-off allows parties to extinguish mutual debts by deducting one debt from the other, provided certain conditions are met. These conditions typically include the existence of mutual and due debts that are of the same kind. In the context of labor law, however, the application of set-off becomes more nuanced due to the unique nature of the employer-employee relationship and the protections afforded to employees.

The primary condition for set-off under Articles 139 to 145 of the Turkish Code of Obligations is the existence of mutual debts that are of the same kind. This means that for set-off to be applicable, both the employer's and the employee's claims must be monetary and due. In a typical employment relationship, while the employer's claim might be for a debt owed by the employee, the employee's claim is usually for wages or other compensation. The law specifically provides that set-off can occur without the consent of the debtor, except in certain situations where the legislator has deemed it necessary to protect the interests of the employee.

Article 407/2 introduces a notable exception to the general rule of set-off by requiring the employee's consent for set-off of wage debts. This provision aims to safeguard the employee's right to receive their wages without undue interference from the employer's claims. The protection of wages is a fundamental principle in labor law, reflecting the socio-economic necessity of ensuring that employees receive their livelihood. However, this consent requirement does not extend to claims arising from damage caused by the employee's intentional actions. In such cases, the employer is allowed to set-off the damage claims against the employee's wages without needing consent, provided that the damages caused by the employee's intentional actions have been established by a court decision, recognizing the employer's right to recoup losses directly attributable to the employee's misconduct.

According to the TCO Art. 407/2, the employer can only set-off an amount equivalent to the seizable portion of the employee's wage. But the meaning of "seizable portion" is not regulated in TCO, rather it is regulated in Labor Law no. 4857 art. 35. According to the said article, "not more than one - fourth of the wages in a month may be seized, transferred or assigned to a third party".

As a result of these two articles, it can be said that, when there is a damage caused by the employee's intentional actions, which is established by a court decision, employee can set-off the damage claims without needing a consent from the employee. However, only one fourth of the employee's monthly wage can be set-off for each month until the damage claims is paid This restriction ensures that the employee retains a significant portion of their earnings for their subsistence.

The scope of "consent" as mandated by Article 407/2 is confined to wage debts, leaving a grey area regarding other types of compensation, such as severance pay or compensation for unfair dismissal. The ambiguity surrounding the set-off of non-wage compensation claims necessitates a deeper exploration of legislative intent. The legislator's omission to explicitly address these other forms of compensation in the context of set-off suggests a possible intention to provide a narrower protection framework for employees.

In conclusion, while the Turkish Code of Obligations provides a general framework for set-off, its application in labor law contexts necessitates careful consideration of additional protections and conditions designed to safeguard employee rights. The requirement of consent for wage-related set-off, the treatment of intentional damage claims, and the ambiguous status of other compensation forms highlight the complexity of applying set-off in employment relationships. This study aims to provide a comprehensive analysis of these issues, shedding light on the interplay between general obligations law and the specific protections afforded to employees under various legal frameworks.

GİRİŞ

İş hukukunda işçi ve işveren arasındaki ilişkiler, çeşitli yükümlülükler ve haklarla sıkı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, tarafların karşılıklı borç ve alacaklarını güvence altına almayı amaçlar. Bu kapsamda iş hukuku, işçilerin alacaklarını korumak için özel düzenlemelere sahiptir. İşverenlerin, işçilerden olan alacaklarını takas yoluyla tahsil etmeleri ise bu düzenlemeler çerçe-

vesinde belirli şartlara bağlanmıştır. Takasa ilişkin hükümler, 6098 Türk Borçlar Kanunu'nun¹ (TBK) 139-145. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, bu konuda iş hukukuna ilişkin ek koruma TBK m. 407/2'de düzenlenmiştir.

Takas, genel anlamda, karşılıklı borçların birbirinden düşürülerek ortadan kaldırılması işlemidir. TBK'nda takas, borçlu ve alacaklının karşılıklı olarak birbirlerine borçlu oldukları ve bu borçların aynı cins ve muaccel olması durumunda uygulanabilir. Ancak iş hukukunda, işçinin alacaklarının korunması amacıyla takasın uygulanabilirliği kısıtlanmış ve belirli şartlara bağlanmıştır. TBK m. 407/2'ye göre, iş ilişkisinde işçi ücretinin takas edilebilmesi için işçinin rızası aranır. Ancak, işçinin kasıtlı olarak sebep olduğu zararlarda, mahkeme kararı ile sabit olan alacaklar için işçinin rızası aranmaz. Bu hüküm, işçi ücretlerinin işverenin alacaklarıyla takas edilmesini zorlaştırarak işçilerin ekonomik güvenliğini sağlamayı amaçlar.

Çalışmamızda, öncelikle takas kurumunun genel çerçevesi ve şartları incelenmiş, ardından iş hukukunda işçilik alacaklarının takas edilebilirliği üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda, TBK, 4857 sayılı İş Kanunu² (İŞK), 5953 sayılı Basın İş Kanunu³ (BİK) ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu⁴ (DİK) kapsamında işçilerin ücret ve tazminatlarının takasa tabi olup olamayacağı ve bu takasın hangi şartlar altında gerçekleşeceği değerlendirilecektir. Özellikle, işçi ücretlerinin ve diğer işçilik alacaklarının korunmasına yönelik düzenlemeler ile bu düzenlemelerin işverenin alacakları üzerindeki etkisi tartışılacaktır.

Takasın iş hukukunda uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi hem işçi hem de işveren açısından büyük önem taşır. İşverenlerin, işçilerden olan alacaklarını tahsil etmeleri sürecinde takas kurumunun kullanımı, işverenin malvarlığını haklarını korurken, işçilerin ücret ve diğer alacaklarının güvencesi açısından dengeleyici bir rol oynar. Bu nedenle, iş hukukunda takasın sınırları ve koşulları hakkında detaylı bir inceleme yapılmalıdır.

Sonuç olarak, iş hukukunda takasın nasıl uygulanacağı, hangi durumlarda işçinin rızasının aranacağı, işçinin kasıtlı fiilleri sonucu doğan zararlar için takasın nasıl yapılacağı gibi konuların netleştirilmesi hem uygulayıcılar hem de taraflar için önemli bir rehber olacaktır. Bu çalışmanın amacı, işçilik alacaklarının takas edilebilirliği konusunu ayrıntılı bir şekilde ele alarak, mevcut yasal düzenlemeler ve yargı kararları ışığında uygulamada karşılaşılan sorunlara çözüm önerileri sunmaktır.

¹ Resmi Gazete, T. 04.02.2021, S. 27836

² Resmi Gazete, T. 10.06.2003, S. 25134.

³ Resmi Gazete, T. 20.06.1952, S. 8140.

⁴ Resmi Gazete, T. 29.04.1967, S. 12586.

I. TAKASIN TANIMI VE ŞARTLARI

Takas, Türk hukukunda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun⁵ 118-124 maddeleri arasında düzenlenmişti. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) ise, 139-145 maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK ile 818 sayılı Kanun arasında takasa ilişkin temel bir farklılık bulunmamakta olup, sadece söz konusu hükümlerde dilin sadeleştirilmesi söz konusudur.

TBK m. 139'a göre, iki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir. Görüleceği üzere söz konusu hükümde, takasın tanımı yapılmamış ancak, hangi durumda takasın yapılabileceği düzenlenmiştir.

Öğretideki bir tanıma göre, takas karşılıklı, muaccel ve aynı cins iki borcun, borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesidir⁶. Benzer diğer bir tanıma göre, takas birbirlerine karşı aynı cins alacağa sahip olan kimselerden birinin tek taraflı irade beyanı ile bu alacakları az olanı tutarında indirmesidir⁷. Başka bir tanıma göre ise takas, birbirine karşı aynı cinsten edimleri borçlanan tarafları, bu karşılıklı borçları fiilen ödemek külfetinden kurtaran bir yoldur⁸.

Öğretide takasın gerçekleştirilebilmesi için gereken şartlar genellikle iki ayrı bölüm halinde incelenmiştir. Bunlar olumlu ve olumsuz şartlardır. Olumlu şartlar, takas edilecek alacakların karşılıklı olması, takas edimlerinin konusunun aynı olması, takas alacağının muaccel olması, karşı alacağın ifa edilebilir olması, takas alacağının dava edilebilir olmasıdır. Ayrıca öğretilerde, takas hakkının kullanıldığına ilişkin bildirim de takasın olumlu şartları arasında incelendiği görülmektedir. Ancak kanımızca takas bildirimini, doğrudan takasın kullanımına yönelik bir irade beyanı olduğu için, takasın olumlu şartları içerisinde değil, takasın kullanılmasında ayrıca ele alınmalıdır. Takasın olumsuz şartı ise, takasın sözleşme veya kanun ile engellenmemiş/yasaklanmamış olmasıdır⁹.

Aşağıda söz konusu şartlar, çalışmanın amacını aşmayacak şekilde kısaca incelenmiştir¹⁰.

⁵ Resmi Gazete, T. 29.04.1926, S. 359.

⁶ Fahrettin Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2010), 21.

⁷ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015) P. 1841.

⁸ Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013) 1012.

⁹ Takasın şartlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler*, (İstanbul: Sermet Matbaası 1976) 1207-1230; Tekinay ve diğ., *Borçlar Hukuku*, 1014-1020; Aral, *Takas*, 41-126; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Yetkin 2019) P. 4016-4038; Oğuzman ve Öz, *Genel Hükümler*, P. 1849-1875.

¹⁰ Takas'ın şartlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tunçomağ, *Genel Hükümler*, 1207-1230; Tekinay ve diğ., *Borçlar Hukuku*, 1014-1020; Aral, *Takas*, 41-126; Eren, *Genel Hükümler*, P. 4016-4038; Oğuzman ve Öz, *Genel Hükümler*, P. 1849-1875

A. TAKASIN OLUMLU ŞARTLARI

Takasın yapılabilmesi için, tarafların birbirlerine karşı hem alacaklı hem de borçlu sıfatını taşımaları gerekir. Bu şartın sağlanıp sağlanmadığının tespit edilebilmesi için, her borcun alacaklısının ve borçlusunun kim olduğu araştırılmalıdır. Ayrıca, alacaklı ve borçlunun fiil ehliyetine sahip olması şart değildir, hak ehliyetine sahip olmaları yeterlidir¹¹.

Takas edilecek alacağın aynı sözleşmeden veya aynı borç ilişkisinden doğmasına gerek yoktur. Öğretide Aral'ın da ifade ettiği üzere, aslında takas edilecek alacakların aynı borç ilişkisinden doğması da oldukça istisnai bir durumdur. Zira takas edilecek alacaklar aynı cinsten olmak zorunda olduğu için ve aynı borç ilişkisinde, aynı cins alacağın/borcun karşılıklı olarak kararlaştırılması ihtimali çok düşük olduğu için, takasa konu edilecek alacaklar genel olarak başka bir borç ilişkisinden kaynaklanmaktadır¹². Ancak taraflardan birinin sözleşmede aynen ifadan vazgeçip müsbet zararını istemesi ve karşı tarafın da borcunun para borcu olduğu durumda, takasın yapılması mümkündür¹³.

Takas edilecek alacakların hukuki sebeplerinin aynı olması da gerekli değildir. Diğer bir ifadeyle, taraflardan birinin alacağı sebepsiz zenginleşmeye dayanırken, diğer tarafın alacağı haksız fiile veya sözleşme ilişkisine dayanabilir. Ayrıca takas edilecek alacakların karşılıklı olması, borçların doğumu esnasında değil, takas beyanının kullanıldığı zaman gerçekleşmiş olması yeterlidir¹⁴.

TBK m. 139'a göre, takasın gerçekleştirilebilmesi için gereken ikinci şart, tarafların birbirinden olan alacaklarının aynı cinsten olmasıdır. Madde metninde bu durum bir miktar para veya özdeş diğer edimler olarak ifade edilmiştir. Aynı cinsten olma şartının da karşılıklılık şartında olduğu gibi, takas beyanının karşı tarafa ulaştığı anda gerçekleşmiş olması yeterlidir¹⁵. Diğer bir ifadeyle, borçlar doğduğu anda aynı cinsten olabileceği gibi, en geç takas beyanının kullanıldığı anda da aynı cinsten olabilir¹⁶.

TBK m. 139'a göre, takasın gerçekleşebilmesi için her iki alacağın da muaccel olması gerekir. Durum böyle olmakla birlikte, her iki alacağın da muaccel olması, takasın sonuçlarını doğurması için şart değildir. Takas beyanında bulunan tarafın alacağının muaccel, diğer tarafın alacağının ifa edilebilir olması yeterlidir. Zira, takas beyanında bulunan taraf, TBK m. 96 gereği erken ifa hakkını kullanabileceği için, kendi borcu muaccel olmamış olsa bile, takas beyanında bulunarak

¹¹ Aral, *Takas*, 43; İffet Didem Suna, "Türk Hukukunda Takas ve Takasın Hukuki Niteliğine Bir Bakış", *Konya Barosu Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2022, 161

¹² Aral, *Takas*, 42

¹³ Aral, *Takas*, 42; Hüseyin Murat Develioğlu, *Takas*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012) 127.

¹⁴ Aral, 56-57; Develioğlu, *Takas*, 82.

¹⁵ Develioğlu, *Takas*, 126-127.

¹⁶ Eren, *Genel Hükümler*, P. 4023-4024.

muaccel olmamış kendi borcunu da sonlandırmış olur. Şüphesiz takas beyanında bulunan tarafın alacağına muaccel olmaması, aynı durumu doğurmayacaktır. Zira karşı taraf kendi borcunu zamanından önce ifa etmeyi tercih edebilir. Böyle bir durumda, takas mümkün değildir¹⁷.

Madde metninde her ne kadar takas alacağına dava edilebilir olmasına yönelik bir şart açıkça belirtilmemiş olsa da takas beyanında bulunan tarafın alacağına dava edilebilir bir alacak olması da gerekir. Diğer bir ifadeyle, karşı tarafın borcunu ifa etmekten kaçınmasını sağlayabilecek bir def'i veya itiraz bulunduğu durumda, takas beyanında bulunulsa dahi, karşı tarafın def'i veya itirazı ileri sürmesiyle birlikte, takas beyanı herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır¹⁸. Bu noktada, karşı taraf ödemezlik def'i, borcun varlığına yönelik bir itiraz veya borcun eksik borç olduğunu ileri sürebiliyorsa, takas ancak, karşı tarafın bu itirazları¹⁹ veya def'ileri ileri sürmediği durumda hüküm ve sonuç doğurabilecektir. Diğer bir ifadeyle, takasa karşı taraflardan birinin def'i hakkının bulunması, takas beyanında bulunmaya engel değildir. Ancak, karşı taraf bu def'i hakkını kullanmadığı durumda, takas gerçekleşir²⁰.

Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, zamanaşımı def'ine ilişkin TBK m. 139/3'te özel bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu hükme göre, zamanaşımına uğramış bir alacağın takası, ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla ileri sürülebilir.

B. TAKASIN OLUMSUZ ŞARTLARI

TBK m. 145'e göre, borçlu takas hakkından önceden de feragat edebilir. Her ne kadar, madde lafzından, takastan feragatin tek taraflı irade beyanıyla yapılabileceği anlaşılrsa da öğretide genel kabul gören görüşe göre, söz konusu feragat ancak, tarafların karşılıklı bir feragat sözleşmesi yapmasıyla mümkün olur²¹. Ancak aksi yöndeki görüşe göre, takas yenilik doğuran bir hakkın kullanımını olduğu için takastan feragat tek taraflı irade beyanıyla sağlanabilir²². Kanımızca da takastan feragat için bir sözleşmeye ihtiyaç olmasa gerek. Tek taraflı irade beyanıyla da feragatin hüküm ve sonuçları doğmalıdır.

Çalışmanın konusu işverenin işçilik alacaklarından olan takasını içerdiği için, çalışma açısından önemli olan husus, işçi ve işveren arasında işverenin takas hakkından önceden feragat ettiği şeklinde bir anlaşma varsa, diğer bütün şartlar gerçekleşmiş olsa bile, işverenin artık takas hakkını kullanamayacağıdır.

¹⁷ Aral, *Takas*, 67, 79-81; Develioğlu, *Takas*, 141.

¹⁸ Aral, *Takas*, 82; Develioğlu, *Takas*, 150.

¹⁹ Şüphesiz itirazlar taraflar tarafından ileri sürülebileceği gibi, taraflar ileri sürmese dahi hakim tarafından da resen araştırılabilir.

²⁰ Aral, *Takas*, 84-85.

²¹ Aral, *Takas*, 103.

²² Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2*, (Ankara: Yargıtay Yayınları No 15, 183), 673.

Bazı durumlarda, takas hakkının kullanımı için yukarıda aranan şartların gerçekleşmesi yetmez. Karşı tarafın rızası da takasın gerçekleşmesi için aranır. Nitekim TBK m. 144'te, hangi alacaklarda takasın karşı tarafın rızasına bırakıldığı düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, “tevdî edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar”, “haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar” ve “nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar”da takasın yapılabilmesi için, alacaklının rızası gerekecektir.

Söz konusu durumlar dışında, Avukatlık Kanunu m. 164/5'e göre, takasın doğrudan yasaklandığı bir hal bulunmaktadır. Anılan hükme göre, “Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.”

Söz konusu rızanın takas hakkının doğumundan sonra, alınması gerekir. Diğer bir ifadeyle, takas hakkı doğmadan önce, alacaklıdan alınan rızanın geçerli olmaması gerekir. İşçilik alacaklarıyla alakalı detaylı incelemeler ileride yapıldığından anılan konunun detayları burada ele alınmamıştır.

II. İŞ İLİŞKİSİNDE TAKAS

A. GENEL BİLGİLER

Yukarıda ifade edildiği üzere takasın esas hukuki dayanağı TBK m. 139-145 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre takas, muaccel ve karşılıklı aynı tür iki tür borcun, taraflardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesini sağlayan, bozucu yenilik doğuran bir haktır²³.

TBK genel hükümlerde her ne kadar takasa ilişkin hükümler bulunsa da iş ilişkilerine özgü ayrı bir düzenleme ihtiyacı olduğu için, kanun koyucu, iş ilişkilerinde takasa ilişkin özel olarak TBK m. 407/2'yi düzenlemiştir. Söz konusu hükme göre, “İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir²⁴.” Görülmektedir ki iş ilişkisinde takasa ilişkin yasal dayanak, temel olarak

²³ Aral, *Takas*, 21; Eren, *Genel Hükümler*, P. 4011; Tekinay ve diğ., *Borçlar Hukuku*, 1021; Oğuzman ve Öz, *Genel Hükümler*, P. 1845.

²⁴ Takasa ilişkin bkz. Sarper Süzek ve Süleyman Başterzi, *İş Hukuku*, (İstanbul: Beta 2024): 407; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, (Ankara: Lykeion 2022): 690; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat,ERCÜMENT ÖZKARACA, *İş Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Beta, 2023): 351-352; Müjdat Şakar, *İş Hukuku Uygulaması*, (İstanbul: Beta 2022): 101; Ünal Narmanlioğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, (İstanbul: Beta, 2014): 312-313; Artür Karademir, “Türk İş Hukukunda Takas Uygulamaları”, *Legal IHS GHD*, C. 19, S. 75, (2022): 823-824; Tankut Centel, “Türk Borçlar Kanunu'nda İşverenin Ücret Borcu”, *Sicil*, S. 23, (2011): 12; Çağlar Çopuroğlu, *Ücret ve Korunması*, (Ankara, Turhan Kitabevi 2013), 151.

TBK m. 407/2 hükmüdür. Ancak boşluk bulunan hallerde, takasa ilişkin genel hükümlere, diğer bir ifadeyle, TBK m. 139-145 hükümlerine bakılmalıdır. Bunun dışında, TBK m. 407/2 hükmünün son cümlesinde, “ücretin haczedilebilir kısmı” ifadesi geçtiği için, dikkat edilmesi gereken başka bir husus daha ortaya çıkmaktadır. “Ücretin haczedilebilir kısmına” ilişkin TBK m. 410, İŞK m. 35 ve DİK m. 39 hükümleri mevcuttur. Ancak BİK’nda konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun dışında, genel olarak ücretin haczedilebilir kısmına ilişkin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu²⁵ m. 83/1 de mevcuttur. Söz konusu hususlar aşağıda detaylıca incelenmiştir.

TBK m. 407/2’nin iş ilişkilerinde uygulanmak üzere özel bir hüküm düzenlenmiş olması her ne kadar olumlu bir durum olsa da söz konusu düzenleme, incelenmesi ve tartışılması gereken birkaç hususu da beraberinde getirmiştir. Bunlardan ilki, maddenin geniş anlamda ücreti mi yoksa dar anlamda ücreti mi düzenlediğidir. Farklı bir ifadeyle, işçinin rızasıyla yapılacak takaslarda işveren, geniş anlamda ücrete dahil olan bir alacağı takasa tabi tutabilir mi, yoksa söz konusu madde sadece dar anlamda ücreti mi takasa tabi tutmak istemiştir. Yine bu hususla bağlantılı başka bir konu ise, eğer madde hükmü dar anlamda ücretin takasa tabi tutulmasını düzenlediyse, geniş anlamda ücret içinde yer alan bir alacak için, işçinin rızasının aranıp aranmayacağıdır. Diğer bir husus ise, işçinin rızasının yazılı veya sözlü olmasının takasa ne şekilde etki edeceğidir. Yine madde kapsamında tartışılması gereken başka bir konu, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit zarardan doğan alacaklar için ücretin haczedilebilir kısmının takas edilebileceği belirtilmişken, bu sınırın, diğer bir ifadeyle “ücretin haczedilebilir kısmının” hükmün ilk cümlesinde yer alan işçinin rızası ile yapılacak takaslarda uygulanıp uygulanmayacağıdır.

Çalışma kapsamında incelenmesi gereken son bir husus ise, ücret dışındaki işçilik alacaklarında takas uygulamasının nasıl olması gerektiğidir. Zira, TBK m. 407/2 hükmü kural olarak sadece işçinin ücretine ilişkin bir sınırlama getirmiştir. Bu nedenle, örneğin, işçinin sözleşme devam ederken hak kazanabileceği ayrımcılık tazminatının veya sözleşme sona erdikten sonra doğabilecek kıdem ve ihbar tazminatlarının takasa konu edilirken izlenmesi gereken süreç ayrıca incelenmelidir.

B. ÜCRETİN TAKASA KONU EDİLMESİ

1. Türk Borçlar Kanunu Madde 407/2’nin Uygulama Kapsamı

Takas hakkı, sadece TBK’nda düzenlenmiştir. Bu nedenle, anılan hükümlerin, İŞK, DİK ve BİK’na uygulanıp uygulanmadığının değerlendirilmesi gerekir. Öğretideki bir görüşe göre, 1475 sayılı İŞK m. 31’de düzenlenen ücretin alıko-

²⁵ Resmi Gazete, T. 19.06.1932, S. 2128.

nulmasının (ücretten zarar karşılığı kesinti²⁶), İŞK'nda düzenlenmemesi kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. Bu nedenle, TBK m. 407/2'nin, İŞK'na tabi işçilere uygulanmaması gerekir. Yine aynı görüş, ücretten indirimle gidilemeyeceğini düzenleyen 4857 sayılı İŞK m. 62'nin, TBK m. 407/2'nin İŞK'na tabi işçilere uygulanmasını engellediğini belirtmiştir²⁷.

Anılan görüşe yönelttiğimiz ilk eleştiri noktası, İŞK m. 62'nin, TBK m. 407/2 hükmünün İŞK'nda tabi işçiler için uygulanmamasının nedeni olarak gösterilmesidir. Kabul etmek gerekir ki işçinin kasten verdiği ve yargı kararıyla sabit olan bir zarardan doğan alacak için, işverenin takip yolunu kullanarak, işçinin ücretinin dörtte birine haciz konulmasını sağlaması gayet olasıdır. Bu durumda ise, İŞK m. 62'nin buna engel olacağını söylemek güçtür. Ayrıca İŞK m. 62, her türlü durumda işçinin ücretinden indirim yapılamayacağını değil, madde metninde belirtilen durumların sonucuna dayanılarak indirim yapılamayacağını düzenlemektedir. Bu nedenle, İŞK m. 62'nin, TBK m. 407/2 hükmünün İŞK'na tabi işçilere uygulanmasını engellemeyeceği kanaatindeyiz. Ayrıca, 1475 sayılı İŞK madde 31'in 4857 sayılı Kanunda düzenlenmemesi, TBK m. 407/2'nin uygulanmasını da engellememelidir. Anılan hüküm tam olarak TBK m. 407/2 hükmüne karşılık gelmemektedir. Zira anılan hükümde, işçinin daha işverene zarar vermeden, teminat amacıyla işçinin ücretinden yapılan en fazla 10 günlük ücret kesintisi düzenlenmiştir. İşçi, bu kesintiden sonra, işverene zarar verirse, teminat olarak kesilen miktardan takas yapılır²⁸. Benzer bir hüküm DİK m. 39'da da düzenlenmiştir²⁹.

²⁶ 1475 sayılı İŞK m. 34; "(1) Hizmet akitleriyle işverenin tazminat karşılığı, işçi ücretlerinden geçici olarak alıkoyacağı miktar on haftada eşit taksitlerle kesilmek üzere işçinin on günlük ücreti tutarından fazla olamaz. Tazminat karşılığı bu kesintiler, bütün iş süresi içindir ve bundan bir miktar mahsup edildince yeniden aynı esaslar dairesinde kesinti yapılabilir. (2) Tazminat kesintileri, mahsup yapılmasını gerektirecek bir zarar yapılmadan işten ayrılma hallerinde işçiye kesintisiz olarak geri verilir. Tazminat karşılığı geçici olarak alıkonulan paradan, mahsup yapılması gerektiği zaman işçi isterse işveren kendisine mahsubun hangi esaslara göre yapıldığını anlatmak ve buna ait hesaplarla fatura ve başka belgeleri göstermek zorundadır. (3) Tazminat karşılığı alıkonulan paradan ancak o işçi tarafından yapılan zarar için mahsup yapılır. (4) Tazminat karşılığı kesilen paralar en çok üç ay içinde milli bir bankaya yatırılır. İşçi işinden ayrıldığında kesilen para faiz ve diğer gelirleri ile işçiye iade olunur."

²⁷ Mollamahmutoğlu ve diğ., *İş Hukuku*, 687-688.

²⁸ Detaylı bilgi için bkz. Turhan Esener, *İş Hukuku*, (Ankara: Sevinç Matbaası 1978) 181-182; Tankut Centel, *Bireysel İş Hukuku*, (İstanbul: Beta, 1994), 161.

²⁹ Deniz İş Kanunu Madde 39; "(1) Hizmet akitlerinde işveren veya işveren vekilinin tazminat karşılığı olarak gemiadamı ücretlerinden geçici olarak alıkoyacağı miktar on haftada eşit taksitlerle kesilmek üzere gemiadamının on günlük ücret tutarından fazla olamaz. Tazminat karşılığı bu kesintiler, bütün iş süresi içindir ve bundan bir miktar mahsubedildince yeniden aynı esaslar dairesinde kesinti yapılabilir. (2) Tazminat kesintileri, mahsup yapılmasını gerektirecek bir zarar yapılmadan işten ayrılma hallerinde gemiadamına kesintisiz olarak geri verilir. Tazminat karşılığı geçici olarak alıkonulan paradan, mahsup yapılması gerektiği zaman gemi adamı isterse işveren kendisine mahsubun hangi esaslara göre yapıldığını anlatmak ve buna ait hesaplarla fatura ve başka belgeleri göstermek zorundadır. (3) Tazminat karşılığı olarak alıkonulan paradan ancak o gemiadamı tarafından yapılan zarar için mahsup yapılır. (4) Tazminat kesintileri milli bankalardan birisine en geç üç ay içinde yatırılır. Banka faizleriyle diğer gelirleri işçilere iadesine kesinti ile birlikte ödenir."

Kanımızca kanun koyucunun, ücretin takasa tabi tutulmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye, İşK, DİK veya BİK’nda yer vermemesi bilinçli değildir. Anılan kanunlarda, konuya ilişkin düzenleme olmadığı açıktır ve takas hükümlerinin anılan kanunlara tabi işçilere uygulanmaması için geçerli hiçbir neden bulunmamaktadır. Nitekim öğretilde, haklı olarak, anılan hükmün tüm iş ilişkilerine uygulanacağı belirtilmiştir³⁰. Diğer bir ifadeyle, TBK m. 407/2 hükmü, tabi olduğu kanuna bakılmaksızın bütün işçilere uygulanmalıdır.

2. Türk Borçlar Kanunu Madde 407/2’de Düzenlenen Ücretin Kapsamı ve Bazı Özel Durumlar

TBK m. 407/2’ye göre, ücret ancak işçinin rızasının varlığı halinde takasa tabi tutulabilir. Bu noktada incelenmesi gereken ilk husus, ücret ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Eğer söz konusu ücret “geniş anlamda” ücret olarak kabul edilirse örneğin; işveren işçinin ikramiyesini takasa konu edeceği zaman, işçinin rızasını aramak zorundadır. Ancak madde metnindeki ücret ifadesi “dar anlamda” ücret olarak kabul edilirse, bu durumda, işçinin ikramiyesi takasa tabi tutulacağı zaman, işçinin rızası aranmayacaktır.

818 sayılı BK’nun konuyu düzenleyen 333’üncü maddesinde veya 6098 sayılı TBK m. 407’nin gerekçesinde konuya ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Bu nedenle ilgili maddede hangi ücretin ifade edildiğinin tespit edilebilmesi için maddenin kendi içerisindeki sistematığına bakılmalı ve konuya ilişkin bir muğlaklık olduğu için yorum metoduna başvurulmalıdır. Ancak her iki durumda da aynı sonuca ulaşılabileceği kanaatindeyiz. Söz konusu maddenin başlığı “ücretin korunması” şeklindedir ve maddenin ilk fıkrasında işçinin dar anlamda ücreti değil, genel olarak geniş anlamda ücreti düzenlenmiştir. Bu noktada aynı maddenin ikinci fıkrasında da dar anlamda ücretin değil geniş anlamda ücretin korunması gerektiği ve böylelikle, geniş anlamda ücrete dahil olan bir alacağın takasa tabi tutulacağı zaman işçinin rızasının aranması gerektiği sonucuna ulaşılabılır. Aynı sonuca yorum metoduyla da varılabilirdi. Madde metni konuya ilişkin muğlaklık içerdiği için, işçi lehine yorum ilkesine başvurulması gerekir. Zira TBK m. 407/2 sadece “ücret” kavramını kullanarak yoruma muhtaç bir durum yaratmıştır. Bu noktada ise, madde hükmü işçi lehine yorumlanmalı ve madde metnindeki ifade “geniş anlamda ücret” olarak kabul edilmelidir³¹. Bu bakımdan işçinin ikramiyesi, asıl ücreti, fazla çalışma ücreti, primi vb. geniş anlamda ücrete dahil olan alacakları TBK m. 407/2 kapsamında koruma altına alınacaktır. Bu doğrultuda Yargıtay da ücret niteliğinden olmayan, ihbar ve kıdem tazminatının takasa tabi tutulmasında işçinin rızasının aranmayacağı

³⁰ Süzek ve Başterzi, *İş Hukuku*, 408; Polat Soyer, “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları*, (İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012), 180; Karademir, *Takas*, 837.

³¹ Benzer yönde bkz. Karademir, *Takas*, 840.

yönünde kararlar vermiştir³². Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, sadece ücretin değil tazminatların da TBK m. 407/2 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir³³. Kanımızca maddede açıkça “ücret” ifadesi kullanılmasına rağmen, Yargıtay’ın tazminatları da TBK m. 407/2 kapsamında değerlendirmesi uygun değildir³⁴. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin daha eski kararlarında ise, ücret ile işçilik alacaklarının birbirlerine karıştırılmaması gerektiğini ve tazminatların TBK m. 407/2 kapsamında değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir³⁵.

Durum böyle olmakla birlikte, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir kararda 818 sayılı BK m. 123/2 hükmüne atıf yaparak, nafaka ve iş ücreti gibi borçlunun ve ailesinin işesi için mutlak suretle zaruri olup hususi mahiyeti itibariyle fiilen alacaklısının eline verilmesi gereken alacakların, alacaklarının rızası hilafına takas edilemeyeceğini, ancak işçinin fazla çalışma ücretinin ve yıllık izin ücretinin işçinin ve ailesinin işesi için mutlak surette zorunlu alacak olarak değerlendirmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir³⁶. Öğretide benzer yöndeki bir görüşe göre de, takas yasağı sadece genel anlamda ücret için söz konusudur. Geniş anlamda ücret kapsamına giren fazla çalışma ücreti, ikramiye vb. işçilik alacakları bakımından takasa getirilen sınırlamalar uygulanamaz³⁷. Söz konusu görüşün ve Yargıtay’ın vermiş olduğu kararın yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira fazla çalışma veya yıllık izin ücreti de geniş anlamda ücrete dahil olup, TBK m. 407/2 (818 s.K m. 333) kapsamında koruma altında olmalıdır. Aksi takdirde işçinin sadece temel ücreti korunmuş olur ki bu durumun işçi lehine yorum ilkesi sonucu varılan sonuca uygun değildir.

Konu kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer bir alacak ise bahşişlerdir. İşçilere verilen bahşişlerin de hukuki niteliğinin tespit edilip, takasa ilişkin sınırlamalara dahil edilip edilmeyeceği takas çerçevesinde incelenmiştir. Bahşiş, temel olarak müşterilerin o işyerinde çalışan işçiye/işçilere bıraktığı ve tamamen müşterinin iradesine kalmış bir miktar paradır. Bu paranın üzerinde kural olarak işverenin herhangi bir tasarruf yetkisi yoktur ve işçi tarafından bahşişler alıkonulur. Ancak bazı durumlarda işyerinde toplanan bahşişler toplanarak işyerindeki işçilere dağıtılır. Eğer işçinin bahşişi alıkoyma hakkı yoksa, artık burada yüzde niteliği bir ücretten bahsedilir³⁸. Ancak işçinin bahşişi alıkoyma hakkı varsa öğre-

³² Y22HD, E. 2018/604, K. 2018/8654, T.16.04.2018; Y22HD, E. 2016/19778, K. 2019/19819, T. 24.10.2019; Y22HD, E. 2013/32589, K. 2015/4819, T. 16.02.2015.

³³ Y9HD, E. 2014/30524, K. 2016/3461, T. 22.02.2016; Y9HD, E. 2014/2121, K. 2015/13350, T. 06.04.2015

³⁴ Benzer yönde bkz. Karademir, *Takas*, 838.

³⁵ Y9HD, E. 2011/33294, K. 2013/26685, T. 23.10.2013; Y9HD, E. 2012/26220, K. 2014/18765, T. 10.06.2014

³⁶ Y22HD, E. 2012/11495, K. 2013/1164, T. 29.01.2013.

³⁷ Şahin Çil, “Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti” *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 15, (Eylül 2009), 82.

³⁸ Çopuroğlu, *Ücret*, 20; Tankut Centel, *İş Hukukunda Ücret*, (İstanbul: Türkiye Denizciler Sendikası, 1987), 108-109.

tideki bir görüşe göre artık bu müşteriler tarafından yapılan bir bağışlama olarak kabul edilmelidir³⁹. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, söz konusu bahşiş ister işçinin alıkoyma hakkı olsun ister olmasın ücret veya ücretin bir parçası olarak nitelendirilmelidir⁴⁰. Nitekim Yargıtay da bahşişleri ücret olarak kabul etmektedir⁴¹.

Bahşişin üçüncü kişi tarafından yapılan bir bağışlama olduğu kabul edilirse, takas hakkının genel şartlarından olan, karşılıklı borç ve alacağın varlığı şartı gerçekleşmemiş olacaktır. Bu nedenle, işverenin takas hakkı doğmaz. Zira söz konusu ödeme işveren tarafından yapılmamaktadır. Ancak öğretideki diğer görüş ve Yargıtay görüşü kabul edilirse, bahşiş ücret kavramına dahil bir ödeme kabul edilir ve takasa konu olur. Kanımızca, bahşişin niteliği taraflar arasındaki anlaşmaya göre değişmektedir. Eğer işçi ve işveren arasında, temel ücretin bahşişlerden oluşacağı yönünde bir anlaşma varsa veya toplanan bahşişlerin işveren nezdinde toplanarak işyerindeki tüm işçilere dağıtılması söz konusuysa, bahşişi doğrudan ya ücretin kendisi ya da ücret eki olarak kabul etmek gerekir. Bu nedenle, söz konusu alacaklar TBK m. 407/2 sınırlamaları dahilinde takasa tabi tutulabilir. Bunun diğer ücretlerden tek farkı ise üçüncü kişiler tarafından ödenmesidir. Ancak verilen bahşiş, işçi tarafından alıkonuluyorsa artık ücret kavramı dışında bir ödemeden bahsedilebilir. Bu nedenle de işveren tarafından takas yapılması mümkün olmaz. Hatta öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, böyle bir durumda, söz konusu bahşişlerin kıdem ve ihbar tazminatının hesabında veya fazla çalışma ve ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinde de dikkate alınmaması gerekecektir⁴².

Varılan bu sonuç doğrultusunda, eğer ücret veya ücret eki niteliğinde bir bahşiş varsa, söz konusu alacağın takasa konu olabileceği, ancak bağışlama niteliğinde bir bahşiş varsa artık ücret olarak nitelendirilemeyeceğinden TBK m. 407/2 kapsamında takasa konu olamayacağı kanaatindeyiz.

Yine ücret kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer bir husus ise, işçinin ücret garanti fonundan aldığı ücretin, işveren tarafından takasa konu edilip edilemeyeceğidir. Ücret garanti fonu, işverenin belirli durumlarda ücret ödeme güçlüğüne düşmesi durumunda geçerli olmak üzere, işçilerin üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarını karşılamak amacı ile oluşturulmuştur. Söz konusu ücret alacakları işveren tarafından değil, İŞKUR tarafından ödenmektedir. Bu nedenle, takas şartlarından karşılıklı alacak ve borcun olması şartı sağlanmamış olur. Bu nedenle, işverenin takas hakkından bahsedilemez.

³⁹ Emin Zeytinoğlu, "Bahşişin Ücret Olarak Kabul Edilip Edilmeyeceğinin İrdelenmesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 26 (Güz 2014/2), 69; Mollamahmutoglu ve diğ., *İş Hukuku*, 630.

⁴⁰ Centel, *Ücret*, 111.

⁴¹ Y9HD, E. 2008/17096, K. 2008/12749, T. 26.5.2008.

⁴² Zeytinoğlu, *Bahşiş*, 69.

3. İşçinin Rızası

a. Genel Bilgiler

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m. 125'te⁴³ borçlunun ve ailesinin geçimi için zorunlu işçilik alacaklarının (vb. diğer alacakların) ancak borçlunun, diğer bir ifadeyle işçinin rızası dahilinde takasa tabi tutulabileceği düzenlenmiştir. Durum böyle olmakla birlikte, ücretin korunmasına yönelik özel düzenlemenin yapıldığı İBK m. 323b'nin ikinci fıkrasında rızaya ilişkin bir düzenleme yoktur⁴⁴. Bu durumda ise İsviçre hukukunda ücretin takasında rızanın aranıp aranmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, işçinin ücretinin takasını düzenleyen İBK m. 323b hükmü özel hüküm niteliğindedir ve lex specialis gereği konuya ilişkin uyuşmazlıklarda İBK m. 125 değil İBK m. 323b hükmü uygulanmalıdır⁴⁵. Nitekim konuya ilişkin İsviçre hukuku öğretisi incelendiğinde, işçinin rızasının aranması gerektiğine yönelik bir ifadeye rastlanmaması da bu görüşün genel olarak kabul edildiğini gösterir niteliktedir.

İBK 323b hükmü, her ne kadar rıza konusunda TBK düzenlemesinden farklı olsa da TBK'da olduğu gibi, takas hakkını ikiye ayırmıştır. Bunlardan ilkinde göre, işveren, işçiden olan karşı alacaklarını "haczedilebilir oldukları ölçüde" ücret alacağından takas edebilir. Görüleceği üzere, burada herhangi bir rıza aranmamış sadece "haczedilebilir oldukları ölçüde" şeklinde bir sınır getirmiştir. Söz konusu sınır aşağıda ayrıca incelenmiştir. Bir diğeri ise işçinin kasten verdiği zararlardan doğan alacaklara karşı yapılacak takastır.

İBK m. 323b'den farklı olarak TBK m. 407/2'de açıkça işçinin rızası olmaksızın, takasın yapılamayacağını ifade etmiştir ancak rızanın ne zaman ve ne şekilde alınması gerektiği madde metninde belirtilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, rızanın alınması gereken zaman ve yazılı veya sözlü olmasına ilişkin bir düzenleme yoktur.

b. İşçinin Rızasının Ne Zaman Alınacağı Sorunu

Rızanın ne zaman alınacağına ilişkin düzenleme TBK m. 407/2'de düzenlenmiştir. TBK tasarı halinde ifade edilen öğretideki bir görüşe göre, rızanın sözleşme ile

⁴³ OR Art. 125: "Wider den Willen des Gläubigers können durch Verrechnung nicht getilgt werden: 1. Verpflichtungen zur Rückgabe oder zum Ersatze hinterlegter, widerrechtlich entzogener oder böswillig vorenthaltener Sachen; 2. Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt, wie Unterhaltsansprüche und Lohn Guthaben, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind; 3. Verpflichtungen gegen das Gemeinwesen aus öffentlichem Rechte."

⁴⁴ OR Art. 323b/2: "Der Arbeitgeber darf Gegenforderungen mit der Lohnforderung nur soweit verrechnen, als diese pfändbar ist, jedoch dürfen Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden unbeschränkt verrechnet werden."

⁴⁵ Adrian Staehelin, "OR Art. 323b", *Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2c*, (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2006), N. 8.

baştan alınmasına bir engel yoktur⁴⁶. Ancak öğretilerdeki başka bir görüşe göre, rızanın ne zaman alınması gerektiği noktasında TBK m. 144'teki kural dikkate alınmalıdır⁴⁷. Madde metnine göre, işçi ücreti vb. alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir. Söz konusu ifadeden anlaşılması gereken husus, takas hakkı doğmadan takasa ilişkin işçiden alınacak rızanın hüküm ve sonuç doğurmayacağıdır. Diğer bir ifadeyle, işveren işçinin ücretinden takas yapabilmek için, ancak işçinin işverene olan borcu muaccel olduktan sonra rıza almalıdır. Kanımızca da takas hakkı doğmadan önce alınan rıza geçerli değildir. Varılan bu sonuç doğrultusunda ifade edilmelidir ki iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya iç yönetmelikle takasa ilişkin bir rızanın takas hakkı doğmadan önce alınması mümkün değildir. Yine benzer bir sonuç işyeri uygulamaları için de geçerlidir.

İfade etmek gerekir ki işçinin işverene olan borcunun doğumu, takas için rızanın alınması için yeterli değildir. Bu borcun aynı zamanda muaccel olması da gerekir. Zira takasa ilişkin genel şartlar altında incelendiği üzere, takas hakkının kullanılabilmesi için kural olarak her iki alacağın da muaccel olması gerekir. Ancak takas alacağının tek başına muaccel olması yeterli olduğu kabul edilmektedir⁴⁸. Örneğin, işçinin işverene 10 ekimde doğan ancak 15 ekimde ödemesi gereken bir miktar para borcu bulunduğu durumda, takasa ilişkin rıza ancak ayın 15'inde veya daha sonraki bir tarihte alınmalıdır. Zira takas hakkı ancak o dönemde doğar. Öte yandan işçinin alması gereken ücretin henüz muaccel olmaması durumunda da sonuç değişmeyecektir. Önemli olan takas yapılması için karşı alacağın, diğer bir ifadeyle ücret alacağının doğmuş olmasıdır.

İş sözleşmesi sona erdikten sonra ise, işverenin işçinin ücretinden takas yapması için yine genel kural çerçevesinde takas hakkı doğumundan sonra işçiden rıza alınmalıdır. Sözleşmenin sona ermiş olması alacağın niteliğini değiştirmedigi gibi başka bir kuralın uygulanmasını da haklı kılmaz. Maddenin ücreti koruyucu niteliğinin devam ettiği kabul edilmelidir.

c. Rızanın Şekli

TBK m. 144 ve m. 407/2'de rızanın şekline ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁹. TBK m. 12/I'e göre, sözleşmenin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Öğretilerdeki bir görüş, söz konusu madde her ne kadar sadece sözleşme için bir şekil serbestisi düzenlediğini ifade etse de hukuki sonuç doğurmaya yönelik her türlü irade beyanlarında şekil özgürlüğünün kıyas yoluyla çıkarılması gerektiğini belirtmiştir⁵⁰. Buna bağlı olarak, işçi tarafından

⁴⁶ Ömer Ekmekçi, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 19, (2013): 24.

⁴⁷ Karademir, *Takas*, 833; Çelik ve diğ. *İş Hukuku*, 352; Mollamahmutoğlu ve diğ. *İş Hukuku*, 690.

⁴⁸ Aral, *Takas*, 67, 79-81; Develioğlu, *Takas*, 141.

⁴⁹ Aral, *Takas*, 183.

⁵⁰ Eren, *Genel Hükümler*, P. 841.

verilecek rızanın da hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir beyan olduğu göz önüne alındığında, Kanun'da aksi de belirtilmediği için, rızanın da şekil özgürlüğü çerçevesinde verilebileceği kabul edilebilir.

Belirtmek gerekir ki rızanın yazılı aranması kural olarak işçinin lehinedir. Ancak madde metninde yer almayan bir şartın aranması takas hakkının kullanılmasını maddede belirtilenden daha fazla kısıtlayacağı için, buna imkan tanıamak gerekir. Böylelikle, işçinin rızasının sözlü alınmasının takas hakkının kullanılması için yeterli olduğu kabul edilir⁵¹. Ancak, bir uyuşmazlık çıktığı takdirde, işçinin rızasının var olduğunun ispatı işveren üzerinde olmalıdır. Zira, takas hakkının kullanılması işverenin lehine bir durum yarattığı için, işçinin rızasının varlığını da işveren ispatlamalıdır. Bu nedenle, rızanın yazılı alınmasının her iki taraf için de ispat şartı bakımından kolaylık sağlayacağı ancak sözlü rızanın geçerlilik şartı bakımından yeterli olduğu kabul edilmelidir.

d. Rızanın Kim Tarafından Verileceği

İncelenmesi gereken diğer bir husus ise, rızanın kim tarafından verileceğidir. Şüphesiz, kural olarak işçinin takasa rızası vermesi gerekir. Ancak bazı durumlarda işçinin rızasının alınması imkansızlaşmış olabilir veya işçinin rızasının sonuç doğurucu bir etkisi olmayabilir. Örneğin, işçinin vefat ettiği durumda işçinin rızası alınamayacağı için işçinin mirasçılarının rızasının takas için geçerli olup olmadığı gündeme gelecektir. Kanımızca takasta işçinin rızasının zorunlu olduğu hallerde, mirasçılardan rıza alınmadığı takdirde takas mümkün değildir. Örneğin işçinin o zamana kadar ödenmeyen ücret ve fazla çalışma ücreti işçinin vefatı durumunda mirasçılara kalacağı için, takas hakkının kullanılabilmesi için işveren mirasçılardan rıza almalıdır. Zira maddenin amacı işçinin ücretini sadece işçi kapsamında değil, işçinin ailesinin geçimi bakımından da koruma altına almaktır. Bu durum TBK m. 144'te açıkça ifade edilmektedir. Ancak takasın zorunlu olmadığı işçilik alacaklarında, işveren işçinin mirasçılarının rızasını almaksızın takas hakkını kullanabilir.

Konuya ilişkin ortaya çıkabilecek diğer bir hukuki problem ise, işçinin işçilik alacağını başkasına devrettiği durumda rızanın kim tarafından verilmesi gerekeceğidir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, mahkeme kararıyla sabit bir işçilik alacağının başka birine devredilmesi durumunda, devreden ve devralanın takasa rızası olmadığı için, işverenin takas beyanına bir sonuç bağlanmamıştır⁵². Söz konusu kararda Yargıtay hem devreden edenin hem de devralanın rızasından bahsetmiştir, ancak kanımızca söz konusu durumda sadece devralanın rıza göstermemesi yeterlidir. Zira işçilik alacağı işçi tarafından başka birine devredildiği için, söz konusu alacağı ilişkin itiraz ve def'iler de devralana geçer.

⁵¹ Karademir, *Takas*, 833.

⁵² Y12HD, E. 2018/12921, K. 2018/10014, T. 17.10.2018.

5. İşçinin Rızasının Aranmadığı Takas

TBK m. 407/2 hükmünün ikinci cümlesi, işçinin rızası olmaksızın yapılabilecek takas hakkını düzenlemiştir. Söz konusu hükme göre, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla tespit edilmiş bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir. Bu başlık çerçevesinde incelenmesi gereken hususlar ise zarar kavramı, mahkeme kararının kesinleşmesinin takas için gerekli olup olmadığı ve kasttan ne anlamak gerektiğidir. Ücretin haczedilebilir kısmı ve takasta sınır ise bir alt başlıkta ele alınmıştır.

Zararın niteliğine ilişkin madde metni açıklayıcı değildir. Diğer bir ifadeyle, işçinin işverene verdiği zararın işyerinde veya işyeri dışında olması, işyeri malına veya doğrudan işverene verilen bir zarar olması, suç niteliği taşıyıp taşıyamaması gibi hususların takas hakkına ne şekilde etki edeceği incelenmelidir.

Takas hakkının doğumu için karşılıklı borçların aynı ilişkiden doğmuş olması zorunlu değildir. Bu nedenle, işçinin verdiği zararın da doğrudan iş ilişkisi kapsamında gerçekleştirilmiş bir zarar olması gerekmez. Bu nedenle işçi iş görme edimini ifa ederken kasten işyeri malına zarar verebileceği gibi, işverene fiziksel saldırıda bulunup bir zarar da verebilir. Bu noktada işçi tarafından kasten yapılan eylemin işyeri içinde/dışında, mesai saatleri içinde/dışında olması, suç teşkil edip etmemesi takas hakkının doğumunu etkilemeyecektir. Zira kanun maddesi işçi tarafından kasten verilen ve yargı kararıyla sabit bir zarar aramakta, verilen zararın kaynağına önem atfetmemektedir.

İşçinin işyeri malına kasten verdiği zararlarda, zarar verilen malın sigorta kapsamında güvence altına alınmış olması durumunda TBK m. 407/2 kapsamında değerlendirilecek bir zararın ortaya çıkıp çıkmadığı değerlendirilmelidir. Kanımızca bu durumda söz konusu mal sigorta kapsamında olduğu için takasa tabi tutulabilecek bir borçtan bahsedilemeyecektir. Zira söz konusu zarar miktarı sigorta şirketi tarafından sağlanacaktır. Ancak verilen zarar sigortanın karşıladığı miktarı aşıyorsa, artan kısım için takas hakkının mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Zararın mahkeme kararıyla sabit olması şartına ilişkin kaynak İBK'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle İsviçre hukuku öğretisinde, işçinin kasten zarar verdiğinin işveren tarafından ispatlanması gerektiği belirtilmiştir⁵³. Farklı bir ifadeyle, İsviçre hukukunda, mahkeme kararı olmaksızın kasten verilen zarar ispat edilebiliyorsa, işveren takas hakkını kullanabilecektir.

Türk hukuku açısından ise durum biraz daha farklıdır. Kaynak İBK'ndan farklı olarak, TBK m. 407/2, işçi tarafından verilen zararın yargı kararıyla sabit olması şartını getirmiştir. Bu noktada mahkeme tarafından verilen kararın eda

⁵³ Manfred Rehbinder, Jean-Fritz Stöckli, OR Art. 323b, *Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR*, (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2006), N. 17.

hükmünde veya tespit hükmünde bulunması bir farklılık yaratmayacaktır. Ancak rıza aranmayan takas hakkının kullanılabilmesi için, mahkeme kararının kesinleşmesinin gerekip gerekmediği ayrıca açıklığa kavuşturulmalıdır.

TBK m. 407/2 metni ve maddenin gerekçesi konuya ilişkin bir açıklık getirmemektedir. 818 s BK'nda da kasten verilen zararların yargı kararıyla sabit olması gerektiğine ilişkin bir hüküm olmadığı için, söz konusu Kanun da yürürlükteki TBK açısından bir değerlendirme noktası olarak alınmamaktadır. Ancak 818 s. BK döneminde Yargıtay, her ne kadar Kanun'da bu yönde bir düzenleme bulunmasa da yargı kararı olmaksızın işçinin ücret ve diğer alacaklarından kesinti, mahsup yapılamayacağı yönünde karar vermiştir⁵⁴. Yürürlükteki düzenleme göz önüne alındığında, kanun koyucunun aslında 818 s.K. döneminde verilen bu Yargıtay kararı çerçevesinde maddeyi güncellediği ifade edilebilir. Ancak kanımızca, 818 s. Kanun'da böyle bir sınırlama düzenlenmemişken, Yargıtay'ın söz konusu şekilde karar vermesi hukuka uygun değildir.

6098 sayılı Kanun dönemi için ise, öğretideki ifade edilen bir görüşe göre işçinin rızasına bakılmaksızın takas hakkının kullanılabilmesi için, mahkeme tarafından verilen kararın kesinleşmesi gerekir⁵⁵. Bu görüş kabul edildiği takdirde, ilk derece mahkemesi işçi aleyhine karar vermiş olsa bile, istinaf yoluna başvurulduysa karar kesinleşmemiş olduğundan işverenin takas hakkından bahsedilemez. Öte yandan, yerel mahkemece verilen kararda tespit edilen tutar istinaf sınırının veya istinaf mahkemesince verilen kararda tespit edilen tutar temyiz sınırının altında kaldıysa veya kanun yolundan feragat edildiyse, verilen kararlar kesinleşmiş olduğundan artık takas mümkün olacaktır. Diğer bir ifadeyle, işverenin bu kapsamda takas hakkını kullanabilmesi için, ya işçi kanun yollarını kullanmamış olmalı ya da mahkeme tarafından verilen kararda yer alan zarar miktarı kanun yollarına başvuru için gereken sınırların altında olmalıdır.

Kanımızca madde metni, mahkeme kararıyla sabit bir zarar ifadesini kullanırken kesinleşmiş bir yargı kararını ifade etmek istemiştir. Aksi takdirde, kesinleşmemiş yargı kararına istinaden bir takas hakkı kullanılır ki böylesi bir durum söz konusu maddenin düzenlenme amacına aykırı olur. Bu nedenle, işçinin işverene verdiği zararın mahkeme kararıyla kesinleşmeden, takas hakkının kullanılamayacağı ifade edilmelidir.

Zararın mahkeme kararıyla sabit olması şartı, işçiyi işverene karşı koruma düşüncesinden ortaya çıkmıştır. Ancak bu şartın işçinin aleyhine sonuçlar doğurmasının da mümkün olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki işçinin 30 günlük ücretini aşan bir zarar yaratması durumunda, işverenin takas hakkını kullanabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Ayrıca ortaya çıkan bu zararın kasten meydana getirilmiş olması da gerekir. Ancak aynı işveren takas hakkını kullanmak yerine

⁵⁴ Y9HD, E. 2005/11524, K. 2006/5883, T. 09.03.2006.

⁵⁵ Centel, *TBK'nda Ücret*, 12.

sözleşmeyi İşK m. 25/II-1 çerçevesinde derhal feshedebilir. Fesih hakkını kullanmak için ise mahkeme kararına gerek yoktur. Ayrıca, verilen zararın kasten verilmesi de şart değildir. Zira kanun maddesine göre, işçinin savsaması da diğer bir ifadeyle ihmali davranışı da sözleşmenin derhal feshi için yeterlidir⁵⁶. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, işçinin karşı karşıya kalabileceği en ağır yaptırımlardan biri olan sözleşmenin haklı nedenle derhal feshinde bile aranmayan mahkeme kararı, takas hakkının kullanılmasında aranmaktadır. Bu durum ise kendi içinde bir çelişki barındırır.

Mevzuatta, İsviçre hukukunda olduğu gibi, mahkeme kararı olmaksızın işveren tarafından ispat edilebilen zararların, takasa tabi tutulması şeklinde bir değişiklik yapılması düşünülebilir. Ancak söz konusu değişiklik sonrası takas hakkının kötüye kullanılacağı açıktır. Bu nedenle, mevcut düzenleme çerçevesinde, takas hakkının kullanımının oldukça sınırlandırıldığını belirten öğreti görüşüne katılmakla birlikte⁵⁷, söz konusu sınırlandırmaların haklı gerekçelerle yapıldığı kanaatindeyiz.

Zararın kasten verilmesi noktasında ise anlaşılması gereken, İsviçre hukukunda işçinin bilerek hareket etmesi aranmaktadır. Ancak kasıtlı davranış içerisine “dolus eventualis” (olası kast) davranışları da dahildir. Diğer bir ifadeyle, işçinin işverene zarar vereceğinin farkında olması gereken her türlü kasıtlı davranış takasta sınırı kaldırmak için yeterlidir. Örneğin İsviçre hukukunda işçinin haklı neden olmaksızın ve ihbar sürelerine uymadan fesih yaptığı durumda işçi, işverene zarar verme niyetiyle hareket etmese de ortaya bir zarar çıkabileceği ihtimalini bilerek hareket ettiği kabul edilmekte ve bunun İBK m. 323b kapsamında düzenlenen “kasıt” için yeterli olduğu belirtilmektedir⁵⁸. Ancak işçinin ağır ihmali sonucu zarar vermesi durumunda İBK m. 323b’de yer alan kısıtlamalar devam eder⁵⁹. Diğer bir ifadeyle İBK m. 323b’nin koruyucu kalkanının ortadan kalkması için işçinin ağır ihmali yeterli değildir.

TBK hükmü kaynak İBK’nda olduğu gibi zararın “kasten” (absichtlich) verilmesi ifadesini düzenlemiştir. Nitekim bu doğrultuda öğretilde de verilen zararın kasıtlı bir şekilde verilmesi gerektiği, ihmali davranışla verilen zararların işçinin rızası olmaksızın takasa konu edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir⁶⁰. Di-

⁵⁶ Y9HD, E. 34157/2019, K. 19138/2019, T. 05.11.2019. (Savaş Taşkent, Faruk Barış Mutlay, Açıklamalı ve İçtihatlı 4857 İş Kanunu, (İstanbul, Beta 2024), 305.

⁵⁷ Centel, *TBK’nda Ücret*, 12; Kübra Doğan Yenisey, “Hizmet Sözleşmesi”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*, Der. M. Murat İnceoğlu, (İstanbul: On İki Levha 2012), 319.

⁵⁸ Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts 1980, 267; Ullin Streiff, Adrian von Kaenel, Roger Rudolph, OR Art. 323b, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2012), N. 6; Rehbinder ve Stöckli, *BK*, OR Art. 323b, N. 15; Staehelin, *ZK*, OR Art. 323b, N. 15.

⁵⁹ Streiff ve diğ., *Praxiskommentar OR Art. 323b*, N. 6; Rehbinder ve Stöckli, *BK*, OR Art. 323b, N. 15; Staehelin, *ZK*, OR Art. 323b, N. 15.

⁶⁰ Çopuroğlu, *Ücret*, 153.

ğer bir ifadeyle işçinin dikkatsizliği, hafif veya ağır ihmali bu kapsamda yapılacak takas için yeterli değildir. Bu noktada yapılan işin tehlikeli veya zarara yatkın olması da bir değişiklik yaratmayacaktır. Zira, kanun hükmü somut olayda açıkça “kasıt” aramaktadır.

6. Takasta Sınır

a. İşçinin Rızasının Aranmadığı Takasta Sınır

İşçinin rızasının aranmadığı takas hakkı, işçinin kasten sebebiyet verdiği ve mahkeme kararıyla sabit zararlar için geçerlidir. TBK m. 407/2’ye göre, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir. İşçinin kasten sebebiyet verdiği zararlardan doğan alacağın takasındaki “ücretin haczedilebilir kısmı” sınırı, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda veya mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiş bir husustur⁶¹. İsviçre Borçlar Kanunu’nda “haczedilebilir sınır” ölçütü getirilmiştir ancak, bu sınır, işçinin kasten verdiği zararlardan doğan alacaklar için değil, kasten verilen zararlar dışında herhangi bir sebeple yapılacak takas içindir. İsviçre BK’nda, işçinin kasten verdiği zararlara ilişkin doğan alacakları herhangi bir kısıtlama olmaksızın takas edilebilir⁶².

Türk hukuku bakımından incelenmesi gereken ilk husus, ücretin haczedilebilir kısmından ne anlaşılması gerektiğidir. Söz konusu sınırlamaya ilişkin mevzuatta çeşitli hükümler vardır. İİK m. 83/1’e göre, işçinin ücretinin haczedilebilir kısmı, icra memurunca takdir edilen borçlu ve ailesinin geçinmesi için gereken miktar düşüldükten sonra belirlenebilir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında, söz konusu haczolunacak miktarın dörtte birinden “az” olamayacağı hükme bağlanmıştır. TBK m. 410 ve İşK m. 35’te ise, İİK’den farklı olarak işçinin ücretinin haczedilebilecek sınırı “*en fazla*” ücretin dörtte biri olacak şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca haczedilemeyecek dörtte üçlük kısımda yine işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar dahil değildir. Deniz İş Kanunu m. 32’de ise, gemiadamının ücretinin 240 lirasının haczedilemeyeceği düzenlenmiştir. Görülmektedir ki mevzuatta konuya ilişkin farklı hükümler vardır. Özellikle İİK hükmü ve TBK-İşK hükümleri arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Zira İİK haciz konusunda “en az dörtte bir” ifadesini kullanırken, TBK ve İşK “en fazla dörtte bir” ifadesini kullanmaktadır. Konuya ilişkin farklı düzenlemeler bulunsa da İşK’na tabi işçiler açısından hem sonraki kanun hem de özel kanun olması sebebiyle İşK m. 35 uygulanmalıdır. Diğer bir ifadeyle İşK’na tabi işçiler için, haczedilebilirlik sınırı “ücretin en fazla dörtte biri” olarak kabul edilir. TBK’na tabi işçiler açısından ise, her ne kadar TBK genel kanun

⁶¹ Mollamahmutoğlu ve diğ., *İş Hukuku*, 690; Develioğlu, *Takas*, 191.

⁶² Streiff ve diğ., *Praxiskommentar OR Art. 323b*, N. 6; Rehbindler ve Stöckli, *BK*, OR Art. 323b, N. 15; Staehelin, *ZK*, OR Art. 323b, N. 15.

olsa da sonraki kanun olması ve iş ilişkisine özgü özel hüküm içermesi sebebiyle, TBK m. 410'un uygulanması gerekir. Basın İş Kanunu'nda söz konusu sınır düzenlenmediği için, TBK m. 410 kıyasen uygulanmalıdır.

“Ücretin haczedilebilir kısmı” hususunda, DİK'nda özel bir düzenleme yer almaktadır. DİK m. 32, ücretin saklı kısmını düzenlemiştir ve anılan hükme göre, gemi adamının ücretinin aylık 240 lirası haczedilemez. Söz konusunun hükmün, güncel koşullar altında pek bir anlamı kalmamaktadır, zira 2024 yılı itibarıyla brüt 20.002,50 TL olan asgari ücretin yanında haczedilemeyecek 240 lira önemsiz kalmaktadır ve işçinin geçimi için yeterli bir miktarı ifade etmemektedir. Bu nedenle kanımızca, TBK m. 410'da işçinin ücretinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceğini düzenleyen hükmün, DİK tabi işçilere de uygulanması gerekir.

Konuya ilişkin özel hüküm olması sebebiyle ifade edilmesi gereken diğer bir husus ise, 4857 sayılı İşK m. 113 gereği⁶³, İşK m. 4/1, (b⁶⁴) ve 4/1, (f⁶⁵) bentlerinde belirtilen işyerlerinde çalışan işçilere de İşK m. 35 uygulanır, ancak söz konusu işçiler kural olarak TBK'na tabi işçilerdir.

Öte yandan TBK m. 410, TBK m. 35 ve DİK m. 32'de işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktarın bu paraya dahil olmadığı düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu maddelerde geçen haczedilemeyecek sınıra, hakim tarafından takdir edilecek miktarda eklenmesi suretiyle ücretin ne kadarının tam olarak haczedilemeyeceği belirlenir. Eğer hakim tarafından işçinin ve ailesinin geçimi için belirlenecek miktar ücretin dörtte üçünü geçerse, ücretin haczedilebilirlik sınırı dörtte bir oranının da altında düşer⁶⁶.

Varılan bu sonuç doğrultusunda, TBK m. 407/2 hükmünde belirtilen ve işçinin rızasının aranmadığı takas halinde, diğer bir ifadeyle işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklarda takasa tabi tutulabilecek miktar, işçinin alacağı ücretin dörtte birinden fazla olamaz⁶⁷.

İncelenmesi gereken diğer bir husus ise haczedilebilecek sınırın sözleşme ile artırılmasının mümkün olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle TBK m. 407/2'de bahsedilen haczedilebilir sınır ve TBK m. 410'de belirtilen ücretin dörtte birinde fazlasının haczedilemeyeceğine ilişkin sınır mutlak emredici midir, yoksa nispi emredici midir?

⁶³ İşK m. 113 “Bu Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (ı) bentlerinde sayılan işyerlerinde çalışan işçiler hakkında 32, 35, 37, 38'inci madde hükümleri uygulanır. Bu maddelere aykırılık hallerinde ilgililer hakkında ilgili ceza hükümleri uygulanır.”

⁶⁴ Söz konusu bent, “50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerini veya işletmeleri” belirtmektedir.

⁶⁵ Söz konusu bent, “5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu 3/a maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerini” belirtmektedir.

⁶⁶ Çoğuroğlu, *Ücret*, 166-167.

⁶⁷ Soyer, *Yeni Borçlar Kanunu*, 179; Süzek, *İş Hukuku*, 403; Centel, *TBK'nda Ücret*, 12; Çopuroğlu, *Ücret*, 151.

Yukarıda ifade edildiği üzere, İBK m. 323b/II hükmü işçinin kasten verdiği zararlarda herhangi bir sınır olmaksızın takas yapılabileceğini düzenlemiştir. Ancak bunun dışındaki takaslarda, “ücretin haczedilebilir” kısmı kadar takas edilebileceği hususunda bir sınır koymuştur. Öte yandan, İBK m. 361 hükmü ise, İBK m. 323b’nin mutlak emredici olduğunu ve bu nedenle işçi lehine veya aleyhine değiştirilemeyeceğini düzenlemiştir. Diğer bir ifadeyle, işçi ve işveren kendi aralarında anlaşarak, kasten verilen zararlarda yapılacak takasa bir sınır getiremeyeceği gibi, bunun dışında ücrette yapılacak takaslarda herhangi bir sınır değişikliği kararlaştırılmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, İsviçre hukukunda kasten verilen zararlar dışındaki yapılacak takaslarda belirlenen “ücretin haczedilebilir kısmı” sınırı, İBK m. 361 gereği mutlak emredicidir ve işçi lehine dahi değiştirilemez. Durum böyle olmakla birlikte Türk hukukunda ücretin takasını düzenleyen hükümlerin mutlak emredici olduğuna yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, İsviçre hukukundan farklı olarak, söz konusu sınırların işçi lehine değiştirilebileceği kanaatindeyiz⁶⁸. Zira kanun maddesi de bunun en fazla dörtte bir oran olabileceğini ifade etmiştir. Bu nedenle sözleşmeyle, toplu iş sözleşmesiyle veya işyeri uygulamasıyla işveren lehine takas hakkı doğduğu zaman işçinin ücretinin beşte birinin veya daha düşük bir oranın takasa tabi tutulabileceği kararlaştırılabilir.

Bu başlık altında işçinin rızasının aranmadığı takastaki sınırlar incelenmiştir. Söz konusu sınırların getiriliş amacı işçinin ücretinin işverene karşı korunmasıdır. Ancak öğretilerde haklı olarak ifade edildiği üzere, kasten verilen zararlarda ücretin haczedilebilir kadar kısmına ilişkin sınır ve verilen zararın yargı kararıyla sabit olması şartı takas hakkının kullanılmasını oldukça güçleştirmektedir⁶⁹. Söz konusu sınırlar düzenlenmemiş olsaydı, takas hakkı kötüye kullanıma oldukça açık hale getirilmiş olurdu. Bu nedenle, öğretilerdeki görüşe katılmakla birlikte, takas hakkının kötüye kullanımını engellemek amacıyla düzenlenen söz konusu sınırların, kanunun ve iş hukukunun amacına uygun olduğu kanaatindeyiz.

b. İşçinin Rızasının Arandığı Takasta Sınır

İşçinin rızasının arandığı takas, aslında genel takası ifade eder. TBK m. 407/2’de söz konusu takasa ilişkin bir sınır düzenlenmemiştir. Kaynak İBK’nda ise ücretin takasına getirilen sınır, asgari geçim düzeyine göre belirlenmektedir. Bu noktada söz konusu asgari geçim düzeyi öğretilerdeki bir görüşe göre İsviçre BK’nun 325’inci⁷⁰ maddesinin kıyasen uygulanması sonucunda, SchKG (İsviçre

⁶⁸ Benzer yönde görüş için bkz. Karademir, *Takas*, 836.

⁶⁹ Centel, *TBK’nda Ücret*, 12; Kübra Doğan Yenisey, *Hizmet Sözleşmesi*, 319.

⁷⁰ Abtretung und Verpfändung von Lohnforderungen OR Art. 325: “(1) Zur Sicherung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten kann der Arbeitnehmer künftige Lohnforderungen so weit abtreten oder verpfänden, als sie pfändbar sind; auf Ansuchen eines Beteiligten setzt das Betreibungsamt am Wohnsitz des Arbeitnehmers den nach Artikel 93 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11. April 1889 unpfändbaren Betrag fest. (2) Die Abtretung und die Verpfändung künftiger Lohnforderungen zur Sicherung anderer Verbindlichkeiten sind nichtig.”

İcra ve İflas Kanunu) m. 93'e göre belirlenir. Söz konusu düzenlemeye göre, işçinin ikamet ettiği yerdeki icra ve iflas dairesi memuru işçinin asgari geçim düzeyini belirler ve belirlenen bu miktar artık takasa tabi tutulamaz⁷¹. Öğretideki başka bir görüşe göre ise, işveren işçiden olan alacağına karşı ücreti takasa tabi tuttuktan sonra, işçinin konuya ilişkin dava açması sonucunda ücretin takasa konu edilebilecek kısmı ancak hakim tarafından belirlenebilir. Diğer bir ifadeyle, anılan görüşe göre İsviçre BK'nun 325'inci maddesinin kıyasen uygulanması mümkün değildir⁷².

TBK düzenlemesi ise bu hususta kaynak İBK'dan kısmen ayrılmaktadır. TBK m. 407/2 işçinin işverene verdiği ve yargı kararıyla sabit olan zararların rıza aranmaksızın takas edebileceğini düzenlemiş ve buna ilişkin işçinin ücretinin dörtte birini geçemeyeceği yönünde bir sınır getirmiştir. Bu noktada, işçinin rızası dahilinde yapılacak takaslarda da benzer bir sınırın olup olmadığı tespit edilmelidir

Konunun, 818 sayılı BK m. 333'teki halinde, ücretin takası "İşçi ücretinin tediyesi, işçinin ve ailesinin nafakası için zaruri bulunduğu takdirde; işçinin muvafakatı olmaksızın iş sahibi ücreti kendi alacağı ile mahsup edemez" şeklinde düzenlenmişti. 6098 sayılı TBK'ndan farklı olarak, 818 sayılı BK'nda, işçinin rızasının aranmayacağı takasın alanı daha genişti. Zira TBK'nda işçinin rızası olmaksızın yapılacak takas, işçinin sadece kasten sebebiyet verdiği ve yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar bakımından mümkündür. 818 sayılı BK bakımından ise, işçinin rızası aranmaksızın yapılacak takas iki halde mümkündür. İlki yukarıda da bahsettiğimiz, işçinin kasten verdiği zarardan doğan alacakların takası, ikincisi ise ücretin işçinin ve ailesinin geçimi için zorunlu olmadığı hallerde de yapılacak takasıdır. İşçinin rızasının aranmayacağı ücretin takasındaki sınır ise, işçinin ve ailesinin nafakası için zaruri bulunan kısım olarak değerlendirilmekteydi. Diğer bir ifadeyle, işveren işçiden olan alacağına karşı takas hakkını kullanmak istediğinde, işçinin rızasını almak zorunda değildi. Bu durumda takas, ancak işçinin ve ailesinin geçimi için zorunlu olan miktarın takasın dışında tutulması halinde mümkündür. İşçinin onay vermesi halinde ise, ücretin tamamının takasa tabi olabileceği belirtilmekteydi⁷³. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 333'üncü maddesinde, işçinin kasten verdiği zarardan doğan alacaklarda takasa tabi tutulacak miktar için belirli bir sınır düzenlenmemiştir. Bu nedenle, öğreti-

⁷¹ Streiff ve diğ., *Praxiskommentar OR Art. 323b*, N. 5.

⁷² Staehelin, *ZK, OR Art. 323b*, N. 13.

⁷³ Detaylı bilgi için bkz. Ercan Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi Cilt II*, (Ankara: Seçkin, 2008), 1589-1590; Centel, *Ücret*, 339; Seza Reisoğlu, *Hizmet Akdi Mahiyeti - Unsurları - Hükümleri*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 237, 1968), 194; Başak Güneş, Faruk Barış Mutlay, "Yeni Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum*, S. 3 (2011), 253; Çopuroğlu, *Ücret*, 153.

deki bir görüş, anılan alacaklara karşı yapılacak takaslarda, ücretin dörtte biri sınırının burada uygulanmaması gerektiğini belirtmekteydi⁷⁴. Diğer bir görüş ise, ücretin tamamen takas edilmesinin, BK m. 333'te düzenlenen işçinin ve ailesinin asgari geçimini sağlanmasını amaçlayan kanun koyucunun amacına aykırı olacağını belirtmiştir⁷⁵.

Takas hakkının kullanılmasında, işçinin rızası ile ücretin tamamının takasa tabi tutulabileceğini kabul etmek, kanun koyucunun ücretin korunmasına ilişkin getirmiş olduğu düzenlemelere uygun değildir. Ayrıca, madde metninin ikinci cümlesinde düzenlenen ve işçinin kasten verdiği ve yargı kararıyla sabit zararlardan doğan alacaklarda bile takası işçinin ücretinin dörtte biriyle sınırlandıran kanun koyucunun, işçinin onayı halinde yapılacak takasta sınır belirtmemiş olduğu düşüncesi, birbiriyle örtüşmemektedir. Bu nedenle, öğretide kabul edildiği gibi, bizce de işçinin takas için onay vermesi halinde dahi ücretin dörtte birinden fazlası takasa tabi tutulmamalıdır⁷⁶. Nitekim İsviçre öğretisinde de, işçinin rıza gösterse dahi "haczedilebilir kısımdan" daha fazlasının takasa tabi tutulamayacağı kabul edilmektedir. Ancak Türk hukukundan farklı olarak İBK'nda söz konusu sınır İBK m. 361 gereği mutlak emredici olarak düzenlenmiştir.

Konuya ilişkin ileri sürülebilecek diğer bir görüş ise, kaynak İBK'nda olduğu gibi, işçinin ve ailesinin geçimi için gereken miktarın takas dışında tutularak, geri kalan kısma yönelik takasa izin vermek yönünde olabilir. Kanımızca Türkiye şartlarında işçinin ve ailesinin geçimi için gereken miktar, işçinin ücretinin dörtte birinden fazla olacaktır. Bu nedenle bu görüşün kabulü halinde işçi daha fazla korunur hale gelir. Nitekim çeşitli sendikal örgütlerin yaptığı açlık ve yoksulluk araştırma sonuçları da bu görüşü destekler niteliktedir⁷⁷.

Her ne kadar kanun koyucu rıza dahilinde yapılacak takasa bir sınır getirmemiş olsa da kanunun amacı ve işçinin korunması gerektiği düşüncesinden hareketle, böyle bir sınırın olması gerektiği kabul edilmelidir. Ancak ifade etmek gerekir ki uygulamada işçinin ücretini aldıktan sonra, kendi rızasıyla işverene olan borcunu ifa etmesi gayet mümkündür. Böyle bir durumda, TBK m. 407/2'deki

⁷⁴ Centel, *Ücret*, 340-341.

⁷⁵ Reisoğlu, *Hizmet Akdi*, 194.

⁷⁶ Süzek, *İş Hukuku*, 403; Nurşen Caniklioğlu, "Türk Borçlar Kanunu -İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", *10. Yılında İş Kanunu Semineri*, (İstanbul: 2013 TİSK), 100; Doğan Yenisey, *Hizmet Sözleşmesi*, 318-319; Ço-puroğlu, *Ücret*, 153.

⁷⁷ 4 kişilik bir ailenin açlık ve yoksulluk sınırları sırasıyla: TÜRK-İŞ, Kasım 2024, 20562 TL, 66976 TL; Birleşik Metal-İş Sendikası: Ekim 2024, 20.860 TL, 72156 TL; TEKSİF: Kasım 2024, 20.432, 66553; TES-İŞ, Ekim 2024, 20.431 TL, 66.553 TL. (<https://www.turkis.org.tr/turk-is-kasim-2024-aclik-ve-yoksulluk-siniri/>; <https://www.birlesikmetal.org/index.php/tr/guncel/basin-aciklama/2243-bi-sam-aclik-ve-yoksulluk-siniri-eyul-2024-donem-raporu>; [http://www.teksif.org.tr/ekim-2024-aclik-ve-yoksulluk-siniri-20-432-tl_icerik_10248-1.html#:~:text=KASIM%202024%20A%C3%87LIK%20ve%20YOKSULLUK%20SINIRI%2020%2C562%20TL,-P](http://www.teksif.org.tr/ekim-2024-aclik-ve-yoksulluk-siniri-20-432-tl_icerik_10248-1.html#:~:text=KASIM%202024%20A%C3%87LIK%20ve%20YOKSULLUK%20SINIRI%2020%2C562%20TL,-P;); <https://www.tesis.org.tr/news-detail/348/EK%C4%B0M-A%C3%87LIK-VE-YOKSULLUK-SINIRI>)

sınırın dikkate alınacağını söylemek oldukça güçtür. Ancak böyle bir durumda, takastan değil, borcun ifasından söz edilebilir. Bu nedenle söz konusu sınır dikkate alınmaz.

7. İşverenin Takasa Konu Olabilecek Alacaklarının Değerlendirilmesi

TBK m. 407/2'de işverenin işçiden olan hangi alacaklarını takasa tabi tutabileceği düzenlenmemiştir. Bu noktada takası düzenleyen genel hükümlere bakılması gerekmektedir. TBK m. 139 da konuya ilişkin genel bir kural koymamıştır. Ancak daha önce ifade edildiği üzere, muaccel olan aynı cins iki borcun, aynı sözleşmeden veya aynı borç ilişkisinden doğmasına gerek yoktur⁷⁸. Bu noktada işveren sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan herhangi bir alacağını, diğer şartların da sağlanması halinde takasa konu edebilir. Söz konusu alacağın manevi zarar tazminatı olması da takas hakkını olumsuz etkilemeyecektir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki kanımızca, işverenin alacağı iş sözleşmesinden kaynaklanan bir alacak da olabilir. Zira konuya ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir⁷⁹.

İncelenmesi gereken diğer bir husus, işverenin alacağının zamanaşımına uğramış olması durumunda, takasa tabi tutup tutamayacağıdır. Takasın olumlu şartları içinde ifade edildiği üzere, takasın yapılabilmesi için, takas alacağının dava edilebilir olması gerekir. Bu noktada, eğer borçlunun, konumuz açısından işçinin zamanaşımına uğramış borca karşı bir itiraz veya def'i ileri sürmesi mümkünse, kural olarak işveren söz konusu alacağı takasa konu edemeyecektir. Bu noktada, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacak zamanaşımına uğramış olsa da sonuç değişmeyecektir. Zira söz konusu borç artık eksik bir borçtur ve karşı taraf zamanaşımı def'inde bulunarak, söz konusu alacağın tahsil edilmesini engelleyebilir. Şüphesiz, işçinin rıza göstermesi durumunda, zamanaşımına uğramış borç takasa konu edilebilir. Ancak buradaki rıza, TBK m. 407/2'de düzenlenen rıza değil, genel olarak zamanaşımı def'i ileri sürmemenin veya eksik borcu işçinin kendi iradesiyle ifa etmesinin bir görünümüdür.

C. ÜCRET DIŞINDAKİ İŞÇİLİK ALACAKLARININ TAKASA KONU EDİLMESİ

İş sözleşmesi devam ederken, geniş anlamda ücrete dahil olmayan başka alacakların da ortaya çıkması mümkündür. Örneğin ayrımcılık tazminatı veya sendikal tazminat sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak çıkabilecek bir işçilik alacağı olduğu gibi, sözleşme devam ederken de ortaya çıkabilir. Bu bakımdan, sözleşme devam ederken hak kazanılabilecek ayrımcılık tazminatının takasa konu edilip edilemeyeceği önem taşımaktadır.

Kanımızca geniş anlamda ücret kapsamına girmeyen alacakların, örneğin ayrımcılık tazminatı veya sendikal tazminatı, takasa tabi tutulmasında, TBK m.

⁷⁸ Aral, *Takas*, 42.

⁷⁹ Rehbinden ve Stöckli, *BK*, OR Art. 323b, N. 7.

407/2’de belirtilen sınırlamaların uygulanması mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, işverenin takasa tabi tutacağı işçilik alacağı, ücret dışında bir alacaksa, işçinin rızası ve dörtte birlik sınır olmaksızın takas edilebilir. Söz konusu alacakların miktarının tespitinde işçinin ücreti üzerinden hareket edilmesi farklı bir sonuç doğurmayı gerektirmez⁸⁰

Sendikal tazminat ise 6356 sayılı Kanun m. 25/5’te düzenlenmiştir. Söz konusu tazminat temel olarak, ayrımcılık tazminatının özel bir hali olup, sözleşme devam ederken ortaya çıkabileceği gibi sözleşme sona erdikten sonra da ortaya çıkabilir. Konumuz açısından önemli olan nokta ise, sendikal tazminatın da ücret niteliğinde olmamasıdır⁸¹.

İsviçre hukukunda da İBK m. 323b hükmü sadece ücrete ilişkin bir koruma getirdiği için, ücret dışındaki diğer işçilik alacakların kısıtlamaya (haczedilebilir kısmı kadar) tabi tutulmaksızın takasa konu edilebileceği kabul edilmiştir. Nitekim öğretide de kıdem tazminatı (İBK m. 339b) veya haksız fesih tazminatı (İBK m. 336a) gibi alacakların tamamının takasa konu edilebileceği kabul edilmektedir⁸².

D. İŞ İLİŞKİSİ SONA ERDİKTEN SONRA ORTAYA ÇIKAN ALACAKLARIN TAKASA KONU EDİLMESİ

İş ilişkisi sona erdikten sonra, kıdem, ihbar veya kötüniyet tazminatı gibi çeşitli işçilik alacaklarının ortaya çıkması mümkündür. Yine aynı şekilde, iş güvencesi kapsamındaki işçiler için boşa geçen süreye ait en fazla 4 aylık ücret, işe başlatmama tazminatı, yıllık ücretli izin hakkının ücret alacağına dönüşmesi de bu kapsamda değerlendirilir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki ister iş ilişkisi devam ederken ister sona erdikten sonra doğsun, tazminatlar noktasında işveren TBK m. 407/2’de belirtilen sınırlamalar olmaksızın takas hakkını kullanabilir. Esas hukuki sorun, iş ilişkisi devam ederken ortaya çıkan ücret niteliğindeki alacakların iş ilişkisi sona erdikten takas edilmek istendiğinde, takasa ilişkin sınır-

⁸⁰ Ayrımcılık tazminatına ilişkin detaylı bilgi için bkz; Süzek, *İş Hukuku*, 485 vd.; Mollamahmutoğlu ve diğ., *İş Hukuku*, 745-750; Çelik ve diğ., *İş Hukuku*, 446 vd.; Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, S. 11 (2006/4), 76-81; Mesüt Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, *Çalışma ve Toplum*, S. 25, (2010/2), 247-250; Gaye Burcu Yıldız, *Eşit İşlem*, 328-342.

⁸¹ Sendikal tazminata ilişkin detaylı bilgi için bkz. Süzek, 629-633; Mollamahmutoğlu ve diğ., *İş Hukuku*, 750-753, 1082-1084; Çelik ve diğ., 903-913; Şükriye Esra Baskan, *6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 167-176; Haluk Hadi Sümer, “İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C. 2*, (İstanbul: Beta, 2011), 1654-1659; Ercüment Özkaraca, “6356 Sayılı Kanunda Öngörülen Sendikal Güvenceler”, *Çalışma ve Toplum*, S. 38, (2013/3), 200-210; Alptekin Burak Boydak, *6356 Sayılı Kanun Bağlamında Sendika Özgürlüğünün Güvencesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi 2019), 155-161; Doğukan Küçük, *Sendika Özgürlüğünün Güvencesi Bağlamında Sendikal Tazminat*, (Ankara: Adalet Yayınevi 2019), 182 vd.; Nazlı Çoban, *İş Hukukunda İşçi Sendikası Üyeliğinin Korunması*, (Ankara: Seçkin, 2019), 193-199.

⁸² Rehbinden ve Stöckli, *BK*, OR Art. 323b, N. 11; Staehelin, *ZK*, OR Art. 323b, N. 10.

ların devam edip etmediğidir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme sona erdikten sonra, işçinin ödenmeyen asıl ücrete ait eksiklikleri, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti veya yıllık ücretli izin ücreti TBK m. 407/2 kapsamında sınırlamalara dahil edilebilir mi?

Ücret niteliğindeki ödemelerin tamamının, sözleşme sona erse dahi, TBK m. 407/2 kapsamında değerlendirilerek işçinin rızası aranmaksızın takasa tabi tutulamayacağı kanaatindeyiz. Zira takas hakkı alacağa bağlıdır. Buna göre, sözleşme sona erse dahi, alacağın niteliği değişmediği için, söz konusu alacağa ilişkin takas sınırlamaları da devam eder. Aksi takdirde sözleşme sona ermeseydi yapılamayacak olan takas hakkı işverene sunulmuş olur ki kanaatimizce kanun koyucunun iradesinin bu yönde olacağı söylenemez. Farklı bir ifadeyle, sözleşme devam ederken kanun koyucu tarafından işverene sınırlı şartlar altında tanınan takas hakkı, sözleşme sona erdikten sonra da aynı şekilde devam etmelidir. Aksi takdirde, hükmün işçiyi koruyan yanı ortadan kalkmış olur. Bu kapsamda ücret ve ücret niteliğindeki alacaklar, örneğin yıllık ücretli izin alacağı, dört aylık boşta geçen süreye ilişkin ücret, fazla çalışma ücreti gibi ödemeler ancak TBK m. 407/2'deki sınırlamalar çerçevesinde takasa konu edilebilir.

Her ne kadar tazminatların takasında kural olarak TBK m. 407/2'de yer alan sınırlamalar olmaksızın takas hakkının kullanılabileceğini ifade etsek de İsviçre hukukunda konuya ilişkin farklı bir kabul bulunmaktadır. Genel kabul gören bu görüşe göre, sözleşmenin ihbar sürelerine uyulmaksızın feshi halinde ortaya çıkan tazminat veya belirli süreli iş sözleşmelerinin feshinde, sözleşme süresine uyulsaydı işçinin hak kazanacağı ücretin tazminatında (İBK m. 337c/I), işverenin takas hakkı "ücret"teki sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Diğer bir ifadeyle söz konusu işçilik alacakları ücret niteliğinde kabul edilmiştir⁸³.

Gerçekten de bakiye süreye ait ücretin tazminat olarak alınması veya ihbar tazminatı, genel olarak işçinin sözleşme feshedilmemiş olsaydı gelecekte göreceği iş süresine ait ücretin karşılığıdır. Bu nedenle anılan alacaklar, kanun koyucu tarafından her ne kadar tazminat olarak düzenlenmiş olsa da işçinin ücretiyle yakından bağlantılı olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle bakiye süreye ait ücretin tazminatı veya ihbar tazminatına karşılık işveren tarafından takas hakkı kullanılacağı zaman, TBK m. 407/2'de düzenlenen kısıtlamalara uyulması ileri sürülebilir. Ancak Türk hukuku öğretisinde ihbar tazminatının hukuki niteliğine ilişkin bas-kın görüşe göre ihbar tazminatı kanundan doğan götürü tazminat niteliğindedir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu tazminatın talep edilebilmesi için bir zarar veya kusur aranmadığı gibi, işçinin fesihden sonraki sürede işsiz kalmaması da önem taşımamaktadır⁸⁴. Aynı şekilde bakiye süreye ait ücretin niteliği hususunda da

⁸³ Rehbinder ve Stöckli, *BK*, OR Art. 323b, N. 11; Staehelin, *ZK OR Art. 323b*, N.10; Streiff ve diğ., *Praxiskommentar OR Art. 323b*, N. 5.

⁸⁴ Süzek, *İş Hukuku*, 521; Mollamahmutoğlu ve diğ., *İş Hukuku*, 922; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, 389.

öğretideki genel kabul gören görüş söz konusu alacağın tazminat olduğu yönündedir. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda anılan alacakların tazminat niteliğine vurgu yapmaktadır. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından söz konusu alacakların işçinin ücretiyle yakından ilgili olması sebebiyle anılan alacakların takasında TBK m. 407/2 sınırlamaların göz önünde tutulması gerektiği kanısındayız. Ancak anılan alacakların tazminat niteliğine sahip olması bu durumu engeller niteliktedir.

Her ne kadar ihbar tazminatının takasında TBK m. 407/2 sınırlamalarının uygulanamayacağını kabul etsek de ihbar sürelerine ait ücretin işveren tarafından peşin ödenmesi halinde aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. Zira peşin ödeme yoluyla fesih ile ihbar tazminatı nitelik bakımından birbirinden farklıdır. İhbar tazminatından farklı olarak peşin ödeme yoluyla fesih, zaten bir tazminattan değil, işçinin ihbar sürelerine ait ücretin peşin olarak işçiye ödenmesinden bahsedilmektedir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu durumda işçinin doğmamış ve muaccel olmamış ücreti mevcuttur. Bu nedenle, söz konusu alacağın ancak TBK m. 407/2'de yer alan düzenlemeler çerçevesinde takası mümkün olmalıdır.

E. TAKAS HAKKININ KULLANILMASI

Takas hakkının kullanımına yönelik bütün şartlar gerçekleştiği takdirde, işveren takas hakkını kullanabilecektir. Söz konusu hak dava dışında kullanılabilir gibi, dava sırasında da ileri sürülebilir. Dava öncesi dönemde işveren tarafından takas hakkı kullanıldığında, işçinin borcu oranında işçilik alacağında bir azalma olacaktır⁸⁵. Diğer bir ifadeyle, takas hakkı kullanıldığında, işveren işçiye ödemesi gereken ücretten yasal sınırlamalar dahilinde bir kesinti yapacak ve geri kalanını işçiye ödeyecektir. Eğer işçinin işverene olan borcu yasal sınırlamalar dahilinde yapılacak kesintiden daha fazlaysa, bu durumda işveren ancak bir sonraki ücret ödeme döneminde takas hakkını tekrar kullanarak ücret alacağından kesinti yapabilir.

Takas ilk defa dava sırasında da ileri sürülebilir. Söz konusu durumda ileri sürülen takas, def'i niteliğindedir. Bu nedenle taraflar ileri sürmediği takdirde, hakim takas hakkı def'ini kendiliğinden dikkate almaz. Ayrıca, işçinin açtığı işçilik alacağı davalarında işverenin takasa konu olabilecek karşı alacağının olduğunu belirtmesi tek başına takas def'i kullandığı anlamına gelmez. Bu durum açıkça belirtmelidir. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararda işverenin işçiye daha önce borç verdiğini ileri sürmesine rağmen, takas def'i ileri sürmediği için, söz konusu savunmanın takas def'i olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁸⁶. Öte yandan, ilk defa dava sırasında ileri sürülen takas def'i, savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına uygun olarak kullanılmalıdır. Diğer bir ifadeyle,

⁸⁵ Karademir, *Takas*, 829.

⁸⁶ Y22HD, E. 2018/21872, K. 2018/196, T. 16.01.2018.

işveren en geç cevap dilekçesinde takas def'inde bulunabilir. Ancak öğretideki bir görüşe göre, şartları dava tarihinden önce oluşan ancak kullanılmayan takas hakkı dava sırasında her aşamada ileri sürülebilir⁸⁷.

Dava öncesi takas hakkı kullanılmasına rağmen, işçinin söz konusu alacak için dava açması durumunda, işveren söz konusu borcun tamamının veya belirli bir oranının sona erdirdiğini belirten takas itirazında bulunabilir. Bu noktada artık borcu sona erdiren durum, maddi bir olgu olduğu için, def'iden değil itirazdan bahsedilir. Aynı şekilde bu itirazın da Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁸⁸ m. 141/1 gereği en geç işveren tarafından cevap dilekçesinde belirtilmesi gerekir. Ancak takas hakkının dava öncesinde kullanılması, borcu sona erdiren bir sebep olduğu için, itiraz sebepleri dava dosyasından anlaşılıyorsa, hakimin bunu kendiliğinden dikkate alması gerekir. Zira söz konusu borç, dava öncesinde sona ermiştir⁸⁹.

F. TAKAS HAKKINI ETKİLEYEBİLECEK BAZI AYRIKSI DURUMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Takas

Normal iş ilişkisinde olduğu gibi, asıl-alt işveren ilişkisinde de takas hakkının ortaya çıkması mümkündür. Bu noktada, alt işverenin takas hakkını kullanması, yukarıda bahsettiğimiz esaslar çerçevesinde yerine getirilmelidir. Zira söz konusu ilişkide, ayrıksı bir durum ortaya çıkmamaktadır. Esas hukuki sorun, asıl işverenin, alt işverenin işçisinden olan alacağını takasa tabi tutup tutamayacağıdır.

Örneğin, alt işveren tarafından ücretleri ödenmeyen bir işçinin, ücretinin ifası için asıl işverene talepte bulunması durumunda ve asıl işverenin de alt işverenin işçisinden başka bir hukuki ilişkiden doğan bir alacağının olması durumunda, asıl işveren takas hakkını kullanabilecek midir? Bu noktada incelenmesi gereken esas hukuki sorun, asıl işveren ile alt işverenin işçisinin arasındaki ilişkinin niteliği ve aynı zamanda asıl işverenin, alt işverenin ödenmeyen ücretlerinden dolayı müteselsil sorumluluğunun kaynağıdır.

Bilindiği üzere, asıl işveren alt işveren ilişkisi İşK m. 2/6 ve devamı fıkralarında düzenlen şartların sağlanması halinde kurulan bir ilişkidir. Söz konusu ilişki, temel olarak iki işverenin aralarında bir sözleşme yapması üzerine kurulur. Diğer bir ifadeyle, asıl işveren ve alt işveren kendi aralarında anlaşarak, gerekli diğer şartların da sağlanması durumunda, asıl-alt işveren ilişkisini ortaya çıkarırlar. Bu noktada kanun koyucu ise, işçilerin hak kayıplarının önüne geçebilmek adına, her ne kadar asıl işveren ile alt işverenin işçileri arasında bir ilişki olmasa

⁸⁷ Melih Işık, *Medenî Yargılama Hukukunda Davanın Konusuz Kılması*, (İstanbul: On İki Levha, 2024), 242-243.

⁸⁸ Resmi Gazete, T. 04.02.2011, S. 27836.

⁸⁹ Işık, *Davanın Konusuz Kılması*, 237-238.

da asıl işverenin müteselsil sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Söz konusu ilişkinin kurulması, alt işveren ve alt işverenin işçileri arasındaki ilişkide herhangi bir değişiklik yapmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu işçilik alacaklarından esas olarak sorumlu olan alt işverendir. Ancak asıl işverenin de müteselsil sorumluluğu vardır.

Bu noktada, TBK m. 407/2'deki sınırların, işveren ve işçi arasındaki ücretin takasını düzenlemesi ileri sürülerek, asıl işverenin bu kapsamda olmadığı düşünülebilir ancak söz konusu hükmün asıl amacı, işçinin ücretlerini korumak olduğu için, asıl işveren, ödenmeyen işçilik alacaklarını kendi alacağına karşılık takasa tabi tutmak istediğinde, TBK m. 407/2'deki sınırlara uymalıdır. Aksi takdirde, TBK m. 407/2 hükmünün getirdiği koruma ortadan kalkar.

Bu noktada, asıl işverenin takas hakkının hiç olmadığı yönünde bir itiraz da ileri sürülebilir. Asıl işveren kendi alacağına yönelik takip yolunu kullanarak işçinin ücretinin 1/4'üne haciz koydurması yasal sınırlar içinde değerlendirileceğinden, takas hakkını kullanması işçi aleyhine bir durum ortaya çıkarmayacaktır. Asıl işverenin takas hakkını kullanması işçinin lehine olacaktır. Zira takas hakkının kullanıldığı durumda takip masrafları ortaya çıkmayacaktır.

Ücret niteliği dışındaki diğer işçilik alacakları bakımından ise, yukarıda belirlenen esaslar çerçevesinde takas yapılabileceği kanaatindeyiz.

2. İşyeri Devrinde Takasın Değerlendirilmesi

İşyeri devri, İşK m. 6'da düzenlenmiştir. Konumuz açısından önemli olan husus ise, işyeri devri sonucunda, İşK m. 6'ya göre devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile devralana geçmesi, ancak devir tarihinden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumlu olmasıdır. Bu sorumluluk devir tarihinden itibaren 2 yıl ile sınırlandırılmıştır⁹⁰.

Bu noktada, örneğin şu sorular akla gelebilir: Devir tarihinde önce doğmuş bir işçilik alacağı, devreden işveren tarafından devir tarihinden sonra takasa tabi tutulabilir mi veya devralan işveren aynı işçilik alacağını kendi alacağına karşılık takasa tabi tutabilir mi?

Burada asıl önemli olan husus, işyeri devri ile birlikte devir tarihinde mevcut olan işçilerin sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralana işverene geçmesidir. Ancak devreden işveren kendi döneminde doğan bir ücreti daha sonra takasa tabi tutmak isterse, bu noktada, öncelikle işçinin söz konusu alacak için hangi işverene başvurduğunun tespiti gerekir. İşyeri devrinde 2 yıl müteselsil sorumluluk olduğu için, işçi devir tarihinden önce doğan bir ücret alacağını, devralan işverenden talep ettiyse artık devreden işveren kendi alacağına karşı takasa tabi tutamaz veya devralan işveren devreden işverenin takas hakkını kullanmasını isteyemez. Ancak

⁹⁰ Mollamahmutoğlu ve diğ., *İş Hukuku*, 278 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, 196-199.

işçi, söz konusu alacak için devreden işverene giderse, artık bu noktada, TBK m. 407/2 sınırları çerçevesinde devreden işveren takas hakkını kullanabilir.

Devralan işverenin işçiden bir alacağının, işçinin ise devir tarihinden önce doğmuş bir ücret alacağının olması durumunda ise, devralan işveren kural olarak TBK m. 407/2 sınırları dahilinde takas yapabilecektir.

3. İşçinin Ücretinde Halihazırda Bir Haczin Bulunması

İşçinin ücretinin üzerinde yapılan takip dolayısıyla halihazırda dörtte birlik bir haciz olduğu durumda, işverenin takas hakkını kullanıp kullanamayacağı hukuki sorunu ortaya çıkar. Kanımızca ücretin en fazla dörtte birlik kısmının haczedilebileceği hüküm mutlak olarak bir yasak getirmektedir. Bu nedenle, ücretinin dörtte birlik kısmında haciz bulunan işçiye karşı işveren takas hakkını kullanmak istediğinde, söz konusu haczin tamamlanmasını beklemek zorundadır. Aksi takdirde, işçinin ve ailesinin geçim kaynağı olan ücret üzerinde, kanunun mutlak olarak yasakladığı oran üzerinde bir eksilme olacaktır. Bu noktada işçinin takasa rıza göstermesinin de sonucu değiştirmemesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, ister rıza kapsamında gerçekleştirilecek takas hakkı olsun ister rızaya ihtiyaç duyulmayan takas hakkı olsun, işçinin ücretinde dörtte bir oranında bir haciz varsa, takas hakkı ancak söz konusu haciz işlemi tamamlandıktan sonra kullanılabilir. Ayrıca işveren işçiden olan alacağı için takip yolunu kullanarak işçinin ücretine haciz koymak istediğinde de sonuç değişmeyecektir. Zira halihazırda dörtte birlik kısım haczedildiği için, işverenin kendi alacağı haciz sırasına girecektir ve kendisinden önceki hacizler sona ermeden alacağını tahsil edemeyecektir.

4. İşçinin Doğmamış Ücreti Önceden Almasının Takasa Etkisi

Avans kurumu, TBK m. 406/4'te düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, işveren, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması hâlinde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetiyle orantılı olarak avans vermekle yükümlüdür. Burada önemli olan husus ise, avans olarak nitelendirilen ödemenin, işçinin halihazırda iş gördüğü sürelerle ait ücretin daha muaccel olmadan işçiye ödenmesidir. Ancak uygulamada bazen işçinin henüz daha iş görerek kazanmadığı sürelerle ait ücreti de işverenden talep ettiği ve bunun işçilere ödendiği bilinmektedir. Örneğin, 1 Kasım'da ücreti ödenen işçi, 15 Kasım'da ihtiyaç sebebiyle işverenden 30 günlük ücretini talep ettiğinde, işverenin ödediği 15 günlük ücret (1 Kasım-15 Kasım) avans olarak nitelendirilirken, geri kalan 15 gün için (16 Kasım-30 Kasım) teknik olarak avans olarak nitelendirilemez. Bu durumda iki ihtimal vardır: Ödenen kısım ya borçtur ya da görülecek iş için erken ödemedir. Yapılan ödemenin nitelendirilmesine, takas hakkının ne şekilde kullanılacağı belirlenir.

Eğer yapılan ödeme borç olarak kabul edilirse, daha önce işçiye 15 günlük ücret avans olarak verildiği için 1 Aralık'ta 15 günlük ücret daha ödenmek zorundadır. Avans ile birlikte ayrıca ödenen diğer 15 günlük ücret borç olduğu için,

işveren bunun mahsubunu veya takasını kendiliğinden yapamaz. İşveren ancak TBK m. 407/2'deki sınırlamalar dahilinde takas uygulayabilir. Diğer bir ifadeyle işçinin rızasını almak zorundadır ve aylık ücretinin dörtte birini geçmeyecek şekilde takas uygulamalıdır. Yine aynı örnek üzerinden devam edecek olursak, işçinin rıza gösterdiği ihtimalde, işveren 1 Aralık'ta 7,5 günlük ücretine denk gelen miktarı takas ile sonlandırarak, 1 Aralık'ta işçiye avans olarak verdiği miktar dışında 7,5 günlük ücreti daha ödemek zorunda kalır. İşçinin geriye kalan 7,5 günlük ücreti ise ancak bir sonraki ay takasa tabi tutulabilir. Şüphesiz takasın yine TBK m. 407/2 sınırlamaları dahilinde olması gerekir.

Eğer avans dışında yapılan 15 günlük ücrete tekabül eden miktar, zamandan önce yapılan bir ücret ödemesi olarak kabul edilirse, artık işverenin 1 Aralık'ta ayrıca bir ücret borcu olmaz. Zira işveren daha muaccel olmadan o aya ait ücreti önceden ödemiştir. Bu durumda ödeme tarihinde takas yapılmasını gerektirecek bir alacak/borç da olmaz. Takas hakkı doğmayacağından takası sınırlayan hükümler bu ihtimalde uygulanmaz⁹¹.

Kanımızca daha doğmamış ücretin ödendiği durumlarda yapılan ödemenin hangi amaçla yapıldığı incelenmelidir. Ancak kural olarak yapılan ödemenin borç olarak değil bir erken ödeme olarak kabul edilmesi daha uygun düşer. Bu görüş her ne kadar takas anlamında işçinin aleyhine görünse de iyiniyetli olarak ödeme yapan işverenlerin takas sınırlamasıyla karşı karşıya kalmaması gerektiği kanaatindeyiz. Şüphesiz işverenler bu ödemeyi doğrudan ücretle bağlantılı olmayarak, borç niteliğinde vermiş de olabilir. Bu noktada işçinin ödemenin hangi amaçla yapıldığını ispat etmesi gerekecektir. Borç olduğu ispat edilirse, artık TBK m. 407/2 sınırlamaları uygulanabilir.

5. İşçinin Ölümünün Takasa Etkisi

İşçinin ölümü iş sözleşmesinin sona ermesi anlamına gelir. Buna bağlı olarak işçinin ödenmeyen ücret alacakları, yıllık ücretli izin hakkı, şartları sağlanıyorsa kıdem tazminatı gibi alacaklar ortaya çıkar. Söz konusu alacaklar 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁹² m. 599/2⁹³ hükmü çerçevesinde mirasçılara ödenmelidir. Bunun dışında TBK m. 440⁹⁴ gereği yasal mirasçılara değil, hak sahiplerine ödenmesi gereken ölüm tazminatı da ortaya çıkar. Yasal mirasçılar ve hak sahipleri

⁹¹ Münir Ekonomi, *İş Hukuku Cilt 1 - Ferdi İş Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi Vakfı, 1984), 145.

⁹² Resmi Gazete, T. 08.12.2001, S. 24607.

⁹³ TMK m. 599/2; "*Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.*"

⁹⁴ TBK m. 440; "*Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksak bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür.*"

bu alacaklara sahip olmakla birlikte, işçinin borçlarından da sorumlu olurlar. Bu noktada ise işverenin anılan alacaklara karşı takas hakkını kullanmasının mümkün olup olmadığı incelenmelidir.

Ölüme bağlı olarak yasal mirasçıların ve hak sahiplerinin elde edeceği tazminatların takası bakımından genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir husus olmadığı için işveren işçinin kıdem tazminatı veya ölüm tazminatını rıza ve sınır olmaksızın takasa tabi tutabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus işveren takas hakkını kullanırken hangi alacağa karşı kullandığını belirtmesi gerekir. İşçinin borçları ve genel olarak işçilik alacakları bakımından yasal mirasçıların tamamı hak sahibidir ve sorumludur. Ölüm tazminatı için ise, sadece belirli kişiler hak sahibi olabilmektedir. Bu nedenle işverenin işçiden olan hangi alacağa karşı takas hakkını kullandığını belirtmesi gerekecektir.

Ücretler bakımından ise, TBK m. 407/2 ile getirilen korumanın devam edip etmediği hukuki sorunu ortaya çıkar. Ücret sadece işçinin değil aynı zamanda işçinin ailesinin geçimi için bir kaynaktır. Bu nedenle işçinin ölümünden sonra da TBK m. 407/2'nin getirdiği koruma devam etmelidir. Aksi görüş maddenin amacına aykırıdır. Zira çoğunlukla ailede tek geçim kaynağını sağlayan işçinin ölümüyle ekonomik belirsizliğe düşen mirasçılar, sınırları olmayan ve rıza aranmaksızın kullanılabilen takas hakkı karşısında daha da zor duruma düşecektir.

G. İşverenin Takasa Getirilen Sınırlara Uymamasının Yaptırımı

Her ne kadar TBK m. 407/2'de işverenin işçiden olan alacağına yönelik yapacağı takasa sınırlamalar getirilmiş olsa da söz konusu maddede veya devamı maddelerde, işverenin bu sınırlara uymamasının yaptırımı düzenlenmemiştir. Durum böyle olmakla birlikte, işverenin hukuka uygun olmayan takas yapması durumunda, örneğin işçinin rızası olmaksızın işçinin ücretini takasa tabi tutması halinde, temel olarak ücret ödeme borcuna aykırı davranmış olacaktır. Bu nedenle, ücretin eksik ödenmesine veya hiç ödenmemesine yönelik ilgili kanunlarda düzenlen yaptırımlar gündeme gelecektir. Böyle bir durumda, işçi ödenmeyen veya eksik ödenen ücretler için takip yoluna gidebilir, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir veya iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir.

Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, işçinin rızası alınmadan yapılan takaslarda, işçinin sözleşmeyi İşK m. 24/II, e uyarınca haklı nedenle feshedebileceğine belirtmiştir⁹⁵.

Bu anlatılanlar dışında, işverene İşK m. 102 kapsamında idari para cezası verilir. Ayrıca kanun koyucunun takasa ilişkin özel bir yaptırım düzenlememesi tercihinin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira takasa ilişkin sınırlar ifade ettiğimiz üzere ücretin korunmasına yöneliktir ve ücretin eksik ödenmesi veya hiç ödenmemesi durumunda, mevzuatta konuya ilişkin yeterli yaptırımlar mevcuttur.

⁹⁵ Y9HD, E. 2008/40921, K. 2010/34196, T. 23.11.2010. (www.legalbank.net)

SONUÇ

İş hukukunda işçilik alacakları bakımından takas, işçi haklarının korunması açısından önemli bir konudur. İşçi ve işveren arasındaki borç ve alacak ilişkilerinde, takas kurumunun uygulanabilirliği, hukuki düzenlemeler ve yargı kararlarıyla şekillendirilmiştir. Bu çalışmada, işçilik alacaklarının takas edilebilirliğinin sınırları, koşulları ve uygulamadaki yeri ele alınmıştır. Ayrıca takasın iş hukukunda nasıl şekillendiği, bu alanın genel borçlar hukukundan nasıl ayrıldığı ve işçinin korunmasına yönelik özel düzenlemelerin işveren alacaklarına etkileri incelenmiştir.

Öncelikle, iş hukukunda takasa ilişkin yasal düzenleme sadece TBK’nda olduğu için, bireysel iş kanunlarına tabi işçilerin ücretlerinin ve tazminatlarının hangi kurallar çerçevesinde takasa tabi tutulacağı incelenmiştir. Bireysel iş kanunlarında takasa ilişkin doğrudan bir hüküm olmadığı için TBK m. 407/2’nin kıyasen uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmış ve bu sonuç doğrultusunda anılan kanunlara tabi işçiler için de takasın uygulanabilmesi için rıza aranması gerektiği tespit edilmiştir.

İş hukukunda işçi ücretlerinin takas edilebilmesi için işçinin rızasının aranması, işçinin ekonomik güvenliğini sağlama amacı taşımaktadır. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 407/2, işçi ücretlerinin takas edilmesini işçinin rızasına bağlayarak işverenlerin tek taraflı olarak işçi ücretlerini kesmelerini engellemektedir. Ancak, işçinin kasıtlı fiilleri sonucu doğan zararlar için mahkeme kararı ile sabit olan alacaklarda işçinin rızası aranmamaktadır. Bu düzenleme, işverenlerin haklarını korurken, işçilerin de haksız kesintilere maruz kalmasını önlemektedir. Öte yandan madde metninde belirtilen “mahkeme kararıyla sabit” ifadesinden de mahkeme kararının kesinleşmiş olması gerektiği sonucuna ve genel olarak getirilen sınırlamaların takas hakkını oldukça kısıtlandığı sonucuna ulaşılmıştır.

Takasın iş hukukunda uygulanabilmesi için işçinin rızasının aranması temel bir şarttır. Ancak bu rızanın ne zaman ve ne şekilde alınması gerektiği konusunda TBK m. 407/2’de açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle takası düzenleyen genel hükümlere bakılması gerekir. TBK m. 144’te, işçilerin ücretinin ancak takas hakkının doğumundan sonra rıza alınması durumunda takasa tabi tutulabileceği düzenlenmiştir. Sonuç olarak işçinin rızasının takas hakkının doğmasından sonra alınması gerektiği ve rızanın yazılı veya sözlü olarak alınmasının yeterli olduğu, ancak ispat kolaylığı açısından yazılı alınmasının tercih edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, işçinin rızasının, toplu iş sözleşmeleri ya da işyeri uygulamaları ile genel bir onay olarak önceden alınmasının hukuken geçerli olmadığı ifade edilmiştir.

Ücret dışındaki alacakların (örneğin ayrımcılık, kıdem, ihbar veya sendikal tazminat) takasa konu edilmesi konusunda, TBK m. 407/2’nin yalnızca ücretle ilgili sınırlamalar getirdiği, ancak bu tür alacakların genel borçlar hukuku kuralları

çerçevesinde takasa tabi tutulabileceği sonucuna varılmıştır. Varılan bu sonuç işveren, işçinin rızasını aramaksızın ve miktar sınırı olmaksızın bu tür alacakları takasa konu edebilmesine olanak tanımaktadır.

Sonuç olarak, işçilik alacaklarının takas edilebilirliği hem işçi hem de işveren hakları açısından dikkatle ele alınması gereken bir konudur. Mevcut yasal düzenlemeler ve yargı kararları, işçilerin ücretlerinin korunmasını amaçlamakta ve ücretlerin işverenler tarafından takas yoluyla tahsil edilmesini belirli şartlara bağlamaktadır. İşçi ücretlerinin takas edilmesi, işçinin rızasına bağlı olmakla birlikte, işçinin kasıtlı fiilleri sonucu doğan zararlar için bu rıza aranmamaktadır. Öte yandan ücret niteliğindeki herhangi bir alacağın sözleşme devam ederken veya sözleşme sona erdikten sonra takasa tabi tutulmasında yine TBK m. 407/2 hükmündeki yasal sınırlar uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu düzenlemeler, işçi ve işveren arasındaki güç dengesini koruyarak, her iki tarafın da haklarının güvence altına alınmasını sağlamaktadır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan. *İş Kanunu Şerhi Cilt II*. Ankara: Seçkin, 2008.
- Alptekin Burak Boydak. 6356 Sayılı Kanun Bağlamında Sendika Özgürlüğünün Güvencesi. Ankara: Adalet Yayınevi 2019.
- Aral, Fahrettin. *Türk Borçlar Hukukunda Takas*. İstanbul: Yetkin Yayınları, 2010.
- Baskan, Şükriye Esra. *6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Caniklioğlu, Nurşen. “Türk Borçlar Kanunu -İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, *10. Yılında İş Kanunu Semineri*. İstanbul: TİSK, 2013, 74-120.
- Centel, Tankut. “Türk Borçlar Kanunu’nda İşverenin Ücret Borcu”, *Sicil*, S. 23, (2011): 5-14.
- Centel, Tankut. *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 1994.
- Centel, Tankut. *İş Hukukunda Ücret*. İstanbul: Türkiye Denizciler Sendikası, 1987.
- Çelik, Nuri, Caniklioğlu, Nurşen, Canbolat, Talat, Özkaraca, Ercüment. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta, 2023.
- Çil, Şahin. “Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 15, (2009): 70-88.
- Çoban, Nazlı. *İş Hukukunda İşçi Sendikası Üyeliğinin Korunması*. Ankara: Seçkin, 2019.
- Çopuroğlu, Çağlar. *Ücret ve Korunması*. Ankara, Turhan Kitabevi 2013.
- Develioğlu, Hüseyin Murat, *Takas*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Doğan Yenisey, Kübra. “Hizmet Sözleşmesi”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*, Der. M. Murat İnceoğlu. İstanbul, On İki Levha 2012.
- Doğan Yenisey, Kübra. “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, S. 11 (2006/4): 63-82.
- Ekmekçi, Ömer. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 19, (2013): 19-28.
- Ekonomi, Münir. *İş Hukuku Cilt 1 - Ferdi İş Hukuku*. İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi Vakfı, 1984.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Yetkin 2019.
- Esener, Turhan. *İş Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası 1978.
- Güneş, Başak/Mutlay, Faruk Barış. “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, S. 30 (2011): 201-214.
- Karademir, Artür. “Türk İş Hukukunda Takas Uygulamaları”, *Legal İHSGHD*, C. 19, S. 75, (2022): 821-843.
- Küçük, Doğukan. *Sendika Özgürlüğünün Güvencesi Bağlamında Sendikal Tazminat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*. İstanbul: Beta, 2014.
- Oğuzman, Kemal, Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.

- Özkaraca, Ercüment. “6356 Sayılı Kanunda Öngörülen Sendikal Güvenceler”, *Çalışma ve Toplum*, S. 38, (2013/3): 200-210.
- Rehbinder, Manfred ve Stöckli, Jean-Fritz. *Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2006.
- Reisoğlu, Seza. *Hizmet Akdi Mahiyeti - Unsurları - Hükümleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 237, 1968.
- Soyer, Polat. “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları*. İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012.
- Stachelin, Adrian. *Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2c*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2006.
- Streiff, Ullin, von Kaenel Adrian, Rudolph, Roger. *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2012.
- Suna, İffet Didem. “Türk Hukukunda Takas ve Takasın Hukuki Niteliğine Bir Bakış”, *Konya Barosu Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, (2022): 155 - 192.
- Sümer, Haluk Hadi. “İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, C. 2. İstanbul: Beta, 2011.
- Taşkent, Savaş, Mutlay, Faruk Barış. *Açıklamalı ve İçtihatlı 4857 İş Kanunu*. İstanbul: Beta, 2024.
- Tekinay, Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler*. İstanbul: Sermet Matbaası 1976.
- von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2*. Ankara: Yargıtay Yayınları No 15, 1983.

CONFIDENTIALITY, REPRESENTATION AND EVIDENCE IN ADR IN EMPLOYMENT DISPUTES IN TURKEY AND THE UNITED KINGDOM^(*)

Dr. Mustafa NALBANT^(**)

Abstract

In the world, ADR (Alternative Dispute Resolution) methods are becoming increasingly popular because of the heavy caseload of tribunals/courts, and the resolution of individual employment disputes through ADR is part of this trend. However, there have always been concerns regarding the use of ADR for the resolution of employment disputes, particularly due to the potential power imbalance between the disputants. These concerns are mutual in the comparison countries of this research: the United Kingdom (UK), with its long and honourable history of ADR in individual employment disputes, and Turkey, which has recently started to employ ADR methods for these disputes. The concerns revolve around: (i) whether confidentiality acts as a 'curtain' that prevents stakeholders from assessing whether the procedure is justly managed or whether employees have been pressured to settle; (ii) whether representatives are accessible, whether there are providers of legal counsel for employment disputes, and whether the governments offer legal aid for individuals who cannot afford the cost of representation; (iii) the types of evidence that can be submitted in ADR processes and whether there is an enforcement mechanism in case of resistance to providing necessary documents for ADR meetings.

Consequently, it must be highlighted that the same set of rules should not be applied to all kinds of disputes. Due to the potential power imbalances in employment disputes, necessary precautions must be taken to ensure access to justice. On this basis, this research illustrates how ADR regulations in Turkey and the UK should be adjusted to align with the unique structure of employment disputes.

Keywords

ADR, Mediation, Conciliation, Employment Disputes, Confidentiality, Representation, Evidence, Turkey, The UK.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 04.04.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 20.08.2024
DOI No: 10.54704/akdhfd.1464535

^(**) Teaching Associate, The University of Nottingham, Law Faculty, Contract and Employment Law / Nottingham, The United Kingdom
E-posta: mustafa.nalbant@nottingham.ac.uk
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7710-3188>



GİZLİLİK, TEMSİL VE DELİLLER: TÜRKİYE VE BİRLEŞİK KRALLIK'TAKİ İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Öz

Dünyada, mahkemelerinin ağır iş yüklerinden dolayı, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yöntemleri (AUÇY) giderek daha popüler hale gelmekte ve bireysel iş uyuşmazlıklarının AUÇY aracılığıyla çözümü bu eğilimin bir parçası haline almıştır. Ancak, özellikle uyuşmazlıkta yer alan taraflar arasında potansiyel güç dengesizliği nedeniyle, iş uyuşmazlıklarının çözümünde AUÇY'nin kullanımıyla ilgili her zaman endişeler olmuştur. Bu endişeler, bu araştırmanın karşılaştırma yapılan ülkelerinde, uzun ve saygın bir geçmişe sahip olan Birleşik Krallık ve yakın zamanda AUÇY'yi kullanmaya başlayan Türkiye'de, ortakır: AUÇY hususunda endişeler şu konular etrafında dönmektedir: (i) gizliliğin, sürecin adil bir şekilde yönetilip yönetilmediğini değerlendirmekten paydaşları engelleyen bir 'perde' olarak işlev görüp görmediği veya çalışanların bu süreç içinde anlaşmaya varmaya zorlanıp zorlanmadığı; (ii) yasal temsilcilerin erişilebilir olup olmadığı, bireysel iş uyuşmazlıkları için hukuki danışmanlık sağlayıcılarının bulunup bulunmadığı ve hükümetlerin temsil maliyetini karşılayamayan bireyler için adli yardım sunup sunmadığı; (iii) AUÇY süreçlerinde sunulabilecek kanıt türleri ve AUÇY toplantıları için gerekli belgelerin sağlanmasına direnilmesi durumunda bir zorlama mekanizmasının olup olmadığı.

Sonuç olarak, tüm uyuşmazlık türlerine aynı AUÇY kurallarının uygulanmaması gerektiği vurgulanmalıdır. İş uyuşmazlıklarındaki potansiyel güç dengesizlikleri nedeniyle, adalete erişim hakkının garanti altına alınabilmesi için gerekli önlemlerin alınması şarttır. Bu temel üzerine, bu araştırma, Türkiye ve Birleşik Krallık'taki ADR düzenlemelerinin iş uyuşmazlıklarının özgün yapısına uygun şekilde nasıl uyarlanması gerektiği hususuna yoğunlaşmaktadır.

Anahtar Kelimeler

AUÇY, Arabuluculuk, Uzlaşma, İş Uyuşmazlıkları, Hukuki Temsiliyet, Gizlilik, Deliller, Türkiye, Birleşik Krallık.

Extended Abstract

Globally, the use of Alternative Dispute Resolution (ADR) methods is on the rise due to employment tribunals/courts being overwhelmed with cases. The adoption of ADR for resolving employment disputes is not without its criticisms, particularly concerning the possible imbalance of power among the parties involved. The criticisms focus on: (i) whether confidentiality serves as a barrier that hinders the evaluation of the fairness of the process or if it pressures employees into agreements; (ii) the availability of representatives, the provision of legal advice for employment disputes, and the government's support in providing legal aid to employees that are unable to bear representation costs; (iii) the admissibility of evidence in ADR procedures and the presence of an enforcement mechanism for the submission of essential documents regarding workplace required for ADR sessions. Nevertheless, regulations regarding confidentiality, representation, and evidence might pose disadvantages for employees, often the less dominant party in the employment relationship. Therefore, worries about these three aspects raise doubts about whether ADR methods create an appropriate environment for the settlement of employment disputes.

Concerning confidentiality, mediation in Turkey and conciliation in the UK offer a private setting for the settlement of employment disputes. However, they do not take the necessary precautions to ensure access to justice. Therefore, this research firstly recommends that governments could potentially impose a duty on third parties to at least make parties in employment relations aware of their right to waive confidentiality and to inform them about the pros and cons of waiving. This approach is considered because often parties are not aware that this option exists.

Secondly, as an additional solution, introducing a cooling-off period for cases where parties choose not to waive confidentiality could be beneficial. During this period, disputants could reach a preliminary, non-binding agreement, which could later gain legally binding status. This method could mitigate the negative impacts of confidentiality by providing employees the opportunity to understand the risks associated with giving up employment rights, and by reducing the likelihood of them entering agreements under pressure or economic coercion from employers.

As for legal representation, unlike the UK, which has institutions providing free legal advice to the less advantaged parties, Turkey lacks such support structures. In Turkey, legal aid is available to employees facing

financial hardships, but it only covers mediator fees, not representation costs. Hence, the Turkish government is urged to increase legal aid funding and promote pro bono activities among intern lawyers. In contrast, the cost of legal representation can be prohibitive in the UK, where no legal aid is available for employment disputes either in employment tribunals or conciliation procedures. However, institutions like the Citizens Advice Bureaus (CABs) and the Free Representation Unit (FRU) play a vital role in addressing the power imbalance, though they suffer from underfunding and excessive workloads, limiting accessibility and thus, the government should allocate more funds for these institutions. Additionally, the Damage-based Contingency Fee Agreements (DCFAs) in the UK, absent in Turkey, could contribute to better access to justice.

Regarding the presentation of evidence, Turkish regulations allow only expert opinions and do not address the use of witnesses and expert evidence in employment mediation. Furthermore, the Turkish Constitutional Court has ruled against mediators evaluating witness statements or expert evidence. Given the significant role that expert evidence plays in resolving employment disputes, especially where mediation is mandatory, the suggestion is to create a specialised 'accredited expert evidence institution' dedicated to employment mediation to enhance justice access. In contrast, in the early conciliation process in the UK, there's a general avoidance of employing evidence to foster a setting where parties can converse freely, confidentially, and respectfully. Consequently, for cases that significantly depend on witness statements or expert evidence, neither Turkey's mediation system nor the UK's early conciliation approach appears to be a suitable mechanism for resolving employment disputes.

INTRODUCTION

ADR is as much an art as it is a science¹. Just as the most productive results can be achieved under the most appropriate conditions in art, the appropriate dispute resolution can be achieved only when ADR methods are provided under a proper environment and in accordance with the nature of employment disputes. However, rules concerning confidentiality, representation, and evidence may be disadvantageous for employees who are mainly the less powerful party in the employment relationship. Hence, concerns revolving around these three elements cause a question of whether ADR methods provide an improper environment for resolving employment disputes.

Before analysing these three elements, it is necessary to briefly demonstrate how ADR is working in comparison countries in the resolution of employment disputes. In Turkey, the 2017 LCL states that when a claimant seeks employment rights or compensation relying on an employment statute or individual employment contract or CBA, or when he/she seeks reemployment², they have to invoke mediation before getting involved in court action³. This obligation is called mandatory mediation and is regulated as a 'pre-condition to action (*dava sarti*).'³ By contrast, in the United Kingdom, where parties want to bring a case to an Employment Tribunal (ET), they must have an Early Conciliation (EC) certifi-

¹ ILO, "Manual Mediation, Conciliation, Arbitration", International Labour Organisation, 1 August 2006, Access Date: December 15, 2023, 86.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-jakarta/documents/publication/wcms_120302.pdf.

² Reinstatement and re-engagement claims in the UK are merged and named as reemployment cases in the context of Turkey.

³ Labour Courts Law, No.7036, Official Gazette: 25/10/2017 No: 30221, Article 3.

cate from the Advisory, Conciliation and Arbitration Services (ACAS), an ADR institution. However, it should be highlighted that any party is not forced to attend conciliation meetings.

This first element is confidentiality relating to an obligation on parties who participate in ADR meetings not to disclose details, documents or information about ADR procedures to anyone outside the meetings⁴. However, regarding employment law, confidentiality may be a factor that dissolves fair protection of employees since wide use of ADR methods may mean making employees' inalienable rights negotiable⁵. Furthermore, confidentiality might be a 'curtain' that prevents stakeholders from evaluating whether the procedure is justly managed or whether employees have been under pressure to settle⁶.

As for representation, although there are numerous definitions of it, legal representation refers to a person who transfers legal information and/or has the authority to act for an individual⁷. Having a legal advisor or representative might eliminate the shortcomings of confidentiality for employees against employers. However, when employees want to engage with a legal representative, there are questions about whether the representatives are accessible, whether there are legal advice providers for employment disputes and whether the State provides legal aid for those who are unable to afford the cost of representatives.

Access to evidence is a necessary tool for proving a violation of the law⁸. Nonetheless, in ADR methods, employees may not be able to access evidence, such as business records, since they have limited mechanisms to require the discovery of evidence. There might be confusion unless a clear distinction is made between evidence in litigation and evidence in ADR mechanisms. On the one hand, evidence in litigation is mainly related to confidentiality since it requires examining to what extent confidentiality allows disclosure of evidence submitted for ADR in following court proceedings. This examination will be made under the subheading of confidentiality. On the other hand, evidence in ADR necessitates an investigation into what kind of evidence can be submitted for ADR processes and this investigation will be made under the subheading of evidence in ADR.

On this basis, this article will compare ADR in employment disputes in Turkey and the UK in terms of these three aspects. Firstly, it will examine the scope

⁴ Susan Blake, Julie Browne and Stuart Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution* (5th edn, Oxford University Press 2018), 251.

⁵ Kübra Yenisey, editor, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi* (Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2016), 176.

⁶ Cheryl Dolder, "The Contribution of Mediation to Workplace Justice", *Industrial Law Journal* (2004): 323.

⁷ Jen Webb, *Understanding Representation* (Sage Publishing, 2019), 1-11.

⁸ Baki Kuru, Ramazan Arslan and Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku* (23rd edn, Yetkin Publishing, 2012), 793.

of confidentiality and the exceptions to confidentiality. Secondly, it will analyse the representation of employees or employers in ADR meetings. Then, it will investigate what kind of evidence can be submitted for the resolution via ADR methods. Ultimately, it will comparatively analyse these systems to express how to reach appropriate dispute resolution systems.

I. CONFIDENTIALITY

It is very challenging to give a uniform and versatile confidentiality definition because of significant uncertainty over its scope in many legislative frameworks. However, international ADR instruments endorse the principle of confidentiality. To illustrate, Article 10 of UNCITRAL's Mediation Model Law points out that 'unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the mediation proceedings shall be kept confidential, except where disclosure is required under the law or for implementation or enforcement of a settlement agreement⁹.'

Besides, Article 7 of the EU Mediation Directive states that:

given that mediation is intended to take place in a manner which respects confidentiality, Member States shall ensure that, unless the parties agree otherwise, neither mediators nor those involved in the administration of the mediation process shall be compelled to give evidence in civil and commercial judicial proceedings or arbitration regarding information arising out of or in connection with a mediation process¹⁰.

Article 10 stipulates some exceptions, as follows: where all parties agree to disclose mediation proceedings; the evidence is necessary for overriding consideration or public policy; or disclosure is necessary to implement or enforce the mediation settlement agreement¹¹.

Confidentiality encourages disputants to speak freely and openly because they do not expect what happens and is said in ADR meetings to have the same outcomes as if they occurred in court. A sincere atmosphere in which parties reveal their feelings, thoughts, and expectations would enable a neutral third-party to appraise the disputants' real position and interests and to assess the possibility of settlement. Therefore, it is claimed that confidentiality might be an essential ingredient of ADR methods protecting the interest of all participants and ensuring the integrity of the process¹².

⁹ United Nations Commission on International Trade Law on Mediation Model Law (2018), Article 10.

¹⁰ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Article 10.

¹¹ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Article 10.

¹² Scott Nelson, "The EEOC's Mediation Program: A New Hope" ADRER 17 (1999): 18.

Nevertheless, confidentiality may have several disadvantages for ADR users. To illustrate: (i) parties may show the cards in their hand in ADR proceedings by trusting its confidential nature (ii) confidentiality might be an obstacle to evaluating whether the procedure is justly managed, whether there is any irregularity during the proceedings, whether an employee has been under pressure to settle¹³ (iii) confidentiality might prevent an employee from using the pressure of public opinion as a powerful weapon¹⁴. Therefore, there is a concern that confidential ADR mechanisms might be a fishing expedition with good catches against vulnerable parties such as unrepresented employees. Therefore, confidentiality constitutes one of the most challenging problems in terms of protecting the weaker party in employment relations¹⁵. On this basis, this section will reveal the understanding of confidentiality in ADR employment disputes in comparison countries.

A. CONFIDENTIALITY IN TURKEY

Article 4 of the Law on Mediation in Civil Disputes (LoMCD) expresses that parties, their representatives and any party involved in the ADR processes must keep all information, documents, and reports confidential unless otherwise agreed¹⁶. The underlying reason for the obligation is to provide an environment where the parties can negotiate comfortably without risking their reputation¹⁷. Therefore, this is a manifestation of the obligation to maintain confidentiality, arising from the law¹⁸. Confidentiality is not a phenomenon that changes based on whether the parties reach an agreement or not at the end of mediation but it is of importance especially when the parties do not reach an agreement¹⁹.

In 2012, when mediation was first introduced in Turkey, the provisions on confidentiality were brought to the Constitutional Court by claiming that it would not be possible to evaluate whether the weaker party is forced to settle through misrepresentation, duress or undue influence due to the lack of publicity. However, the Constitutional Court held that because mediation is not a judicial mechanism, there is no need for publicity. In addition, it was stated that confidentiality

¹³ Kaan Yağcıoğlu, "Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri" Dokuz Eylül University Law Faculty Journal 20(2) (2018) 457, 478. See also concern about confidentiality in hybrid ADR methods (med-arb): Betül Canatan, "Med-Arb Yönteminin Getirdiği Olumsuzluklar ve Gizlilik Sorununa Yönelik Bazı Med-Arb Modelleri" Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9(1) (2023), 81-90.

¹⁴ Karl Mackie, *The ADR Practice Guide Commercial Dispute Resolution* (Butterworths 2000) 139.

¹⁵ İbrahim Ermenek, *Arabuluculuk Surecinde Zayıfın Korunması* (Yetkin Yayıncılık Ankara 2021) 129.

¹⁶ Law on Mediation in Civil Legal Disputes, No. 6325, Official Gazette: 22/6/2012 No: 28331.

¹⁷ Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç, Alper Bulur, editör, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (Adalet Bakanlığı, 2021) 101. Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (Yetkin Publishing, 2016) 375.

¹⁸ Umur Ozan Erginer, "Arabuluculuk ve Gizlilik" *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, 2017, 88.

¹⁹ Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (On iki Levha Publishing, 2013) 135.

is one of the most prominent features of mediation and its purpose is to encourage the parties to resolve disputes rather than hiding something. The Court also emphasised that it is possible to waive confidentiality if the parties agree²⁰.

Although the justification of the Court is rational, it did not respond to the question of whether the same set of rules can be applied to all kinds of disputes such as family, commercial, consumer and employment, where there is a potentially different level of inequality in bargaining power. Therefore, it can be argued that the confidentiality of ADR mechanisms should be configured according to the nature of the disputes in question and different disputes should be treated differently.

Article 5 of LoMCD determines the scope of confidentiality: (a) a party's invitation to the mediation process or the request of one of the parties to apply for mediation; (b) views and suggestions expressed by the parties regarding the settlement of the dispute; (c) statements and acknowledgements made by the parties during meetings; (d) documents issued exclusively for mediation. To ensure the protection of these materials, taking photos or audio or video recordings is not permitted during ADR meetings²¹. The materials that need to be protected by confidentiality might have economic value, or it can be a value that must be legally protected in a moral sense²². Because the parties providing these documents and information will be assured that they cannot be used as evidence against them in the following litigation, a sincere environment would be created²³. However, there is no clarity on whether parties can agree to use the materials in Article 5 in subsequent court proceedings. On this issue, it is noted by scholars that it is possible for the parties to make an "evidence agreement" to use these materials in the court process²⁴.

The commencement of confidentiality obligations is the stage of preparation but since mediation is a pre-condition to action for bringing a claim to courts in individual employment cases, the obligations will commence at the time of case acceptance for the mediators²⁵. However, it is claimed that the settlement agreement signed at the end of the mediation is not covered by confidentiality²⁶. On this

²⁰ Constitutional Court's Decision, Application No: 2012/94, 10/07/2013.

²¹ Tankut Centel, *Labour Dispute Resolution in Turkey* (Springer, 2019), 147.

²² Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, p.137.

²³ Centel, *Labour Dispute Resolution in Turkey* (Springer, 2019) 27. Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 35.

²⁴ Ibrahim Ermenek, *Arabuluculuk Surecinde Zayıfın Korunması* (Yetkin Yayıncılık Ankara 2021) 130. Ozge Yakici, Bireysel İş Hukukunda Bireysel Arabuluculuk (Yetkin Publishing 2019) 45. Uğur Yazıcı, *Arabuluculukta Gizliliğin İhlali Suçu* (Seçkin Publishing 2024) 69.

²⁵ Yazıcı, *Arabuluculukta Gizliliğin İhlali Suçu*, 58.

²⁶ Emre Kiyak, "Arabuluculuk Sureci Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği" *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 6(21) (2015) 541-542.

issue, within the framework of the principle of party autonomy, just as the parties have the freedom to terminate the mediation process, they have also the freedom to decide which matters will be included in the settlement agreement²⁷. Hence, they will have the ability to determine the scope of the confidentiality.

The scope of confidentiality also covers private sessions (shuttle diplomacy) that take place in the absence of the other party²⁸. In the private session, the parties may be inclined to convey to mediators all the matters that they refrain from expressing in front of the other party. Nonetheless, in these meetings, mediators are prohibited from passing the information on to the other side unless there is explicit consent. This is because, for example, suppose a mediator has notified an employer about the financial difficulties of an employee. The employer may want to take advantage of the employee's situation and insist on offering less than they deserve.

Confidentiality can be divided into two parts: the prohibition of disclosure of information to anybody (person-oriented protection); and the prohibition of the use of acknowledgements and statements in following court processes (document-oriented protection²⁹). On this basis, whereas Article 4 of LoMCD mainly refers to person-oriented protection Article 5 of LoMCD mainly refers to document-oriented protection. Furthermore, Article 4(2) of LoMCD, as amended by Article 18 of the Labour Courts Law (LCL) No. 7036, expands the scope of person-oriented protection by stating that in addition to the parties and their legal representatives, other persons participating in the mediation meeting such as intern lawyers are mandated to keep the acknowledgements, statements and documents submitted or obtained confidential³⁰. In case of breaching the confidentiality by an employee or intern of the lawyer, the lawyer will be liable for the breach of confidentiality³¹.

Nonetheless, the LoMCD may need some amendments because the Turkish system has been transformed from facilitative mediation to evaluative mediation with the enactment of the LCL by allowing mediators to raise a resolution proposal where parties are unable to reach an agreement. It is clear that Article 4 of LoMCD provides protection for parties' offers and parties' responses to the offers but it does not specifically mention offers being put forward by the medi-

²⁷ Hakan Pekcanitez, Hülya Korkmaz, Muhammed Özekes, Mine Akkan, *Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku* (On iki Levha Publishing, 2017) 783.

²⁸ Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, 116. İrfan Atış, "Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi" *Sakarya İktisat Dergisi*, 8(1), 2019: 82. Doğan Gedik, "Arabuluculukta Gizliliğin İhlali Sucu" *Terazi Hukuk Dergisi* 13(148) (2018): 99

²⁹ Fahrettin Korkmaz, Emre Kiyak, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyumazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi" *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4, (2018): 39. Gedik, "Arabuluculukta Gizliliğin İhlali Sucu" 100.

³⁰ Labour Courts Law, No.7036, Article 18. Official Gazette: 25.10.2017. No: 30221.

³¹ Erginer, "Arabuluculuk ve Gizlilik", 85.

ator. Therefore, the scope of document-oriented protection should have involved offers being put forward by the mediator as well. Hence, the LoMCD should be amended in accordance with the amendments of the LCL.

Additionally, since all information and documents that the mediator possesses have been privileged by the LoMCD, mediators and parties' legal representations are entitled to avoid providing testimony in some cases. In this regard, there are three provisions on which Turkish mediators can rely. Firstly, Article 7 (1) of the Regulation on LoMCD states that mediators cannot be invited by courts for testimony³². In this regard, it should be noted that confidentiality might be a potential cloak for the mediator's misconduct³³. Secondly, Article 249 of the Civil Procedural Act (CPA) states that individuals who have referred to testimony about information protected by the law can abstain from testimony on the basis of person-oriented protection³⁴. Finally, Article 250(b) of CPA regulates the right to withdraw from the testimony if the witness's statement causes a criminal investigation for mediators. In this context, Article 33 of LoMCD states that any person, who causes harm to a person's legally protected interests by acting against the rules of confidentiality, can be punished by imprisonment for up to six months.

It is clear that the circumstances expressed above are protected under the cloak of confidentiality and a judge cannot rely on them in the following judicial process³⁵. Nonetheless, the extent to which the content of mediation proceedings can be disclosed needs to be addressed. This report may involve statements made during mediation. For instance, if an employee accepts in mediation proceedings that they worked three hours overtime two days of the week, and the report says they are paid for this, would such a statement be considered by a judge while deciding? In this context, it is not true to state that all the facts revealed during the ADR meetings can be buried in a coffin³⁶. Some written or oral information shared can be partly disclosed. That is, confidentiality is not absolute, and it can be removed.

Two circumstances might be exceptions to confidentiality. Firstly, Article 4 of the LoMCD states that *unless otherwise agreed*, the parties are obliged to keep confidential the information documents and other records submitted or obtained in any other way throughout the mediation process³⁷. It highlights that the consent of both parties is required so that confidentiality can be circumvented. On

³² Regulations on LoMCD, Official Gazette: 02.06.2018, No: 30439

³³ Mustafa Erdem Atlıhan, "A New Suggestion on The American Experience of the Limit of Mediation Confidentiality" *Law & Justice Review* 12(23) (2022): 47.

³⁴ Civil Procedural Law, No. 6100, Official Gazette: 4.2.2011. No: 27836.

³⁵ Centel, *Labour Dispute Resolution in Turkey*, 125.

³⁶ Atış, "Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi", 83

³⁷ Law on Mediation in Civil Disputes, No. 6325, Article 4.

this issue, where the parties have made sufficient progress in communication and where confidentiality is not needed to protect personal and trade secrets, waiving confidentiality can be offered by the mediators³⁸. Secondly, according to Article 7 (5) of the Regulation on LoMCD, if the parties could hold or obtain evidence without the disclosure of evidence in mediation meetings, the admissibility of the evidence would not be affected. For instance, an employment contract or payslip submitted for mediation will not become inadmissible in courts or arbitrations just because it was alleged in the mediation.

On this issue, Murat Atali states that one of the primary purposes of mediation is to end disputes without delays and admissions made for this purpose should not have any evidentiary value in future litigation proceedings³⁹. This is because the admission aims to establish a sincere and realistic negotiation environment. Otherwise, mediation would become a platform enabling disputants to produce evidence for subsequent court proceedings⁴⁰. The parties' expectation from confidentiality is to avoid any negative consequences in the future or, at the very least, not to end up in a worse situation compared to their pre-mediation status⁴¹. Therefore, the present author thinks that the scope of confidentiality should be understood as information that the other party would not have learned if the mediation was not used. In other words, if the parties have the opportunity to present evidence in court, regardless of whether it was included in the mediation process, it will be admissible in court. Otherwise, the labour law jurisdiction will be blocked by people abusing confidentiality rules⁴².

B. CONFIDENTIALITY IN THE UNITED KINGDOM

Early Conciliation⁴³ is the main form for resolving individual employment disputes in the UK and this forum is conducted by a non-governmental agency whose name is ACAS. To provide a better understanding of confidentiality in Conciliation, it is necessary to distinguish between confidentiality and 'without prejudice privileges (WPP)'. Confidentiality refers to the prohibition of disclosure of any information about employees, employers or trade union officials⁴⁴. The WPP is a common law principle which prevents statements made in ADR meetings, whether written or oral, from being used as evidence in Employment

³⁸ Ihsan Berkhan, *Dava Sarti Arabuluculuk* (Aristo Publishing 2019) 37.

³⁹ Murat Atali, editör, *Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar in Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (Yıldırım Bayezid Üniversitesi Yayınları, 6-7 December 2018), 152.

⁴⁰ Fatih Usan, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (Yıldırım Bayezid Üniversitesi Yayınları, 2018) 165.

⁴¹ Omer Ekmekci, Muhammet Ozekes, Murat Atali, Vural Seven, *Hukuk Uyumsuzluklarında Arabuluculuk* (Oniki Levha Yayıncılık 2019) 33.

⁴² Ozge Yakici, *Bireysel İş Hukukunda Bireysel Arabuluculuk* (Yetkin Publishing 2019) 48.

⁴³ This might be considered a functional equivalent of mediation in Turkey.

⁴⁴ Trade Union Labour Relations Consolidation Act, (1992), section 251b (1).

Tribunals (ETs) or court⁴⁵. The underlying motive for WPP is to encourage the parties to resolve their disputes knowing that their communications will not be used against them while pursuing the litigation process⁴⁶. In the context of this study, because the scope of confidentiality also covers WPP in many scholarly materials, the term ‘confidentiality (WPP)’ will be used.

In the UK, the confidentiality (WPP) of ADR processes may arise from contractual agreements and specific legislative provisions. Firstly, it sometimes can be based on non-disclosure agreements (NDAs). NDAs, known as confidentiality clauses, are agreements that ‘restrict what a person or organisation can say, or who they can tell, about something⁴⁷.’ They might emerge in several ways, such as in an employment contract, or COT3 agreements, which are the agreements signed at the end of conciliation meetings⁴⁸. Parties can determine the scope of confidentiality via NDAs in COT3 agreements under the contract law principles because these settlements are legally binding contracts between parties to settle actual or potential disputes. In practice, parties’ professional advisors or parties’ immediate family members are commonly excluded from confidentiality⁴⁹.

When it comes to the legislative provisions, there are various legislative provisions on confidentiality in UK Law. Firstly, section 251B(1) of the Trade Union Labour Relations Consolidation Act (TULRCA) 1992 prohibits ACAS from disclosing any information related to employees, employers and their representatives⁵⁰. It proposes to ensure that the information held by ACAS in the course of performing its duties, including ADR methods, is properly protected⁵¹.

Secondly, the Employment Tribunal Act 1996 stipulates that ‘anything communicated to a conciliator in connection with the performance of his functions under this section shall not be admissible in evidence in any proceedings before ETs, except with the consent of the person who communicated it to that officer⁵².’ For example, In *Hughes-Maher and Co v Cowley*, the Employment Appeal

⁴⁵ ACAS, *Guidance on Settlement Agreements* (December 2018) 18.

⁴⁶ Klaus Hopt, Felix Steffex, editor, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford University Press, 2013), 400.

⁴⁷ ACAS, “Guidance on Non-Disclosure Agreement” (February 2020), 4-6, Access Date: Ocak 12, 2024, https://archive.acas.org.uk/media/6367/Non-disclosure-agreements/pdf/Non_disclosure_agreements_February_2020.pdf.

⁴⁸ ACAS, “Guidance on Non-Disclosure Agreement” (February 2020), 4-6, Access Date: Ocak 12, 2024, https://archive.acas.org.uk/media/6367/Non-disclosure-agreements/pdf/Non_disclosure_agreements_February_2020.pdf.

⁴⁹ Anthony Korn, Mohinderpal Sethi, *Employment Tribunal Remedies* (4th edn, Oxford University Press, 2011), 409.

⁵⁰ Trade Union Labour Relations Consolidation Act, (1992), section 251b (1).

⁵¹ *Advisory, Conciliation and Arbitration Service v Woods* [2020] EWHC 2228 (QB); [2020] I.C.R. 1581; [2020] 8 WLUK 97, para 21.

⁵² Employment Tribunal Acts (1996), section 18(7).

Tribunal made clear that the ETs should not have access to any evidence from conciliation about the parties' effort to promote settlement; otherwise, this might undermine the parties' confidence in conciliation⁵³.

Moreover, in *Freer v Glover*, respondent solicitors sent a letter to the ACAS conciliator stating that the claimant's claim was not genuine and was in bad faith⁵⁴. Against this, the claimant brought a claim contending that the respondent's solicitor's statements were defamatory. Nevertheless, the High Court decided that the letter was protected by confidentiality (WPP⁵⁵).

ADR methods are confidential forums encouraging frankness and pragmatism without fear that the words might be used against the parties later. However, their confidential nature is not absolute⁵⁶. This section will examine the exceptions to confidentiality on several bases. Firstly, section 251(B)(2) of TULRCA has some exceptions to confidentiality: (i) the disclosure of information aims to enable or assist ACAS, the ACAS conciliator, or arbitrator to conduct their duty (ii) there is consent for the disclosure (iii) the information is disclosed for a criminal investigation or complying with the court order⁵⁷.

Firstly, the recent decision in *ACAS v Woods*⁵⁸ is the first case adjudicated under section 251(B) of TULR(C)A since 2013 when it was introduced⁵⁹. In this case, Woods was dismissed by ACAS because of an allegation of personal misconduct in certain conciliation meetings. Then, Woods brought an unfair dismissal claim to an ET. Before the ET proceedings, ACAS was concerned about whether the details of the conciliations conducted by Woods could be disclosed and thus, applied to the High Court. Against this, Woods relied on the confidentiality (WPP) of the documents. The High Court assumed that the UK Parliament did not have such an unusual case in mind when confidentiality was introduced and granted an order permitting ACAS to disclose the details of conciliation⁶⁰. The Court also recommended taking necessary precautions to ensure that the material presented or referred to in the ET is strictly confined to relevant issues⁶¹. This case underscores two important

⁵³ *Hughes-Maher & Co v Cowley & Anor* [1991] UKEAT 472_90_1111 (11 November 1991).

⁵⁴ *Leo Freer v Susan Glover* [2005] EWHC 3341 (QB), para 11.

⁵⁵ *Leo Freer v Susan Glover* [2005] EWHC 3341 (QB), para 11.

⁵⁶ Klaus Hopt, Felix Steffex, editor, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford University Press 2013) 399.

⁵⁷ Trade Union Labour Relations Consolidation Act, (1992), section 251b (2).

⁵⁸ *Advisory, Conciliation and Arbitration Service v Woods* [2020] EWHC 2228 (QB); [2020] I.C.R. 1581; [2020] 8 WLUK 97, para 97.

⁵⁹ IDS "Acas Permitted to Disclose Confidential Information in Unfair Dismissal Claim" IDS Employment Law Brief (2020): 21.

⁶⁰ *Advisory, Conciliation and Arbitration Service v Woods* [2020] EWHC 2228 (QB); [2020] I.C.R. 1581; [2020] 8 WLUK 97, para 67 and 82.

⁶¹ *Advisory, Conciliation and Arbitration Service v Woods* [2020] EWHC 2228 (QB); [2020] I.C.R. 1581; [2020] 8 WLUK 97, para 76.

legal principles. First, it provides evidence that confidentiality is not an absolute principle. Secondly, it is essential to carefully delineate the limits of disclosure.

Secondly, according to ACAS guidelines about settlement agreements, there must be no ‘unambiguous impropriety’ for settlement discussions to be protected under confidentiality⁶². Unambiguous impropriety might include several circumstances such as blackmail, fraud, physical violence, threats, intimidation and so on⁶³. It is the most common exception to confidentiality (WPP) in employment disputes⁶⁴. This is regulated by section 101A of the Employment Rights Act 1996, which is about the confidentiality of negotiations before termination of employment. For example, in *BNP Paribas v Mezzotero*⁶⁵, an employee was invited to a meeting by her employer during her maternity leave to inform her that her job was no longer available and that it would be best if her contract was terminated but she was also told that the matter would be a redundancy rather than a termination and was offered a settlement package. The EAT did not engage in confidentiality (WPP) since there was no dispute at the time. However, the judge asserted that if the privileges were engaged, the conduct of BNP would have fallen within the meaning of ‘unambiguous impropriety’ and thus, protection would not be provided⁶⁶. In this case, ‘unambiguous impropriety’ did not happen in an EC. However, if the will of the parties is sapped by dishonest and unprofessional behaviour in EC, confidentiality (WPP) would not protect ADR proceedings.

Additionally, the scope of unambiguous impropriety should include vitiating factors such as misrepresentation, duress and undue influence, making employees feel pressurised to settle. In the *Farm Assist* case, although the confidential nature of ADR processes was reaffirmed, the High Court upheld a witness summons requiring the neutral third-party to provide evidence to understand whether the settlement agreement was produced as a consequence of duress. The decision to uphold the summons was made ‘in the interest of justice’ as an exception to confidentiality⁶⁷. In this case, the Court handed down that confidentiality (WPP) exists between the parties and is not a privilege of the neutral third-parties⁶⁸. Hence, they should be involved in the resolution process where both parties waive it. The mediator should not abstain from being a witness unless they have the right to withdraw from the testimony arising from procedural law.

⁶² ACAS, *Guidance on Settlement Agreements* (December 2018) 19.

⁶³ ACAS, *Guidance on Settlement Agreements* 19.

⁶⁴ IDS, *Employment Tribunal Practice and Procedure* (Thomson Reuters 2018) 971.

⁶⁵ *BNP Paribas v Mezzotero* [2004] UKEAT 0218_04_3003, [2004] IRLR, para 508.

⁶⁶ *BNP Paribas v Mezzotero* [2004] UKEAT 0218_04_3003, [2004] IRLR, para 38.

⁶⁷ *Farm Assist Ltd (In Liquidation) v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs* [2009] EWHC 1102 (TCC), para 43-44.

⁶⁸ *Farm Assist Ltd (In Liquidation) v Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs* [2009] EWHC 1102 (TCC), para 44.

This decision can be criticised because where a court or tribunal upholds a witness summons for neutral third-parties, their functions shift from being a facilitator helping parties to settle to a lawyer advocating one side of the dispute. Nonetheless, in the realm of employment disputes, this decision might be of great importance because, as mentioned above, where there is a loss in employment rights as a result of vitiating factors, the ‘interests of justice’ might be a legal ground for removing confidentiality (WPP).

The third exception arises if communications and documents issued do not aim to resolve disputes. In other words, statements other than sacrifices and admissions, which are not considered a ‘genuine attempt’ to settle, might be another exception to confidentiality⁶⁹. In the *Rush* case, the House of Lords clarified that confidentiality (WPP) relies on the consideration of whether the particular statements were given as a ‘genuine attempt’ to settle⁷⁰. Lord Griffith clearly stated that where parties were explicitly making statements in a genuine attempt to settle, the communication would be protected⁷¹. In doing so, the House of Lords encouraged the parties to use ADR methods by protecting the admissions and sacrifices of parties.

Therefore, if an action cannot be categorised as a ‘genuine attempt’ to settle or if it is based on documentary evidence, such as employment contracts, payslips etc., confidentiality (WPP) would not be enjoyed and exceptions to confidentiality (WPP) would be created. Thus, it can be said that oral statements, regardless of whether they are put in writing, are generally protected⁷².

Finally, in 2020, in *Duchy Farm Kennels Limited v Graham William Steels*, the High Court ruled on what happens if a confidentiality clause in a COT3 agreement is breached⁷³. In this case, the employee brought a claim against his previous employer. The dispute was resolved by ACAS conciliation and the parties signed a COT3 agreement requiring the employer to pay £15,500 in instalments. After paying £2,960, the employer stopped paying the remaining instalments⁷⁴. Then, the employee issued a proceeding for execution in the County Court under section 19A of the ETA, in respect of the obligation to pay the sums due under the COT3 agreement. Against this, the employer claimed that the employee breached the confidentiality clause in the agreement by disclosing the amount of the settlement to his former colleagues⁷⁵. The Court examined whether the confidentiality

⁶⁹ ACAS, *Guidance on Settlement Agreements*, 19.

⁷⁰ *Rush and Tompkins Ltd v Greater London Council* [1989] UKHL 7 [1988] 3 All ER 737, [1989] AC 1280, para 3-4.

⁷¹ *Rush and Tompkins Ltd v Greater London Council* [1989] UKHL 7 [1988] 3 All ER 737, [1989] AC 1280, para 4.

⁷² IDS, *Employment Tribunal*, 220.

⁷³ *Duchy Farm Kennels Limited v Graham William Steels* [2020] EWHC 1208 (QB), para 4.

⁷⁴ *Duchy Farm Kennels Limited v Graham William Steels* [2020] EWHC 1208 (QB), para 8.

⁷⁵ *Duchy Farm Kennels Limited v Graham William Steels* [2020] EWHC 1208 (QB), para 15.

clause is a condition of the agreement or only a warranty. If it is a condition, the aggrieved party can terminate the contract. If it is a warranty, which is less important than a condition, it does not generally cause a breach of contract but rather requires payment of compensation. The Court stated that the confidentiality clause is not a condition of the contract and not a core element of the COT3 agreement. Therefore, despite the breach, the employer still had to continue to pay the remaining instalments⁷⁶. This case illustrates that the court did not allow confidentiality to interfere with access to justice by decreasing the predominant role of confidentiality in ADR methods.

II. REPRESENTATION

The involvement of a legal representative in ADR processes clarifies the parties' perceptions towards the dispute and helps disputants better prepare for meetings⁷⁷. Moreover, it might help a neutral third-party to expedite the resolution process by moderating the more extreme demands of their clients. Furthermore, their involvement might lend an air of dignity and make disputants respectful to resolution proceedings in their eyes. Their presence might increase the understanding that ADR processes are justly managed under the legal parameters of the case⁷⁸.

In contrast, it is claimed that lawyers are 'likely to become a dysfunctional element in the mediation process, not only jealous of its intrusion into their domain of competence but also unable to adapt professionally to a situation of controlled and defused, rather than polarised and contentious, conflict⁷⁹.' Their participation may also undermine personal empowerment, which is regarded as one of the values of ADR methods. Furthermore, according to empirical research, since their involvement formalises the process, the resolution process would take longer than for those without representation⁸⁰.

Where a marked power disparity exists, as in employment disputes, when neutral third-parties do not take the necessary steps to alleviate any power disparity, the resolution forum might be unable to provide access to justice. This is because a settlement 'reached for example, under one party's cloak of ignorance as to the legal dimensions of their case or in circumstances in which a party has no real option but to acquiesce to the demands of the other, may leave a bad taste in the mouth⁸¹.' Therefore, legal representatives may raise issues on access to

⁷⁶ *Duchy Farm Kennels Limited v Graham William Steels* [2020] EWHC 1208 (QB), para 68.

⁷⁷ Roselle Wissler, "Representation in Mediation: What We Know from Empirical Research" *Fordham Urban Law Journal*, 37, (2010): 431.

⁷⁸ Bryan Clark, *Lawyers and Mediation* (Springer, 2012), 155.

⁷⁹ Clark, *Lawyers and Mediation*, 106.

⁸⁰ Lisa Bingham, Kiwhan Kim, Susan Raines, "Exploring the Role of Representation in Employment Mediation at the USPS" *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, 17, (2002): 375.

⁸¹ Clark, *Lawyers and Mediation*, 156.

justice in ADR proceedings by tendering legal advice and information to protect the weaker party against another party's unfair bargaining advantages⁸². In doing so, the presence of legal representatives may help eliminate the imbalance⁸³. On this basis, this section will examine the representation of parties in the processes of ADR in employment disputes in Turkey and the UK.

A. REPRESENTATION IN TURKEY

Employees or employers can, as a rule, personally apply and carry out the mediation process in Turkey. Participation in the process in person and acting cooperatively may facilitate reaching a solution since they might be more knowledgeable about their conflicts compared to lawyers⁸⁴. However, if there are psychological obstacles in reconciling the parties, or the parties are in different places, the involvement of legal representatives might be necessary. Even if the parties do not have such reasons, they can participate in the ADR meetings with their lawyers⁸⁵. Furthermore, their involvement would help strengthen the position of the weaker party by investigating the potential interests of both parties and by finding a mutual solution⁸⁶. Nevertheless, according to Article 74 of CPA, there is a need for special authorisation of lawyers in the warrant of the lawyer to represent the disputants and to settle on their behalf in ADR proceedings.

An employee authorised by their employer with 'a written document' can also represent the employer in the mediation and reach an agreement on their behalf under Article 3(18) of LCL. In Turkey, accountants are commonly employees in companies. Hence, the provisions aim to let accountants join mediation meetings on behalf of their employers. It might be seen as an opportunity for those employers who employ a large number of employees to participate in more than one mediation meeting at the same time and to prevent the disruption of business activities. Nonetheless, this argument is not very strong since disputants and mediators can determine the most suitable date and time for all parties as an advantage of ADR methods.

The special authorisation of the lawyer and the written document authorised by the employers are the validity conditions for representation. Where there is a lack of these conditions, the mediator can give a certain amount of time to stakeholders to fulfil them⁸⁷. While giving time, the mediator must always bear in mind the four-week maximum time-limit for concluding the mediation process. In this

⁸² Wissler, "Representation in Mediation: What We Know from Empirical Research", 436.

⁸³ Clark, *Lawyers and Mediation*, 115.

⁸⁴ Mustafa Cicek, *Is Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk* (Seckin Publishing, 2018), 117.

⁸⁵ Cicek, *Is Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, 117.

⁸⁶ Ermenek, *Arabuluculuk Surecinde Zayifin Korunmasi*, 171.

⁸⁷ Tugcem Sahin, Yasin Celik, Ahmet Cemal Ruhi, *Is Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi* (2nd edn, Seckin Publishing 2018), 39-40.

regard, it should be highlighted that as a rule, the mediation process is limited to 3 weeks, but it can be extended by one week in cases of necessity in extenuating circumstances. Nevertheless, the fact that while the lawyer is specially authorised by the notary, an employee can represent the employer with just a written document is not sensible and thus, the special authorisation requirement for a lawyer to represent and reach an agreement on the parties' behalf should be removed.

Besides, according to Article 26(2) of the Trade Union and Collective Bargaining Agreement Act, a representative of the employee's union can represent their members if a member employee makes a written application to the union⁸⁸. In other words, unions can apply to mediation, participate in ADR meetings and sign conclusion agreements on behalf of employees. Employers are 'repeat players' of employment relationships⁸⁹. Being repeat players refers to being more knowledgeable about ADR proceedings and their potential outcomes since while employers may have numerous employees, employees normally only have a few employers. Therefore, trade unions can have a more active role in the resolution of disputes by providing legal representation and advice to reduce the information power imbalance from which employees suffer.

Turkey does not have a free advice provider or *pro bono* on employment rights matters. However, Turkey has a legal aid opportunity for employees who are suffering from economic difficulties⁹⁰. This opportunity is not confined to employment disputes, and it is considered a very positive development in accessing justice⁹¹. To benefit from legal aid, Article 334 of the CPA stipulates two criteria: impecuniousness and legitimacy. Impecuniousness refers to the cost incurred due to employment disputes causing severe difficulties to afford the daily expenses of the employee (or former employee) and their family⁹². In contrast, legitimacy refers to evidence to show that, at first glance, there is a greater probability of winning the case than losing it⁹³. These conditions are considered by a judge in the first instance Civil Court of Peace (CoP) (*sulh hukuk mahkemesi*) as stated by Article 13(3) of CoMCD. However, legal aid in Turkey only covers the cost of the mediator, not the cost of representation. Hence, the strengthening of legal aid in employment mediation is recommended to include the cost of representation to enhance access to justice.

⁸⁸ Act of Unions and Collective Labour Agreement, Act No: 6356, Official Gazette: 7.11.2012 No: 28460.

⁸⁹ J. Eigen, D. Sherwyn, "Deferring for Justice: How Administrative Agencies Can Solve the Employment Dispute Quagmire by Endorsing an Improved Arbitration System" *Cornell Journal of Law and Public Policy* 26, (2016): 270.

⁹⁰ Yakici, *Bireysel Is Hukukunda Bireysel Arabuluculuk*, 61.

⁹¹ Cicek, *Is Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, 51.

⁹² Cicek, *Is Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, 52.

⁹³ Cicek, *Is Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, 52

Moreover, it is forbidden to make free lawyer contracts in Turkey. Parties have to set a fee that is above the lawyer fee tariff. In other words, a minimum fee in the tariff should be determined even in case of failure⁹⁴. Nevertheless, in addition to the minimum fee, the parties can incur a fee on a success basis, but this fee should not exceed 25% of the award⁹⁵. Therefore, not only because there will be no successful party at the end of the mediation but also because there is an obligation to set a fee in agreements, the economically weak employees cannot sign award-based representation agreements in ADR methods.

Where mandatory mediation is in force in Turkey, necessary measures should be taken to protect employees and enhance access to justice. On this basis, it might be recommended that an obligation for both parties to be represented by a lawyer should be introduced. However, this might pose a dilemma. On the one hand, where there is no obligation, this might cause a loss of employment rights due to the information power imbalance. On the other hand, this would go against 'a right to access to court', because it would mean that an employee, unable to afford the representation fee, will not be able to bring a case to the employment court where mediation is regulated as a pre-condition to bring a claim.

Therefore, the state should allocate more funds for legal representatives to be involved in legal aid. In addition, *pro bono* representation should be encouraged as a government policy. On this issue, intern lawyers⁹⁶ (*stajyer avukat*) should take training on mediation and have a role in redressing the information power imbalance of employees as a part of the internship programme by *pro bono* working.

B. REPRESENTATION IN THE UNITED KINGDOM

In conciliation, parties can be represented by a lawyer or by anyone such as a friend, relative, union official or any experienced person and these representatives can be withdrawn by parties at any time during the resolution processes⁹⁷. The responsibilities of these representatives are understanding what the represented person wants to get from conciliation and importantly agreeing on a settlement on their behalf⁹⁸.

Where a representative has been appointed and their details are provided in the EC application form by disputants, ACAS would assist that representative⁹⁹.

⁹⁴ Metin Polat, "Avukatlık Ücret Anlaşmalarına İlişkin Bazı Yasaklar" Access date: March 15, 2024; <https://www.hukukihaber.net/avukatlik-ucret-anlasmalarina-iliskin-bazi-yasaklar>

⁹⁵ Attorneyship Act, No. 1136, Article 164. Official Gazette: 07.04.1969. No: 13168.

⁹⁶ To become a lawyer in Turkey, it is necessary to successfully complete a 1-year lawyer internship programme.

⁹⁷ ACAS, "Using a Representative" Access date: February 2, 2024, <https://www.acas.org.uk/early-conciliation/using-a-representative>.

⁹⁸ ACAS, "Representing Someone" Access date: February 2, 2024, <https://www.acas.org.uk/early-conciliation/representing-someone>.

⁹⁹ IDS, *Employment Tribunal*, 223.

So that the COT3 agreement made by the representatives can be binding on the party, it is sufficient for a representative to have ‘ostensible authority’ meaning that it assumes the authority of signing the agreement on behalf of the disputant from the perspectives of the other party¹⁰⁰. For example, in *Freeman v Sovereign Chicken Ltd*, a COT3 agreement was signed by the adviser of the Citizens Advice Bureau (CAB¹⁰¹) on behalf of the disputant¹⁰². The Employment Appeal Tribunal held that where a barrister, solicitor, or even a CAB adviser is involved, ‘the likelihood of disproving ostensible authority is slim’ because unless *otherwise notified*, the other party is entitled to assume that the advisor has authority to settle¹⁰³. However, it was also recommended that the disputant should see and approve the proposed settlement agreement¹⁰⁴.

There are several types of representation in the UK’s employment dispute resolution system. Firstly, because of their high cost, absence of legal aid and cost orders in ETs, barristers generally represent high-worth employers, and their presence is far more common in employment cases brought to civil courts where the losing party pays the cost of litigation including the representative fees¹⁰⁵. They also participate in settlement meetings carried out by ACAS on behalf of their clients¹⁰⁶.

Secondly, solicitors emerge in the assessment and preparation of mid-value claims. They are less expensive and hence may be more preferred compared to barristers. Like barristers, solicitors can take part in ADR meetings with ACAS on behalf of parties¹⁰⁷. An ACAS study in 2016 demonstrated that only 24% of claimants were represented in EC and 46% of these representatives were solicitors, barristers or another kind of lawyer¹⁰⁸. The figures were more positive in post-claim conciliation. 78% of claimants were represented by legal representatives in post-claim conciliation and solicitors, barristers and other kinds of lawyers consisted of 62% of these representatives¹⁰⁹.

ACAS’s qualitative research gives insights into the practices of employment solicitors in the UK. It asserts that employees ‘were often disappointed and frustrated to

¹⁰⁰ IDS, *Employment Tribunal*, 223.

¹⁰¹ These are the local authorities helping weaker parties to bring a claim and to follow legal procedures.

¹⁰² *Freeman v Sovereign Chicken Ltd* [1991] UKEAT 514_89_2707.

¹⁰³ *Freeman v Sovereign Chicken Ltd* [1991] UKEAT 514_89_2707.

¹⁰⁴ *Freeman v Sovereign Chicken Ltd* [1991] UKEAT 514_89_2707.

¹⁰⁵ Minawa Ebisui, Sean Cooney, Colin Fenwick, editor, *Resolving Individual Labour Disputes: A Comparative Overview* (ILO 2016) 283.

¹⁰⁶ Ebisui, Cooney, Fenwick, *Resolving Individual Labour Disputes*, 283.

¹⁰⁷ Ebisui, Cooney, Fenwick, *Resolving Individual Labour Disputes*, 283.

¹⁰⁸ Matthew Downer, *Evaluation of Acas conciliation in Employment Tribunal Applications* (ACAS Research, 2016), 6.

¹⁰⁹ Downer, *Evaluation of Acas conciliation in Employment Tribunal Applications* (ACAS Research, 2016), 4-5.

find that they could not afford solicitor's fees and that the organisations that offered advice could not actually represent them at the tribunal¹¹⁰. Hence, some employees who had paid for the initial consultation did not want to proceed when they realised that the fees were not affordable¹¹¹. When the absence of legal aid for representation is taken into consideration, employees feel disadvantaged because of their lack of legal knowledge and confidence. On this issue, according to research published in 2007, some employers found that solicitors' fees were costly but employers were still more able to make the risk assessment compared to employees about whether the cost of litigation involving representation fees weighed against the cost of ADR¹¹².

However, 'no win no fee' agreements, in other words, damage-based contingency fee agreements (DCFAs), have existed for many years not only because there is no 'loser-pays' cost rule in ETs but also because the fee can be damage-based meaning that the fees of representatives can be calculated as a percentage of damages¹¹³. These agreements might help enhance access to justice for the resolution of employment disputes via ADR methods by redressing the information power imbalance. In this context, a study shows that it is probable that DCFAs might make a modest contribution to access to justice where parties would otherwise not be able to afford it¹¹⁴. The study also found that DCFAs may encourage early settlement of disputes without tribunal hearings¹¹⁵.

Therefore, they might have a supporting role for employees who are unable to afford the fees of legal representatives and who seek a settlement via ADR methods. Nevertheless, it should be noted that DCFAs have some inherent drawbacks such as they might increase the number of weak claims in ETs, causing excessive caseload. Additionally, it is controversial whether DCFAs lead to inappropriate settlement agreements due to the pressure from a representative to settle¹¹⁶.

Thirdly, for those who are unable to afford a solicitor or barrister or to make DCFAs, the Citizens Advice Bureaux (CAB) provides advice on legal issues including employment disputes. The CAB, a registered charity, provides free, confidential, impartial advice to both employers and employees and is the largest advice-giving agency in the world¹¹⁷. The importance of the CAB in redressing

¹¹⁰ Maria Hudson, *Race Discrimination Claims: Unrepresented Claimants' and Employers' views on Acas' Conciliation in Employment Tribunal Cases* (ACAS 2007) 52.

¹¹¹ Hudson, *Race Discrimination Claims*, 52.

¹¹² Hudson, *Race Discrimination Claims*, 51.

¹¹³ Richard Moorhead, Paul Fenn, Neil Rickman, *Scoping Project on No Win No Fee Agreements in England and Wales* (Ministry of Justice Research Series 17/09 December 2009) 7.

¹¹⁴ Moorhead, *Scoping Project on No Win No Fee Agreements*, 145.

¹¹⁵ Moorhead, *Scoping Project on No Win No Fee Agreements*, 37.

¹¹⁶ Moorhead, *Scoping Project on No Win No Fee Agreements*, 4.

¹¹⁷ Brian Abbott, "The Emergence of a New Industrial Relations Actor-the Role of the Citizens' Advice Bureaux?" *Industrial Relation Journal*, 29(4), (1998): 258.

the power imbalance in employment relations has increased with the decline in union membership and the growth of non-union sectors¹¹⁸.

Some CAB advisers are lawyers working *pro bono* in the evenings. They encourage clients to take ownership by giving legal information. This empowerment can be regarded as a way of educating clients and developing understanding so that employees can use information and experience to handle any similar problem not only for themselves but also for their colleagues¹¹⁹. This is because CAB advisors act as translators making the procedure and language of the employment dispute resolution system more understandable for employees¹²⁰. The CAB may also contact the employer on an employee's behalf, make recommendations on potential outcomes of legal proceedings and aid claimants to complete a claim form¹²¹.

Nevertheless, getting advice from the CAB may not always be easy since many applications for appointments are turned away due to excessive caseloads and underfunding¹²². Furthermore, the function and ability of CABs may vary geographically. Some branches may have a close relationship with a *pro bono* legal clinic and the CABs can seek representation for employees through these connections¹²³. Thus, while some might give special employment support, including representation in EC meetings and hearings in ETs, others may not¹²⁴.

Fourthly, the CAB may contact the Free Representation Unit (FRU) providing representation in social security and ETs via its volunteers, mainly legal professionals in the early stage of their career and law students, but the FRU only takes cases coming from registered referral agencies¹²⁵. These volunteers act like lawyers, preparing the case, advising the disputants and seeking a settlement. Where the FRU is unable to provide legal representation, the claimants would have to represent themselves¹²⁶.

Ultimately, for the member of a trade union, a union representative may help with the early evaluation of the dispute. Where a claim is brought to the ETs, the union can aid the employee in preparing the claim and funding legal assistance,

¹¹⁸ Abbott, "The Emergence of a New Industrial Relations Actor-the Role of the Citizens' Advice Bureaux?", 260-261.

¹¹⁹ Abbott, "The Emergence of a New Industrial Relations Actor-the Role of the Citizens' Advice Bureaux?", 262.

¹²⁰ Nicole Busby, Morag McDermot, "Workers, Marginalised Voices and the Employment Tribunal System: Some Preliminary Findings" *Industrial Law Journal*, 41(2), (2012), 181.

¹²¹ Ebisui, Cooney, Fenwick, editor, *Resolving Individual Labour Disputes*, 283.

¹²² Busby, "Workers, Marginalised Voices and the Employment Tribunal System", 171.

¹²³ Ebisui, Cooney, Fenwick, editor, *Resolving Individual Labour Disputes*, 284.

¹²⁴ Busby, "Workers, Marginalised Voices and the Employment Tribunal System", 173.

¹²⁵ Free Representation Unit, "Referring clients to FRU" access date: February 25, 2024, <https://www.thefru.org.uk/referral-agencies>.

¹²⁶ Abbott, "The Emergence of a New Industrial Relations Actor-the Role of the Citizens' Advice Bureaux?": 263.

but they are selective about the cases they will fund¹²⁷. While employees and employers generally engage with lawyers, when employment relations are terminated, union representatives are mainly involved in the internal disciplinary process, which might be considered in-house ADR methods, before termination.

III. EVIDENCE

Evidence is fundamental for ADR processes for understanding both sides of a dispute. It mainly refers to documentary evidence, witness statements and expert evidence. Documentary evidence can be defined as evidence of inspection afforded by documents such as employment contracts, pay rates, and company handbooks. A witness statement is a written document ‘signed by a person which contains the evidence which that person would be allowed to give orally¹²⁸’. Where there are highly technical, scientific or accounting disputes such as involving computer software or complex clinical negligence, the presence of expert evidence provides a better understanding of the case¹²⁹.

In the context of employment disputes, evidence has an important function in their resolution. To illustrate, employers, to pay less tax or insurance premiums for employees, may include a lesser amount of money in employment contracts than employees have gained. Hence, to determine the real wages, witness statements and expert evidence are needed to illustrate the amount of wages paid for employees working in the same job¹³⁰. Therefore, where complex cases are dealt with, expert evidence is routine and has a fundamental role in establishing a case¹³¹.

However, ADR methods might have some disadvantages compared to litigation because there might be a need to provide statistical or documentary evidence, but the employee may be unable to access it. The termination of an employment contract with a claim of a decrease in an employee’s performance may be an example of the need for statistical evidence. In this case, the employee may be concerned because most proof, such as files, personnel records, or witnesses, who are often co-workers, are under the control of the employer, and limited pre-case discovery procedures in ADR might constitute a barrier for the weaker party to gain these materials¹³². In this context, this section will investigate the role of evidence in ADR in employment disputes in Turkey and the UK.

¹²⁷ Ebisui, Cooney, Fenwick, editor, *Resolving Individual Labour Disputes*, 284.

¹²⁸ Civil Procedural Rules (1996), sect 32.4(1).

¹²⁹ Karl Mackie, *The ADR Practice Guide Commercial Dispute Resolution*, (Butterworths 2000), 176-177.

¹³⁰ Ninth Section of Cassation Court, 7.12.2009, E.2008/11830, K.2009/33853.

¹³¹ IDS, *Employment Tribunal Practice and Procedure* (Thomson Reuters 2018) 958.

¹³² John Budd, Alexander Colvin, “Improved Metrics for Workplace Dispute Resolution Procedures: Efficiency, Equity, and Voice”, *Industrial Relations*, 47(3), (2008): 473.

A. EVIDENCE IN TURKEY

In the mediation process, the parties provide information in turn and the mediator proposes to help parties by asking questions to ensure the dispute is fully understood and their interests and desires are identified¹³³. In this context, Article 22 of the LCL states that an expert opinion which can contribute to the resolution of the dispute may be provided in ADR meetings. The purpose of this option is to moderate the demands of the other party. Before analysing this, in the Turkish context, while expert evidence (*bilirkisi*) refers to a legal person who is required by courts to give their opinion regarding cases where special and technical knowledge is required¹³⁴, expert opinion (*uzman gorusu*) means a scientific expert evaluation regarding the subject matter of the case applied by parties themselves, not courts¹³⁵. The law permits only expert opinions, but the legislation and regulation are silent about the presence of witnesses and expert evidence in ADR proceedings. On this issue, there are two conflicting opinions.

The first opinion advocates the prohibition of expert evidence, witnesses, and discoveries in mediation processes¹³⁶. In 2013, the Constitutional Court made a decision that supports this opinion. It held that it is not possible to consider that a mediator, who does not perform a judicial duty, has the exclusive jurisdiction of judges, involving examining witnesses, assessing expert evidence and making discoveries¹³⁷. These practices are named ‘actions that can be done only by judges’ because mediators do not have the power to force them in cases of non-compliance¹³⁸. Therefore, mediators are precluded from taking these actions because the mediator is the person who helps the parties resolve the dispute, not the one who makes the decision by assessing the evidence¹³⁹.

Secondly, Article 15(7) of the LCL imposes a duty on mediators to bring a resolution proposal when the parties are unable to find an appropriate resolution for their dispute. However, it is of vital importance to consider evidence such as witnesses and expert evidence for bringing an appropriate resolution proposal¹⁴⁰. Furthermore, such evidence would provide a better understanding of the conflicting circumstances in the eyes of the parties¹⁴¹. Therefore, other kinds of evidence should be involved in mediation processes.

¹³³ Berkhan, *Dava Sarti Arabuluculuk*, 47.

¹³⁴ Ramazan Aslan, Ejder Yilmaz, Sema Taspınar Ayvaz, Emel Hanagasi, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: 7edn, Yetkin Publishing, 2021) 478.

¹³⁵ Aslan, Yilmaz, Ayvaz, Hanagasi, *Medeni Usul Hukuku*, 492.

¹³⁶ Sahin, *Is Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi*, 45.

¹³⁷ Constitutional Court’s Decision of 2012/94 E, 2013/89 K 10/07/2013.

¹³⁸ Constitutional Court’s Decision of 2012/94 E, 2013/89 K 10/07/2013.

¹³⁹ Sahin, *Is Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi*, 45. Mustafa Serdar Ozbek, “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İnkeler Işığında Arabuluculuk” TBB, 215, (2012), 129.

¹⁴⁰ Özgür Oguz, *Türk Is Hukukunda Dava Sarti Olarak Arabuluculuk* (Legal Publishing 2019) 60.

¹⁴¹ Oguz, *Türk Is Hukukunda Dava Sarti Olarak Arabuluculuk*, 60.

There are good reasons to support the first argument. This is because including other types of evidence in the mediation might mean giving ADR methods a judicial character because there must be an assessment of the evidence provided. In addition, the LoMCD requires the mediation process to be ended within a maximum of four weeks. However, the involvement of experts lengthens the resolution process and naturally causes extra costs. Therefore, involving other evidence is neither applicable nor practical in Turkey unless extra time and funds are provided. Therefore, Article 15 allows only an expert opinion to be presented and consciously keeps its silence about other evidence. Thus, it should be recommended where the dispute heavily relies on witnesses or expert evidence, employment courts might be more appropriate resolution forums.

Nonetheless, it has been stated that expert evidence has a dominant role in resolving employment disputes because the judgements revolve around expert evidence, particularly in cases about compensation claims that occupy a large amount (around 65%) of the employment caseload in Turkey¹⁴². In these cases, it is necessary to take into account several elements such as compensation for unlawful termination, holiday pay, payment in lieu of notice, overtime pay and all these elements may necessitate expert evidence. The expert prepares a report about the calculation of the compensation by considering payrolls, the annual leave book, personal files, payment receipts, release receipts, inspection minutes and payroll records etc¹⁴³.

Because these documents are generally under the control of the employer, the employee may agree on a lesser amount of money in settlement than they deserve. On this issue, the importance of having legal representatives and advisors was highlighted above. In addition to this, it is recommended to establish an ‘accredited expert evidence institution’ exclusive to employment mediation. In doing so, the number of cases brought to courts would significantly decrease and the negative consequences of power disparity might be redressed in Turkey.

B. EVIDENCE IN THE UNITED KINGDOM

This section will examine the evidence in EC proceedings in the UK. Initially, it should be highlighted that no provisions or guidance regulating the use of evidence in conciliation proceedings has been found since it is largely conducted by conversations and thus, it might be quite difficult to put in writing exactly how evidence in the conciliation process works.

Primarily, it should be clarified that EC, in the UK context, is not a process that requires bringing lots of evidence and not a platform where conciliators say who is right or who is wrong. It is an ADR method creating an environment whe-

¹⁴² Argun Bozkurt, “İş Mahkemelerinde Bilirkişilik” Ankara Barosu Dergisi, 64 (7), (2009): 117.

¹⁴³ Bozkurt, “İş Mahkemelerinde Bilirkişilik” 119.

re disputants talk openly and in confidence about their differences in a respectful way. In ETs, any documents that are provided by the parties before the hearing to support their case can be labelled as evidence. However, in EC or the work of ACAS, they are not labelled as evidence. This is because EC is designed to create an environment in which the parties can speak without concern about their dispute and their feelings about the strengths and weaknesses of their cases to understand whether an ET is a better option to resolve the dispute. When documentary materials are assessed by conciliators, it tends to create an adversarial environment. However, this circumstance might be regarded as a disadvantage of EC. This is because, according to research, some claimants assume that ACAS conciliators would accept and assess the evidence provided by them to help build a stronger case. After realising that evidence is not assessed by the conciliators, the claimant might feel disappointed and believe that the dispute has not been handled in an appropriate manner¹⁴⁴.

Additionally, ACAS does neither require parties to submit documentary materials such as employment contracts, payslips etc., nor the exchange of documents before EC. However, a question arises about how to proceed with conversations in EC, which might lead to a legally binding resolution of the case, without considering the evidence. This question might be answered better by an example. For instance, an employee raises a claim because they believe that £50 has been deducted from their salary unlawfully. In contrast, the respondent asserts that they have a contract enabling the employer to deduct £50 lawfully. What the conciliator, who goes between parties, will do is first ask the claimant whether they have a copy of the contract. If yes, the conciliator recommends having a look at it. If no, then the conciliator would ask the respondent to send a copy of the employment contract to ACAS and highlight the relevant clause allowing the deduction. Then, with the permission of the respondent, the conciliator will share the contract with the claimants. After that, the conciliator would want to hear the parties' opinions about the exchange of documents that will affect the case. However, the conciliator would not be able to make evaluations about the documents exchanged.

Moreover, where the disputant states that they have evidence supporting their case, the conciliator would suggest not sharing it with ACAS. Instead, the conciliator would require the party to say what kind of evidence they have and how they feel that it backs up their case. Nonetheless, according to research on this issue, participants have stated that because of a lack of options to support their cases with evidence, claimants have doubts over the strengths of their case and this limitation is considered a barrier to submitting an EC notification¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Downer, *Evaluation of Acas Conciliation in Employment Tribunal Applications*, 83.

¹⁴⁵ Nilufer Rahim, *Acas Early Conciliation Decision-making: Exploring the Behaviours of Claimants*

Consequently, it can be said that there are two ways that evidence might have a role in the resolution of employment disputes. The first way is that ACAS can share the evidence with the permission of the relevant party. Secondly, the details of evidence can be shared through conversation. Then, the conciliator would be able to understand whether parties can resolve their disputes without getting involved in an ET. Nonetheless, where a weaker party is unable to access evidence, another disadvantage of EC emerges since conciliators lack the power to require documentary or witness evidence. In this regard, qualitative research shows that employers often attempt to undermine the EC proceedings by purposely withholding evidence¹⁴⁶.

CONCLUSION

This article has examined confidentiality, representation, and evidence in the employment ADR systems in the UK and Turkey. Confidentiality refers to a private settlement atmosphere. Nevertheless, it should not prevent taking necessary steps to evaluate whether the procedure is justly managed and the extent to which its users have been satisfied with the quality of services provided. The underlying reasons for this are that employment law is one of the areas where the State's efforts to ensure social justice can be observed best as it aims to protect employees against negative circumstances arising from their weak position and to balance the relations with the employer via imperative provisions.

Turkey's mediation and the UK's Conciliation provide a confidential environment for resolving employment disputes. The concepts of confidentiality are almost the same in both countries. Therefore, both countries satisfy this aspect of the criterion. Both the UK and Turkey allow disputants to waive confidentiality and have some exceptions to confidentiality. On this basis, statements, which are not admissions, sacrifices or a genuine attempt to resolve the dispute, are likely to constitute exceptions to confidentiality in both countries but while these are mainly created by case law in the UK, they are created by legislative instruments in Turkey. Besides these, unambiguous impropriety including vitiating factors tends to create exceptions according to the UK case law. Furthermore, the Turkish system stipulates an imprisonment sanction (up to six months) for breaching confidentiality. By contrast, the UK system divides confidentiality clauses into two parts, as conditions of the agreement or only a warranty. If it is a condition, the breach would give rights to the other party to terminate the contract. However, if it is a warranty, the agreement would be still binding but the party that breaches confidentiality would be liable for damages.

Nevertheless, neither country has an inspection mechanism, offering a grievance option for disputants. As a result, as stated above, confidentiality might be

Who Neither Settle Nor Proceed to an Employment Tribunal (ACAS, October 2017) 13.

¹⁴⁶ Rahim, *Acas Early Conciliation Decision-making*, 32.

a factor that prevents stakeholders from considering whether there are irregularities in ADR proceedings. On this issue, this article suggests two remedies for eliminating this drawback. Firstly, governments may introduce a role for third-parties, at least, to remind the parties of employment relations that they have a right to waive the confidentiality and inform them about the advantages and disadvantages of this waiving. This is because the problem stems from the fact that the parties are unlikely to know that they have such an option.

Against this argument, it can be asserted that if confidentiality is waived, employees and employers may not have any incentive to use ADR processes. However, both countries' ADR systems force disputants to initiate ADR methods. It means that while Turkey has a mandatory mediation system requiring disputants to apply mediation to go to litigation, the UK system requires an EC certificate for bringing a claim to ETs. Hence, there would not be a need for an incentive for disputants to use ADR.

This suggestion can be based on different grounds. The first ground is that both the comparison countries' legislation and international ADR instruments, such as the EU Mediation Directives (2008¹⁴⁷) and the UNCITRAL Mediation Law (2018¹⁴⁸), enable stakeholders to waive confidentiality. Furthermore, the Turkish Constitutional Court has highlighted that waiving might be an important element in preventing the stronger party from taking advantage of confidentiality because it would decrease the possibility of violating the imperative norms of employment law¹⁴⁹.

The second ground is based on the opinion that the importance of confidentiality in choosing and reaching an agreement in ADR processes may be overstated¹⁵⁰. The value of confidentiality is based on an assumption that people will reveal the information but there is a lack of evidence on this issue. This is because disputants are rarely aware of the implications of confidentiality provisions¹⁵¹. Therefore, confidentiality may not be regarded as an indispensable element of ADR.

The third ground is based on the idea that the scope of confidentiality must not be broader than necessary to protect the legitimate interest and should not affect the crucial societal interest that requires limited disclosure¹⁵². Therefore,

¹⁴⁷ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Article 7.

¹⁴⁸ United Nations Commission on International Trade Law on Mediation Model Law (2018), Article 10.

¹⁴⁹ Constitutional Court's Decision of E. 2012/94, K. 10/07/2013 K (Decision Date).

¹⁵⁰ Andrew Agapiou, Bryan Clark, "The Practical Significance of Confidentiality in Mediation" *Civil Justice Quarterly* 37(1), (2018), 79-80.

¹⁵¹ Brad Reich, "A Call for Intellectual Honesty: A Response to the Uniform Mediation Act's Privilege against Disclosure" *Journal of Dispute Resolution*, (2001), 217.

¹⁵² Peter Thompson, "Confidentiality, Competency and Confusion: The Uncertain Promise of the Mediation Privilege in Minnesota" *Hamline Journal of Public Law & Policy*, 18, (1996), 358.

when public interest as an overriding benefit justifies the disclosure, confidentiality can be removed. Hence, when the *sui generis* structure of employment law is considered, the public interest is highly likely to override the interest of confidentiality because, otherwise, there might be a gap between theory and practice, undermining the practical importance of employment law, particularly where mandatory mediation is employed.

Last but not least, as a second remedy, where confidentiality is not waived by parties, a *cooling-off* period that enables disputants to agree on a non-binding agreement that will legally become binding later might be important. This is because the *cooling-off* period would have the potential to decrease the drawbacks of confidentiality not only because it would give a chance to employees to be aware of the risks of relinquishing employment rights but also because it would decrease the possibility of signing an agreement under undue influence or economic duress of employees.

In regards to representation, it is required to provide legal aid for the cost of representatives to protect the employee as the less-informed party of the relationship. In this regard, in Turkey and the UK, disputants are allowed to be represented by a lawyer or a trade union in ADR meetings. However, in the UK, parties can be represented in an EC meeting by a friend or relative, unlike in Turkey. In Turkey, employers can be represented by an employee who is authorised by a written document. It should be emphasised that these options are not intended to redress power imbalance but to provide flexibility to employees and employers. Moreover, whereas in Turkey, legal representatives need a special authorisation to represent parties in ADR meetings, in the UK, an ostensible authorisation is sufficient for representation and for signing a COT3 agreement on behalf of disputants.

Turkey does not have free legal advice institutions for the weaker party, unlike the UK. Legal aid is provided for an employee who suffers from economic difficulties, but the legal aid covers only the fees of the mediator not that of representation. Therefore, the Turkish government should allocate more funds for legal aid and encourage *pro bono* work for intern lawyers. Conversely, it is found that the cost of representation might be unaffordable in the UK. Additionally, there is legal aid neither in employment litigation nor ADR methods. However, advice providers such as the CABs, and the FRU, have crucial functions in redressing power imbalance but they are underfunded and have excessive caseloads, making them less accessible. Furthermore, the presence of DCFAs, unlike in Turkey, might have a role in enhancing access to justice in the UK.

Concerning evidence, the Turkish provisions permit only the involvement of expert opinion and remain silent about witnesses and expert evidence in employment mediation. Moreover, the Turkish Constitutional Court has prohibited

mediators from assessing witness statements or expert evidence. Nevertheless, when the prominent role of expert evidence in resolving employment disputes is considered and where mandatory mediation is exercised, it can be recommended that they should establish an ‘accredited expert evidence institution’ which is exclusive to employment mediation to improve access to justice.

By contrast, in EC, the UK has a tendency not to use any evidence to create an environment where disputants can talk openly and in confidence in a respectful way. Thus, it can be said that where a claim heavily relies on a witness statement or expert evidence, neither the UK’s EC nor Turkey’s mediation seems an appropriate dispute resolution mechanism for employment disputes.

BIBLIOGRAPHY

- Abbott, Brian, "The Emergence of a New Industrial Relations Actor-the Role of the Citizens' Advice Bureaux?" *Industrial Relation Journal*, 29(4), 1998), 258.
- ACAS, "Representing Someone" Access date: February 2: 2024, <https://www.acas.org.uk/early-conciliation/representing-someone>.
- ACAS, "Using a Representative" Access date: February 2: 2024, <https://www.acas.org.uk/early-conciliation/using-a-representative>.
- ACAS, *Guidance on Settlement Agreements* (December 2018).
- Agapiou, Andrew, Clark, Bryan, "The Practical Significance of Confidentiality in Mediation" *Civil Justice Quarterly* 37(1), (2018).
- Aslan, Ramazan, Yilmaz, Ejder, Taspınar Ayvaz, Sema Hanagasi, Emel, *Medeni Usul Hukuku*, (7edn, Yetkin Publishing, Ankara, 2021)
- Atali, Murat, editor, *Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkarıldığı Sorunlar in Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (Yıldırım Bayezid Üniversitesi Yayınları, 6-7 December 2018)*.
- Atış, İrfan "Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi" *Sakarya İktisat Dergisi*, 8(1), 2019.
- Atlıhan, Mustafa Erdem "A New Suggestion on The American Experience of the Limit of Mediation Confidentiality" *Law & Justice Review* 12(23) (2022).
- Berkhan, Ihsan, *Dava Sarti Arabuluculuk* (Aristo Publishing 2019).
- Bingham, Lisa, Kim, Kiwhan, Raines, Susan, "Exploring the Role of Representation in Employment Mediation at the USPS" *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, 17, (2002).
- Blake, Susan Browne, Julie, Sime, Stuart, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution* (5th edn, Oxford University Press 2018).
- Bozkurt, Argun, "İş Mahkemelerinde Bilirkişilik" *Ankara Barosu Dergisi*, 64 (7), (2009).
- Busby, Nicole, McDermot, Morag "Workers, Marginalised Voices and the Employment Tribunal System: Some Preliminary Findings" *Industrial Law Journal*, 41(2), (2012).
- Canatan, Betül, "Med-Arb Yönteminin Getirdiği Olumsuzluklar ve Gizlilik Sorununa Yönelik Bazı Med-Arb Modelleri" *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9(1) (2023).
- Centel, Tankut, *Labour Dispute Resolution in Turkey* (Springer 2019)
- Cicek, Mustafa, *Is Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk* (Seçkin Publishing 2018).
- Clark, Bryan, *Lawyers and Mediation* (Springer 2012).
- Dolder, Cheryl, "The Contribution of Mediation to Workplace Justice" *Industrial Law Journal* (2004).
- Downer, Matthew *Evaluation of Acas conciliation in Employment Tribunal Applications* (ACAS Research 2016).
- Ebisui, Minawa, Cooney, Sean Fenwick, Colin, editor, *Resolving Individual Labour Disputes: A Comparative Overview* (ILO 2016).
- Eigen J., D. Sherwyn, "Deferring for Justice: How Administrative Agencies Can Solve the Employment Dispute Quagmire by Endorsing an Improved Arbitration System" *Cornell Journal of Law and Public Policy* 26, (2016).

- Ekmekçi, Ömer, Özekes, Muhammet, Atali, Murat, Seven, Vural, Hukuk Uyusmazlıklarında Arabuluculuk (On iki Levha Yayıncılık 2019).
- Erginer, Umut Ozan “Arabuluculuk ve Gizlilik” Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9, 2017.
- Ermenek, İbrahim, *Arabuluculuk Surecinde Zayıfın Korunması* (Yetkin Yayıncılık Ankara 2021).
- Free Representation Unit, “Referring clients to FRU” access date: February 25, 2024: <https://www.thefru.org.uk/referral-agencies>.
- Gedik, Doğan, “Arabuluculukta Gizliliğin İhlali Sucu” Terazi Hukuk Dergisi 13(148) (2018).
- Hopt, Klaus, Steffex, Felix, editor *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford University Press 2013).
- Hudson, Maria, *Race Discrimination Claims: Unrepresented Claimants' and Employers' views on Acas' Conciliation in Employment Tribunal Cases* (ACAS 2007).
- IDS “Acas Permitted to Disclose Confidential Information in Unfair Dismissal Claim” IDS Employment Law Brief (2020).
- IDS, *Employment Tribunal Practice and Procedure* (Thomson Reuters 2018).
- ILO, “Manual Mediation, Conciliation, Arbitration”, International Labour Organisation, 1 August 2006, Access Date: December 2025. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-jakarta/documents/publication/wcms_120302.pdf.
- John Budd, Alexander Colvin, “Improved Metrics for Workplace Dispute Resolution Procedures: Efficiency, Equity, and Voice”, *Industrial Relations*, 47(3), (2008).
- Kıyak, Emre, “Arabuluculuk Sureci Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 6(21) (2015).
- Korkmaz Fahrettin, Kıyak Emre, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 Sayılı Hukuk Uyusmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi” *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4, (2018).
- Korn, Anthony, Sethi, Mohinderpal, *Employment Tribunal Remedies* (4th edn, Oxford University Press 2011).
- Kuru, Baki, Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku* (23rd edn, Yetkin Publishing 2012).
- Mackie, Karl, *The ADR Practice Guide Commercial Dispute Resolution*, (Butterworths 2000).
- Moorhead, Richard, Fenn, Paul Rickman, Neil, Scoping Project on No Win No Fee Agreements in England and Wales (Ministry of Justice Research Series 17/09 December 2009)
- Nelson, Scott, “The EEOC’s Mediation Program: A New Hope” *ADRER* 17 (1999).
- Nilüfer Rahim, *Acas Early Conciliation Decision-making: Exploring the Behaviours of Claimants Who Neither Settle Nor Proceed to an Employment Tribunal* (ACAS, October 2017).
- Oguz, Özgür, *Türk İş Hukukunda Dava Sarti Olarak Arabuluculuk* (Legal Publishing 2019).

- Özbek, Mustafa Serdar, “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkelere Işığında Arabuluculuk” TBB, 215, (2012).
- Pekcanitez, Hakan, Korkmaz, Muhammed Özkes Mine Akkan, *Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku* (Oniki Levha Publishing, 2017).
- Polat, Metin, “Avukatlık Ücret Anlaşmalarına İlişkin Bazı Yasaklar” Access date: 15 March 2024: <https://www.hukukihaber.net/avukatlik-ucret-anlasmalarina-iliskin-bazi-yasaklar>
- Reich, Brad, “A Call for Intellectual Honesty: A Response to the Uniform Mediation Act’s Privilege against Disclosure” *Journal of Dispute Resolution*, (2001).
- Sahin, Tuğçem, Çelik, Yasin, Ruhi Ahmet Cemal, *Is Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Rehberi* (2nd edn, Seçkin Publishing 2018).
- Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku Cilt I* (Yetkin Publishing, 2016)
- Tiktik, Çiğdem Yazıcı *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (On iki Levha Publishing, 2013)
- Thompson, Peter, “Confidentiality, Competency and Confusion: The Uncertain Promise of the Mediation Privilege in Minnesota” *Hamline Journal of Public Law & Policy*, 18, (1996).
- Usan, Fatih, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (Yıldırım Bayezid Üniversitesi Yayınları, 2018).
- Webb, Jen, *Understanding Representation* (Sage Publishing 2019).
- Wissler, Roselle, “Representation in Mediation: What We Know from Empirical Research” *Fordham Urban Law Journal*, 37, (2010).
- Yağcıoğlu, Kaan ‘Yeni Is Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Is Yargılamasına Etkileri’ *Dokuz Eylül University Law Faculty Journal* 20(2) (2018) 457.
- Yakıcı, Özge, *Bireysel Is Hukukunda Bireysel Arabuluculuk* (Yetkin Publishing 2019).
- Yazıcı, Uğur, *Arabuluculukta Gizliliğin İhlali Suçu* (Seçkin Publishing 2024).
- Yenisey, Kübra, editör, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi* (Türkiye İsveren Sendikaları Konfederasyonu 2016).
- Yeşilirmak, Ali, Kekeç, Elif, Bulur, Alper, editör, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (Adalet Bakanlığı, 2021).

PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİNDE PAZARLAMACININ BORÇLARI^(*)

Arş. Gör. **Derviş KOÇ^(**)**

Öz

Ticari işletme faaliyetlerini işletme merkezinin dışındaki bölgelere de ulaştırmak ve işletmesinin müşteri çevresini genişletmek isteyen tacir, bu bölgelerde şubeler açabileceği gibi tacir yardımcılarında da istifade edebilmektedir. Şube açmanın maliyetleri ve riskleri göz önüne alındığında, özellikle iş yoğunluğunun az olduğu bölgelerde tacir yardımcılarını görevlendirmek tacir açısından her zaman daha elverişli bir seçenek olmuştur. İşletme dışındaki bölgelerde yürütülecek ticari faaliyetlerin özellikle ürün veya hizmetlerin pazarlanması ve satışı gibi sınırlı iş ve işlemlerden ibaret olması halinde ise bu yardımcılardan, tacire bağlı olarak ve onun emir ve talimatları doğrultusunda hareket eden pazarlamacılar görevlendirilmesi, uygulamada en sık görülen yöntemdir. Özellikle ilaç, kozmetik, küçük ev aletleri ve oto yedek parça gibi sektörlerde faaliyet gösteren işletmeler, işletme merkezinin dışındaki farklı bölgelere bir veya birden fazla pazarlamacı göndererek ürün ve hizmetlerin satışını sağlamaktadır. Bu hususu dikkate alan Kanun koyucu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda pazarlamacının iş sözleşmesini teşkil eden pazarlamacılık sözleşmesini, bir hizmet sözleşmesi türü olarak ayrıca ve detaylı bir şekilde düzenlenmemiştir. Söz konusu düzenleme kapsamında evvela pazarlamacılık sözleşmesinin tanımı yapılmış, sonraki hükümlerde ise işçi konumundaki pazarlamacının yükümlülükleri ve yetkileriyle işveren konumundaki tacirin bu sözleşme kapsamındaki özel yükümlülükleri hüküm altına alınmıştır. Bu çalışmada, öncelikle ticaret hayatındaki yaygınlığı sebebiyle önemli gördüğümüz pazarlamacılık sözleşmesiyle ilgili genel hususlar, ardından da bu sözleşme kapsamında pazarlamacının üstlendiği borçlar incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Pazarlamacılık Sözleşmesi, Seyyar Tüccar Memuru, Tacir Yardımcısı, Pazarlamacı, Hizmet Sözleşmesi.

^(*) Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 30.05.2024 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 02.07.2024
DOI No: 10.54704/akdhfd.1492235

Bu makale, yazarın Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde 2014 yılında kabul edilen “Pazarlamacılık Sözleşmesi” isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

^(**) Aksaray Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü / Aksaray, Türkiye
E-posta: derviskoc@aksaray.edu.tr
Orcid Id: https://orcid.org/0000-0001-8606-4379



OBLIGATIONS OF THE TRAVELING SALESMAN IN THE TRAVELING SALESMAN CONTRACT

Abstract

A merchant wishing to extend the activities of his commercial enterprise to regions outside of his business center and to expand the customer circle of his enterprise may open branches in these regions, as well as make use of merchant assistants. Considering the costs and risks of opening a branch office, it has always been a more convenient option for the merchant to employ merchant assistants, especially in regions with low business density. If the commercial activities to be carried out in the regions outside the enterprise consist of limited business and transactions such as marketing and sales of products or services, the most common method in practice is to appoint travelling salesmen who act under the merchant and in accordance with his orders and instructions. In particular, businesses operating in sectors such as pharmaceuticals, cosmetics, small household appliances and spare auto parts, send one or more travelling salesmen to different regions outside the headquarters of the enterprise to ensure the sale of products and services. Taking this into consideration, the legislator has not regulated the marketing contract, which constitutes the employment contract of the travelling salesman, as a type of service contract in detail in the Turkish Code of Obligations No. 6098. Within the scope of the said regulation, the definition of the marketing contract is made first, and in the following provisions, the obligations and powers of the travelling salesman as an employee and the special obligations of the merchant as an employer within the scope of this contract are regulated. Pursuant to these special provisions regarding the marketing contract, the travelling salesman is subject to certain special obligations specific to the marketing activity, in addition to the obligations assumed under the general service contract due to his/her employee status. Accordingly, the travelling salesman, unlike other workers under the service contract, is obliged to regularly visit customers, regularly provide information to the employer and, in certain cases, provide a guarantee to cover the employer's damages, in addition to the obligation to perform work as an intermediary and/or to carry out all kinds of transactions on behalf of the employer who owns a commercial enterprise and outside the enterprise. In this study, firstly, the general issues related to the marketing contract, which we consider important due to its prevalence in commercial life, and then the obligations undertaken by the travelling salesman within the scope of this contract are analysed.

Keywords

Travelling Salesman Contract, Merchant assistant, Commercial Law, Service Contract.

Extended Abstract

The activities of commercial enterprises are generally carried out by the merchant or, if the merchant is a legal person, by authorized bodies. However, the intensification of business activities and their spread to a wider environment in order to provide more income, and even reaching an international dimension beyond the borders of the country, make it very difficult for the merchant to carry out all of these activities alone. This situation has caused business owners to need auxiliary persons who can carry out their activities in regions outside the headquarters, and business owners have been granted the right and authority to benefit from such auxiliaries. Merchants who wish to operate in regions other than their headquarters may extend their business activities to a wider area by opening a branch in these regions and appointing a representative to carry out the affairs of the branch. However, since opening a branch in regions with low business density is both costly and risky, merchants may operate in these regions by utilizing assistants who are not affiliated with the merchant, or they may operate directly by utilizing affiliated merchant assistants who work under them and are called "travelling salesmen". Here, the contract where the travelling salesman undertakes to carry out the transactions outside the enterprise, which are related to the commercial enterprise, on behalf of the merchant in return for a fee, or to act as an intermediary for the execution of these transactions, is characterized as a "marketing contract". The marketing contract is a new type of service contract introduced to our law by the Turkish Code of Obligations No. 6098, which entered into force on 01.06.2012. In the regulations on marketing agreements under the Code, a number of special provisions have been stipulated regarding the definition, establishment, obligations and powers of the parties and the termination of the agreement. While regulating these provisions, the legislator took into consideration the provisions Art. 347-350 under the heading "Handelsreisendenvertrag" of the Swiss Code of Obligations. Pursuant to these special provisions regarding

the marketing contract, the travelling salesman is subject to certain special obligations specific to the marketing activity, in addition to the obligations assumed under the general service contract due to his employee status. Accordingly, unlike other workers under the service contract, the travelling salesman, in addition to the obligation to perform work as an intermediary and/or transaction in the form of making all kinds of transactions on behalf of the employer who owns a commercial enterprise and outside the enterprise, is obliged to visit customers regularly, to provide information to the employer regularly and to provide guarantees to cover the employer's damages in certain cases. According to the definition in Article 448 of the Turkish Code of Obligations, a marketing contract is a contract whereby "the travelling salesman undertakes to mediate all kinds of transactions on behalf of the employer who owns a commercial enterprise and outside the enterprise, or if there is a written agreement, to perform the transactions specified in this agreement, and the employer undertakes to pay a fee in return". As stated in this article, the primary obligation of the travelling salesman is to mediate all kinds of transactions outside the enterprise on behalf of the employer. This obligation, which is the characteristic performance of the marketing contract, may be extended to include the performance of the transactions agreed upon by the parties in a written agreement by the travelling salesman on behalf of the employer. In other words, while the travelling salesman operating within the scope of the marketing contract is authorized to mediate the transactions as a rule, the ability to perform the transactions personally is made subject to the parties' determination of these transactions by a written agreement. This situation has led to the acceptance of the existence of two types of travelling salesmen in practice and in the doctrine: "intermediary travelling salesman" and "authorized travelling salesman". While these two types of travelling salesmen undertake different obligations in terms of the scope of the primary performance obligation, they are also subject to different provisions in terms of some other obligations arising from the marketing agreement. For example, Art. 451 of the Turkish Code of Obligations stipulates that a travelling salesman who deals with his own circle of customers may undertake a guarantee, whereas only intermediary travelling salesmen who intermediate insurance transactions may undertake such an obligation. On the other hand, the travelling salesman authorized to make transactions must comply with the prices and other transaction conditions stipulated in the instruction and cannot make changes to them without the consent of the employer.

GİRİŞ

Pazarlamacılık sözleşmesi; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda hizmet sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmekte ve m. 448'de yapılan tanıma göre, sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmenin dışında her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı üstlenen pazarlamacıyla, buna karşılık ücret ödemeyi üstlenen işletme sahibi işverenin arasındaki sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Tanımdan anlaşıldığı üzere bu sözleşmede pazarlamacıya asli edim olarak işveren hesabına ve işletme dışında aracılık etme veya yazılı anlaşma varsa bu anlaşmayla belirlenmiş işlemleri yapma borcu yüklenmektedir. Bunun dışında, pazarlamacının yükümlülükleri kapsamında TBK m. 450'de müşterileri ziyaret etme borcu, rekabet etmeme borcu ve işverene bilgi verme borcunun ve TBK m. 451'de garanti borcunun özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Öte yandan, pazarlamacılık sözleşmenin hizmet sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmiş olması sebebiyle pazarlamacı ile işveren arasındaki ilişki de bir tür hizmet ilişkisidir. Nitekim TBK m. 469'da, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, hizmet sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla işçi statüsünde olan pazarlamacı, TBK m. 448 vd. hükümlerinin yanı sıra TBK m. 393 vd. hükümlerde genel hizmet sözleşmesi kapsamında işçinin tabi olduğu borçlara tabidir.

I. TÜRK HUKUKUNDA PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİ VE PAZARLAMACI

A. YASAL DAYANAK

“Pazarlamacılık sözleşmesi” ve “pazarlamacı” kavramları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹ (TBK) m. 448 vd. maddelerinde düzenlenerek ilk defa bu Kanunla 2012 yılında Türk hukukuna giren, nispeten yeni kavramlardır. Ancak TBK’da düzenlemesi uyarınca yürüttüğü faaliyetin niteliği bakımından pazarlamacı, daha önce de 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) kapsamında tacir yardımcısı olarak düzenlenen seyyar tüccar memuruyla büyük ölçüde benzerlik göstermektedir². BK m. 454’te seyyar tüccar memurlarının, işletme için, işletmenin merkezi dışındaki yerlerde çeşitli tasarruflarda bulunduğu ve bu kapsamda birtakım yetkileri haiz olduğu belirtilmekteydi. TBK’da ise neredeyse aynı faaliyeti kapsayan bir düzenleme yer almasına rağmen “pazarlamacılık sözleşmesi” kavramı kullanılmaktadır. Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin TBK hükümleri, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu³ [*Obligationenrecht* (İsvBK)] hükümleri esas alınarak daha ayrıntılı bir düzenlemeyle kanuna dâhil edilmiştir⁴.

Yürürlükten kaldırılan BK, seyyar tüccar memurunu, diğer bağlı tacir yardımcıları olan ticari mümessil, ticari vekille birlikte “*Ticari Mümessiller ve Diğer Ticaret Vekilleri*” başlığı altında, m. 449-456 arasında ve vekâlet hükümlerinin devamında düzenlenmekteydi. TBK’da ise Kanunun On İkinci Bölümü’nde “Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller ve Diğer Tacir Yardımcıları” başlığı altında bağlı tacir yardımcılarını düzenlemesi muhafaza edilmekteyken pazarlamacılık sözleşmesinin bu bölüm kapsamına alınmadığı, bunun yerine Kanunun “Hizmet Sözleşmesi” başlığı taşıyan Altıncı Bölümü altında düzenlendiği görülmektedir. Kanun koyucunun, bu sistematik yaklaşımı da yine Gerekçe’de açıkça belirtildiği üzere İsvBK’da 1971’de yapılan değişikliğe dayanmaktadır. Mevzuatındaki söz konusu değişiklik kapsamında, 13 Haziran 1941 tarihli Pazarlamacının İş İlişkisi Hakkında Federal Kanun [*Bundesgesetz Über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden (HRAG)*]⁵ hükümlerinin bir bölümü, “Gezici satıcı sözleşmesi (*Der Handelsreisendenvertrag*)” başlığı ile İsvBK’nın “Bireysel iş sözleşmeleri

¹ RG: 04.02.2011 T., 27836 S.

² Rıza Ayhan ve Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 15. baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), s. 349; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 29. baskı (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2023), s. 182.

³ BBl 1905 II 1, 1909 III 747, 1911 I 845 https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de (Erişim Tarihi: 22.05.2024)

⁴ Metin Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”, *SDÜHFD* 1, sayı 2 (2011): 27-70. s. 29; TBK Gerekçe, m. 448, s. 191. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim Tarihi: 25.05.2024)

⁵ BBl 1941 I 510. https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1941/1_510_522_220/de (Erişim Tarihi: 22.05.2024).

(*Besondere Einzelarbeitsverträge*)” başlıklı ikinci bölümü altına on üç madde (Art. 347-350a) halinde aktarılmıştır⁶. Öte yandan, TBK’da yer alan pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin her bir hükmünün madde gerekçelerinde de İsvBK’nın aynı hükümleri içeren maddelerinin göz önünde tutulduğu ifade edilmektedir⁷. Dolayısıyla hem içerik hem de sistematik açısından mehaz kanuna sadık kalınarak düzenleme yoluna gidildiğini ve pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin TBK hükümlerinin düzenlemenin, İsvBK’da yer alan söz konusu on üç maddelik düzenlemenin neredeyse birebir tercümesi olduğunu belirtmek mümkündür.

B. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Pazarlamacılık Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerin ilki olan TBK m. 448’de, bu sözleşmenin geniş kapsamlı bir tanımı yer almaktadır. Bu tanıma göre pazarlamacılık sözleşmesi; “*pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği*” sözleşmedir⁸. Kanunda pazarlamacılık sözleşmesinin tanımının yanı sıra kurulması, tarafların hak ve yükümlülükleri ile sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümler de yer almaktadır.

Pazarlamacılık sözleşmesinin TBK’da hizmet sözleşmesi kapsamında düzenlenmesi birtakım eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Doktrinde bir görüşe göre, TBK’da pazarlamacılık ilişkisinin ancak hizmet sözleşmesi ile kurulabileceği görünümü yaratılmıştır ve bu durum sözleşme özgürlüğü ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Zira sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, işveren ile çalışan arasında, işletme dışında aracılık faaliyetinin yürütülmesine ilişkin farklı bir hizmet akdi-

⁶ Beat Meyer, *Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden* (Zürich: Verlag Organisator, 1978). s. 3.

⁷ “Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 347’nci maddesi göz önünde tutulmuştur. Ancak, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeden farklı olarak, Tasarının 448’inci maddesindeki tanımda, pazarlamacının her türlü işlemi yapabilmesi, yazılı anlaşmanın varlığına bağlanmıştır. Böylece madde, pazarlamacının yetkileri konusunda, kaynak Kanunun 348b maddesi ile aynı madde göz önünde tutularak Tasarının 452’nci maddesinde yapılan düzenlemeyle uyumlu hâle getirilmiştir”, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 321, 191, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim Tarihi: 27.05 2024).

⁸ Mehaz İsvBK’nın TBK m. 448/2’e kaynaklık eden Art. 347/1 maddesinde de benzer bir ifadeler kullanılmakta fakat “pazarlamacılık sözleşmesi (handelsreisendenvertrag)” tanımlanmamakta; bunun yerine, “pazarlamacılık sözleşmesi ile pazarlamacı, bir ücret karşılığında; ticarethane, fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer bir işletmenin sahibi hesabına, işletmenin dışında her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya sözleşme yapmayı üstlenir” şeklinde daha çok pazarlamacının yükümlülükleri bakımından bir belirleme yapılmış gibi görünmektedir. Öte yandan İsviçre kanun koyucusu, aynı maddenin TBK m. 448’e alınmayan ikinci fıkrasında (Art. 347/2), kimlerin pazarlamacı olarak nitelendirilemeyeceğini belirten, “*baskın olarak gezici faaliyet yürütmeyen ya da ara sıra veya geçici olarak işveren hesabına çalışan veya sadece kendi hesabına faaliyette bulunan gezginin pazarlamacı olarak nitelendirilmez*” hükmü de yer almaktadır.

le de bu ilişki kurulabilmelidir⁹. Diğer bir görüşe göre kanun koyucunun, görev ve rol itibarıyla seyyar tüccar memurunu ikame eden pazarlamacıyı, vekâlet sözleşmesi ve temsil yetkisi boyutunu göz ardı ederek tacir yardımcısından ziyade bir işçi olarak ele alması isabetli bir düzenleme değildir¹⁰.

Kanaatimizce, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin maddelerden ve madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucu pazarlamacılık sözleşmesini tamamen yeni bir düzenleme gibi addetmiştir. Ancak bunu yaparken, seyyar tüccar memuruna ilişkin BK m. 464 hükmü göz ardı edilmiştir. Buna ilaveten kanun koyucu eski düzenlemenin kanun sistematığı içindeki yerini de değiştirerek, pazarlamacılığı hizmet sözleşmesi kapsamına almıştır. Bu irade ise BK döneminde serbestçe kurulabilen iş ilişkilerini tipik bir sözleşme haline dönüşmesine sebep olmuştur.

TBK'nın genel gerekçesinde, pazarlamacılık sözleşmesinin uygulamada çok sık karşımıza çıkan, hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğunun ifade edilmesi oldukça dikkat çekicidir¹¹. Uygulamaya bakıldığında, özellikle ilaç, kozmetik ve gıda sektörlerinde faaliyet gösteren, işletmenin ürün ve hizmetlerini çeşitli bölgeleri gezerek pazarlayan ve hizmet sözleşmesi ile istihdam edilen çok sayıda çalışan bulunduğu görülmektedir¹². Ticari işletme adına, merkez dışında aracılık faaliyeti yürüten ve az ya da çok temsil yetkisine sahip olan bu gibi çalışanların genellikle hizmet akdiyle çalıştıkları da bilinmektedir¹³. Ancak buradaki hizmet akdi, işveren ile işçi ya da tacir ile yardımcısı arasındaki iç ilişkiyi ifade etmektedir. Bir işletmenin faaliyetlerinde tacire yardımcı olan bağlı tacir yardımcıları ile tacir arasındaki iç ilişki, genelde hizmet sözleşmesine veya vekâlet sözleşmesine dayanmakla birlikte, ailevi ilişkilerden de kaynaklanabilmektedir¹⁴. Taciri temsil yetkisini haiz olan bir yardımcının, ne tür bir ilişkiyle tacire bağlı olduğu, üçüncü kişiler açısından önemli değildir¹⁵. Diğer bir ifadeyle tacir yardımcısının, tacir adına üçüncü kişilerle bazı işlemler yapabilmesi, tacir ile aralarındaki iç ilişkinin niteliğine değil, taciri temsile

⁹ A. Can Tuncay, "Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesinin Düşündürdükleri", *Çimento İşverenler Dergisi* 26, sayı 2 (2012): 4-17. s. 6.

¹⁰ Topçuoğlu, "Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı". s. 30-31.

¹¹ "İkinci Ayırımında düzenlenen "Pazarlamacılık Sözleşmesi", 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almış olmakla birlikte, uygulamada çok sık karşılaşılan, hizmet sözleşmesinin özel bir türüdür. Bu ayırımın içerdiği hükümlerin yer aldığı 448 ilâ 460'inci maddeler, tamamen yeni düzenlemelerdir", Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 321, 18, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, Erişim Tarihi: Mart 27, 2024.

¹² Tuncay, "Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesinin Düşündürdükleri". s. 6.

¹³ Murat Topuz, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi", *MÜHFD-HAD* 19, sayı 1 (2013): 293-356. s. 296.

¹⁴ Ernst E. Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri*, c. I (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1939), s. 145; Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku Dersleri I* (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1957). s. 329.

¹⁵ Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri*. s. 147.

yetkili olup olmadığına bağlıdır¹⁶. Pazarlamacı ile diğer kişiler arasındaki en önemli farklardan birisi de bu noktada ortaya çıkmaktadır.

Kanun koyucunun, TBK’da pazarlamacılık sözleşmesini bir hizmet sözleşmesi türü şeklinde düzenlemesinin işveren ile pazarlamacı arasındaki iç ilişkiyi ön plana çıkarma amacına matuf olduğu söylenebilir. Böylesi bir düzenleme ile amaçlananın ise pazarlamacılık ilişkisini doğrudan bir hizmet sözleşmesine bağlı hale getirmek olduğu düşünülebilir. Ancak bu düzenlemenin, pazarlamacı ile tacir arasındaki iç ilişkinin tipine ilişkin bir sınırlama getirmediği açıktır. Dolayısıyla iç ilişkiye yönelik bu sınırlama, pazarlamacının tacir yardımcısı olarak nitelendirilmesine veya taciri temsil etmesine engel teşkil etmez. Zira seyyar tüccar memurunun genelde hizmet sözleşmesiyle çalıştığı kabul edilmekteydi. Dolayısıyla kanun koyucu uygulamayı da dikkate alarak, pazarlamacılık sözleşmesinin tarafların hak ve yükümlülüklerini kapsayacak şekilde ayrıntılı biçimde ele almıştır. Bu tutum, özellikle sözleşmenin zayıf tarafı olan pazarlamacının korunması açısından büyük bir öneme sahiptir.

Tacir ile tacir yardımcıları arasındaki iç ilişki, üçüncü kişiler açısından önem arz etmemekle birlikte bu ilişkinin niteliği ve hangi hükümlere tabi olacağı, tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi bakımından önemlidir. TBK m. 547 vd. hükümlerinde, ticari temsilci ve ticari vekil ile tacir arasındaki ilişkiye dair, rekabet yasağı (TBK m. 553) dışında bir düzenlemeye yer verilmemiş, sadece temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları hüküm altına alınmıştır. Yürürlükten kaldırılan BK’da da aynı durum mevcutken, ticari temsilcinin ve ticari vekillerin -dolayısıyla bir ticari vekil olduğu kabul edilen seyyar tüccar memurunun-¹⁷ çoğunlukla hizmet veya vekâlet sözleşmesi ile istihdam edildikleri kabul edilmekteydi¹⁸. Bu kapsamda tacir ile aralarındaki iç ilişkiye uygulanacak hükümler somut olaydaki sözleşmenin türüne göre belirlenmekteydi. TBK’da, diğer bağlı tacir yardımcıları açısından bu hususta bir değişiklik olmamasına rağmen; pazarlamacı ile tacir arasındaki ilişkiye TBK’nın pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümleri, burada hüküm bulunmayan hallerde TBK m. 469’a göre hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanmasını gündeme getirmektedir. Buna ilaveten pazarlamacı, hizmet akdi ile çalışan ve zaman zaman gezintiye çıkarak işvereni adına aracılık faaliyeti ya da tahsilât yapan bir işçi olarak kabul edilmemelidir¹⁹. Tam aksine, pazarlamacı esas olarak işletme adına sözleşme kurmak

¹⁶ Karayalçın, *Ticaret Hukuku Dersleri I*. s. 332; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cem Akbıyık, “Temsil Yetkisi ve Temel İlişki”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55, sayı 4 (1997): 217-32. s. 217-220

¹⁷ Yürürlükten kaldırılan BK döneminde, seyyar tüccar memurunun bir ticari vekil olduğu, dolayısıyla ticari vekiller hakkındaki BK m. 453’e tabi oldukları ifade edilmekteydi, Karayalçın, *Ticaret Hukuku Dersleri I*. s. 341.

¹⁸ Karayalçın. s. 332; Ömer Teoman, “Tacir Yardımcıları”, *Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan*, 2006, 221-304. s. 242.

¹⁹ BBL, 05.10.1967/9765, 409, Art. 347.

ve/veya sözleşmelere aracılık etmek üzere gezici faaliyetlerde bulunmak üzere görevlendirilen işçilerdir²⁰.

Kanaatimizce, her ne kadar pazarlamacılık sözleşmesi hizmet sözleşmesi kapsamına alınmış olsa da bu durum, işletme içindeki rolü ve yürüttüğü faaliyetler dikkate alındığında pazarlamacının bir tacir yardımcısı sayılmasına engel teşkil etmemektedir. Bu bağlamda pazarlamacının, “*tacire hizmet sözleşmesiyle bağlı tacir yardımcısı*” olarak telakki edilmesi gerekir²¹.

Pazarlamacılık sözleşmesinin tanımıyla alakalı olarak TBK’daki düzenlemeye yönelik diğer bir eleştiri de kanunda kullanılan kavramdır. Hem BK hem de mehz İsvBK, bu ilişkiyi gezici faaliyeti ve ticari iş boyutunu da ifade edecek şekilde isimlendirirken TBK’nın “pazarlamacılık” ifadesini kullanması öğretide haklı olarak eleştirilmektedir²². Zira pazarlama gerek ticari gerek ticari olmayan bir işletme açısından TBK’da ifade edilenler dışında birçok faaliyeti de kapsayan, son derece geniş bir kavramdır. Pazarlama ve pazarlamacı, özellikle iktisadi alanda, işletmecilikle alakalı olarak kullanılan kavramlardır²³. İktisadi anlamda pazarlama, işletmenin satış olanaklarının belirlenerek üretilen mal ve hizmetlerin, tüketiciye ulaştırılması sırasında kâr elde etmek amacıyla, çeşitli unsurları etkilemeye ve denetlemeye yönelik yapılan faaliyetlerin tümünü kapsayan bir kavramdır²⁴. TBK’da düzenlenen pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında pazar-

²⁰ Pazarlamacılık sözleşmesi bir tür hizmet sözleşmesi olduğundan; tacir işveren, pazarlamacı da işçi statüsündedir, Ayhan, Özdamar ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku*, 350.

²¹ BK’nın “diğer ticaret vekilleri” başlıklı 453. maddesinin seyyar ticaret memuruna işaret eden son fıkrası hükmü, TBK m. 552’ye “diğer tacir yardımcıları” başlığıyla ayrı bir madde halinde aktarılmıştır. TBK’daki ilgili maddenin son fıkrasına göre; toptan, yarı toptan veya perakende satışlarla uğraşan ticari işletmelerin görevli veya hizmetlileri kendilerine yazıyla yetki verilmedikçe, ... işletme dışında satış bedellerini isteyip alamazlar. Kanımızca bu hükümde işaret edilen kişi pazarlamacıdan başkası olmadığından, pazarlamacının da seyyar tüccar memuru gibi ticari vekil olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Aynı yönde bkz. Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”. s. 32.

²² Tuncay’a göre, kanun koyucu mehz İsvBK’da 1971 yılında yapılan değişikliği benimsemiş ancak ondan farklı olarak başlığı da değiştirmiştir. Bu kapsamda BK’da “seyyar tüccar memuru” olarak anılan bu yardımcıyı “pazarlamacı” olarak adlandırmıştır. Ancak bu çalışana neden pazarlamacı, işverenle yaptığı sözleşmeye neden pazarlamacılık sözleşmesi denildiği ise anlaşılabilir değildir. Madde gerekçesinde de buna dair bir açıklama bulunmamaktadır. Pazar satıcısını andıran bu çalışanın adına “ticari gezgin” veya “gezici tüccar yardımcısı” denilebilirdi, Tuncay, “Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesinin Düşündürdükleri”. s. 5; Aynı görüşte olan Akdeniz, İsvBK’da kullanılan “handelsreisendenvertrag” terimi Türkçeye “gezgin tüccar sözleşmesi” şeklinde çevrilebileceğini belirtmiştir, Umut Akdeniz, “Pazarlamacılık Sözleşmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, sayı 4 (2013): 1-34. s. 9.

²³ Tuncay, “Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesinin Düşündürdükleri”. s. 6.

²⁴ “Pazarlama: İşletmenin, satış olanaklarını belirleyerek üretilen mal ve hizmetlerin tüketiciye ulaştırılması sırasında kâr elde etmek amacıyla çeşitli unsurları etkilemeye ve denetlemeye yönelik yaptığı etkinlikler”, İktisat Terimleri Sözlüğü-2004, www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: Mart 30, 2024; Ancak bu ifade, dar anlamda pazarlama teriminin karşılığını oluşturmaktadır. Geniş anlamda pazarlama ise; üretimden daha önce başlayarak, tüketicinin istekleri doğrultusunda üretim faaliyetlerinin şekillendirilmesini sağlayan ve ürün veya hizmetin tüketiciye ulaştırılmasına kadar devam eden süreci ifade etmektedir, Mümin Ertürk, *İşletme Biliminin Temel İlkeleri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006). s. 239.

lamacı tarafından yürütülen faaliyetler ile iktisadi anlamda pazarlama, aralarında birtakım benzerlikler bulunmasına rağmen tamamen ayrı müesseseleri işaret etmektedir. Nitekim kanun koyucunun TBK’da “pazarlamacılık sözleşmesi” başlığını kullanmasının temelinde de bu benzerliklerin yattığı anlaşılmaktadır. Ayrıca toplumda yerleşmiş olan, tanıtım ve satış işlemlerine karşılık gelen “pazarlama” algısı da bu tercihin başka bir sebebi gibi görünmektedir.

Diğer taraftan madde gerekçelerinden de anlaşıldığı üzere TBK ile getirilen bu düzenlemenin dayanağı niteliğinde olan mehaz İsvBK, 1971 yılında yapılan değişiklikle mevcut halini almıştır. Ancak meri mevzuatta kapsamlı bir değişiklik yapılmasına rağmen konu, daha önce de olduğu gibi “ticari gezgin sözleşmesi (handelsreisendenvertrag)” başlığı altında düzenlenmiştir. Kanımızca kanun yapma tekniği açısından uygun olan da bu yaklaşımken; Türk kanun koyucusu, özellikle pazarlamacılık sözleşmesiyle ilgili maddelerin gerekçesinde, ilgili madde metninin birebir tekrarını vermenin dışında neredeyse hiç açıklama yapmadan, tek dayanak ve gerekçe olarak İsvBK’nın aynı düzenlemeyi içeren maddelerini göstermesine karşın başlık seçimi konusunda mehaz kanundan ayrılma yoluna gitmiştir. Bu bağlamda; TBK’da pazarlamacılık ifadesi yerine BK’daki gibi “seyyar tüccar memuru” veya dayanak alınan İsvBK’daki ifadeye karşılık gelen “ticari gezgin” ya da “gezici ticari vekil” gibi bir ifadenin kullanılmasının, kavram kargaşasının önlenmesi ve bahsedilen müessesenin tam karşılığının oluşturulması açısından daha doğru olabileceği kanaatinde olduğumuzu, bununla birlikte makalede TBK’nın diline uygun olarak çalışmamızda “pazarlamacılık” ifadesini kullanmayı tercih ettiğimizi de belirtmek gerekmektedir.

2. Pazarlamacılık Sözleşmesinin Unsurları

a. Ticari İşletme Sahibi İşveren Hesabına Çalışma

Pazarlamacılık sözleşmesinin tanımının yer aldığı TBK m. 448’de, pazarlamacının “*bir ticari işletme sahibi işveren hesabına*” aracılık veya sözleşme yapmayı üstlendiği belirtilmektedir. Dolayısıyla TBK hükümlerine göre bir pazarlamacılık ilişkisinden bahsedebilmek, işletme dışında faaliyet gösteren satıcı ya da aracının pazarlamacı olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m 11’de tanımlanan bir ticari işletmenin varlığı gerekmektedir²⁵. Dolayısıyla bu kapsama girmeyen esnaf işletmeleri bünyesinde ve esnafa bağlı olarak aynı işi yapmayı üstlenen kimse, pazarlamacılık sözleşmesi kapsamına girmemektedir²⁶.

b. Tacire Bağımlılık

Bağımlılık unsuru, İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmelerini ve TBK kapsamındaki hizmet sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran temel un-

²⁵ Tuncay, “Pazarlamacılık (Ticari Gezgini) Sözleşmesinin Düşündürdükleri”. s. 9.

²⁶ Manfred Reh binder, *Schweizerisches Arbeitsrecht* (Bern: Stämpfli Verlag, 2002). Art 347, Rn 2-3.

surlardan biridir ve işçinin (pazarlamacının) iş görme edimini, işverenin yönetimi, denetimi ve gözetimi altında; onun emir ve talimatlarıyla yerine getirmesini ifade emektedir²⁷. Pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında iş görme edimi üstlenene pazarlamacının, işverene bağımlı olarak çalışması; pazarlamacılık sözleşmesinin hizmet sözleşmesinin bir türü olmasının ve pazarlamacının işçi olarak nitelendirilmesinin doğal sonucudur²⁸. Nitekim TBK m. 393/1’de işçinin işverene bağımlı olarak iş görmeyi üstlendiği belirtilmektedir. Öte yandan, TBK m. 448’e göre de pazarlamacı *işveren hesabına* aracılık veya sözleşme yapmakla yükümlüdür. Dolayısıyla uygulamada sıklıkla karşılaşılan, konut ve iş yerlerini ziyaret ederek kendi nam ve hesabına, ürün veya hizmet pazarlayan ve “pazarlamacı” olarak bilinen kimselerin, TBK’da düzenlenen pazarlamacıyla karıştırmamak gerekmektedir²⁹.

Pazarlamacının çalışacağı yerin, çalışma zamanının ve çalışma usulünün işveren tarafından tayin edilmesi bağımlılık unsurunun bir sonucudur³⁰. Ancak işçinin işletme içindeki konumu, işçinin kişisel nitelikleri, işin niteliği ve iş görme ediminin yerine getiriliş tarzı bakımından, bağımlılığın kapsamı ve derecesi farklılık arz edebilir³¹. Dolayısıyla işyeri içinde çalışan bir işçiyle kıyaslandığında, işletme dışında gezici faaliyette bulunması sebebiyle doğrudan işverenin gözetimi altında faaliyet yürütmeyen pazarlamacının işverene bağımlılığını daha zayıf olduğu ifade edilebilir. Ayrıca müşteri çevresi veya pazarlama bölgesi hakkında en kapsamlı bilgiye ve tecrübeye, bizzat o bölgede bulunan ve ilgili müşteri çevresiyle irtibatlı olan pazarlamacının sahip olabileceği gerçeği de pazarlamacıya bir hareket serbestisi de tanınmasını gerektirmektedir. Örneğin, hangi müşterilerle irtibat kurulacağı veya hangi yöntemlerle pazarlama faaliyetlerini yürüteceği ya da hangi saatlerde müşterilerin ziyaret edileceği gibi hususlarda karar verme yetkisi pazarlamacının takdirine bırakılabilir. Neticede müşterilerle sıcak temas kuran, ürün veya hizmetin tanıtımını yapan tacir işveren değil pazarlamacıdır. Pazarlamacı, işverenin menfaatine uygun olarak, iş kapasitesini artıracak şekilde ve kendisine tanınan yetkiler çerçevesinde serbestçe karar vermeli ve pazarlama faaliyetlerini aksatmadan yerine getirebilmelidir.

Pazarlamacının, TBK m. 450’de öngörülen yükümlülüklerinden bazıları bağımlılık unsurunun Kanunda somutlaşmış hali niteliğindedir³². Bu hüküm vasıta-

²⁷ Haluk Hadi Sümer, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, *Sicil* 5, sayı 19 (2010): 63-73. s. 69; Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”. s. 37; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2012). s. 237; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013). s. 86; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku 1-Ferdi İş İlişkileri* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2012). s. 171.

²⁸ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*. s. 182.

²⁹ Teoman, “Tacir Yardımcıları”. s. 245.

³⁰ Aydın Zevkililer ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012). s. 423.

³¹ Sümer, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”. s. 69.

³² Centel Tankut, “Türk Borçlar Kanununda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması”, *T/ŞK Akademi* 6, sayı 12 (2011): 6-22. s. 14-15.

sıyla kanun koyucu, pazarlamacılık sözleşmesindeki bağımlılık unsurunun diğer hizmet sözleşmelerine nazaran daha zayıf olmasının doğurabileceği sakıncaları bertaraf etmek amacıyla pazarlamacıya bazı yükümlülükler yüklemiştir³³. Anılan maddeye göre pazarlamacı; kendisine verilen talimatlara uygun olarak müşterileri ziyaret etmek, talimatta öngörülen fiyatlara ve diğer işlem koşullarına uymak, pazarlama faaliyetleri ile ilgili olarak düzenli biçimde ayrıntılı bilgi vermek ve müşteri çevresini ilgilendiren önemli olayları bildirmekle yükümlüdür. İşverene bağımlılık unsuru bakımından pazarlamacılık sözleşmesinin belirli süreli ya da belirsiz süreli olması da herhangi bir önem arz etmektedir³⁴.

c. Süreklilik

Pazarlamacılık sözleşmesinin, TBK 448'deki tanımında açıkça ifade edilmesinin yanı sıra hizmet sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmesinden de kaynaklanan temel unsurlarından biri de sürekliliktir. Süreklilik unsuru da bağımlılık unsuru gibi hizmet sözleşmelerini ve dolayısıyla pazarlamacılık sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmaktadır³⁵. Süreklilik unsurunun anlamı, pazarlamacının işveren hesabına belirli veya belirsiz süreyle üstlendiği iş görme ediminin ve işverenin bu edimden olan menfaatinin zamana yayılmış olmasıdır³⁶. Bu açıdan pazarlamacılık sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme niteliğindedir. Dolayısıyla, sadece belirli bir işlemin yapılması veya yapılmasına aracılık için görevlendirilmiş yardımcıları, pazarlamacı olarak nitelendirilmemektedir³⁷. Bunun yanı sıra süreklilik arz etmeyen sözleşmeler başka bir ifadeyle bir işin arızı olarak yapılması öngören sözleşmeler de pazarlamacılık sözleşmesi olarak kabul edilemez³⁸. Pazarlamacılık sözleşmesinin belirli süreli, süresiz ya da kısmi süreli olması, bu sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme niteliğini etkilememekte, her iki durumda da pazarlamacının ve işverenin edimleri süreklilik arz etmektedir³⁹. Ayrıca belirli bir süre boyunca veya süresiz olarak aracılık ve/veya işlem yapma taahhüdünde bulunulmasına rağmen, sözleşmenin çeşitli sebeplerle sona ermesi halinde de pazarlamacılık sözleşmesinden süreklilik unsurunun bulunduğu kabul edilmelidir.

³³ İbrahim Çağrı Zengin, *Pazarlamacılık Sözleşmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013). s. 25.

³⁴ Sümer, "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru". s. 68.

³⁵ Cevdet Yavuz, Faruk Acar, ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri - Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2012). s. 426; Tankut, "Türk Borçlar Kanununda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması". s. 15; Tuncay, "Pazarlamacılık (Ticari Gezgini) Sözleşmesinin Düşündürdükleri". s. 9; Topçuoğlu, "Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı". s. 33;

³⁶ Özer Selçik, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977). s. 4; Süzek, *İş Hukuku*. s. 245.

³⁷ Topçuoğlu, "Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı". s. 37.

³⁸ Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. s. 350; Yavuz, Acar, ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri - Özel Hükümler*. s. 426.

³⁹ Süzek, *İş Hukuku*. s. 246.

d. Ticari İşletme Dışında Faaliyet Gösterme

Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının aracılık veya sözleşme yapma şeklindeki iş görme edimini ticari işletmenin dışında yerine getirmeyi üstlendiği hizmet sözleşmesidir⁴⁰. İşletme dışında faaliyet gösterme; pazarlamacıyı diğer işçilerden ve diğer bağlı tacir yardımcılardan, pazarlamacılık sözleşmesini de diğer hizmet sözleşmelerinden ayıran temel unsurdur. TBK m. 450'ye göre “*pazarlamacı, talimata uymamasını zorunlu kılan haklı bir sebep olmadıkça, kendisine verilen talimata uygun olarak müşterileri ziyaret etmekle yükümlüdür*”. Pazarlamacı, tacirden aldığı yetki ve talimatlar doğrultusunda işletmeden ayrılıp müşterileri ile birebir irtibat kurmalıdır. Bu yükümlülük, ancak pazarlamacının gezici faaliyet göstererek ve müşterinin ayağına giderek onlarla doğrudan iletişime geçmesiyle yerine getirilebilmektedir⁴¹. Dolayısıyla işletme merkez veya şubelerinden ayrılmadan ya da bir yerde sabit bulunmak suretiyle müşterileri ağırlamak, onlarla iletişim kurmak gezici nitelik arz etmediğinden⁴², yalnızca bu şekilde faaliyetlerini yürüten pazarlamacının davranışı sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilebilecektir⁴³.

Öte yandan, mehzaz İsvBK m. 347/2'de de pazarlamacının, faaliyetini ağırlıklı olarak “gezici (reisetätigkeit)” bir şekilde yani seyahat ederek yürütmesi gerektiği, aksi takdirde pazarlamacı sayılmayacağı öngörülmektedir. Her ne kadar anılan fıkra hükmü TBK'ya alınmamış olsa da aynı esasın Türk hukuku bakımından da geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁴. Hem işletme bünyesinde çalışan hem de işletme dışında aracılık yapan yardımcının ise pazarlamacı olarak nitelendirilebilmesi için, pazarlama faaliyetlerinin zaman bakımından en az yarısından fazlasını işletme dışında yürütmesi gerekmektedir⁴⁵. Aksi takdirde, pazarlamacılık sözleşmesinden ziyade bir genel hizmet sözleşmesinin varlığından söz edilebilecektir⁴⁶.

Nihayet, pazarlamacılık sözleşmesinin TBK m. 448'deki tanımında kullanılan “işletme dışı” ifadesi ile kastedilen, işletmenin merkezinin yanı sıra işletmenin şubelerinin de dışında kalan yerlerdir⁴⁷. Ancak, pazarlamacının mutlaka farklı illerde veya coğrafi bölgelerde görevlendirilmesi zorunluluğu olmayıp, aynı il

⁴⁰ Mustafa Çeker, *Ticaret Hukuku*, 8. baskı (Adana: Karahan Kitabevi, 2014). s. 112; Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. s. 350; Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*. s. 183; Yavuz, Acar, ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri - Özel Hükümler*. s. 427.

⁴¹ Tuncay, “Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesinin Düşündürdükleri”. s. 9.

⁴² Topuz, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi”. s.302; Zengin, *Pazarlamacılık Sözleşmesi*. s. 20.

⁴³ Zengin, *Pazarlamacılık Sözleşmesi*. s. 20.

⁴⁴ Akdeniz, “Pazarlamacılık Sözleşmesi”. s. 7; Tuncay, “Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesinin Düşündürdükleri”. s. 9.

⁴⁵ Rehbindler, *Schweizerisches Arbeitsrecht*. Art. 347, Rn. 5.

⁴⁶ Zevkililer ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*. s. 446.

⁴⁷ Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”. s. 34.

içindeki diğer ilçelerde veya semtlerde faaliyet gösterecek bir veya daha fazla pazarlamacı görevlendirilmesi de mümkündür⁴⁸.

e. Aracılık veya İşlem Yapma

Pazarlamacılık sözleşmesinde karakteristik edim, pazarlamacının asli yükümlülüğü olan işveren hesabına aracılık veya işlem yapma borcudur. TBK m. 448'e göre bu sözleşme kapsamında pazarlamacı, işveren hesabına ve işletme dışında olmak üzere her türlü işlemin yapılmasına “*aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşma ile belirlenmiş işlemleri yapmayı*” üstlenmektedir. Anılan hükümde pazarlamacının, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmekle görevlendirilebileceği gibi yazılı anlaşma bulunması şartıyla bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmakla da yükümlü olabileceği belirtilmektedir. Hükmün lafzından, kanun koyucunun “veya” bağlacını kullanmak suretiyle pazarlamacının aracılık veya sözleşme yapma faaliyetlerinden yalnızca birisini yapabilmesini murat ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Üstelik aracılık faaliyetlerinin konusuna, “*her türlü işlem*” dâhil edilirken; işlem yapmaya yetkisi, “yazılı anlaşmada belirtilen işlemler” ile sınırlı tutulmuş olması da bu yorumu desteklemektedir. Dolayısıyla tek bir pazarlamacının hem aracılık hem de işlem yapma yetkisine sahip olup olamayacağı konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Kanaatimizce yazılı anlaşmada belirtilen işlemleri yapmaya yetkili pazarlamacının, “*Qui potest maius, potest etiam minus*” (çoğu yapmaya yetkili olan, azı yapmaya da yetkilidir) ilkesi gereğince, bu işlemlerin yapılmasına aracılık etme yetkisinin de bulunduğunu öncelikle kabul etmek gerekmektedir. TBK m. 448'de yazılı anlaşma bulunması şartına bağlanarak sınırlandırılan hususun, pazarlamacıya işlem yapma yetkisi tanınan konular olduğu ve aracılık faaliyetleriyle ilgili herhangi bir şart ya da sınırlama öngörülmediği dikkate alındığında; yazılı anlaşmada belirtilen işlemleri yapma yetkisi verilen pazarlamacının, bu anlaşmada belirtilenlerin dışında kalan işlemlere aracılık da yapabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, işlem yapmaya yetkili kılınmış pazarlamacının, yazılı anlaşmada belirtilenler dışındaki işlemlerle ilgili olarak da aracılık faaliyeti yürütmesinin önünde hukuki bir engel bulunmadığından; pazarlamacının karine olarak aracı sıfatına sahip olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁴⁹. Aksi düşünüldüğünde daha çoğunu yapmaya yetkili olanın daha azını yapamayacağı şeklinde, hukukun temel ilkeleriyle bağdaşmayan bir sonuçla karşılaşılması söz konusu olacaktır. Öte yandan, anılan madde hükmünde işlem yapma yetkisi, zaten yazılı anlaşma şartına bağlandığından “veya” bağlacının yerine “ve” bağlacının kullanılmasının ya da en azından bu şekilde yorumlanmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Anılan hükmün bu şekilde yorumlanması neticesinde,

⁴⁸ Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”, 32.

⁴⁹ Hamdi Mollamahmutoğlu ve Muhittin Astarlı, *İş Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012). s. 435.

“aracı pazarlamacı”, kanun koyucunun amaçladığı gibi işlem yapma yetkisin-den yoksun bırakılırken; “işlem yapmaya yetkili pazarlamacı” yazılı anlaşmada belirtilenlerin dışında kalan işlemlerin yapılmasına da aracılık etmek suretiyle işverene fayda sağlayabilecektir. Öte yandan, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, işlem yapma yetkisine sahip pazarlamacının, yazılı anlaşmada belirtilenlerin dışında kalan işlemlere aracılık edemeyeceğinin kararlaştırılmasının mümkün olduğunu da belirtmek gerekmektedir.

Her ne kadar pazarlamacılık sözleşmesinin kanuni tanımında aracılık faaliyeti ile ilgili olarak “*her türlü işlem*” ifadesi kullanılsa da pazarlamacının faaliyet konusunu, işletmenin ürün veya hizmetlerinin tanıtım ve satışına dair işlemler oluşturmaktadır⁵⁰. Dolayısıyla bunların dışındaki, örneğin işletme için hammadde temini gibi işler pazarlamacılık sözleşmesinin konusunu oluşturamaz⁵¹. Ayrıca kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı işlemlerin de aracılık sözleşmesine konu edilemeyeceği de açıktır.

f. Ücret Karşılığı Çalışma

Kanun koyucu, TBK m. 448’de pazarlamacılık faaliyetinin ücret karşılığı yürütülmesini öngörmektedir. Ücret, aynı zamanda hizmet sözleşmesinin de zorunlu unsurlarındandır⁵². Tacir işveren tarafından pazarlamacıya ödenecek olan ücret, pazarlamacının yürüttüğü aracılık faaliyetinin ve varsa yazılı anlaşmada belirtilen işlemlerin yapılması şeklindeki iş görme ediminin de karşı edimini oluşturmaktadır. TBK m. 454/1’e göre pazarlamacıya verilecek ücret belirli bir miktar veya bu miktarla birlikte komisyondan oluşacak şekilde kararlaştırılabilmektedir. Ücretin tamamının veya önemli bir kısmının komisyondan oluşacağı; ancak kararlaştırılan komisyonun, pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması şartıyla geçerli sayılabilecek yazılı bir anlaşma ile kararlaştırılabilmektedir (TBK 454/2). Ayrıca iki aydan fazla olmamak üzere kararlaştırılan deneme süresi için ödenecek ücret taraflarca serbestçe belirlenebilecektir. (TBK 454/3).

C. PAZARLAMACININ TANIMI, STATÜSÜ VE TÜRLERİ

1. Pazarlamacının Tanımı ve Hukuki Statüsü

Pazarlamacılık sözleşmesinin TBK’deki tanımından yola çıkarak pazarlamacıyı, “*bir pazarlamacılık sözleşmesi ile tacire bağlı olan, tacir hesabına, çoğunlukla işletme dışında gezmek suretiyle, sürekli olarak, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi ve/veya bu işlemleri yapmayı, ücret karşılığında üstlenen kişi*” olarak tanımlamak mümkündür⁵³. Pazarlamacı işveren hesabına, onunla üçüncü

⁵⁰ Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”. s. 40.

⁵¹ Rehbinder, *Schweizerisches Arbeitsrecht*. Art. 247, Rn 6.

⁵² Zevkililer ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*. s. 420-422

⁵³ Öğretide pazarlamacı, “pazarlama işini üstlenen kişi” olarak tanımlanmaktadır, Ayhan, Özdamar ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku*, 350.

kişiler arasında sözleşme kurmaya yönelik faaliyetler yürütmektedir. Bu açıdan pazarlamacıyı, “hizmet sözleşmesi ile tacire bağlı bir tacir yardımcısı” olarak nitelendirmek mümkündür⁵⁴. Pazarlamacılık sözleşmesi hizmet sözleşmesinin bir türü olarak öngörüldüğünden, pazarlamacının da mutlaka bir gerçek kişi olması gerekmektedir⁵⁵. Türk Borçlar Kanunu m. 452 hükmüne göre pazarlamacı; kural olarak tacir hesabına, işletme dışında her türlü işlemin yapılmasına *aracılık etmek* için görevlendirilmekte⁵⁶, tacir hesabına işlemleri bizzat yapmak için görevlendirilecekse de bu işlemlerin yazılı bir anlaşmayla belirlenmesi şarttır⁵⁷.

Pazarlamacılar, işletme merkezi dışında faaliyet gösterirler. Bu sebeple pazarlamacı, işletmenin faaliyet çevresinin genişletilmesinde önemli bir rol üstlenir. İşletme merkezi dışında da “doğrudan” faaliyet göstermek isteyen tacirlerin, şube açmak ya da pazarlamacı göndermek şeklinde farklı seçenekleri bulunmaktadır. Tacirin faaliyetini ulaştırmak istediği her bölgede -özellikle de iş hacminin yeterli olmadığı bölgelerde- şube açmak gibi masraflı ve riskli bir yatırımda bulunması, genelde tacire fayda sağlamayacağı gibi aksine zarara uğramasına dâhi yol açabilir. İşte böylesi bir risk karşısında tacir, şube açmak yerine pazarlamacılar görevlendirmek suretiyle, daha düşük maliyet ve riskle doğrudan faaliyette bulunabilme imkânına sahip olurlar⁵⁸.

2. Pazarlamacı Türleri

Pazarlamacılık sözleşmesinin TBK m. 448’deki tanımı kapsamında aracılık ve işlem yapma şeklinde iki tür pazarlama faaliyeti öngörülmüş olması, öğretide “*aracı pazarlamacı*” ve “*işlem yapmaya yetkili (temsilci) pazarlamacı*” şeklinde iki tür pazarlamacı tanımının ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

a. Aracı Pazarlamacı

Aracı pazarlamacının tacir adına sözleşmeleri imzalama yetkisi bulunmaktadır. Aracı pazarlamacı işverenin pasif temsilcisi konumundadır⁵⁹. Bu kapsamda aracı pazarlamacı, işletmenin merkezi ve şubesi dışındaki müşterileri ziyaret edip onlarla ilişki kurarak sözleşmenin kurulmasına zemin hazırlar. Bu kapsamda aracı pazarlamacı müşteriyi işlemin ayrıntıları hakkında bilgilendirir; sözleşme hükümlerini müzakere eder, malın nitelikleri, teslimi; sözleşmenin

⁵⁴ Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”. s. 38.

⁵⁵ M. Turgut Öz, *Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012). s. 101

⁵⁶ Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. s. 351; Sedef Koç, “Borçlar Kanunu Tasarısının Hizmet Sözleşmesi ile İlgili Yeni Düzenlemeleri”, *GSÜHFD - Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan 1* (2004): 585-604. s. 601.

⁵⁷ Yavuz, Acar, ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri - Özel Hükümler*. s. 426; Çeker, *Ticaret Hukuku*. s. 112; Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. s. 351-352.

⁵⁸ Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”. s. 32.

⁵⁹ Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. s. 351.

içeriği ve ödeme koşulları hakkında müşterideki tereddütleri de giderir⁶⁰. Bunun sonucunda müşteri sözleşme yapmaya ikna olursa, müşterinin bu iradesini tacire ileterek ya da daha önceden hazırlanmış olan sözleşmeyi müşteriye imzalatarak sözleşmenin kurulmasına aracılık eder. Müşterinin sözleşmeyi imzalaması öneri sayılacağından; tacirin sözleşmeyi imzalaması ya da pazarlamacı aracılığıyla veya doğrudan, müşteriye kabul beyanını bildirmesi ile sözleşme kurulmuş olur⁶¹. Bütün bu işlemler sırasında, pazarlamacının üstlendiği rol, tacirin ve müşterinin iradelerini bildirmelerine aracılık etmekten ibaret olup, işletme adına sözleşmenin kurulmasına karar verme yetkisi işletme sahibine aittir. Başka bir ifadeyle aracı pazarlamacının iş görme edimi, tacir ile müşteri arasında sözleşme kurulmasına zemin hazırlamaktır. Bu durumun gerçekleşmesi ile aracı pazarlamacı yükümlülüğünü yerine getirmiş olarak aracılık sözleşmesinden kaynaklanan borcundan kurtulmaktadır. Bununla birlikte aracı pazarlamacı, aracılık faaliyetleri kapsamında müşterileri ziyaret ederek tacirin menfaatleri doğrultusunda aracılık faaliyetlerinin artırılmasını da sağlamalıdır⁶². Tacir ve pazarlamacının aralarında anlaşarak, pazarlamacı tarafından yapılacak aracılık faaliyetleri için, yapılan iş sayısı veya aracılık edilen sözleşme sayısı açısından alt sınır kararlıştırmaları mümkündür⁶³. TBK m. 452/2 gereği aracılık edilen sözleşme kurulmuş olsa dahi, aracı pazarlamacı müşterilerden tahsilât yapamaz ve ödeme günlerini değiştiremez. Görüldüğü gibi aracı pazarlamacının yetkileri son derece sınırlı olup, aracılık faaliyeti dışında kalan diğer işlerin yapılması için açıkça yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.

b. İşlem Yapmaya Yetkili (Temsilci) Pazarlamacı

Pazarlamacı kural olarak aracılık işi yapmakla birlikte; yazılı bir anlaşmayla kararlaştırılmış olması halinde, bu anlaşmada belirtilen işlemleri tacir adına ve hesabına yapmaya yetkili kılınabilmekte ve bu durumda işlem yapmaya yetkili pazarlamacı söz konusu olmaktadır⁶⁴. TBK m. 452/2'ye göre pazarlamacının tacir adına ve hesabına sözleşme yapma yetkisi, yapmaya yetkili kılındığı işlemlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlemleri ve fiilleri kapsamaktadır. Bu

⁶⁰ Topuz, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi". s. 306.

⁶¹ Uygulamada, önceden hazırlanan sözleşmede genelde tacirin imzası ve kaşesi bulunmaktadır. Bu ihtimalde, hazır olmayanlar arasında kurulacak olan sözleşmede bir nevi haberci rolü üstlenen pazarlamacının, sözleşmeyi müşteriye iletmesini öneri olarak kabul etmek gerekmektedir. Nitekim hazırlanan sözleşme tacirin imzasını da içerdiğinden, hukuki anlamda önerinin bütün niteliklerini taşımaktadır. Bu durumda müşterinin sözleşmeyi imzalaması ise; kabul beyanı olarak kabul edilmeli ve sözleşmenin kurulmuş sayılmalıdır.

⁶² Topçuoğlu, "Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı". s. 34.

⁶³ Topçuoğlu. s. 34.

⁶⁴ Gerek TBK'da gerekse İsvBK'da pazarlamacının faaliyetlerini "işveren hesabına" yürüteceği öngörülmüştür. Pazarlamacının işverene bağımlı olması ve sözleşmelere taraf olmaması dikkate alındığında söz konusu ifadenin "işveren ad ve hesabına" şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

bağlamda, pazarlamacı, ifa yerini tayin etmeye, gerekli ihbar ve ihtarları yapmaya, kurulan sözleşmeyi değiştirmeye ve feshetmeye yetkilidir⁶⁵. İşlem yapmaya yetkili pazarlamacı sözleşme yaparken, işveren tarafından verilen talimatlarda öngörülen fiyatlara ve diğer işlem koşullarına uymakla yükümlüdür ve TBK 450/2 hükmü uyarınca işverenin rızası bulunmadan bunlarda değişiklik yapamaz.

II. PAZARLAMACININ PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARI

A. İŞ GÖRME BORCU

Pazarlamacılık sözleşmesinin tanımının yapıldığı TBK m. 448’de ifade edilen, pazarlamacının işletme dışında işveren hesabına “*aracılık veya işlem yapma*” şeklindeki iş görme borcu; pazarlamacılık sözleşmesine karakteristik özelliğini veren ve bu sözleşmeyi diğer hizmet sözleşmelerinden ayırarak hizmet sözleşmesinin özel bir türü haline getiren en temel unsur niteliğindedir.

Pazarlamacının iş görme borcu, TBK m. 448’de “*işletme dışında her türlü işleme aracılık etmek veya yazılı anlaşma varsa bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmak*” şeklinde ifade edilmekle birlikte bahsedilen işin ne şekilde görüleceği hususunda herhangi bir açıklama yapılmamaktadır. Pazarlamacının işçi statüsünde olması nedeniyle ve pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanacağını öngören TBK m. 469 hükmü gereğince; pazarlamacının, genel hizmet sözleşmesinde işçinin borçlarını düzenleyen TBK m. 395 vd. hükümlerine uygun olarak iş görme edimini yerine getirmesi gerekmektedir.

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde ifade belirtilmemekle birlikte, TBK m. 395’te belirtilen, işçinin işi bizzat görme borcu, pazarlamacı açısından da geçerlidir. Buna göre pazarlamacı, sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür. Dolayısıyla pazarlamacının işin görülmesinde yardımcılarından yararlanması yahut alt pazarlamacı atamak suretiyle işi başkalarına yaptırması mümkün değildir⁶⁶. Bu kural özellikle işçinin tüm zamanını işverenin emrine hazır bulundurduğu, pazarlamacılık sözleşmesini de kapsayan hizmet sözleşmelerinde istisnasız olarak uygulanmaktadır⁶⁷.

İş görme borcu ile alakalı olarak TBK’da pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin özel düzenlemelerde, hakkında hüküm vazedilmemiş diğer bir husus da pazarlamacının çalışma süresidir. Mevzuatın Art. 347a/3 hükmünde; çalışma

⁶⁵ Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”. s. 34.

⁶⁶ Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, ve Emine Tuncay Kaplan, *İş Hukuku*, 4. baskı (Ankara: Gazi Kitabevi, 2011). s. 87; Sinan Sami Akkurt, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, sayı 2 (2008): 13-64. s. 25.

⁶⁷ Yavuz, Acar, ve Özen, *Borçlar Hukuku Derleri - Özel Hükümler*. s. 395.

saatlerinin, taraflarca, herhangi bir şekilde tabi olmaksızın serbestçe belirlenebileceği hüküm altına alınmışken TBK'da bu yönde bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu konuda da yine TBK m. 469'un atfıyla hizmet sözleşmesine ilişkin genel hükümleri uygulanarak pazarlamacının çalışma saatlerinin tespit edilmesi gerekmektedir. TBK m. 398/1 hükmünde fazla çalışma borcu tanımlanırken “*ilgili kanunlarda belirtilen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma*” ifadesi kullanılmış ve işçinin normal çalışma süresinin tespiti bakımından bu konuda düzenleme yapan ilgili kanunlara gönderme yapılmıştır⁶⁸. Bu doğrultuda pazarlamacılık sözleşmesine de uygulanacak olan, çalışma sürelerine ilişkin genel düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu⁶⁹ (İŞK) m. 63'te yer almaktadır. İlgili hükme göre, genel bakımdan *çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir*. İŞK m. 66'da ise çalışma süresinden sayılan haller düzenlenmekte, *işçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler* de çalışma süresinden sayılmaktadır. Pazarlamacının yapmayı üstlendiği iş, müşterilerin ayağına giderek ürünlerin satış ve tanıtımını yapmayı zorunlu kıldığından, bu ziyaretlerin yapılmasında müşterilere ulaşmak için harcanan sürelerin de çalışma süresinin hesaplanmasında dikkate alınması gerekmektedir⁷⁰.

B. MÜŞTERİLERİ ZİYARET ETME BORCU

Pazarlamacılık faaliyetinin niteliği gereği, pazarlamacının en önemli borçlarından biri de müşterileri ziyaret etme borcudur⁷¹. TBK m. 450/1 uyarınca pazarlamacı, talimatlara uymamasını haklı kılan bir sebep bulunmadıkça işverenin kendisine verdiği talimatlara uygun olarak müşterileri ziyaret etme borcu altındadır. Bu bakımdan; hastalık, yöresel tatil, ulaşım güçlükleri veya müşteri sayısının azlığı, herhangi bir müşterinin bulunmaması, pazar veya fuar açılması gibi durumlar, pazarlamacının talimata uymamasını zorunlu kılan sebep olarak gösterilebilir⁷². Pazarlamacı bu borcunu yerine getirirken, ziyaret ettiği müşterilerle işveren arasında sözleşme kurulmasını sağlamak yönünde de çaba sarf etmeli⁷³ ve ziyaretler hakkında işverene bilgi vermek zorundadır⁷⁴.

⁶⁸ Türk Borçlar Kanunu'nda normal çalışma süresine ilişkin bir belirleme yapılmamış olması öğretide eleştirilmektedir. Bkz. Gülsevil Alpagut, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, *Legal İHSGHD* 8, sayı 31 (2011): 913-59. s. 915.

⁶⁹ RG: 10.06.2003 T., 25134 S.

⁷⁰ Ünal Narmanlıoğlu, “İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı”, *Sicil*, sayı 17 (2010): 27-44. s. 33.

⁷¹ Akdeniz, “Pazarlamacılık Sözleşmesi”. s. 17.

⁷² Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*. s. 446; Akdeniz, “Pazarlamacılık Sözleşmesi”. s. 17.

⁷³ Rehbindler, *Schweizerisches Arbeitsrecht*. Art. 348, Rn. 3; Meyer, *Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden*. s. 42; Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”. s. 33.

⁷⁴ Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”. s. 53.

Müşterileri ziyaret etme borcunun kapsamı, sözleşmeyle belirlenebileceği gibi, işverenin yönetim hakkı kapsamında tek taraflı olarak verdiği talimatlarla da belirlenebilir. Ancak; ziyaretin sıklığı ve kapsamı konusunda ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁷⁵ (TMK) m. 2’de ifade bulan genel dürüstlük kuralı dikkate alınarak talimat verilmeli; uygun olmayan yer, zaman veya sıklıkta ziyaret talimatı verilmemelidir. Dolayısıyla pazarlamacının, bu kurala aykırı olarak verilen talimatları yerine getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

C. TALİMATLARA UYMA BORCU

Her ne kadar açıkça düzenlenmemiş olsa da pazarlamacının yükümlülüklerinin düzenlendiği TBK m. 450’de yer alan “*pazarlamacı talimatlara uymamasını zorunlu kılan haklı bir sebep olmadıkça*” ifadesinden pazarlamacının işverenin talimatlarına uymakla yükümlü olduğu anlamı çıkarılabilmektedir. Öte yandan TBK m. 469’un atfı nedeniyle uygulanacak olan TBK m. 399’da yer alan, “*işçiler; işverenin, sözleşmeden kaynaklanan yönetim hakkına dayanarak, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili yaptığı genel düzenlemelere ve verdiği özel talimatlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlüdür*” hükmü gereğince pazarlamacının işverenin talimatlarına uyma yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁶.

Kanun koyucu TBK m. 450 hükmünde, “*pazarlamacı, talimata uyulmasını gerektirecek haklı bir sebep olmadıkça, kendisine verilen talimata uygun olarak müşterileri ziyaret etmekle yükümlüdür*” ifadesini kullanarak, haklı sebebin bulunması şartıyla talimata uyma yükümlülüğünün ortadan kalkmasının, sadece müşterileri ziyaret etme yükümlülüğüne özgü istisnai bir hal olduğu izlenimi vermektedir. Üstelik devamındaki maddelerde veya Gereğede bu konuda bir açıklama da bulunmamaktadır. Şüphesiz ki pazarlamacı, diğer borçlarında olduğu gibi müşterileri ziyaret etme borcunu yerine getirirken de işverenin talimatlarına uygun hareket edecek; talimata uyulmamasını zorunlu kılan haklı bir sebebin bulunması halinde ise, bu yükümlülükten kurtulabileceği gibi, talimatta belirtilmeyen yahut talimatın sınırlarını aşan bir davranışta da bulunabilecektir. Dolayısıyla anılan hükümde geçen “*talimata uyulmamasını zorunlu kılan haklı sebep*” ifadesinin, sadece müşterileri ziyaret etme yükümlülüğüyle alâkalı talimatları değil, işverenin pazarlamacıya verdiği bütün talimatları kapsadığını kabul etmek gerekmektedir. Ayrıca, talimata uymamasını zorunlu kılan bir haklı nedenin bulunması durumunda pazarlamacının nasıl davranması gerektiği konusunda işverenden görüş veya izin almasına da gerek yoktur⁷⁷. Ancak, pazarlamacının bu davranışı tacire zarar verebilecek bir davranış ise mutlaka tacirin izni alınmalıdır⁷⁸.

⁷⁵ RG: 08.12.2001 T., 24607 S.

⁷⁶ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, *İş Hukuku*. s. 520.

⁷⁷ Meyer, *Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden*. s. 34.

⁷⁸ Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”. s. 54.

Öte yandan, pazarlamacıya belirli bir müşteri çevresinde veya belirli bir coğrafi alanda faaliyette bulunma yetkisi verilmiş, diğer bir ifadeyle *tekel hakkı* tanınmış ise, işverenin talimat vermek suretiyle tek taraflı olarak bu hususta bir değişiklik yapması mümkün olmadığı gibi, pazarlamacının böyle bir talimata uyma yükümlülüğü de bulunmamaktadır⁷⁹. TBK m. 453 hükmüne göre bu minvalde bir değişikliğin yapılması ancak tarafların yazılı olarak anlaşması ile mümkündür.

Türk Borçlar Kanunu m. 399'da da ifade belirtildiği üzere, işverenin işçilere (pazarlamacılara) yönelik emir ve talimatları hizmet sözleşmesinin içeriğinde yer alabileceği gibi; işveren bunları birden fazla işçiyi ilgilendiren iş yeri yönetmeliği gibi genel düzenlemelerle ya da herhangi bir işçiye yahut pazarlamacıya yönelik olarak özel talimatlar şeklinde de verebilmektedir⁸⁰. Her ne şekilde verilmiş olursa olsun, pazarlamacının uyma zorunluluğunun bulunması için bu talimatların, dürüstlük kuralına aykırı olmaması ve işle veya işin gereğiyle ilgili olması gerekmektedir⁸¹. Bu kapsamda verilen işveren talimatlarına uyma borcu bağımsız bir nitelik taşımayıp, iş görme borcu içinde yer aldığından, bu borcun ihlali iş görme borcunun, dolayısıyla da pazarlamacılık sözleşmesinin ihlali anlamına gelecektir⁸².

İşveren tarafından verilen talimatlara uyma yükümlülüğü aynı zamanda pazarlamacının işverene bağlı bir çalışan olduğunun da en önemli göstergesidir⁸³. Zira TBK m. 450/1'in devamında da işverenin işenin izni olmadıkça pazarlamacının, kendisi veya üçüncü kişilerin hesabına işlem veya aracılık yapamayacağı ifade edilerek, pazarlamacının işverene bağlı olduğu ve onun talimatları doğrultusunda hareket edebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda, işverenin talimatlarına aykırı bir davranışta bulunan pazarlamacı, yetkisini aşarak işverene verdiği zararları tazmin etmekle yükümlüdür⁸⁴.

Pazarlamacı işlem yapmaya yetkiliyse, TBK m. 450/2 uyarınca işverenin talimatlarında öngörülen fiyatlara ve diğer işlem koşullarına uymak zorundadır ve işverenin rızası olmadıkça bunlarda değişiklik yapamayacaktır. Söz konusu hüküm, talimatlara uyma yükümlülüğünün, pazarlamacılık sözleşmesindeki işlem yapma yetkisine bağlı olarak ortaya çıkan özel görünümü niteliğindedir. Böylece; müşterilerle müzakerelerde bulunarak işlem yapmaya yetkili kılınan pazarlamacı, işverenin rızası olmadan, onun bu işlemler ile alakalı talimatlarında öngörülen fiyatlara veya diğer işlem koşullarına aykırı olacak şekilde hukuki işlemler tesis edemeyecektir.

⁷⁹ Akdeniz, "Pazarlamacılık Sözleşmesi". s. 17.

⁸⁰ Mollamahmutoğlu ve Astarlı, *İş Hukuku*. s. 521; Narmanlıoğlu, *İş Hukukuna 1-Ferdi İş İlişkileri*. s. 256.

⁸¹ Zevkililer ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*. s. 430;

⁸² Yavuz, Acar, ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri - Özel Hükümler*. s. 395.

⁸³ Topuz, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi". s. 318.

⁸⁴ Tuncay, "Pazarlamacılık (Ticacari Gezgin) Sözleşmesinin Düşündürdükleri". s. 13.

İşverenin, rızası olmaksızın veya daha sonra rızasının alınması koşuluyla pazarlamacı bir hukuki işlem kurarsa, bu durumda TBK m. 46 vd. hükümlerinde düzenlenen yetkisiz temsil söz konusu olacaktır. Zira böyle bir durumda pazarlamacı işverenin kendisine verdiği temsil yetkisini aşarak yahut yetkisiz olduğu halde temsilci sıfatıyla hukuki işlem yapmaktadır. TBK m. 46'ya göre bu şekilde kurulan bir hukuki işlem, ancak onay vermesi halinde temsil olunanı bağladığından, pazarlamacının kurduğu böyle bir işlem de ancak işverenin onaması halinde onun açısından bağlayıcı olacaktır.

D. BİLGİ VERME BORCU

Pazarlamacının yükümlülüklerinden bir diğeri de TBK m. 450/3'te düzenlenen, pazarlama faaliyetleri hakkında ve müşteri çevresini ilgilendiren önemli olaylar hakkında işverene bilgi vermektir⁸⁵. Kâr amacı güden ticari işletmeler, bu kârı en yüksek seviyede tutabilmek için ürün veya hizmetlerini ulaştırmak istedikleri hedef müşteri kitlesini, satış faaliyetlerinin seyrini, ilgili piyasalardaki değişiklikleri an be an takip etmek zorundadırlar. İşletme dışındaki bölgelerde de işletmenin mal veya hizmetlerini pazarlamak üzere giden, buralardaki müşterileri ziyaret eden pazarlamacı, gittiği bölgelerde tabir yerindeyse işverenin gözü kulağı olmak zorundadır. Böylece işveren, pazarlamacı görevlendirmek suretiyle doğrudan dâhil olduğu müşteri çevresi ve faaliyet alanı hakkında gerekli bilgilere de sahip olacak, ortaya çıkan gelişmelere uygun tedbirler alabilecek, stratejiler geliştirebilecektir.

Bilgi verme yükümlülüğü kapsamında pazarlamacı tarafından verilecek bilginin içeriği veya ne sıklıkla verileceği hususunda ne TBK m. 450'de ne de Gerekeçede ayrıntılı bilgiye yer verilmiştir. Bununla birlikte öğretilerde, pazarlamacının bilgi verme yükümlülüğünün müşterilerin mali durumu ve ödeme ahlakı hakkında işverenin bilgi edinmesini de kapsadığı ifade edilmektedir⁸⁶. Öte yandan tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bilgi verme yükümlülüğünü somutlaştırması da mümkündür. Pazarlamacı ve işveren, aralarında akdettikleri pazarlamacılık sözleşmesiyle bilgi verme yükümlülüğünün şekli, süresi, sıklığı ve kapsamı hakkında düzenleme yapabilirler⁸⁷. Bilgi verme yükümlülüğü hakkında pazarlamacılık sözleşmesinde de herhangi bir hüküm bulunmaması halinde, bu yükümlülüğün içeriğinin ve kapsamının işveren tarafından verilen talimatlarla belirleneceği kabul edilmektedir⁸⁸.

⁸⁵ Genel hizmet sözleşmesinde işçinin bilgi verme borcu çoğu zaman "özen ve sadakat" borcu kapsamında ele alınmaktadır. Kanaatimizce de işçinin, müşteri çevresinde ve faaliyet alanında meydana gelen önemli gelişmeler ile yürüttüğü faaliyetler hakkında işverene bilgi veya haber vermesi sadakat borcu kapsamında mütalaa edilmelidir. Ancak TBK'nın pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin m. 450/3 hükmünde bu konuda özel bir düzenleme yer aldığından, bu çalışmada pazarlamacının bilgi verme borcu, ayrı bir başlık altında incelenmektedir.

⁸⁶ Çeker, *Ticaret Hukuku*. s. 113.

⁸⁷ Zengin, *Pazarlamacılık Sözleşmesi*. s. 83.

⁸⁸ Arzu Arslan Ertürk, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010). s. 184.

E. ÖZEN VE SADAKAT BORCU

1. Genel Olarak

Pazarlamacılık sözleşmesinin hizmet sözleşmesinin bir türü olması ve pazarlamacının işçi statüsünde olması, pazarlamacının, TBK m. 448 vd. hükümlerinde düzenlenen iş görme, müşterileri ziyaret etme, talimatlara uyma ve bilgi verme borçlarının yanı sıra, genel hizmet sözleşmesinde işçiye yüklenen, ancak TBK m. 448 vd. hükümlerde ayrıca zikredilmeyen, özen ve sadakat borcu kapsamına giren birtakım borçlara da sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin düzenleme bulunmayan hallerde hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanacağını ifade eden TBK m. 469'un göndermesiyle de bu borçların pazarlamacı açısından geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.

Genel hizmet sözleşmesinde işçinin özen ve sadakat borcu, TBK m. 396'da düzenlenmektedir. Anılan maddenin birinci fıkrasına göre, işçi yüklediği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. İşçinin özen borcu, iş görme ediminin yerine getirilmesinde özenle davranılmasının yanı sıra TBK m. 396/2 uyarınca, işin görülmesi için işçiye teslim edilen, işverene ait araç ve gereçler ile diğer malzemelerin usulüne uygun ve özenli kullanılmasını da kapsamaktadır. İşçinin özen borcuna ilişkin bir diğer düzenleme ise işçinin sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 400 hükmüdür. Bu düzenlemeye göre işçi, işverene kusuruyla verdiği, diğer bir ifadeyle özen ve sadakat borcuna aykırı davranışla verdiği her türlü zarardan sorumlu tutulmaktadır.

İşçinin özen ve sadakat borcunun, genel olarak işverenin menfaatlerini korumak ve bu menfaatlere zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak şeklinde olumlu ve olumsuz görünümüleri bulunmaktadır⁸⁹. Bu kapsamda pazarlamacı; işlerin yolunda gitmesi, işverenin itibarının sarsılmaması ve işverenin zarara uğramaması için gerekli bütün tedbirleri almalı, tespit ettiği düzensizlikleri ve eksiklikleri işverene bildirmeli; işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, onun itibarını ve kredisini düşürecek hareketlerde bulunmak gibi davranışlardan da kaçınmalıdır.⁹⁰ Bu yükümlülükler aykırı davranan işçi (pazarlamacı), sadakat borcunu yerine getirmemiş sayılır ve bu durumda iş sözleşmesi (pazarlamacılık sözleşmesi) işveren tarafından haklı nedenle feshedilebileceği gibi işçinin (pazarlamacının) tazminat ödeme yükümlülüğü de gündeme gelebilecektir⁹¹. Sözleşmenin sona ermesinden sonra pazarlamacının sadakat borcuna aykırı davranışı söz konusu olması halinde ise işveren tarafından sadece tazminat talep edilebilecektir⁹².

⁸⁹ Yavuz, Acar, ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri - Özel Hükümler*. s. 397.

⁹⁰ Yavuz, Acar, ve Özen. s. 398.

⁹¹ Kenan Tunçomağ, *Türk İş Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1988). s. 108.

⁹² Zevkililer ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*. s. 430.

Hizmet sözleşmesi kapsamında işçinin ve bu statüdeki pazarlamacının, sadakat borcu kapsamında mütalaa edilen, ancak arz ettikleri önem dolayısıyla Kanunda özel olarak düzenlenmiş olan sır saklama borcu ve rekabet etmeme borçları da bulunmaktadır.

2. Sır Saklama Borcu

Pazarlamacılık sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması ve karşılıklı güven ilişkisine dayanmasının bir sonucu olarak pazarlamacı, yürüttüğü pazarlamacılık faaliyeti vesilesiyle vakıf olduğu, işverene, işyerine ve işe ait bilgileri saklamakla ve bunları üçüncü kişilerle paylaşmamakla yükümlüdür⁹³. Bu konuda TBK'da pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin özel hüküm bulunmadığından TBK m. 469 uyarınca, genel hizmet sözleşmesinde işçinin sır saklama borcunun düzenlendiği TBK m. 396/4' hükmü uygulama alanı bulmaktadır. Anılan hükme göre işçi; iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisi devam ettiği süre boyunca kendi yararına kullanamaz veya başkalarına da açıklayamaz ve işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür. Söz konusu açık hüküm karşısında, işverenin haklı menfaati bulunduğu takdirde sözleşme sonrasında sır saklama yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için taraflar arasında rekabet yasağı anlaşması veya sır saklama sözleşmesi yapılmış olmasına gerek olmadığını kabul etmek gerekir⁹⁴.

Sır saklama borcu kapsamında mütalaa edilebilecek bilgiler, üretim yöntemleri ve süreçlerine, satış organizasyonuna ve müşteri listelerine ilişkin olabileceği gibi işverenin mali ya da kişisel durumuna ilişkin de olabilmektedir⁹⁵. İşçinin işin görülmesi kapsamında öğrendiği sırlara tesadüfen ya da hukuka aykırı yollardan ulaşması da bu sırların, sır saklama borcu kapsamının dışında tutulmasını sağlamamaktadır⁹⁶.

3. Rekabet Etmeme Borcu

Çalışma özgürlüğü gereğince, kural olarak bir işçinin aynı anda birden fazla işveren hesabına çalışması veya bununla birlikte kendi adına çalışması engellenemez⁹⁷. Ancak işçinin, işverenin menfaatlerini zarara uğratacak şekilde, üçüncü kişiye hizmette bulunması veya aynı işi kendi adına yaparak işvereni işle rekabette bulunması, şüphesiz ki en başta MK m. 2'de ifade edilen dürüstlük kuralıyla bağdaşmamaktadır. Öte yandan TBK'nın genel hizmet sözleşmesine ilişkin, "Özen ve sadakat borcu" başlıklı 396'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasına göre;

⁹³ Topuz, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi". s. 321.

⁹⁴ Süzek, *İş Hukuku*. s. 361.

⁹⁵ Süzek. s. 360.

⁹⁶ Fatih M. Uşan, "Eski İşçinin Sır Saklama Borcu", *Sicil* 1, sayı 1 (2006): 53-70. s. 61.

⁹⁷ Süzek, *İş Hukuku*. s. 360.

“işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girmez”. Anılan hüküm, işçinin işvereni ile rekabet etmemesinin yanı sıra sadakat yükümlülüğüne aykırı olarak ücret karşılığında üçüncü kişi hesabına çalışmasını da kapsamaktadır⁹⁸. Dolayısıyla işçinin işvereni ekonomik zarara uğratacak şekilde; işverenin yaptığı türden bir işi veya işverenin hitap ettiği müşteri çevresinin bir kısmına veya tamamına yönelik olarak yapılmasını konu edinen bir faaliyeti, kendi adına yapmasının yanı sıra üçüncü kişi adına yapması da TBK m. 396/3 anlamında işverenle rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırılık olarak kabul edilmektedir⁹⁹. Söz konusu hükümde, üçüncü kişiye verilecek hizmetin *bir ücret karşılığında* yapılması halinde rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamına girdiği öngörülmekteyse de işçinin işyerindeki verimliliğini azaltması halinde, karşılığında herhangi bir ücret alınmaksızın görülen hayır işleri gibi hizmetler de bu yükümlülük kapsamına girmektedir¹⁰⁰.

Öğretide “işçinin kanundan doğan rekabet etmeme borcu/yükümlülüğü” olarak adlandırılan¹⁰¹ bu yükümlülük, hizmet sözleşmesinin süresi içerisinde geçerli olduğundan, işçinin işe girdiği tarihte başlayıp, işten ayrıldığı veya çıkarıldığı tarihte sona ermektedir. Ancak TBK m. 444 uyarınca işçinin hizmet sözleşmesinin bitiminden sonra da işverenle rekabet etmesini engelleyecek bir anlaşmanın yapılması da mümkündür.

Öte yandan, pazarlamacılık sözleşmesiyle ilgili olarak TBK m. 450/1’ de pazarlamacının, *işverenin izni olmadıkça kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem veya aracılık yapamayacağı* öngörülmektedir. Bu ifade, her ne kadar pazarlamacının talimatlara uyma yükümlülüğü kapsamında yer alsın da TBK m. 396/3’te düzenlenen işçinin rekabet etmeme borcuyla paralellik arz etmektedir¹⁰². Ancak TBK m. 450/1’de, m. 396/3’ten farklı olarak; pazarlamacının kendisi veya üçüncü kişi hesabına işlem ya da aracılık yapması yasağı, yapılan işin sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmesine bağlı kılınmamış, bunun yerine işverenin izninin olmamasına bağlanmıştır. Dolayısıyla pazarlamacının, işverenin izni olmadıkça, ister kendi hesabına isterse başkası hesabına olsun yürüteceği aracılık ve işlem yapma faaliyetleri işverenin menfaatine zarar verici olup olmadığına bakılmaksızın, mutlak surette yasaklanmaktadır. Mevzuatın 348/1’de, işveren tarafından verilecek söz konusu iznin yazılı şartı öngörülmekteyken TBK’da böyle bir şekil şartı yer almamaktadır.

⁹⁸ Fatih M. Uşan, *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003). s. 89.

⁹⁹ İşçinin rekabet etmeme borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Polat Soyer, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi* (Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1994).

¹⁰⁰ Yavuz, Acar, Özen, 2012, 401; Ertürk, 2010, s. 322.

¹⁰¹ Kudret Ertaş, *Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu* (Ankara: Şafak Yayınevi, 1982). s. 64.

¹⁰² Zengin, *Pazarlamacılık Sözleşmesi*. s. 76.

Pazarlamacının rekabet etmeme borcu bahsinde değinilmesi gereken bir diğer konu da diğer bağlı tacir yardımcılarının tabi olduğu rekabet yasağıdır. Zira TBK m. 553'te bağlı tacir yardımcılar için öngörülen rekabet yasağı hükmünün, hizmet sözleşmesi altında olmak üzere TBK'nın başka bir bölümünde düzenlenen pazarlamacı bakımından da geçerli olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Ancak, TBK m. 450/1'de düzenlenen pazarlamacının rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin özel düzenleme bulunduğu ve TBK m. 469'da pazarlamacılık sözleşmesine uygulanacak hükümler arasında TBK'nın bağlı tacir yardımcılara ilişkin on ikinci bölümü sayılmadığından bu soruya olumlu cevap vermek pek mümkün gözükmemektedir.

Bağlı tacir yardımcılarının tabi oldukları rekabet yasağı kapsamında, bunların kendilerinin veya üçüncü kişilerin hesabına *işletmenin yaptığı türden işleri* yapmaları yasaklanmışken TBK m. 450/1 de böyle bir sınırlama getirilmemiş, pazarlamacının kendisi veya üçüncü kişi hesabına *işlem veya aracılık* yapması yasaklanmıştır. Öğretide Zengin, pazarlamacının da diğer bağlı tacir yardımcılarında olduğu gibi *fiili işletme konusuyla sınırlı olarak* rekabet yasağının bulunduğu kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰³. Kanımızca pazarlamacının rekabet etmeme borcunun bu şekilde tespiti; pazarlamacı ve işveren arasındaki ilişkinin daha güçlü bir bağımlılık unsuru içeren hizmet sözleşmesine dayandığı, pazarlamacının sadakat ve özen yükümlülüklerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği dikkate alındığında, kanun koyucunun gözettiği amaca uygun bir çözüm yolu olarak gözükmemektedir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi işçinin verimini düşürecek yoğunlukta üçüncü kişi veya kendi hesabına çalışması veya bir hizmette bulunması işçinin sadakat borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Bu konuda, pazarlamacının sadakat borcu içerisinde yer alan rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamındaki faaliyetlerinin, işverenin menfaatlerine aykırı olup olmadığı ölçü alınarak bir yorum getirilmelidir. Dolayısıyla pazarlamacının, işveren tacirin izni olmaksızın, onun fiili işletme konusundan farklı alanlarda dahi, verimini düşürecek şekilde, üçüncü kişi veya kendi hesabına işlem ya da aracılık yapamayacağının kabulü gerekir. Aynı şekilde, pazarlamacının, bu yoğunluğa ulaşmamakla birlikte, işverenin fiili işletme konusuyla aynı konuda üçüncü kişi veya kendi hesabına yürüttüğü aracılık ya da işlem yapma faaliyetleri de rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmeli ve işveren tacirin izni aranmalıdır.

¹⁰³ Zengin'e göre; pazarlamacılık sözleşmesi bakımından da rekabet yasağının işveren tacirin ticari işletmesinin fiili iştiğal konusu ile sınırlı olacak şekilde kabul edilmesi gereklidir. Zira pazarlamacıdan daha geniş yetkilere sahip olan ticari temsilcinin tabi olduğu rekabet yasağının sınırları dahi fiili işletme konusu ile çizilmişken taciri daha düşük seviyede temsil eden hatta temsil yetkisi dahi bulunmayabilen pazarlamacının da rekabet etmeme borcunun sınırlı olması gerekmektedir. Ayrıca yazar, rekabet etmeme yükümlülüğü Anayasa m. 48 ile teminat altında olan çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olduğundan dar yorumlanması gerektiğini, sınırlamanın mümkün olduğunca asgari düzeyde tutulması gerektiğini de ifade etmektedir (Zengin. S. 77).

F. GARANTİ BORCU

Pazarlamacının, müşterilerin borçlarını ödememelerinden veya diğer yükümlülüklerini yerine getirmemelerinden sorumlu tutulması bahsi, pazarlamacının yükümlülük ve yetkileri kapsamında “Garanti¹⁰⁴” başlığını taşıyan TBK m. 451’de hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar maddenin başlığında kullanılan ifadeyle pazarlamacının garanti verme borcunun bulunduğu izlenimi verilmiş olsa da anılan maddenin birinci fıkrasında yer alan “*pazarlamacının, müşterilerin ödememelerinden veya diğer yükümlülüklerini ifa etmemelerinden sorumlu olacağına ya da alacağın tahsili için yapılacak masrafları tamamen veya kısmen karşılayacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür*” ifadesinde, pazarlamacıya garanti borcu yüklenmesinin kural olarak mümkün olmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla, bu hükmün açık ifadesinden de anlaşıldığı üzere pazarlamacı, müşterilerin yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmemelerinden sorumlu olmadığı gibi, işverenin bu borçların tahsili için yaptığı harcamaların tamamını ya da bir kısmını karşılamakla da yükümlü değildir. Aksi yönde yapılan, diğer bir ifadeyle pazarlamacıya müşterilerin yükümlülüklerini garanti etme borcu doğuran münferit anlaşmalar da söz konusu hükmün emredici nitelik taşıması nedeniyle kesin olarak geçersizdir. Bu kurala aykırı bir yükümlülüğün, pazarlamacılık sözleşmesi ile kararlaştırılmış olması halinde ise, sözleşmesinin geçerliliği bundan etkilemeyecek, yalnızca garanti yükümlülüğü öngören sözleşme hükmü kesin olarak hükümsüz sayılacaktır¹⁰⁵. Böylece kanun koyucu ekonomik yönden zayıf konumda olan pazarlamacıyı korumayı amaçlamış¹⁰⁶, hizmet sözleşmesinde de olduğu gibi, edim fiili üstlenen pazarlamacıya, belirli bir sonuca ulaşmak şeklinde bir borç yüklenmesinin önüne geçmek istemiştir¹⁰⁷.

Türk Borçlar Kanunu m. 451/1 de belirttiği üzere kural olarak pazarlamacının garanti borcu bulunmamakla birlikte aynı hükmün 2. ve 3. fıkralarında sırasıyla, *kendi müşteri çevresiyle işlem yapan* pazarlamacıların ve *sigorta sözleşmelerine aracılık yapan* pazarlamacıların belirli şartlar altında garanti borcu üstlenebileceği düzenlenmektedir.

Kendi müşteri çevresiyle işlem yapan pazarlamacı TBK m. 451/2 uyarınca, müşterilerin borçlarını ifa etmemesi durumunda, işverenin her bir işlemde uğrayacağı zararın en fazla dörtte birini karşılamayı, uygun bir ek komisyon karşılığında yazılı olarak üstlenebilmektedir. Öncelikle, garanti borcu üstlenilmesi, hükmün açık ifadesinden anlaşıldığı üzere *işlem* yapmaya yetkili pazarlamacı

¹⁰⁴ TBK m. 451’e karşılık gelen İsvBK Art.348a hükmünün başlığı “Delcredere”dir. Öğretide, İsvBK.m.348a’da düzenlenen olan bu sorumluluk üstlenmesinin, garantiden ziyade kefalet olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir (Rehbinder, *Schweizerisches Arbeitsrecht*. Art. 348a, Rn. 2).

¹⁰⁵ Ertan Demirkapı, “Pazarlamacının Garanti Yükümlülüğü Açısından ‘Kendi Müşteri Çevresi’ Kavramı ve Eleştirisi”, içinde *Ersin Çamoğlu’na Armağan*, ed. Erol Uluoy vd. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 61-82. s. 69.

¹⁰⁶ Tuncay, “Pazarlamacılık (Ticacari Gezgin) Sözleşmesinin Düşündürdükleri”. s. 13.

¹⁰⁷ Topuz, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi”. s. 322.

bakımından mümkün aracı pazarlamacının böyle bir borç üstlenmesine olanak yoktur. Ayrıca, işlem yapan pazarlamacının geçerli bir şekilde garanti borcu üstlenebilmesi için “*kendi müşteri çevresiyle*” işlem yapıyor olması gerekmektedir. Ancak hükümde geçen “kendi müşteri çevresi” ifadesi ile kastedilenin ne olduğu tam olarak anlaşılammaktadır¹⁰⁸. Üstelik maddenin gerekçesinde de madde metninin tekrarı dışında bir açıklama bulunmamaktadır. Bununla birlikte TBK m. 451’e kaynaklık eden İsvBK’nın Art. 348a maddesinde “kendi müşteri çevresi” ibaresi yerine “*privatkunden*” terimi kullanılmış olup; İsviçre öğretisinde bu terimin “tüketici” anlamına geldiği ifade edilmektedir¹⁰⁹. Türk öğretisinde de anılan ifadenin İsvBK’daki karşılığı dikkate alınarak yorumlanması ve “tüketici” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur¹¹⁰. Kanaatimizce Türk kanun koyucusu, “*privatkunden*” teriminin İsvBK’da kullanılış amacını görmezden gelmiş; bu terimin salt kelime anlamından yola çıkarak, pazarlamacının *özel müşteri çevresini* karşılayacak şekilde “kendi müşteri çevresi” ifadesini tercih etmiş gibi gözükmektedir. Bu tercihin bilinçli yapıldığı varsayımından hareketle söz konusu ifade ile amaçlananın, pazarlamacıya tahsis edilen, ona ait müşteri çevresi olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, anılan fıkra hükümündeki “*pazarlamacı, kendi müşteri çevresi*” ifadesi yerine, “*münhasır bir bölgede veya müşteri çevresinde*” veya “*tekel hakkına sahip olduğu çevrede*” ifadelerinden birinin kullanılması hükmün amacına daha uygun bir tutum olabilirdi¹¹¹.

Kendi müşteri çevresiyle işlem yapan pazarlamacının, garanti yükümlülüğü üstlenebilmesi için aranan diğer bir şart da bu yükümlülüğün karşılığında “*uygun bir ek komisyon*” kararlaştırılmış olmasıdır. Taraflar; pazarlamacıya ödenecek olan ücrete ve TBK m. 455’te ifade edilen komisyondan ayrı olarak, garanti yükümlülüğünün üstlenilmesi karşılığında pazarlamacıya ödenecek olan bu ek komisyonu, pazarlamacının üstlendiği sorumluluğun uygun karşılığını oluşturması şartıyla serbestçe kararlaştırabilirler¹¹². Ek komisyonun uygunluğunun tespitinde

¹⁰⁸ Topçuoğlu ve Akdeniz’e göre, pazarlamacının kendi müşteri çevresi ibaresi, onun piyasa faaliyetleri sonucunda edindiği ve güvendiği, ödeme gücüne ve sadakatine inandığı kimseler olarak anlamak gerekmektedir (Topçuoğlu, “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”.s. 55; Akdeniz, “Pazarlamacılık Sözleşmesi”. s. 29). Ayhan/Çağlar’a göre bu ifade, pazarlamacının tekel hakkına sahip olmasını karşılamaktadır (Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. s. 350). Demirkapı ise aynı ifade için İsvBK Art.348a hükmünde “*Privatkunde*” terimini kullanıldığını ve bu terimin de İsviçre öğretisinde “tüketici” anlamına geldiği kabul edildiğinden hareketle, TBK’da yer alan söz konusu ifadenin de “tüketici” şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir (Demirkapı, “Pazarlamacının Garanti Yükümlülüğü Açısından ‘Kendi Müşteri Çevresi’ Kavramı ve Eleştirisi”. s.73 vd.).

¹⁰⁹ Meyer, *Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden*. s. 110, dn. 12; Rehbinder, *Schweizerisches Arbeitsrecht*. Art. 348a, Rn. 3.

¹¹⁰ Demirkapı, “Pazarlamacının Garanti Yükümlülüğü Açısından ‘Kendi Müşteri Çevresi’ Kavramı ve Eleştirisi”. s. 74; Zengin, *Pazarlamacılık Sözleşmesi*. s. 99.

¹¹¹ Kendi müşteri çevresi ifadesinin tekel (inhisar) hakkına işaret ettiği yönünde bkz. Ayhan ve Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. s. 350.

¹¹² Demirkapı, “Pazarlamacının Garanti Yükümlülüğü Açısından ‘Kendi Müşteri Çevresi’ Kavramı ve Eleştirisi”. s. 2013, 72.

ise; pazarlamacının faaliyette bulunduğu alanın özellikleri, müşterilerin ödeme alışkanlıkları, garantiye konu olan sözleşme bedeli ve pazarlamacının mali durumunun üstlendiği sorumluluğu karşılamaya ne derecede elverişli olduğu gibi, birtakım şartlar göz önünde bulundurulmalı, ek komisyonun bilinçli ve özenli bir pazarlamacının üstlendiği riski denkleştirmeye elverişli olması sağlanmalıdır¹¹³.

Kendi müşteri çevresiyle işlem yapan pazarlamacının garanti borcu üstlenmesinin son şartı da bu üstlenme işlemin yazılı olarak yapılması gerekliliğidir. Diğer bir ifadeyle, pazarlamacının garanti yükümlülüğünün doğması tarafların yazılı olarak anlaşması ile mümkündür. Zira TBK m. 451/2'ye göre, pazarlamacının üstlendiği garanti yükümlülüğün karşı edimi olarak işveren de ek komisyon ödeme borcu altına gireceğinden ve bu komisyonun birlikte *kararlaştırılması* gerektiği öngörüldüğünden pazarlamacının tek tarafı olarak garanti yükümlülüğü üstlenmesi mümkün değildir¹¹⁴. Nihayet bütün bu şartlar sağlandığı takdirde dahi pazarlamacı, müşterilerinin borcunu ifa etmemesi sebebiyle işverenin her bir işleminden doğan zararının en fazla dörtte birini karşılamayı taahhüt ederek bir garanti borcu üstlenebilmektedir.

Sigorta sözleşmelerine aracılık eden pazarlamacılar için öngörülen garanti borcu ise TBK m. 451/3'te düzenlenmektedir. Bu hükme göre, "*sigorta sözleşmesine aracılık yapan pazarlamacılar; bir primin tamamının veya bir kısmının ödenmemesi sebebiyle, bunun tahsili için dava ve icra takibi yoluna başvurulması durumunda, bu amaçla yapılacak masrafların en çok yarısını karşılayacaklarını, yazılı olarak üstlenebilirler*". Kendi müşteri çevresiyle işlem yapan pazarlamacının garanti yükümlülüğü (TBK m. 451/2) ile karşılaştırıldığında, buradaki garanti yükümlülüğünün sadece sigortacılık alanında faaliyet gösteren ve aracılık yapan pazarlamacıları kapsadığı ve ödenmeyen sigorta priminin tahsili amacıyla açılan dava veya takip masraflarına yönelik olduğu göze çapmaktadır¹¹⁵. Ayrıca sigorta sözleşmelerine aracılık eden pazarlamacının garanti yükümlülüğüne karşılık işverenin ek komisyon ödemesini kararlaştırılması gibi bir şartın da bulunmadığını ifade etmek gerekmektedir¹¹⁶.

SONUÇ

Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının mesaisinin en az yarısından fazlasını işyeri dışında geçirmek suretiyle, sürekli ve tacire bağımlı olarak onun adına ve hesabına, işletme merkezi veya şubesinin dışında işlemler yapmayı veya bu işlemlere aracılık etmeyi; bunun karşılığında tacirin de pazarlamacıya ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 448). Bu tanımdan hareketle, pazarlamacı, pazarlamacılık sözleşmesi kapsamında işverene bağlı olarak, işletme merkezi veya şubesinin dışında, üçüncü kişilerle kurulacak işlemlere aracılık eden veya bu işlemleri bizzat

¹¹³ Zengin, *Pazarlamacılık Sözleşmesi*. s. 101.

¹¹⁴ Demirkapı, 2013, 70.

¹¹⁵ Zengin, 2013, 102.

¹¹⁶ Ayhan, Özdamar, Çağlar, 2013, 2013, 355.

kuran, işçi statüsündeki bağlı tacir yardımcısı olarak tanımlanabilir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere pazarlamacı aracılık işlem yapma şeklinde iki tür faaliyet yürütebileceğinden, aracı pazarlamacı ve işlem yapmaya yetkili pazarlamacı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aracı pazarlamacı, işverenle üçüncü kişi arasında kurulacak işleme alakalı olarak müşterileri aydınlatmak ve onları işlem yapmaya ikna etmek, ikna olan müşterilerin sözleşmenin kurulmasına yönelik beyanını işverene iletmek ve bunlarla alakalı diğer olağan işlemleri yapmaya yetkilidir. İşlem yapma yetkisine sahip olan pazarlamacı ise aracı pazarlamacı için sayılanların dışında ilgili sözleşmeyi tacir adına bizzat yapmaya yetkilidir.

Pazarlamacının tacire bağlı olması nedeniyle pazarlamacı tacirin denetimine katlanmakla, diğer bir ifadeyle talimatlarına uymakla yükümlüdür. Bu kapsamda pazarlamacı, müşterileri ziyaret etme ve iş görme borçlarını tacirin talimatlarına uygun olarak ifa etmek zorundadır. Tüm hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi pazarlamacılık sözleşmesinde de bulunan, işverenin talimatlarına uyma yükümlülüğü onu diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmaktadır.

Pazarlamacılık sözleşmesinin tanımında belirtilen, pazarlamacının işletme dışında işveren hesabına “*aracılık veya işlem yapma*” şeklindeki iş görme borcu; bu sözleşmeyi diğer hizmet sözleşmelerinden ayıran, hizmet sözleşmesinin de özel bir türü haline getiren karakteristik edimi oluşturmaktadır. Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde ifade belirtilmemekle birlikte, TBK m. 395’te belirtilen, işçinin işi bizzat görme borcu, pazarlamacı açısından da geçerlidir. Buna göre pazarlamacı, sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, yüklediği işi bizzat yapmakla yükümlüdür. Dolayısıyla pazarlamacının işin görülmesinde yardımcılarından yararlanması yahut alt pazarlamacı atamak suretiyle işi başkalarına yaptırması mümkün değildir. Pazarlamacının çalışma süresi bakımından herhangi bir özel düzenleme öngörülmediğinden genel hükümlere göre belirlenen çalışma süreleri geçerli olmakta, pazarlamacının müşteri ziyaretleri sırasında veya pazarlama bölgesine giderken yolda geçen süreler de çalışma süresine dahil edilmektedir.

Pazarlamacı, talimatlara uymamasını haklı kılan bir sebep bulunmadıkça işverenin kendisine verdiği talimatlara uygun olarak müşterileri ziyaret etme borcu altındadır. Bu borcunu yerine getirirken, ziyaret ettiği müşterilerle işveren arasında sözleşme kurulmasını sağlamak yönünde de çaba sarf etmeli ve ziyaretler hakkında işverene bilgi vermek zorundadır. Müşterileri ziyaret etme borcunun kapsamı, sözleşmeyle belirlenebileceği gibi, işverenin yönetim hakkı kapsamında tek taraflı olarak verdiği talimatlarla da belirlenebilir. Ancak; bu konuda verilen talimatların dürüstlük kuralına uygun olması gerekmektedir. Müşterileri ziyaret etme borcuyla bağlantılı olarak pazarlamacının, müşteri çevresini ilgilendiren önemli olaylarla ilgili olarak işverene bilgi verme yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin özel hükümler kapsamında öngörülen, pazarlamacının diğer bir borcu da işverenle rekabet etmeme borcudur. TBK m. 450/1 uyarınca pazarlamacının, işverenin izni olmadıkça, ister kendi hesabına isterse başkası hesabına olsun yürüteceği aracılık ve işlem yapma faaliyetleri işverenin menfaatine zarar verici olup olmadığına bakılmaksızın, mutlak surette yasaklanmaktadır. Ancak burada düzenlenen rekabet etmeme borcu hem hizmet sözleşmesi kapsamındaki rekabet etmeme borcuna hem de diğer bağlı tacir yardımcılarının tabi oldukları rekabet yasağına göre farklılıklar arz etmektedir. Şöyle ki diğer bağlı tacir yardımcılarının rekabet yasağına ilişkin TBK m. 553 uyarınca işletmenin yaptığı türden işleri yapmak rekabet anlamına gelirken, m. 450/1' kapsamında pazarlamacının, herhangi bir sınırlama olmaksızın işlem yapmak veya aracılık işlem yapması yasaklanmaktadır.

Pazarlamacılık sözleşmesiyle ilgili olarak TBK m. 451'de pazarlamacının garanti borcu düzenlenmektedir. İlk fıkrasında pazarlamacının kural olarak garanti borcu altında olmadığı ve aksi anlama gelen anlaşmaların da kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilen bu maddenin sonraki fıkralarında bu kuralın istisnası olarak pazarlamacının garanti borcu üstlenebileceği durumlar hüküm altına alınmaktadır. Buna göre; kendi müşterisiyle işlem yapan pazarlamacı müşterilerin borçlarını ifa etmemesi sebebiyle işverenin uğrayacağı zararları en fazla dörtte birine kadar karşılamayı, uygun bir ek komisyon karşılığında yazılı olarak; sigorta sözleşmelerinde aracılık yapan pazarlamacılar ise prim borçlarının tamamen veya kısmen ödenmemesi durumunda bunların tahsili için yapılan dava veya icra yolu masraflarının en çok yarısını karşılamayı yazılı olarak üstlenebilmektedir.

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümler kapsamında açıkça yer verilmemiş olsa da diğer işçiler gibi pazarlamacı da işverenin talimatlarına uymakla yükümlüdür. Pazarlamacı işlem yapmaya yetkiliyse, işverenin talimatlarında öngörülen fiyat ve diğer işlem koşullarına da uymak zorundadır ve işverenin rızası olmaksızın bunlarda değişiklik yapamamaktadır. Bunun gibi, ilgili hükümlerde düzenlenmemiş olmakla birlikte hizmet sözleşmesinin genel hükümleri kapsamında işverene karşı özen ve sadakat borcu da bulunan pazarlamacı, bu yükümlülüğe uygun olarak iş görme borcunu özenle yerine getirmek, işverenin menfaatini korumak zorundadır. Bu kapsamda; işlerin yolunda gitmesi, işverenin itibarının sarsılmaması ve işverenin zarara uğramaması için gerekli bütün tedbirleri alacak, tespit ettiği düzensizlikleri ve eksiklikleri işverene bildirmeli; işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, onun itibarını ve kredisini düşürecek hareketlerde bulunmak gibi davranışlardan da kaçınmalıdır. Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde yer verilmemiş olmakla birlikte genel hükümlere göre pazarlamacıya atfedilecek bir diğer borç da yürüttüğü pazarlamacılık faaliyeti vesilesiyle vakıf olduğu, işverene, işyerine ve işe ait bilgileri saklamasını ve bunları üçüncü kişilerle paylaşmamasını ifade eden sır saklama borcudur.

KAYNAKÇA

- Akbıyık, Cem. “Temsil Yetkisi ve Temel İlişki”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55, sayı 4 (1997): 217-32.
- Akdeniz, Umut. “Pazarlamacılık Sözleşmesi”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, sayı 4 (2013): 1-34.
- Akkurt, Sinan Sami. “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, sayı 2 (2008): 13-64.
- Aktay, Nizamettin, Kadir Arıcı, ve Emine Tuncay Kaplan. *İş Hukuku*. 4. baskı. Ankara: Gazi Kitabevi, 2011.
- Alpagut, Gülsevil. “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”. *Legal İHSGHD* 8, sayı 31 (2011): 913-59.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. 29. baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2023.
- Arslan Ertürk, Arzu. *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Ayhan, Rıza, ve Hayrettin Çağlar. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. 15. baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Çeker, Mustafa. *Ticaret Hukuku*. 8. baskı. Adana: Karahan Kitabevi, 2014.
- Çelik, Nuri. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.
- Demirkapı, Ertan. “Pazarlamacının Garanti Yükümlülüğü Açısından ‘Kendi Müşteri Çevresi’ Kavramı ve Eleştirisi”. İçinde *Ersin Çamoğlu’na Armağan*, editör Erol Uluoy, Hamdi Yasam, Süheyl Donay, Ünal Tekinalp, ve M. Turgut Öz, 61-82. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Ertaş, Kudret. *Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*. Ankara: Şafak Yayınevi, 1982.
- Ertürk, Mümin. *İşletme Biliminin Temel İlkeleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006.
- Hirsch, Ernst E. *Ticaret Hukuku Dersleri*. C. I. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1939.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku Dersleri I*. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1957.
- Koç, Sedef. “Borçlar Kanunu Tasarısının Hizmet Sözleşmesi ile İlgili Yeni Düzenlemeleri”. *GSÜHFD - Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan* 1 (2004): 585-604.
- Meyer, Beat. *Das Anstellungsverhältnis des Handelsreisenden*. Zürich: Verlag Organisator, 1978.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, ve Muhittin Astarlı. *İş Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2012.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukukku 1-Ferdi İş İlişkileri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.
- . “İş Kanunu’na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı”. *Sicil*, sayı 17 (2010): 27-44.
- Öz, M. Turgut. *Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Rehbinder, Manfred. *Schweizerisches Arbeitsrecht*. Bern: Stämpfli Verlag, 2002.
- Seliçi, Özer. *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977.

- Soyer, M. Polat. *Rekabet Yasağı Sözleşmesi*. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1994.
- Sümer, Haluk Hadi. “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”. *Sicil* 5, sayı 19 (2010): 63-73.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.
- Tankut, Centel. “Türk Borçlar Kanununda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması”. *TİSK Akademi* 6, sayı 12 (2011): 6-22.
- Teoman, Ömer. “Tacir Yardımcıları”. *Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan*, 2006, 221-304.
- Topçuoğlu, Metin. “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”. *SDÜHFD* 1, sayı 2 (2011): 27-70.
- Topuz, Murat. “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi”. *MÜHFD-HAD* 19, sayı 1 (2013): 293-356.
- Tuncay, A. Can. “Pazarlamacılık (Ticari Gezin) Sözleşmesinin Düşündükleri”. *Çimento İşverenler Dergisi* 26, sayı 2 (2012): 4-17.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk İş Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1988.
- Uşan, Fatih M. “Eski İşçinin Sır Saklama Borcu”. *Sicil* 1, sayı 1 (2006): 53-70.
- . *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar, ve Burak Özen. *Borçlar Hukuku Dersleri - Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.
- Zengin, İbrahim Çağrı. *Pazarlamacılık Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Zevkliler, Aydın, ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2012.

TÜRK ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA BLOK ZİNCİRİ TEKNOLOJİSİ KULLANILARAK GENEL KURUL TOPLANTISI YAPILABİLİR Mİ?^(*)

Arş. Gör. Feyza ÇALIK KILAR^(**)

Öz

Blok zinciri teknolojisi, yeni bir teknoloji olmasına rağmen, birçok alanda devrim yaratmıştır. Özellikle oy kullanma süreci içeren alanlarda katılımcılara gerçek zamanlı erişim, güvenilir bir kayıt sistemi sunarak süreci daha şeffaf ve adil hale getirmektedir. Blok zinciri teknolojisinin teknik altyapısı, kullanım alanları, avantaj ve dezavantajları, mevcut süreç ve şirketler bakımından potansiyel etkileri gibi konularda araştırmalar bulunmasına karşın blok zinciri teknolojisi ile anonim şirket genel kurul toplantısı yapıp yapılmayacağına ilişkin çalışma sayısı kısıtlıdır.

Anonim şirket genel kurul toplantıları, karmaşık karar alma, pay sahipleri arasındaki etkileşim ve oy kullanılması süreçlerini içerir. Anonim şirket genel kurul toplantıları, birçok değişkeni içermesi sebebiyle kararların iptalinden, şirketin haklı nedenle feshine varan birçok hukuki probleme neden olmaktadır. Makalemizde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1527 hükmünde düzenlenen, elektronik genel kurul nedeniyle yaşanan aksaklıkları değerlendirdik ve tüm pay sahiplerinin elektronik ortamda katılım gösterdiği sanal genel kurulun blok zinciri teknolojisi kullanılarak gerçekleştirilme ihtimalini ele aldık.

Blok zinciri teknolojisinin kullanıldığı alanlara ilişkin teknik, yasal düzenlemelere uygunluk ve regülasyon çalışmaları açısından yapılan araştırmalar oldukça değerlidir ancak teknolojinin henüz aktif kullanımının bulunmadığı alanlardaki çalışmalar da önem arz etmektedir. Bu çalışmalar sayesinde, incelenen alanda blok zinciri teknolojisinin elverişli olup olmadığı tespit edilerek araştırma ve geliştirme çalışmalarına bu doğrultuda yön vermek, zaman ve ekonomi bakımından önemli ölçüde tasarruf edilmesini sağlayacaktır. Blok zinciri teknolojisi kullanıma elverişli ise ortaya çıkabilecek hukuki ve teknik sorunlar önceden tespit edilerek sağlam bir yasal zemin oluşturulması sağlanabilecektir. Bu nedenle çalışmamızda, blok zinciri teknolojisi ile anonim şirket genel kurulunun gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini, teknolojinin bu alandaki avantajlarının ve dezavantajlarının neler olabileceğini ortaya koymayı amaçlamaktayız.

Anahtar Kelimeler

Anonim Şirket, Blok Zinciri Teknolojisi, Elektronik Genel Kurul, Sanal Genel Kurul, 6102 sayılı TTK.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 07.11.2023 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 05.12.2024](#)
[DOI No: 10.54704/akdhfd.1387569](#)

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku / Antalya, Türkiye
[E-posta: feyzacalikilar@gmail.com](mailto:feyzacalikilar@gmail.com)
[Orcid Id: https://orcid.org/0000-0003-2976-3581](https://orcid.org/0000-0003-2976-3581)



CAN A GENERAL ASSEMBLY MEETING BE HELD USING BLOCKCHAIN TECHNOLOGY IN TURKISH CORPORATE LAW?

Abstract

The blockchain technology, despite being a new technology, has revolutionised many areas. Especially in areas involving the voting process, it provides real-time access to participants and a reliable registration system, making the process more transparent and fair. Despite the fact that there are studies on the technical infrastructure of blockchain technology, its usage areas, advantages and disadvantages, the current process and its potential effects on companies, the number of studies on whether to hold joint stock company general assembly meetings with blockchain technology is limited.

Joint stock company general assembly meetings involve complex decision-making, interaction between shareholders and voting processes. Joint stock company general assembly meetings cause many legal problems ranging from the cancellation of decisions to the termination of the company for just cause due to the many variables involved. In our article, we have evaluated the problems experienced due to the electronic general assembly regulated under Article 1527 of the Turkish Commercial Code No. 6102 and discussed the possibility of realising the virtual general assembly in which all shareholders participate electronically by using blockchain technology.

Research on the areas where blockchain technology is used in terms of technical, legal and regulatory compliance and regulation studies are very valuable, but studies in areas where the technology is not yet actively used are also important. These studies will help to determine whether the block chain technology is suitable in the area under investigation and to direct research and development activities in this direction, which will provide significant savings in terms of time and economy. If the blockchain technology is suitable for use, legal and technical problems that may arise can be identified in advance and a solid legal basis can be established. For this reason, in our study, we aim to reveal whether the general assembly of the joint stock company can be held with blockchain technology and what the advantages and disadvantages of the technology in this field may be.

Keywords

Joint Stock Company, Blockchain Technology, Electronic General Assembly, Virtual General Assembly, TCC No. 6102.

Extended Abstract

Pursuant to Article 407 of the TCC, shareholders shall exercise their rights regarding the affairs of the company at the general assembly, except for legal exceptions. In the 21st century, there is an increasing view that the function of the general assembly is an information and decision-making mechanism. The legislator has envisaged a certain structure for the functioning of the company. In the foreseen structure, shareholders participate in the information and decision-making mechanism by attending the general assembly. Thus, the shareholders directly intervene in the course of the company and the most important tool here is the shareholder's voting right.

The shareholders' participation in the information and decision-making mechanism and the exercise of their voting rights in a healthy manner is considered to be dependent on the physical organisation of general assemblies and regulations have been made in this direction. However, physical general assembly meetings have been insufficient for shareholders to participate in the information and decision-making mechanism; it has been argued that electronic general assembly meetings and the internet have an important function in order to eliminate the burdens such as travel and accommodation expenses, loss of time, health problems, the belief that they cannot direct the decisions alone, not having sufficient information about the decision to be taken or not understanding it, and the electronic general assembly has been introduced to Turkish Law after the regulations made. The right to participate in the general assembly meeting includes the right of the shareholders to participate in the general assembly meeting physically or electronically, and to reflect their will on the decisions of the shareholders' meeting. Following the adoption of the electronic general assembly in our law, the rate of participation in the general assembly has increased; however, it has been observed that the limits to the shareholders' exercise of their right to participate in the meeting continue in other ways in the current system, and the developing technology and the fact that humanity starts to live a faster life has led us to consider other alternatives.

The “Electronic General Assembly System” is a system with shortcomings due to the fact that the electronic general assembly is held in a mixed manner, there are no regulations regarding the effective use of the proxy voting system, due to the systematics of the law, it is still subject to the provisions of the physical general assembly, and the effective participation of the shareholders cannot be ensured in case of technical problems. Electronic general assemblies can significantly eliminate the reasons such as the distance of the meeting place, not being in the same province, lack of time due to professional occupations and participation costs. However, no solution has been provided to the problems experienced in electronic general assemblies regarding the right to obtain information and effective participation in the decision-making mechanism. Such problems will be easily overcome if systems operating with blockchain technology are used to conduct the general assembly in joint stock companies instead of systems operating with centralised databases such as the “Electronic General Assembly System”. The operation of smart contracts on the blockchain supports recording systems that keep track of certain documents, transactions, the status of agreements and even the votes and shares of companies, making it suitable for shareholder voting purposes. Reduction in transaction costs due to the lack of the need for intermediaries, the ability to carry out very low payment and transfer transactions, the ability of people to manage their own data with secret and private key encryption, the structure that enables data sharing between different units without violating personal privacy, the ability of small and medium-sized enterprises to communicate more easily with local and national governments, facilitate fundraising for innovative ideas and projects, reduce the cost of data protection, ensure that records cannot be changed retrospectively, increase transparency in transactions as each transaction is verified and approved by more than one party, simplify operations and minimise illegalities.

I. GENEL OLARAK

21. yüzyılında bilgi, veri olarak bilgisayarla işlenip enformasyona dönüştürülmektedir¹. On İkinci Kalkınma Planında, dağıtık verilerin daha güvenli² ve şeffaf olarak sunulmasına imkân sağlayan blok zinciri teknolojisinin veri koruması başta olmak üzere birçok alanda daha yaygın olarak kullanılması beklenmektedir³.

Blok zincirinin popülerleşmesinin ardından on beş yıl kadar süre geçmiş olmasına karşın finans başta olmak üzere birçok sektörü ve kamu tarafından sunulan hizmetleri derinden etkileyeceği konusunda şüphe kalmamıştır. Blok zincirinin finansal veya finansal olmayan alanlarda radikal değişiklikler yaratacak bir teknoloji olarak öne çıktığı kavramsal olarak kabul edilmektedir⁴. Şirketler hukuku

¹ Gökhan Ünal ve Çelebi Uluyol, “Blok Zinciri Teknolojisi”, Bilişim Teknolojileri Dergisi 13, S. 2, (2020): 167-175, 167; On Birinci Kalkınma Planında da (2019-2023), ülkemizin milli teknoloji hamlesiyle uluslararası düzeyde rekabet gücü kazanmasına yönelik bir süreç öngörülmekte, hızlanan teknolojik dönüşümün gelecek dönemde piyasa yapıcı ilk adımları atan ülkelere sağlayacağı avantajlar, ülkeleri bu alanda piyasa mekanizmalarının ötesinde adımlar atmaya yönlendirerek, ticaret savaşlarını teknoloji temelinde şekillendireceği düşünülmektedir. On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023), Erişim Tarihi: Şubat 28, 2024, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Planı-2019-2023.pdf, 1-11.

² The Economist, “The Promise of the Blockchain: the Trust Machine”, Erişim Tarihi: Ekim 25, 2023, <https://www.economist.com/leaders/2015/10/31/the-trust-machine>.

³ On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028), Erişim Tarihi: Temmuz 23, 2024, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On-Ikinci-Kalkinma-Planı_2024-2028_11122.pdf, 8.

⁴ Michael Crosby (Google), Nachiappan (Yahoo), Pradan Pattanayak (Yahoo), Sanjeev Verma (Samsung Research America) ve Vignesh Kalyanaraman (Fairchild Semiconductor), “Blockchain Technology: Beyond Bitcoin”, AIR, S. 2, (2016): 7-19, 7; 90’ların başından beri gelişerek kusursuz olarak çalışmaktadır. 2015 yılında Silikon Vadisi’nin duayeni Marc Andreessen, blockchain

bakımından ise, özellikle finansal hizmet süreçleri başta olmak üzere kurumsal yönetime yapacağı katkılar dolayısıyla önemli etki yaratacağı öngörülmektedir⁵. İnternete ilişkin gelişmelerin şirketler hukukunda yararlanıldığı alanlardan ziyade nasıl ve hangi alanda yararlanılabileceği araştırılarak hukuki düzenlemelerin nasıl yapılması gerektiği değerlendirilmektedir⁶. Çalışmamızda oy kullanma süreci ve veri depolama gerektiren bir kurum olan anonim şirket genel kurullarında blok zinciri teknolojisinin kullanılıp kullanılmayacağı yönünde, hukuki bakımdan bir değerlendirme yapacağız.

Makalemiz sistematik olarak şu şekilde ele alınmıştır. Öncelikle bizlere hala yabancı olan blok zinciri teknolojisi ve teknolojinin en önemli özellikleri açıklanıp⁷; blok zincirinin anonim şirket genel kurulları için uygun olup olmadığını daha iyi irdelemek adına, blok zincirinin tarihsel gelişimine göre sıralanmış bir biçimde, blok zinciri uygulamalarından bahsedilmiştir. Blok zincirine ilişkin temel açıklamaları yaptıktan sonra mevcut düzenlemeler kapsamında değerlendirmelerde bulunup, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK⁸) m. 1527, f. 5 hükmü uyarınca elektronik genel kurul sistemi bulunmasına rağmen neden blok zinciri teknolojisi ile gerçekleşen bir genel kurul önerdiğimizizi, önerimizin gerçekleşmesi halinde elde edilecek faydaları ve önerimizin gerçekleşmesine engel olabilecek hususları değerlendirdik.

A. BLOK ZİNCİRİ

Blok zinciri en temel haliyle, taraflar arasındaki işlemleri doğrulanabilir ve değişmez bir şekilde kaydedebilen, şeffaf ve dağıtık defter (distributed ledger⁹)

dağıtılmış konsensüs modelini internetten bu yana en önemli buluş olarak sıraladı. Bk. Crosby, Nachiappan, Pattanayak, Verma ve Kalyanaraman, "BlockChain Technology: Beyond Bitcoin", 8.

⁵ Vedat Akgiray, "The Potential for Blockchain Technology in Corporate Governance", OECD Corporate Governance Working Papers No. 21, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/ef4eba4c-en.pdf?expires=1661851324&id=id&accname=guest&checksum=4B9F20DE6233488D97F3C0364FE585CC>, 3; Blok zinciri teknolojisinin kullanımının yaratacağı risklerin tamamı henüz öngörülemediği için yavaş bir benimsenme sürecinden geçse de Visa, Mastercard, NASDAQ gibi büyük finans kuruluşları dahil birçok kurum blok zinciri teknolojisini keşfetmeye yatırım yapıyor. Bk. Crosby, Nachiappan, Pattanayak, Verma ve Kalyanaraman, "BlockChain Technology: Beyond Bitcoin", 18.

⁶ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 850.

⁷ Blok zinciri "Güven Makinesi" olarak tanımlamakt bk. The Economist, "The Promise of the Blockchain: the Trust Machine", Erişim Tarihi, Ekim 25, 2023, <https://www.economist.com/leaders/2015/10/31/the-trust-machine>; Blok zincirinin güvenilir bir teknoloji olup olmadığı teknolojinin kullanıldığı ilk yıllarda tartışmalıydı ancak, son yıllardaki çalışmalar blok zinciri teknolojisinin güvenilirliğinin teknolojinin doğası gereği güvenilirlikten ziyade güven duyma ihtiyacını azaltan bir teknoloji olduğu yönünde bk. Primavera De Filippi, Morshed Mannan ve Wessel Reijers, "Blockchain as a confidence machine: The problem of trust & challenges of governance", Technology in Society, S. 62, (2020): 1-14, 3; HSBC'nin 2017'de yaptığı bir ankette blok zincirini duyanların %80'i bunun ne anlama geldiğine dair net bir anlayışa sahip olmadığını ifade etmiştir bk. Akgiray, "The Potential for Blockchain Technology in Corporate Governance", 5.

⁸ RGT: 14.02.2011, RGS: 27846.

⁹ Blok zinciri hukuki bir kavram olmadığından mühendislik alanındaki tanımı hukuk öğretisi tarafından da kullanılmaktadır. Tanımda yer alan "dağıtık" ifadesi Türk Dil Kurumu sözlüğünde "kendin-

olarak tanımlanmaktadır¹⁰. 1990 yılından sonra ortaya çıkan blok zinciri, şifrelenmiş halde verileri kayıt altına alan, merkezi bir müessese tarafından tutulmayan ve bu verileri sistemde kimliği bilinmeyen kullanıcılar ile paylaşılarak doğrulanıp kaydeden; adeta bir sicil niteliği taşıyan teknolojidir¹¹.

1. Blok Zincirinin Özellikleri

Blok zinciri temel bazı özelliklere sahiptir, anonim şirket genel kurullarında blok zinciri teknolojisinin kullanılmasının mümkün olup olmadığı, kullanıldığı takdirde büyük bir değişim yaratıp yaratmayacağını değerlendirebilmek adına bu özellikleri kısaca açıklayacağız. Blok zincirinin özelliklerini “verilerin dağıtık şekilde depolanması”, “şeffaf olması”, “bağımsız olması”, “değiştirilemez olması”, “gizlilik” şeklinde sıralayabiliriz.

Blok zinciri teknolojisinin en temel özelliği “verilerin dağıtık şekilde depolanması”dır. Blok zinciri teknolojisi diğer veri tabanlarından¹² farklı olarak veri bütünlüğünü, dağıtılmış ve aracıya gerek duymadan sağlamaktadır. Bu nedenle, verileri düşük işlem maliyetleri ile depolar¹³. Dağıtık (distributed) ifadesi, merkezi olmamak anlamında kullanılır. Merkezi olmamak, ağır, kendi bilgisayar gücünü ve saklama kapasitesini yaratan, dünyanın dört bir yanına dağılan kullanıcıların kendileri tarafından işletilmesi anlamına gelir¹⁴. Blok zinciri teknolojisinin bu özelliği sayesinde manipüle edilmesi neredeyse imkânsızdır¹⁵. Şirketler için veri tabanlarının

den geçmiş, sarhoş olan” olarak açıklanmakta olup, hukuk alanında kullanılmayan bir terimdir. Dağıtık sözcüğün TDK’daki anlamı için bk. Erişim Tarihi: Kasım 26, 2024, <https://sozluk.gov.tr/?ara=da%C4%9F%C4%B1t%C4%B1k>.

¹⁰ Lafarre, Anne ve Van der Elst, Christoph, “Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism”, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 390/2018, March 2018, Erişim Tarihi: Ekim 11, 2022, https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=174093090115101068025067083_089107027052072023065091036126127074087082098005127004086061123008063054013023107084102065098002009041010074040047000097022079117021009112084061005103006097122085116074074113007084069017025079015015005005120031122126016115095_&EXT=pdf&INDEX=TRUE.

¹¹ Mesut Serdar Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, İstanbul Hukuk Mecmuası 77, S. 1, (2019): 315-341, 315; Mete Tevetoğlu, “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - İnÜHFD 12, S. 1, (2021): 193-208, 199.

¹² Geleneksel veri tabanlarında istemci-sunucu ağ mimarisini kullanılır. İstemci ya da kullanıcı sunucuya erişip depolanmış verileri değiştirebilir. Erişim denetimi belli kurallar çerçevesinde belirlenmiş kimlik bilgilerinin doğrulanması ile sağlanır. Bu otoritenin, veri tabanının idaresinden sorumlu olması nedeniyle, otoritenin güvenliği tehlikeye girerse veriler değiştirilebilir hatta silinebilir. Detaylı bilgi için bk. Ünal ve Uluyol, “Blok Zinciri Teknolojisi”, 172.

¹³ Çetin Karahan ve Aslıhan Tüfekci, “Blok zinciri Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler”, Denetim 9, S. 19, (2019): 55-72, 57.

¹⁴ Pınar Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, (İstanbul: 12 Levha, 2021), 19.

¹⁵ Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, 315; Tevetoğlu, “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”, 195.

kullanılmasındaki en büyük maliyet siber güvenlidir. Yüksek güvenlik sağladığı için siber güvenlik maliyetlerini de ortadan kaldıracak düşünülmemektedir¹⁶. Bu da anonim şirketler bakımından önemli bir avantaj sağlamaktadır.

İkinci özellik, blok zinciri sistemindeki veri kayıtlarının “şeffaf olması”dır. Sisteme dahil olan her yeni verinin, sistemdeki kimliği bilinmeyen kişi tarafından onaylanması yöntemi ile kaydı tutulur. Böylelikle her blok doğrulanıp, değiştirilemez veya silinemez hale gelir¹⁷. Bu özellik sayesinde veriler geriye dönük ve doğrulanabilir olarak depolanır. Sadece veri eklemeye izin veren yapısı nedeniyle veri tabanına sürekli yeni kayıtlar eklenirken daha önce girilmiş olan verilerin silinmesi veya değiştirilmesi mümkün değildir. Böylece, blok zinciri teknolojisi varlıkların izlenmesi, oy kullanma gerektiren işlemler için avantaj sağlamaktadır¹⁸. Anonim şirket genel kurullarında nitelikli çoğunluk gerektiren karar alma aşamasında sistem otomatik hesaplama yapabilecek ve manipüle edilemediğinden güvenli bir süreç gerçekleşecektir.

Üçüncü özellik, blok zinciri teknolojisinin “bağımsız olması”dır. Mutabakat olarak adlandırılan ve bağımsızlığa vücut veren yapısı sayesinde, blok zinciri sistemindeki her bloktaki veriler güvenli bir şekilde aktarılarak merkezi sisteme olan ihtiyaç ortadan kalkacaktır¹⁹. Bu sayede, pay sahibinin temsili noktasında araçlara duyulan ihtiyaç kalmayacaktır²⁰.

Dördüncü özellik, “değiştirilemez olması”dır. Blok zincirine eklenen kayıt hiçbir şekilde güncellenemez, silinemez ve kayıt kalıcı olarak saklanır. Geleneksel veri tabanı sistemlerinde verinin güvenliği için çok sayıda sistemsel önlem alınmaktadır. Yüksek güvenlik maliyetleri nedeniyle bu önlemlerden kaçınılması gibi riskler bulunmaktadır²¹. Blok zincirinde kayıtların değiştirilememesi nedeniyle, verilerin korunması için ilave kontrole ihtiyaç yoktur. Tüm işlemlere ait kayıtlara anlık olarak erişilebilir. Tüm işlemler ayrıca otomatik olarak teknolojinin kendisi tarafından doğrulanarak onaylanır. Bu sistem sayesinde, kötüniyetli saldırıları kolayca tanıyabilir ve onları izole edebilir²². Blok zinciri ile veriler kalıcı bir kayıt defterinde depolandığından artık veri yedeklemeye de gerek kalmayacaktır. Her veri şifrelenmiştir ve her bir blok bir önceki bloğa benzersiz bir tanımlayıcı (hash - özet değeri)

¹⁶ Lafarre ve Van der Elst, “Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism”, 5; “Ethereum nedir?” Erişim Tarihi: Kasım 03, 2023, <https://ethereum.org/en/what-is-ethereum/>; Mustafa Takaoğlu, Çağdaş Özer ve Emre Parlak, “Blok zinciri Teknolojisi ve Türkiye’deki Muhtemel Uygulanma Alanları”, Uluslararası Doğu Anadolu Fen Mühendislik ve Tasarım Dergisi 1, S. 2, (2019): 260-295, 265.

¹⁷ Ünal ve Uluyol, “Blok Zinciri Teknolojisi”, 168.

¹⁸ Karahan ve Tüfekci, “Blok zinciri Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler”, 59.

¹⁹ Karahan ve Tüfekci, “Blok zinciri Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler”, 58.

²⁰ Tevetoğlu, “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”, 195.

²¹ Ünal ve Uluyol, “Blok Zinciri Teknolojisi”, 172.

²² Akgiray, “The Potential for Blockchain Technology in Corporate Governance”, 9.

ile bağlanır. Böylece, blok zinciri ağındaki her katılımcıda aynı veri kaydı bulunur. Eğer herhangi biri bloktaki veriyi değiştirmeye çalışırsa diğer katılımcılar blokları birbirlerine bağlamakta kullanılan özetleme mekanizması aracılığı ile uyarılır²³. Bu özellik sayesinde, şüphesiz sadece anonim şirket genel kurulları bakımından değil tüm hukuki işlemler bakımından üst düzey güvenlik sağlanması mümkündür.

Beşinci özellik, “gizlilik”tir. Blok zinciri teknolojisinde bloklar birbirine düğümler ile bağlanır, bu işlemi yapan kişinin blok zinciri adresinin bilinmesi yeterlidir²⁴. Geleneksel veri tabanı sistemlerinde depolanmış veriler belirli kişilerin yetkisi ile okunabilir veya yeni veri eklenebilir. Bu da yetkili kişilerin genelde tüm verileri açık şekilde görebileceği anlamına gelmektedir. Geleneksel sistemde genel olarak bilgiler erişim kısıtlama ile korunmaktadır. Blok zinciri sisteminde ise verilerin okunma talebi, kabul edecek veya reddedecek merkezi yetkili makamların onayına bağlı değildir²⁵. Blok zinciri sisteminde geleneksel veri tabanlarından farklı olarak yetkili makam bulunmadığı için gizlilik yüksek düzeydedir. Anonim şirket genel kurulu blok zinciri veritabanında gerçekleşirse, tercih edilen blok zinciri uygulamasına bağlı olarak pay sahiplerinin pay çeşidine göre, yönetim kurulu üyelerinin yetkilerine göre özel erişim tanımlanabilecek, mevzuat ve esas sözleşmede özel olarak belirlenen kurallar sisteme işlenerek bunlara uygunluk otomatik olarak denetlenebilecektir. Böylece insan elinden kaynaklanan hatalar ve kasti olarak gerçekleştirilen haksızlıklar önlenebilecektir.

2. Blok Zinciri Uygulamaları

Blok zinciri teknolojisi ile yapılacak genel kurul toplantısının mümkün olup olmadığını daha net ortaya koyabilmek için, blok zinciri teknolojisinin tarihsel gelişimini incelemek önem arz etmektedir. Bu nedenle, önemli gördüğümüz blok zinciri uygulamalarını çalışmamız bakımından gerekli olduğu ölçüde kronolojik olarak inceleyeceğiz.

a. Bitcoin

1990’lı yılların başında ortaya çıkan blok zinciri, kripto paranın kazandığı popülarite sayesinde son yıllarda geniş kitleler tarafından bilinir hale gelmiştir. Bitcoin, Satoshi Nakamoto tarafından, ilk olarak 2008 yılında, eşler arası doğrudan para transferi makalesi²⁶ ile dünyaya duyurulmuştur. Bu makaleden hemen sonra blok zinciri ve bitcoin kavramları hayatımızda kalıcı bir yer edinmiştir²⁷.

²³ Karahan ve Tüfekci, “Blok zinciri Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler”, 60; Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 25-26.

²⁴ Ünal ve Uluyol, “Blok Zinciri Teknolojisi”, 168.

²⁵ Ünal ve Uluyol, “Blok Zinciri Teknolojisi”, 172.

²⁶ Makalenin Türkçe çevirisi için bk. Erişim Tarihi: Şubat 02, 2024, https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_tr.pdf.

²⁷ Tevetoğlu, “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”, 195.

Blok zinciri teknolojisi, kripto paradan çok daha fazlasıdır²⁸. Blok zinciri 2009 yılından itibaren bitcoin ile hayatımızda yer edindiği için, bitcoin ile özdeşleştirilmektedir. Blok zinciri yalnızca bitcoinin değil kripto paraların tamamının değiş tokuş edilebilmesini sağlayan bir platformdur²⁹. Kripto paralar, popüler olan ilk blok zinciri uygulaması olması sebebiyle birçok soru işaretini beraberinde getirip kamu otoriteleri tarafından fazlaca sorgulanmaktadır³⁰. Ancak blok zincirinde sadece finansal işlemler değil, klasik bir veri tabanında gerçekleştirilebilen her türlü işlemin yapılması söz konusudur³¹. Genel olarak ülkeler kripto paralara nötr ve negatif yaklaşmaktaysa da³² blok zinciri teknolojisine pozitif bir yaklaşım sergilemektedirler³³.

b. Ethereum

Dünyada Bitcoin'e olan ilgi arttıkça, blok zinciri teknolojisinin eksiklikleri ve geliştirilmesi gereken yönleri tespit edilmiştir. Bitcoin blok zinciri, dijital para değiş tokuşu için oluşturulan bir platformdur. Bu nedenle merkezi olmayan uygulamaların da üzerinde çalışabileceği bir platform yaratabilmek için çalışmalar yapılmıştır³⁴. Ethereum Şirketinin kurucusu Vitalik Buterin, ethereum üzerinde *smart contracts* (akıllı sözleşme) adı verilen ve yazılımdan oluşan kod parçalarının çalıştığını duyurmuştur³⁵. Ethereum, kamuya açık ve blok zinciri modellemesiyle hesap yapan, açık kaynaklı protokol, kısaca işletim sistemidir³⁶.

Ethereum blok zinciri üzerinde veri kaydedilebilir, bilgi işlenebilir ve akıllı sözleşmelerin icra edilmesini sağlanabilir. Ethereum kadar popüler olmadıkları için ayrıca incelemediğimiz Ripple, Nxt gibi diğer platformlarda da akıllı sözleşme kurulması mümkündür³⁷.

²⁸ Akgiray, "The Potential for Blockchain Technology in Corporate Governance", 5-7.

²⁹ Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 36.

³⁰ Bitcoin yarattığı spekülasyonlar ve bitcoinin son yılda yaşadığı değer kaybı, izlenemeyen bir sisteme bağlı olduğu için kara para aklanmada fazlaca kullanılması, vergilendirme gibi sebeplerle birçok devlet tarafından kabul edilmesi ve regülasyonu uzun yıllar alacaktır ancak blok zinciri teknolojisi dünyadaki klasik verimsizlikler için akıllı çözümler sunabilen ileri bir teknolojidir. bk. Vedat Güven ve Erkin Şahinöz, Blok zinciri - Kripto Paralar - Bitcoin: Satoshi Dünyayı Değiştiriyor, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022, <https://apps.apple.com/tr/app/kitapyurdu-e-kitap/id1580027277>, 77.

³¹ Tevetoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", 204.

³² Türkiye Cumhuriyeti Başkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı On İkinci Kalkınma Planında "Özellikle blok zinciri teknolojisine dayalı olarak gelişen dijital paraların merkez bankaları tarafından kullanımının yaygınlaşması beklenmektedir." ifadesiyle kripto paralara önceki dönemlere göre olumlu bir yaklaşım sergilemiştir. Bk. On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028), Erişim Tarihi: Temmuz 23, 2024, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On-Ikinci-Kalkinma-Planı_2024-2028_11122.pdf, 9.

³³ Akgiray, "The Potential for Blockchain Technology in Corporate Governance", 29; Tevetoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", 199.

³⁴ Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 37.

³⁵ Tevetoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", 196.

³⁶ Tevetoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", 196.

³⁷ Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 38.

c. Akıllı Sözleşmeler

İlk defa 1994 yılında Nick Szabo, ifa aşamasında insan iradesinden arındırılmış ve kendi kendini ifa edebilen akıllı sözleşme fikrini öğretilmiş ve tartışmıştır³⁸. Szabo, akıllı sözleşmelerin bir sözleşmenin müzakere edilmesi, kurulması ve ifası gibi tüm aşamalarında kullanılmasının mümkün olduğunu tespit etmiştir ancak, bu fikir Szabo tarafından ilk ortaya atıldığında, akıllı sözleşme protokollerinin bilgisayarlarla işletilebilmesi mümkün değildi³⁹. Akıllı sözleşmenin en ilkel ancak işlevsel örneklerinden biri olan ürün otomatları şu şekilde çalışır: alıcı makineye para atar, makine parayı alır, muhafaza eder ve seçilmiş olan ürünü alıcıya sunar. Makinede belirtilen miktarda parayı makineye atabilen herkes bu satım sözleşmesinin tarafı olabilmektedir. Akıllı sözleşmenin kurulabilmesi için ürün otomatlarında görüldüğü üzere blok zinciri teknolojisinin kullanılması zorunlu değildir⁴⁰. Günümüzde neredeyse her gün kullandığımız POS terminalleri ile kredi kartları ve elektronik veri değişimi akıllı sözleşmelerin daha ilkel hâlleri olarak düşünülebilir⁴¹.

Blok zinciri teknolojisinin geliştirilmesi, akıllı sözleşmelerin blok zincirinin sağladığı kolaylıklarla birlikte kurulabilmesine imkân tanımıştır. Özellikle blok zincirindeki akıllı sözleşme şartlarının değiştirilemiyor olması, taraflarda sözleşmenin ifa edileceğine dair güven yaratmaktadır⁴². Ethereum üzerinde akıllı sözleşme yazılımı üretilmesi ile akıllı sözleşme kavramı, yeniden gündeme gelmiş ve popülerlik kazanmıştır⁴³. Ethereum üzerindeki akıllı sözleşmeler, yazılımsal olarak hazırlanmış dijital birer sözleşmedir. Bu sözleşmeler, geliştirildiği kodun adımları tamamlandığında kendi kendini ifa etmektedir⁴⁴. Blok zincirinin gelişimini sürdüren bir teknoloji olması sebebiyle, akıllı sözleşmelerin hukuki durumunu özel hükümlerle belirlemek için henüz erken bir safhada olduğu dile getirilmektedir⁴⁵.

³⁸ Szabo, akıllı sözleşmeyi sözleşmenin şartlarını icra eden işlem protokolü olarak tanımlamıştır. Detaylı bilgi için bk. Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 16 vd.

³⁹ Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 16-17.

⁴⁰ Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 17.

⁴¹ Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 40.

⁴² Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 41.

⁴³ Tevetoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", 194; Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 17.

⁴⁴ Takaoğlu, Özer ve Parlak, "Blok zinciri Teknolojisi ve Türkiye'deki Muhtemel Uygulanma Alanları", 268; Tevetoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", 204; Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 17.

⁴⁵ Akıllı sözleşmelerin mevzuattaki düzenlemeler kapsamında sözleşme olarak kabul edilmesine bir engel bulunmadığı yönünde bk. Tevetoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", 204; Farklı görüşte olan Çağlayan Aksoy'a göre, akıllı "sözleşme" ifadesinin meydana getirebileceği algının tersine, akıllı sözleşmeler her durumda geleneksel anlamda sözleşmelerin yerini tutmazlar. Bu nedenle her akıllı sözleşme eo ipso hukuki bir sözleşme olarak nitelendirilemez. Bk. Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 103 vd.

Dijital olarak kurulmaya elverişli tüm sözleşmelerin akıllı sözleşmeyle kodlanması mümkündür⁴⁶. Akıllı sözleşme blok zincirinde yayınlandıktan sonra, sözleşmede yer alan şartlar gerçekleştiği takdirde ifa da otomatik olarak gerçekleşir. Akıllı sözleşmelerin en önemli avantajı güven unsurunu sağlaması, herhangi bir kullanıcıya karşı ayrımcılık yapmadan ve her zaman kullanıma hazır olmasıdır⁴⁷. Anonim şirket genel kurullarındaki hukuka aykırılıklar akıllı sözleşmeler kullanılarak engellenebilir. Örneğin, TTK m. 414 uyarınca, genel kurula çağrı prosedürüne uyulmadığı takdirde akıllı sözleşmedeki şartlar sağlanmadığı için genel kurul gerçekleşmeyecek veya kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülen hâller dışında karar alınması için bir gündem maddesi belirlenmesi mümkün değildir, TTK m. 408, f. 1 hükmüne aykırı bir hal gerçekleştiğinde sistem oylama yapılmasına izin vermeyecektir.

Blok zinciri teknolojisi ile hazırlanan akıllı sözleşme protokolü, iki taraflı bir sözleşme olabileceği gibi komplike de olabilir⁴⁸. Şu ana kadar ki en karmaşık örneği ise otonom dağıtık şirkettir (*decentralized autonomous organizations -DAO*⁴⁹). DAO, hem kâr amacı güden organizasyonları hem de kâr amacı gütmeyen toplulukları organize etmek için yeni bir merkezi olmayan iş modeli sağlamayı amaçlayan, ethereum blok zincirinde programlanan, geleneksel bir yönetim yapısı veya yönetim kurulu bulunmayan özerk bir organizasyon ve fondur. Katılımcılara ethereumun kripto para birimi olan Ether karşılığı DAO token (jeton) verilmekte, bu jetonun oylamalarda veya proje finansmanında kullanılması sağlanmaktaydı⁵⁰. Haziran 2016'da kullanıcılar DAO kodundaki bir güvenlik açığından faydalanarak fonlarının üçte birini bir yan kuruluş hesabına aktarmışlar. Eylül 2016 itibarıyla, DAO, büyük kripto para borsalarından çıkarılmış ve DAO fiilen feshedilmiştir⁵¹. Haziran 2016'da yaşanan güven krizi çok büyük olmasına karşın merkeziyetsiz, otonom, işlem ve sözleşmelere olan ilgi azalmamıştır⁵².

Anonim şirket genel kurulunun blok zinciri üzerinde denemesi diğer alanlara nazaran yeni sayılmasına rağmen son 10 yılda yapılan bazı girişimler, teknolojinin bu alanda uygulanabilir olduğunu göstermiştir. Deutsche Börse Grubu,

⁴⁶ Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 67.

⁴⁷ "Ethereum nedir?" Erişim Tarihi: Kasım 03, 2023, <https://ethereum.org/en/what-is-ethereum/>; Akgiray, "The Potential for Blockchain Technology in Corporate Governance", 10.

⁴⁸ Kitlesele fonlamada kullanılan ICO ve STO için bk. Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 78 vd.

⁴⁹ Otonom dağıtık şirketler için literatürde DAO kısaltması sıklıkla kullanıldığı için biz de bu kısaltmayı kullanacağız.

⁵⁰ Tevetoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", 205; Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 81 vd.

⁵¹ Detaylı bilgi için bk. Decentralized Autonomous Organization, Erişim Tarihi: Mart 28, 2024, https://en.wikipedia.org/wiki/The_DAO; Çekin, "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?", 323.

⁵² Tevetoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", 201.

‘Açık Gün 2015’ BT Konferansı sırasında, özel bir blok zinciri kullanan ‘tarayıcı tabanlı’ bir yazılım prototipi olan kurumsal oylama vekâletini sundu. Estonya Genel Kurullarındaki e-oylamanın Nasdaq75 pilotu, blok zinciri teknolojisini pratikte kurumsal oylamada uyguladı. Şubat 2016’da Nasdaq, tamamen dijital Estonya hükümeti ile iş birliği yaparak, Tallinn Menkul Kıymetler Borsası’nda işlem gören şirketlerde pay sahiplerinin genel kurul toplantılarında uzaktan oy kullanmasına olanak tanıyan blok zinciri tabanlı e-oylama uygulamasını duyurdu. 2017’de TMX Grubu (Toronto Menkul Kıymetler Borsası operatörü), borsada işlem gören Accenture Plc82 şirketi ile pay sahipleri oylaması için blok zinciri uygulamasının geliştirildiğini duyurdu⁵³.

Blok zincirinde DAO gibi neredeyse özel hukuk tüzel kişisine benzeyen karmaşık bir iş modeli dahi çalışmaktadır. Anonim şirket genel kurulunun her aşamasını denetleyebildiğimiz ve gerçekleştirebildiğimiz, şirket işleyişini daha etkin hale getirecek ve genel kurullara ilişkin hukuka aykırılıkları en aza indirecek bir sistemin çalışabileceğini düşünmekteyiz.

B. ANONİM ŞİRKET GENEL KURULUNUN BLOK ZİNCİRİ TEKNOLOJİSİ İLE GERÇEKLEŞTİRİLMESİ MÜMKÜN MÜ?

TTK’da genel kurulun tanımı yoktur ancak, TTK m. 407-457, m. 1527 hükümleri incelendiğinde genel kurul, belirli bir gündem ile usulüne uygun çağrı yapılarak pay sahiplerinin bu gündemi görüşüp karara bağlanması için fiziki, elektronik veya karma bir ortamda, ortaklık adına karar ve irade ortaya koydukları organdır⁵⁴.

Anonim şirket genel kurul toplantılarına elektronik yollarla katılım için, TTK m. 1527, f. 5 hükmünde, anonim şirketin esas sözleşmesinde düzenlenmesi şartıyla, pay sahiplerine genel kurula elektronik ortamda katılım hakkı verebileceği düzenlenmiştir. Anonim şirket esas sözleşmesine blok zinciri teknolojisi ile gerçekleştirilen genel kurula yönelik bir hüküm koyulup koyulamayacağı emredici hükümler ilkesi uyarınca değerlendirilmelidir⁵⁵. İlkenin düzenlendiği TTK m. 339 uyarınca, TTK’da yer alan konular dışında esas sözleşmede bir hükme yer verilmesi, emredici hükümler ilkesi gereğince mümkün değildir. TTK m. 1527, f. 5 uyarınca, elektronik genel kurulun uygulanma esasları Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yö-

⁵³ Bk. Lafarre ve Van der Elst, “Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism”, 20-23.

⁵⁴ Neval Okan, “Genel Kurul”, in Şenocak, Kemal (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, Ankara: Seçkin, (2023): 2217-2338, 2220; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, 823.

⁵⁵ Ülkü Ay Kaplan, “Alman Hukukuna Göre Anonim Şirketlerde Sanal Genel Kurul ve Sanal Genel Kurulun Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 39, S. 2, (2023): 409-448, 444.

netmelik⁵⁶ m. 4, f. 1/c uyarınca, elektronik genel kurulların, Elektronik Genel Kurul Sistemi (EGKS) olarak adlandırılan Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından sağlanacak elektronik platformda düzenleneceği belirlenmiştir. Tüm bu düzenlemeler değerlendirildiğinde anonim şirket esas sözleşmesine, elektronik genel kurulların blok zinciri teknolojisi ile gerçekleştirileceği yönünde bir hüküm konulamayacağı değerlendirilmektedir. Kaldı ki biz blok zinciri teknolojisi ile gerçekleştirilen genel kurulun mevcut elektronik genel kurula kıyasla kayda değer bir fark yaratmasının, tüm pay sahiplerinin elektronik ortamda katılım göstermesi ile mümkün olacağını düşünmekteyiz.

C. ELEKTRONİK GENEL KURUL VE SANAL GENEL KURUL

Elektronik ortamda gerçekleştirilen genel kurul toplantıları, fiziki olarak yapılan bir toplantıya dileyen pay sahipleri veya temsilcilerinin elektronik yöntemle katıldığı “karma genel kurul” veya fiziki ortamda toplanan bir genel kurul olmaksızın yalnızca elektronik ortamda gerçekleştirilen “sanal genel kurul” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁵⁷.

TTK m. 1527 uyarınca düzenlenen “elektronik genel kurul” olarak adlandırılan genel kurul, hem fiziken hem elektronik genel kurulun aynı anda gerçekleştirildiği karma sistemdir. Anonim şirket genel kurul toplantılarının gerçekleşmesinde kural, fiziki katılımlı toplanmadır ancak, payları borsada işlem gören şirketler zorunlu olarak elektronik genel kurul şeklinde toplanmaktadır. Payları borsada işlem görmeyen anonim şirket genel kurulları için TTK m. 1527, f. 5 uyarınca, esas sözleşmede açıkça yer alan bir düzenleme ile pay sahiplerine genel kurula elektronik ortamda katılım hakkı verilebilir⁵⁸.

Öğretide sanal genel kurul toplantısı olarak adlandırılan kurum, hukukumuzdaki elektronik genel kuruldan farklıdır. Sanal genel kurula pay sahiplerinin tamamı internet ortamında katılmakta, fiziki katılım tamamen dışlanmaktadır⁵⁹. Alman Hukukunda, 20 Temmuz 2022’de tarihinde Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantılarının Sanal Ortamda Yapılması ve Bazı Hükümlerin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile Anonim Şirketlerde Sanal Genel Kurul Uygulaması Getirilmesi ve Kooperatifler ile İflas ve Yeniden Yapılandırma Kanunu Hükümlerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (*Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen bei Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts-*

⁵⁶ RGT: 28.08.2012, RGS: 28395

⁵⁷ Murat Besen, “Anonim Şirketlerde Genel Kurulu Toplantıya Çağrı”, *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi* 4, S. 2 (2019): 241-266, 245.

⁵⁸ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, (İstanbul: Vedat Kitabevi, 2014), 524; Ay Kaplan, “Alman Hukukuna Göre Anonim Şirketlerde Sanal Genel Kurul ve Sanal Genel Kurulun Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”, 444; Fatih Bilgili ve Erta Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, (Bursa: Dora Yayıncılık, 2021), 195.

⁵⁹ Ay Kaplan, “Alman Hukukuna Göre Anonim Şirketlerde Sanal Genel Kurul ve Sanal Genel Kurulun Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”, 410-412.

sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften) ile Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda (*Aktiengesetz-AktG*) değişiklikler yapılarak sanal genel kurul uygulaması kabul edilmiştir⁶⁰. Yapılan değişiklikler ile sanal genel kurul düzenlenmesi mümkün hale gelmiş ancak sanal genel kurulun yapılacağı platform belirlenmemiştir, bu hususta kanun koyucu suskun kalmıştır.

Türk hukukunda mevcut pozitif düzenlemeler ışığında, blok zinciri sistemi üzerinde genel kurul gerçekleştirilmesinin mümkün olduğunu varsayarsak, TTK m. 1527, f. 1 uyarınca, her ne kadar tüm pay sahiplerinin genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılması mümkün olsa da fiziki ortamda katılıma ilişkin bir yasak getirilemeyecektir. Makalemiz blok zinciri ile gerçekleştirilen genel kurulun, TTK'da yer alan karma bir genel kuruldan ziyade tüm pay sahiplerinin elektronik ortamda katılım gösterdiği genel kurul toplantısının blok zinciri teknolojisiyle gerçekleşmesinin katkılarına odaklanmaktadır. Anonim şirkette genel kurulun karma bir toplantı biçiminde blok zinciri teknolojisi ile gerçekleştirilmesi halinde blok zinciri teknolojisinin yıkıcı olarak ifade edilen devrimsel etkisinin ortaya konulamayacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle, TTK'da genel kurul düzenlemelerine ilişkin köklü bir değişiklik önermekteyiz.

D. TTK m. 1527, f. 5 HÜKMÜ UYARINCA ELEKTRONİK GENEL KURUL SİSTEMİ BULUNMASINA RAĞMEN NEDEN YENİ BİR DÜZENLEME ÖNERİYORUZ?

TTK m. 407 uyarınca, kanuni istisnalar dışında pay sahipleri şirkete ilişkin haklarını genel kurulda kullanırlar. 21. Yüzyılda genel kurulun işlevinin bilgi ve karar mekanizması olduğu yönünde görüşler yoğunlaşmaktadır⁶¹. Kanun koyucu şirket işleyişi için belirli bir yapı öngörmüştür. Öngörülen yapıda, pay sahipleri genel kurula katılarak bilgi ve karar alma mekanizmasında yer almaktadır. Böylece, pay sahipleri şirketin gidişatına doğrudan müdahale eder ve buradaki en önemli araç pay sahibinin oy hakkıdır⁶².

TTK'da pay sahiplerinin bilgi ve karar alma mekanizmasında yer alarak oy haklarını sağlıklı bir şekilde kullanmaları, genel kurulların fiziken yapılmasına bağlı olarak görülmüş ve düzenlemeler bu yönde yapılmıştır. Ancak fiziken yapılan genel kurullar, pay sahiplerinin bilgi ve karar alma mekanizmasına katılma-

⁶⁰ Alman hukukunda sanal genel kurulun kabul süreci ile alakalı detaylı bilgi için bk. Ay Kaplan, "Alman Hukukuna Göre Anonim Şirketlerde Sanal Genel Kurul ve Sanal Genel Kurulun Türk Hukukunda Uygulanabilirliği", 419 vd.

⁶¹ 19. yy'da genel kurulun üç önemli özelliği belirli mekân, pay sahiplerinin toplantıyı ciddiye alması, kontrol ve denetim etkinliğinin sağlanması yönünde olduğu hakkında bk. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I*, 840-841.

⁶² Mustafa Erdem Can, *Şirketler Hukuku Dersleri*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 141; Genel kurulun en önemli işlevinin bilgi ve karar alma mekanizması olduğu ve diğer işlevleri hakkında bilgi edinmek için bk. Hasan Pulaşlı, "Elektronik Ortamda Genel Kurula İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum", Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022, <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/HasanPulasli-internetOrtamindaGenelKurul.pdf>, 12-13.

ları bakımından yetersiz kalmış; pay sahiplerine getirdiği yol ve konaklama masrafları, zaman kaybı, sağlık problemleri, tek başına kararlara yön veremeyecekleri inancı, alınacak kararlar ilgili yeterli bilgiye sahip olmamaları veya kararları anlayamamaları gibi yüklerin ortadan kaldırılması⁶³ için elektronik genel kurul toplantıları ve internetin önemli bir işlev taşıdığı savunulmuş⁶⁴ ve yapılan düzenlemeler sonrasında Türk hukukuna elektronik genel kurul kazandırılmıştır. Genel kurula katılım hakkı, pay sahibinin, genel kurul toplantısına fiziki veya elektronik ortamda katılmasının ötesinde ortaklık kararlarına iradelerini yansıtmasını sağlar⁶⁵. Elektronik genel kurulun hukukumuzda kabul edilmesinin ardından genel kurula katılma oranı artmıştır, ancak pay sahibinin toplantıya katılım hakkını kullanmasının önündeki sınırların mevcut sistemde başkaca biçimlerde süregeldiği gözlemlenmiştir⁶⁶.

Elektronik genel kurulun karma olarak gerçekleşmesi, vekaleten oy kullanma sisteminin etkin olarak kullanımına ilişkin düzenlemelerin bulunmaması, kanun sistematığı dolayısıyla hala fiziken yapılan genel kurulun hükümlerine tabii olunması, yaşanan teknik aksaklıklarda pay sahiplerinin etkin katılımının sağlanamaması dolayısıyla eksiklikleri bulunan bir sistemdir. Elektronik genel kurullar toplantı yerinin uzaklığı, aynı ilde bulunmaması, mesleki uğraşılardan zaman kalmaması ve katılım masrafları nedenlerini önemli ölçüde bertaraf edebilmektedir. Ancak elektronik genel kurullar gerek bilgi edinme hakkına gerek karar mekanizmasına etkin bir şekilde katılmaya ilişkin sorunlara çözüm getirememiştir. Elektronik Genel Kurul Sistemi (EGKS) gibi merkezi veri tabanları ile işleyen sistemler yerine blok zinciri teknolojisi ile işleyen sistemler anonim şirkette genel kurulun yapılmasında kullanılır ise bu tip problemler kolaylıkla geride bırakılabilir. Blok zincirinde akıllı sözleşmelerin çalışıyor olması sayesinde, belirli belgeleri, işlemleri, anlaşmaların durumunu ve hatta şirketlerin oylarını ve hisselerini takip eden kayıt sistemleri desteklenir ve bu da onu pay sahiplerinin oy kullanmasına elverişli hale getirir⁶⁷. Aracılara gereksinim duyulmaması nedeniyle, işlem maliyetlerinde azalma, gizli ve özel anahtarlı şifreleme ile insanların kendi verilerini yönetebilmeleri, farklı birimler arasında veri paylaşımını, kişisel mahremiyeti ihlal etmeden sağlayan yapı, küçük ve orta ölçekli işletmeler

⁶³ Besen, "Anonim Şirketlerde Genel Kurulu Toplantıya Çağrı", 247.

⁶⁴ Semih Sırrı Özdemir ve Elanur Tamer, "Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Anonim Şirketlerde Genel Kurula İlişkin İlkelerin Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 7, S. 14, (2019): 329 - 373, 331.

⁶⁵ Esra Cenkcı, "Pay Sahibinin Kişisel Hakları", in Şenocak, Kemal (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, Ankara: Seçkin, (2023): 2339-2472, 2345-2346, 2343.

⁶⁶ İrem Tore, "Kurumsal Yönetim Kapsamında Pay Sahipliği Haklarının Kullanılabilmesi Amacıyla Elektronik Genel Kurul Toplantısının Güncel Mevzuat Işığında Değerlendirilmesi ve Bazı Öneriler", Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi 21, S. 2, (2020): 395-415, 410.

⁶⁷ Lafarre ve Van der Elst, "Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism", 4.

için yenilikçi fikirler ve projelere kaynak sağlanmasını kolaylaştırır, veri koruma maliyetinin düşürülmesi⁶⁸, kayıtların geriye dönük olarak değiştirilememesi, her işlemin birden fazla tarafça doğrulanması ve onaylanması sayesinde işlemlerde şeffaflığın artması⁶⁹, faaliyetlerin basitleşmesi ve hukuka aykırılıkların en aza indirilmesi gibi avantajlar sunar⁷⁰.

1. Blok Zinciri Teknolojisinin Sağlayacağı Muhtemel Faydalar

Blok zinciri teknolojisi aleni, manipüle edilemez, güvenilir olması nedeniyle oy kullanma aşaması içeren kurumlar için idealdir. Mevcut elektronik genel kurul toplantılarında yaşanan başlıca aksaklıkların blok zinciri teknolojisi ile giderileceğini düşünmekteyiz. Bunlardan bazıları şunlardır:

İlk olarak, sistemin potansiyel olarak sağlayacağı en önemli faydadan bahsetmek istiyoruz. Blok zinciri teknolojisi ile programlanan akıllı sözleşmeler, kendi kendini okuyabilen, önceden belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde harekete geçebilen sözleşmelerdir. Akıllı sözleşmeler söz konusu taahhütlerin denetimini kendiliğinden gerçekleştirmektedir⁷¹. Şirketlerin esas sözleşmesi, mevzuatta yer alan düzenlemeler blok zinciri teknolojisine eklenerek⁷² genel kurullarda yer alan hukuka aykırılıklar ortadan kaldırılabilir⁷³. Bunların yanı sıra kurumsal yönetim ilkeleri gibi SPK'nın uygulanmasını istediği ilkeler⁷⁴ sisteme eklendiği takdirde genel kurulların verimliliğin artması sağlanabilir.

İkinci olarak, TTK m. 437 uyarınca, pay sahibinin bireysel hakları arasında yer alan bilgi alma ve inceleme hakkı, azlık veya belli oranda pay sahibi olma şartı aranmaksızın eşitlik ilkesine uygun biçimde tüm pay sahiplerine tanınmış-

⁶⁸ Karahan ve Tüfekci, "Blok zinciri Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler", 61.

⁶⁹ Takaoğlu, Özer ve Parlak, "Blok zinciri Teknolojisi ve Türkiye'deki Muhtemel Uygulanma Alanları", 268.

⁷⁰ Karahan ve Tüfekci, "Blok zinciri Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler", 61.

⁷¹ Tevettoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", 200.

⁷² Lafarre ve Van der Elst, "Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism", 16.

⁷³ Genel kurul kararlarının iptal ve butlanının düzenlendiği TTK m. 445, 446, 447 hükümlerine istinaden açılan davaları incelediğimizde yüzlerce karar karşımıza çıkmaktadır. Bazı kararlarda pay sahiplerinin bilgi edinme hakkının ihlal edildiği bk. 11. YHD. E. 2022/4496, K. 2023/6513, 11. YHD. E. 2024/1976, K. 2024/3907; bazı kararlarda usulüne uygun genel kurul toplantısına çağrı yapılmadığı bk. 11. YHD. E. 2016/3299, K. 2017/7390, 11. YHD. E. 2017/737, K. 2018/6781; bazı kararlarda pay sahibinin oy oranının tespitine ilişkin sorun yaşandığı bk. 11. YHD. E. 2008/9449, K. 2010/4972; bazı kararlarda toplantı ve karar nisabına ilişkin uyumsuzluk olduğu bk. 11. YHD. E. 2013/16032, K. 2014/5097, 11. YHD. E. 2024/1295; K. 2024/6930 görülmektedir. Yargı Kararlar için bk. Erişim Tarihi: Kasım 28, 2024, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#>.

⁷⁴ "SPK", "Kurumsal Yönetim Çerçevesinde Pay Sahiplerinin Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kuruluna Etkin Katılımı", Erişim Tarihi: Ekim 15, 2023, <https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/438>.

tır. Bilgi alma hakkına ilişkin düzenlemeler, pay sahiplerinin bilgi alma hakkını toplantı öncesinde kullanması ve toplantı esnasında kullanması şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir. İlk fıkrada pay sahiplerinin genel kurul toplantısından önce bilgilendirilmesine ilişkin düzenleme yer almaktadır⁷⁵. Hüküm uyarınca, şirketin finansal tabloları, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi genel kuruldan en az on beş gün önce pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulmalıdır. Uygulamada elektronik genel kurul sistemini kullanmayan şirketlerin pay sahipleri, genellikle ilgili belgeleri incelemek üzere şirket merkezine gitmemektedir. Bu sebeple şirketler de genellikle gerekli belgeleri şirket merkezinde hazır etmemektedir⁷⁶. Elektronik genel kurul sistemini uygulayan şirketler, genel kurul öncesi pay sahiplerinin incelemesine sunulan zorunlu belgeleri ve gündemi güvenli elektronik imzalı olarak kanunda gösterilen süreler içerisinde erişime hazır bulundurmalıdır⁷⁷. Blok zinciri teknolojisinin bu hüküm açısından getireceği fayda, akıllı sözleşmeler bu şart gerçekleşmeden genel kurul toplantısının gerçekleşmesine engel olur, bu zorunluluğunun denetimi sağlanarak aykırı davranışların önüne geçilmesi etkin bir biçimde sağlanır ve genel kurul kararlarının iptalinin önüne geçilebilir. Blok zincirinde, her gündem maddesi ile ilgili açıklayıcı raporlar, yönetim kurulu üyelerinin bilgilendirme videoları hazırlanıp sisteme aylar öncesinden yüklenebilir. Pay sahipleri toplantı öncesinde bu belgelere erişerek bilgi edinme haklarını gerçek anlamda kullanabilecek ve toplantı sırasında pay sahiplerinin bilgisizliği nedeniyle yaşanan zaman kaybı önlenecek, bu da hem soruların hem de verilecek cevapların kalitesine olumlu olarak yansıtacaktır⁷⁸.

Bilgi alma hakkının tanındığı diğer hal TTK m. 437, f. 2 hükmünde düzenlenmiştir. Bilgi alma hakkının genel kurul esnasında, gündem ile ilgili olma şartı aranmadan yönetim kurulundan şirketin işleri, denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi istenmesi düzenlenmiştir⁷⁹. TTK m. 437, f. 6

⁷⁵ Seda Seyman, "Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı", in Şenocak, Kemal (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, Ankara: Seçkin, (2023): 2477-2492, 2482.

⁷⁶ H. Ercüment Erdem, "Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı", Erişim Tarihi: Haziran 23, 2024, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/anonim-sirketlerde-pay-sahiplerinin-bilgi-alma-hakki>, 1.

⁷⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 525.

⁷⁸ Ay Kaplan, "Alman Hukukuna Göre Anonim Şirketlerde Sanal Genel Kurul ve Sanal Genel Kurulun Türk Hukukunda Uygulanabilirliği", 424; AktG §131 par. (1a) hükmünde, pay sahibine sanal genel kuruldan önce elektronik iletişim yoluyla bilgi edinme hakkını kullanması için toplantıdan en geç üç gün önceye kadar soru iletilmesinin şart koşulabilme imkanı tanınmıştır; AktG 130a par. 5 hükmü ile pay sahiplerine toplantı sırasında söz hakkı (Rederecht) tanınması zorunludur. Bu hak, sesli ve görüntülü olarak kullanılır; yalnızca pay sahipleri portalında veya gönderilen mesajların toplantı başkanı tarafından okunması suretiyle kullanılması mümkün değildir. Bu hüküm pay sahiplerinin fiziki katılımlı toplantılarda olduğu gibi sanal genel kurul toplantılarında da yönetim kuruluna hitap edebilmesi amacıyla getirilmiştir.

⁷⁹ Seyman, "Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı", in Şenocak, Kemal (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, 2483.

uyarınca, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı, esas sözleşme veya şirketin herhangi bir organının kararı ile kaldırılıp sınırlandırılmayacağına ilişkin düzenleme bulunmasına rağmen adsız düzenleyici işlem olan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ (eGK Teb.⁸⁰) m. 6 uyarınca, hak sahibi her bir gündem maddesi için en fazla iki adet görüş iletebileceği ve her bir görüş en fazla 600 karakter olabileceği düzenlenmiştir. Hükmün lafzından açıkça anlaşıldığı üzere EGKS pay sahiplerinin bilgi edinme hakkını kısıtlamaktadır⁸¹. eGK Teb. m. 4 uyarınca, elektronik ortamda şahsen veya temsilcileri aracılığıyla katılmak isteyen hak sahipleri, iki gün öncesine kadar EGKS'den taleplerini iletmek zorundadır. Elektronik genel kurula katılma beyanına ilişkin olumsuzluklar özellikle karma sistemin kullanılmasından kaynaklanmakla birlikte öngörülen bildirim süreleri pay sahibinin genel kurula katılım hakkını engelleyecek niteliktedir⁸².

*Karayel ve Koçak*⁸³, elektronik genel kurulun etkin olup olmadığını incelemek için BİST100'de bulunan şirketleri esas alarak yaptıkları araştırmada, EGKS'lerde teknik aksaklıktan dolayı yaşanan kesintilerin, pay sahiplerinin oylamalara katılımını engellediğini tespit etmişlerdir. Sistem, kesinti sonrasında tekrar kullanıma açıldığında ise genel kurul sona ermiş olduğundan; oy kullanmak teknik sorun yaşayan pay sahipleri için mümkün olmamıştır⁸⁴. *Pulaşlı*, genel kurulda teknik aksaklıklar nedeniyle hukuki durumun ne olacağına ilişkin mevzuatta düzenleme bulunmadığını belirtmiş, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan, elektronik genel kurullardaki teknik arıza nedeniyle icra edilmeyen toplantıların tekrardan yapılması ve teknik arıza öncesi karara bağlanan gündem maddelerinin tekrar görüşülmesine gerek olmadığı yönündeki düzenlemelerin sorunu çözebileceğini belirtmiştir⁸⁵. Şu an için TTK m. 445 vd. hükümlerinde düzenlenen genel

⁸⁰ RGT: 29.08.2012, RGS: 28396.

⁸¹ Bilgili ve Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, 193; Tore bu problemlili düzenleme üzerine son derece önemli sorular sormuştur; Pay sahibi görüşülmekte olan gündem ile ilgili iki adet yazılı metin ile görüş bildirme hakkını kullandıktan sonra soru sorarak bilgi alması gerektiğinde nasıl bir yöntem uygulanacaktır? Bilgi alma hakkını bu nedenle kullanamayan pay sahibinin özel denetçi isteme hakkı nasıl değerlendirilecektir? Bilgi almak istediği konuyu ifade etmek için verilen karakter yeterli değilse veya bilgi edinme hakkı kullanıldığı sırada teknik bir arıza ile karşılaşır ve soru toplantıya zamanında iletilmezse ne yapılmalıdır? bk. Tore, "Kurumsal Yönetim Kapsamında Pay Sahipliği Haklarının Kullanılabilirliği Amacıyla Elektronik Genel Kurul Toplantısının Güncel Mevzuat Işığında Değerlendirilmesi ve Bazı Öneriler", 411-412.

⁸² Elektronik ortamda genel kurul toplantısına katılım talebinin iletilmesine ilişkin ortaya çıkan belirsizler için bk. Tore, "Kurumsal Yönetim Kapsamında Pay Sahipliği Haklarının Kullanılabilirliği Amacıyla Elektronik Genel Kurul Toplantısının Güncel Mevzuat Işığında Değerlendirilmesi ve Bazı Öneriler", 411; Bilgili ve Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, 192.

⁸³ Mete Karayel ve Mehmet Alaaddin Koçak, "Türkiye'de Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Sisteminin Pay Sahiplerinin Yönetime Katılımına Etkileri: BİST 100 Şirketlerinde Bir Araştırma", KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 17, S. 29 (2015): 99-110, 102 vd.

⁸⁴ Karayel ve Koçak, "Türkiye'de Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Sisteminin Pay Sahiplerinin Yönetime Katılımına Etkileri: BİST 100 Şirketlerinde Bir Araştırma", 107.

⁸⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, 872.

kurul kararlarının geçersizliğine ilişkin hükümler bu tip aykırılıklara uygulanabilir⁸⁶. Ancak *Pulaşlı*'nın görüşü doğrultusunda düzenlenecek olan hükümler, iptal prosedüründen daha etkili olacak ve kolaylık sağlayacaktır. Öğretide bir görüş, bu tür hataların şirketler için yaptırıma bağlanmasının, pay sahibinin genel kurula olan güvenini artıracaklarını ileri sürülmüştür⁸⁷. Bu tip sorunlar kanaatimizce, günümüz teknolojisinden üst düzeyde yararlanılarak daha az teknik problem çıkaracak sistemler, mevcut genel kurulun yapısında değişiklikler ve yaptırım içermeyen düzenlemeler ile önlenabilir.

Genel kurulun gerçekleştirilmesi için gereken prosedürler⁸⁸ birçok uygulamacı bakımından maliyetli ve meşakkatli bulunur, bu da genel kurul toplantısının aksamasına neden olur. Ancak bu prosedürler blok zinciri üzerinden daha kolay biçimde gerçekleştirilebilir. Blok zinciri ile gerçekleştirilen genel kurul vasıtasıyla, TTK m. 414, f. 1 uyarınca, gündemin ilanı, toplantıya çağrı için öngörülen ilanın çıkacağı gazeteler, iadeli taahhütlü mektuplara ilişkin maliyetler azalır. Zaman kaybı önlenir.

TTK, anonim ortaklıkta pay sahiplerinin oy güçlerini güvenilir ve sürekli bir hukuki ilişki çerçevesinde belli amaçlarla bir araya toplayarak ortaklığın karar organına etkinlik kazandırılması konusunda yeterli çözüm getirmemiştir⁸⁹; öğreti, sözleşme özgürlüğü prensibi çevresinde⁹⁰, oy sözleşmeleri⁹¹ ile bu sorunu çözmeyi önermiştir. Pay sahipleri, blok zinciri üzerinden toplantı tarihine kadar gündem maddeleri hakkında araştırma yapıp, sistem üzerinden gündem maddesi ile ilgili daha fazla bilgi verilmesini yönetim kurulundan talep edebilir. Bu taleplerini tüm pay sahiplerinin göreceği şekilde yapıp madde ile ilgili önceden önergeleri ileri sürüp, sistem üzerinden her madde ile alakalı forum odaları oluşturabilir. Blok zinciri teknolojisi üzerinde sunulan forum ortamı, farklı fikirlerdeki kişilere gö-

⁸⁶ TTK'da EGKS'de yaşanan teknik aksaklıkların genel kurul kararlarının iptaline neden olmayacağına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır, Alman Paylı Ortaklık Kanunu §243 par. 3 hükmünde, genel kurul kararlarının iptali nedenleri açıklanmış, SGKK ile hükme eklenen paragrafla genel kurul toplantısının sanal olarak gerçekleştirilmesi halinde, sırf genel kurul sanal olarak gerçekleştirildiği için oluşabilecek aksaklıkların iptal nedeni olmasının önüne geçilmek istenmiştir.

⁸⁷ Tore, "Kurumsal Yönetim Kapsamında Pay Sahipliği Haklarının Kullanılabilmesi Amacıyla Elektronik Genel Kurul Toplantısının Güncel Mevzuat Işığında Değerlendirilmesi ve Bazı Öneriler", 408-412; Pulaşlı, genel kurulda teknik aksaklıklar nedeniyle hukuki durumun ne olacağına ilişkin

⁸⁸ Detaylı bilgi için bk. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 480; Can, Şirketler Hukuku Dersleri, 145.

⁸⁹ Erdoğan Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri*, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978), 4.

⁹⁰ Oy sözleşmeleri herhangi bir geçerlilik şartına bağlanmamış, sözleşme özgürlüğü kapsamında gerçekleştirilen sözleşmelerdir. Bu özgürlüğün sınırları, TBK m. 27 uyarınca çizilmektedir. Bk. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 508.

⁹¹ "Oy sözleşmeleri, oy hakkının ortaklık karar organlarında belli bir yönde kullanılması, kullanılması veya kullanımında çekimser kalınması taahhüdünü içeren sözleşmelerdir." naklen bk. Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri*, 5; "Oy sözleşmeleri, pay sahibinin oy haklarını belirli şekilde kullanılması taahhüdünü içeren anlaşmalardır." naklen bk. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 507.

rüşlerine ilişkin videolar, mütalaalar, makaleler paylaşma imkânının yansıra aynı fikir noktasında birleşen pay sahipleri için sistem üzerinden oy sözleşmesi kurulması imkânı sağlayabilir⁹².

Mevcut sistemde işleyiş ve düzenlemeler bakımından eleştirilen vekaleten oy kullanma, TTK m. 425 vd. uyarınca düzenlenmiştir. Pay sahibinin temsili kanuni veya iradi temsilci aracılığı ile sağlanır. TTK m. 429 uyarınca düzenlenen, tevdi eden temsilci kurumu, iradi temsil kapsamında yer almakta basit (bireysel) temsil ilişkisini ifade etmektedir⁹³. Esasen sermayesi tabana yayılmış anonim şirketlerde etkili olacağı düşünülen kurumsal temsilci, organ temsilcisi, bağımsız temsilci ve sermayesi tabana yayılmış şirketlerde çağrı yoluyla vekalet toplanması, 2018 yılında Resmî Gazete’de yayımlanan 7099 sayılı Kanun ile toplu temsile ilişkin TTK m. 428, TTK m. 430 ve TTK m. 431 hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır⁹⁴. TTK m. 429 uyarınca, tevdi eden temsilcisi kendisine tevdi edilmiş bulunan pay ve pay senetlerinden doğan katılma ve oy haklarını tevdi eden adına kullanma yetkisi varsa, bu temsil yetkisini kullanırken, nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda talimat almak için, her genel kurul toplantısından önce, tevdi edene başvurmak zorundadır. Eğer tevdi eden temsilcisi zamanında talimat talep etmiş ancak talimat alamamışsa, tevdi edilen kişi, katılma ve oy haklarını, tevdi edenin genel talimatı uyarınca kullanacak; böyle bir talimatın yokluğu hâlinde oy, yönetim kurulunun yaptığı öneriler yönünde verilecektir⁹⁵. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (GK Yön.⁹⁶) ile temsil yetkisinin verilmesine ilişkin TTK’da öngörülen koşulları ağırlaştırıcı hükümler yer almaktadır⁹⁷. Gerek kurumsal temsilci, organ temsilcisi, bağımsız temsilci ve sermayesi tabana yayılmış şirketlerde çağrı yoluyla vekalet toplayanlara ilişkin hükümlerin ilga edilmesi gerekse tevdi eden temsilcisi kurumuna ilişkin çeşitli prosedürler öngörülmesi nedeniyle⁹⁸, pay sahibinin temsil edilebilirlik ilkesinin kullanımı zayıflatılmıştır.

⁹² Pulaşlı, Türk hukukundaki elektronik genel kurul toplantıları için Alman kanun koyucusunun kabul ettiği “Pay Sahipleri Forumu Tüzüğü”ne benzer şekilde bir yönetmelik yapılmasının, pay sahiplerinin genel kuruldan önce kendi aralarında tartışmalarının pay sahipliği haklarının daha etkin kullanımına fayda sağlayacağını belirtmiştir. Bk. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, 872-873.

⁹³ Cenkci, “Pay Sahibinin Kişisel Hakları”, in Şenocak, Kemal (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, 2345-2346.

⁹⁴ Detaylı bilgi için bk. Cafer Eminoğlu ve Mehmet Şeker, “Bir Pay Sahipliği Girişimi Olarak Kurumsal Temsilci”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, S. Özel, (2015): 1-28, 7; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 492-493.

⁹⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 491; Eminoğlu ve Şeker, “Bir Pay Sahipliği Girişimi Olarak Kurumsal Temsilci”, 5-6.

⁹⁶ RGT: 28.11.2012, RGS: 28481.

⁹⁷ Detaylı bilgi için bk. Cenkci, “Pay Sahibinin Kişisel Hakları”, in Şenocak, Kemal (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, 2361 vd.

⁹⁸ Bk. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, 960-964.

Blok zincirinde gerçekleşen genel kurulun, vekaleten oy kullanma prosedürü bakımından iki imkân sunabileceğini düşünmekteyiz. Bunlardan ilki vekaleten oy kullanma sistemlerine ilişkin detaylı düzenlemeler yapılarak, oy verme işlemi başlamadan hemen önce dahi pay sahipleri güvenli bir şekilde vekil tayin edebilmesine imkân tanınmasıdır. Blok zincirinin önemli avantajlarından manipüle edilememesi, değiştirilmez olması sayesinde sistem üzerinden verilen her bir vekaleten usulüne uygun olarak verilip verilmediği, pay sahibinin oyun kullanımı şekline ilişkin talimatları ve bunların blok zincirindeki oy sayımına dahil edilip edilmediği sorgulanabilir. Ayrıca, oylama sürecinin ardından pay sahipleri, oylama sonuçlarını ve bu oylama sonuçlarını oluşturan tüm eylemleri kolayca doğrulayabilir⁹⁹. Pay sahiplerinin akıllı sözleşmeler aracılığı ile belirli gündem maddelerine ilişkin önceden verecekleri talimatlarla kendi oylarını önceden belirleyerek oy hakkını kullanma imkânı sağlanabilir. Bu ihtimalde pay sahiplerinin vekilleri oyun sistemde doğru iletilip iletilmediği veya gündem maddesine ilişkin farklı tartışma ortamı ve fikrin oluşup oluşmadığının denetimini sağlamak adına genel kurul toplantılarına katılabilirler. Burada kanun koyucu benimseyeceği görüşe göre, vekaleten oy kullanma sistemini şekillendirebilir.

TTK m. 409, f. 1 uyarınca, genel kurullar olağan ve olağanüstü toplanır. Olağan toplantı her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılır¹⁰⁰. Ancak yasal düzenlemelerdeki prosedürü ve pay sahiplerinin ilgisizliğini göz önüne aldığımızda bir kere bile toplanamayan genel kurulun birden fazla kez olağan olarak toplanmasını önermek gerçekçi görülmemektedir ancak, bu bir ihtiyaçtır. Blok zinciri teknolojisi ile genel kurul toplantıları maliyetsiz bir biçimde yüz yüze dahi toplanılmadan sıklıkla yapılabilir. Yönetim kurulu, genel kurul gündemine oylama için bir teklif yerleştirildiğinde, blok zinciri sitesinde şirket pay sahiplerine anında bilgi verilir ve böylece pay sahipleri kısa bir süre içinde oy haklarını kullanabilir¹⁰¹. Olağanüstü genel kurul toplantılarının gündeminin belirlenmesi olağan genel kurula göre daha kolaydır. Zira, olağan toplantı gündeminde yer alması gereken zorunlu gündem maddeleri olağanüstü genel kurul toplantılarının içeriğinde bulunmak zorunda değildir¹⁰². Böylece yönetim kurulu üyelerinin toplantının gerçekleştirilmesi konusundaki sorumluluk riskleri de azalmış olur.

⁹⁹ Lafarre ve Van der Elst, "Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism", 17; Temsilciye her zaman toplantı sırasında dahi talimat verilmesi gerektiği yönünde bk. Cencki, "Pay Sahibinin Kişisel Hakları", in Şenocak, Kemal (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, 2375.

¹⁰⁰ Genel kurul üç aylık süreden sonra yapılabilir ancak geciken genel kurullarda olağan genel kurul niteliğindedir. Zamanında yapılmayan toplantı nedeniyle ortaklık veya pay sahibi zarara uğramış ise genel kurulu toplantıya çağırma yetkili kişilerin sorumluluğu doğacaktır. Bk. Okan, "Genel Kurul", in Şenocak, Kemal (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, 2240-2241.

¹⁰¹ Lafarre ve Van der Elst, "Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism", 16.

¹⁰² Okan, "Genel Kurul", in Şenocak, Kemal (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, 2240-2241.

Eşit işlem ilkesi ilk kez 6102 sayılı TTK ile hüküm altına alınmıştır. TTK m. 357 uyarınca, pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur. Eşit işlem ilkesinin görünümünden olan pay sahipliği demokrasisinin gerçekleşmesi, pay sahiplerinin genel kurula katılması, yani yönetime katılma haklarını gerçek anlamda kullanmaları ve genel kurulun iyi şekilde işlemesi ile olanaklıdır¹⁰³. Pay sahipleri demokrasisinin en önemli amacı, çoğulcu bir yaklaşımla pay sahibinin oyunun etkisinin artırılması, genel kurul toplantılarına katılma isteksizliğinin çeşitli yollarla önlenmesidir¹⁰⁴. Blok zinciri teknolojisi ile gerçekleşen genel kurulda, pay sahipleri daha etkin oldukları için genel kurula katılma konusunda daha istekli katılım gösterebilecekler, sistemin sağladığı avantajlar nedeniyle ve kaleten oy verme sistemi daha etkin olarak kullanılabilir, eskiye oranla katılım artacağı için pay sahibi demokrasisi güçlenecektir. Kanaatimizce genel kurulların yapılmasında ileri teknolojilerin kullanılması pay sahiplerinin hakları açısından büyük bir katkı sağlayacaktır.

Son olarak yukarıda belirttiğimiz üzere blok zinciri teknolojisi sicil niteliği taşıyan bir teknolojidir¹⁰⁵. İleri dönemlerde ticaret sicili ve diğer sicillerin blok zinciri teknolojisi ile tutulması halinde¹⁰⁶, anonim şirket genel kurullarının blok zinciri teknolojisi üzerinde yapılmasının genel kurul kararlarının tescili hakkında kolaylık sağlayıp sağlamayacağı mühendislik çalışmaları bakımından değerlendirilmelidir.

2. Anonim Şirkette Genel Kurulun Blok Zinciri Teknolojisi ile Yapılmasına Engel Olabilecek Hususlar

Blok zinciri teknolojisinin bilinen ve beklenen üstün yönlerine rağmen, teknoloji bugün itibariyle hala gelişmesini sürdürmektedir. Biz yalnızca hukuki konular ile bağlantılı bulduğumuz hususlara değineceğiz, teknolojinin getireceği problemlerin çalışma grupları ve uluslararası hukuka uygun regülasyonlarla ortadan kaldırılabileceğini düşünmekteyiz¹⁰⁷. Tespit ettiğimiz başlıca problemler şunlardır:

¹⁰³ Damla Gülseren Songur, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Temsili, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012), 8.

¹⁰⁴ Eminoğlu ve Şeker, "Bir Pay Sahipliği Girişimi Olarak Kurumsal Temsilci", 3; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 492-493.

¹⁰⁵ Bk. başlık A. BLOK ZİNCİRİ.

¹⁰⁶ Blok zincirinin ve akıllı sözleşmelerin merkezi sicillerin (tapu sicili, marka sicili, ticaret sicili gibi) tutulması bakımından önemli bir rol oynayabileceğine ilişkin bk. Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 65 vd.; Blok zinciri tabanlı tapu sicili sisteminin uygulanabilmesi için teknik ve hukuki altyapının oluşturulması zorunlu olduğuna ilişkin bk. Numan Tekelioğlu, "Dijital Tapu Sicili: Blokzinciri Teknolojisinin Tapu Sicilinde Kullanılmasına Dair Karşılaştırmalı Bir İnceleme", İstanbul Hukuk Mecmuası 80, S.1, (2022): 1-39, 36.

¹⁰⁷ Çekin, "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?", 334-335.

Blok zinciri teknolojisinin eksikliklerinin en başında ölçeklenebilirlik gelmektedir¹⁰⁸. Çünkü hız günümüzde hem hukuki ilişkilerde hem ticaret hayatında son derece önemlidir. Kanaatimizce, sistemin hızına ilişkin problem özellikle finans gibi alanlarda sorun yaratacaktır, oylama sistemlerinde teknolojinin güzel sonuçlar vermesi de bunu göstermektedir. Anonim şirket genel kurulları için gündemin oylamasında belirli bir süre öngörülerek bu problemin aşılacağı her yeni gelişen blok zinciri teknolojisinde hız giderek artacağından bu sorunun zamanla bertaraf edilebilmesi mümkün görülmektedir.

Bir diğer sorun, blok zincirinin devrim yaratan özelliği olarak bahsettiğimiz kayıtların değiştirilemez olmasından ileri gelir. Anonim şirket genel kurul kararlarının geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması, kararların kanunda öngörülen yöneme uygun olarak alınmasına bağlıdır. Kanuni süreçlere uyulmaz ise bütün hukuki işlemler gibi genel kurul kararları da yokluk, butlan veya iptal edilebilirlik yaptırımlarıyla karşı karşıya kalabilir¹⁰⁹. Her ne kadar blok zinciri teknolojisinin bu tip sorunları engelleyebileceği düşünülse de alınan kararların ya da genel kurula ilişkin yazılan programlamanın değişikliği gerektirebilir. Bu da anonim şirket genel kurullarının blok zincirinde yapıyor olmasının getireceği sorunlardan biridir. Hususa ilişkin detaylı teknik açıklama yapacak olursak: Kurumsal kullanım için tasarlanan özel blok zinciri ağlarında ağa katılım izne tabi olup katılımcıların kimlikleri kriptografik anahtarlarla kontrol edilmektedir. Herhangi bir işlem bir blok zinciri üzerinde kaydedilmeden önce mutabakat durumunu değerlendiren bir protokolle, katılımcıların işlemin geçerliliğini doğrulamaları gerekir. Bloktaki her veri şifrelenmiştir ve her bir blok bir önceki bloğa benzersiz bir tanımlayıcı (hash - özet değeri) ile bağlanır. Blok zincirine kaydedilen işlemler ağ katılımcılarının bilgisayarlarında eş zamanlı olarak güncellenir ve dağıtılır. Blok zinciri ağındaki her bir katılımcıda aynı veri kaydı bulunur. Eğer herhangi biri bloktaki veriyi değiştirmeye çalışılırsa diğer katılımcılar blokları birbirlerine bağlamakta kullanılan özetleme mekanizması vasıtasıyla uyarılır¹¹⁰. Yeni yapılan bir işlemin onaylanabilmesi için bu işlemi içeren bloğun tasdik edilmesi geçmişteki bütün bloklara dair bilgilerin değiştirilmemiş olmasına bağlıdır. Hukuken bir işlemin geçersiz hale gelmesi ya da sözleşmedeki şartların, mevzuatın değişmesi; geçmişteki bloklarda gerçekleştirilmiş ve onaylanmış bir işlemin silinmesi ya da değiştirilmesi gerektiği anlamına gelir. Bu da blok zincirinin temel özelliklerinden olan değiştirilemezlik ilkesine aykırıdır. Geçersiz bir

¹⁰⁸ Ünal ve Uluyol, "Blok Zinciri Teknolojisi", 174; Takaoğlu, Özer ve Parlak, "Blok Zinciri Teknolojisi ve Türkiye'deki Muhtemel Uygulanma Alanları", 269.

¹⁰⁹ Elif Cemre Hazıroğlu, "Hakkın Kötüye Kullanılmasının ve Sicile Tescilin Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Yokluğunun Tespiti Değerlendirmesine Olası Etkileri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi XXXIX, S. 2, (2023): 369-405, 370.

¹¹⁰ Karahan ve Tüfekci, "Blok zinciri Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler", 60.

hukuki işlemle ilgili olan bloğun sistemde aynen kalması hukuki âlem ile gerçek âlem arasında ciddi bir çelişkiye yol açmaktadır¹¹¹. Bu özellik nedeniyle hatalı girilen bilgilerin düzeltilmesi sorunu da doğmaktadır. Kanaatimizce bunun çözümlü blok zinciri kullanılarak geliştirilmiş bir veri merkezinde, düzeltme işlemi yazılmış olan verinin değiştirilmesi yoluyla değil hem eski verinin hem yeni ve düzeltme verisinin görüldüğü bir sistem ile gerçekleşecektir¹¹². Karar vericiler blok zincirinin bu avantajının, veri güncelleme ve silmenin imkânsız hale gelmesine ağır basıp basmadığına karar vermeli, değiştirilemezlik özelliğinin akıllı sözleşmelerde ne kadar esnetilip esnetilemeyeceği değerlendirilmelidir¹¹³. Hukuk durağan değildir, sözleşme şartları değişebilir. Anonim şirketin esas sözleşmesi değiştirilebilir, mevzuat değişebilir, genel kurulda alınan kararların geçersizliği söz konusu olabilir. Bu tip durumlarda daha esnek bir yapı daha işlevsel olacaktır. Özel blok zincirlerinde, bazı katılımcılara bir bloğun içeriğinde değişiklik yapma, işlemleri geri alma, hatta blok zincirinin temelinde yer alan kodu değiştirme imkânı tanınabilir¹¹⁴. Bu da hukuki işlemlerin yapıldığı blok zincirler bakımından işlevsel olacaktır.

Genel kurul kararları, kanuni şartlara uyularak yapılan toplantıda kanunun öngördüğü oranlarda lehe oy kullanılması sonucu oluşan ortak hukuki işlemdir. Bu hukuki işlem tüzel kişinin iradesini temsil eder ve kararlar, çok taraflı değil, ortak irade ile oluşmuş hukuki işlemdir¹¹⁵. 10 Nisan 1916 tarih ve 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun m. 1 uyarınca, “*Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler; Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar.*”. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde ise m. 4 uyarınca, bu kurala aykırı düzenlenen belge ve evrak, bunlara dayalı olarak hak iddia eden taraf lehine yorumlanmayacaktır. Blok zinciri üzerinde yapılan sözleşmeler, hukuki işlemler özü itibarıyla bir program kodundan ibarettir. Blok zinciri üzerindeki kodlar “Türkçe” veya başka bir dilde nitelendirilemeyecektir. Ancak genel kurulda oy verilmek aracılığı ile oluşan ortak hukuki işlemin, program kodu ile bağlı olarak oluşmadığı açıktır¹¹⁶. Kanaatimizce, blok zincirine ilişkin yeni düzenlemeler yapılacağı zaman bu düzenleme ile bağlantılı bir istisna öngörülmesi isabetli olacaktır.

¹¹¹ Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, 327.

¹¹² Takaoğlu, Özer ve Parlak, “Blok zinciri Teknolojisi ve Türkiye’deki Muhtemel Uygulanma Alanları”, 265.

¹¹³ Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, 315.

¹¹⁴ Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 26-27.

¹¹⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 522.

¹¹⁶ Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, 327-328.

Blok zincirinde gerçekleşen genel kurul akıllı sözleşmeler ile desteklendiğinde bambaşka imkanlar sunmaktadır. Akıllı sözleşmelerin bugün için sahip oldukları teknoloji ve bu teknolojinin doğası gereği; programlama dillerini bilen, algoritma yazabilen hukukçulara duyulan ihtiyaçtır¹¹⁷. Bu da hukuk teknolojileri gibi yeni bir iş alanı doğurmuştur. Aslında blok zincirinde yapılacak herhangi bir hukuki işlemin gerçekleşmesindeki en büyük engel bu alanda çalışan hukukçuların sayısının oldukça az olmasıdır.

Blok zincirinin şeffaflığı özellikle şirketlerde, kişisel verilerin korunması hukuku bakımından özel bir incelemeyi gerektirir. Öncelikle blok zincirinin erişim izni verilen kullanıcılara göre çeşitlerinden bahsetmekte fayda vardır. Blok zinciri erişim haklarının görünürlüğü bakımından özel, açık blok zincirler; erişim haklarını kullanan kişiler bakımından kullanım izni gerektiren ve gerektirmeyen blok zincirler; karar verici düğümlerin belirlendiği blok zincirler ise konsorsiyum blok zincirler olarak gruplandırılmaktadır¹¹⁸. Bitcoin gibi tüm kullanıcıların erişimine müsaade edilen sistemlere açık blok zinciri denilmektedir¹¹⁹. Özel blok zincirinde ise okuma, yazma ve uzlaşma işlemlerine erişebilecek kullanıcılar önceden belirlenmiştir. Sadece yetkilendirilmiş kullanıcıların işlem geçmişi kayıtlarını görebildiği blok zincirler “özel blok zincirler”, sadece yetkilendirilmiş kullanıcıların blokların geçerliliğinin onaylanması ve işlemlerin gerçekleştirilmesi, doğrulanması mekanizmasında yer alabildiği blok zincirler de “izin gerektiren blok zincirler” olarak adlandırılır¹²⁰. Konsorsiyum blok zincirinde ise karar verici düğümler belirlenmiştir. Bu düğümler blok doğrulama işlemlerini gerçekleştirirler ve sisteme erişebilecek düğümlere de karar verirler. Konsorsiyum blok zincirinde verimlilik ve güvenlik yüksektir. Son olarak günümüzde hibrit blok zinciri çalışmaları da yapılmaktadır. Bu tarz blok zincirlerde sistem oluşturulurken saklanacak verilerin seçilmiş bir kısmı blok zincirinde tutulur ve blok zincirinde saklanmayan kısmı geleneksel yöntemlerle işlenir¹²¹. Genel blok zincirinde kullanıcılar akıllı sözleşmeleri okuyabilmekte ve bunlara çeşitli uygulamalarla erişebilmektedir. Akıllı sözleşmeler, bu durumdan ötürü, gizliliğin sağlanması amacıyla özel blok zincirine ihtiyaç duyarlar¹²². Mahremiyet sorununun çözülmesi için hibrit çözümler üzerinde çalışılabilir¹²³. Tüm bu açıklamalar ışığında, kullanılacak alanın ve

¹¹⁷ Tevetoğlu, “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”, 204.

¹¹⁸ Karahan ve Tüfekci, “Blok zinciri Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler”, 59-60.

¹¹⁹ Takaoğlu, Özer ve Parlak, “Blok zinciri Teknolojisi ve Türkiye'deki Muhtemel Uygulanma Alanları”, 266.

¹²⁰ Karahan ve Tüfekci, “Blok zinciri Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler”, 59-60; Takaoğlu, Özer ve Parlak, “Blok zinciri Teknolojisi ve Türkiye'deki Muhtemel Uygulanma Alanları”, 266.

¹²¹ Takaoğlu, Özer ve Parlak, “Blok zinciri Teknolojisi ve Türkiye'deki Muhtemel Uygulanma Alanları”, 266.

¹²² Tevetoğlu, “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”, 204.

¹²³ Takaoğlu, Özer ve Parlak, “Blok zinciri Teknolojisi ve Türkiye'deki Muhtemel Uygulanma Alanları”, 266.270.

mevzuatın gereksinimine göre blok zinciri teknolojisinin türleri seçilip belirlenmelidir. Özel blok zinciri veya hibrit bir sistem kullanılarak genel kurul için veri güvenliği sağlanabilir. Bahsedilmesi gereken bir diğer husus da blok zincirinde yer alan bilgilerin kişisel veri niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Blok zinciri teknolojisinde her işlem, oluşturulan her blok, şifrelenmekte, bu sayede gizlilik sağlanmaktadır. Bloğa mahsus dijital parmak izi olarak nitelendirilebilecek olan hashler yer almaktadır. Burada kullanıcıların kullandığı anahtara dair bilgilere ulaşmak mümkündür. Öte yandan bütün bu bilgiler, sadece rakam ve harflerden ibarettir. Dolayısıyla blok zincirinde doğrudan kişinin adı, soyadı, kimlik bilgileri, sağlık bilgileri ya da konum bilgileri mevcut değildir¹²⁴. Bu da klasik veri tabanlarında kullanılan kişisel verilerin korunması mevzuatının, blok zincirine uygulanıp uygulanamayacağı hususunda çalışmalar yapılmasını gerektirmektedir¹²⁵.

Blok zincirinin yarattığı risklerinden biri, özel anahtarın kaybedilmesi ve üçüncü kişilerin buna erişim sağlamasıdır. Eğer kullanıcı özel anahtarını kaybederse, blok zincirindeki malvarlığı üzerinde bir yetkisi kalmaz; anahtarı üçüncü kişi ele geçirdiyse blok zincirindeki haklar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi ona geçer¹²⁶.

Son olarak, blok zinciri dağıtık ve otonomdur; bir veri ihlali veya yasal bir anlaşmazlık durumunda yasal sorumluluğun kimde olacağı ve yetki sınırları ile ilgili uluslararası düzenlemeler bulunmamaktadır. Akıllı sözleşmelerde yetki/yargı uyumsuzluklarının ayrıca yapılacak çalışmalarla çözülmesi gerekmekte olup¹²⁷ bu da blok zinciri teknolojisi ile gerçekleştirilecek genel kurula ilişkin düzenlemelerden önce ayrıca çözüme kavuşması gereken hususlardan biridir.

SONUÇ

21. yüzyıl teknolojisinde genel kurul toplantılarında özellikle azlık pay sahiplerinin izleyici olmaktan çıkıp, etkin bir rol oynamaları mümkündür. Mevcut genel kurul toplantılarında pay sahibi sayısının yüzleri bulunduğu anonim şirketlerin varlığını düşünürsek sağlıklı bir müzakere ve karar ortamının oluşması imkânsızdır. Türkiye açısından değerlendirildiğinde, sağlıklı yapılan bir genel kurul; iyi bir kurumsal yönetimi, şirket üzerinde artan denetimi, ülkenin imajının yükselmesini, sermayenin yurtiçinde kalmasını, yabancı sermaye yatırımlarının artmasını ve ekonominin gelişmesini sağlar.

Makalemizde elektronik genel kurulun işleyişine ilişkin birtakım aksaklıklar tespit edilmiştir. Bunlardan başlıcaları, TTK m. 437, f. 6'da düzenlenen pay sahi-

¹²⁴ Çekin, "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?", 330.

¹²⁵ Akgiray, "The Potential for Blockchain Technology in Corporate Governance", 11.

¹²⁶ Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 29.

¹²⁷ Karahan ve Tüfekci, "Blok zinciri Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler", 61.

binin bilgi alma ve inceleme hakkı, eGK Teb.'de yer alan düzenlemeler uyarınca kısıtlanmıştır. EGKS'de yaşanan teknik aksaklıklar pay sahiplerinin oylarını sağlıklı bir biçimde kullanmalarına engel olmakla birlikte vekaleten oy kullanma sitemlerine olumsuz olarak yansımaktadır. Pay sahiplerinin toplantı öncesinde bilgilendirilmeleri, soru haklarını hem toplantı öncesinde hem toplantı sırasında kullanabilmeleri mevcut sistemde düzgün işlememektedir. Bu da yavaş işleyen bir genel kurul ortamına neden olmaktadır. Genel kurulun gerçekleşmesi için gerekli olan prosedürler -gündemin ilanı, toplantıya çağrı için öngörülen ilan çıkacağı gazeteler, iadeli taahhütlü mektuplar, pay sahiplerinin sahip oldukları pay miktarı, payların itibari değerleri ve pay grupları gruplarına göre oyların belirlenmesi- karmaşık ve maliyetlidir. Genel kurullara ilişkin yasal düzenlemelerdeki prosedürü ve pay sahibinin ilgisizliklerini göz önüne aldığımızda şirket genel kurullarının yılda bir kere bile toplanmakta zorlandıkları görülmektedir.

Blok zinciri teknolojisi ile programlanan akıllı sözleşmeler, kendi kendini okuyabilen, önceden belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde harekete geçebilen sözleşmelerdir. Şirketlerin esas sözleşmesi, mevzuatta yer alan düzenlemeler blok zinciri teknolojisine eklenerek genel kurullarda yaşanan bazı hukuka aykırılıkları ortadan kaldıracaktır. Blok zinciri teknolojisi ile genel kurul toplantıları maliyetsiz bir biçimde gerçekleştiğinden, sistemin sağladığı kolaylıklar nedeniyle pay sahipleri ve yönetim kurulunun fazla zamanını almayacağı için yılda bir defadan fazla toplanılmasına da imkân sağlayabilir. Kanaatimizce tamamen elektronik ortamda gerçekleşen genel kurul düzenlemeleri yapılarak, genel kurullarda ileri teknolojilerin kullanılması pay sahipliği hakları açısından önemli bir fark yaratacaktır.

Blok zinciri teknolojisi henüz gelişmekte olan bir teknoloji olduğu için kullanıldığı alanlar zaman içerisinde artmaktadır. Yeni gelişmekte olan her şey gibi blok zincirinin de gerek teknik gerek hukuki bakımdan negatif yönleri bulunmaktadır. Bunlardan tespit ettiklerimiz, blok zincirinin değiştirilemezlik özelliğinden dolayı hukuken geçersiz hale gelen bir işlemin blok zincirinden kaldırılamamasıdır. Blok zincirine ilişkin kişisel verilerin korunması hukuku bakımından daha fazla çalışma yapılması, akıllı sözleşmelerde yetki/yargı uyumsuzluklarına ilişkin araştırmalara ve her iki alanda da regülasyon çalışmalarının hız kazanması önem arz etmektedir.

Son olarak, yeni teknoloji alanında çalışan kişi sayısının azlığı alanın etkin kullanılmasını engellemektedir. Özellikle programlama dillerini bilen, algoritma yazabilen hukukçulara günümüz teknolojileri bakımından büyük bir ihtiyaç duyulmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aksoy, Pınar Çağlayan. Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları. İstanbul: 12 Levha, 2021.
- Ay Kaplan, Ülkü. “Alman Hukukuna Göre Anonim Şirketlerde Sanal Genel Kurul ve Sanal Genel Kurulun Türk Hukukunda Uygulanabilirliği”. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 39, S. 2, (2023): 409-448.
- Besen, Murat. “Anonim Şirketlerde Genel Kurulu Toplantıya Çağrı”. Regesta Ticaret Hukuku Dergisi 4, S. 2 (2019): 241-266.
- Bilgili, Fatih ve Demirkapı, Ertan. Şirketler Hukuku Dersleri. Bursa: Dora Yayıncılık, 2021.
- Can, Mustafa Erdem. Şirketler Hukuku Dersleri. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Cenkci, Esra. “Pay Sahibinin Kişisel Hakları”, in Şenocak, Kemal (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, Ankara: Seçkin, (2023): 2339-2472.
- Crosby, Michael (Google), Nachiappan (Yahoo), Pattanayak (Yahoo), Pradan, Sanjeev Verma (Samsung Research America) ve Kalyanaraman, Vignesh (Fairchild Semiconductor). “Blockchain Technology: Beyond Bitcoin”. AIR, S. 2, (2016): 7-19.
- Çekin, Mesut Serdar, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?”, İstanbul Hukuk Mecmuası 77, S. 1, (2019): 315-341.
- De Filippi, Primavera, Mannan, Morshed ve Reijers, Wessel. “Blockchain as a confidence machine: The problem of trust & challenges of governance”. Technology in Society, S. 62, (2020): 1-14.
- Eminoğlu, Cafer ve Şeker, Mehmet. “Bir Pay Sahipliği Girişimi Olarak Kurumsal Temsilci”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, S. Özel, (2015): 1-28.
- Hazıroğlu, Elif Cemre. “Hakkın Kötüye Kullanılmasının ve Sicile Tescilin Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Yokluğunun Tespiti Değerlendirmesine Olası Etkileri”. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi XXXIX, S. 2, (2023): 369-405.
- Karahan, Çetin ve Tüfekci, Aslıhan. “Blok zinciri Teknolojisinin İç Denetim Faaliyetlerine Etkileri: Fırsatlar ve Tehditler”. Denetim 9, S. 19, (2019): 55-72.
- Karayel, Mete ve Koçak, Mehmet Alaaddin. “Türkiye’de Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Sisteminin Pay Sahiplerinin Yönetime Katılımına Etkileri: BİST 100 Şirketlerinde Bir Araştırma”. KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 17, S. 29 (2015): 99-110.
- Moroğlu, Erdoğan. Oy Sözleşmeleri. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1978.
- Okan, Neval. “Genel Kurul”, in Şenocak, Kemal (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, Ankara: Seçkin, (2023): 2217-2338.
- Özdemir, Semih Sırrı ve Tamer, Elanur. “Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Anonim Şirketlerde Genel Kurula İlişkin İlkelerin Değerlendirilmesi”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 7, S. 14, (2019): 329 - 373.
- Pulaşlı, Hasan. Anonim Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal ve Çamoğlu, Ersin. Ortaklıklar Hukuku I. İstanbul: Vedat Kitabevi, 2014.

- Seyman, Seda. “Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, in Şenocak, Kemal (ed.), Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, Ankara: Seçkin, (2023): 2477-2492.
- Songur, Damla Gülseren. Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Temsili. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Takaoğlu, Mustafa, Özer, Çağdaş ve Parlak, Emre. “Blok zinciri Teknolojisi ve Türkiye’deki Muhtemel Uygulanma Alanları”. Uluslararası Doğu Anadolu Fen Mühendislik ve Tasarım Dergisi 1, S. 2, (2019): 260-295.
- Tekelioğlu, Numan. “Dijital Tapu Sicili: Blokzinciri Teknolojisinin Tapu Sicilinde Kullanılmasına Dair Karşılaştırmalı Bir İnceleme”. İstanbul Hukuk Mecmuası 80, S.1, (2022): 1-39.
- Tevetoğlu, Mete. “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - İnÜHFD 12, S. 1, (2021): 193-208.
- Tore, İrem. “Kurumsal Yönetim Kapsamında Pay Sahipliği Haklarının Kullanılabilirliği Amacıyla Elektronik Genel Kurul Toplantısının Güncel Mevzuat Işığında Değerlendirilmesi ve Bazı Öneriler.”, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi 21, S. 2, (2020): 395-415.
- Ünal, Gökhan ve Uluç, Çelebi. “Blok Zinciri Teknolojisi”, Bilişim Teknolojileri Dergisi 13, S. 2, (2020): 167-175.

İnternet Kaynakları

- Akçiray, Vedat. “The Potential for Blockchain Technology in Corporate Governance”, OECD Corporate Governance Working Papers No. 21, Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/ef4eba4c-en.pdf?expires=1661851324&id=id&accname=guest&checksum=4B9F20DE6233488D97F3C0364FE585CC>.
- Decentralized Autonomous Organization, Erişim Tarihi: Mart 28, 2024, https://en.wikipedia.org/wiki/The_DAO.
- Erdem, H. Ercüment. “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”. Erişim Tarihi: Haziran 23, 2024, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/anonim-sirketlerde-pay-sahiplerinin-bilgi-alma-hakki>.
- “Ethereum nedir?” Erişim Tarihi: Kasım 03, 2023, <https://ethereum.org/en/what-is-ethereum/>.
- Güven, Vedat ve Şahinöz, Erkin. Blok zinciri - Kripto Paralar - Bitcoin: Satoshi Dünyayı Değiştiriyor. Erişim Tarihi: Ağustos 30, 2022, <https://apps.apple.com/tr/app/kitapyurdu-e-kitap/id1580027277>.
- Lafarre, Anne ve Van der Elst, Christoph. “Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism”, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 390/2018, March 2018. Erişim Tarihi: Ekim 11, 2022, <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=174093090115101068025067083089107027052072023065091036126127074087082098005127004086061123008063054013023107084102065098002009041010074040047000097022079117021009112084061005103006097122085116074074113007084069017025079015015005005120031122126016115095&EXT=pdf&INDEX=TRUE>.
- Pulaşlı, Hasan. “Elektronik Ortamda Genel Kurula İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum”. Erişim Tarihi: Ekim 15, 2022. 1-76 <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/HasanPulasli-internetOrtamindaGenelKurul.pdf>.

- On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023), Erişim Tarihi: Şubat 28, 2024, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/07/On_Birinci_Kalkinma_Plani-2019-2023.pdf
- On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028), Erişim Tarihi: Temmuz 23, 2024, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On-Ikinci-Kalkinma_Plani_2024-2028_11122023.pdf.
- Satoshi Nakamoto. “Eşler Arası Doğrudan Para Transferi”, Erişim Tarihi: Şubat 02, 2024, https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_tr.pdf.
- “SPK”, “Kurumsal Yönetim Çerçevesinde Pay Sahiplerinin Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kuruluna Etkin Katılımı”, Erişim Tarihi: Ekim 15, 2023, <https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/438>.
- TDK, “Dağıtık” kelimesi, Erişim Tarihi: Kasım 26, 2024, <https://sozluk.gov.tr/?ara=da%C4%9F%C4%B1t%C4%B1k>.
- The Economist, “The Promise of the Blockchain: the Trust Machine”, Erişim Tarihi, Ekim 25, 2023, <https://www.economist.com/leaders/2015/10/31/the-trust-machine>.
- Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi, Kasım 28, 2024, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#>.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞERHİ VE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ SEBEBİYLE AYNEN İFADAN VAZGEÇİLEREK MÜSPET ZARARIN İSTENDİĞİ HÂLLERDE SÖZLEŞMENİN ŞERHİNİN HUKUKİ AKİBETİ^(*)

Burak YAKAN^(**)

Prof. Dr. Murat DOĞAN^(***)

Öz

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, isimsiz sözleşmeler içerisinde çifte tipli karma bir sözleşme özelliğine sahiptir. Bu isimsiz sözleşmeden doğan hakkın tapu siciline şerh edilebileceğine ilişkin yasal dayanak ilk kez Türk Medeni Kanunu'nda yer almıştır.

Alacak hakkı, nispi bir hak niteliğinde olması nedeniyle yalnızca sözleşmenin taraflarına karşı ileri sürülebilir. Nispi hakkın tapu siciline şerhi ile etkisi kuvvetlendirilerek sözleşme tarafları dışında, sicilde hak sahibi olacak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir duruma gelir. O hâlde, kişisel hakkın tapu siciline şerhi ile hak sahibi alacaklı, mutlak hak sahibi taşınmaz malikinin yapacağı tasarruf işlemlerine karşı korunmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin kusuru ile temerrüde düşen yükleniciye karşı seçimlik hakları bulunmaktadır. Bunlardan biri de aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmin edilmesi talebidir. Arsa sahibinin bu talebi mevcut hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmaz, ancak içeriğini değiştirir, bu nedenle değiştirici yenilik doğuran bir haktr. Müspet zararın tazmininin talep edilmesi hâlinde yüklenicinin yaptığı inşaata karşılık olarak bağımsız bölüm mü yoksa bedel mi isteyebileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Buna ilaveten müspet zararın tazmini talebinin tapu sicilindeki şerhi nasıl etkiyeceği de yine üzerinde durulması gereken sorunlardan biridir.

Bu çalışmada, öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hangi kişisel hakkın şerh edilebileceği, şerhin hangi menfaati koruduğu ve bu menfaatin sözleşen taraflardan hangisine ait olduğu üzerinde durulmuş; akabinde şerhin şartları, süresi, hüküm ve sonuçları incelenmiştir. Daha sonra, arsa sahibinin mütemerrit yükleniciden müspet zararın tazminini talep etmesi hâlinde, müspet zararın kapsamı belirlenerek zararın giderim şekline ilişkin teoriler ele alınmıştır. Bu kapsamda, mübadele ve fark teorilerinden hangisinin seçildiğine göre tapu sicilinde yer alan şerhin hukuki durumu doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Şerh, Temerrüt, Müspet Zarar, Terkin.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi](#): 24.07.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih](#): 18.10.2024
[DOI No](#): 10.54704/akdhfd.1521685

^(**) Cumhuriyet Savcısı;
Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Programı Öğrencisi / Kayseri, Türkiye
[E-posta](mailto:yakanburak@gmail.com): yakanburak@gmail.com
[Orcid Id](https://orcid.org/0000-0002-3115-9597): <https://orcid.org/0000-0002-3115-9597>

^(***) Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / Kayseri, Türkiye
[E-posta](mailto:murat.dogan@erciyes.edu.tr): murat.dogan@erciyes.edu.tr
[Orcid Id](https://orcid.org/0000-0002-5428-5254): <https://orcid.org/0000-0002-5428-5254>



ANNOTATION OF THE DEVELOPMENT AGREEMENT AND LEGAL CONSEQUENCES IN CASES OF WAIVING SPECIFIC PERFORMANCE AND CLAIMING COMPENSATION FOR POSITIVE DAMAGES DUE TO CONTRACTOR'S DEFAULT

Abstract

A development agreement in exchange for a share of the land possesses the characteristic of a hybrid, dual-type contract among unnamed contracts. The legal basis for the annotation of rights derived from this unnamed contract in the land registry was first established in the Turkish Civil Code.

The right to claim, being a relative right, can only be asserted against the parties to the contract. With the annotation of the relative right to the land registry, its effect is strengthened and it becomes assertable against third parties who will have rights in the registry, other than the parties to the contract. Therefore, with the annotation of the personal right to the land registry, the creditor who has the right is protected against the disposals to be made by the immovable property owner who has the absolute right.

In the context of such a development agreement, the landowner has several elective rights against the contractor who defaults due to the owner's negligence. One of these rights includes waiving specific performance in favor of claiming compensation for positive damages. This request of the landowner does not abolish the existing legal relationship, but it changes its content, therefore it is a right that gives rise to modification. When such compensation is claimed, it must be determined whether the landowner can demand the actual constructed units or their monetary value. Additionally, how the claim for compensation of positive damages affects its annotation in the land registry is another significant issue that requires attention.

This study primarily focuses on which personal rights arising from the development agreement can be annotated, what interests this annotation protects, and which party benefits from this protection. Subsequently, the conditions, duration, rulings, and outcomes of such annotations are analyzed. Later, when a landowner claims compensation for positive damages from a delinquent contractor, the scope of these damages is defined, and theories regarding the methods of remedying the damages are discussed. In this context, depending on whether the exchange or difference theory is selected, the legal status of the registry entry is determined in light of doctrinal views and judicial decisions.

Keywords

Development Agreement, Annotation, Default, Positive Damages, Cancellation.

Extended Abstract

Annotation is a procedure that involves recording specific legal situations or rights related to real estate into the relevant section of the land registry electronically. The legal framework allowing the right arising from a development agreement in exchange for a share of the land to be annotated in the land registry first found its legal basis with the Turkish Civil Code (TCC Art. 1009).

The right originating from the development agreement and requiring protection through annotation is the claim right related to the transfer of ownership of the land share, which can affect the real rights on the property. The interest that needs to be protected by the annotation relates to the transfer of the land share or the constructed independent units in accordance with the contract provisions. This interest may belong to either the landowner or the contractor. The landowner's transfer of the agreed land share or the entire property ownership before the contractor fulfills its obligations does not hinder the protective function of the annotation.

According to TCC Art. 1020, the annotation also serves to eliminate good faith. Through this function, the landowner can prevent third parties, who have acquired a share from the contractor, from acquiring real rights under TCC Art. 1023. If the landowner exercises their right to rescind the contract, and if the third party has acquired a share from the contractor, it can be asserted through the annotation that the third party was or should have been aware of the landowner's rescission, thus lacking good faith.

No separate agreement for the annotation of the right arising from the development agreement is required, and each party can request the annotation. The maximum legal duration for the annotation is five years. If the development agreement has not concluded by the end of the annotation period, the annotation can be renewed in the land registry. However, in this case, an annotation agreement should be sought; otherwise, unilateral renewal may detrimentally affect the landowner's interest for an extended period.

In our view, as rightly argued by proponents of the classical perspective, since the rights and obligations of the parties arise at the moment the development agreement in exchange for a share of the land is established, there is no property-linked debt effect when the right arising from this agreement is annotated in the land registry. However, due to the additional effect, the transfer of the land share from a third party can be requested. In this situation, since the third party is not a party to the debt relationship, they cannot demand the counter-performance from the person to whom they transferred the land share.

The landowner has elective rights against the contractor who defaults due to negligence. One of these rights is waiving specific performance in favor of claiming compensation for positive damages. This request by the landowner does not abolish the existing legal relationship but changes its content; therefore, it creates a modifying, innovative right.

There are two theories regarding the remedy for positive damages: "exchange" and "difference." According to the exchange theory, the landowner must perform their primary obligation exactly. In the difference theory, the landowner is not required to perform their primary obligation exactly; instead, the claim for compensation (positive damages) and the contractor's claim for the corresponding share of the land constructed are offset against each other.

Due to the Supreme Court's insistence on applying the exchange theory in development agreements in exchange for a share of the land, it has become practically impossible for the landowner to exercise their elective right to claim compensation for positive damages. This is because the landowner will often rightfully want to remove the defaulting contractor from the property.

The requirement for the landowner to perform the obligation of transferring the land share exactly in case of the contractor's default is not only inequitable but also deepens the dispute. If the contractor compensates for the positive damages, both the landowner and the contractor will have joint ownership over the property. This further deepens the dispute and ultimately risks losing all rights and authority over the property. Therefore, we advocate for the application of the difference theory.

When the difference theory is applied, if the difference between the landowner's claim for compensation (positive damages) and the contractor's claim for the corresponding share of the constructed land is positive, this positive value is added to the assets of the landowner's estate; if negative, the liabilities of the landowner's estate are reduced by the amount of positive damages to compensate for the loss. Since there is no difference between an increase in assets or a decrease in liabilities, the difference theory should be applicable in all cases. If the positive damages are less than the value of the land share to be transferred to the contractor (negative difference), the landowner should be able to escape the obligation of transferring the land share by depositing the difference in the court's treasury. In this case, the court should conclude the trial with a determination ruling, even if it does not issue a performance ruling. If the calculated positive damages exceed the value of the land share to be transferred to the contractor, the difference will be positive. In this case, the court should issue a performance ruling for the contractor to compensate for the difference. Additionally, if a claim for the cancellation of the annotation is also present in the compensation lawsuit where both negative and positive differences emerge, since the contractor's claim for the transfer of the land share has been eliminated, a decision should also be made to cancel the annotation.

If the right to property has previously passed to the contractor and the compensation for positive damages is demanded according to the difference theory, since the landowner's obligation to perform the primary duty of transferring the land share is eliminated, the previously transferred land share must be returned. Whether the difference is positive or negative, since the contractor's claim for the transfer of the land share has been eliminated, a decision should also be made to cancel the annotation.

I. GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

A. TANIMI VE TARAFLARIN ASLİ EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, mevzuat kapsamında tanımına yer verilmeyen isimsiz bir sözleşmedir¹. Bu sözleşmeyi, yüklenicinin arsa sahibine ait taşınmaz üzerinde bağımsız bölümlerden müteşekkil bir yapı inşa ederek teslim etmeyi, arsa sahibinin ise yüklenicinin yaptığı iş karşılığında kararlaştırdıkları arsa payını ve arsa payına karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetini devretmeyi taahhüt ettiği sözleşme şeklinde tanımlayabiliriz². Tanımdan da anlaşılacağı üzere, yüklenicinin asli edim yükümlülüğünü, bağımsız bölümlerden müteşekkil bir yapı inşa ederek arsa sahibine teslim etmek; arsa sahibinin asli edim yükümlülüğünü ise, kararlaştırmış oldukları arsa payını ve bu paya karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmek edimleri oluşturmaktadır.

Tarafların asli edim yükümlülükleri göstermektedir ki bu sözleşmede para borcu bulunmamaktadır³. Bu durum, taraflar için önemli bir finansman kolaylığı sağlamak olup bu sözleşmeye uygulamada sıkça yer verilmesine sebebiyet vermektedir. Söz

¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yalnızca isim olarak Türk Medenî Kanunu m. 1009 f. 1, Tapu Kanunu m. 26 f. 8 ve Tapu Sicili Tüzüğü m. 47 f. 1 b. (c)'de yer alsa da bu sözleşmenin isimsiz bir sözleşme olma özelliğini ortadan kaldırmaz. (Bkz. M. Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 4. Baskı (İstanbul: Vedat, 2021), 128; İsmail Atamulu, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi* (Ankara: Yetkin, 2014), 33; E. Saba Özmen ve Müge Ürem, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2016): 14; Suat Sarı, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 64/2 (2006): 276; Ali Avcı, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/1 (2015): 43.)

² Tanımlar için bkz. Atamulu, *Kat Karşılığı*, 25; Etem Saba Özmen ve Tuba Akçura Karaman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları", *İstanbul Barosu Dergisi*, 87/1 (2013): 47-48; Sarı, "Arsa Payı", 276; Ali Avcı, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumları* (Ankara: Yetkin, 2021), 4 ve 8; Derya G. Bütün Yılmaz, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 38 (2019): 109 ve 118; Güler Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Şerhi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/2 (2017): 772; Hasan Erman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 3. Baskı (İstanbul: Der, 2010), 1-2; Gökhan Şahan, *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi* (Ankara: Seçkin, 2020), 57; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler*, 2. Baskı (İstanbul: Vedat, 2007), 114; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 3. Baskı (İstanbul: Filiz, 2018), 401; Hatice Polat, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Kişisel Hakların Şerhi* (Ankara: Seçkin, 2022), 15-16; Safa Reisoğlu, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24/2 (2007): 5; İbrahim Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri* (Ankara: Yetkin, 2013), 270; Tarkan Erdal, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmesi ve Şerhin Etkisi.", içinde *Legal Hukuk Dergisi Rona Aybay'a Armağan Cilt I*, editör Ramazan Çakmakçı, (İstanbul: Legal, 2014), 846; Zekeriya Kuşat, *İnşaat Sözleşmesi* (İstanbul: Filiz, 2017), 7; Cevdet Yavuz, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/2 (2017): 116; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı (İstanbul: Beta, 2014), 1066-1067.

³ Sözleşme özgürlüğü kapsamında, tarafların belirtilen asli edim yükümlülükleri dışında ayrıca kısım para borcu ile yükümlülük altına girmeleri de mümkündür. (Bkz. Sarı, "Arsa Payı", 277.)

konusu finansman kolaylığı, arsa sahibi yönünden para ödemeksizin inşa edilecek yapıdan bağımsız bölüm mülkiyeti kazanılması ile kendini göstermektedir. Yüklenici yönünden ise, inşa edeceği yapıdan elde edeceği ve kendisine düşen bağımsız bölümleri alacağı devri yoluyla ya da arsa payının (kat irtifakı kurulmuş ise bu arsa payına karşılık gelen bağımsız bölümleri) taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi yoluyla üçüncü kişilere devri karşılığında finanse edilmesi söz konusudur⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan taşınmazın tapuya kayıtlı olmasının gerekip gerekmediği ile ilgili doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. İlkine göre⁵, bu sözleşmeye konu taşınmazın tapuya kayıtlı olması zorunludur. İkincisine göre⁶, taşınmazın tapuya kayıtlı olması zorunlu olmamakla birlikte taşınmazın fiilen ve hukuken yapı yapmaya elverişli olması gerekli ve yeterlidir. Burada, ikinci görüş tercih edilir ise taşınmaza ait resmî bir tapu sicili bulunmamasından şerhten de bahsedilemez.

B. HUKUKİ ÖZELLİKLERİ VE ŞEKLİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sağlamış olduğu finansman kolaylığı nedeniyle uygulamada sıkça yer almasına rağmen, henüz kanunla düzenlenmemiş, doktrin ve yargı kararları ile gelişimini sürdüren isimsiz bir sözleşmedir⁷. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, isimsiz sözleşmeler içerisinde çifte tipli karma bir sözleşmedir⁸. Şöyle ki, yüklenicinin, bir yapı inşa ederek arsa sahibine teslim etme borcu eser sözleşmesinin asli unsurunu; arsa sahibinin, kararlaştırılan arsa payını ve bu paya karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretme borcu ise taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin asli unsurunu ihtiva etmektedir. O hâlde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme özgürlüğü kapsamında isimli iki farklı sözleşmeye ait asli unsurların karşılıklı borçlanılması, bir diğer ifadeyle, kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesi ile oluşturulan isimsiz bir sözleşmedir. Karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesi ile ilgili doktrinde asıl kabul gören kıyas teorisidir⁹.

⁴ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 25; Erdal, "Arsa Payı", 845; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 7; Yavuz, "Arsa Payı", 115; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1064-1065.

⁵ Avcı, *Bağımsız Bölüm Alan*, 5; Reisoğlu, "Arsa Payı", 5-6; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, 270.

⁶ Erman, *Arsa Payı*, 2; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1068; Ayşe Karakoç Karaibrahim, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sonu Ermesinin Sözleşmeden Hak Kazanan Üçüncü Kişilere Etkisi" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019), 5.

⁷ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 32; Özmen ve Ürem, "Eleştiriler", 14; Özmen ve Akçura Karaman, "Uygulama Hataları", 50; Sarı, "Arsa Payı", 275.

⁸ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 32-33; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 7; Sarı, "Arsa Payı", 275-276; Erman, *Arsa Payı*, 4-5; Polat, *Arsa Payı*, 25; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, 271; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1071-1072; Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 2. Baskı (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013), 12 ve 161; Karakoç Karaibrahim, "Arsa Payı", 11-12.

⁹ Mehmet Deniz Yener, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları* (İstanbul: Beta, 2011), 5; Atamulu, *Kat Karşılığı*, 35; Erman, *Arsa Payı*, 7-8; Gümüş, *Borçlar Hukuku*, 405; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 8; Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 138 vd.

Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine, muhtevasında yer alan eser sözleşmesi ya da taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin hükümler doğrudan uygulanamaz¹⁰. Bu isimli sözleşme hükümleri, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygun düştikleri ölçüde kıyasen uygulanmalıdır¹¹.

Tarafların, birbirlerine yönelik karşılıklı (*sinallagmatik*) asli edimleri üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ortaya koymaları ile sözleşme kurulacağından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen¹², rızai¹³ bir sözleşmedir.

Özellikle sözleşmeden dönme veya feshin belirlenmesinde önem arz eden ifa süresi ile ilgili doktrinde üç farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre¹⁴, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin yapı inşasına yönelik edimi zamana yayılsa da bu durum hazırlık hareketi niteliğinde olup arsa sahibinin ifaya olan menfaati teslim ile sağlandığından sözleşme, ani edimlidir. İkinci görüşe göre¹⁵, yüklenici teslimden önce yapının inşasını kısımlar hâlinde yerine getirecek borcunu ifa ettiğinden sözleşme, sürekli borç ilişkisi doğurur. Üçüncü görüşe göre¹⁶, eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kural olarak ani edimli ise de somut olayın özelliklerine göre sürekli borç ilişkisi oluşturduğu da kabul edilebilir. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ani-sürekli karmaşığı borç ilişkisi doğurur. Nitekim, Yargıtay da 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile ani-sürekli karmaşığı borç ilişkisi görüşünü kabul etmiştir¹⁷.

Doktrindeki hâkim görüşe göre¹⁸, karma sözleşmenin şeklini, onu oluşturan unsurların ait olduğu sözleşmenin geçerlilik şekli belirlemektedir. O hâlde, karma sözleşmenin unsurlarından biri geçerlilik şekline tabi ise diğer unsurlar bu şekle tabi olmasalar dahi karma sözleşme, bütünüyle aynı şekilde düzenlenmelidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarını, eser sözleşmesi ve taşınmaz satışı ya da taşınmaz satış vaadi sözleşmesi oluşturmaktadır. Eser sözleşmesi, herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir (TBK m. 470). Taşınmaz satışı veya taşınmaz

¹⁰ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 41; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 7.

¹¹ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 42; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 21; Erman, *Arsa Payı*, 17-18; Reisoğlu, "Arsa Payı", 10.

¹² Atamulu, *Kat Karşılığı*, 32; Sarı, "Arsa Payı", 275; Erman, *Arsa Payı*, 2-3; Polat, *Arsa Payı*, 24; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1073.

¹³ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 28; Polat, *Arsa Payı*, 21-22; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 52.

¹⁴ Yavuz, "Arsa Payı", 117; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1073-1074.

¹⁵ Erman, *Arsa Payı*, 8-9.

¹⁶ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 36-37; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, 58; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Baskı (İstanbul: Vedat, 2007), 166 ve 175-176.

¹⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 27.02.1984, E. 1983/3, K. 1984/1, RG. 27.02.1984, S. 18325.

¹⁸ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 43; Erman, *Arsa Payı*, 17-18; Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, 160-161. Karşı yönde bkz. Hasan Erman, "Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 50/1-4 (1984): 511-514.

satışı vaadi sözleşmelerinin geçerliliği ise, resmî şekilde düzenlenmelerine bağlıdır (TMK m. 706, TBK m. 237). Bu durumda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, unsurları itibarıyla taşınmaz devri ihtiva eden sözleşmelerden olduğundan, resmî şekilde yapılması bir geçerlilik koşuludur¹⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kendisini oluşturan unsurların ait olduğu sözleşmelerden ayrı ve bağımsız karakterde bir sözleşme olması nedeniyle, sadece arsa sahibinin taşınmaz devrine yönelik borcu nedeniyle değil, ayrıca yüklenicinin yapı inşa etme ve teslim borcu yönüyle de resmî şekilde yapılmak zorundadır²⁰. Buradaki resmî şekil, tapu sicil müdürü veya memuru tarafından gerçekleştirilebileceği gibi noterde düzenleme şeklinde de gerçekleştirilebilir (TK m. 26 f. 1; NK m. 60 b. (3); NK m. 89²¹).

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN KİŞİSEL HAKKIN ŞERHİ

A. YASAL DAYANAK

Şerh, taşınmazlarla ilgili belirli hukuki durumların veya hakların, tapu sicilinin ilgili bölümüne işlenmesi ile elektronik olarak kayıt altına alınan tapu sicili işlemidir²². Üçüncü kişilerin taşınmazla ilgili belirli hukuki durumları veya hakları öğrenmesini sağlar²³. Şerh bir tapu sicili işlemi olduğundan, sınırlı sayıda olma (numerus clausus) ilkesine tabidir²⁴. Yani, yasada öngörülmeleyen bir hukuki

¹⁹ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 42; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 7; Avcı, *Bağımsız Bölüm Alan*, 29.

²⁰ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 43; Erman, *Arsa Payı*, 17-18.

²¹ "Kural olarak eser sözleşmesi ilişkisinin kurulması herhangi bir şekil şartına tabi olmayıp, tarafların "ıcap" ve "kabil" iradelerinin birleşmesiyle sözleşme ilişkisi kurulur. Şekil şartı, sözleşmenin geçerlilik şartı olmayıp, ispat külfetine yönelik bir şarttır. Genel kural böyle olmakla birlikte bazı eser sözleşmelerinin belli şekil şartında yapılması gerekmektedir. Buna göre; mülkiyet nakli borcunu içeren bir eser sözleşmesi yapılmışsa bunun resmi şekilde yapılması zorunludur. Resmi şekil ise, tapu sicil müdürlüğünde sözleşmenin yapılmasıdır. Yine eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, "gayrimenkul satış vaadini" de kapsadığından noterden re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekir (TBK 237, M.K.706, Tapu Kanunu 26, Noterlik Kanunu 60). Sayılan bu istisnai durumlar sözleşmelerin geçerlilik şartı olup, bu şekil şartına uygun yapılmayan sözleşmeler geçerli olmayacağı gibi, taraflar geçersiz bir sözleşmenin ifasını isteyemez, geçersiz sözleşmeye dayanılarak müspet zararlar da istenemez." Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 22.02.2022, E. 2021/940, K. 2022/1271, UYAP, E.T. 24.12.2023.

²² Şerhin tanımı için bkz. Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 115; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 29; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 3-4; Akın Ünal, *Tapu Sicilinde Geçici Tescil Şerhi* (Ankara: Adalet, 2019), 21; Murat Doğan, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Sınırlanmasının Şerhi* (Ankara: Seçkin, 2004), 12 ve 15; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 2019), N. 467.

²³ Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 782; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 29; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 4.

²⁴ Sarı, "Arsa Payı", 273; Avcı, *Bağımsız Bölüm Alan*, 265; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 51; İsmet Sungurbey, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi* (İstanbul: Sermet, 1963), 4; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 1-4; Ünal, *Geçici Tescil Şerhi*, 21; Doğan, *Tapu Sicilinde*, 12; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 468; Ahmet Cahit İyilikli, "Şerhedilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Vaat Borçlusunun Cüz'i Halef ve Alacaklıları ile Taşınmaz Üzerindeki Diğer Takyidatlara Etkisi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/2 (2021): 969; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz, 1989), 378.

durum veya hakkın tapu siciline şerh edilmesi mümkün değildir²⁵. Türk Medenî Kanunu (TMK)'nda şerhler, kişisel hakların şerhi (m. 1009), tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler (m. 1010) ve geçici tescil şerhi (m. 1011) olmak üzere üç başlık altında düzenlenmiştir. Ancak şerhi mümkün haklar yalnızca burada sayılanlarla sınırlı olmayıp özel bir yasada da hakkın şerhine izin verilmesi mümkündür²⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu siciline şerh edilebileceğine ilişkin yasal düzenleme ilk kez Türk Medenî Kanunu ile birlikte yasal dayanağa kavuşmuştur. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar, tapu kütüğüne şerh edilebilir (TMK m. 1009 f. 1). Türk Kanunu Medenîsi döneminde, şerhin yasal bir dayanağı bulunmama ile birlikte eski Tapu Sicili Tüzüğü (eTST)'nde kişisel hakların şerhine ilişkin aranacak belgeler arasında "arsa payı karşılığı inşaat hakkı için noterce düzenlenmiş sözleşme" de sayılarak şerhe imkan tanınmıştı²⁷ (eTST m. 55 b. (c)). Ancak şerh edilebilir hakların yasal dayanağı bulunması gerektiğinden yasallık şartını ihlal eden bu durum eleştirilmekteydi²⁸. Söz konusu eleştirileri dikkate alan kanun koyucu, TMK m. 1009 hükmünün gerekçesinde, yasallık şartının sağlanmasına yönelik ihtiyacı belirterek hükmün kapsamında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhine de yer verildiğini ifade etmiştir²⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhindeki usule ilişkin diğer hükümleri ise Tapu Kanunu (TK) m. 26 f. 8; m. 26 f. 9 ve Tapu Sicili Tüzüğü (TST) m. 47 b. (c) oluşturmaktadır.

B. ŞERH İLE KORUNAN MENFAATİN TESPİT EDİLMESİ

1. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu m. 1009 f. 1'de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh edilebileceği belirtilmiş ise de bu hakkın ne olduğu ile ilgili bir açıklığa yer verilmemiştir. Bu nedenle, öncelikle şerh ile korunan hakkı ve bunun kapsamını belirlemek gerekir³⁰.

Şerhin, taşınmaza ilişkin bir tapu sicili işlemi olduğunda tereddüt yoktur. Şerh ile korunan hakkın belirlenebilmesi için şerh ile taşınmaz üzerinde ulaşılmak

²⁵ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 30; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı (İstanbul: Beta, 2018), 315; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: Yetkin, 2022), 223; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı (İstanbul: Filiz, 2021), N. 891.

²⁶ TMK m. 1009'da yer alan "şerhdilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar" ifadesi ile bu durum ifade edilmektedir. Şerhdilebilen haklarla ilgili bkz. Şahan, *Tapu Sicilinde*, 50; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 224-225; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 894 vd.

²⁷ RG. 07.06.1994, S. 21953. Daha sonra bu tüzük yeni Tapu Sicili Tüzüğü'nün yayımı ile yürürlükten kalkmıştır (RG. 17.08.2013, S. 28738).

²⁸ Sarı, "Arsa Payı", 274 dn. 3; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 117; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 113-114.

²⁹ Türk Medenî Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611, 1/425, 2/361, 2/680), Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayı No: 723, (E.T. 24.12.2023) <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m.htm>

³⁰ Sarı, "Arsa Payı", 275 vd.

istenen amacın belirlenmesi gerekir. TMK m. 1009 f. 1 hükmünde yer alan alım, gerialım ve önalım sözleşmelerinden doğan haklar yenilik doğuran hak niteliğindedir; kira, taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar ise alacak hakkı niteliğine sahiptir³¹. Bu sayılanlardan kira sözleşmesinden doğan hakkın şerhi, sürekli borç ilişkisi içerisinde kiracının kullanma ve yararlanma hakkını korumaktadır³². Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, alım, önalım ve gerialım sözleşmelerinden doğan alacak hakkı veya yenilik doğuran hak kullanıldığında, tapu sicilinde yer alan aynı hak sahibi değişmektedir³³. Alacak hakkı ve yenilik doğuran haklar nispi hak niteliğinde olmaları nedeniyle yalnızca sözleşmenin taraflarına karşı ileri sürülebilir. Aynı haklar gibi mutlak haklar da herkese karşı ileri sürülebilir. Bu durumda, sözleşme kurulduktan sonra mevcut mutlak hak sahibi malikin, sözleşmeden doğan nispi hakkın, aynen ifasına engel olacak şekilde tasarrufta bulunma ihtimali hâlen devam etmektedir³⁴. Nispi hakkın tapu siciline şerhi ile etkisi kuvvetlendirilerek sözleşme tarafları dışında, sicilde hak sahibi olacak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir duruma gelir. O hâlde, kişisel hakkın tapu siciline şerhi ile hak sahibi alacaklı, mutlak hak sahibi taşınmaz malikinin yapacağı tasarruf işlemlerine karşı korunmaktadır³⁵. Bu nedenle, şerh ile korunan hakkın ileride taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek haklar olduğu kabul edilmektedir³⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan kişisel haklar, yapı inşası ve teslimi ile kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkıdır. Yapı inşası ve teslimine ilişkin alacak hakkı, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek bir hak değildir³⁷. Ancak kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkı, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek bir haktır³⁸.

³¹ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 36 ve 39.

³² Şahan, *Tapu Sicilinde*, 117 vd.; Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 7; Pınar Altınok Ormancı, "Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: 'Satım Kirayı Bozmaz' İlkesinin Sonuçları", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12/24 (2013): 135 vd.; Meliha Sermin Paksoy, "Kira Sözleşmesinin Şerhinin Hüküm ve Sonuçları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/1 (2019): 136 vd.

³³ Sarı, "Arsa Payı", 277; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 36; Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 41-42.

³⁴ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 30; Doğan, *Tapu Sicilinde*, 15.

³⁵ Sarı, "Arsa Payı", 280-281; Avcı, *Bağımsız Bölüm Alan*, 267; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 50; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 29-30; Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 7.

³⁶ Sarı, "Arsa Payı", 277-278; Avcı, *Bağımsız Bölüm Alan*, 267; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 5; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 62-63; Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 6-7.

³⁷ Sarı, "Arsa Payı", 278; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 62-63.

³⁸ Sarı, "Arsa Payı", 278; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 50; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 62-63.

Bir görüşe göre³⁹, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin alacak hakkı, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu nedenle şerh ile korunması gereken yüklenicinin alacak hakkıdır.

Diğer bir görüşe göre⁴⁰, TMK m. 1009 f. 1 hükmü uyarınca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan haklar hem arsa sahibinin yapı inşası ve teslimine hem de yüklenicinin kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkı olduğundan, her iki alacak hakkı da şerhin koruması kapsamındadır.

Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan ve şerh ile korunması gereken hak, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek nitelikteki arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkıdır. Ancak şerh ile korunması gereken menfaat, söz konusu sözleşme hükümlerine riayet edilerek arsa payının veya inşa edilen bağımsız bölümlerin devrine ilişkin menfaattir. Bu menfaat arsa sahibine de yükleniciye de ait olabilir. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüklerinin ifa zamanlarına bağlı olarak mülkiyet devrini talebe yönelik alacak hakkı bazen arsa sahibine bazen yükleniciye aittir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde şerh ile korunan hak, arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkı ise de şerhin kapsamı yalnızca bununla sınırlı değildir. Söz konusu alacak hakkının aynen ifasına hizmet eden ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bazı yan borçlar da şerhin kapsamına dahildir. Şöyle ki, arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkının talep edilebilmesi için öncelikle yapı inşası ve teslimine yönelik borcun ifası gerekir (TBK m. 97, m. 479 f. 1). Yapı inşası ve teslimi borcunun yerine getirilebilmesi ise arsa üzerinde hak sahibi olan kişinin bazı yan borçları yerine getirmesine bağlıdır. Bu nedenle, yapı inşası ve teslimi borcunun yerine getirilmesine hizmet eden bağlı yan borçlar ile taşınmaza ilişkin olmak koşulu ile bağımsız olarak dava ve talep edilebilen yan borçların şerhin kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁴¹. Örneğin, sözleşme konusu arsayı, üzerinde yapı inşasına elverişli şekilde teslim etme ve sözleşme süresince buna uygun bulundurma, yapı inşasına yönelik fiili ve hukuki engelleri kaldırma, yapı kullanma izni veya inşaat ruhsatı alma ya da

³⁹ M. Turgut Öz, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı", içinde *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, editör Emrehan İnal ve Başak Baysal, (İstanbul: On İki Levha, 2017), 445; Sarı, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", 277-278; Avcı, *Bağımsız Bölüm Alan*, 267; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 50; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 62-63; Duygu Koçak Diker, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 72/3 (2023): 1442.

⁴⁰ Nezih Sütçü, *Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt 1*, 5. Baskı (Ankara: Seçkin, 2016), 446-447.

⁴¹ Sarı, "Arsa Payı", 278; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 48; Polat, *Arsa Payı*, 71.

bunların alınabilmesi için yetki verme şerh kapsamındaki yan borçlardandır^{42,43}. Ancak yan borç, taşınmaza ilişkin değilse şerh kapsamına girmez⁴⁴. Örneğin, yapı inşasının sağlanmasına ilişkin verilen bir miktar para veya malzeme borcu, şerh kapsamında korunur nitelikte değildir⁴⁵. Özetle, bu yan borçların ifası, arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkına kavuşmayı sağlamaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, tarafların asli edim yükümlülüklerini yerine getirme zamanlarına göre farklı görünüş biçimlerine sahiptir. Aşağıda, söz konusu durumlarda şerh ile korunan menfaat tespit edilmeye çalışılmıştır.

2. Arsa Sahibinin Yükleniciye Arsa Payını Yapı Tamamlandıktan Sonra Devredeceğini Taahhüt Etmesi Hâlinde

İlk ve genel olarak, arsa sahibi, kararlaştırdıkları arsa payını ve eğer kat irtifakı kurulmuş ise bu paya karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmeyi yalnızca taahhüt eder. Arsa sahibinin borcunu ifası, yüklenicinin yapı inşası ve teslimi borcunu yerine getirmesine bağlıdır. Bu borç yerine getirilmediği sürece arsa sahibi yükleniciye karşı ödemezlik def'i ileri sürebilir (TBK m. 97, m. 479 f. 1). Bu durumda, arsa sahibi mülkiyet hakkına sahip olduğundan taşınmaz üzerinde en geniş yetkiye sahip ve en avantajlı konumdaki kişidir. Arsa sahibi, sözleşme kurulduktan sonra, taşınmazı bir başka kişiye devredebilir, taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesis edebilir, başka bir şahsi hakkı tapu siciline şerh vererek kuvvetlendirebilir ya da taşınmaz cebri icra yolu ile satılabilir. Bu ihtimallerin her birinde, yükleniciye verilmesi kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacağın sözleşme hükümlerine uygun şekilde ifası riske girmektedir. Bu riski bertaraf edecek olan ise nispi nitelikteki bu hakkın tapuya şerh edilerek etkisinin kuvvetlendirilmesidir. Zira, şerh ile korunan hak, taşınmaz üzerindeki ayni hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek nitelikteki arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkıdır. O hâlde bu durumda, şerh ile yüklenicinin menfaatinin korunduğunda şüphe yoktur.

3. Arsa Sahibinin Yükleniciye Arsa Payını Yapının İnşa Aşaması İlerledikçe Kısım Kısım Devredeceğini Taahhüt Etmesi Hâlinde

İkinci olarak, taraflar yüklenicinin yapı inşasına ilişkin borcunu bölümlere ayırarak her bir bölüme karşılık gelen arsa payını da belirleyebilirler. Bu durum-

⁴² Sarı, "Arsa Payı", 278; Polat, *Arsa Payı*, 72-73.

⁴³ Bir görüşe göre; şerhin koruma kapsamına giren yan borçlar, sözleşme konusu arsa üzerindeki mülkiyet hakkı sahibi kişi tarafından yerine getirilebilir niteliktedir. Bu nedenle, yapı inşasına başlanıp devam edilebilmesi için malikin mülkiyet hakkı kapsamında kullanabileceği yetkiler de şerhin kapsamında kabul edilmelidir (Koçak Diker, "Arsa Payı", 1455.). Kanaatimizce, mülkiyet hakkı en geniş yetkiye sahip ayni hak ise de mülkiyet hakkı sahibi bu yetkisini taşınmaz üzerinde üçüncü kişilere başka haklar tanıyarak sınırlandırabileceğinden, burada yan borçların muhatabını yalnızca malik ve dolayısı ile mülkiyet hakkıyla sınırlandırmak isabetli değildir.

⁴⁴ Polat, *Arsa Payı*, 71-72.

⁴⁵ Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 129.

da, inşa seviyesi ilerledikçe yüklenici, bu seviyeye karşılık gelen arsa payının devrini talep edebilir. Aslında burada taraflar, hukuki mahiyette bölünebilir niteliği bulunmayan yapı inşası ve teslimine ilişkin borcu, bölünebilir nitelikte bir borca dönüştürmektedir⁴⁶. Ancak, yine yüklenicinin kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacağının aynen ifası riske girmektedir. Zira, arsa sahibi, sözleşme kurulduktan sonra, taşınmazı bir başka kişiye devredebilir, taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesis edebilir, başka bir şahsi hakkı tapu siciline şerh vererek kuvvetlendirebilir ya da taşınmaz cebri icra yolu ile satılabilir. Sözleşmede kararlaştırılan en son inşa seviyesi tamamlanarak teslim edildikten sonra yüklenici, en son kısma karşılık gelen arsa payı alacağını talep edene kadar bu risk devam eder.

Kısmi ifanın mümkün olduğu hâllerde, kısmi temerrüt söz konusu olacağından, tarafların karşılıklı ifa ettikleri kısma ilişkin borç, sözleşmenin sona ermesinden etkilenmez ve geçerlidir. Yüklenicinin, bu kısma karşılık gelen arsa payının devrini talep etmesi mümkündür. Meğerki, bu geriye kalan ve ifa edilmeyen kısım olmasaydı sözleşmenin yapılmayacak olduğu ispat edilebilirdi⁴⁷. O hâlde, bu durumda da kural olarak, şerh ile öncelikle yüklenicinin menfaati korunmaktadır.

4. Arsa Sahibinin Yükleniciye Arsa Payını Hemen Devretmesi Hâlinde

Üçüncü ve son olarak, arsa sahibi, yüklenicinin yapı inşası ve teslimi borcunu ifa etmesini beklemez, sözleşme kurulduktan sonra kararlaştırdıkları arsa payını ya da taşınmazın tamamını yükleniciye devredebilir. Arsa sahibi, eğer taşınmazın tamamını yükleniciye devrederse, yüklenici yapı inşasını tamamladıktan sonra kararlaştırdıkları arsa payını ve bu paya karşılık gelen bağımsız bölümlerin mülkiyetini arsa sahibine (aslında eski malike) devreder⁴⁸. Bu yöntemde, taşınmaz mülkiyetini kısmen veya tamamen kaybeden eski maliki korumak için onun lehine teminat ipoteği tesis edilmekte ve genellikle de inşa seviyesi ilerledikçe ipotek çözülmektedir⁴⁹. Ancak, taşınmaz üzerindeki ipotek malikin tasarruf yetkisini kısıtlamadığından, taşınmaza ilişkin arsa payı her zaman üçüncü kişilere satılabilir. Bu durum, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki finansman ihtiyacının üçüncü kişiler aracılığı ile karşılanmasını sağlamaktadır.

Yüklenici tarafından yapının inşası ve/veya kararlaştırılan arsa paylarının devri borcu yerine getirilmez ise, eski malik taşınmazdan pay alan üçüncü kişi-

⁴⁶ Yener, *Arsa Payı*, 45.

⁴⁷ Yener, *Arsa Payı*, 44, 47.

⁴⁸ Sarı, "Arsa Payı", 283 ve 285; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 49-50; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 112 ve 118-119; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773-774; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 115; Polat, *Arsa Payı*, 36-37; Serkan Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü* (Ankara: Seçkin, 2008), 39 dn. 86; Karakoç Karabrahim, "Arsa Payı" 19-20.

⁴⁹ Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 128; Sarı, "Arsa Payı", 283 ve 285; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 49-50; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 112; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773-774; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 117; Polat, *Arsa Payı*, 36-37.

lerden ipotek bedelini talep edebilir, ancak elde ettikleri payın kendisine iadesini isteyemez⁵⁰. Yani, buradaki ipotek, yüklenicinin borcunu tam ve gereği gibi yerine getirmemesi hâlinde ödeyeceği tazminatın teminatı işlevini görür⁵¹. Ayrıca, yüklenici ipotek bedelinin tamamını ödeyerek taşınmazı ipoteksiz bir şekilde de kazanabilir⁵². Görüldüğü üzere, şerh ile kıyaslandığında, teminat ipoteği, eski malike istenilen korumayı sağlamakta yetersizdir⁵³.

Doktrindeki hâkim görüşe göre⁵⁴, yüklenici, kararlaştırılan arsa payı veya taşınmazın tamamı üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olduğundan, artık onun yönünden tapu sicilinde yer alan şerhin koruyucu herhangi bir fonksiyonu yoktur. Zira, yüklenici arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakkına zaten kavuşmuş vaziyettedir.

Kanaatimizce, taşınmaz üzerinde henüz kat irtifakı kurulmamış⁵⁵ ise yüklenicinin de tapu sicilinde yer alan şerhin koruyucu fonksiyonundan yararlanma

⁵⁰ Polat, *Arsa Payı*, 74.

"Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde; yükleniciye verilmesi gereken bağımsız bölümlere ilişkin arsa payları, sözleşmenin imzalanmasına müteakip, ifadan önce tapuda yüklenici üzerine geçirilebilir. Bu yol tercih edilerek arsa sahibi kendini güvence altına almak amacıyla; yükleniciye devredeceği tapu kayıtları üzerine, kendi lehine ipotek tesis ederek tapu devrini yapabilir. Ayıplı ve eksik işlerle gecikme zararının varlığı hâlinde, ipotek paraya çevrilerle zararın giderilmesine çalışılır. Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen 12.09.2011 tarihli ipotek sözleşmesi ile tapuda düzenlenen takip dayanağı ipotek akit tablosunun, içerikleri itibarıyla tamamen birbiri ile uyumlu ve aynı şartları ihtiva ettikleri, ipotek sözleşmesinin 13.07.2007 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin eki niteliğinde olduğunun açıkça düzenlendiği bu itibarla; ipoteğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle tapuların peşin olarak verilmesinin teminatını teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle; mahkemenin takip konusu ipoteğin kesin borç ipoteği olduğu yönündeki kabulü hatalıdır. Yüklenicinin arsa sahibine inşaatın tamamlanması için verdiği ipotek, inşaatın tam ve eksiksiz teslim edildiği ispatlanmadığı sürece terkin edilemeyeceğinden, mahkemece bu yönde araştırma yapılarak oluşacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerektiğinden, eksik inceleme dayalı olarak yanlışlıkla gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisinde isabet görülmemiştir." Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 07.10.2019, E. 2016/5225, K. 2019/4066, UYAP, E.T. 24.12.2023.

⁵¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 3396 dn. 254.

⁵² Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 39 dn. 86; Yavuz, Acar ve Özen, *Özel Hükümler*, 1074; Karakoç Karabrahim, "Arsa Payı", 20-21.

⁵³ Erman, *Arsa Payı*, 13; Koçak Diker, "Arsa Payı", 1445.

⁵⁴ Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 128; Sarı, "Arsa Payı", 283 ve 285; Avcı, "Şerhi ve Hukuki Sonuçları", 49-50; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 112 ve 118-119; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 773-774; Gümüş, *Yeni Şerhler*, 117; Polat, *Arsa Payı*, 36-37; Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 39 dn. 86; Karakoç Karabrahim, "Arsa Payı", 19-20.

⁵⁵ Taşınmaz üzerinde kat irtifakı kurulması ile arsa paylarına karşılık gelen bağımsız bölümler belirlenmekte, bütün paydaşlar birbirlerine karşı taşınmaz üzerindeki inşanın tamamlanması ve kat mülkiyetine geçme yükümlülüğü altına girmektedir (KMK m. 17 f. 1; m. 26 f. 1). Kat irtifakının, paya bağlı bir irtifak hakkı olması sayesinde, inşanın tamamlanması ve kat mülkiyetine geçme yükümlülüğü taşınmazı devralan üçüncü kişileri de bağlayıcı olmaktadır (KMK m. 3 f. 3). Taşınmaz üzerinde pay devralan üçüncü kişi inşanın yapılmasını engellerse, yüklenicinin de yer aldığı paydaşlar, bu kişinin payının kendilerine devrini talep edebilirler (KMK m. 26 f. 2). Özetle, kat irtifakı, arsa payını devralan maliklere, inşanın tamamlanması ve kat mülkiyetine geçme yükümlülüğü yüklemektedir. (Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 133; Etem Saba Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, 2. Baskı (Ankara: On İki Levha, 2015), 25 vd.; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 2150; Arzu Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti I* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 217 vd.)

ihtiyacı olabilir. Şöyle ki, yüklenicinin, mülkiyet hakkını elde ettiği arsa payları üzerindeki aynı hakkını koruyabilmesi, bu kazanmanın dayanağını teşkil eden sözleşmedeki borcunu ifa etmesine bağlıdır. Kat irtifakı kurulmamış bir taşınmaz üzerindeki çoğunluğa tekabül eden arsa payını devralan üçüncü kişinin, yapı inşasına engel olması ihtimal dahilindedir. Yapı inşası ve teslimi borcunun yerine getirilmesine hizmet eden bağlı yan borçlar ile taşınmaza ilişkin olmak koşulu ile bağımsız olarak dava ve talep edilebilen yan borçlar şerhin kapsamındadır. O hâlde, yüklenici, arsa payını devralan üçüncü kişiden taşınmazı, üzerinde yapı inşasına elverişli şekilde teslim etmesini ve sözleşme süresince buna uygun bulundurmasını şerh kapsamında talep edebilir.

Yüklenicinin sözleşme kurulduktan hemen sonra kararlaştırılan arsa payı veya taşınmazın tamamı üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olduğu durumda, arsa sahibinin (yani eski malikin) şerhin koruyucu fonksiyonundan yararlanıp yararlanamayacağı ile ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre⁵⁶, daha henüz yüklenici asli edim borcunu yerine getirmeden kendi asli edim borcunu ifa eden arsa sahibi, karşı tarafın borcunu gereği gibi yerine getirmeme riskini üstlenmiş olduğundan, şerh ile korunmasını gerektiren bir sebep yoktur. Bu durumda arsa sahibinin, taşınmaz üzerinde teminat ipoteği veya kat irtifakı kurulması yolu ile korunması gerekir. Kanun koyucunun şerh ile ulaşmak istediği amaç, malvarlığının aktif değerindeki mülkiyet hakkını devreden arsa sahibini, almış olduğu bu riskten korumak değil, tam aksine, yüklenicinin kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin devrine yönelik alacak hakkını korumaktır. Arsa sahibi kendi oluşturduğu riske kendisi katlanmalıdır. Ayrıca, arsa sahibinin sözleşmeden doğan yapı inşası ve teslimine yönelik alacak hakkı, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek bir hak değildir. Bu nedenle, şerh ile korunmasına da lüzum yoktur. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan tüm hakların tapu siciline şerh edilebileceğini kabul etmek, sınırlı sayıda olma (*numerus clausus*) ilkesinin geçerli olduğu şerhin kapsamını bu ilkeye ters düşecek şekilde genişletir.

Öz'e göre⁵⁷, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhi asıl olarak yüklenici tarafı korumaktaysa da sınırlı bazı durumlarda, arsa sahibi de şerhin koruyucu fonksiyonundan yararlanmaktadır. Buradaki koruma, arsa payının yükleniciye devredilmesi sonrasında, arsa sahibinin bu payı geri alma hakkının aynen ifa edilmesi noktasında önem arz etmektedir. Bir diğer ifadeyle, yüklenicinin malik olduğu arsa payının üçüncü kişilere devri hâlinde, ileride bu payın arsa sahibine iadesinin sağlanmasında şerh önemli bir görev üstlenmektedir. Ancak yazar, şerhin klasik etkisine ilişkin (TMK m. 1009 hükmünden doğan etkisi) arsa sahibini koruyucu fonksiyonunu şu hâllere özgü olacak şekilde sınırlandırmıştır:

⁵⁶ Sarı, "Arsa Payı", 278; Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 118-119; Koçak Diker, "Arsa Payı", 1445-1446.

⁵⁷ Öz, "Arsa Payı", 447-450 ve 455.

Sübjektif sonraki imkansızlığı düzenleyen TBK m. 486 hükmünün uygulandığı durumda, arsa sahibi yüklenicinin kısmi ifasına karşılık gelenden fazla arsa payı devretmiş ise bu fazlaya ilişkin kısmın kendisine iadesinde; yüklenici temerrüdü varsa, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini fark teorisi kapsamında istemesi durumunda (TBK m. 125), fark teorisinin uygulanabileceği kabul edilirse, yüklenicinin ödeyeceği müspet zararın, elde edeceği arsa payı değerinden fazla olması koşulu ile aradaki bu pozitif farkı arsa sahibinin tazminat olarak istemesi hâlinde daha önce devrettiği arsa paylarının iadesinde; yüklenicinin ayıplı ifade bulunması hâlinde arsa sahibinin seçimlik haklarını düzenleyen TBK m. 475 hükmünün uygulandığı ve arsa sahibinin ayıp oranında bedelde indirim istediği durumda, arsa sahibi indirilen bedele karşılık gelenden fazla arsa payı devretmiş ise bu fazlaya ilişkin kısmın kendisine iadesinde, şerhin arsa sahibini koruyucu fonksiyonu söz konusu olur.

Diğer bir görüşe göre⁵⁸, arsa sahibi şerhin klasik etkisinden (TMK m. 1009 hükmünden doğan etkisinden) hiçbir zaman yararlanamaz ise de sözleşmeden dönme hâlinde, tapu sicilindeki şerh arsa sahibi yönünden önem arz eder. Şöyle ki, sözleşmeden dönme hâlinde, aynı etkili dönme kuramına göre, tapu sicilindeki kayıt sözleşmenin kurulduğu zamandan bu yana geçmişe etkili şekilde yolsuz hâle gelir. Bu durumda, tapu sicilindeki şerh sayesinde arsa sahibi, yolsuz tescile dayanarak hak iktisap edenlerin iyiniyetli olmadıklarını iddia edebilir. Bir diğer ifadeyle, şerh sayesinde arsa sahibi, üçüncü kişilerin kazanımlarının TMK m. 1023 hükmü kapsamında korunmasını engelleyebilir.

Aybay/Hatemi'ye göre⁵⁹, şerh ile amaçlanan, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkının yeni maliklere karşı güçlendirilmesi değildir. Burada, şerhin asıl amacı, yeni paydaşların (yani yeni arsa sahiplerinin) arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine bağlılığını sağlamaktır. Dolayısıyla bu bir bağlayıcılık şerhidir.

Sütçü'ye göre⁶⁰, arsa sahibinin başlangıçta, daha karşı edim yerine getirilmeden yükleniciye pay devrettiği hâllerde, bu payları yüklenicinin üçüncü kişilere devretmesi durumunda oluşacak hak kayıplarının önlenmesi için arsa sahibi de sözleşmenin şerhini talep edebilir.

Yargıtay'ın yerleşik "avans tapu" içtihadına göre ise⁶¹, yüklenici ve yükleniciden pay devralarak onun halefi konumunda bulunan üçüncü kişilerin arsa pa-

⁵⁸ Gümüüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 774; Erman, *Arsa Payı*, 10-11; Polat, *Arsa Payı*, 74-75.

⁵⁹ Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 4. Baskı (İstanbul: Vedat, 2014), 95-96.

⁶⁰ Sütçü, *Uygulama ve Teoride*, 443.

⁶¹ "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca; yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan tapu kaydı ya da bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri, tasdikli ruhsat ve projesine, imar ile fen ve tekniğine uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi gerekir. Uygulamada, yüklenici tapuya hak kazanmamasına rağmen finans temini olanağı sağlamak üzere sözleşmenin başlangıcında ya da aşamalı olarak tapu devri yapılacağı kabul edilmekte ve yapılmaktadır. Ancak yapılan bu devirler avans niteliğinde olup tapu payı devredilmiş olsa dahi

yının mülkiyetini kazanabilmeleri için yüklenicinin yapı inşası ve teslimine ilişkin borcunu yerine getirmesi gerekir. Bu borca aykırı davranılması sonucu arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi hâlinde sözleşme geçmişe etkili şekilde ortadan kalkacağından, yüklenici ve onun halefi üçüncü kişilerin adına yapılan tescil de baştan itibaren yolsuz hâle gelir. O hâlde, aynı hakka dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası, arsa sahibi tarafından yüklenici ve halefi üçüncü kişilere karşı her zaman açılabilir. Görüldüğü üzere, Yargıtay, yükleniciden pay devralan üçüncü kişilerin kötüniyetli olduklarına dair kanunun aksine bir karine kabul etmektedir. Hâlbuki asıl olan iyiniyetin varlığı olup bunun aksini iddia edenin ispat etmesi gerekir (TMK m. 3 f. 1). Bu hatalı içtihat nedeniyle uygulamada, tapu sicilindeki şerhin üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırma fonksiyonuna ihtiyaç kalmaksızın üçüncü kişilere karşı her zaman tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilmekte ve iyiniyetle aynı hak iktisap etmeleri engellenmektedir⁶². Bir diğer ifadeyle, Yargıtay uygulaması, şerh ile sağlanan korumadan daha ötede bir koruma sağlamaktadır⁶³.

Kanaatimizce, arsa sahibinin asli edim borcunu yüklenicinin borcunu ifa etmesinden önce yerine getirmesi, onun şerhin koruyucu fonksiyonundan yararlanmasına engel değildir. Bu durum, arsa sahibinin, arsa payını (veya taşınmazı) yükleniciye devretmeden önce hâlihazırda tapu sicilinde yer alan şerh için de

yüklenici edimini tamamen yerine getirmediği sürece aynı hakkı kazanması mümkün değildir. Bu nedenle arsa sahibi avans niteliğinde devrettiği arsa paylarının iadesini isteyebilir. Eğer yüklenici üçüncü kişiye temlik etmiş veya satış vaadinde bulunmuş ise, burada üçüncü kişinin iyiniyet iddiası dinlenilmeden tapu arsa sahibine iade edilir. Zira ancak gerçek alacak (hak kazanılan) temlik edilebileceğinden yüklenicinin kazanamadığı hakkın temlikinden söz edilemez. Bu temlik işlemine dayanılarak hak talebinde bulunulamaz. Bu genel ilke ve kurallar Dairemiz ve HGK'nın birçok içtihadında kabul edildiği gibi (Emsal Yarg. HGK 2014/15-605 Esas 2016/293 Karar 09.03.2016 tarih) Anayasa Mahkemesinin 27.09.2017 tarihli 30193 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan başvuru numarası: 2014/12321 olan 20.07.2017 tarihli kararında "[...] Sonuç olarak tüm bu hususlar birlikte gözetildiğinde yükleniciye düşen arsa paylarını satın alan başvurucuların, halefi oldukları yüklenici tarafından sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle tapu kayıtlarının iptâl edilmesi suretiyle yapılan müdahale yönünden mülkiyet hakkına yönelik bir ihlalin olmadığına açık olduğu anlaşılmıştır..." denilerek Dairemizin ve HGK'nın uygulamalarının yerinde olduğu ortaya konulmuştur." Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 24.10.2023, E. 2022/3570, K. 2023/3432, UYAP, E.T. 24.12.2023.

⁶² Sarı, "Arsa Payı", 291; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 782; Polat, *Arsa Payı*, 50. Yargıtay'ın "avans tapu" içtihadının eleştirisi için bkz. Özmen ve Ürem, "Eleştiriler", 11 vd.; Saba Özmen, "2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Aynı Etkili Dönme Görüşüne ve Özellikle Yargıtay 15. HD.'nin Yerleşik Kararlarındaki "Avans Tapu" Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 30/135 (2018): 501 vd.; Polat, *Arsa Payı*, 123 vd.; Gülşah Sinem Aydın, "Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 141 (2019): 427 vd.; Zafer Kahraman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu", içinde *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, editör Burcu Göçet, (İstanbul: Der, 2015), 439 vd.

⁶³ Öz, "Arsa Payı", 450-451.

daha sonradan yüklenici tarafından arsa sahibi (eski malik) lehine verilen şerh için de aynıdır. Şerh ile korunan hak, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek nitelikteki arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkıdır. Bir diğer ifadeyle, şerh ile korunan sözleşme hükümlerine riayet edilerek taşınmaz payının devrini sağlayan alacaktır. Sonuç olarak şerh, arsa payı mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkının sözleşme hükümlerine uygun şekilde ifa edilmesine hizmet etmektedir.

Kararlaştırılan arsa payının mülkiyetinin aynen ifası ile oluşacak hukuki durumun korunması, karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin karşı edimi olan yapı inşası ve teslimi borcunun sözleşme hükümlerine uygun şekilde yerine getirilmesine bağlıdır. Aksi hâlde, somut olayın özelliğine göre arsa payının mülkiyetinin iadesi, sözleşmeye veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebilir. Sebepsiz zenginleşme, kanundan doğan, nispi ve şahsi karakterde bir alacak hakkıdır (TBK m. 77-82). Bu nedenle ancak sonradan ortadan kalkan sebebe bağlı olarak zenginleşen muhataba karşı ileri sürülebilir. Sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Burada, borç ilişkisine dayalı bir sözleşmeden doğan alacak söz konusu olmadığı için şerhten de bahsedilemez. Zira şerh, sözleşmeden doğan hakkın tapu siciline işlenmesi ile ilgilidir. Oysa, sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkının kaynağı kanundur. O hâlde, devredilen arsa payının mülkiyetinin iadesine ilişkin alacağın, borç ilişkisine bağlı olarak, yani sözleşmeye dayanarak talep edilmesi hâlinde tapu sicilinde yer alan şerhin koruyucu fonksiyonu elzemdir. Zira, mülkiyeti elinde bulunduran ve borcunu ifa etmeyen yüklenicinin üçüncü kişilere pay devretmesi hâlinde, sözleşmeden doğan ve iadeye yönelen alacak hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi şerh ile mümkün hâle gelmektedir.

Şerhin, TMK m. 1009 hükmü gereği, sözleşmeden doğan şahsi hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesine imkan sağlama fonksiyonu dışında, iyiniyetin ortadan kaldırılmasına yönelik fonksiyonu da vardır. Tapu sicili aleni olduğundan, şerh ile hukuki durum veya hakkın üçüncü kişi tarafından da öğrenilmiş olduğu varsayılır (TMK m. 1020 f. 3). Şerhin, iyiniyetin ortadan kaldırılmasına yönelik bu fonksiyonu sayesinde arsa sahibi, yükleniciden pay devralan üçüncü kişilerin TMK m. 1023 kapsamında aynı hak iktisabını engelleyebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin Yargıtay, aynı etkili dönme kuramını kabul etmektedir. Buna göre, kural olarak ani edimli kabul edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi hâlinde, sözleşme kurulduğu andan itibaren geçmişe etkili (*ex tunc*) şekilde ortadan kalkar. Türk Hukukunda, tescil sebebe bağlı olduğundan, hukuki sebebin geçmişe etkili şekilde ortadan kalkması hâlinde tescil de kurulduğu andan itibaren geçersiz, bir diğer ifadeyle yolsuz hâle gelir (TMK m. 1024 f. 2). Tescil geçmişe etkili şekilde ortadan kalktığından, devredilen arsa payı arsa sahibinin uhdesinden hiç çıkmamış gibi kabul edilir.

Bu durumda, arsa sahibi aynı hakka dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile yükleniciden arsa payını geri alabilir. Ancak, tapu sicilindeki yolsuz tescile güvenerek yükleniciden arsa payı iktisap eden üçüncü kişiler, iyiniyetli olmaları kaydı ile TMK m. 1023 hükmünden yararlanabilirler ve kazanımları korunur. Üçüncü kişinin iyiniyeti, arsa payının iktisabı sırasında arsa sahibinin yüklenici ile arasındaki sözleşmeden döndüğünü bilmemesi şeklindedir.

Sözleşmenin kurulduğu andan, arsa sahibinin sözleşmeden dönmeye ilişkin bozucu yenilik doğuran hakkını kullandığı vakte kadar, üçüncü kişi yükleniciden arsa payı iktisap etmişse, bu kazanımı iyiniyet aranmaksızın korunmalıdır. Meğerki, arsa sahibi tarafından ileri sürülen muvazaa iddiası ispat edilsin. Burada, üçüncü kişinin aynı hak iktisap ettiği sırada tapu sicilinde yolsuz bir tescil bulunmamaktadır. Yolsuz tescil bulunmayan bir yerde iyiniyet araştırmasına da yer yoktur. Ancak Yargıtay, “avans tapu” içtihadı ile üçüncü kişinin ileride gerçekleşebilecek sözleşmeden dönme hâlini de bilmesi gerektiğini ve bu nedenle iyiniyetli olmadığını kabul etmektedir.

Arsa sahibi, sözleşmeden dönmeye ilişkin bozucu yenilik doğuran hakkını kullandıktan sonra, üçüncü kişi yükleniciden arsa payı iktisap etmişse, bu durumda tapu sicilinde yer alan şerhin, üçüncü kişinin iyiniyeti üzerinde hukuki bir etkisi olabilir. Zira, arsa sahibinin dönme beyanı ile tapu sicilindeki tescil, kurulduğu andan itibaren yolsuz hâle gelmiştir. Yolsuz tescile iyiniyetle dayanarak aynı hak iktisap eden kişilerin kazanımları korunur (TMK m. 1023). Tapu sicilindeki şerh sayesinde, üçüncü kişinin, arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünü bildiği veya bilebilecek durumda olduğu varsayımı ile iyiniyetli olmadığı ileri sürülebilir (TMK m. 1023 f. 3).

Bir görüşe göre⁶⁴, üçüncü kişi arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünü bilecek durumda değil ise sicildeki şerhe rağmen kazanımı korunmalıdır. Zira, TMK m. 1009’da yer alan şerh, sadece sözleşmeden doğan şahsi hakkın varlığını gösterir. Ancak, şahsi hakkın ortadan kalkıp kalkmadığını veya aynı hak sahibinin değiştiğini göstermez. Bu durumda bize göre, şerhin fonksiyonunu güçlendirmek için üçüncü kişinin, arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünü bilebilecek durumda olduğu varsayımı ile iyiniyetli olmadığı kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay “avans tapu” içtihadı ile tapu sicilinde şerh bulunsun veya bulunmasın üçüncü kişinin, arsa sahibinin sözleşmeden döndüğünü bilecek durumda olduğunu ve bu nedenle iyiniyetli olmadığını kabul etmektedir.

C. ŞERHİN ŞARTLARI

Kişisel hakkın tapu siciline şerhi için kural olarak üç temel şart aranır. Birincisi, ilgili kişisel hakkın tapu siciline şerh verilebileceğine ilişkin yasal bir düzenleme (yasallık şartı); ikincisi, kişisel hakkın doğumu sağlayan hukuki ilişkinin

⁶⁴ Öz, “Arsa Payı”, 453.

tarafı tarafından yapılan şerh anlaşması; üçüncüsü ise, taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kişinin şerh talebinde bulunmasıdır⁶⁵. Yasallık şartına ilişkin açıklamalara daha önce yer verildiğinden burada sadece şerh anlaşması ve şerh talebine ilişkin açıklamalara yer verilecektir⁶⁶.

Tescilde olduğu gibi kişisel hakların şerhinde de bir hukuki sebebin varlığı ve şerh talebinde bulunulması gerekir (TMK m. 1015'e kıyasla). Şerhin hukuki sebebinin, şerh anlaşması oluşturur. Şerh anlaşması, şerhin yapılmasını amaçlayan sözleşmedir⁶⁷. Şerh anlaşması, kişisel hakkı doğuran sözleşmenin içerisinde olabileceği gibi ayrı ve bağımsız bir sözleşme şeklinde de olabilir⁶⁸. Ancak şerh anlaşmasının, asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle uygun yapılması gerekir⁶⁹.

Şerh için aranan diğer şart, şerhin tapu siciline işlenmesine yönelik taleptir. Talep sahibi kural olarak tapu sicilinde hak sahibi olan taşınmaz malikidir⁷⁰. Kişisel hakkın tapu siciline şerhine ilişkin genel kural bu olmakla birlikte, Tapu Kanunu (TK) m. 26 f. 8'de taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile ilgili bu kurala her iki yönüyle istisna getirilmiştir. Şöyle ki, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın tapu siciline şerhi için şerh anlaşması aranmadığı gibi sözleşmenin taraflarından herhangi biri şerh talebinde bulunabilir. Sadece arsa malikinin şerh talebinde bulunma zorunluluğu yoktur. TK m. 26 f. 8'de yer alan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ibaresinin yanına "ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" ibaresinin eklenmesi ile söz konusu istisnalar artık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için de geçerli hâle gelmiştir⁷¹. Yani, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu siciline şerhi için bir şerh anlaşmasına gerek olmadığı gibi taraflardan her biri şerh talebinde bulunabilir. Bir diğer ifadeyle, taşınmaz maliki olmayan taraf da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini tapu idaresine ibraz ederek şerh talebinde bulunabilir.

⁶⁵ Sarı, "Arsa Payı", 288.

⁶⁶ Yasallık şartı ile ilgili bkz. II, A.

⁶⁷ Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 9. Baskı (Ankara: Savaş, 2017), 356.

⁶⁸ Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 120.

⁶⁹ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku - I (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*, 14. Baskı (Ankara: Adalet, 2020), 457; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 356; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 910; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (İzmir: Barış, 2017), 171. Kişisel hakkı doğuran sözleşme şekil şartına bağlı olmasa bile şerh anlaşmasının dayanak belge olması nedeniyle en azından yazılı şekilde yapılması gerektiği yönünde bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 317; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 226.

⁷⁰ Ayan, *Eşya Hukuku*, 412; Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 458; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 317; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 910.

⁷¹ 15.01.2009 tarih ve 5831 sayılı Tapu Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 1 ile hükme "ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" ibaresi eklenmiştir. Bu ibare eklenmeden önceki durumda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapu siciline şerhi için şerh anlaşması gerekip gerekmediği yönündeki doktrin tartışmaları için bkz. Bütün Yılmaz, "Arsa Payı", 120-121.

D. ŞERHİN SÜRESİ

Sözleşmeden doğan kişisel hakkın şerhi, kural olarak, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, herhangi bir süreye bağlı değildir. Şerhin koruduğu kişisel hak sona ermediği sürece şerh de etkisini göstermeye devam eder⁷². Taraflar, şerh süresi için yasada üst sınır belirlenmiş ise bu süreyi aşmamak kaydı ile daha kısa bir süre belirleyebilirler⁷³.

Doktrindeki hâkim görüşe göre⁷⁴, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerh süresi için yasal üst sınır beş yıldır. TK m. 26 f. 8'de yer alan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ibaresinin yanına “ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri” ibaresinin eklenmesi ile şerh süresine üst sınır getiren TK m. 26 f. 9 hükmü, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için de geçerli hâle gelmiştir. Taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şerh anlaşması olmaksızın taraflardan birinin talebi ile tapu siciline şerhine izin veren TK m. 26 f. 8 hükmü, devamı konumundaki TK m. 26 f. 9 hükmü ile birlikte değerlendirilmeli, beş yıllık azami şerh süresinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için de geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sona ermeden şerh süresinin sona erdiği hâllerde, tapu siciline yeniden şerh verilebilir. Ancak bu durumda, yeniden şerhin hangi usulle verileceğinin belirlenmesi gerekir.

Bir görüş⁷⁵, şerh süresi sona erdikten sonra artık kişisel hakların şerhindeki genel kuralın uygulanacağını, yani şerh anlaşmasının aranacağını savunmaktadır. Diğer bir görüş⁷⁶ ise, taraflar arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflarca şerh yapılamayacağı belirtilmemiş veya arsa sahibi, kanun hükmü gereği yükleniciye verdiği sözleşmeyi şerh verme yetkisini kaldırmamışsa, yüklenicinin sözleşmeyi ibraz ederek yeniden şerh tesis edebileceğini kabul etmektedir.

Kanaatimizce, tarafların menfaatinin dengelenmesi adına en uygun çözüm, yeniden şerh hâlinde şerh anlaşmasının aranmasıdır. Aksi hâlde, yüklenicinin kusuru ile temerrüde düştüğü hâllerde, taşınmaz üzerindeki şerhin bir an önce kaldırılarak taşınmazın ekonomik değerine kavuşması şöyle dursun, şerh tek taraflı şekilde yenilenmekle, arsa sahibinin menfaati daha uzun süre zedelenebilir. Bu durumda, şerhin ortadan kaldırılması için tek çare, şerhin dayanağı borç ilişkisinin taraflarca sona erdirilmesi ya da geçersiz olması sebebiyle terkinin kalır. Bu ise menfaatler dengesine uygun bir çözüm değildir.

⁷² Sarı, “Arsa Payı”, 298; Polat, *Arsa Payı*, 48; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 228.

⁷³ Polat, *Arsa Payı*, 48.

⁷⁴ Özmen ve Akçura Karaman, “Uygulama Hataları”, 72; Bütün Yılmaz, “Arsa Payı”, 123-124; Gümüşsoy Karakurt, “Arsa Payı”, 780; Polat, *Arsa Payı*, 68; Erdal, “Arsa Payı”, 857-858.

⁷⁵ Gümüşsoy Karakurt, “Arsa Payı”, 781; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1476.

⁷⁶ Polat, *Arsa Payı*, 70-71.

Yine doktrinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, mahiyeti gereği büyük yapı işlerinin inşa sürecinin uzun sürebileceği ve bu nedenle beş yıllık şerh süresinin yetersiz kaldığı ifade edilmiştir⁷⁷. Ancak kanaatimizce, taraflar yapacakları şerh anlaşması ile her zaman sözleşmeden doğan hakkı yeniden tapu siciline şerh verebilir. Her iki tarafın da hakkını korumak adına kanun koyucunun yapı inşalarındaki ortalama süreyi beş yıl olarak belirlemesinde herhangi bir hak kaybı bulunmamaktadır.

E. ŞERHİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Şerhin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an, şerh talebinin yevmiye defterine kaydedilme anıdır (TMK m. 1022'ye kıyasla). Şerh, sözleşmeden doğan alacak hakkının nispi niteliğini değiştirerek onu mutlak hakka dönüştürmez. Yani, şerh ile alacak hakkı aynı bir hak gibi herkese karşı ileri sürülebilir duruma gelmez⁷⁸. Şerh ile alacak hakkının ileri sürülebildiği çevrenin genişlemesi, şerhten sonra taşınmaz üzerinde hak kazanan kişilerle sınırlıdır⁷⁹. Kıdeme itibar ilkesi gereği, şerh ile korunan hak, şerh anından itibaren kendisinden sonra gelen ve aynen ifayı engelleyen tüm işlemlere karşı korunur⁸⁰. Sonuç olarak şerh, alacak hakkını belirli ve sınırlı bir çevreye karşı korumaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre şerh, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine aleniyet kazandırmaktadır⁸¹. Kanaatimizce, TMK m. 1009 hükmünde yer alan sözleşmeden doğan hakkın şerhi, hakkın aynen ifasını amaçlamaktadır. Şerh edilen hakkı alenileştirmek gibi bir amacı bulunmamaktadır. Şerh bir tapu sicili işlemi olması nedeniyle, bahse konu aleniyet, TMK m. 1009 hükmünden değil, TMK m. 1020 hükmünden kaynaklıdır.

Kişisel hakkın tapu siciline şerhi ile birtakım sonuçlar meydana gelmekte olup bunlar şerhin etkisi veya şerhin hükmü olarak ifade edilmektedir. Ancak şerhin bu etkiyi (veya hükmü) nasıl sağladığı ile ilgili doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Şerhin nesnel (ayni) etkililiği görüşüne göre⁸², sözleşmeden doğan kişisel hakkın tapu siciline şerhi hâlinde, hiçbir zaman borç ilişkisinin tarafları değişmez. Ancak, kişisel haktan doğan talep aynı etkili olur. Yani, şerhe bağlı alacak hakkı, söz-

⁷⁷ Özmen ve Akçura Karaman, "Uygulama Hataları", 72; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 781; Polat, *Arsa Payı*, 69.

⁷⁸ Sarı, "Arsa Payı", 291.

⁷⁹ Polat, *Arsa Payı*, 50; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 383; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229.

⁸⁰ Polat, *Arsa Payı*, 50; İyilikli, "Şerhedilmiş Taşınmaz", 970; Şafak N. Erel, *Eşyaya Bağlı Borç* (Ankara: Ankara Üniversitesi, 1982), 84-85; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 319.

⁸¹ Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 782; Şahan, *Tapu Sicilinde*, 29; Polat, *Arsa Payı*, 77; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 321.

⁸² Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 102 vd.

leşmenin değişmeyen taraflarına karşı her zaman ileri sürülebileceği gibi sonradan taşınmaz üzerinde hak kazanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.

Doktrindeki hâkim görüşe göre⁸³, kişisel hakkın şerhi eşyaya bağlı borç ilişkisi oluşturur. Bu görüşü savunanlara göre, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam etki olmak üzere iki tür etkisi vardır⁸⁴. Eşyaya bağlı borç etkisine göre, şerhe konu kişisel hakkın yerine getirilmesine ilişkin yükümlülük taşınmaza (eşyaya) bağlanmaktadır⁸⁵. Burada, herhangi bir borçlanma iradesi aranmaksızın sadece eşyaya malik veya zilyet olmakla yükümlülüğün de üstlenildiği kabul edilmektedir⁸⁶. Bir diğer ifadeyle, taşınmaz devredildiğinde, şerh edilmiş kişisel hakkın borçlusu da değişir. Ancak belirtmek gerekir ki eşyaya bağlı borç etkisinin ne zamana kadar devam edeceği ile ilgili bu görüş taraftarları arasında da görüş ayrılığı bulunmaktadır. Klasik görüşe göre⁸⁷, her malik kendi döneminde doğan borçtan sorumlu tutulabilir. Yani, borcun doğumu sırasında taşınmaza malik olan kişi borç ilişkisinin tarafı hâline gelir. Ancak borç doğduktan sonra taşınmaz devredilirse, eşyaya bağlı borç etkisi ile borç yeni malike geçmez⁸⁸. Kısaca, eşyaya bağlı borç etkisinin zamansal sınırını borcun doğumu anı oluşturur. Borç doğduktan sonra artık munzam etki söz konusu olur⁸⁹. Aksi yöndeki görüşe göre⁹⁰, eşyaya bağlı borç etkisi borcun doğumundan sonra da devam eder. Yani, borç doğduktan sonra da taşınmazı devralan yeni malik borç ilişkisinin tarafı olur.

Eşyaya bağlı borç ilişkisi görüşünün diğer bir etkisi olan munzam etki sayesinde ise, şerhten sonra taşınmaz üzerinde kazanılan hakların, şerh edilen kişisel hakkın aynen ifasını engellemeleri ya da ona zarar vermeleri bertaraf edilir⁹¹. Böylece, şerh edilen kişisel hak, şerhten sonra kazanılan sınırlı aynı hak veya kuvvetlendirilmiş şahsi hak sahipleri ile haciz alacaklılarına ya da iflas masasına karşı da ileri sürülebilir⁹². Yani, taşınmaz üzerinde hak kazanan kişiler, şerh ile

⁸³ Özmen ve Akçura Karaman, "Uygulama Hataları", 69; Rona Serozan, "Nisbi Hakların Güçlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 40/1-4 (1974): 474-476; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 385-388; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 205-206; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 319-320; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 vd.

⁸⁴ Özmen ve Akçura Karaman, "Uygulama Hataları", 69; Sarı, "Arsa Payı", 293; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 205-206; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 vd.

⁸⁵ Sarı, "Arsa Payı", 294; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 228-229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 vd.

⁸⁶ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 42; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 5 ve 39.

⁸⁷ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 ve 1041.

⁸⁸ Sarı, "Arsa Payı", 294; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1041.

⁸⁹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1041.

⁹⁰ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 167; Koçak Diker, "Arsa Payı", 1453; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 206.

⁹¹ Özmen ve Akçura Karaman, "Uygulama Hataları", 69; Sarı, "Arsa Payı", 292; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 229; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1039 vd.

⁹² Polat, *Arsa Payı*, 81; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 230; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1043.

korunan hakka katlanmak zorunda kalırlar⁹³. Şerhin munzam etkisi kanunda, şerh edilen hakkın, taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere karşı ileri sürülebileceği şeklinde ifade edilmiştir (TMK m. 1009 f. 2). Bu etki, mahiyeti gereği borcun doğumundan sonra ortaya çıkar⁹⁴.

Eşyaya bağlı borç ilişkisi taraftarları içerisindeki klasik görüşü savunanlara göre⁹⁵, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın tapu siciline şerhi hâlinde, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi yoktur. Şöyle ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulduğu anda tarafların hak ve borçları da doğar. Şerh hâlinde, artık arsa payını devralan malik, yani üçüncü kişi, sözleşmenin tarafı hâline gelmez. Zira, borç doğduktan sonra şerhin eşyaya bağlı borç etkisi değil, ancak munzam etkisi söz konusu olur. Burada da munzam etki sayesinde, üçüncü kişiden arsa payının devri istenebilir. Ancak üçüncü kişi, borç ilişkisinin tarafı olmadığı için arsa payını devrettiği kişiden karşı edimi talep edemez. Örneğin, arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişi, yüklenici tarafa munzam etki gereği arsa payını devretmek zorunda kalır ancak borç ilişkisine taraf olmadığı için yükleniciden karşı edim olarak yapı inşası ve teslimi borcunu talep edemez. Yüklenici, yapı inşası ve teslimi borcunu, borç ilişkisinin tarafı olan eski malike (pay devreden arsa sahibine) karşı yerine getirir.

Klasik görüşün aksini savunanlara göre⁹⁶, borç eski malik döneminde doğmuş olsa bile şerhin eşyaya bağlı borç etkisi söz konusu olmalıdır. Borç ister eski malik ister yeni malik döneminde doğmuş olsun taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olanlara karşı şerhin eşyaya bağlı borç etkisi, diğer hak sahiplerine karşı munzam etki söz konusudur. Yani, taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanan üçüncü kişi, borç ilişkisinin tarafı hâline gelir. Bu durumda, örneğin, arsa sahibinden pay devralan üçüncü kişi, borç ilişkisine taraf olduğu için yükleniciye arsa payını devreder, ancak karşı edim olarak yapı inşası ve teslimi borcunu da talep edebilir.

Gümüş'e göre⁹⁷, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde şerhin, eşyaya bağlı borç etkisinden bahsedilemez. Zira, sözleşmenin kurulması ile eski malik döneminde borç doğmuştur. Burada, şerhin etkisi yasal sözleşme devri ile açıklanabilir. Buna göre, yeni malik arsa payını devraldığı anda eski malik ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini aynı şartlarla, yasa gereği devralır. Yani, yeni malik artık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hak ve borçlara sahiptir. Üçüncü kişi, taşınmaz mülkiyetinin tamamını elde etmişse, tek

⁹³ Koçak Diker, "Arsa Payı", 1454.

⁹⁴ Öz, "Arsa Payı", 456.

⁹⁵ Sarı, "Arsa Payı", 294; Gümüşsoy Karakurt, "Arsa Payı", 782; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1041.

⁹⁶ Koçak Diker, "Arsa Payı", 1453; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, 206.

⁹⁷ Gümüş, *Yeni Şerhler*, 121.

başına arsa sahibi sıfatını almış, eğer ki bir kısım arsa payını devralmışsa, o hâlde devraldığı oranda arsa sahibi sıfatının getirdiği hak ve borçları elde etmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı sahibi dışındaki diğer hak sahiplerine karşı şerhin munzam etkisi söz konusudur.

Öz'e göre⁹⁸ ise, *Gümüüş*'ün bahsettiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki arsa sahibi sıfatının mülkiyetin devri ile üçüncü kişiye geçtiği yönündeki kabulün, eşyaya bağlı borç ilişkisinden hiçbir farkı yoktur. Burada, şerhin amacından hareket edilerek, borç ilişkisi doğduktan sonra gerçekleşen mülkiyet devirlerinde de borç ilişkisi tarafının değiştiği kabul edilerek klasik görüşten ayrılan bir durum olduğu kabul edilmelidir. Eğer ki eşyaya bağlı borç ilişkisine ait klasik görüşten ayrılma istenmiyorsa, eski malik tarafından yeni malike arsa payı devredilirken yükleniciden olan yapı inşası ve teslimi alacağının da alacağın devri yoluyla yeni malike geçtiği kabul edilmelidir (TBK m. 183-194). Nitekim, üçüncü kişiye yapılan pay devirleri sırasında kullanılan ve resmî şekle tabi taşınmaz satış vaadi ve taşınmaz satışı sözleşmeleri, alacağın devrine ilişkin yazılı şekil koşulunu evleviyetle karşılamaktadır (TBK m. 184). Yine, bu sözleşmelerde tarafların gerçek iradeleri esas alınacağından, üçüncü kişinin arsa payı devralırken taşınmaz üzerinde inşa edilen bağımsız bölümün de sahibi olmak için bu payı devraldığı, yine eski malikin arsa payını satarken bu paya isabet eden bağımsız bölüm alacağını da devretmek istediği görülmektedir (TBK m. 19). Keza, kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulurken tüm paydaşların katılımı ve taşınmaz üzerindeki bağımsız bölümlerin değerleri oranında arsa payı belirlenmesi kuralı da bu sonucu gerektirmektedir. Eski malik, taşınmazın tamamını üçüncü kişiye devrederse şerhin munzam etkisi gereği, üçüncü kişi yükleniciye kararlaştırılan arsa payını devretmekle yükümlü olacağı gibi, yeni malik eski malikin alacağını da alacağın devri yolu ile devralmış kabul edileceğinden, eski malik borç ilişkisinden tamamen ayrılmış olmaktadır.

Sütçü'ye göre⁹⁹, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi sonrası arsa sahibi veya yükleniciden pay devralan üçüncü kişilerin, devraldıkları pay oranında (kısmen veya tamamen) sözleşmeye katıldıkları kabul edilmelidir. Alacağın temlik veya borcun naklinde, sözleşme ilişkisinin tamamı değil, münferit bir alacağın devredilmesi ya da borcun üstlenilmesi söz konusudur. Sözleşmeye katılmada ise, sözleşmeden doğan hak ve borçların tamamı sözleşme taraflarının birinin yanında üçüncü kişiye geçmektedir (TBK m. 206). Yani katılmada, münferit bir alacağın temlik ya da borcun nakli söz konusu değildir. Burada, arsa sahibi veya yüklenici tarafından üçüncü kişiye yapılan satımın zımnen sözleşmeye katılma iradesini içerdiği varsayılmalıdır. Sözleşme tapu siciline şerh verilmekle ve sözleşmeye katılmaya açıkça karşı çıkılmadıkça arsa sahibi ve

⁹⁸ Öz, "Arsa Payı", 458.

⁹⁹ Sütçü, *Uygulama ve Teoride*, 445-446.

yüklenicinin, katılmaya zımni muvafakatleri vardır. Sözleşmeye üçüncü kişilerin katılmasını istemeyen taraf, sözleşmenin şerhini yasaklamalıdır. Katılma sonrası, asıl sözleşenler sözleşme ilişkisinden çıkmazlar. Üçüncü kişiler, aldıkları payla orantılı şekilde asıl sözleşenlerle birlikte müteselsil sorumlu olurlar.

Kanaatimizce de klasik görüşü savunanların haklı olarak belirttiği gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulduğu anda tarafların hak ve borçları da doğacağından bu sözleşmeden doğan hakkın tapu siciline şerhi hâlinde, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi yoktur. Ancak munzam etki sayesinde, üçüncü kişiden arsa payının devri istenebilir. Bu durumda, üçüncü kişi, borç ilişkisinin tarafı olmadığı için arsa payını devrettiği kişiden karşı edimi talep edemez.

Şerhin üçüncü kişilere etkisine ilişkin yukarıda yer verilen görüşlerden bağımsız olarak yüklenicinin, arsa payı alacağını üçüncü kişilerden hangi ölçüde talep edebileceği de belirlenmelidir. Doktrindeki hâkim görüşe göre¹⁰⁰, arsa sahibinin elindeki pay miktarı yüklenicinin arsa payı alacağının aynen ifasına yetiyor ise yüklenici alacak hakkını arsa sahibine yöneltmelidir. Bu durumda, yüklenicinin, üçüncü kişilerden alacak hakkını isteyemeyeceği kabul edilmelidir. Yani, şerh ile korunan hakkın aynen ifa edilmesine ilişkin menfaat ihlal edildiği ölçüde tapu sicilindeki şerh işlevsel olmalıdır. Şayet, arsa sahibinin elindeki pay miktarı yüklenicinin alacağını karşılamıyor ise yüklenici, üçüncü kişilerden alacak hakkını talep edebilir. Ancak, üçüncü kişilerin sorumluluğu, arsa sahibinin elindeki payların, yüklenicinin alacağını karşılamaya yetmediği kısım kadardır. Taşınmaz üzerindeki üçüncü kişiler (ve varsa sözleşme tarafları) arasında paylı mülkiyet ilişkisi bulunduğundan, üçüncü kişilerin bu yükümlüğe payları oranında katlanması gerekir (TMK m. 694). Müteselsil sorumluluk ya açık bir kanun hükmü ya da tarafların bu konuda anlaşmaları ile doğacağından, yüklenicinin arsa payı alacağının tamamını belirlediği tek bir üçüncü kişiden talep etme imkanı bulunmamaktadır (TBK m. 162).

III. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ SEBEBİYLE AYNEN İFADAN VAZGEÇİLEREK MÜSPET ZARARIN İSTENDİĞİ HÂLLERDE ŞERHİN HUKUKİ DURUMU

A. TEMERRÜT HÂLİNDE ARSA SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

Karma sözleşme niteliğindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin muhtevasında bulunan eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin, karma sözleşmeye uygun düştükleri ölçüde kıyasen uygulanabileceğini, daha önce belirtmiştik. Eser sözleşmesinde, yüklenici temerrüdüne ilişkin kanunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle, borçlu temerrüdüne ilişkin kanunun genel hükümleri, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanmalıdır (TBK m. 117-126¹⁰¹).

¹⁰⁰ Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 129; Öz, "Arsa Payı", 459-461; Sarı, "Arsa Payı", 298; Polat, *Arsa Payı*, 78.

¹⁰¹ Erman, *Arsa Payı*, 85; Özer Seliçi, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu* (İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi, 1978), 69.

Özellikle, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü hâlinde, alacaklının seçimlik hareketlerine ilişkin hükümler, önem arz etmektedir (TBK m. 123-126). Buna göre, arsa sahibinin, kusuru ile temerrüde düşen yükleniciye karşı üç seçimlik hakkı vardır. Öncelikle, yüklenicinin yapı inşası ve teslimi borcunu aynen ifa etmesini ve varsa gecikmeden doğan zararının tazminini isteyebilir. Kural olarak yükleniciye vereceği ek bir süre sonunda hâlen aynen ifa sağlanamamış ise, bu kez derhal seçimini bildirmek şartı ile aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyebilir. Türk Hukukunda, tazminat borcu kural olarak kusur şartına bağlı olduğundan (TBK m. 112 vd.), yüklenicinin temerrüde düşmekte kusuru bulunmuyorsa, arsa sahibinin iki seçimlik hakkı vardır. Öncelikle, yüklenicinin borcunu aynen ifa etmesini isteyebilir. Kural olarak yükleniciye vereceği ek bir süre sonunda hâlen aynen ifa sağlanamamış ise, sözleşmeden dönebilir. Ancak arsa sahibi, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep edemez.

Aşağıda, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararını talep etmesi durumu incelenecektir. Arsa sahibi, bu duruma ulaşmak ve zararını tazmin ettirmek için yükleniciye karşı üç seçimde bulunması gerekir. İlk seçimde, borcun aynen ifasını isteyip istemediğine karar vermelidir. Aynen ifadan vazgeçmesi hâlinde ikinci seçimde, müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini belirlemelidir. Müspet zararının tazminini belirlemesi hâlinde, üçüncü ve son olarak, müspet zararın mübadele teorisi ile mi yoksa fark teorisi ile mi tazmin edileceğini seçmelidir¹⁰².

B. AYNEN İFADAN VAZGEÇİP MÜSPET ZARARIN TAZMİNİNİ TALEP HAKKI

1. Genel Olarak

Müspet zarar, yüklenicinin edimini hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olması nedeniyle arsa sahibinin malvarlığının mevcut durumu ile yüklenici edimini sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmiş olsaydı arsa sahibinin malvarlığının alacağı durum arasındaki farkı ifade eder¹⁰³. Yani müspet zarar, arsa sahibinin ifaya olan menfaatini, bir diğer ifadeyle, yüklenicinin sözleşmeden doğan borcunu tam ve süresinde ifa edeceğine ilişkin güveni ve beklentiyi korur¹⁰⁴.

Arsa sahibinin, mütemerrit yükleniciye yönelik aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini istediğine dair bildirim, mevcut hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmaz, ancak içeriğini değiştirir, bu nedenle değiştirici yenilik doğuran bir

¹⁰² Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 210.

¹⁰³ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul, Filiz, 1993), 855; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2010), 426; Ayşe Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 1995), 68.

¹⁰⁴ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (İstanbul: Sermet, 1976), 949; Mehmet Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar* (İstanbul: Beta, 2008), 57.

haktır¹⁰⁵. Bunun sonucu olarak, arsa sahibinin, aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmesi hâlinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sona ermemekte, sadece yüklenicinin aynen ifaya ilişkin asli edim yükümlülüğü, ikincil (tali) edim olan müspet zararın tazminine yönelik yükümlülük ile değişmektedir¹⁰⁶. Yani, sözleşme ayakta kalarak yüklenicinin yapı inşası ve teslimine yönelik borcu, müspet zararın tazminine dönüşmektedir¹⁰⁷. Sonuç olarak, sözleşme geçerli şekilde devam ettiği için tazminat talebi sözleşme hükümlerine dayanmaktadır¹⁰⁸. O hâlde, asıl borca karşı ileri sürülebilen her türlü itiraz ve defî, asıl borcun dönüştüğü tazminat borcuna karşı da ileri sürülebilir¹⁰⁹. Yine, yüklenicinin yapı inşası ve teslimine ilişkin borcunu temin için vermiş olduğu teminatlar, artık müspet zararın tazminini temin için geçerliliğini korurlar¹¹⁰.

Yargıtay'a göre¹¹¹, müspet zararın tazmini için arsa sahibinin kusursuz olması gerekir. Az da olsa kusuru bulunan taraf, müspet zararın tazminini isteyemez: *"Tazminat borcunun doğması için temel koşul "kusur" olduğundan, tazminat isteyen tarafın "kusursuz" olması gerekir. Bir tarafın "az kusurlu", diğer tarafın "çok kusurlu" olmasının bir önemi yoktur. Az kusurlu olan taraf da (...) tazminat isteyemez."*

Kanunda arsa sahibine müspet zararının tazminini isteyebilmek için kusursuz olma gibi bir yükümlülük yüklenmemiştir. Bu nedenle, hafif kusuru bulunan arsa sahibinin de müspet zararın tazminini talep edebilmesi, ancak kusuru oranında tazminatta indirimle gidilmesi gerekir¹¹².

2. Müspet Zararın Kapsamı

Müspet zararın ilk unsurunu, vazgeçilen edimin değeri oluşturur¹¹³. Zira, arsa sahibi aynen ifadan vazgeçerek artık vazgeçtiği edimin parasal değerini istemek-

¹⁰⁵ Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin, 2005), 192-193.

¹⁰⁶ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 135; Yener, *Arsa Payı*, 69; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 502; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, 949; Kemal Dayınlarlı, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları* (Ankara: Dayınlarlı, 2008), 98; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin, 2019), 1161; İlker Hasan Duman, *İnşaat Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2021), 509; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha, 2016), 413, N. 1316; Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, 6. Baskı (İstanbul: Beta, 2003), 442.

¹⁰⁷ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 137.

¹⁰⁸ Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 58; Ş. Deren Gündüz, *Olumlu Zarar* (İstanbul, On İki Levha, 2020), 30.

¹⁰⁹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Refet Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (Ankara: Yargıtay, 1987), 246.

¹¹⁰ Atamulu, *Kat Karşılığı*, 136; Yener, *Arsa Payı*, 70; Velidedeoğlu ve Özdemir, *Şerhi*, 246; Leyla Müjde Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü* (Ankara: Yetkin, 2012), 257 dn. 331.

¹¹¹ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 03.12.2015, E. 2014/6623, K. 2015/7866, UYAP, E.T. 24.12.2023.

¹¹² Volkan Çetinkaya, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Halinde İş Sahibinin Seçimlik Hakları" (Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2022), 125.

¹¹³ Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 235; Yener, *Arsa Payı*, 70; Havutçu, *Tam İki Tarafa*, 74.

tedir. Diğer unsuru ise, ifanın gecikmesi nedeniyle oluşan zararlar oluşturur. Zira, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini talep eden arsa sahibi, gecikmiş aynen ifayı talep ettiği durumdan daha kötü duruma gelmemelidir¹¹⁴. Aynen ifa ile birlikte talep edilen gecikmeden kaynaklı zararın da bir çeşit müspet zarar olması nedeniyle, her iki müspet zarar çeşidinin birbirine karışmaması için, aynen ifa ile birlikte talep edilen gecikme tazminatına “küçük tazminat”, aynen ifadan vazgeçilerek talep edilen müspet zarara ise “büyük tazminat” denilmektedir¹¹⁵.

Müspet zararın temel unsurunu teşkil eden vazgeçilen edimin parasal karşılığının belirlenmesi ile ilgili doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır¹¹⁶. Kanaatimizce, müspet zararın hesabında, yapının tamamlanmış hâlinde arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değeri esas alınmalıdır. Şöyle ki, vazgeçilen edimin parasal karşılığı inşaatı tamamlama masrafları olarak kabul edilirse, müspet zararın kapsamını inşaatı tamamlama masrafları ve gecikmeden kaynaklı zarar oluşturur. Bu durumda, aynen ifa ve gecikme tazminatı ile aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmini seçenekleri arasında hiçbir fark kalmaz. Hatta, tazminatın kusur şartına bağlı olması nedeniyle müspet zararın tazminini seçmenin dezavantajı olur. Nitekim, aynen ifa olduğu kabul edilen TBK m. 113 f. 1 gereği, arsa sahibi hâkimden alacağı nama ifa yetkisi ile masrafı yükleniciden alınmak üzere işi bizzat yapabilir veya üçüncü bir kişi aracılığı ile tamamlayabilir. TBK m. 113 f. 1 hükmü yüklenicinin kusurlu olup olmaması ile ilgili de değildir.

Aynen ifadan vazgeçip müspet zararın istendiği hâllerde, zararın hangi ana göre belirleneceği ile ilgili de doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır¹¹⁷.

¹¹⁴ Havutçu, *Tam İki Tarafa*, 73.

¹¹⁵ Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 8. Baskı (İstanbul, On İki Levha, 2022), 316-317, N. 17.

¹¹⁶ Bir görüşe göre, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçtiği kısma karşılık gelen edimin parasal değeri inşaatı tamamlama masraflarına göre belirlenmelidir. Yani, arsa sahibi müspet zarar kapsamında, inşaatı tamamlama masrafları ile gecikmeden kaynaklı zararını isteyebilir. Zaten, yapının inşası tamamlandığında, arsa sahibi yapının tamamlanmış hâlinin rayiç değerine de sahip olmaktadır. (Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 191; Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 238; Kurt, *Yüklenicinin Eseri*, 267; Duman, *İnşaat Hukuku*, 553.) Diğer bir görüşe göre, vazgeçilen edimin parasal karşılığı inşaatı tamamlama masraflarına göre değil, yapının tamamlanmış hâlinin rayiç değerine göre belirlenmelidir. Müspet zarar, yüklenici edimini sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmiş olsaydı arsa sahibinin malvarlığının alacağı durum ile mevcut durum arasındaki farktır. Yani, yüklenici edimini sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmiş olsaydı gerçekleşmeyecek olan zararın, inşaatı tamamlama masraflarına göre değil, yapının tamamlanmış hâlinin rayiç değerine göre hesaplanması gerekir. Bir şeyin rayiç değeri onun maliyetini de (işçilik, malzeme vb.) içermesi sebebiyle, ayrıca inşaatı tamamlama masraflarının hesabına gerek yoktur. (Cengiz Kostakoğlu, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri* (İstanbul: Beta, 2011), 588-589; Çetinkaya, “Arsa Payı”, 133-136.) Ancak Erman’a göre hem arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değeri üzerinden hesaplanacak miktar hem de inşaatı tamamlama masrafları, müspet zarar kapsamında birlikte talep edilebilir. (Erman, *Arsa Payı*, 102.)

¹¹⁷ Çoğunluğun kabul ettiği görüşe göre, müspet zarar, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep ettiği ana göre belirlenmelidir. (Atamulu, *Kat Karşılığı*, 137; Erman, *Arsa Payı*, 102; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, 338; Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 315; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 867; Yener, *Arsa Payı*, 74; Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, 502; Ha-

Yargıtay'a göre, müspet zarar, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin dava tarihi itibarıyla rayiç değeri esas alınarak belirlenmelidir¹¹⁸. Kanaatimizce, normatif açıdan müspet zararın tespit edileceği zamanın, arsa sahibi tarafından değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanıldığı ana göre belirlenmesi gerekir. Ancak ülkemizin ekonomik ve sosyal şartları dikkate alındığında, enflasyonist bir piyasa ortamında alacaklının, yani arsa sahibinin hak kaybına uğramaması için hüküm tarihinin esas alınması gerekir. Bu nedenle, alacaklı tarafa hesaplama zamanına yönelik seçimlik hak tanımak isabetli olur¹¹⁹.

luk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II* (İstanbul: Vedat, 2010), 140; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, 949; Kurt, *Yüklenicinin Eseri*, 266-283; Dayınlarlı, *İstisna Akdinde*, 99; Eren, *Borçlar Hukuku*, 1255; Duman, *İnşaat Hukuku*, 552; Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku Cilt II* (İstanbul: Arkadaş, 1943), 865; Karahasan, *Sorumluluk Hukuku*, 442; Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (Ankara: Seçkin, 2020), 473; Bilal Kartal, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi* (Ankara: Matsa, 1993), 104; Turan Şahin, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü* (Ankara: Seçkin, 2012), 267; Yaşar Engin Selimoğlu, *Eser Sözleşmesi* (Ankara: Adalet, 2016), 357; Mustafa Duhan Demir, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi* (İstanbul: Seçkin, 2017), 81; İsa Enli, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü* (Ankara: Adalet, 2017), 146; Gizem Kılıç Öztürk, *Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü* (Ankara: Seçkin, 2016), 124; Ezgi Buse Mumay, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünden Dolayı Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları* (Ankara: Seçkin, 2022), 97.) Diğer bir görüşe göre, müspet zarar, hüküm zamanına ya da hüküm zamanına en yakın ana göre hesaplanmalıdır. Böylece, yüklenicinin borca aykırı davranışı sonucu arsa sahibinin malvarlığı üzerinde oluşan olumsuz etki, yani zarar, mümkün olduğunca gerçeğe yakın, tam ve doğru şekilde belirlenmiş olur. Zira, zararın çok eski ekonomik koşullara göre belirlendiği hâllerde, tazminat çoğu kez yetersiz kalmaktadır. (Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 192; M. Turgut Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, 2. Baskı (İstanbul: Aristo, 1989), 298; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 867; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 428, N. 1319-1320; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 265; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, 351; Feyzi Necmeddin Feyizioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (İstanbul: Fakülteler, 1977), 185; Teoman Akünal, *Haksız Fılden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu* (İstanbul: Sulhi Garan, 1977), 147; Fatih Gündoğdu, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları* (İstanbul, On İki Levha, 2014), 286.)

¹¹⁸ "(...) davalı E. Petrol Ürünleri Ltd. Şti.'nin de yüklenici S. T.'dan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini devraldığı, arsa maliklerinin de devre muvafakat ettikleri, davalı E. Petrol Ürünleri Ltd. Şti.'nin yapıyı tamamladığı, davacıya ait olması gereken dava konusu 10 no.lu bağımsız bölüm üzerine davalı V. lehine davalı E. Petrol Ürünleri Ltd. Şti.'nin borcundan dolayı ipotek konulduğu, bağımsız bölümün daha sonra davacı arsa sahibi M. tarafından üzerindeki ipotekle birlikte çekincesiz olarak devralındığı, taşınmazın da ipotek borcundan dolayı cebir icrayla satılıp diğer davalı M. adına tescil edildiği, (...) davalı yüklenici E. Petrol Ürünleri Ltd. Şti. bakımından ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası kapsamında devrettiği 10 no.lu bağımsız bölüm şirketin kendi borcu nedeniyle satıldığından, sözleşmeden kaynaklı borcunu hala ifa etmemiş sayıldığı, davacı arsa sahiplerinin müspet zararı olan taşınmazın 190.000,00 TL olan rayiç değerini, davalı yüklenici E. Petrol Ürünleri Ltd. Şti.'den isteyebileceği (...), davalı E. Petrol Ürünleri Ltd. Şti.'ye yönelik terditli davanın kabulüne, 190.000,00 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacı M.'a verilmesine, (...) karar verilmiştir." Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 05.10.2023, E. 2022/2666, K. 2023/3158, UYAP, E.T. 24.12.2023. "(...) Müspet zarardan da borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne vaziyette bulunacak idi ise, bu vaziyette mamelekin hali hazır vaziyeti arasındaki fark anlaşılmalıdır. Bu durumda mahkemece, dava konusu 10 no.lu bağımsız bölümün dava tarihindeki rayiç değeri 70.000,00 TL tespit edilmiş olup, bu bedele hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir." Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 11.02.2019, E. 2018/2918, K. 2019/1087, UYAP, E.T. 24.12.2023.

¹¹⁹ Aynı yönde bkz. Çetinkaya, "Arsa Payı", 159-161.

Bu açıklamalar ışığında müspet zararın kapsamını, yapının tamamlanmış şekli ile arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin hüküm tarihindeki rayiç değerinden arsa üzerindeki mevcut yapının aynı tarihteki değeri arasındaki fark ile gecikmeden kaynaklı diğer zararlar (fiili zarar ve yoksun kalınan kar) şeklinde ifade edebiliriz. Bu sayede, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi sebebiyle arsa sahibinin malvarlığında meydana gelen eksilme giderilmiş, yani ifa menfaatine yönelik zarar tazmin edilmiş olur.

3. Müspet Zararın Tazmin Şeklinin Belirlenmesi

Müspet zararın giderilmesi seçeneği seçildiğinde, alacaklı, yani arsa sahibinin kendi edimini aynen ifa etmesi gerekip gerekmediği ile ilgili herhangi bir açıklık yoktur¹²⁰. Arsa sahibinin kendi edimini ifa etmesi gerekip gerekmediği ile ilgili mübadele ve fark teorisi olmak üzere iki teori bulunmaktadır. Özellikle belirtilmelidir ki bu teoriler zararın miktarının hesaplanmasına ilişkin değil, zararın giderim şekline ilişkindir. Zira, her iki teoride de hesaplanan zarar miktarı aynıdır, değişmez.

Mübadele (değişim) teorisine göre, mütemerrit yüklenicinin ediminin aynen ifasından vazgeçerek müspet zararının tazminini isteyen arsa sahibinin, kendi edimini aynen ifa etmesi zorunludur¹²¹. Bu teoriye göre, değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanımı ile yüklenicinin aynen ifaya ilişkin asli edim yükümlülüğü, ikincil (tali) edim olan müspet zararın tazminine yönelik yükümlülük ile değişmekte, arsa sahibinin asli edimi ve yüklenicinin tali ediminin değişimi sonucu karşılıklı şekilde sözleşmenin ifası amaçlanmaktadır.

Fark teorisinde, arsa sahibi kendi asli edimini aynen ifa etmek zorunda olmayıp arsa sahibinin tazminat alacağından (müspet zarardan) yüklenicinin inşa etmiş olduğu kısma karşılık gelen arsa payı alacağı birbiri ile mahsup edilmektedir¹²². Mahsup için alacakların aynı cins olması gerektiğinden, yüklenicinin ediminin karşılığını oluşturan arsa payının parasal değerinin de belirlenmesi gerekir. Bu teoriye göre, değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanımı ile arsa sahibinin aynen ifaya ilişkin asli edim yükümlülüğü ortadan kalkmakta, yüklenicinin aynen ifaya ilişkin asli edim yükümlülüğü ise, ikincil (tali) edim olan müspet zararın tazminine yönelik yükümlülük ile değişmektedir. Bu nedenle fark teorisinin, mübadele teorisinin aksine sözleşmenin ifasını değil, tasfiyesini amaçladığı kabul edilmektedir¹²³.

¹²⁰ Havutçu, *Tam İki Tarafa*, 78.

¹²¹ Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 503; Velidedeoğlu ve Özdemir, *Şerhi*, 246; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan, 2006), 538 dn. 733; Mehmet Özgür Avcı, *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünde İfa Yerine Olumlu Zararın Tazmini* (Ankara: Seçkin, 2020), 143; Kurt, *Yüklenicinin Eseri*, 279; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, 865.

¹²² Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, 869; Havutçu, *Tam İki Tarafa*, 77; Eren, *Borçlar Hukuku*, 1253-1254.

¹²³ Serozan, Baysal ve Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku*, 288-289, N. 16; Havutçu, *Tam İki Tarafa*, 77; Gündüz, *Olumlu Zarar*, 404.

Kendi edimini kısmen de olsa yerine getiren arsa sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmesi hâlinde yine de fark teorisini tercih edebilir mi? Bu sorunun cevabına yönelik, sınırlı fark teorisi, mutlak fark teorisi ve nispi fark teorisi olmak üzere üç görüş bulunmaktadır¹²⁴. Sınırlı fark teorisine göre, arsa sahibinin fark teorisini seçebilmesi için edimini ifa etmemiş olması gerekir. Eğer ki, edim ifa edilmişse fark teorisi seçilemez, mübadele teorisine göre hareket edilmelidir. Zira, müspet zararın tazmini verilenlerin iadesini sağlamaz, bu ancak sözleşmeden dönme hâlinde mümkündür. Mutlak ve nispi fark teorilerine göre, arsa sahibi ifa ettiği edimi geri isteyebilir. Yani, fark teorisinin talep edilmesi arsa sahibinin edimini ifa edip etmemesinden bağımsızdır. Müspet zarar her durumda, fark teorisine göre talep edilebilir.

Serozan'a göre, karşı tarafın kusurunun şart olmadığı sözleşmeden dönme durumunda veya geçersiz ve bağlayıcı olmayan sözleşmelerde taraflar verdiklerini geri alabilirken, geçerli bir sözleşmede, karşı tarafın kusuru ile borca aykırı davranması hâlinde alacaklının verdiği geri alamamasının haklı bir açıklaması bulunmamaktadır¹²⁵. Kanaatimizce de kusursuz imkansızlık hâlinde alacaklı taraf kendi edimini aynen ifa etmekten kurtuluyor ve verilenleri geri isteyebiliyorsa (TBK m. 136), kusurlu temerrüt hâlinde de evleviyetle bu durumun geçerli olması gerekir. Bu nedenle, arsa sahibi edimini ifa etmiş olsun veya olmasın seçmiş olduğu fark teorisine göre müspet zararın tazminini talep edebilmelidir.

Yargıtay, karşı edimini para borcunun oluşturduğu inşaat sözleşmelerinde fark teorisinin uygulanmasını, karşı edimini arsa payı devrinin oluşturduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise mübadele teorisinin uygulanmasını kabul etmektedir¹²⁶. Bu nedenle, arsa sahibinin aynen ifadan vazgeçmesi üzerine

¹²⁴ Bu görüşleri savunan yazarlar için bkz. Ayan, *İnşaat Sözleşmelerinde*, 232 dn. 274.

¹²⁵ Serozan, Baysal ve Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku*, 289-290, N. 16.

¹²⁶ Kurt, *Yüklenicinin Eseri*, 278.

"Davacı taraf binanın tamamlanması nedeniyle son iki bağımsız bölüm olan 3 ve 4 no.lu bağımsız bölümlerin adına tescilini istediğine göre, öncelikle sözleşme gereği arsa sahiplerine vermesi gereken 2 adet depoyu teslim etmesi gerekir. Ancak depoların bodrum katta yapılmadığı dosya kapsamı ile sabittir. Bu durumda sözleşmeye göre yapılması gereken bodrum kattaki 1 ve 2 no.lu bağımsız bölümlerin, sözleşme ve eklerinde belirlenen özellik ve nitelikleri ile emsalleri de göz önünde bulundurularak, dava tarihi itibarıyla rayiç bedelinin mahallinde yapılacak keşif sonucu uzman bilirkişiye hesaplatılarak "birlikte ifa" kuralı gereğince yüklenici tarafından mahkeme veznesine depo edilmesi için süre verilmesi, depo etmesi halinde, yüklenicinin edimini ifa etmiş sayılacağı ve tapu iptali ve tescil talebinde bulunmaya hak kazanacağı gözetilerek, dava konusu 3 ve 4 no.lu bağımsız bölümlerin yüklenici adına tesciline karar verilmesi, aksi takdirde ise tapu iptali ve tescile ilişkin davanın şimdiki gibi reddine karar verilmesi gerekmektedir." Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 04.06.2015, E. 2014/4396, K. 2015/4265, UYAP, E.T. 24.12.2023.

Yargıtay'ın mübadele teorisi yönündeki uygulamasının Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından da devam ettirildiğine yönelik bkz. "Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri taraflarına karşılıklı haklar ve borçlar yükler. Öncelikle üzerine inşaat yapılacak arsayı yükleniciye teslim etmesi gereken arsa sahipleri yüklenicinin karşı edimini yerine getirmesinden sonra yükleniciye sözleşmeye uygun arsa veya kurulmuşsa kat irtifak tapusunu devretmekle yükümlüdür. Yüklenicinin temel borcu ise eseri (binayı) meydana getirmektir. Binanın inşasından maksat, yapının

müspet zararının tazminini istediği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, somut olaya doğrudan fark teorisini tatbik ettiği bir kararı bulunmamaktadır¹²⁷. Yargıtay'ın bu tutumu nedeniyle uygulamada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin müspet zararını talep ettiği duruma, son derece az rastlanmaktadır¹²⁸.

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde mübadele teorisindeki ısrarı nedeniyle mütemerrit yükleniciye karşı arsa sahibinin, müspet zararın tazmini seçimlik hakkını tercih etmesini fiilen imkansız hâle getirmiştir. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, müspet zararın hesabında, yapının tamamlanmış şekli ile arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değeri esas alınsa bile sorun çözülmüş değildir. Şöyle ki, arsa sahibi çoğu kez kusuru ile temerrüde düşen yükleniciyi haklı olarak taşınmazdan çıkarmak istemektedir. Bunun için arsa sahibinin elinde sadece sözleşmeden dönme seçeneği bulunmaktadır. Ancak bu seçenek tercih edildiğinde, kusurlu yükleniciden sadece hukuken geçerli olmayan bir borç ilişkisinin geçerli olduğuna güvenilmesinden kaynaklı menfi zarar talep edilebilmekte olup menfi zarar çoğu defa müspet zararın oldukça altında kalmaktadır¹²⁹.

sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal edilmesidir. Yüklenici bu nitelikleri taşıyan bir bina meydana getirmişse, sözleşmede aksine hüküm bulunmayan hallerde yapının arsa sahibine tesliminde, sözleşmede ayrı hüküm varsa tesliminden önce ve ancak sözleşme koşullarına uygun oranda arsa payı veya bağımsız bölümün tescilini isteyebilir. Buna göre yüklenicinin sözleşmede aksine bir hüküm (kademeli ferağ gibi) bulunmayan hallerde tescile hak kazanabilmesi için eseri tamamlayıp eksiksiz teslim etmesi gerekir. Ancak eserin (binanın) arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye getirildiği; ancak, yüklenicinin arsa sahibine gerek eksik ve ayıplı işlerden, gerekse sözleşme veya kanundan kaynaklanan nedenlerden dolayı borçlu bulunduğu ortaya çıkarsa yükleniciye bunları yerine getirmek üzere uygun süre tanınmalı ya da olanaklı bulunursa karşılıkları para olarak depo ettirilerek, depo edilecek tutar arsa sahibine ödenmek üzere (birlikte ifa kuralı) kişisel hakların sonuçlarını meydana getirdiği düşünüülüp, istem kabul edilerek tescil hükmü kurulmalıdır. (*Yargıtay 15. HD.'nin 2020/1701 E. 2020/2007 K. Sayılı ilamı da benzer niteliktedir.*) İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi, 30.11.2023, E. 2022/887, K. 2023/1777, UYAP, E.T. 21.01.2024.

¹²⁷ Sütçü, *Uygulama ve Teoride*, 1089.

¹²⁸ Çetinkaya, "Arsa Payı", 148.

¹²⁹ Menfi zararın tanımı için bkz. Öz, *İş Sahibinin*, 284-285; Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (Ankara: Yetkin, 1998), 240-241; Eren, *Borçlar Hukuku*, 1260; Kemalettin Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt II* (İstanbul: Ahmet Sait, 1948), 504; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, 182.

"Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili feshi [sözleşmeden dönme] halinde arsa sahibi, yükleniciden müspet zararının tazminini isteyemez. Ecrimisil istemi de müspet zarar tazminatı kapsamındadır. Somut olayda, sözleşmenin geriye etkili feshine [sözleşmeden dönmeye] dair verilen karar kesinleşmiş olup, birleşen davada davacı olan arsa sahipleri müspet zarar kapsamındaki ecrimisil talebinde bulunamaz." Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, 16.05.2018, E. 2015/7212, K. 2018/3170, UYAP, E.T. 24.12.2023. "Müsbet zarar, akdın hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar olup binaların bitirilmiş olması halinde getirmesi beklenen kira geliri kaybı, geciken ifa nedeniyle ifaya bağlı ceza, seçimlik ceza, eksik işler bedeli, kâr kaybı, gecikme tazminatı gibi talepler müspet zarar kapsamındaki alacak kalemleridir. Sözleşmeden haklı olarak dönen taraf, temerrüde düşmekte kusurlu olan taraftan dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan BK'nın 108. maddesi uyarınca ancak menfi zararını talep edebilecekler." Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 24.05.2023, E. 2022/3228, K. 2023/2012, UYAP, E.T. 24.12.2023.

Müspet zararın amacı ifaya yönelen menfaati korumak ise de arsa payını devretmek istemeyen arsa sahibi, bu menfaatine hiçbir zaman kavuşamaz.

Arsa sahibinin kusurlu mütemerrit yükleniciye arsa payı devri borcunu aynen ifa etmek zorunda kalması, hakkaniyetli olmadığı gibi uyuşmazlığı da derinleştirmektedir. Yüklenicinin müspet zararı tazmin etmesi hâlinde arsa sahibi ve yüklenici taşınmaz üzerinde müşterek mülkiyete sahip olurlar. Bu durumda, henüz tamamlanmamış vaziyetteki inşaatın tamamlanması için yapacakları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de dahil olmak üzere önemli tasarruflarda birlikte hareket etmeleri gerekir. Yüklenici, inşaatı kendisi tamamlamak isterse arsa sahibi ya bunu kabul etmek zorunda kalarak kanunun amacına da aykırı şekilde yükleniciye aynen ifaya yönelik yeni bir hak vermeli ya da bu teklifi kabul etmeyerek aralarındaki uyuşmazlığı bu kez taşınmaz üzerindeki tasarrufla ilgili karar verilmesi için yeniden mahkemeye taşınmalıdır. Arsa sahibi en son çare, ortaklığın giderilmesi davası açmalı ya da arsa payını satmalıdır. Arsa payını sattığında ise bu kez yüklenici yasal önalım hakkı sayesinde tüm taşınmaza malik olabilir. Sonuç olarak, müspet zararın tazmininin tercih edilmesi hâlinde, sadece mübadele teorisinin kabul edilmesi taşınmaz üzerindeki hak ve yetkiyi kaybetme tehlikesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müspet zararın tazmini için fark teorisinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

C. AYNE İFADAN VAZGEÇİP MÜSPET ZARARIN TAZMİNİNİ TALEP HÂLİNDE ŞERHİN HUKUKİ DURUMU

1. Genel Olarak Şerhin Kaldırılması

Tapu sicilindeki şerhin, bağlı olduğu kişisel hakkın sona ermesi veya geçersiz hâle gelmesi, süresinin dolması ya da şerh lehtarının taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olması gibi sebeplerle hüküm ve sonuçları ortadan kalabilir¹³⁰. Bu durumda şerhin tapu sicilinden terkin edilmesi gerekir. Zira terkin, tapu sicilinde yer alan bir kaydın üzerinin çizilerek hükümsüz hâle getirilmesi işlemidir (TST m. 70¹³¹).

Terkin, kural olarak, kaydın kendisine hak sağladığı kişinin yazılı istemi üzerine yapılır (TMK m. 1014, TST m. 69 f. 1; m. 16 f. 1). O hâlde, kural olarak, kişisel haklara ilişkin şerhin terkinini ancak şerh lehtarının yazılı talepte bulunması hâlinde mümkündür¹³². Ancak ana kuralın dışında şerhin terkinini bazı hâllerde, taşınmaz malikinin talebi üzerine veya mahkeme kararıyla ya da tapu idaresi tarafından kendiliğinden de gerçekleştirilebilir (TST m. 69). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkın şerhinde, şerh süresi dolmuşsa, tapu idare-

¹³⁰ Ayan, *Eşya Hukuku*, 464-465.

¹³¹ O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku Cilt IV/1 Marmara Hukuk Yorumu*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin, 2019), 660.

¹³² Sungurbey, *Kişisel Hakların*, 138.

si tarafından şerhin kendiliğinden terkinini gerekir (TK m. 26 f. 9¹³³). Yine, şerh edilmiş kişisel hakkın sona ermesi sonucu tapu silindeki kayıt hukuki değerini kaybettiye taşınmaz maliki şerhin terkinini talep edebilir (TST m. 69 f. 4). Tapu idaresi, taşınmaz malikinin talebini yerinde görürse şerhi terkin eder ve yapılan işlemi diğer ilgililere tebliğ eder (TMK m. 1019). İlgililer tebliğden itibaren otuz gün içerisinde terkinine karşı dava açabilir (TST m. 69 f. 4). Hukuka aykırı bir terkin durumunda, şerh lehtarları zarar görmüşse bu durum devletin sorumluluğunu gerektirir (TMK m. 1007¹³⁴).

Yüklenicinin temerrüdü hâlinde, taraflar arasındaki uyuşmazlık nedeniyle tapu sicilinde bulunan şerhin süresi dolmadığı sürece ne şerh lehtarının ne de taşınmaz malikinin talebi ile şerhin terkin edilmeyeceği ortadadır. Bu durumda, müspet zararın istendiği tazminat davasında, şerhin süresinden önce kaldırılabilmesi için aynı davada bu yönde karar verilmesi de talep edilmelidir.

2. Mübadele Teorisinin Seçilmesi Hâlinde

Mübadele teorisine göre, arsa sahibi, müspet zararının tazminini isterse karşılığında sözleşmede kararlaştırdıkları arsa payını yükleniciye devretmek zorunda kalmaktadır. Bu teoride, taraflar karşılıklı şekilde yükümlülüklerini yerine getirmekle borcu sona erdirmektedirler. Yüklenici, ikincil (tali) edimi olan müspet zararın tazmini borcunu, arsa sahibi ise arsa payının devrine ilişkin asli edimini yerine getirmelidir. Görüldüğü üzere, arsa sahibinin edim yükümlülüğünde herhangi bir değişiklik olmadığı için bu teorisinin uygulanmasında sadece yüklenicinin müspet zarar borcunun hesaplanması yeterlidir.

Yükleniciden talep edilecek müspet zararın belirlenmesi için önemli iki bilgiye ihtiyaç vardır. İlki, yapının tamamlanmış şekli ile arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değeri, ikincisi ise, inşaatın mevcut durumu itibarıyla arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin değeridir. Her ikisi arasındaki fark arsa sahibinin aynen ifasından vazgeçtiği edimin parasal karşılığını oluşturur. Bu hesaplamada, gerçeğe en yakın değere ulaşabilmek için, karar tarihine veya ona en yakın tarihe göre hesaplama yapılmalıdır. Yine, ifanın gecikmesi nedeniyle oluşan zararlar (fiili zarar ve yoksun kalınan kar) da müspet zarar kapsamındadır. Örneğin, yirmi bağımsız bölümden oluşan ve arsa paylarının yarı yarıya paylaşıldığı bir sözleşmede, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değerinin 100 birim, mevcut inşaat durumu itibarıyla ise 30 birim olduğunu varsayalım. Bu durumda, aynen ifasından vazgeçilen edimin parasal karşılığı 70 birimdir. Dikkat edilirse, burada sadece taşınmaz üzerindeki bağımsız bölümlerin değeri hesaplanmış, arsa payları dikkate alınmamıştır. Çünkü, arsa payı zaten müspet zararını

¹³³ Ancak bu yasal düzenlemeye rağmen Tapu Sicili Tüzüğünde, şerhin süresinin dolması hâlinde terkinin kendiliğinden değil, taşınmaz malikinin talebiyle gerçekleştirileceği düzenlenmiştir (m. 69 f. 3).

¹³⁴ Şahan, *Tapu Sicilinde*, 155.

isteyen taşınmaz malikine aittir. Eğer ifanın gecikmesi nedeniyle oluşan zararlar da 10 birim kabul edilirse, toplam müspet zarar 80 birimden oluşur. Arsa sahibinin açacağı tazminat davası sonunda, yüklenici 80 birim müspet zararın tazminine mahkum edilir. Ancak yüklenicinin şerh ile korunan menfaati hâlen devam ettiğinden, şerh tapu sicilinde kalmaya devam eder. Zira, yüklenici müspet zararı tazmin ettikten sonra arsa sahibi, yükleniciye olan arsa payı devri borcunu yerine getirmelidir. Yüklenici, arsa payı hakkına kavuşuncaya kadar, şerhin koruyucu fonksiyonundan yararlanmaya devam eder. Arsa payının mülkiyeti yükleniciye geçtikten sonra şerh lehtar ve pay maliki sıfatı aynı kişide birleşeceği için şerh de artık taşınmaz malikinın talebi üzerine terkin edilebilir.

3. Fark Teorisinin Seçilmesi Hâlinde

Fark teorisine göre, arsa sahibi, müspet zararının tazminini istediğinde sözleşmede kararlaştırdıkları arsa payını yükleniciye devretmek zorunda değildir. Bu teoride, tarafların karşılıklı yükümlülükleri, arsa sahibinin lehine olacak şekilde ortadan kalkarak borç ilişkisi tek taraflı bir tasfiyeye dönüşmektedir. Ancak yine, yüklenicinin aynen ifaya ilişkin asli edim yükümlülüğü, ikincil (tali) edim olan müspet zararın tazminine yönelik yükümlülük ile değişmektedir. Burada, arsa sahibinin asli edim yükümlülüğü de ortadan kalkacağı için bu teorisinin uygulanmasında hem arsa sahibinin müspet zarardan doğan tazminat alacağı hem de yüklenicinin inşa etmiş olduğu kısma karşılık gelen arsa payı alacağının hesaplanması gerekir. Her iki alacak arasındaki fark pozitif olursa, pozitif değer arsa sahibinin malvarlığının aktifine eklenerek; negatifse, arsa sahibinin malvarlığının pasifi müspet zarar kadar azaltılarak zarar tazmin edilmiş olur.

Fark teorisinin uygulanmasına ve şerhin hukuki durumuna geçmeden önce aşağıda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde fark teorisinin uygulanmasına ilişkin bazı tartışmalı konuları da açıklığa kavuşturmak gerekir.

Ayan'a göre¹³⁵, müspet zararın tazmini fark teorisine göre talep edilmiş ise yüklenici yaptığı inşaat kısmına karşılık gelen arsa payının devrini isteyebilir. Yüklenici temerrüdü hâlinde müspet zarar talep edildiği zaman meydana gelen hukuki durum, ayıplı ifada bedelde indirim hakkının kullanıldığı gibidir. Yani, aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmini talebi geçmiş edimleri etkilemez. Yüklenicinin inşa ettiği kısım, arsa sahibinin TBK m. 486 hükmü gereği yararlanabileceği nitelikte ise kısmi ifa kabul edilmelidir. Arsa sahibi, bu kısmın bedelini yükleniciye arsa payı şeklinde ödemelidir. Kısmi inşaat teknik anlamda kısmi ifa olarak kabul edilemez ise de menfaatler dengesi aynı olduğundan, kısmi ifanın sonuçları inşaat sözleşmelerine de uygulanmalıdır. Kısmi ifada olduğu gibi arsa sahibi temerrüde ilişkin haklarını inşaatın tamamlanmayan kısmı için kullanmalıdır (kısmi temerrüt).

¹³⁵ *Ayan, İnşaat Sözleşmelerinde*, 243-244.

Dayınlarlı'ya göre¹³⁶, inşaat kısmen tamamlanmışsa, yüklenicinin ölümü veya aczi hâlini (sübjektif kusursuz imkansızlık) düzenleyen TBK m. 486 hükmü kıyasen müspet zararın tazmininde de uygulanmalıdır. Yani, inşaatın tamamlanan kısmından arsa sahibinin faydalanması mümkünse, tamamlanan kısım kabul edilmeli ve bu kısmın bedeli ödenmelidir. Buradaki bedel ise, arsa payıdır.

Yener'e göre¹³⁷ ise, kısmi ifanın dürüstlük kuralı gereği kabul edildiği ya da sözleşmeyi geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırmanın (dönme) dürüstlük kuralı gereği kabul edilmediği hâllerde, kısmi ifa kabul edilmeli ve temerrüdün sonuçları yüklenici tarafından ifa edilmeyen kısma ilişkin olmalıdır (kısmi temerrüt). Yani, arsa sahibinin, müspet zararın tazminini talep etmesi durumunda, yüklenicinin inşa ettiği kısma (kısmi ifa) karşılık gelen arsa payının devrini gerçekleştirmesi gerekir. Bu durumda fark teorisi seçilse bile sonuç değişmemelidir.

Kanaatimizce, sübjektif kusursuz imkansızlık hâlini düzenleyen TBK m. 486 hükmünün, kusurlu mütemerrit yüklenicinin müspet zararı tazmin borcuna uygulanması mümkün değildir. Zira, kusurlu bir borçluyu kusursuz borçlu ile aynı hukuki statüye getirmeyi gerektiren haklı bir durum bulunmamaktadır. Yine, yapı inşası ve teslimi borcu kural olarak bölünebilir nitelikte bir borç olmadığından, kısmi ifaya elverişli de değildir. Ancak taraflar yapı inşasını iradi şekilde kısımlara bölerek yüklenicinin edimini parça parça yerine getireceğini kararlaştırabileceği gibi dürüstlük kuralı gereği arsa sahibi kısmi ifayı kabul etmek zorunda da kalabilir. Örneğin, inşanın büyük bir kısmının tamamlandığı ve somut olay adaletine göre artık sözleşmeden dönülemeyeceği hâllerde durum böyledir. Bu gibi istisnai durumlar dışında kural, fark teorisinin seçilmesi hâlinde arsa sahibinin kısmi ifayı ve dolayısıyla kısmi temerrüdü kabule zorunlu olmamasıdır. Eğer kısmi ifa söz konusu ise arsa sahibi kısmen ifa edilen kısma karşılık gelen arsa payını yükleniciye devretmek zorundadır¹³⁸.

Öz'e göre¹³⁹, fark teorisi ancak tazminat alacaklısının müspet zararının, mütemerrit borçlunun yerine getirdiği edimin değerinden yüksek olması, yani aradaki farkın pozitif yönde olması hâlinde uygulanabilir. Aksi hâlde, tazminat alacaklısı kendi edimini ifa yükümlülüğünden kurtulamaz ve fark teorisi uygulanamaz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müspet zarar, çoğunlukla yükleniciye devredilmesi gereken arsa payı değerinin altında kalmaktadır. Bu ise müspet zararın fark teorisine göre istenememesi demektir. Çünkü fark teorisi sadece, müspet zarar, yükleniciye devredilmesi gereken arsa payı değerinden fazlaysa uygulanabilir.

¹³⁶ Dayınlarlı, *İstisna Akdinde*, 141.

¹³⁷ Yener, *Arsa Payı*, 73.

¹³⁸ Yener, *Arsa Payı*, 44-47.

¹³⁹ Öz, "Arsa Payı", 449.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki iktisadi şartlar dikkate alındığında, yüklenicinin yapı inşası ve teslimi borcuna yönelik sektör rekabeti her geçen gün daha da arttığından malzeme ve işçilik fiyatları sürekli tüketici lehine denetlenmektedir. Ancak taşınmaz fiyatları ise, arzlarının sınırlı olması ve nüfusun belirli bölgelerde yoğunlaşma durumu gözetildiğinde her geçen gün artmaktadır. O hâlde gerçekten de çoğu kez arsa payının değeri müspet zarardan fazla olmaktadır. Özellikle de taşınmaz üzerindeki yapı inşasının belirli bir seviyeyi geçtiği durumlarda, bu durum kaçınılmazdır. Bu sebeple arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde fark teorisi çoğu kez uygulanmayacak mıdır? Bize göre, malvarlığı yönünden aktifteki artma veya pasifteki azalma arasında herhangi bir fark bulunmaması sebebiyle, fark teorisi her ihtimalde uygulanabilmelidir. Arsa sahibinin müspet zararın tazminini talep ettiği ve fark teorisinin uygulanmasını seçtiği davada, eğer müspet zarar yükleniciye devredilmesi gereken arsa payı değerinin altında kalırsa, arsa sahibi aradaki farkı mahkeme veznesine depo etmek suretiyle arsa payı devri borcundan kurtulabilmelidir. Bu durumda mahkeme, bir eda hükmü kurmasa da bir tespit hükmü kurarak yargılamayı sonlandırmalıdır.

Fark teorisinin uygulanabilmesi için iki temel bilgiye ihtiyaç vardır. Biri, arsa sahibinin müspet zarar alacağı, diğeri, yüklenicinin inşa etmiş olduğu kısma karşılık gelen arsa payı alacağıdır. Zira fark, bu ikisi bakımından söz konusudur. Yirmi bağımsız bölümden oluşan ve arsa paylarının yarı yarıya paylaşılacağı bir sözleşme örneğinde, müspet zararın hesaplaması daha önce açıklanmıştı. Şimdi de yüklenicinin inşa etmiş olduğu kısma karşılık gelen arsa payı alacağının hesabına yer verelim. Bu hesap için hem arsa payının değeri hem de taşınmaz üzerindeki inşaattan gelen değer (bağımsız bölüm değeri) tespit edilmelidir. Zira, üst arza tabidir kuralı gereği, inşa edilen bağımsız bölümler arsa payı ile birlikte yüklenicinin alacağını oluşturmaktadır. Yine, gerçeğe en yakın değere ulaşabilmek için, karar tarihine veya ona en yakın tarihe göre hesaplama yapılmalıdır. Taşınmaz üzerindeki bütün arsa payının 260 birim değerinde, inşaattan gelen değer (bağımsız bölüm değeri) ise 60 birim olduğunu varsayalım. Bu durumda, yüklenicinin arsa payı alacağı değeri 160 birim olur $[(260 + 60) / 2]$. Müspet zararın 80 birim olduğu da bilindiğine göre, fark negatif yönde 80 birim olur (= müspet zarar - yüklenicinin arsa payı alacağı) (= 80 - 160). Başka bir ifadeyle, yüklenici arsa sahibinden 80 birim alacaklı durumdadır.

Arsa sahibinin, şerhin kaldırılması talebi ile birlikte açacağı tazminat davasında, müspet zararın tazminini fark teorisi uyarınca istemesi mümkündür. Örneğimizde, hesaplanan müspet zarar, yükleniciye devredilmesi gereken arsa payı değerinin altında kaldığından, fark negatiftir. Bu durumda, arsa sahibinin malvarlığının pasifi müspet zarar kadar azaltılarak zarar tazmin edilmiş olmaktadır. Arsa sahibi, aradaki farkı mahkeme veznesine depo etmek suretiyle arsa payı devri borcundan da kurtulabilmelidir. Sonuçta mahkeme, (pasifin azaltılması sonucu)

müspet zararın karşılandığına ve (farkın mahkeme veznesine depo edilmesi sonucu) arsa payı devri borcunun ortadan kalktığına dair tespit hükmü kurmalıdır. Yine, yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından şerhin terkinine de karar vermelidir.

Hesaplanan müspet zarar, yükleniciye devredilmesi gereken arsa payı değerinin üzerinde kalırsa, fark pozitif olur. Bu durumda mahkeme, farkın yüklenici tarafından tazmin edilmesine dair eda hükmü kurmalıdır. Yine, fark teorisinin uygulanması nedeniyle yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından şerhin terkinine de karar vermelidir.

Yüklenici yapının inşasının büyük bir çoğunluğunu, örneğin yüzde doksanını tamamladıktan sonra temerrüde düşüyse ne olacaktır? Kural, yapı inşası ve teslimi borcunun bölünebilir nitelikte olmaması sebebiyle kısmi ifaya elverişli olmadığı ise de bunun bir istisnası, arsa sahibinin dürüstlük kuralı gereği kısmi ifayı kabul etmek zorunda kalmasıdır. Bir başka ifadeyle, inşaatın tamamlanan kısmı ile karşılaştırıldığında geriye kalan kısım artık önemsiz sayılabilecek nitelikte ise arsa sahibi tamamlanmış kısmı teslim almalıdır. O hâlde, kısmi ifa gereği yüklenici, hak ettiği kısma karşılık gelen arsa payının devrini talep edebilir¹⁴⁰. Yirmi bağımsız bölümden oluşan ve arsa paylarının yarı yarıya paylaşıldığı sözleşme örneğinde, bu kez kısmi ifanın mevcut olduğunu varsayalım. Bu örnekte, arsa sahibinin müspet zarar alacağının 80 birim, yüklenicinin arsa payı alacağının 160 birim olduğunu, bu nedenle farkın negatif yönde 80 birim olduğunu hesaplamıştık. O hâlde, yüklenicinin alacağı toplam bedelin yüzde ellisini hak ettiğini söyleyebiliriz [= (yüklenicinin arsa payı alacağı - müspet zarar) / yüklenicinin arsa payı alacağı] [= (160 - 80) / 160 = 0.5 = %50].

Yüklenici alacağı bedelin yüzde ellisini hak ettiğine göre, sözleşmeden doğan arsa payı alacağını da bu oranda hak etmiş olmaktadır. Yani, sözleşmede arsa paylarının yarı yarıya paylaşıldığı hatırlanırsa, yüklenici yüzde elli olan arsa payı alacağının yüzde yirmi beşini kazanabilmiştir (= %50 x %50 = %25). Yine, yüklenicinin yüzde yirmi beş arsa payı alacağına denk gelecek bağımsız bölüm alacağının olduğunu kabulü gerekir. Örnekte, yirmi dairenin büyüklüğüne göre eşit olduğu ve bu nedenle arsa paylarının eşit dağıldığı kabul edilirse, her bir bağımsız bölüm yüzde beş arsa payına sahip olur (%100 arsa payı / 20 bağımsız bölüm). Sonuç olarak yüklenici, hak ettiği beş bağımsız bölümün adına tescilini arsa sahibinden talep edebilir (= %25 / %5).

Yukarıdaki durumda, arsa sahibi, şerhin kaldırılması talebi ile birlikte açacağı tazminat davasında, müspet zararın tazminini fark teorisi uyarınca talep ederse, kısmi ifa zorunluluğu ile karşılaşır. Müspet zarar, yükleniciye devredilmesi gereken arsa payı değerinin altında kaldığından, fark negatiftir. Yüklenici, negatif

¹⁴⁰ Yener, *Arsa Payı*, 45, 47.

fark ölçüsünde arsa payının aynen ifasına hak kazanmıştır. Bu nedenle yüklenici, karşı dava açarak arsa payına karşılık gelen bağımsız bölümlerin adına tescilini talep edebilir. Böyle bir dava açılmaz ise, arsa sahibi şerhin kaldırılmasını istiyorsa, yükleniciye kalan bağımsız bölümleri tapu sicilinde onun adına tescil ettirerek borcundan kurtulmalıdır. Bu durumda mahkeme, (yüzde elli olan arsa payı devri borcuna ilişkin pasifin yüzde yirmi beşe inmesi sonucu) müspet zararın karşılandığına ve (tapu siciline tescil sonucu) arsa payı devri borcunun ortadan kalktığına dair tespit hükmü kurmalıdır. Yine, yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından şerhin terkinine de karar vermelidir.

Fark teorisi uygulandığı sırada, kısmi ifa sonucu yüklenicinin hak ettiği arsa payı tam sayıda bağımsız bölümün mülkiyetine denk gelmiyorsa “artık arsa payı” ne olacaktır? Örneğimizde, yüklenicinin yüzde yirmi iki arsa payı alacağı olduğu varsayıldığında, beşinci bağımsız bölümün hukuki durumu da belirlenmelidir. *Ayan*’ın isabetli bir şekilde belirttiği¹⁴¹ gibi, arsa payı bölünebilir bir borç olarak kabul edilebilirse de bağımsız bölümün bölünemez bir borç olduğu, dolayısıyla da kural olarak, arsa sahibinin kısmi ifada bulunamayacağı kabul edilmelidir¹⁴². Zira, aksine bir kabul, temerrüt sebebiyle husumetli olan iki tarafı aynı bağımsız bölüm üzerinde müşterek malik hâline getirir. En azından bu durumu önleyebilmek için kısmi ifanın kabul edildiği durumlarda, arsa sahibinin, kusurlu mütemerrit yükleniciye karşı seçimlik hakkı olduğu kabul edilmelidir. İlk seçimlik hakkı, artık arsa payını aynen ifa ederek bağımsız bölüm üzerinde müşterek malik olmayı kabul edebilmesidir. İkinci seçimlik hakkı ise, artık arsa payının değerini mahkeme veznesine depo etmek suretiyle artık arsa payı devri borcundan da kurtulabilmesidir. Örneğimize göre bu son durumda arsa sahibi hem yüzde yirmi arsa payına tekabül eden dört bağımsız bölümün mülkiyetini yükleniciye geçirmeli hem de yüzde iki artık arsa payının parasal karşılığını mahkeme veznesine depo etmelidir. Bu durumda yine mahkeme, (pasifin azaltılması sonucu) müspet zararın karşılandığına ve (tapu siciline tescil ve mahkeme veznesine depo sonucu) arsa payı devri borcunun ortadan kalktığına dair tespit hükmü kurmalıdır. Sonuç olarak yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından şerhin terkinine de karar vermelidir.

Yüklenicinin sözleşme kurulduktan hemen sonra kararlaştırılan arsa payı veya taşınmazın tamamı üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olduğu durumda, arsa sahibinin (yani eski malikin) de şerhin koruyucu fonksiyonundan yararlanabileceğini daha önce ifade etmiştik. Bu koruma fonksiyonu, arsa sahibinin, arsa payı-

¹⁴¹ *Ayan, İnşaat Sözleşmelerinde*, 250.

¹⁴² Buradaki kısmi ifanın gerçekleşmeyeceği kısım, artık arsa payı ile sınırlıdır. Kısmi ifa için sadece temerrüt konusu borcun bölünebilir olması yetmez. Ayrıca karşı edim borcunun da bölünebilir olması gerekir. Aksi hâlde, ödeme yapılamaz. O hâlde, artık arsa payına bir bağımsız bölüm tekabül etmeyeceği ve bu nedenle temerrüt alacaklısı borcunu kısmen ifa edemeyeceği için, kural olarak kısmi ifa mümkün değildir. Ancak kısmi ifanın kural olarak mümkün olmadığı durumlarda, tarafların aksine hareket etmeleri de her zaman mümkündür. (Kısmi temerrüt için bkz. *Yener, Arsa Payı*, 41 vd.)

nı (veya taşınmazı) yükleniciye devretmeden önce hâlihazırda tapu sicilinde yer alan şerh için de daha sonradan yüklenici tarafından arsa sahibi (eski malik) lehine verilen şerh için de geçerlidir. Mülkiyet hakkının yükleniciye geçtiği durumda, müspet zararın tazmini fark teorisine göre talep edilirse, arsa sahibinin asli edim yükümlülüğünün ortadan kalkması sonucu arsa payını yükleniciye devretme zorunluluğu kalmadığı için daha önce devredilen arsa payının iade edilmesi gerekir. Bu iadenin sağlanması için arsa sahibinin müspet zarardan doğan tazminat alacağı ile yüklenicinin inşa etmiş olduğu kısma karşılık gelen arsa payı alacağı arasındaki farkın pozitif veya negatif olmasına göre bir ayırım yapılmalıdır. Her iki alacak arasındaki fark pozitifse, müspet zarara ilişkin pozitif değer arsa sahibinin malvarlığının aktifine eklenerek zarar tazmin edilir. Bu durumda mahkemenin, farkın yüklenici tarafından tazmin edilmesine ve yüklenici üzerinde bulunan tapu kaydının iptali ile arsa sahibi (yani eski malik) adına tesciline dair eda hükmü kurması gerekir. Eğer her iki alacak arasındaki fark negatifse, arsa sahibinin malvarlığının pasifi müspet zarar kadar azaltılarak zarar tazmin edilir. Bu nedenle arsa sahibi, aradaki farkı mahkeme veznesine depo etmek suretiyle arsa payı devri borcundan kurtulabilmelidir. Böyle bir durumda mahkemenin, (pasifin azaltılması sonucu) müspet zararın karşılandığına ve (farkın mahkeme veznesine depo edilmesi sonucu) arsa payı devri borcunun ortadan kalktığına dair tespit hükmü kurması gerekir. Yine mahkeme, yüklenici üzerinde bulunan tapu kaydının iptali ile arsa sahibi (yani eski malik) adına tesciline dair eda hükmü de kurmalıdır. Farkın pozitif veya negatif olduğu her iki durumda da yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından, şerhin terkinine de karar verilmelidir.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan ve şerh ile korunması gereken hak, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe sebebiyet verebilecek nitelikteki arsa payının mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkıdır. Ancak şerh ile korunması gereken menfaat, söz konusu sözleşme hükümlerine riayet edilerek arsa payının veya inşa edilen bağımsız bölümlerin devrine ilişkin menfaattir. Bu menfaat arsa sahibine de yükleniciye de ait olabilir. Nitekim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüklerinin ifa zamanlarına bağlı olarak mülkiyet devrini talebe yönelik alacak hakkı bazen arsa sahibine bazen yükleniciye aittir.

Şerhin, TMK m. 1009 hükmü gereği, sözleşmeden doğan şahsi hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesine imkan sağlama fonksiyonu dışında, iyiniyetin ortadan kaldırılmasına yönelik fonksiyonu da vardır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulduğu anda tarafların hak ve borçları da doğacağından bu sözleşmeden doğan hakkın tapu siciline şerhi hâlinde, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi yoktur. Ancak munzam etki sayesinde, üçüncü

kişiden arsa payının devri istenebilir. Bu durumda, üçüncü kişi, borç ilişkisinin tarafı olmadığı için arsa payını devrettiği kişiden karşı edimi talep edemez.

Müspet zararın hesabında, yapının tamamlanmış hâlinde, arsa sahibine kalacak bağımsız bölümlerin rayiç değeri esas alınmalıdır. Normatif açıdan müspet zararın tespit edileceği zamanın, arsa sahibi tarafından değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanıldığı ana göre belirlenmesi gerekir. Ancak ülkemizin ekonomik ve sosyal şartları dikkate alındığında, enflasyonist bir piyasa ortamında alacaklının, yani arsa sahibinin hak kaybına uğramaması için hüküm tarihinin esas alınması gerekir. Bu nedenle, alacaklı tarafa hesaplama zamanına yönelik seçimlik hak tanımak isabetli olur.

Yargıtay'ın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde mübadele teorisinin uygulanması yönündeki ısrarı nedeniyle mütemerrit yükleniciye karşı arsa sahibinin, müspet zararın tazmini seçimlik hakkını kullanması fiilen imkansız hâle gelmiştir. Çünkü, arsa sahibi çoğu kez kusuru ile temerrüde düşen yükleniciyi haklı olarak taşınmazdan çıkarmak istemektedir. Bunun için de arsa sahibinin elinde sadece sözleşmeden dönme seçeneği kalır. Ancak bu seçenek tercih edildiğinde, menfi zarar talep edilebilmekte olup menfi zarar çoğu defa müspet zararın oldukça altında kalmaktadır.

Arsa sahibinin, müspet zararın tazminini talep etmesi hâlinde, kusurlu mütemerrit yükleniciye arsa payı devri borcunu aynen ifa etmek zorunda kalması, hakkaniyetli olmadığı gibi uyuşmazlığı da derinleştirmektedir. Yüklenicinin müspet zararı tazmin etmesi hâlinde arsa sahibi ve yüklenici taşınmaz üzerinde müşterek mülkiyete sahip olurlar. Bu da uyuşmazlığın giderek derinleşmesi ve nihayetinde taşınmaz üzerindeki tüm hak ve yetkiyi kaybetme tehlikesi demektir. Bu nedenle, fark teorisinin uygulanması gerektiği taraftarıyız.

Malvarlığı yönünden aktifteki artma veya pasifteki azalma arasında herhangi bir fark bulunmaması sebebiyle, fark teorisi her ihtimalde uygulanabilmelidir. Ayrıca hem negatif hem de pozitif farkın ortaya çıktığı tazminat davasında, şerhin kaldırılması talebi de varsa, yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından şerhin terkinine de karar verilmelidir.

Kısmi ifanın kabul edildiği hâllerde fark teorisi uygulandığı sırada, yüklenicinin hak ettiği arsa payı tam sayıda bağımsız bölümün mülkiyetine denk gelmiyorsa oluşacak artık arsa payının akıbeti de belirlenmelidir. Temerrüt sebebiyle husumetli olan iki tarafın aynı bağımsız bölüm üzerinde müşterek malik hâline gelmesini önleyebilmek için kısmi ifanın kabul edildiği durumlarda, arsa sahibinin, kusurlu mütemerrit yükleniciye karşı seçimlik hakkı olduğu kabul edilmelidir. İlk seçimlik hakkı, artık arsa payını aynen ifa ederek bağımsız bölüm üzerinde müşterek malik olmayı kabul edebilmesidir. İkinci seçimlik hakkı ise, artık arsa payının değerini mahkeme veznesine depo etmek suretiyle artık arsa payı devri borcundan kurtulabilmesidir.

Mülkiyet hakkının daha önceden yükleniciye geçtiği durumda, müspet zararın tazmini fark teorisine göre talep edilirse, arsa sahibinin asli edim yükümlülüğünün ortadan kalkması sonucu arsa payını yükleniciye devretme zorunluluğu kalmadığı için daha önce devredilen arsa payının iade edilmesi gerekir. Farkın pozitif veya negatif olduğu her iki durumda da yüklenicinin arsa payı devri alacağı ortadan kalktığından, şerhin terkinine de karar verilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Bekir. *Ticari Satımda Satıcının Temerrüdü ve Müspet Zarar*. Konya: Sayram, 2014.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Eşya Hukuku*. 2. Baskı. İstanbul: Beta, 2018.
- Akunal, Teoman. *Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu*. İstanbul: Sulhi Garan, 1977.
- Altınok Ormancı, Pınar. “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: ‘Satım Kirayı Bozmaz’ İlkesinin Sonuçları”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 12/24 (2013): 125-141.
- Antalya, O. Gökhan ve Murat Topuz. *Eşya Hukuku Cilt IV/1 Marmara Hukuk Yorumu*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2019.
- Arsebük, Esat. *Borçlar Hukuku Cilt II*. İstanbul: Arkadaş, 1943.
- Atamulu, İsmail. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*. Ankara: Yetkin, 2014.
- Avcı, Ali. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Kişisel Hakkın Tapuya Şerhi ve Hukuki Sonuçları”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 3/1 (2015): 41-66.
- Avcı, Ali. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumları*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Avcı, Mehmet Özgür. *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünde İfa Yerine Olumlu Zararın Tazmini*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku - I (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*. 14. Baskı. Ankara: Adalet, 2020.
- Ayan, Serkan. *İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü*. Ankara: Seçkin, 2008.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Hukuku*. 4. Baskı. İstanbul: Vedat, 2014.
- Aydın, Gülşah Sinem. “Arsa Sahibinin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Dönmesinin Yükleniciden Arsa Payı Satın Alan Üçüncü Kişilere Etkisi ve Bu Etkinin Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 141 (2019): 417-453.
- Birsen, Kemalettin. *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt I*. İstanbul: Ahmet Sait, 1944.
- Birsen, Kemalettin. *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt II*. İstanbul: Ahmet Sait, 1948.
- Buz, Vedat. *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Ankara: Yetkin, 1998.
- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin, 2005.
- Bütün Yılmaz, Derya G. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 38 (2019): 107-130.
- Çetinkaya, Volkan. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü Haliinde İş Sahibinin Seçimlik Hakları”. Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2022.
- Dayınlarlı, Kemal. *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları*. Ankara: Dayınlarlı, 2008.
- Demir, Mustafa Duhan. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*. İstanbul: Seçkin, 2017.

- Doğan, Murat. *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Sınırlanmasının Şerhi*. Ankara: Seçkin, 2004.
- Duman, İlker Hasan. *İnşaat Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2021.
- Enli, İsa. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İşi Teslim Borcu ve Temerrüdü*. Ankara: Adalet, 2017.
- Erdal, Tarkan. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tapu Siciline Şerh Edilmesi ve Şerhin Etkisi.”. İçinde *Legal Hukuk Dergisi Rona Aybay’a Armağan Cilt I*, editör Ramazan Çakmakçı, 843-862. İstanbul: Legal, 2014.
- Erel, Şafak N. *Eşyaya Bağlı Borç*. Ankara: Ankara Üniversitesi, 1982.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 2019.
- Ergüne, Mehmet Serkan. *Olumsuz Zarar*. İstanbul: Beta, 2008.
- Erman, Hasan. “Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 50/1-4 (1984): 505-517.
- Erman, Hasan. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. 3. Baskı. İstanbul: Der, 2010.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış, 2017.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*. İstanbul: Fakülteler, 1977.
- Genç Arıdemir, Arzu. *Kat Mülkiyeti I*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler*. 2. Baskı. İstanbul: Vedat, 2007.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*. 3. Baskı. İstanbul: Filiz, 2018.
- Gümüşsoy Karakurt, Güler. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Şerhi”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 16/2 (2017): 769-785.
- Gündoğdu, Fatih. *Borça Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları*. İstanbul: On İki Levha, 2014.
- Gündüz, Ş. Deren. *Olumlu Zarar*. İstanbul, On İki Levha, 2020.
- Havutçu, Ayşe. *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 1995.
- İyilikli, Ahmet Cahit. “Şerhedilmiş Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinin Vaat Borçlusunun Cüz’i Halef ve Alacaklıları ile Taşınmaz Üzerindeki Diğer Takyidatlara Etkisi”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 18/2 (2021): 967-1003.
- Kahraman, Zafer. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”. İçinde *Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan*, editör Burcu Göçet, 425-457. İstanbul: Der, 2015.
- Kaplan, İbrahim. *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*. Ankara: Yetkin, 2013.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*. 6. Baskı. İstanbul: Beta, 2003.
- Karakoç Karaibrahim, Ayşe. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sözleşmeden Hak Kazanan Üçüncü Kişilere Etkisi”. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019.

- Kartal, Bilal. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. Ankara: Matsa, 1993.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan, 2006.
- Kılıç Öztürk, Gizem. *Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Koçak Diker, Duygu. "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 72/3 (2023): 1427-1467.
- Kostakoğlu, Cengiz. *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*. İstanbul: Beta, 2011.
- Kuntalp, Erden. *Karışık Muhtevalı Akit*. 2. Baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kurşat, Zekeriya. *İnşaat Sözleşmesi*. İstanbul: Filiz, 2017.
- Kurt, Leyla Müjde. *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*. Ankara: Yetkin, 2012.
- Mumay, Ezgi Buse. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünden Dolayı Arsa Sahibinin Seçimlik Hakları*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. 19. Baskı. İstanbul: Vedat, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. 23. Baskı. İstanbul: Filiz, 2021.
- Öz, M. Turgut. *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*. 2. Baskı. İstanbul: Aristo, 1989.
- Öz, M. Turgut. "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Şerhi ve Kat İrtifakı". İçinde *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, editör Emrehan İnal ve Başak Baysal, 441-469. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Öz, M. Turgut. *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*. 4. Baskı. İstanbul: Vedat, 2021.
- Özmen, Etem Saba ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu. *Kat İrtifakı*. 2. Baskı. Ankara: On İki Levha, 2015.
- Özmen, E. Saba ve Müge Ürem. "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler". *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1 (2016): 13-31.
- Özmen, Etem Saba ve Tuba Akçura Karaman. "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları". *İstanbul Barosu Dergisi*. 87/1 (2013): 47-74.
- Özmen, Saba. "2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Dönme Hakkında Aynı Etkili Dönme Görüşüne ve Özellikle Yargıtay 15. HD.'nin Yerleşik Kararlarındaki "Avans Tapu" Nitelemesine İlişkin Eleştiriler)". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 30/135 (2018): 491-516.
- Paksoy, Meliha Sermin. "Kira Sözleşmesinin Şerhinin Hüküm ve Sonuçları". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 10/1 (2019): 133-143.
- Polat, Hatice. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Kişisel Hakların Şerhi*. Ankara: Seçkin, 2022.

- Reisoğlu, Safa. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 24/2 (2007): 5-17.
- Reisoğlu, Safa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 9. Baskı. İstanbul: Beta, 2006.
- Sarı, Suat. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 64/2 (2006): 273-299.
- Selimoğlu, Yaşar Engin. *Eser Sözleşmesi*. Ankara: Adalet, 2016.
- Serozan, Rona. “Nisbî Hakların Güçlendirilmesi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 40/1-4 (1974): 459-479.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. 2. Baskı. İstanbul: Vedat, 2007.
- Serozan, Rona, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı. *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*. 8. Baskı. İstanbul, On İki Levha, 2022.
- Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*. 10. Baskı. Ankara: Yetkin, 2022.
- Sungurbey, İsmet. *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*. İstanbul: Sermet, 1963.
- Sütçü, Nezih. *Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi Cilt I*. 5. Baskı. Ankara: Seçkin, 2016.
- Şahan, Gökhan. *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Şahin, Turan. *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*. Ankara: Seçkin, 2012.
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*. İstanbul: Vedat, 2010.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mes’uliyet Hukuku*. İstanbul: Vedat, 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz, 1989.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul, Filiz, 1993.
- Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha, 2016.
- Topuz, Murat. *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*. İstanbul: Sermet, 1976.
- Ünal, Akın. *Tapu Sicilinde Geçici Tescil Şerhi*. Ankara: Adalet, 2019.
- Ünal, Mehmet ve Veysel Başpınar. *Şekli Eşya Hukuku*. 9. Baskı. Ankara: Savaş, 2017.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet ve Refet Özdemir. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. Ankara: Yargıtay, 1987.
- Yavuz, Cevdet. “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalm Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4/2 (2017): 109-132.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 10. Baskı. İstanbul: Beta, 2014.
- Yener, Mehmet Deniz. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*. İstanbul: Beta, 2011.

ERKEN İFA^(*)

Zmnako Mohammed SHARI^(**)

Öz

Borçlar hukuku, bireyler arasındaki ekonomik ilişkileri düzenleyen ve bu ilişkilerin temel prensiplerini belirleyen önemli bir hukuk dalıdır. Bu kapsamda, borçlu ve alacaklı arasındaki temel yükümlülüklerin zamanında ve doğru şekilde yerine getirilmesi, hukuki güven ve iş birliği açısından büyük önem taşır. Erken ifa ise, borçlar hukukunda öne çıkan ve tarafların hak ve yükümlülüklerini etkileyen önemli bir kavramdır. Bu makalede, erken ifa kavramının tanımı, hukuki niteliği, şartları, uygulama alanları ve beraberinde getirdiği sonuçlar ele alınmıştır. Borçlunun borcunu belirlenen ifa zamanından önce yerine getirmesi durumu olan erken ifanın hem borçlunun hem de alacaklının perspektifinden inceleneceği bu makale ilgili taraflara ve literatüre önemli bilgiler sunmayı hedeflemektedir. Erken ifa konusunda mevcut düzenlemelerin yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu'nda ve ilgili içtihat örneklerinde yer alan prensipler de detaylı bir şekilde ele alınmış, böylece bu konunun anlaşılması ve uygulanması kolaylaştırılmıştır. Ayrıca, erken ifanın ticari ilişkilerde ve günlük hayatta nasıl etkili bir araç olarak kullanılabileceği üzerinde durulmuş ve pratik örneklerle desteklenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İfa, Erken İfa, Muacceliyet, İfa Zamanı, Vade.

EARLY PERFORMANCE

Abstract

The law of obligations is an important branch of law that regulates the economic relations between individuals and determines the basic principles of these relations. In this context, the timely and correct fulfillment of the basic obligations between debtor and creditor is of great importance for legal trust and cooperation. Early performance is an important concept that stands out in the law of obligations and affects the rights and obligations of the parties. In this article, the definition, legal nature, conditions, application areas and consequences of the concept of early performance are discussed. This article, which will examine early performance, which is the situation where the obligor fulfills its obligation before the specified time of performance, from the perspective of both the obligor and the creditor, aims to provide important information to the relevant parties and the literature. In addition to the existing regulations on early performance, the principles set forth in the Turkish Code of Obligations and the relevant case law are also discussed in detail, thus facilitating the understanding and application of this issue. In addition, how early performance can be used as an effective tool in commercial relations and daily life is emphasized and supported by practical examples.

Keywords

Performance, Early Performance, Acceleration, Time of Performance, Maturity.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 07.10.2024](#) - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 23.12.2024](#)
[DOI No: 10.54704/akdhfd.1562727](#)

^(**) [E-posta: Zmnako.shary@uhd.edu.iq](mailto:Zmnako.shary@uhd.edu.iq)
[Orcid Id: https://orcid.org/0009-0002-7409-6482](https://orcid.org/0009-0002-7409-6482)



Extended Abstract

The law of obligations is a key branch of law that regulates economic relationships between individuals and establishes the fundamental principles underlying these relationships. Within this framework, the timely and accurate fulfillment of primary obligations between debtor and creditor is crucial for ensuring legal certainty and fostering mutual cooperation. Early performance, an essential concept within the law of obligations, has a significant impact on the rights and duties of the involved parties, making it an area worthy of detailed examination.

In this article, the concept of early performance is explored comprehensively, addressing its definition, legal nature, conditions, scope of application, and the effects it brings about. Early performance refers to situations in which the debtor fulfills their obligation before the due date originally agreed upon. This early fulfillment of an obligation carries implications for both the debtor and the creditor, affecting their respective rights, duties, and the overall dynamics of their legal relationship. By examining early performance from the perspectives of both the debtor and the creditor, this article aims to offer insights that are valuable to both academia and legal practice.

To provide a well-rounded understanding, the article reviews existing legal regulations regarding early performance, with a particular focus on the provisions within the Turkish Code of Obligations. Relevant principles outlined in case law are also discussed, thereby facilitating a clearer comprehension of how early performance is interpreted and applied within the Turkish legal system. By including case law examples, this article aims to make the concept more accessible and applicable to real-world scenarios.

In addition to its theoretical framework, the article also delves into the practical implications of early performance in various contexts, such as commercial transactions and everyday contractual relationships. The potential benefits of early performance, such as fostering efficiency and building trust, are highlighted alongside the challenges it may present, like the creditor's right to accept or refuse early fulfillment. This dual perspective sheds light on how early performance can serve as an effective tool within commercial settings, enabling parties to manage their obligations more flexibly.

Understanding the legal nature of early performance is vital for appreciating its effects on the overall legal relationship between the parties. It raises several critical issues, such as the validity of early performance, the creditor's discretion in accepting or refusing it, and the conditions under which the debtor can be considered as having fully discharged their obligation. By examining these issues, the article aims to clarify how early performance impacts the fulfillment of obligations and the completion of legal duties.

Ultimately, this article provides a thorough analysis of early performance within the law of obligations, offering both a theoretical foundation and practical insights into its applications. It aims to contribute to a deeper understanding of this complex legal concept, aiding both legal professionals and academics in their endeavors to apply and interpret the law effectively. Through this examination, the article demonstrates how early performance not only ensures the timely and efficient discharge of obligations but also enhances cooperation and trust between parties, thus playing a significant role in the stability and reliability of economic relationships.

GİRİŞ

Borçlar hukukunda, borçlunun belirlenen ifa zamanından önce borcunu yerine getirmesi durumu olan erken ifa hem alacaklı hem de borçlu açısından önemli sonuçlar doğurabilen bir kavramdır. Erken ifa kavramı, ilişkilerde hem borçlu hem de alacaklı açısından çeşitli sonuçlar doğurur. Erken ifanın hukuki niteliği, borçlunun yükümlülüğünü zamanından önce yerine getirmesinin, taraflar arasındaki hak ve yükümlülükleri nasıl etkilediğini anlamak için kritik bir öneme sahiptir. Bu niteliğin belirlenmesi, erken ifanın geçerliliği, alacaklının kabulü ve borçlunun yükümlülüklerinin tamamlanmış sayılması gibi önemli meseleleri içerir. Bu kavram, taraflar arasındaki mali yükümlülüklerin zamanında ve etkin bir şekilde yerine getirilmesini sağlamanın yanı sıra, iş birliği ve güvenin güç-

lendirilmesine de katkı sağlar. Bu makalede, erken ifa kavramının tanımı, hukuki niteliği, ifa zamanı, uygulama alanları ve beraberinde getirdiği sonuçlar detaylı bir şekilde ele alınmış, böylece bu önemli konunun anlaşılması da kolaylaşmıştır.

I. İFA KAVRAMI VE İFA ZAMANI

A. GENEL OLARAK İFA KAVRAMI

İfa terimi kavramsal olarak halihazırda yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmış değildir¹. Aynı şekilde mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda da ifa terimi kavramsal olarak tanımlanmamıştır. Hukuk literatüründe ifa kavramı, borç ilişkisi ile doğrudan ilişkilidir. İfa kavramından önce, geniş anlamda borç kavramına değinmek gerekirse, borç kavramı bir kişi başka bir kişiye karşı sorumluluğu olan bir şeyi yapma, yapmama veya verme yükümlülüğü ile yüklenmesi hali olarak tanımlanabilmektedir².

Borç ilişkileri genellikle iki temel ögeden oluşmaktadır. Bu öğelerden birincisi alacaklı iken ikincisi ise borçludur. Alacaklı, borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken bir talepte bulunabilir ve bu talep genellikle bir sözleşme, yasa veya hukuki ilişkiyle belirlenmiş olur. Yani söz konusu edim, yukarıda da açıklanmış olduğu üzere bir şeyi yapma, yapmama veyahut da verme yükümlülüğüdür. Bu anlatımın mefhum-u muhalifinden de anlaşılıyor olduğu üzere borçlu ise bir borç ilişkisi içerisinde alacaklıya karşı belirli bir edimi ifa etmekle yükümlü olan kişi anlamına gelmektedir. Bu ifa yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde de olabilmektedir³. Borç ilişkisinde borçlunun alacaklıya karşı, bir şeyi verme şeklinde de edimi söz konusu olabilmektedir.

İfa kavramı, bir borç ilişkisi içerisinde, borcun yerine getirilmesi veya edimlerin yerine getirilmesi anlamına gelir⁴. Bir başka anlatımla ifa, borçlu tarafından borç altındaki yükümlülüklerin tamamlanması sürecinin tamamına verilen isimdir. Genel mahiyette ifaya örnek vermek gerekirse, bir sözleşmede belirtilen bir malın teslim edilmesi, taraflarca mutabık kalınmış olan bir hizmetin sağlanması veya belirli bir vade çerçevesinde anlaşılan tutarda bir ödemenin yapılması gibi eylemler ifa olarak tanımlanmaktadır⁵. Borcun ifa edilmesi hali, borcu sona erdiren sebeplerden biridir⁶. Bir başka anlatımla ifa, borcun yerine getirilmesi için

¹ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2023), 251.

² Altan Fahri Gülerci, *Meslek Yüksekokulları, İktisadi ve İdari Bilimler Fakülteleri İçin Borçlar Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 17.

³ Kenan Tunçomağ, "Borçlar Hukuku", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 29, S. 1-2, (2011): 374-395.

⁴ Gülerci, *Borçlar Hukuku*, 29.

⁵ Oğuzman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 948.

⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023), 254.

gereken şartların, borcun tarafları olan hem alacaklı hem de borçlu tarafından tamamlandığı ve borcun artık mevcut olmadığı noktayı işaret eder. Kısacası ifa, bir borcun yerine getirilmesi sürecini ve sonucunu ifade etmektedir.

İfanın, borç ilişkisinin önemli unsurları arasında yer aldığı söylenebilmektedir⁷. Detaylı olarak açıklanmış olan bu tanımlamalar ışığında ifanın hukuki unsurları, borçlunun edimi doğru şekilde yerine getirmesi gerektiği gibi, zamanında, eksiksiz ve sözleşmede belirtilen şartlara uygun olarak yerine getirilmesini de kapsamaktadır. Borçlu, ifa edilmemiş bir borcu için alacaklı tarafından sorumlu tutulabilir ve bu durumda alacaklı yasal yollara başvurabilir.

B. İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

İfanın hukuki niteliğine ilişkin doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. İfanın bir maddi fiilden ibaret olduğuna ilişkin görüş uyarınca bir borç ilişkisi kapsamında ifanın gerçekleştirilebilmesi için borç ilişkisi olan sözleşme ile belirlenmiş olan fiilin borçlu tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir⁸. Bahse konu maddi fiil görüşüne göre borç ilişkisinin taraflarının ifa sebebi üzerinde bir anlaşmaya varmalarına gereklilik bulunmamaktadır. Bununla birlikte maddi fiil görüşü, ifanın hukuki işlem niteliğini haiz olmadığını savunmaktadır. Buna göre de ifanın gerçekleşmiş olduğundan bahsedilebilmesi için borç ilişkisinin tarafları olan alacaklı ve borçlunun, ifayı gerçekleştirmeye yani borcu sona erdirmeye yönelik olarak irade beyanında bulunmaları şartı da aranmayacaktır⁹. Alacaklı ve borçlunun ifa sebebi üzerinde anlaşmaya varıp borcu sona erdirmeye yönelik olarak karşılıklı irade beyanında bulunmaları hali ise ifanın maddi bir fiil olduğunu savunan bu görüşe göre önem arz etmemektedir.

İfanın hukuki niteliğine ilişkin Türk Hukukunda da hâkim olan bir diğer görüş ise, ifanın sınırlı bir sözleşme olduğunu savunan sınırlı sözleşme görüşüdür¹⁰. İfanın sınırlı bir sözleşme olduğunu savunan görüş uyarınca ifa bakımından genel bir kural kabul edilemeyecektir. Nitekim alacaklı ve borçlu arasındaki borcun kaynakları her bir ilişkide birbirinden farklılık göstermektedir. Örnek vermek gerekirse bazı edimlerin ifa edilmesi taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanmakta iken bazı edimler ise maddi bir fiilin yerine getirilmesi ile gerçekleştirilmektedir. Yani en geniş anlatımla ifa yapma, yapmama veyahut verme yani bir mal üzerinde tasarruf etme şeklinde görünebilmektedir¹¹.

⁷ Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), 321.

⁸ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Yayınevi, 1993), 760, 761.

⁹ Rona Serozan, Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, (İstanbul: Filiz Yayınevi, 2002), § 1, N. 13a vd.

¹⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 192, 193.

¹¹ Andreas, von Tuhr ve Arnold, Escher. Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, zweiter Band, Dritte Auflage, (Schulthess, Zürich 1974), 8, 9; Oğuzman, Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 194; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 249.

İfanın sınırlı bir sözleşme olduğunu savunan görüş uyarınca yapmama borçlarını ele alacak olursak yapmama konulu borçlar bakımından önem arz etmekte olan husus, borçlu tarafından borca aykırı herhangi bir davranışta bulunulmamış olmasıdır. Borçlunun yapmama edimi ile yüklenmiş olduğu borç ilişkileri bakımından borçlunun bu yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, ihlal davranışındaki kusurunun yani bir başka anlatımla borçlunun borcuna aykırı hareket etme kastıyla hareket edip etmediği araştırılmayacaktır. Nitekim ifanın sınırlı bir sözleşme olduğunu savunan görüş uyarınca borçlunun kastının herhangi surette bir önemi bulunmamaktadır¹². Bu doğrultuda borç ilişkisinin taraflarının fiil ve aynı zamanda hak ehliyetlerinin var olup olmaması da ifanın gerçekleştirilmesi bakımından önem arz eden bir husus değildir. Örnek vermek gerekirse rekabet hukuku kapsamında aynı sektörde faaliyet göstermekte olan bir firma ile rekabet etmeme edimi ile yüklenmiş bir borçlunun, rekabet etmeme edimini unutarak hareket etmesi ya da ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde, ifanın sınırlı sözleşme olduğunu savunan görüş uyarınca ifanın yine de gerçekleşmiş olduğunu söylemek doğru olacaktır¹³.

İfanın sınırlı bir sözleşme olduğunu savunan görüş uyarınca yapma borçlarına ilişkin ifaya örnek vermek gerekirse bir taşıma sözleşmesi kapsamında kendisine taşıması için verilmiş olan bir eşyayı, sözleşmeye uygun bir şekilde taşıyan kişi, edimi ifa ettiği kastı ile hareket etmese ve hatta taşıma esnasında ayırt etme gücünden yoksun olsa dahi edimini ifa etmiş sayılacaktır. Yukarıda da açıklanmış olduğu üzere ifanın sınırlı bir sözleşme olduğunu savunan görüş uyarınca yapma borçlarında ifa bakımından önemli olan husus, taraflarca belirlenmiş olan şartlar çerçevesinde fiil ve hareketlerin gerçekleştirilmesidir.

İfanın sınırlı bir sözleşme olduğunu savunan görüş uyarınca verme borçları bakımından önem arz etmekte olan husus, taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşme uyarınca belirlenmiş şartlardaki tasarruf eyleminin gerçekleştirilmiş olmasıdır. Aynı şekilde yapma ve yapmama borçlarında olduğu gibi borçlunun edimi ifa etme konusunda kastının bulunup bulunmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak yapma ve yapmama borçlarından farklı olarak verme borçlarında hak ve fiil ehliyetinin önemi bulunmaktadır¹⁴. Çünkü verme borçlarının ifa edilebilmesi için tasarruf ehliyeti kavramı devreye girmektedir ve tasarruf ehliyeti de hak ve fiil ehliyetinin varlığı ile doğrudan ilişkili bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵. Bu açıdan değerlendirildiğinde ifanın sınırlı bir sözleşme olduğunu savunan görüş uyarınca verme borçları bakımından borcun ifa edilebilmesi

¹² Oğuzman, Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 192.

¹³ Oğuzman, Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 193.

¹⁴ Oğuzman, Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 193.

¹⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 906; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 249; Oğuzman/Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 194.

için borçlunun tasarruf ehliyetine bir başka söyleyişle hak ve fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Bununla birlikte bazı durumlarda ifanın gerçekleşebilmesi için alacaklının da işleme katılması gereken durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu şekildeki durumların varlığı halinde borçlunun yanında alacaklının da hak ve fiil ehliyetine sahip olması şartı aranmaktadır.

C. İFA ZAMANI

Borç ilişkisi çerçevesinde ifadan bahsedilebilmesi için ifanın, taraflar arasındaki ilişki ile belirlenmiş olan ifa zamanında yerine getirilmiş olması gerekmektedir. İfa zamanı en genel ve temel anlamıyla, borçlunun borcunu yerine getirmesi gereken zaman olarak tanımlanabilmektedir¹⁶. İfa zamanı, sözleşmeye veya hukuki düzenlemelere göre değişebilmektedir. Borçlar hukuku kapsamında ifa zamanı, borçlunun yükümlülüklerini hangi zaman diliminde yerine getirmesi gerektiğini belirler. Bu durum borç ilişkisinin temel unsurlarından biridir. Vadeye bağlı olmayan borçlarda borç doğduğu anda muaccel olacağından, borcun doğumu ve ifa zamanı aynıdır¹⁷. Vadeye bağlı borçlarda ifa zamanı ertelenmiştir.

Borç ilişkilerinin tümünde edimin ifa edileceği zaman mevcuttur. İfa için herhangi bir vade kararlaştırılmadığı halde dahi bir ifa zamanı bulunmaktadır. Bu durumlarda borç ilişkisinin kurulduğu anda edimin derhal ifa edileceği hüküm altına alınmıştır (TBK m. 90). Bununla birlikte derhal teriminin dürüstlük kuralı doğrultusunda yorumlanması ve ifa için borçluya ihtiyaç duyacağı zamanın tanınması gerekmektedir¹⁸.

İfa zamanı teriminin tanımlaması yapılırken “muacceliyet” kavramından da bahsedilmesi gerekmektedir¹⁹. Kanun’da muacceliyet tanımı yapılmamış olsa da doktrinde kabul gördüğü üzere muacceliyet genellikle borcun muaccel hale gelmesi, alacaklının ifayı talep etmesi ve bunun için borçluyu dava edebileceği anın gelmesini ifade etmektedir²⁰. Bir başka görüşe göre muacceliyet; ifanın istenebilir duruma gelmesi şeklinde tanımlanmaktadır²¹.

Sözleşmelerde, ifa zamanı genellikle taraflar arasında açıkça belirlenir. Örnek vermek gerekirse, bir satış sözleşmesinde malın teslim edilme tarihi veya bir hizmet sözleşmesinde hizmetin sunulacağı tarih genellikle sözleşmede belirtilir.

¹⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 267.

¹⁷ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* 554; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 323; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 947; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölümler*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 228.

¹⁸ M. Oğuzman ve Kemal, Turgut Öz, M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 338.

¹⁹ Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 321.

²⁰ Haluk, Tandoğan. *Türk Mesuliyet Hukuku*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 470.

²¹ Melek Bilgin Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 16.

Bu tarihler, ifa zamanı olarak kabul edilir. Bu doğrultuda örneğin taraflar arasında akdedilmiş olan bir satış sözleşmesinde satıcı tarafından malın 10 Temmuz 2024 tarihinde teslim edileceği belirlenmiş ise bahse konu ilişki bakımından ifa zamanı 10 Temmuz 2024 tarihidir.

İfa zamanı belirli bir tarih olarak belirlenebileceği gibi belirsiz tarihler ve yahut birbirini takip eden tarihler şeklinde de belirlenebilmektedir²². Bu duruma örnek vermek gerekirse, bir kira sözleşmesinde kiracının her ayın onuncu gününde kira bedelini ödeyeceğinin kararlaştırılması halinde, birbirini takip eden tarihler şeklinde ifa zamanı belirlenmiş olduğu söylenebilir. Bununla birlikte taraflar arasında akdedilmiş bulunan sözleşmede belirsiz bir zaman dilimi de ifa zamanı olarak belirlenmiş olabilmektedir. Bu duruma örnek olarak ise evde hizmet sözleşmesi gereği (TBK m. 461) gerçekleştirilecek çeviri hizmetinde işçiye iş sahibi tarafından ödenecek ücret bakımından “işler tamamlandığında” şeklinde ifa zamanı kararlaştırılmış olması hali verilebilir. Bu durumda ifa, işler tamamlandığında makul bir süreyle riayet edilerek gerçekleştirilmelidir.

Taraflar arasındaki ilişkiler ile ifa zamanı belirlenebileceği gibi bazı durumlarda ise taraflar sözleşme ile ifa zamanı belirlememektedirler²³. Eğer bir sözleşmede ifa zamanı açıkça belirtilmemişse, ifa zamanı belirlenirken, tarafların niyetleri, sözleşmenin doğası ve alacaklının talebi dikkate alınır. Ayrıca, taraflardan da makul bir süre içinde ifa beklenir. Taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmede ifa zamanı belirlenmemişse, Türk Borçlar Kanunu ve konu ile ilgili olarak yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri devreye girer. Örnek vermek gerekirse Türk Borçlar Kanunu uyarınca bir borç ilişkisi kapsamında borçlunun borcunu ifası için bir zaman dilimi belirlenmemişse alacaklının borcu talep ettiği anda borçlu, borcunu ifa etmekle yükümlüdür.

Eğer borçlu, ifa zamanında alacaklıya karşı olan yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmemişse, bu durum ifada gecikme olarak değerlendirilir. Bu gecikme bazı koşulların gerçekleşmesi halinde borçlunun temerrüdü olarak değerlendirilmekte, diğer bir ifade ile borçlunun ifada nitelikli gecikmesi söz konusu olmaktadır²⁴. TBK m. 117-126’da düzenlenen borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler gereğince, borçlunun borcunu ifa etmede gecikmiş olması nedeniyle alacaklı zarar görmüşse başvurabileceği bazı seçimlik haklar bulunmaktadır. Buna dayanarak alacaklı borçludan aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme, borcun ifa edilmemesi sebebiyle olumlu (müspet) zararının tazminini, sözleşmeden dönerek olumsuz (menfi) zararının tazminini talep edebilmektedir.

Sonuç itibarıyla yukarıda da açıklanmış bulunan tanımlamalar doğrultusunda, borçlar hukukunda ifa zamanı, borçlunun yükümlülüğünü yerine getirmesi

²² Gülerci, *Borçlar Hukuku*, 42.

²³ Oğuzman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 189.

²⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 376.

gereken tarih veya süreyi ifade eder ve bu zaman, sözleşme hükümlerine veya halihazırda yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine bağlı olarak belirlenmektedir. Alacaklı ve borçlu bakımından ifa zamanının önemine aşağıda değinilmiştir.

1. Alacaklı Bakımından

Bir borcun yerine getirilmesi anlamına gelen ifade borçlunun yanında alacaklının da çeşitli yükümlülükleri bulunmaktadır. Taraflar arasında tesis edilmiş bulunan borç ilişkisi kapsamında belirlenen ifanın gereği gibi yerine getirilebilmesi bakımından borçlu ile birlikte alacaklının da çeşitli yükümlülüklerine uygun hareket etmesi gerekmektedir²⁵. Alacaklı bakımından ifa zamanı da önem arz etmektedir. Taraflar arasında kurulmuş olan ilişki çerçevesinde borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken edimin ifa zamanına da riayet edilerek yerine getirilmesi gerekmektedir²⁶.

Genel kural, bir borç ilişkisi çerçevesinde alacaklının borçlu tarafından kendisine teklif edilmiş bulunan edime uygun ifayı haklı bir sebebi bulunmadıkça kabul edeceği yönündedir²⁷. Eğer ki alacaklı haklı bir sebep olmaksızın, borçlu tarafından kendisine edime uygun olarak teklif edilmiş olan ifayı yerine getirmeye ise yürürlükteki mevzuat hükümleri doğrultusunda alacaklı temerrüdüne düşmüş olur. Bununla birlikte bir borç ilişkisi kapsamında borçlu, alacaklıya erken ifa teklif etme konusunda kural olarak yetkiyi elinde haiz bulundurmaktadır. Yürürlükteki hükümler doğrultusunda taraflar arasında kurulmuş bulunan ilişki çerçevesinde belirlenmiş bulunan şartlara uygun olarak teklif edilen ifanın alacaklı tarafından kabul edilmemesi hali istisnadır. Zira alacaklı borçlunun usulüne uygun ifa teklifini haklı bir nedene dayanmadan kabul etmediğinde alacaklı temerrüdü oluşur²⁸. Burada ifa engeli alacaklının hareketsizliğinden gerçekleşir.

2. Borçlu Bakımından

İfa, bir ilişkinin taraflarından borçlu ile alacaklıya nazaran borç ilişkisi ile daha çok ilişkili bir kavramdır. Nitekim ifa kavramı terim olarak, borçlunun alacaklıya karşı yüklenmiş olduğu edim borcunu gereği gibi yerine getirmesi anlamına gelmektedir²⁹. Borçlunun muacceliyet gününden önce borcunu ifa etme zorunluluğu yoktur. Alacaklı borçludan ifayı talep edemez. Ancak borçlu isterse borcunu muacceliyet gününden önce ifa edebilir³⁰. Kural bu olsa da sözleşmenin özelliğinden veya hükümlerinden ya da durumun gereği olarak tarafların farklı

²⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 894.

²⁶ Tunçomağ, "Borçlar Hukuku", 388.

²⁷ Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 251.

²⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1011; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 361.

²⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 192, 193.

³⁰ Bkz. Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler*, (İstanbul: Sermet Matbaası, 1976), 691.

bir düşüncede olduklarının anlaşılması durumunda, alacaklının erken ifa teklifini geri çevirmesi mümkündür³¹. Bunun nedeni vadenin hem borçlu hem de alacaklı yararına kararlaştırılmış olmasıdır.

Taraflar arasında tesis edilmiş bulunan ilişki çerçevesinde borçlunun borcunu, aralarındaki sözleşme ile belirlenmiş şartlara uygun olarak tam ve zamanında ifa etmesi gerekmektedir³². Bu durumun aksi söz konusu olduğunda ise borca aykırılıktan bahsedilebilir. Örnek vermek gerekirse, bir satış sözleşmesinde satıcı tarafından alıcıya satılan bir malın, vaat etmiş olduğu nitelik ve özelliklere sahip olmaması hali ayıp olarak nitelendirilmektedir ve bu durum aynı zamanda da borca aykırılık teşkil etmektedir³³. Taraflar arasında kurulan ilişki çerçevesinde borçların ifa edilmemesi halinde oluşan borca aykırılık, kötü ifa ya da gereği gibi ifa etmeme durumunu ortaya çıkarmakta, dolayısıyla ifa zamanını etkilemektedir³⁴.

Borçlunun edimini ifada gecikmesi hali sözleşme ilişkisini tümden etkileyecek aynı zamanda temerrüt kavramının da gündeme gelmesini sağlayacaktır. Borçlunun temerrüde düşmesi halinde dahi borcunu ifa edebilmesi söz konusudur. Alacaklının ise borçlunun borcunu edime uygun ifa etmeyi teklif ettiği hallerde bunu kabul etme ödevi vardır. Alacaklının ifayı kabul etmesi durumunda ise borç sona erer³⁵. Bununla birlikte iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüde düşmüş olması, alacaklının ise sözleşmeden dönme hakkını kullanmış olması durumunda sözleşme ortadan kalkacaktır. Bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanımını sonucunda asıl borç sona ererken, oluşan zararın karşılanması gerekir.

İfa edilebilirlik, borçlunun edimini ne zaman ifa edebileceğini ilişkindir. Borcun ifa edilmesinde borcun vadesi gelmese de borçlunun ifa etme yetkisi varsa ya da zaman bakımından ifa edilmesinde sakınca yoksa borcun ifa edilebilir olduğundan bahsedilebilir³⁶. Genel olarak ifa edilebilirlik adına ilişkin üç prensip bulunmaktadır:

1. Derhal muacceliyet kuralının bir sonucu olarak borçlu TBK m. 90 hükmüne göre borcunu derhal ifa edebilir.

³¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 974; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 314; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* 563.

³² Melek Bilgin Yüce, *Borçlu Açısından Erken İfa ve Sonuçları*, *Terazi Hukuk Dergisi*, 17, Sayı 192, (2022): 99-111.

³³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 896.

³⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 103; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler*, 120.

³⁵ Joachim Gernhuber, *Die Erfüllung und Ihre Surrogate*, (Tübingen: J.C.B Mohr, 1983), 49; Derya Ateş, "Borçlunun Temerrüdünde Aynen İfa Kavramının Edim Özellikleri Yönünden Değerlendirilmesi", *InÜHFD*, C.13, S. 2, (2022): 449.

³⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 969; Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa ve İfa Engeli Haksız Zenginleşme*, C 3, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 52.

2. Borçlu TBK m. 96 hükmü uyarınca borcunu, sözleşme hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereği olarak muacceliyet tarihi ya da vadeden önce ifa edebilir.
3. Borcun doğumu ile başlayan ifa edilebilirlik, en geç muacceliyet tarihine kadar söz konusudur³⁷. Muacceliyet tarihinden sonra ise ifa gecikmiş ifa olacaktır. Bununla birlikte zamanaşımına uğramış olan bir borcun dahi ifa edilebilmesi mümkün iken vadesi geçmiş olan bir borcun da ifa edilebilmesi mümkündür³⁸.

Borcun vadeye bağlı olması işin niteliğine veya tarafların anlaşmasına ya da kanun hükmüne göre belirlenir. Diğer bir ifade ile genel prensip borcun vadeye bağlanmamış olmasıdır (TBK m. 90). Vadeye bağlı olmayan borçlar bakımından herhangi bir problem yoktur. Vadeye bağlı olmayan borçlarda alacaklının ifayı talep edebilmesi mümkün olduğu gibi borçlunun da borcunu ifa etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Vadeye bağlanmış borçlarda ise alacaklı vade öncesinde ifayı talep edememekle birlikte genel kural borçlu vadesinden önce borcunu ifa etme yetkisini haizdir.

D. MÜCBİR SEBEP VE BEKLENMEYEN HALİN İFA ZAMANINA ETKİSİ

Mücbir sebep ve beklenmeyen halin ifa zamanına etkisi geçici imkânsızlık, imkânsızlık, aşırı ifa güçlüğü olasılıkları altında incelenebilir. Borçlunun öngöremediği, insan davranışından bağımsız şekilde sözleşme koşullarına olumsuz etki eden olağanüstü olaylar beklenmeyen hal olarak ele alınmaktadır³⁹. Mücbir sebep ise, beklenmeyen halin üzerinde kaçınılmazlık barındıran olay olarak nitelendirilmektedir⁴⁰. Önceden tahmin edilemeyen, beklenmeyen dışarıdan bir kuvvetle önlenme olanağı bulunmayan ve illiyet bağıını kesen mücbir sebep, borçluyu sorumluluktan kurtarır⁴¹. Bununla birlikte mücbir sebep olmayan ancak beklenmeyen hal olarak kabul edilen durumlarda, bazı koşulların da gerçekleşmiş olması halinde aşırı ifa güçlüğü olarak nitelendirilen, hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi hatta farklılaşan şartlar dahilinde uyarlaması söz konusudur⁴². Özelikle kıtlık, isyan, savaş, salgın, doğal afet, deprem gibi borçlunun daha önceden

³⁷ Dieter Medicus ve Stephan Lorenz, *Schuldrecht I*, Verlag C.H. Beck München, 19, (Germany: Auflage, 2010) 86.

³⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa ve İfa Engeli Haksız Zenginleşme*, C 3, 55; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1311; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Turhan Kitabevi, 2022), 889.

³⁹ Abdullah Pulaat, Gözübüyük, *Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, (Ankara: Gönül Kitabevi, 1945), 152.

⁴⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, 436; Necip, Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 257; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 628.

⁴¹ Emile Thilo ve Bülent Esen, "Laesio Enormis ve Clausula Rebus Sic Stantibus ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1, S.3, (1935): 849.

⁴² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 500.

öngöremediği, genelde karşı koyamadığı olayların sonuçlarını sadece borçluya yüklemek adil olmayacaktır⁴³. Aşırı ifa güçlüğü, TBK m. 138’de hüküm altına alınmıştır.

Borçlu edimin mücbir sebep nedeniyle imkânsız hale gelmesi ile borcundan kurtulur. Fakat borcun konusunun kısmen zayi olması durumunda, kısmen ifa mümkünse borçlu edimin kalan kısmını da ödemekle yükümlü olur. Ancak bu durum parça borçları için söz konusudur. Nevi borçlarında imkansızlıktan söz edilemez⁴⁴. Borçlu geçici imkânsızlık anında ise ifayı büyük çaba sarf etse de yapamaz. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre imkânsızlık hükümlerinin ya da temerrüt hükümlerinin uygulanacağı belirlenmelidir⁴⁵. Edimin ifasının imkânsız olmamakla birlikte ifa edilmesi güçleşmiş ise aşırı ifa güçlüğü söz konusu olacaktır. Burada aşırı ifa güçlüğü ve imkânsızlık ahde vefa ilkesinin istisnaları olmaktadır. Aşırı ifa güçlüğü risk borçlu ve alacaklı arasında paylaştırılırken, imkansızlıkta risk alacaklının üzerindedir⁴⁶. Mücbir sebep ve beklenmeyen hal olarak kabul edilen ekonomik kriz, doğal afet, pandemi gibi durumlarda yasa koyucu birtakım özel düzenlemeler getirebilir. Bu gibi durumların ifa zamanı değerlendirmesinde göz önüne alınması önem arz etmektedir.

II. ERKEN İFA

A. ERKEN İFANIN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

1. Erken İfa Kavramı

Erken ifa kavramı için “vadeden önce ifa⁴⁷” nitelendirilmesi kullanılsa da “muacceliyetten önce ifa” ya da “vaktinden önce ifa” ifadelerinin kullanılması daha isabetli olur. Zira ifa zamanının belirlenmesi sadece vadeye bağlı değildir. İfa zamanı geciktirici şarta ya da muacceliyetin ihbarına da bağlanmış olabilir.

Türk Borçlar Kanunu’nda muacceliyetten önce ifa, sadece vadeye bağlanmış olan borçlarda mümkün olmaktadır. Vadeye bağlanmamış olan borçlarda ise borç doğduğu anda muaccel olduğu için muacceliyetten önce ifa mümkün değildir. Fakat Kanun’da yer aldığı üzere “derhal” terimi geniş olarak yorumlanarak borçluya ihtiyaç duyacağı kadar zaman verilmelidir. Vaktinden önce ifa ise TBK m. 96’da “erken ifa” başlığı altında ele alınmıştır. Zira vaktinden önce nitelemesi ile

⁴³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 500.

⁴⁴ Helmut Koziol ve Rudolf Welsler, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts Band II*, (Manzsche Verlags-Und Universitätsbuchhandlung, 2007), 46.

⁴⁵ Özge Yücel, “Covid 19 Salgınının Borç İlişkilerine Hukuksal Etkileri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 166, (2020): 1194.

⁴⁶ Gökçe Kurtulan, “Türk Hukukunda İmkânsızlık ve Aşırı İfa Güçlüğü Kurumlarının Karşılaştırılması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 32, S. 3, (2016): 197.

⁴⁷ Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukuku Cilt 1-2*. Çev. Cevat Edege, (Ankara: Olgaç Matbaası, 1983), 547.

borçluya erken ifa olanağı verilmektedir. Yasaklama olmadığı durumda borçlu vaktinden önce edimini ifa edebilir⁴⁸.

Borçlu borç muaccel olduğunda ifa yapmaya yetkili olup, alacaklı da temerrüde düşmemek için borçlunun gereği gibi yaptığı ifa teklifini kabul etmek durumundadır⁴⁹. Vadeye bağlanmış borçlarda kural olarak borçlunun vadeden önce ifa yetkisi bulunmaktadır (TBK m. 96). Bununla birlikte saklama sözleşmesinde olduğu gibi (TBK m. 565) bazı istisnai hallerde borçlunun erken ifa yapabilmesi alacaklının ifayı talep etmiş olmasına bağlanmıştır. Burada asıl olan borçlunun vade öncesinde ifa yetkisine sahip olmasıdır. Bu durum vadenin borçlu lehine olduğu görüşüne dayanmaktadır⁵⁰.

Borçlar hukukunda, ifa zamanı borçlunun yükümlülüğünü yerine getirmesi gereken zamanı belirler. Ancak bazı durumlarda borçlu, ifa zamanı henüz gelmemişken yükümlülüğünü önceden yerine getirebilir⁵¹. Bu durum, “erken ifa” olarak adlandırılır. Erken ifa, borçlunun kendi inisiyatifiyle, borcun ifa zamanı gelmeden önce yükümlülüğünü yerine getirmesi anlamına gelmektedir. Erken ifa, borçlunun borcunu belirlenen ifa zamanından önce ödemesi veya yerine getirmesiyle birlikte gerçekleşir. Bu durum genellikle borçlu tarafından kendi rızasıyla yapılır ve kural olarak bir engelle karşılaşmaz. Alacaklı erken ifa yapılan borçtan herhangi bir şekilde zarara uğramazsa, borçlunun erken ifa girişimi olumlu karşılanabilir ve sonuca varabilir. Erken ifa Yargıtay tarafından da mümkün görülmektedir⁵².

TBK m. 96’da düzenlenen erken ifa, borçlu için mümkün kılınmıştır. Zira vade borçluyu korumaktadır⁵³. Türk Borçlar Kanunu’na göre erken ifa, genellikle borçlu tarafından kendi rızası ile yapılabilir⁵⁴. Ancak bu durum, alacaklının onayına bağlı değildir ve borçlunun ifa zamanına uyması veya gecikmesi durumunda talep edilen gecikme tazminatından farklıdır. Erken ifa yapıldığında, borçlunun gecikme tazminatı ödemesi gerekmez. Çünkü gecikme tazminatı, borçlunun ifa zamanını kaçırmaması veya gecikmesi durumunda talep edilir. Örnek vermek gerekirse işçi ile işveren arasında akdedilmiş olan bir iş sözleşmesinde belirlenen hizmetin tamamlanma süresi 30 gün olarak belirtilmiştir. Ancak işçi, hizmeti 20. gününde tamamlar ve işverene erken ifa yaparak hizmeti 10 gün önce teslim eder. İşveren, hizmetin erken tamamlanmasında kabul yükümlülüğü olup olmasına göre erken ifayı kabul edebilir ve işçiye ek bir ödeme yapmayabilir.

⁴⁸ Herdem Belen, *6098 sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2014), 203.

⁴⁹ Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 208.

⁵⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 337.

⁵¹ Nihat Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 1, Madde 1-338*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 111.

⁵² Bkz. Y11.HD, 25.02.2015, E.2014/17599, K.2015/2479; Y11.HD, 10.02.2016, E.2015/13193, K.2016/1257; Y11.HD, 9.03.2017, E.2016/2283, K.2017/1396; Y11.HD, 25.01.2016, E.2015/9945, K.2016/691, Erişim Tarihi: 30.08.2024. <https://www.kazancihukuk.com/>.

⁵³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 315; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 805; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 974.

⁵⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 205.

Sonuç olarak, erken ifa, vadeye bağlanmamış borçlarda söz konusu olabilir⁵⁵. Zira erken ifa yapılabilmesi için borcun muaccel olmaması bir gerekliliktir. Vadenin ileri bir tarih olması ve vadenin gelmemiş olması gerekmektedir⁵⁶. Nitekim, Yargıtay tarafından bankalardan alınan kredilerin vadesi gelmeden kapatılmasına ilişkin olgularda erken ifanın gerçekleşebileceği yönünde kararlar vermiştir⁵⁷.

2. Erken İfanın Şartları

Türk hukukunda erken ifa, borçlu tarafından yükümlülüğün belirlenen ifa zamanından önce yerine getirilmesi durumunu ifade eder⁵⁸. Erken ifanın gerçekleşmiş olduğundan bahsedilebilmesi için belirli bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁵⁹. Erken ifanın gerçekleşmesi için öncelikle borcun vadeye bağlanması, erken ifanın yasaklanmamış olması ve alacaklının erken ifa nedeniyle ortaya çıkabilecek masraflarına borçlunun katlanması gerekecektir. Bu şartlar genel nitelik itibarıyla aşağıdaki gibidir.

a. Borçlunun Kendi İsteğiyle

Erken ifa, borçlu tarafından kendi isteğiyle yapılmalıdır. Yani borçlu, ifa zamanı gelmemişken, borcunu ödemeye veya yerine getirmeye kendi rızası ile karar vermelidir. Alacaklının talebi olmaksızın, borçlu kendi rızasıyla erken ifa yapabilir⁶⁰. Diğer bir ifade ile borçlu herhangi bir şekilde erken ifaya zorlanamaz.

b. Alacaklının Onayı

Erken ifa genellikle alacaklının onayına bağlı değildir⁶¹. Borçlu, ifa zamanı gelmemişken borcunu ödemeye veya yerine getirmeye karar verdiğinde, alacaklının önceden onayını alması gerekmez. Ancak alacaklı, erken ifa yapılan durumdan herhangi bir zarara uğramazsa, erken ifayı kabul edebilir.

c. İfa Zamanının Gelmesi

Erken ifa, borcun ifa zamanı henüz gelmemişken gerçekleştirildiği için zamanlaması önemlidir. Borçlu, belirlenen ifa zamanı henüz gelmemişken borcunu yerine getirirse, bu erken ifa olarak kabul edilir.

⁵⁵ Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 812; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 974.

⁵⁶ Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 213.

⁵⁷ Bkz. Y11.HD, 25.02.2015, E.2014/17599, K.2015/2479; Y11.HD, 10.02.2016, E.2015/13193, K.2016/1257; Y11.HD, 9.03.2017, E.2016/2283, K.2017/1396; Y11.HD, 25.01.2016, E.2015/9945, K.2016/691; YHGK. 410/189, 20.02.2020; YHGK. 567/1346, 12.12.2019, Erişim Tarihi: 30.08.2024. <https://www.kazancihukuk.com/>.

⁵⁸ Aygül Kızılay Güneylioğlu, *İfa Zamanı ve Erken İfa*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 122.

⁵⁹ Musa Furkan Şahin, "Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa". *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 80(3), (2022): 881-924.

⁶⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 216.

⁶¹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 113.

d. Alacaklının Hakları

Erken ifa yapıldığında, borçlunun gecikme tazminatı ödemesi gerekmez. Çünkü gecikme tazminatı, borçlunun ifa zamanına riayet etmemesi veya gecikmesi durumunda talep edilir. Ancak alacaklının zarar görmesi durumunda, bu zararların tazmin edilmesi için hukuki yollara başvurulabilir⁶².

e. Makul Süre

Erken ifa durumunda, borçlunun borcunu yerine getirmesi beklenen tarihten çok önce yapması durumunda, bu erken ifanın makul olup olmadığı değerlendirilir. Borçlu, yerine getirdiği erken ifanın alacaklı için makul bir süre içinde yapılmasını sağlamalıdır.

Erken ifaya örnek vermek gerekirse kira sözleşmelerinde kiracı, kira bedelini her ayın 1'inde ödemek zorundadır ancak kiracı, kira bedelini bir önceki ayın 25. gününde ödeyerek erken ifa yapabilir. Kiracı, bu erken ifayı kendi rızası ile yapar ve genellikle bu durum alacaklı tarafından kabul edilir. Erken ifaya bir başka örnek de hizmet sözleşmesi bakımından verilebilir. Hizmet sözleşmesinde bir işveren, hizmetin tamamlanması için belirli bir süre vermişse, işçi bu süreden önce işi tamamlayarak erken ifa yapabilir. İşveren işin erken tamamlanmasını hukuken kabul yükümlülüğü olup olmamasına göre kabul edebilir veya ek bir ödeme yapabilir.

Sonuç itibariyle erken ifa, borçlar hukukunda borçlu tarafından kendi isteğiyle yapılan bir eylemdir ve genellikle alacaklının onayına bağlı olmayan bir işlemdir⁶³. Borçlu, belirlenen ifa zamanı henüz gelmemişken borcunu yerine getirdiğinde, gecikme tazminatı ödemez ve alacaklının rızası olmadan da bu eylemi gerçekleştirebilir.

f. Erken İfanın Mümkün Olması Hali

Erken ifa, borçlu tarafından borcun belirlenen ifa zamanından önce yerine getirilmesi durumudur. Ancak erken ifa her durumda mümkün olmayabilir. Bu durumun gerçekleşebilmesi için bazı şartların alacaklı ve borçlu açısından sağlanması gereklidir. Aşağıda detaylı olarak borçlu tarafından borcun erken ifa edilebilmesi için gerekli olan durumlar açıklanmıştır.

Erken ifanın mümkün olabilmesi için borçlunun borcunu erken ifa etme yönünde iradesi ve aynı zamanda gönüllü olması gerekmektedir. Nitekim erken ifa, borçlunun kendi iradesiyle ve gönüllü olarak gerçekleştirdiği bir eylemdir. Borçlu, borcun belirlenen ifa zamanı gelmeden önce borcunu ödemeye veya yerine getirmeye karar vermelidir. Bu nedenle, erken ifa işleminin başlangıcında borçlunun isteği ve iradesi önemlidir. Bahse konu anlatımın mefhum-u muhalifinden de

⁶² Nihat Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 1, Madde 1-338*, 114.

⁶³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 219.

anlaşıyor olduğu üzere bir borç ilişkisi çerçevesinde alacaklı borçluyu, erken ifa konusunda zorlayamayacaktır⁶⁴. Erken ifa, genel olarak borçlunun inisiyatifine bağlı bir durumdur.

Daha önceki bölümlerde de değinilmiş olduğu üzere kural olarak herhangi bir borç ilişkisi bakımından borçlunun borcunu erken ifa yapmayı istemesi halinde alacaklının erken ifayı kabulü ve onayı aranmamaktadır. Yani kısaca erken ifa, kural olarak alacaklının önceden onayına veyahut sonradan rızasına bağlı olarak gerçekleşmez. Borçlu, borcunu zamanından önce ödemeye karar verdiğinde, alacaklının önceden onayını alması zorunlu değildir. Ancak alacaklı, erken ifa yapılan durumu kabul etmeme veya ek bir zarara uğrama hakkına sahiptir.

Erken ifanın kelime anlamından da açıkça anlaşılıyor olduğu üzere alacaklı ve borçlu arasındaki bir borç ilişkisinde erken ifanın varlığından bahsedilebilmesi için borcun ifa zamanının henüz gelmemiş olması yani borçlunun yüklendiği edimini taraflarca belirlenmiş olan ifa zamanından önce ifa etmiş olması gerekmektedir. Erken ifa, borcun ifa zamanı henüz gelmemişken gerçekleştirilir. Yani borçlu, belirlenen ifa tarihine ulaşmadan borcunu ödemeyi veya yerine getirmeyi seçer.

Borçlunun borcunu erken ifa etmek istemesi halinde alacaklının kabulünün erken ifanın gerçekleşmesi bakımından şart olarak aranmamakla beraber alacaklının, borçlu tarafından kendisine teklif edilen erken ifayı makul bir süre içerisinde kabul etmesi beklenmektedir⁶⁵. Alacaklının makul süre içerisinde borçlunun erken ifasını kabul etmesi, erken ifanın olmazsa olmaz bir şartı olmayıp yalnızca hayatın olağan akışı çerçevesinde alacaklı tarafından beklenen bir eylem çeşididir. Makul süre, genellikle duruma ve taraflar arasındaki ilişkiye göre değişebilir. Kısaca alacaklının borçlu tarafından kendisine teklif edilen erken ifayı kabul etmesi bakımından aranan makul süre, hayatın olağan akışı çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre değişken olarak belirlenecektir.

Her bir hukuki ilişki bakımından geçerli olduğu üzere, erken ifanın mümkün olabilmesi için ayrıca erken ifayı engelleyecek bir sebebin de bulunmaması gerekmektedir. Yani bir başka söyleyişle erken ifanın mümkün olabilmesi için ortada bir engelin varlığından bahsedilmemesi gerekmektedir⁶⁶. Erken ifa yapılacak olan borç, engellere veya kısıtlamalara tabi değilse mümkündür. Örneğin, belirli bir hukuki düzenleme veya sözleşme koşulu erken ifa yapılmasını engellemelidir. Taraflar, akdetmiş oldukları sözleşme ile kesin vade kararlaştırmışlar ise borçlunun bu durumda borcunu erken ifa edebilmesi mümkün olmayacaktır. Bahse konu örnek bakımından kesin vade hali, erken ifanın gerçekleşmesi açısından bir engel teşkil etmektedir.

⁶⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 917.

⁶⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 240.

⁶⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 930.

Erken ifa, borç ilişkilerinde zamanında ve iş birliği içinde hareket etme, güveni artırma ve ekonomik planlamayı kolaylaştırma açısından önemlidir. Ancak her durumda, tarafların haklarını ve yükümlülüklerini dikkate alarak hareket etmeleri önemlidir.

g. Erken İfanın Mümkün Olmaması Hali

Erken ifanın gerçekleşebilmesi için belirli şartların varlığı aranmakla beraber bazı durumlarda ise borçlu tarafından borcun erken ifa edilebilmesi mümkün olmamaktadır⁶⁷. Erken ifanın mümkün olmadığı haller aşağıda açıklanmıştır.

Borçlunun borcunu ifası için taraflarca belirlenmiş olan ifa zamanı zaten gelmişse artık bahse konu somut olay bakımından erken ifa söz konusu olmayacaktır. Borçlunun borcunu ifa etmesi gerekli olan zaman gelmişse borçlu, asıl borcunun yanında borcun ferilerinden de sorumlu hale gelecektir. Çünkü borçlu, borcunu zamanında yerine getirmemişse, alacaklının gecikme tazminatı talep etme hakkı doğabilir.

Ekonomik ve mali anlamda açıklama ve değerlendirme yapılacak olursa, borçlunun borcunu erken ifa edebilmesi için özellikle de para borçları bakımından ekonomik durumunun buna elverişli olması gerekmektedir. Borçlu, borcunu erken ifa yapmak için mali olarak yeterli olmayabilir. Borçlunun ekonomik durumu ifa için gerekli kaynakları sağlayamıyorsa, erken ifa gerçekleşmeyebilir.

Daha önceki bölümler ile de değinilmiş olduğu üzere, belirli bazı hallerde erken ifa mümkün olmamaktadır⁶⁸. Bu duruma örnek vermek gerekirse taraflar arasındaki ilişki çerçevesinde sözleşme kapsamında ifa zamanı kesin vade ile belirlenmişse bu durumda borçlunun borcunu erken ifa edebilmesinin önü kapanmış bulunmaktadır. Başka bir örnekle konuyu açıklayacak olursak sözleşmede belirli bir sürenin veya koşulun yerine getirilmesi bekleniyorsa, borçlu bu süreyi veya koşulu beklemek zorunda kalabilir.

Borçlu bazı durumlarda erken ifa talebinde bulunamaz. Erken ifanın mümkün olmamasına ilişkin istisnalar TBK m.96'da yer almaktadır. Hükümde yer alan istisnaların olmaması durumunda, borç vaktinden önce ifa edilebilmektedir. Sözleşmenin erken ifa etmeye uygun olmaması, sözleşmede erken ifanın yasaklanmış olması, durum gereğince erken ifanın mümkün olmaması Kanun'da yer alan istisnai durumlar arasında yer almaktadır.

g.1. Sözleşme Hükümleri Gereğince

Sözleşme hükümleri gereğince erken ifanın yasaklanmış olması, borcun erken ifa edilemeyeceğinin bir istisnasıdır⁶⁹. Erken ifanın yasaklanmış olması

⁶⁷ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 301.

⁶⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 241.

⁶⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 315; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 975; Von Tuhr, *Borçlar Hukuku Cilt 1-2.*, 514; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 573; Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 218; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler*, 420.

sözleşmeden açıkça anlaşılması durumunda söz konusudur. Sözleşmede açık bir hüküm olmadığı hallerde de erken ifanın yasaklanmış olduğu anlaşılabilir. Bu durumda ifanın yasaklandığına ilişkin hükümlerin varlığı aranmaktadır. Sözleşmede ifa zamanına yönelik hükümler erken ifa açısından değerlendirilmelidir.

Tarafların sözleşmeye erken ifanın yasaklanmasına dair açık hüküm koymaları mümkündür. Ayrıca sözleşmeden de erken ifanın yasaklandığı açıkça anlaşılabilir. Bu daha çok ifa zamanına ilişkindir. Bununla birlikte söz konusu istisnanın uygulanması açısından açıkça yasağın anlaşılabilir olması gerekmektedir⁷⁰. Örnek vermek gerekirse; sözleşmede “15.10.2024’ten önce ifa edilemez” hükmünün olması erken ifanın yasaklandığını açıkça göstermektedir.

Sözleşme hükümlerinde ifa zamanı olarak kararlaştırılan vade türünün de belirlenmesi erken ifanın yasaklandığının anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. Zira bir borç için belirli ya da belirlenebilir vade, belirsiz vade kararlaştırılması durumlarında kural olarak erken ifa mümkündür⁷¹. Örnek vermek gerekirse; “inşaat 6 ay sonra tamamlanacaktır”, “kitapların teslimi 5 ay sonra yapılacaktır” gibi hükümler erken ifa açısından açıklık arz etmeyebilir. Ancak açıkça yasaklanmamış olsa da erken ifanın gerçekleşebileceği kabul edilir.

Sözleşme hükümlerinde kararlaştırılan vade türünün kesin vade olması önemlidir. Kesin vade, belirlenmiş zamanda borç ifa edildiği zaman alacaklının menfaatinin az olduğu ya da menfaatinin olmadığı vadedir⁷². Bu durumda belirlenmiş ifa zamanı ifanın yapılabileceği zamandır. Mutlak kesin vadede ise, erken ifa mümkün değildir. Zira edimin niteliği gereği söz konusu vade o ana özgüdür⁷³. Nispi kesin vadede ise ön planda olan tarafların iradeleridir. İfa zamanına taraflar önem vermektedir. Dolayısıyla ifanın değerlendirilmesinde tarafları iradeleri göz önüne alınmalıdır⁷⁴.

g.2. Sözleşmenin Özelliği Gereğince

Erken ifanın mümkün olmadığı durumlardan bir diğeri ise sözleşmenin özelliğidir. Sözleşmenin özelliği tarafların edimleri, sözleşmenin amacı ve borcun mahiyeti incelenerek değerlendirilir. Bu değerlendirmede söz konusu hususların erken ifanın gerçekleşmesine olanak verip vermediğinin incelenmesi gerekir⁷⁵. Zira sözleşmede tarafların biri için edimin erken ifası mümkün iken, diğer taraf için mümkün olmayabilir.

⁷⁰ Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 219; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 315.

⁷¹ Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 213.

⁷² Seliçi, “Kesin Vadeli İşlemler”, 97.

⁷³ Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 220-221; Ayşe Dilşad Keskin, “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık”, *GÜHFD*, C. 11, S. 1-2, (2007): 217.

⁷⁴ Keskin, “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık”, 217; Özer Seliçi, “Kesin Vadeli İşlemler”, *MHAD*, S. 3, (1968): 97.

⁷⁵ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 315; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 975; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 573.

Sözleşmenin özelliğinin orta zekalı, dürüst ve makul bir kişi tarafından değerlendirilmesi gerekir⁷⁶. Sözleşmenin özelliği kişiden kişiye değişmeyen objektif bir kavramdır. Erken ifanın mümkün olmadığı bu istisna için değerlendirmede tarafların iradeleri yerine sözleşmenin özellikleri göz önüne alınır.

Sözleşmenin özelliğinin erken ifaya olanak vermemesi halinde, taraflar buna ilişkin açık bir hüküm koymaya yükümlü değildir. Erken ifanın tarafların iradesi ile yasaklanması sübjektif bir belirleme olmaktadır. Fakat sözleşmenin özelliği gereği erken ifanın mümkün olmamasında objektif bir durum söz konusudur⁷⁷. Bununla birlikte sözleşmenin özellikleriyle yetinmeyen taraflar erken ifayı yasaklayan bir hüküm oluşturabilirler. Zira buna dair bir engel yoktur.

Kanunda erken ifanın gerçekleştirilemeyeceği bazı sözleşmeler yer almaktadır. Örneğin TBK m. 565 hükmünde saklama sözleşmelerinde kural olarak saklayan saklanana belirlenen zamandan önce geri veremez. Fakat aynı madde hükmünde erken ifanın yapılamayacağına ilişkin bir istisna getirilmiştir. Bu istisna sözleşme sürecinde saklayanın ya da saklananın zararlı ya da tehlikeli hale gelmesidir.

Erken ifa yasağına ilişkin olarak Kanun ile düzenlenmiş bir diğer yasak ise TBK m.575'te düzenlenen ardiyecinin malları geri vermesine ilişkindir. İlgili madde hükmü de saklayana ilişkin hüküm ile benzerlik göstermektedir. Fakat ardiyecinin mutlak olarak erken ifası yasaklanmıştır. Ardiyeci için saklayanın geri verme istisnası kabul edilmemiştir.

g.3. Durum Gereğince

Erken ifanın mümkün olmadığına ilişkin bir diğer istisna TBK m. 96'da düzenlenen durumun gereği nedeniyle. Erken ifanın mümkün olmaması durumunun değerlendirilmesi için edimin tespit edilmesi gerekir. Bu kapsamda sözleşme amacından çok borcun erken ifası durumunda yaşanabilecek olumsuzluklar değerlendirilir. Sözleşme özelliklerinden dolayı erken ifanın mümkün olmadığı görülse de durumun gereği erken ifa ile önlenebilir. Burada sözleşme türünün bir önemi yoktur. Sözleşmelerde durumun gereğince istisna olabilir. Burada edimin niteliği önemlidir⁷⁸. Durumun gereği, sözleşmedeki amaçtan çok borcun erken ifası durumunda oluşabilecek olumsuzlukları kapsar. Sözleşme özelliklerinden dolayı erken ifanın mümkün olmaması sonucu çıkmassa da durumun gereği erken ifanın engellenmesi mümkündür⁷⁹.

⁷⁶ Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 223.

⁷⁷ Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 224.

⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa ve İfa Engeli Haksız Zenginleşme*, C 3, 60; Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 226-227; Leyla Müjde Kurt, *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 89.

⁷⁹ Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 227.

Kural olarak vade borçlunun lehine olmaktadır. Bu durum erken ifanın mümkün olmasına gerekçe oluşturmaktadır. Bununla birlikte bazı hallerde vade alacaklı lehine olabilir⁸⁰. Bu borcun ifa edilebilmesine uygun ortam oluşmaması durumunda yaşanabilir. Ayrıca ifanın gerçekleşme imkânı olmaması halinde de alacaklı lehine vade söz konusu olur. Bunun yanı sıra alacaklı açısından borcun ifa edilmesinin sıkıntılı olabileceği durumda da vade alacaklı lehinedir⁸¹. Bu durumlarda erken ifanın durumun gereğince mümkün olmayacağı kabul edilir ve borçlu alacaklıyı ifayı kabul etmesi için zorlayamaz.

Erken ifayı engelleyen bir diğer durum ise alacaklının menfaatinin zedelenebilmesidir⁸². Örnek vermek gerekirse; bir kişi beş gün sonraya çocuğunun doğum günü için pastaneye pasta siparişi vermiştir. Pastanın teslimi taraflarca beş gün sonrası olarak kararlaştırılmıştır. Fakat pastane pastayı beş gün sonra değil, daha önce teslim etmek istediğinde diğer bir ifade ile erken ifada bulunmak istediğinde alacaklının menfaatini zedelemiş olur. Bundan dolayı alacaklı erken ifa talebini kabul etmeyebilir.

Erken ifanın mümkün olmaması durumunda esas olan alacaklının zarar görmesi önemlidir. Alacaklı erken ifa nedeniyle zarar görecektir ise erken ifa imkânı mümkün olmayacaktır⁸³. Erken ifanın istisnaları daha önce belirtildiği üzere, TBK m. 96'da sayılmıştır. Bu istisnalarda borçlunun erken ifa imkânı bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarında da erken ifa imkânı bulunmayan istisnalar sayılmıştır⁸⁴.

B. ERKEN İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Erken İfanın Hukuki Niteliği

Erken ifa, borçlunun borcunu belirlenen ifa zamanından önce kendi isteğiyle ve genellikle alacaklının onayını beklemeden yerine getirmesi durumudur. Bu durumda borçlu, yükümlülüğünü zamanından önce yerine getirir ve alacaklıya karşı bu şekilde sorumluluktan kurtulmuş olur. Türk Borçlar Kanunu'na göre, erken ifa borçlunun kendi iradesiyle gerçekleşen bir eylemdir. Bu eylem, borçlu-

⁸⁰ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 805; Eren, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 975; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 315.

⁸¹ Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 975; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 315; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 805; Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 225.

⁸² Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 573; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa ve İfa Engeli Haksız Zenginleşme, C 3*, 60; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 315.

⁸³ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, C. 3, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 60; Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 225.

⁸⁴ Bkz. Y11.HD, 25.01.2016, E.2015/9945, K.2016/691; Y11.HD, 9.03.2017, E.2016/2283, K.2017/1396; K.2016/1257; Y11.HD, 25.02.2015, E.2014/17599; Y11.HD, 10.02.2016, E.2015/13193, K.2015/2479, Erişim Tarihi: 30.08.2024. <https://www.kazancihukuk.com/>.

nun borcunu ödeme veya yerine getirme zamanı henüz gelmemişken yapılabilir⁸⁵. Erken ifanın hukuki niteliği üç olasılığı düşündürmektedir. Bunlar seçimlik yetki, yenilik doğuran hak ve ifa olduğu şeklinde sıralanabilir. Bunlardan ilki erken ifanın yenilik doğuran bir hak olmasıdır. Borçlunun borcunun muaccel olmadan ödeme olanağı bulunmakta ve bu durum alacaklının ifayı kabullenme hareketleri sonucunda vadenin öne çekilmesi şeklinde değerlendirilebilmektedir. Bu belirleme yenilik doğuran hak olarak kabul edilebilir. Yenilik doğuran bir hakkın geri alınmaması en önemli özelliğidir. Burada yenilik doğuran hakkın geri alınmaması halinde karşı tarafın korunmaya değer bir menfaatinin olup olmadığı değerlendirilir⁸⁶. Erken ifanın da geri alınması söz konusu değildir. Borcu sona erdiren bir eylem olan erken ifa, alacak hakkını ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda alacaklı ve borçlu aralarında anlaşma yaparak ya da sözleşme yaparak erken ifayı etkisiz hale getiremezler. Fakat yeni bir borç ilişkisi kurarak, eski borcu canlandırabilirler. Seçimlik yetkide ise sözleşmenin yapıldığı anda kesin olarak belirlenen ve borçlanılmış asli bir edim bulunmaktadır. Fakat borçlu anlaşmaya dayanarak ya da alacaklının verdiği yetkiyle asıl edimin yerine bir diğer edimi yaparak borçtan kurtulma olanağına sahiptir⁸⁷. Bu bağlamda erken ifa ile benzerlik gösterdiği ifade edilebilir. Erken ifada da bir vadede ifa (asli edim) vardır. Ayrıca yedek edim (muacceliyet öncesi ifa) bulunmaktadır.

Erken ifa hukuki niteliği itibarıyla aslında borcu sonlandıran ifadır. İfa, edimin konu, yer ve zaman olarak doğru ve tam bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilmesi ile borcun sonlandırılmasıdır. İfanın borcu sona erdiren ve alacak hakkını ortadan kaldırması nedeniyle hukuki niteliği itirazdır. Borçlu erken ifada bulunduktan sonra alacaklıdan bunu talep edemez. Zira borç ifa edildiğinde mevcut borç niteliğinde olduğundan, borçlu borç olan bir şeyi ifa etmiştir⁸⁸.

2. Erken İfada İstisnai Durumlar

Erken ifa genellikle borçlunun borcunu belirlenen ifa zamanından önce yerine getirmesi olarak tanımlanırken, bazı istisnai durumlar da vardır⁸⁹. Erken ifa bazı durumlarda genellikle hukuki veya pratik açıdan özel koşullar altında ortaya çıkar. Türk hukukunda erken ifada görülebilecek bazı istisnai durumlar da aşağıda incelenmiştir.

⁸⁵ Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 428.

⁸⁶ Oğuzman, M. Kemal ve Barlas, Nami. *Medeni Hukuk*, 27. Baskı, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 157.

⁸⁷ Andreas, von Tuhr ve Peter, Hans. *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, zweiter Band, Dritte Auflage, (Schulthess, Zürich 1974), 82.

⁸⁸ Rolf Weber, *Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht*, 2. Auflage, (Stampfli Verlag Bern, 2005), 316.

⁸⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 226.

a. Önemli Bir Menfaat veya Zaruret Durumu

Borçlunun, borcunu erken ifa etmesi, alacaklının önemli bir menfaatini korumak veya borçlunun kendisi için zaruri bir durumu çözmek için gerekebilir⁹⁰. Örneğin, borçlu, alacaklıya olan borcunu önceden ödeyerek bir iş anlaşmasını güvence altına alabilir veya bir olumsuz sonuçtan kaçınabilir. İfanın vadeye bağlı olmasının genelde borçlu menfaatine olduğu düşünülse de aksi durumda yani ifanın ertelenmesi alacaklı menfaatine de olabilir. Borcun vaktinde ifa edilmesinde alacaklının menfaati varsa, borçlunun erken ifasının da alacaklı aleyhine sonuç doğurması söz konusu ise borçlunun erken ifası mümkün olmayacaktır⁹¹. Örneğin, alacaklının içerisinde mal olan deposunun ifa gününde boşalacağı bir durumda borçlunun erken ifası halinde alacaklının yeni depo kiralaması gerekeceğinden alacaklının erken ifayı kabul etmemesi mümkün olabilir.

b. Taraflar Arasında Özel Anlaşma ve Sözleşmenin Niteliği

Borçlu ve alacaklı arasında yapılan özel bir anlaşma veya sözleşme ile erken ifa durumu önceden belirlenebilir⁹². Taraflar, belirli şartlara ve koşullara bağlı olarak, borcun ifa zamanından önce yerine getirilmesini öngörebilirler. Bu durumda borçlu anlaşma koşullarına göre erken ifada bulunabilir. Özellikle içeriği maddi edim olan sözleşmelerde erken ifa alacaklının aleyhine sonuç yaratabilir⁹³. Örneğin, açılışı yeni yapılacak olan bir restorana masa-sandalye siparişi verilmesi halinde mobilyacı restoran kirası başlamadan önce erken ifanın kabulü için alacaklıyı zorlamamalıdır. Böyle bir durumda alacaklının yeri yoksa depo kiralaması gerekecektir. Dolayısıyla durumun gereğinin erken ifaya olanak tanıyıp tanımadığı değerlendirilirken erken ifanın alacaklıyı zarara uğratıp uğratmadığı kriterine bakılmalıdır. Sözleşmenin niteliği de benzer şekilde erken ifaya engel olabilir⁹⁴. Sözleşmede erken ifa yasaklanmış olabilir. Fakat bu durum sözleşmede açık bir şekilde yer almalıdır. Bununla birlikte sözleşmede açık bir hüküm olmasa da erken ifanın yasaklanmış olduğu anlaşılabilir. Bu durumda erken ifanın yasaklandığına ilişkin sonuç doğuracak hükümler olması yeterlidir. Sözleşmede ifa zamanı hükümleri erken ifa bakımından değerlendirilmelidir⁹⁵. Sözleşmede erken ifanın yasaklanması veya yasaklandığının da anlaşılması mümkündür. Bu durum genelde ifa zamanına ilişkin hükümde yer alır. Bu istisnanın uygulama alanı bu-

⁹⁰ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 909.

⁹¹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 553; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 953; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 322.

⁹² Şahin, "Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa", 885.

⁹³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 953; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* 553; Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 329.

⁹⁴ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* 553; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 953; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 323.

⁹⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 975; von Tuhr, *Borçlar Hukuku Cilt 1-2.*, 514; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 315; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* 573.

labilmesi için erken ifa yasağının açık bir şekilde anlaşılması gerekir⁹⁶. Örneğin, sözleşmede “01.01.2025” tarihinden önce ifa edilemez hükmünün olması açık bir şekilde erken ifanın yasaklanmasını anlaşılır kılmaktadır.

Yukarıda açıklanmış bulunan bu istisnai durumlar, genellikle borçlar hukukunda tarafların özel koşulları veya beklenmeyen durumları ele almak için kullanılır. Ancak her durumda, erken ifa yapılması gerektiğinde, taraflar arasında açık bir anlaşma veya hukuki dayanak olması önemlidir. Bu şekilde, taraflar haklarını ve yükümlülüklerini doğru bir şekilde yerine getirebilirler.

III. ERKEN İFANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Alacaklı ve borçlu arasında gerçekleşen erken ifa halinin hüküm ve sonuçları bulunmaktadır. Erken ifa, borçlar hukukunda borçlu ve alacaklı arasındaki ilişkileri etkileyen önemli bir kavramdır. Borçlu için mali yükümlülüklerden kurtulma ve alacaklı için planlama ve güven sağlama gibi avantajlar sağlayabilir. Ancak her durumda, erken ifa yapılması gerektiğinde, tarafların yükümlülüklerini ve karşılıklı haklarını doğru bir şekilde değerlendirmeleri önemlidir⁹⁷. Bu şekilde, borç ilişkilerinde anlaşmazlıkların önlenmesi ve iş birliğinin artırılması mümkün olabilmektedir.

Erken ifa, borçlar hukukunda borçlunun belirlenen ifa zamanından önce kendi iradesiyle borcunu ödemesi veya yerine getirmesi durumudur. Bu eylemin sonuçları hem borçlu hem de alacaklı açısından farklı etkilere sahip olabilir. Erken ifanın bazı önemli sonuçlarına aşağıda detaylı olarak yer verilmiştir.

Erken ifanın sonuçları borçlu ve alacaklı açısından farklılık arz etmektedir. Aşağıda öncelikle erken ifanın borçlu açısından sonuçlarına yer verilmiştir. Erken ifanın borçlu açısından sonuçları şu şekildedir:

- Erken ifa ile birlikte borçlu gecikme tazminatı ile karşılaşma riskini ortadan kaldırmaktadır. Borçlu, borcunu erken ifa ettiğinde, belirlenen ifa zamanına uymadığı için gecikme tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulmaktadır⁹⁸. Çünkü gecikme tazminatı, borçlunun belirlenen sürede ifa etmemesi veya gecikmesi durumunda ortaya çıkar. Bir başka söyleyişle borçlunun alacaklıya karşı olan borcunu erken ifa etmesi halinde alacaklının borçludan gecikme tazminatı talep edebilme hakkı bulunmamaktadır.

⁹⁶ Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 219; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 315.

⁹⁷ Şahin, “Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa”, 890.

⁹⁸ Gözde Kasap, “*Tüketici Hukukunda Erken İfa*”, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015), 19.

- Erken ifa ile birlikte borçlunun faiz ödeme yükümlülüğü azalmaktadır. Borçlu, borcunu belirlenen tarihten önce ödediğinde, borcun zamanından önce ödenmesi nedeniyle genellikle faiz ödeme yükümlülüğünden kısmen veya tamamen kurtulabilir⁹⁹. Yani erken ifa ile birlikte borçlu hem borçtan kurtulmakta hem de borcun ferilerinden aynı anda kurtulmaktadır.

Yukarıda erken ifanın borçlu açısından sonuçlarına yer verilmiştir. Bunun yanında erken ifanın alacaklı açısından da çeşitli sonuçları bulunmaktadır¹⁰⁰. Erken ifanın alacaklı açısından sonuçları ise şunlardır:

Alacaklı, borçlunun erken ifa teklifini kabul edebilir ve borcun erken ödenmesini kabul ederek bu durumu resmi olarak onaylayabilir¹⁰¹. Örneğin para borcunun borçlu tarafından erken ifa edilmesi halinde alacaklı ekonomik koşullar bakımından daha avantajlı bir konuma gelebilmektedir.

- Alacaklı, borcun erken ödenmesiyle planlama yapma ve nakit akışını düzenleme şansına sahip olabilir. Özellikle ticari ilişkilerde, borçların erken ödenmesi alacaklının mali planlamasını olumlu yönde etkileyebilir¹⁰².
- Erken ifa durumunda alacaklı, borçlunun yükümlülüğünü zamanında ve belirtilen şekilde yerine getirdiği için hukuki koruma altında olabilir. Bu durum, alacaklının haklarını koruma açısından önemlidir.

B. ERKEN İFA SEBEBİYLE İNDİRİM

Erken ifanın sonuçlarına ilişkin olarak TBK m. 96'nın ikinci cümlesinde erken ifa sebebiyle indirim yapılamayacağı hükmü bulunmaktadır. Borçlu erken ifa yaptığında borcuna nazaran daha az ödeme yapma teklifinde bulunamaz. Bunu teklif etmiş ise alacaklının teklifi kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla erken ifa halinde borç tam olarak ifa edilmelidir¹⁰³. Yargıtay kararlarında da erken ifa sebebiyle indirim yapılamayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁴.

Bununla birlikte erken ifa sebebiyle indirim yapılmamasının istisnaları bulunmaktadır. TBK m. 96'daki hükmün ikinci cümlesinde erken ifada indirim yapılmaması kuralına istisna getirilmiştir. Hükme göre kanun, sözleşme gereği ve âdet gereğince erken ifa sebebiyle indirim yapılabilmesi mümkündür.

⁹⁹ Şahin, "Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa", 881.

¹⁰⁰ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 290.

¹⁰¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 238.

¹⁰² Şahin, "Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa", 895.

¹⁰³ Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa ve İfa Engeli Haksız Zenginleşme*, C 3, 60; Yüce *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 230; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 975.

¹⁰⁴ Bkz. 11.HD, T.18.06.2014, E.2014/8242, K.2014/11768; 11.HD, T.25.02.2015, E.2014/17599, K.2015/2479; 11.HD, T.25.01.2016, E.2015/9945, K.2016/691; 11.HD, T.10.02.2016, E.2015/13193, K.2016/1257; 11.HD, T.9.03.2017, E.2016/2283, K.2017/1396, Erişim Tarihi: 18.12.2024. <https://www.kazancihukuk.com/>.

Kanunda borçlunun erken ifası halinde indirim yapılabileceği düzenlenmiş olabilir. Örnek olarak taksitli satış sözleşmesinde TBK m. 258'e göre satış bedeli ifa zamanından önce ödenebileceği belirtilmektedir. İlgili hükmün ikinci cümlesine göre erken ifa sebebiyle satış bedeline indirim yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca TKHK'da da konut finansmanında olduğu gibi erken ifa sebebiyle indirim yapılabileceği ilişkin hükümler yer almaktadır¹⁰⁵.

Taraflar da sözleşmede erken ifa sebebiyle indirim yapılabileceğe yer verebilirler. İrade serbestisi ilkesi kapsamında tarafların kendi iradeleri ile koydukları bu hüküm TBK m. 96'daki hükmün uygulanmasına engel olur¹⁰⁶. Diğer bir anlamıyla sözleşmede erken ifada indirim yapılacağı kararlaştırıldığında, borçlunun erken ifada bulunması halinde sözleşmedeki hüküm uygulanır.

Erken ifa sebebiyle indirim yapılacağına ilişkin olarak TBK m. 96'da yer alan bir diğer istisna ise âdet gereğince indirim yapılmasıdır. Hükme göre borçlu borcunu erken ifa ettiği takdirde indirim yapılmasını gerektiren bir âdet bulunuyor ise indirim yapılır¹⁰⁷.

C. ERKEN ÖDEME TAZMİNATI

Erken ödeme tazminatı erken ifanın hüküm ve sonuçları arasındadır. Borçlunun borcunu erken ifa etmesi durumunda ödenmesi gereken bedel erken ödeme tazminatı olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁸. Yargıtay bunu erken kapama ücreti, erken kapama komisyonu gibi isimlerle de tanımlar¹⁰⁹. Borçlunun ifa zamanına kadar kararlaştırıldığı şekilde faiz işlemesi beklenen borcunu erken kapaması halinde alacaklı bu faiz gelirinden mahrum kalır. Alacaklının söz konusu mağduriyetini önlemek amacıyla erken ödeme tazminatı ortaya çıkmıştır¹¹⁰. Sözleşmede erken ödeme tazminatının kararlaştırılmasına izin veren hükümlerin olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte ilgili hükümdeki koşulların sağlanması şartıyla erken ödeme tazminatı kararlaştırılabilir ve talep edilebilir¹¹¹. Uygulamada bankalar ile yapılan kredi sözleşmelerinde bu tazminatla karşılaşmaktadır. Kredi kullanan

¹⁰⁵ Bkz. Seza Reisoğlu, "Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları", *Bankacılar Dergisi*, S. 61, (2007): 75-84.

¹⁰⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 805; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler*, 420; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, N 1000.

¹⁰⁷ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler*, 420; Von Tuhr, *Borçlar Hukuku Cilt 1-2.*, 513; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, N 1000; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 717.

¹⁰⁸ Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 237;

¹⁰⁹ Bkz. 13.HD, T.30.06.2014, E.2014/22941, K.2014/22120; 13 HD, 17578/20262, 03.11.2016; 11.HD, T.14.03.2016, E.2015/13302, K.2016/2768; 11 HD, 13437/1461, 13.03.2017; 19 HD, 852/8480, 09.05.2016, Erişim Tarihi: 18.12.2024. <https://www.kazancihukuk.com/>.

¹¹⁰ Şahin, "Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa", 890; Çağlar Özel ve Aydın Zevkililer, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, (Ankara: Seçkin yayıncılık, 2016), 279.

¹¹¹ Şahin, "Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa", 895.

borçlu henüz vadesi gelmeyen kısmı ödediğinde banka faizden mahrum kaldığından, sözleşmeye erken ödeme tazminatı konmaktadır.

Taksitli satış sözleşmesinde TKHK m. 20 hükmüne göre alacaklıya erken ödeme tazminatı talep hakkı tanınmamıştır. Buna karşın konut finansmanında TKHK m. 37 hükmünde belli şartlarda erken ödeme tazminatının kabul edilebileceği düzenlenmiştir. Tüketici kredilerinde de TKHK m. 27 hükmünde alacaklıya erken ödeme tazminatı talep hakkı tanınmamıştır. Bu bağlamda TKHK m. 37 kapsamı dışındaki sözleşmelerde erken ödeme tazminatı düzenlemesi haksız şart olarak kabul edilir. Borçlu bu durumda haksız şart iddiasıyla erken ödeme tazminatından kaçınabilir¹¹².

Tüketici sözleşmesi niteliğini haiz olmayan sözleşmelerde erken ödeme tazminatı olması durumunda genel işlem şartlarının denetiminin yapılması gerekmektedir. Bu şekilde sözleşmede erken ödeme tazminatı içeren hüküm yazılmamış kabul edilir¹¹³. Erken ödeme tazminatının sözleşmelerde genel işlem şartı niteliğini haiz olup olmadığının tespiti her somut olaya göre değerlendirilmelidir. Somut olayda erken ödeme tazminatına ilişkin sözleşmede hüküm olduğuna ilişkin kredi alan kişiye bilgi verilmemesi halinde genel işlem şartı gündeme geleceğinden erken ödeme tazminatı talep edilemez. Ancak erken ödeme tazminatı için anlaşma yapılması halinde genel işlem şartı gündeme gelmez¹¹⁴.

IV. TÜKETİCİ HUKUKUNDA ERKEN İFA

Tüketici Hukuku'nda erken ifa taksitle satış sözleşmesinde, kredi sözleşmesinde ve konut finansmanı sözleşmelerinde söz konusu olabilmektedir.

A. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE ERKEN İFA

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 17. maddesinde taksitle satış sözleşmesi, satıcının ya da sağlayıcının hizmetin ifasını veya malın teslimini üstlendiği, tüketicinin ise bedeli belirlenmiş kısımlar halinde ödediği sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. TBK m. 253/1 hükmünde ise taksitle satış sözleşmesi; satıcının satılan taşınırı satış bedelinin ödenmesinden önce alıcıya teslim etmeyi, satış bedelini de alıcının belli kısımlar halinde ödemeyi üstlendikleri satış olarak yer almıştır.

Taksitle satış sözleşmesi, bir tür veresiye satış işlemi olup, iki tarafa tam borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Diğer bir ifade ile bedel ödenmeden mal teslim edilmektedir. Ayrıca sözleşme gereği malın bedeli birden fazla sayıda vade ile

¹¹² Yahya Deryal, ve Yakup Korkmaz. *Tüketici Hukuku*, 3. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınları, 2015), 83; Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 238.

¹¹³ Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 241.

¹¹⁴ Sezer Çabri. "Ticari Kredilerde Erken Ödeme Tazminatı ile Erken Ödeme Tazminatının Sınırı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11 S. 145-146, (2016): 398; Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, 240.

ödenmektedir. Bu kapsamda TKHK’da yer alan taksitle satış sözleşmesi tanımında satıcı sözleşmeye konu olan hizmetin ifasını ya da malın teslimini üstlenirken, tüketici de sözleşme bedelini belirlenen vadelerde satıcıya ödemek durumundadır.

TBK m. 253/1 hükmü uyarınca taksitle satış sözleşmesinin konusu sadece taşınır mal ya da haklardan oluşabilir. Taşınmaz mallar ise TBK hükümlerinin uygulama alanı dışındadır. Bununla birlikte tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz mallarda farklılıklar görülebilmektedir. Zira tapusuz taşınmazlarda satış işlemi zilyetliğin devri olarak kabul edilir¹¹⁵. Taksitle satış sözleşmelerinde satıcı sözleşmeye konu olan mal ve hizmet bedelini hemen alamamakta ve vadeler dahilinde bedel belirlenmektedir. Tüketici ise taksitle satış sözleşmesi sonrasında ekonomik durumunda artış olduğundan erken ifa yoluna gidebilir. Tüketici toplam borcundan vadesi henüz gelmemiş bir veya birden fazla taksiti ya da borcun tamamını ödeyebilir. TKHK m. 20 hükmüne göre; bu hallerde satıcı özellikle faiz almış ise ödenen miktar dahilinde gereken faiz indirimini yapmakla yükümlüdür. TKHK m. 20 borcun erken ifasının düzenlendiği TBK m. 96’nın bir istisnası olmaktadır. İndirim yapılabilmesinin koşulu, TBK m. 258 hükmünde kalan satış bedelinin bir defada ödenmesi düzenlenmiştir. TKHK m. 20’de ise tüketicinin toplam borcunu önceden ödeyebileceği ya da bir veya birden fazla taksiti ödeyebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla TKHK’ya göre kalan borç tutarının tamamının ödenmesi koşulu yoktur. Tüketici kalan borcunun tamamını ya da belirlediği kısmı vadesinden önce erken ifa edebilecektir. Satıcı konumundaki alacaklı ise söz konusu ödemeyi kabul etmek ve gereken indirimi yapmak zorundadır¹¹⁶. Alıcının tüketicinin erken ifasını kabul etmediği durumda alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanacaktır. Burada göz önüne alınması gereken husus ise erken ödeme indirimi için borçlunun ödemesinin bir taksit tutarından az olmamasıdır. Alacaklı da bir taksit tutarından az olan erken ödemeyi kabul etmek zorunda değildir. Aksi durumda tüketicinin küçük meblağlar halinde borcunu ödemesi alıcıyı zor duruma düşürebilecektir¹¹⁷.

TKHK m. 20 hükmünde yer aldığı üzere, “... *faiz ve komisyon aldığı durumlarda ödenen miktara göre gerekli faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlüdür*” ifadesi indirim yapılacak tutarın faiz ve komisyon masraflarını içermektedir. Bundan dolayı erken ifada faiz ve diğer bedellerde de indirim yapılması gerekmektedir.

¹¹⁵ Bkz. Y8. HD. 26.06.1997, E.9378, K. 4125, Erişim Tarihi: 30.08.2024. <https://www.kazancihukuk.com/>.

¹¹⁶ Bkz. Hasan Ozanoğlu, *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999), 223.

¹¹⁷ Murat İncooğlu, *Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması*, (İstanbul: Beta Yayınları, 1998), 29; Şahin, “Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa”, 907.

B. TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNDE ERKEN İFA

TKHK m. 22 hükmünde tüketici kredisi sözleşmesi tanımı kredi verenin tüketiciye faiz ya da benzeri menfaatler karşılığında ödemeyi erteleme, ödünç ya da benzeri finansman biçimleriyle kredi verme ya da taahhüt etme şeklinde kurulan sözleşme olarak ifade edilmiştir. TBK m. 386 ve devamında düzenlenen faizli tüketim ödünç sözleşmesi aslen tüketici kredi sözleşmesidir. Sözleşme iki tarafa tam borç yüklemektedir. Tüketici kredi sözleşmesine öncelikle TKHK hükümleri uygulanır. TKHK'da hüküm bulunmayan durumlarda ise TBK hükümleri uygulanır¹¹⁸.

Tüketiciler alım gücü düşüklüğü nedeniyle tüketici kredisine başvurmakta dırlar. Bazı durumlarda tüketici kredi sözleşmesi kapsamında borcunu vadesinden önce ödemek isteyebilir. Genel hükümlere göre, kredi veren tüketicinin erken ifasını kabul etmek zorunda değildir. Kredi verenin erken ifayı reddetmesi de alacaklı temerrüdüne neden olmaz. Fakat Kanun Koyucu tüketicileri korumak amacıyla tüketiciye erken ödeme olanağı tanımıştır. Tüketici TBK m. 96'da yer alan hükmün bir istisnası olan TKHK m. 27/I hükmüne göre erken ödeme hakkına sahiptir. Kredi veren ise ödenen tutara göre gereken indirim yapma yükümlülüğündedir. Zira TBK m. 96'ya göre borçlunun vadesinden önce erken ifada bulunması durumunda kanunda, sözleşmede ya da teamülde borca herhangi bir indirim yapılabileceği öngörülmediği hallerde indirim yapılamaz.

TKHK m. 27 hükmü uyarınca tüketicilerin iki şekilde erken ödeme yapabilmeleri mümkündür. Tüketici henüz vadesi gelmemiş olan bir veya birden çok sayıda taksiti erken ödeyebilir ya da borcun tamamını erken ifa edebilir. Tüketici kredilerinde kredi borcunun tamamının ya da bir kısmının erken ifa edilebilmesine imkân tanınmıştır. Tüketici erken ifa durumunda herhangi bir sebep göstermek zorunda değildir. Ayrıca hükmün ikinci fıkrasında erken ödeme durumunda kredi verenin erken ödenen miktara gereken faiz ve diğer unsurlara ilişkin indirim yapma yükümlülüğünün olduğu belirtilmiştir¹¹⁹.

C. KONUT FİNANSMANI SÖZLEŞMESİNDE ERKEN İFA

Konut finansmanı sözleşmesi, TKHK m. 32-39 ile Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde düzenlemiştir. Sözleşmenin tarafları tüketici ve konut finansmanı kuruluşudur. Konut finansmanı sözleşmesi TKHK m. 32 ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği madde 4/I- (h)'de tanımlanmıştır. Buna göre konut finansmanı sözleşmesi; tüketiciye finansal kiralama ile konut kiralanması, konut edinmesi için kredi kullanılması, maliki olduğu konutun teminat

¹¹⁸ Esra, Gültekin. "6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici Kredi Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Borçları", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, (2021): 3087.

¹¹⁹ Sezer, Çabri. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 435.

gösterilmesi ve mevcut kredilerin yeniden finansmanı için kredi kullanılması yoluyla kurulabilmektedir¹²⁰.

Tüketiciye konut finansmanı sözleşmesinde bir ya da birden çok taksiti erken ifa veya borcun tamamını erken ifa imkânı tanınmıştır. Kural olarak vadeye bağlı borçlarda tüketici erken ifaya zorlanamaz. Bununla birlikte daha önce belirtildiği üzere TBK m. 96 hükmü uyarınca borçluya vaktinden önce borcunu erken ifa imkânı tanınmaktadır. Vade borçlu lehine olduğundan, borçlu vadeden yararlanmadan borcunu erken ifa edebilir.

Konut finansmanı ile kredi alan tüketici, kredi borcunun vade sayısını azaltmak ya da borcunu kapatmak isteyebilir. TKHK m. 37/f.1 hükmüne göre, tüketici vadesi gelmemiş olan bir ya da birden fazla sayıda taksit ödemesini veya borcun tamamını erken ifaya konu edebilmektedir. TBK m. 96'ya göre borçlu erken ifada indirim yapılmasını talep edemez. Konut finansmanı sözleşmeleri ise bunun bir istisnasıdır. TKHK m. 37/f.1 hükmü uyarınca borçlu erken ifada bulunduğu anda, konut finansmanı kuruluşuna miktara göre gereken faiz ve diğer unsurlara ilişkin indirim yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu düzenleme tüketicileri erken ifaya teşvik etmektedir. Erken ödeme hakkı tüketicilere kanunen tanınmıştır. Konut finansmanı kuruluşunun sözleşme koşullarına koyacakları erken ödeme indirimi olmayacağına ilişkin koşul ise TKHK m. 5'te düzenlenen haksız şart niteliğine haizdir¹²¹. TBK m. 27 ve TKHK m. 5 hükümleri uyarınca da hükümsüzlük yani sözleşmede erken ödeme indirimi olmayacağına ilişkin koşulun geçerli olmaması söz konusudur.

TKHK 37/1 erken ödeme indirimi yükümlülüğü getirmekle birlikte, TKHK 37/2'de özel şartlara dayanarak erken ödeme durumunda erken ödeme tazminatı ödenebileceği düzenlenmiştir. Bir paragraf halinde bu maddeye ve doktrindeki açıklamalarına da değinelim. Özellikle tüketici hukukunda erken ifa başlıklı çalışmalarında ve konut finansmanına ilişkin çalışmalarda bu husus açıklanıyor.

V. İSPAT

Borçlar hukukunda erken ifa, borçlunun belirlenen ifa zamanından önce borcunu yerine getirmesi durumunu ifade eder. Ancak, borcun erken ifa edildiğinin ispatı, hukuki süreçlerde önemli bir yer tutmaktadır.

Borcun erken ifa edilmesinin ispatı hususunda ifanın ispatına dair hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle borçlu borcunu ifa ettiğini ispat etmekle yükümlüdür. Borçlu borcunu ifa etmesine rağmen bunu ispat edemez ise borç sona ermiş olmaz. Bu bakımdan ifanın ispat edilmesi önemlidir. İfanın ispatı hususunda TBK borçlu yanında alacaklıya da birtakım mükellefiyetler yüklemiştir.

¹²⁰ Şahin, "Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa", 893, 894.

¹²¹ Yakup Akkaya, "Konut Finansmanı Sözleşmelerinde Erken Ödeme İndirimi ve Tazminatı", *Güm-rük ve Ticaret Dergisi*, S. 8, (2016): 59.

TBK m. 103 hükmü uyarınca alacaklının borcunu ödeyen borçluya senedi iade etme, makbuz verme gibi yükümlülükleri bulunmaktadır¹²².

Borcun erken ifa edildiğinin ispatı, genel olarak birkaç ana ilkeye dayanır¹²³. Bu ilkeler, tarafların yükümlülüklerini yerine getirme zamanı ve şekliyle ilgili açık bir kanıt sunmayı içerir. Erken ifa durumunun en güçlü ispat aracı, ilgili belgeler ve kayıtlar üzerinden sağlanır. Borçlunun, borcunu erken ifa ettiğini gösteren belgeler arasında banka havaleleri, ödeme makbuzları, alacaklıya yapılan yazılı bildirimler ve diğer finansal dokümanlar bulunur. Bu belgeler, erken ödemenin gerçekleştiğini ve alacaklıya teslim edildiğini kanıtlar. Erken ifa durumunu ispat etmek için tanık beyanları da kullanılabilir. Taraflar arasında yapılan işlemleri gözlemleyen üçüncü şahısların, ödeme veya ifa sürecine dair tanıklıkları, erken ifanın gerçekleştiğini doğrulayan önemli bir kanıt olabilir. Taraflar arasında imzalanmış sözleşmeler ve ek anlaşmalar da erken ifanın ispatında rol oynar. Özellikle sözleşmede ifa tarihi ve şartları belirlenmişse, bu belgeler erken ifanın değerlendirilmesinde kullanılabilir. Günümüzde, dijital ödeme sistemleri ve elektronik kayıtlar, erken ifanın ispatında önemli bir rol oynamaktadır. Elektronik transferler, dijital imzalar ve diğer elektronik kanıtlar, borcun erken ödendiğini gösterebilir.

Kanun alacaklının borçluya verdiği makbuza bazı karineler bağlamıştır. TBK m. 104/1 ve m.104/2 hükümleri uyarınca dönemlik edimler için alacaklının çekince belirtmeden verdiği makbuz söz konusu ise önceki dönem edimler de ifa edilmiş kabul edilir. Alacaklının anaparanın tamamına makbuz vermiş olması halinde faizlerini de aldığı kabul edilir.

Vadenin borçlu lehine olduğu kadar alacaklı lehine de olduğu sözleşmenin niteliğinden ve durumdan anlaşılıyorsa, borçlunun erken ifasını kabul etmeyen alacaklının ifayı reddetme sebebini ispatlaması gerekecektir. Borçlu ise edimi alacaklıya gerektiği gibi önerdiğini ispat etmekle yükümlüdür. Alacaklı ise buna karşılık borçlunun önerdiği edimi kabulden kaçınmasında haklı olduğunu ispat etmek durumundadır.

Hukuki süreçlerde erken ifanın ispatı, genellikle yargı organları yani yetkili ve görevli mahkemeler tarafından değerlendirilip sonuca bağlanmaktadır. Tarafların sözleşme ve yasal düzenlemeler çerçevesinde hangi yükümlülükleri yerine getirmesi gerektiğinin belirlenmesi önemlidir. Erken ifanın geçerliliği, bu yükümlülüklerin ne zaman yerine getirildiğiyle ilişkilidir. Erken ifayı kanıtlamak için gerekli tüm belgelerin ve kanıtların toplanması gereklidir. Bu delillerin hukuki süreçte sunulabilir ve geçerli olması önemlidir.

¹²² Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 657; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1128.

¹²³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 938.

SONUÇ

Çalışmada borcun erken ifası ile hüküm ve sonuçları incelenmiştir. Buna göre erken ifanın temel hukukî sonucu, söz konusu borcun sona ermiş olmasıdır¹²⁴. Bir borç ilişkisinde borcun ifa edilmesi amaçlanmaktadır. İfanın gerçekleştirilmesi için birtakım unsurlar yerine getirilmelidir. Bu unsurlar; konu, borçlu, alacaklı, yer ve zaman olarak sıralanabilir. TBK m. 90 ve devam hükümlerinde düzenlenmiş olan ifa zamanı sözleşmede taraflarca kararlaştırılabilir. İfanın zamanında gerçekleşmemesi durumunda ise borç ilişkisinin amacına ulaşamadığı kabul edilir. Borcunu zamanında ifa edemeyen borçlunun da bunun hüküm ve sonuçlarına katlanması gerekmektedir. Bazı hallerde borcun ifası kadar erken ifası da söz konusu olabilmektedir. Kural olarak erken ifa sonucunda edimde indirim yapılmaması, erken ifanın iadesinin talep edilmemesi ve erken ödeme tazminatı sonuçları doğar. Bununla birlikte özellikle tüketici işlemlerinde birtakım istisnalar olabilmektedir.

Kural olarak erken ifa mümkündür. Bununla birlikte erken ifanın yapılabilmesi için öncelikle borcun geciktirici şarta ya da vadeye bağlanmış olması gerekir. Zira geciktirici şarta ya da vadeye bağlı olmayan sözleşmelerde, borcun doğumu ile ifa zamanının aynı ana denk gelmesi söz konusudur. Bu durumda erken ifanın gerçekleşme olanağı yoktur. Erken ifanın yasaklanmış olması da erken ifaya engel olmaktadır. Yasaklama söz konusu olduğunda borçlu vadenin dolmasını beklemek durumundadır. Ayrıca erken ifa nedeniyle alacaklının bir masrafı olacaksa, masraf borçlu tarafından karşılanmalıdır. Aksi durumda alacaklının erken ifa talebini kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durum alacaklının temerrüdüne de neden olmaz. Zira ifa zamanı genelde borçlunun menfaatine uygun düzenlenmiş olsa da gerçekleştirilen ifanın alacaklının menfaatine uygun olması beklenmektedir.

TBK m. 96'da yer alan hüküm uyarınca kural olarak erken ifada indirim yapılmaz. Borçlu her ne kadar lehine olan vadeden feragat etmiş olsa da alacaklıyı alacağından bir kısmını feragat etmeye zorlayamaz. Faiz beklentisi olan faizli borçlar için de bu kural geçerli olmalıdır. Bununla birlikte TBK m. 96'da sözleşme, adet, kanun gereğince indirim yapılabileceği düzenlemesi yapılmıştır. Taraflar erken ifa yapılması durumunda alacaklının kazanç kaybını telafi etmesi amacıyla erken ödeme tazminatının ödenmesine karar verebilirler. Bununla birlikte sözleşmede erken ödeme tazminatına ilişkin koşulların genel işlem şartı niteliğine haiz olup olmadığı değerlendirilmelidir. Sözleşmede erken ödeme tazminatı miktarının belirlenmesi alacaklıya verilebileceği gibi belli oranda erken ödeme tazminatının verilmesi de kararlaştırılabilir. Fakat alacaklının erken ödeme tazminatını hakkın kötüye kullanımı yasağına ve dürüstlük kuralına uygun hareket ederek belirlemesi gerekmektedir.

¹²⁴ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 560.

TKHK'da yer alan erken ifa hükümlerinde ise borçlunun borcunu erken ifa ettiğinde, erken ödeme indirimi alabileceği düzenlenmiştir. Erken ifaya ilişkin hükümler emredici nitelikte olup, tüketiciyi korumaya yöneliktir. Borçlunun borcun bir kısmını ya da tamamını erken ödemesi durumunda tüketicinin ödeme yaptığı tarih esas alınarak erken ödeme indirimi uygulanır.

Borcun erken ifa edilmesi halinin ispatı ise, taraflar arasındaki ilişkilerin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi açısından kritik bir öneme sahiptir. İspat sürecinde belgelerin, tanık beyanlarının ve elektronik kayıtların etkili bir şekilde kullanılması, erken ifanın doğruluğunu ve geçerliliğini kanıtlamada yardımcı olabilir. Hukuki süreçlerde bu tür durumların doğru bir şekilde ele alınması, taraflar arasındaki anlaşmazlıkların çözülmesini ve hakların korunmasını sağlar.

KAYNAKÇA

- Akkaya, Yakup. “Konut Finansmanı Sözleşmelerinde Erken Ödeme İndirimi ve Tazminatı”, *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, S. 8, (2016): 52-61
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Ateş Derya. “Borçlunun Temerrütünde Aynen İfa Kavramının Edim Özellikleri Yönünden Değerlendirilmesi”, *İNÜHFD*, C. 13 S. 2, (2022): 447-461.
- Belen, Herdem. *6098 sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2014.
- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Çabri Sezer. “Ticari Kredilerde Erken Ödeme Tazminatı ile Erken Ödeme Tazminatının Sınırı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11 S. 145-146, (2016): 393-416.
- Çabri, Sezer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara: Adalet Yayınları, 2021.
- Deryal, Yahya ve Korkmaz, Yakup. *Tüketici Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınları, 2015.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Legem Yayınevi, 2023.
- Gernhuber, Joachim. *Die Erfüllung und Ihre Surrogate*, Tübingen: J.C.B Mohr, 1983.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat. *Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Haller*, Ankara: Gönül Kitabevi, 1945.
- Gülerci, Altan Fahri. *Meslek Yüksekokulları, İktisadi ve İdari Bilimler Fakülteleri İçin Borçlar Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Güneylioğlu, Aygül Kızılay. *İfa Zamanı ve Erken İfa*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Gültekin, Esra. “6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici Kredi Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Borçları”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, (2021): 3079- 3120.
- Hatemi, Hüseyin ve Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Genel Bölümler*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- İnceoğlu, Murat. *Taksitle Satumlarda Tüketicinin Korunması*, İstanbul: Beta Yayınları, 1998.
- Kasap, Gözde. “*Tüketici Hukukunda Erken İfa*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Kazancı Hukuk Yargıtay Kararları, Erişim Tarihi: 30.08.2024. <https://www.kazancihukuk.com/>.
- Keskin, Ayşe Dilşad. “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık”, *GÜHFD*, 11, S.1-2, (2007): 209-231.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona ve Arpacı, Abdülkadir. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa ve İfa Engeli Haksız Zenginleşme, C 3*, İstanbul: Filiz Yayınevi, 2016.
- Koziol, Helmut ve Welser, Rudolf. *Grundriss des Bürgerlichen Rechts Band II*, Manzschelche Verlags-Und Universitätsbuchhandlung, 2007.

- Kurt, Leyla Müjde. *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Kurtulan, Gökçe. “Türk Hukukunda İmkânsızlık ve Aşırı İfa Güçlüğü Kurumlarının Karşılaştırılması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 32, S.3, (2016): 197.
- Medicus, Dieter ve Lorenz, Stephan. *Schuldrecht I*, Verlag C.H. Beck München, 19. Germany: Auflage, 2010.
- Oğuzman, M. Kemal ve Barlas, Nami. *Medeni Hukuk*, 27. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21 Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2023.
- Ozanoğlu, Hasan. *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999.
- Özel, Çağlar ve Zevkliler, Aydın. *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara: Seçkin yayıncılık, 2016.
- Reisoğlu, Seza. “Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, *Bankacılar Dergisi*, S. 61, (2007): 75-84.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012.
- Seliçi, Özer. “Kesin Vadeli İşlemler”, *MHAD*, S. 3, (1968): 92-107.
- Serozan, Rona, Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hatemi, Hüseyin ve Serozan, Arpacı Abdülkadir. *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, İstanbul: Filiz Yayınevi, 2002.
- Şahin, Musa Furkan. “Tüketici Sözleşmelerinde Erken İfa”. *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 80, S.3, (2022): 881-924.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Filiz Yayınevi, 1993.
- Thilo, Emile ve Esen, Bülent. “Laesio Enormis ve Clausula Rebus Sic Stantibus ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1, S.3, (1935): 849.
- Tunçomağ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler*, İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.
- Tunçomağ, Kenan. “Borçlar Hukuku”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 29, S.1-2, (2011): 374-395.
- von Tuhr, Andreas ve Escher, Arnold. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, zweiter Band, Dritte Auflage, Schulthess, Zürich, 1974.
- Von Tuhr, Andreas ve Peter, Hans. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zürich, 1974.
- von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukuku Cilt 1-2*. Çev. Cevat Edege, Ankara: Olgaç Matbaası, 1983.

- Weber, Rolf. *Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht*, 2. Auflage, Stampfli Verlag Bern, 2005.
- Yavuz, Nihat. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Cilt 1, Madde 1-338, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Yüce, Melek Bilgin. *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Yüce, Melek Bilgin. “Borçlu Açısından Erken İfa ve Sonuçları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 17, S.192, (2022): 99-111.
- Yücel, Özge. “Covid 19 Salgınının Borç İlişkilerine Hukuksal Etkileri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 166, (2020): 1189-1202.