



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 11 - Sayı: 1 - Ocak 2025

Anadolu Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi
Prof. Dr. Yusuf ADIGÜZEL

Baş Editör
Prof. Dr. Tolga AKKAYA

Editör
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK
Dr. Öğr. Üyesi Neyzen Fehmi DOLAR

Editör Yardımcısı
Arş. Gör. Burak IŞIK
Arş. Gör. Emirhan AYDIN
Arş. Gör. Emin ÇELİK
Arş. Gör. Gülser Banu USLU YİĞİT
Arş. Gör. Mehmet Şükrü YILDIZ

Dil Editörleri
Doç. Dr. Reşit KARAASLAN (Almanca)
Dr. Öğr. Üyesi Merve KUTLU MUTLUER (İngilizce)
Öğr. Gör. Dr. Halil DÜZENLİ (İngilizce)

İletişim Adresi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yunusemre Kampüsü
Tepebaşı / ESKİŞEHİR
Tel: +90 (222) 335 05 80 - 2240
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr
Elektronik Ağ: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd>

Yayına Hazırlayan
Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj
Emre KIZMAZ

Yayın Yeri | Yılı
Ankara | Şubat 2025

e-ISSN
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan
hakemli bir hukuk dergisidir.

AndHD,     
veritabanlarında indekslenmektedir.

**Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.
Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.**

Danışma Kurulu^(*)

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Ün., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

^(*) Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Yayın Kurulu^(*)

- Prof. Dr. İbrahim KAYA (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa AVCI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver BOZKURT (*Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR (*Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Uğur YİĞİT (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (*Ankara Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

^(*) Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve alfabetik sıraya göre gösterilmektedir.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ("AndHD")

Amaç

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hukukun her alanında hazırlanan özgün ve bilimsel çalışmaların elektronik ortamda yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Kapsam

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergide hukukun her alanından hakemli makale, çeviri, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilmektedir. Yazı dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Etik İlkeler ve Yayın Politikası

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği AndHD'de süreçler COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

Yazarlar

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Çok yazarlı çalışmalar için **Katkı Oranı Beyan Formunun** her bir yazar tarafından imzalanarak sisteme yüklenmesi gerekir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekirken, bu kişiler ilgili çalışmadan sorumlu tutulmazlar. Bu kişilerin çalışmaya katkıları, çalışmanın ilk sayfasında başlığa eklenecek bir yıldızlı dipnotla belirtilir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

Hakemler

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir. Hakemin ilgili çalışmanın değerlendirilmesi hususunda kendini yetkin görmemesi halinde hakemlik görevinden kaçınılmalıdır.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmalarını tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.

- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceği kanaatine varması halinde, zaman kaybetmeden editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

Editörler

AndHD dergi editörleri OPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu’nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- AndHD’ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde ayrımcılığa sebebiyet verecek herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem değerlendirmeleri sonucunda yayıma uygun bulunan çalışmaların, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilmesi mümkündür.
- Dergiye gönderilen çalışmanın; derginin amaç ve kapsamına ile yazım kurallarına ve yayın politikasına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmemesi halinde hakeme gönderilmeden editör tarafından reddedilmesi mümkündür. Bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlerin, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakemle, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editör, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editör, görevini burada ve atıf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri listeden çıkarır.
- Editör, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

Yazım Kuralları

Yazım Dili

Çalışmaların dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

Dosya Formatı

Tam metin dosyaları, sisteme Microsoft Word programı ile hazırlanmış “.doc” ya da “.docx” uzantılı formatta yüklenmelidir.

İletişim Bilgileri

Tam metin dosyalarının ilk sayfasında başlığa eklenen bir dipnotta, yazarın adına ve soyadına, unvanına, çalıştığı kuruma, ORCID bilgilerine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numarasına ve elektronik posta adresine ilişkin bilgilere yer verilmelidir.

Ana Başlık Öz ve Anahtar Kelimeler

Dergiye gönderilen çalışmalar başlık, öz, anahtar kelimeler, metin ve kaynakça dâhil **15.000 kelimedenden fazla** olmamalıdır.

Dergiye gönderilen çalışmalarda başlık, en az 100 en çok 250 kelimedenden oluşan bir öz ile en az beş anahtar kelime yer almalıdır. Bunların tamamı, çalışmanın yazıldığı dilde ve bu dil dışında kabul edilen diğer bir yazı dilinde olmak üzere iki farklı dilde yazılmalıdır.

Sayfa Düzeni

1. Tam metin dosyalarında sayfa düzeni, A4 sayfa boyutunda olmalı ve üst ve alt kenar boşlukları 2,5 cm, sağ ve sol kenar boşlukları 2 cm olarak ayarlanmalıdır.
2. Tam sayı dosyasında metin bölümü, Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı olmalıdır.
3. Yazının yazım dilinde ve altında diğer dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, ilk harfleri büyük şekilde yer almalıdır.
4. Yazarın adı ve soyadı, yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır. Yazarın unvanı, görev yaptığı kurum, e-posta adresi ve ORCID bilgileri ilk sayfada adı ve soyadının sonuna eklenen yıldızlı dipnotta belirtilmelidir.

Başlıklar

1. Bölüm başlıkları, “I, II, III, ...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.
2. Alt başlıklar, “A, B, C...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.
3. Bundan sonraki başlıklar “1, 2, 3, ...” ve ardından gelenler “a, b, c...”, “aa, bb, cc...” ve “aaa, bbb, ccc...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK

A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

Kısaltmalar

1. Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.
 - İlk kullanım için “Türk Medeni Kanunu (TMK)”, ikinci kullanım için TMK
2. Metin içinde yer verilen yazar soyadları ilk harfi büyük ve italik olarak yazılır.
 - *Eren*’e göre...
3. Metin içinde yer verilen yabancı dildeki kelimeler italik olarak yazılır.
 - Hukukun temel ilkelerinden olan *non bis in idem* ilkesine göre...

Dipnotlar

1. Hazırlanan çalışmalarda atıflar dipnot usulüne göre yapılmalıdır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden önce kullanılmalıdır.
2. Dergiye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı olmalıdır.
3. Yabancı dilde yazılmış ve yabancı dilde bir dergide veya yabancı bir yayınevi tarafından yayınlanmış eserlerde baskı, cilt, sayı gibi ifadeler eserin yazım diline tercüme edilmelidir.
 - HAUSHEER, Heinz / GEISER, Thomas / AEBI-MÜLLER, Regina E.: *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 4. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2010.
 - ARGANO, Giulia: “Pirates... A Charterers’ Peril of the Sea”, *Southampton Student Law Review*, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 169-194.
4. Tek yazarlı kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, yayın yeri, basım yılı, sayfa numaraları (“s.”) şeklinde kullanılmalıdır. Tek baskı olan kitaplarda baskı sayısının belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.
 - EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 10.
5. Tek yazarlı makalelerde, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayımlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları, sayfa numaraları (“s.”) şeklinde kullanılmalıdır.
 - ARSEBÜK, A. Esat: “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkışaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 7.
6. Birden fazla yazarlı kitap ve makalelerde, yazarların ad ve soyadlarının arasına “/” işareti koyulmalıdır.
 - AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 10.
7. Editörlü kitaplar ve sempozyum vb. yayınlarında, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde eser (bölüm) adı, (Ed.) kısaltması, editör veya çevirmenin soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, yayın yeri, basım yılı, sayfa numaraları (“s.”) şeklinde yer almalıdır.
 - ROHE, Mathias: “Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Malatya, 2014, s. 55.
8. Şerh (*Kommentar*) olarak yazılmış kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde eser (bölüm) adı, editörün soyadı ve adı, (Ed./Hrsg.) kısaltması, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, yayın yeri, basım yılı, sayfa numaraları, (“s.”) şeklinde yer almalıdır. Bu eser birden fazla kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda sayfa numarasından önce parantez içinde ve kaynakçada ilgili “Yazar” ifadesi ile eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda yazarın soyadı, italik olarak eserin kısaltması ve sayfa numarası usulü izlenmelidir.
 - ROMELLI, Stefano: “Art. 649”, KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / WOLF, Stephan / ARMSTUTZ, Marc / FANKHAUSER Roland (Hrsg.): *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021 (Yazar, OFK).
 - ROMELLI, OFK, Art. 649, N. 4.

9. Yazarı bilgisine yer verilmeyen resmî ya da özel yayınlarda yayımlayan, italik olarak yayının adı, yayın yeri, yayın tarihi, sayfa numarası ("s.") sırasıyla verilmelidir.
 - EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION): *Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010)*, Venice, 2010, s. 13.
10. Yüksek lisans ve doktora tezlerinde, yazarın soyadı ve adı, italik olarak tez başlığı, tezin türü, üniversite ve enstitü adı, şehir, yıl ve sayfa numarası belirtilmelidir.
 - MANAVGAT, Çağlar: *Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1988, s. 42.
11. İlk kullanımdan sonraki dipnotlarda, sadece yazarın soyadı yazılmalıdır.
 - AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10.
12. Aynı yazarın veya aynı soyadına sahip yazarların birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda sayfa numarasından önce parantez içinde ve kaynakçada ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda yazarın soyadı, italik olarak eserin kısaltması ve sayfa numarası usulü izlenmelidir.
 - AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019 (Başlangıç Hükümleri), s. 10.
 - AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, *Başlangıç Hükümleri*, s. 10.
13. Dipnotta birden fazla eser bulunması hâlinde eserler noktalı virgül ile birbirinden ayrılmalıdır.
 - AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10; ARSEBÜK, s. 13.
14. Yargı kararlarına yapılacak atıflarda mahkeme adı, dairesi, karar tarihi, esas ve karar numarası ile kaynağı belirtilmelidir.
 - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı:
AİHM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) § (HUDOC).
 - Anayasa Mahkemesi kararı:
AYM, T. 25.06.2020, E. 2020/16, K. 2020/33 (Norm Kararlar Bilgi Bankası).
 - Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararı:
AYM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) § (Kararlar Bilgi Bankası).
 - Uyuşmazlık Mahkemesi kararı:
UYM, T. 15.11.1999, E. 1999/24, K. 1999/31 (Lexpera).
 - Yargıtay kararı:
Yargıtay, 2. HD, T. 02.01.2015, E. 2012/01, K. 2015/03 (Yargıtay Karar Arama).
 - Danıştay kararı:
Danıştay, 13. D, T. 08.07.2020, E. 2020/1825, K. 2020/1848 (Danıştay Karar Arama).
 - Bölge adliye mahkemesi kararı:
Ankara BAM, 1. HD, T. 02.10.2017, E. 2017/696, K. 2017/976 (Kazancı).
 - Bölge idare mahkemesi kararı:
Ankara BİM, 2. İDD, T. 27.04.2018, E. 2017/13600, K. 2018/998.
15. Elektronik kaynaklarda bağlantı adresi ve erişim tarihi belirtilmelidir.
 - Bkz. <https://dergipark.org.tr/pub/andhd> (ET: 07.07.2019).
16. Mevzuata yapılacak atıflarda, ilgili mevzuatın yayımlandığı Resmî Gazete'nin tarih ve sayı bilgileri belirtilmelidir.
 - 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.
17. Metin içinde metnin başka bir bölümüne yapılan atıflarda, ilgili başlık numarasının yanına ilgili başlık tırnak içinde yazılır.
 - Daha fazla bilgi için bkz. I.A.1.a. "Kavramsal Çerçeve".

Kaynakça

1. Kaynakçada yer verilen eserler, yazarların soyadına göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.
2. Kaynakçada yer verilen eserlerin tümüne atıf yapılmış olmalıdır.
3. Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıf ile eserin kaynakçada yer veriliş biçimi aynı olmalıdır.
4. Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri, editörlü kitap bölümü vb. ise eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.
 - AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, İstanbul, 2019 (Başlangıç Hükümleri).
 - ARSEBÜK, A. Esat, "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-20.
 - EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
 - EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION): *Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010)*, Venice, 2010.
 - KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / WOLF, Stephan / ARMSTUTZ, Marc / FANKHAUSER Roland (Hrsg.): *Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2021 (Yazar, OFK).
 - ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Malatya, Malatya, 2014, s. 55-70.

Değerlendirme Süreci

Yayın Etiği Bakımından Değerlendirme

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler. Bu doğrultuda, AndHD'ye gönderilen çalışmaların değerlendirme süreci derginin Etik İlkeleri ve Yayın Politikası çerçevesinde yürütülür. İlgili ilke ve kuralların ihlal edildiğinden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları uygulanır.

Öninceleme ile Yazım ve Dil Denetimi

Dergide yayımlanması istenen çalışmalar başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak verildiği kabul edilir. Editör Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu saptanan yazılar hakeme gönderilmeksizin gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.

Tüm çalışmalar yayımlanmadan önce, tekrar, ilgili Yazım ve Dil Editörünün denetiminden geçer.

Hakem Değerlendirme Süreci

Değerlendirme süreci çift taraflı kör hakemlik yöntemiyle yürütülür. Editör Kurulu tarafından gerçekleştirilen ilk incelemeden geçen çalışmalar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemler ilgili çalışmanın aynen yayımlanmasını, düzeltilmesini yahut yayımlanmamasını önerir.

Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise çalışma üçüncü hakeme gönderilerek gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır.

Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan çalışmalar, Editör Kurulu gerek gördüğü takdirde, bir kez daha hakeme gönderilebilir. Tüm hakem raporları beş yıl boyunca saklanır.

Diğer Çalışmaların Değerlendirilmesi

Hakemli makaleler ve çeviriler dışındaki çalışmaların yayımlanması Editör Kurulunun kararına bağlıdır. Çevirilerin değerlendirmeye alınabilmesi için metin ile birlikte yazının kaynak dildeki özgün metni ve sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan çeviri izni de gönderilmelidir.

İntihal Politikası ve Benzerlik Raporu

İntihal Politikası

Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir. Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.

Dergiye gönderilen çalışmaların değerlendirilmesi sırasında intihalden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınır.

Benzerlik Raporu

Tüm araştırma makaleleri **iThenticate** veya **Turnitin** üzerinden alınan benzerlik raporu ile birlikte gönderilmelidir. Dergide yayımlanması istenen araştırma makalesi için benzerlik raporu alınması mümkün değil ise ilgili çalışma gönderilmeden önce Editörlük ile iletişime geçilmesi önerilir.

AndHD'nin intihal politikası bağlamında belirli bir benzerlik oranı belirlenmemiş olup çalışmanın değerlendirme sürecine alınıp alınmayacağına, çalışmanın niteliği ve benzerlik raporunda tespit edilen benzerliklerin durumuna göre Editör Kurulu tarafından karar verilir.

Telif Politikası ve Yayın Lisansı

Yazarlar çalışmalarını AndHD'ye gönderirken Telif Hakkı Formunu imzalarlar. Bu form ile, AndHD'de yayımlanmak üzere gönderdikleri çalışmalarının,

- AndHD Etik İlkeler ve Yayın Politikası ile Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde hazırlandığını,
- Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olduğunu,
- İlgili çalışma üzerindeki, işleme, çoğaltma, temsil, basım, yayım, dağıtım ve internet yoluyla iletim de dâhil olmak üzere her türlü umuma iletim ve mali haklarını Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisine devretmeyi kabul ve taahhüt ederler.

AndHD tarafından yayıma kabul edilen çalışmalar Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayımlanır. Bu lisansla kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verilir.

Açık Erişim Politikası

AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) ile lisanslıdır. Bu lisans, kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verir.

Ücret Politikası

Dergide makale yayımı ve değerlendirme süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için gönderim ya da yayım ücreti alınmaz, hakemlik faaliyeti için ücret ödenmez. AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü okuyuculara ücretsiz olarak sunulur.

Sunuş

Değerli Okuyucular,

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin (AndHD) Ocak 2025 sayısı, DergiPark sayfasında yayımlanmıştır. Bu sayıda kamu hukuku ve özel hukuk alanında kaleme alınan yirmi iki hakemli araştırma makalesine yer verilmiştir.

Sayıda, "İsviçre, Alman ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Türk Kooperatifler Hukukunda Denetim Sistemine İlişkin Bir Değerlendirme", "Mahkeme Dışı Boşanmanın Türk Hukukunda Uygulanması İmkânının Değerlendirilmesi", "İş Hukukunda İşçilerin Sosyal Medya Kullanımına İlişkin İşyeri İç Yönetmelikleri/Rehberler", "Sistem Teorisinin Dünya Hukuku Düşüncesine Katkısı: *Luhmann ve Teubner*", "Avrupa Ombudsmanlarının İncinebilir Gruplara Yaklaşımları", "*Das Problem mit dem Eigentum in der Türkischen Republik Nordzypern im Gange zur Kommission für unbewegliches Eigentum*", "Mirasbırakanın Vasiyetnamesinde Ölünceye Kadar Kendisine Bakılması Koşuluna Bağlı Ölümüne Bağlı Tasarrufları", "Ücretsiz İzin Sonrası İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Hukuki Sonuçları", "Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı Açısından İdare ve Bölge İdare Mahkemelerinde Birden Çok Hakimin Reddi", "Kant Düşüncesinde Hukuk, Devlet ve İnsan Haklarının Felsefi Temelleri", "Roma Hukukunda *Stipulatio* (Sözlü Sözleşme)", "Türk Borçlar Kanunu m. 51 ve 52'de Hükmeye Bağlı Tazminattan İndirim Sebepleri ve Uygulanması", "Her Suçun Konusu Var mıdır? Tehlike Suçu-Zarar Suçu Bağlamında Hareketin Konusunun Fonksiyonuna Dair Bir Değerlendirme", "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Harcının Hak Arama Hürriyeti Bağlamında Değerlendirilmesi", "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Önleme Araması Neticesinde Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Üzerine Bir Değerlendirme", "Türk-Fransız Hukukunda Yağma Suçu ve İstatistik Bilgilerle Suçun Sosyoekonomik Yönü", "Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler Halinde İşçinin İtiraz Hakkı", "Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Bankaya Sigortacı Aleyhine Dava Açma Zorunluluğu Yüklenebilir mi?", "Vergi Hukukunda Tahakkuk Kavramı, Benzer Kavramlardan Farkı ve Hukuki Niteliği", "Reklam ve Çocuk: Uluslararası Hukuk ile Türk Hukukunda Çocuklara Yönelik Reklam Düzenlemelerine İlişkin Değerlendirmeler", "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluk Ayrımı" ve "Üretken Yapay Zekâ Tarafından Üretilen Fikri Ürünlerde Yapay Zekânın Eser Sahipliği ve Telif Hakkı" başlıklı çalışmalar bulunmaktadır.

Dergimizin bu sayısının yayımlanmasında emeği geçen değerli yazarlara, hakemlere ve yayın sürecine dizgi konusunda destek sağlayan Seçkin Yayınevine içten teşekkür eder, bu sayının hukuk öğretisi ve uygulaması için yararlı olmasını dileriz.

AndHD Editör Kurulu

İçindekiler

Araştırma Makaleleri

İsviçre, Alman ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Türk Kooperatifler Hukukunda Denetim Sistemine İlişkin Bir Değerlendirme

An Evaluation of the Audit System in Turkish Cooperatives Law Comparative with Switzerland, German and British Law

Sevgi BOZKURT YAŞAR..... 1

Mahkeme Dışı Boşanmanın Türk Hukukunda Uygulanması İmkanının Değerlendirilmesi

Evaluation of the Possibility of Implementation of Out-of-Court Divorce in Turkish Law

Emrah AKTÜRK..... 31

İş Hukukunda İşçilerin Sosyal Medya Kullanımına İlişkin İşyeri İç Yönetmelikleri/Rehberler

Workplace Internal Regulations/Guidelines on the Use of Social Media by Employees in Employment Law

Nihat Seyhun ALP 57

Sistem Teorisinin Dünya Hukuku Düşüncesine Katkısı: *Luhmann ve Teubner*

The Contribution of System Theory to the Idea of Global Law: *Luhmann and Teubner*

Güneş ÇAP 85

Avrupa Ombudsmanlarının İncinebilir Gruplara Yaklaşımları

European Ombudsmen's Approaches to Vulnerable Groups

Rıdvan DEĞİRMENCİ 99

Das Problem mit dem Eigentum in der Türkischen Republik Nordzypem im Gange zur Kommission für unbewegliches Eigentum

Taşınmaz Mal Komisyonuna Giden Süreçte Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetindeki Mülkiyet Sorunu

Mehmet DİREKLİ 115

Mirasbırakanın Vasiyetnamesinde Ölünceye Kadar Kendisine Bakılması Koşuluna Bağladığı Ölümüne Bağlı Tasarrufları

The Testamentary Dispositions of the Testator in His Will, Which are Subject to the Condition of Taking Care of Him Until His Death

Cannur ERCAN 129

Ücretsiz İzin Sonrası İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Hukuki Sonuçları

The Employer's Refusal to Reinstatement the Employee After Unpaid Leave and Its Legal Consequences

Betül ERKANLI BAŞBÜYÜK 145

Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı Açısından İdare ve Bölge İdare Mahkemelerinde Birden Çok Hakimin Reddi

In Terms of the Right to Request Review of Judgement, Rejection of More Than One Judges in Administrative Courts and Regional Administrative Courts

Muhammed GÖÇGÜN 163

Kant Düşüncesinde Hukuk, Devlet ve İnsan Haklarının Felsefi Temelleri

Philosophical Foundations of Law, State and Human Rights in Kant's Thought

Alper IŞIK - Cemre Edip YALÇIN 185

Roma Hukukunda *Stipulatio* (Sözlü Sözleşme)*Stipulatio* (Verbal Contract) in Roman Law

Elvan SÜTKEN 203

Türk Borçlar Kanunu m. 51 ve 52'de Hükme Bağlanan Tazminattan İndirim Sebepleri ve Uygulanması

Reasons for and Application of Reduction of Compensation as Stipulated in Articles 51 and 52 of the Turkish Code of Obligations

Ayşenur ŞAHİN CANER 231

Her Suçun Konusu Var mıdır? Tehlike Suçu-Zarar Suçu Bağlamında Hareketin Konusunun Fonksiyonuna Dair Bir Değerlendirme

Does Every Crime Have an Object? An Evaluation on the Function of the Object of the Conduct in the Context of the Crime of Danger-Harm

Ertuğrul ÜNAL 245

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Harcının Hak Arama Hürriyeti Bağlamında Değerlendirilmesi

Evaluation of the Individual Application Fee to the Constitutional Court in the Context of the Freedom to Claim Rights

İsmail YAZICIOĞLU - Gamze Nur UÇAR 267

Güncel Yargıtay Kararları Işığında Önleme Araması Neticesinde Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Üzerine Bir Değerlendirme

An Evaluation on the Legality of Evidence Obtained as a Result of the Preventive Search in the Light of Current Supreme Court Decision

Fatih YURTLU 289

Türk-Fransız Hukukunda Yağma Suçu ve İstatistik Bilgilerle Suçun Sosyoekonomik Yönü

Crime of Extortion in Turkish-French Law and Socio-Economic Aspects of the Crime with Statistical Information

Hamide ŞAHİN SUBAŞI - Zekai GENÇ - Tanıl Mehmet BAŞKAN 313

Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler Halinde İşçinin İtiraz Hakkı

Right to Objection of Employee in Case of Structural Changes in Trading Companies

Yusuf AKMAN 343

Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Bankaya Sigortacı Aleyhine Dava Açma Zorunluluğu Yüklenebilir mi?

Can the Bank be Obligated to File a Lawsuit Against the Insurer in Disputes Arising from a Credit-Linked Life Insurance Contract?

Sefa ER 365

Vergi Hukukunda Tahakkuk Kavramı, Benzer Kavramlardan Farkı ve Hukuki Niteliği

The Concept of Accrual in Tax Law, The Differences from Similar Concepts and Its Legal Characteristics

Aslı ELVAN KATIÇ 387

Reklam ve Çocuk: Uluslararası Hukuk ile Türk Hukukunda Çocuklara Yönelik Reklam Düzenlemelerine İlişkin Değerlendirmeler

Advertisement and Children: Evaluations on Regulations on Advertising to Children in International and Turkish Law

Ece ATAK 407

Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluk Ayrımı

Distinction between Civil and Criminal Liability of Members of the Board of Directors of a Joint Stock Company

Hilal Betül GÜNGÜNEŞ ŞAHİN 427

Üretken Yapay Zekâ Tarafından Üretilen Fikri Ürünlerde Yapay Zekânın Eser Sahipliği ve Telif Hakkı

The Authorship and Copyright of Intellectual Works Produced by Generative Artificial Intelligence

Umut ALTINMAKAS..... 457

Araştırma Makaleleri

İsviçre, Alman ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Türk Kooperatifler Hukukunda Denetim Sistemine İlişkin Bir Değerlendirme^(*)



*An Evaluation of the Audit System in
Turkish Cooperatives Law Comparative
with Switzerland, German and British Law*

Sevgi BOZKURT YAŞAR



Doçent Doktor
Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

İç Denetim,
Denetim Kurulu,
Üst Denetim,
Bağımsız Denetim,
Dış Denetim.

Öz

Anonim şirketlerin denetimine ilişkin mülga 6762 sayılı TTK m. 347 ve devamında şirketin zorunlu bir organı olarak denetçiler düzenlenmişti. 6102 sayılı TTK ile iç denetim sisteminden vazgeçilerek, bağımsız denetim esası kabul edildi. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda ise kooperatiflerde denetçi/denetçiler anonim şirketlerden farklı olarak şirketin zorunlu bir organı olmaya devam etmektedir. Kooperatiflerde denetim sistemi 7339 sayılı Kanun ile önemli şekilde değiştirilmiş olup bazı ölçütlere göre belirlenen bir kısım kooperatiflerin iç denetimin yanı sıra dış denetime tabi olmaları gerekliliği düzenlenmiştir. Geniş anlamda dış denetim şirketin dışarıdan denetlenmesi anlamına gelmekte, şirketin zorunlu organı niteliğinde olmayan, şirketle organik bağı bulunmayan kişi ve kuruluşlar eli ile yapılan denetimi ifade etmektedir. Ancak Kooperatifler Kanunu'nun 69. maddesinde dış denetim, yalnızca hükümde şartları belirtilen denetimle sınırlı tutulmuştur. Çalışmada Kooperatifler Kanunu'nun denetime ilişkin düzenlemeleri, Kooperatif ve Üst Kuruluşlarının Denetlenmesine Dair Yönetmelik hükümleri ile seçilmiş hukuklardaki denetim sistemleri dikkate alınarak incelenmiştir.

Keywords

Internal Audit,
Audit Board,
Senior Audit,
Independent Audit,
External Audit.

Abstract

Auditors were regulated as a mandatory organ of the company in the repealed Turkish Commercial Code No. 6762, Article 347 et seq., regarding the audit of joint stock companies. The principle of independent audit was adopted, and the internal audit system was abandoned with the Turkish Commercial Code No. 6102. In the Cooperatives Law No. 1163, auditors in cooperatives continue to be a mandatory organ of the company, unlike joint stock companies. The audit system in cooperatives has been significantly changed by Law No. 7339, and it has been regulated that some cooperatives determined according to certain criteria must be subject to external audit as well as internal audit. In a broad sense, external audit means auditing the company from outside and refers to the audit carried out by persons and organizations that are not mandatory organs of the company and have no organic connection with the company. However, in the Cooperatives Law Art. 69, external audit is limited only to the audit whose conditions are specified in the provision. In the study, the audit regulations of the Cooperatives Law were examined by considering the provisions of the Regulation on the Auditing of Cooperatives and their Parent Organizations and the audit systems in selected laws.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 14.05.2024, Kabul Tarihi: 31.08.2024.

GİRİŞ

Anonim şirketlerde zorunlu organlar yönetim kurulu ve genel kuruldur. Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) denetçi/denetçiler anonim şirketlerde zorunlu organ olarak düzenlenmemiştir. Kooperatifler Kanunu'nda (KoopK) ise denetçi/denetçiler anonim şirketlerden farklı olarak zorunlu organ niteliğini sürdürmektedir. Kooperatifler Kanunu'nda 7339 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹ ile denetim ile ilgili hükümlerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi dış denetime ilişkin KoopK m. 69'da getirilen düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre “*Ticaret Bakanlığı tarafından çalışma konusu, ortak sayısı ve ciro gibi kıstaslar dikkate alınarak belirlenen kooperatif ve üst kuruluşları dış denetime tabidir.*”. Anılan hükümde KoopK m. 69 ve 65 kapsamında yapılacak denetime ilişkin usul ve esaslar, denetçilerin nitelikleri, uyacakları etik ilkeler, görev ve yetkileri, seçilmeleri, görevden alınmaları veya ayrılmaları, denetimin ve denetim raporlarının içeriği ve raporun genel kurula sunulması ile üst kuruluşların yetkilendirilmesine ilişkin hususların ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Ticaret Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu hükme dayanılarak Kooperatif ve Üst Kuruluşlarının Denetlenmesine Dair Yönetmelik² çıkarılmıştır. Kooperatifler ayrıca ilgili Bakanlık ve kredi veren kurum ve kuruluşlarca da denetime tabidir. Bu denetleme türlerinin yanı sıra 4572 sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun'a tabi kooperatiflerde ve KoopK m. 69/3 uyarınca ilgili Bakanlıkça dış denetimle yetkilendirilen birlik ve merkez birliklerinde Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre bağımsız denetim söz konusudur. Çalışmada kooperatiflerde denetim sistemi, Kooperatifler Kanunu'nun denetime ilişkin düzenlemeleri, Kooperatif ve Üst Kuruluşlarının Denetlenmesine Dair Yönetmelik hükümleri ve seçilmiş hukuklarda denetim sistemleri birlikte ele alınmış ve incelenmiştir.

I. DENETİME İLİŞKİN ESASLAR

A. Kavram Olarak Denetim

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre denetim, denetlemek işi anlamına gelmektedir. Denetlemek ise “*Bir işin doğru ve usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığını incelemek, murakabe etmek, teftiş etmek, kontrol etmek*” olarak tanımlanmaktadır³. Denetim, genel olarak, iktisadi faaliyet ve olaylarla ilgili iddiaların önceden belirlenmiş ölçülere göre uygunluk derecesinin araştırılması ve sonuçlarının ilgili olanlara bildirilmesi amacı ile objektif şekilde delilleri toplayan, elde edilen bulguları ve delilleri değerlendiren sistematik süreç olarak tanımlanabilir⁴. Kooperatifler özelinde denetim ise, kooperatifin yapısının, faaliyetlerinin, iş ve işlemlerinin herhangi bir tutarsızlık, hata, çelişki, noksanlık içerip içermediğinin mevzuat, ana sözleşme, genel kurul kararları ve iyiniyet kuralları kapsamında ölçülmesi, değerlendirilmesi, gözlenmesi, izlenmesi için yapılan tüm faaliyetler olarak belirlenebilir⁵.

Denetim, dar anlamda şirkette bu amaç için görevlendirilmiş ve yetki verilmiş organ veya kuruluşlar tarafından yapılan iç denetimi ifade etmektedir⁶. Dış denetim ise şirketin dışarıdan denetlenmesi anlamına gelmekte ve şirketin zorunlu organı niteliğinde bulunmayan ve şirketle organik bağı bulunmayan kişi ve kuruluşlar eli ile yapılan denetimi belirtmektedir. Kooperatifler özelinde ise dış denetim kooperatifin bağlı olduğu bakanlık ve ticaret sicil müdürlüğü ile bağımsız denetime tabi ise bağımsız denetçiler ve ilgili durumlarda kredi veren kurum ve kuruluşlarca yerine getirilir⁷. Ancak Kooperatifler

¹ 26.10.2021 tarihli ve 31640 sayılı Resmî Gazete.

² 01.02.2022 tarihli ve 31737 sayılı Resmî Gazete.

³ www.tdk.gov.tr (ET: 16.02.2024).

⁴ GÜREDİN, Ersin: *Denetim*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s. 5.

⁵ ÜSTÜN, Yusuf / AYDIN, Muhittin: *Kooperatifler Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 329.

⁶ Doktrinde yapılan diğer ayrımlar için bkz. YAZICI, Ali Said: *1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu'na Göre Kooperatiflerin Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 85.

⁷ YAZICI, s. 181.

Kanunu'nda değişiklik yapan 7339 sayılı Kanun m. 9, KoopK m. 69'un başlığını "dış denetim" olarak değiştirmiş, dış denetimi yalnızca bu düzenlemede koşulları tespit edilen denetime özgülemiştir. Doktrinde, KoopK m. 69'un başlığının "Dış denetim" olarak kaleme alınmış olmasına rağmen, bu ifadenin sadece KoopK m. 69 kapsamındaki denetimi değil, aynı zamanda *şirkete yabancı* olanlar eliyle yürütülen tüm denetimleri de kapsadığı ve bu sebeple hükmün başlığının yanıltıcı olduğu ifade edilmektedir⁸.

B. Denetimin Amacı

Denetim ortaklar, alacaklılar ve kamu açısından önemli bir rol oynamaktadır⁹. Denetçiler, ortakların genellikle sahip olmadıkları uzmanlık bilgisine ve özel deneyime sahip olduklarından, ortaklar için kontrol makamı rolünü üstlenir ve şirketin denetiminin ve işlerinin kontrolünün bir parçasını oluşturur¹⁰. Bu bağlamda yıllık finansal tabloların ve yönetim kurulunun bilanço kârının kullanım önerisinin yasal ve ana sözleşmesel hükümlere uygun olup olmadığının kontrol edilmesi ortakların menfaatlerine hizmet eder. Denetim ayrıca şirket ve yönetiminin performansının ölçülmesine, planlanan iş ve faaliyetlerin gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesine ve şirket yönetiminin faaliyetlerinin sonuçlarının değerlendirilmesinde işlev görür. Denetçiler, incelemeleri ile şirketin mali durumu ve sorumluluk alt yapısı hakkında bilgi sağlayarak, şirketle sözleşme ilişkisi içinde bulunan kişilere veya sözleşme ilişkisi içerisine girmek isteyenlere de fayda sağlarlar¹¹. Denetim, kamu açısından ise ticari işlemlerde güvenilirliği ve ekonomik kuruluşların iç kontrolünü gerçekleştirir¹².

II. SEÇİLMİŞ HUKUKLARDA KOOPERATİFLERDE DENETİM

İlk kooperatif hareketlerinin başladığı ve kooperatifçilikte başarılı bulunan İngiltere ile sonrasında Almanya ve onları takip eden İsviçre'de uygulanan denetim modellerinin incelenmesi 7339 sayılı Kanun ile getirilen dış denetim sisteminin değerlendirilmesinde önem taşımaktadır. Bu ülkelerde gerçekleştirilen profesyonel denetim sistemi kooperatifçilik hareketinin başarılı olmasının en önemli etkenlerinden biridir.

A. İsviçre Hukukunda Kooperatiflerde Denetim

1. Olağan veya Sınırlı Denetim (*ordentliche oder eingeschränkte Revision*)

İsviçre hukukunda Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliği¹³ ile İsvBK m. 906/1'de kooperatiflerde denetim anonim şirket hükümlerine atıf yapılmak sureti ile düzenlenmiştir. Böylece anonim şirketlere ilişkin İsvBK m. 727 vd. düzenlemeleri kooperatifler bakımından da geçerli hale

⁸ NARBAY, Şafak / AL KILIÇ, Şengül: "7339 Sayılı Kanun'un Kooperatifler Kanunu ve Diğer Kanunlarda Yaptığı Değişiklikler Üzerine Düşünceler", *REGESTA*, 2022, Cilt 7, Sayı 1, s. 45. Ayrıca bkz. ARI, Zekeriya: "Anonim Şirketin Denetimi ve Hesapları", (Ed.) KARAHAN, Sami: *Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013 (Şirketler Hukuku), s. 443 vd.

⁹ BERTSCHINGER, Urs: "Revisionsstelle und «Corporate Governance»", WEBER, Rolf H. / STOFFEL, Walter A. / CHENAUX, Jean-Luc / SETHE, Rolf (Hrsg.): *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*, Schulthess Verlag, Zürich, 2017, s. 93.

¹⁰ Karş. Botschaft Revisionspflicht 2004, s. 3975.

¹¹ Botschaft Revisionspflicht 2004, s. 3975. HERZOG, Martina Johanna: *Lenkung, Führung und Kontrolle in Genossenschaften*, Dike Verlag, Zürich-St. Gallen, 2021, s. 129.

¹² Botschaft Revisionspflicht 2004, s. 3976.

¹³ BG vom 16. Dez. 2005, I 3, (AS 2007 4791; BBl 2002 3148, 2004 3969). 1992 yılı değişikliğine kadar anonim şirket ile kooperatiflerde denetim büyük ölçüde aynı şekilde düzenlenmişti. Ancak 1992 yılında denetçi olma şartlarını ve görevlerini önemli ölçüde ağırlaştıran anonim şirketler hükümleri değişikliği, kooperatif hukukundaki ilgili hükümleri etkilemediğinden, kooperatif hukukunda eski düzenlemeler aynı şekilde yürürlükte kaldı. Bu düzenlemelerde özellikle denetçilerin bağımsızlık veya uzmanlık kriterleri gibi gereklilikler bulunmuyordu. Denetim görevlilerinin ticaret siciline kaydının yapılmaması, üçüncü kişilerde belirsizlik oluşturuyordu. Ayrıca İsvBK m. 906/1 lafzı anonim şirketlere ilişkin düzenlemeleri de aşarak sadece muhasebe denetimi değil, kooperatif yönetiminin denetimini de denetim konusu haline getiriyordu. WATTER, Rolf / MAIZAR, Karim: "Art.906", HONSELL, Heinrich / VOGT, Peter Nedim / WATTER, Rolf (Hrsg.): *Basler Kommentar, Obligationenrecht II Art. 530-964 OR Art 1-6 SchlT AG Art.1-11 ÜBest GmbH*, 4. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012 (Yazar, Basler Kommentar), N. 1.

gelmiştir¹⁴. Bu değişiklikten önce kooperatiflerde denetime ilişkin hükümler daha basit bir şekilde ele alınmış, yönetim ile denetim arasında personel ayrımı yapılmamıştı. Ayrıca denetçilerde aranan mesleki gereklilikler güncel düzenleme ile karşılaştırıldığında önemli ölçüde düşüktü¹⁵. Getirilen yeni düzenleme ile ortaya çıkan en önemli değişiklikler ise kooperatiflerde denetim bakımından, “*Kontrollstelle* (kontrol merci)” yerine “*Revisionstelle* (denetim kurulu)” teriminin kullanılması, kooperatiflerin belirli koşullar altında yalnızca sınırlı bir denetim gerçekleştirmesine veya denetçi atamaktan tamamen vazgeçmesine olanak tanınması, denetçilere yönelik uzmanlık gerekliliklerine ve bağımsızlık düzenlemelerine uyulması şartlarının aranmasıdır. Ayrıca önceki düzenlemelerle karşılaştırıldığında denetçilerin görevleri yeni hükümlerle daha açık ve kesin bir şekilde düzenlenmekle kalmayıp aynı zamanda genişletilmiştir¹⁶. Öte yandan yönetim, denetimin zorunlu bir konusu olmaktan çıkmıştır¹⁷. Yapılan değişiklik ile kooperatifin olağan denetime tabi olması şartı ile genel kurula kapsamlı bir denetim raporunun sunulması gerekliliği öngörülmüş olup denetçinin ticaret siciline tescil edilmesi gerekmektedir¹⁸. Ayrıca denetçilerin görev süresi sınırlanmıştır¹⁹.

İsvBK m. 727/1’de sayılan şirketlerin yıllık finansal tablolarının ve gerekiyorsa konsolide finansal tablolarının bir denetçi tarafından uygun şekilde denetlenmesi gerekir. Bu şirketler halka açık ortaklıklardır ki bunlar, borsada işlem gören pay senetlerini haiz şirketler, çıkarılmış tahvilleri bulunan şirketler veya bu şirketlerin (İsvBK m. 727/1/a veya b bentlerinde sayılan) konsolide hesaplarında varlıklarına veya cirosuna %20 oranında katılımı bulunan şirketlerdir. Ayrıca İsvBK m. 727/1 (2)’de art arda iki mali yılda hükümdeki ölçütlerden ikisini aşan şirketlerin olağan denetime tabi olduğu belirtilmiştir. Anılan hükme göre; (a) toplam 20 milyon frank bilanço, (b) 40 milyon frank satış geliri, (c) yılda ortalama 250 tam zamanlı çalışmanı olmak kriterlerinden ikisini aşan şirketler olağan denetime tabidir. İsvBK m. 727/1 (3)’te ise konsolide finansal tablo hazırlaması gereken şirketlerin de olağan denetime tabi olduğu düzenlenmiştir.

Bu halde İsvBK m. 727/1’e göre halka açık şirketler, İsvBK m. 963 maddesi anlamında konsolide finansal tablo hazırlamakla yükümlü şirketler ve ekonomik açıdan önemli şirketler olağan denetim yaptırmak zorundadır. Halka açık şirketlerde bu denetimin devlet tarafından denetlenen bir denetim şirketi tarafından yapılması gerekir. Diğer olağan denetim durumlarında ise lisanslı bir denetim uzmanı yeterlidir. İsvBK m. 906/1’de anonim şirket denetim hükümlerine atıf yapılmış olması nedeniyle bu düzenleme kooperatifler için de geçerlidir. Kooperatiflerin paylarının borsada işlem görme imkanının bulunmaması sebebiyle, devlet denetimindeki bir denetim şirketi tarafından olağan denetim yapılması zorunluluğu İsvBK m. 727/1 (1) b ve c bentlerinde öngörülen hallerle sınırlıdır²⁰. Bu bağlamda İsvBK m. 727/2’de²¹ öngörülen sınır değerlerden ikisinin üst üste iki mali yılda aşılması durumunda, konsolide finansal tablo hazırlanması gerektiğinde, ana sözleşme bunu öngördüğünde veya genel kurul tarafından karar verilmesi halinde lisanslı bir denetim uzmanı tarafından olağan denetim yapılması gerekir²².

¹⁴ 16 Aralık 2005 tarihli kanunda yapılan değişiklikle, tüzel kişiler için temelde hukuksal açıdan tarafsız bir denetim yükümlülüğü kavramı getirilmekle kalmamış, aynı zamanda denetçilere ilişkin uzmanlık gereklilikleri ve görevleri arasında da bir uyum sağlanmıştır. Düzenlemeler ile şirketin ekonomik önemine göre bir ayırım yapılır (İsvBK m. 727, 727a). WATTER / MAIZAR, *Basler Kommentar*, Art 906, N. 2.

¹⁵ HERZOG, s. 128; WATTER / MAIZAR, *Basler Kommentar*, Art. 906, N. 1.

¹⁶ Muhasebe sürecinin bir parçası olarak, kooperatifin düzenli denetim yükümlülüklerine tabi olması koşuluyla, bir iç kontrol sisteminin varlığı ve seçilen özel muhasebe standardına uygunluğu özellikle kontrol edilmelidir. WATTER / MAIZAR, *Basler Kommentar*, Art. 906, N. 2.

¹⁷ WATTER / MAIZAR, *Basler Kommentar*, Art. 906, N. 2; HERZOG, s. 141; MEIER-HAYOZ, Arthur / FORSTMOSER, Peter / SETHE, Rolf: *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. Baskı, Stämpfli, Bern, 2018, § 16, N. 774.

¹⁸ WATTER / MAIZAR, *Basler Kommentar*, Art. 906, N. 2.

¹⁹ İsvBK m. 730/a uyarınca denetçiler 1 ila 3 yıl için seçilebilirler. Görev süresi son finansal tabloların kabul edilmesi ile sona erer. Denetçilerin tekrar seçilmeleri mümkündür. Olağan denetimi yöneten, bu görevi en fazla yedi yıl süreyle yerine getirir. Ancak üç yıllık bir aradan sonra aynı göreve devam edebilir (İsvBK m. 730a/2). Ayrıca bkz. WATTER / MAIZAR, *Basler Kommentar*, Art. 906, N. 2.

²⁰ HERZOG, s. 134-135. Çıkarılmış tahvilleri bulunan şirketler ile 727/1 (1) a veya b’de sayılan şirketlerin konsolide hesaplarında varlıklarına veya cirosuna %20 oranında katılımı bulunan şirketler.

²¹ İsvBK 727/2 uyarınca art arda iki mali yılda aşağıdaki sınır değerlerden ikisini aşan şirketler olağan denetime tabidir: (a) toplam varlıkları 20 milyon frank, (b) 40 milyon frank satış geliri, (c) yılda ortalama 250 tam zamanlı çalışmanı bulunması.

²² HERZOG, s. 134-135.

Ayrıca İsvBK m. 727/2'de sermayenin en az yüzde 10'unu temsil eden pay sahiplerinin talep etmesi halinde olağan denetim yapılması gerekliliği düzenlenmiş olup anılan hükmün üçüncü fıkrasında ise kanun gereği olağan denetim gerekmediği hallerde, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile yine de olağan denetimin (*ordentliche Revision*) öngörülmesine imkân tanınmıştır. Ancak kooperatifler bakımından İsvBK m. 906/2'de ortakların olağan denetim isteme hakkı özel olarak düzenlenmiştir. Anılan düzenlemede anonim şirketlerden farklı olarak kooperatiflerin belirli sermayeye sahip olması gerekmediği dikkate alınmış ve kooperatiflerde ortakların %10'unun da sermayenin %10'unu temsil eden kooperatif ortaklarının yanı sıra olağan denetim talebinde bulunmasına imkân tanınmıştır. Ayrıca bu hükümde şahsi sorumluluğu veya ek yükümlülüğü bulunan kooperatif ortaklarının olağan denetim talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir²³.

İsvBK m. 727a/1 uyarınca olağan bir denetim şart değilse, şirketin yıllık finansal tablolarının bir denetçi tarafından sınırlı ölçüde denetlenmesi gerekir (*ingeschränkte Revision*). Bununla birlikte hükmün ikinci fıkrasında şirketin yılda ortalama ondan fazla tam zamanlı çalışanı bulunmuyorsa tüm pay sahiplerinin onayı ile sınırlı denetimden vazgeçilebileceği düzenlenmiştir. Yönetim kurulu bunu sağlamak için pay sahiplerinin/ortakların onayını yazılı olarak isteyebilir. Ayrıca hükümde pay sahiplerine cevap için en az 20 günlük bir sürenin verilmesi gerektiği ve cevap verilmemesinin denetimden vazgeçilmesine ilişkin onay sayılacağı belirlenebileceği düzenlenmiştir (İsvBK m. 727a/3). Pay sahiplerinin/ortakların sınırlı denetimden feragat etmeleri halinde, bu feragat sonraki yıllar için de geçerlidir. Ancak her pay sahibinin genel kurul toplantısından en az on gün önce sınırlı denetim yapılmasını talep etme hakkı vardır. Bu durumda denetçilerin genel kurul tarafından seçilmesi gerekir (İsvBK m. 727a/4). Yönetim kurulu gerekli hallerde esas sözleşmeyi uyarlayarak, denetçinin terkin veya kaydedilmesini ticaret siciline bildirir (İsvBK m. 727a/5).

Kooperatif birliklerinde ise birlik genellikle denetçiye genel bir yetki verir ve bu yetkiyle atanan denetçi hem birliği hem de üye kooperatifleri denetler. Birlik ile üye kooperatifler arasındaki bağlantılar göz önüne alındığında, farklı denetçilerin görevlendirilmesi esasen pratik olmayacaktır. Ancak genel bir yetki verilmesi, birlik ve üye kooperatiflerdeki aynı hataların veya tutarsızlıkların fark edilmemesi ve bunun sonucunda birçok şirketin etkilenmesi riskini de taşır. Bu tehlike, nitelikli bir denetimle önlenabilir ve birliklerin, denetimini yürütmek üzere devlet denetimindeki denetim şirketlerine görev vermesiyle en aza indirilebilir²⁴.

Olağan ve sınırlı denetimler, atanacak denetçiye ilişkin şartlar ve denetçinin görevinin kapsamı, denetimin derinliği bakımından farklılık yaratmaktadır. Sınırlı denetim durumunda denetçinin uzmanlık gereklilikleri daha sınırlıdır ve denetimin İsvBK m. 727c uyarınca *Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren* (Denetçilerin Kaydı ve Gözetimine İlişkin Federal Kanun-*Revisionsaufsichtsgesetz-RAG*) m. 5 anlamında lisanslı bir denetçi tarafından yapılması gerekir. Olağan denetimin ise İsvBK m. 727b/2 RAG m. 4 uyarınca lisanslı bir denetim uzmanı tarafından gerçekleştirilmesi gerekir²⁵.

Olağan denetimde, bağımsızlık denetçilerin denetimlerinde özgür olmasını ve gerek denetlenen şirketten gerekse kendi çıkarlarından etkilenmeksizin sonuca ulaşmalarını gerektirir. Hem görünüş itibarı ile hem de maddi gerçeklik olarak bağımsızlık korunmalıdır. Bu bağımsızlık muhasebe ve denetimin güvenliği bakımından özellikle önem taşır. İsvBK m. 728/2'de bağımsızlık ile bağdaşmayan

²³ İsviçre hukukunda kooperatiflerde denetim anonim şirket hükümlerine atıf yoluyla düzenlendiği için her iki ortaklık türünde büyük ölçüde aynıdır. Farklılıklar kooperatifler bakımından kanunda ayrıca düzenleme yapılmış olması halinde söz konusudur. Bu anlamda İsvBK m. 906/2'de kooperatiflerde ortakların %10'unun, birlikte sermayenin %10'unu temsil eden kooperatif ortaklarının veya şahsi sorumluluğu veya ek yükümlülüğü bulunan kooperatif ortaklarının olağan denetim talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Anonim şirketlerde ise olağan denetim talebinde bulunabilecekler sadece İsvBK m. 727/2'de sermayeye katılım esas alınarak düzenlenmiştir. HERZOG, s. 142.

²⁴ Dış denetçilerin ek kontrol organlarıyla desteklenmesi konusunda kooperatif birlikleri ve büyük kooperatifler genellikle iç denetim gibi diğer kontrol araçlarını kullanırlar ve dolayısıyla etkili kontrolün gerekliliklerini karşılamaya çalışırlar. HERZOG, s. 141-142.

²⁵ HERZOG, s. 129-130.

olgular sıralanmıştır. Yönetim kurulu üyesi olma, şirkette başkaca karar işlevini yerine getirme veya şirketle istihdam ilişkisi, şirkete önemli bir mali katılım, muhasebenin tutulmasına iştirak veya ekonomik bağımlılık yaratacak bir vekaletin üstlenilmesi bağımsızlık ile uyumlu değildir (İsvBK m. 728/2)²⁶. Daha önceleri kabul edilen kooperatifi ortaklarının denetlemesi esas bu halde artık olanaklı değildir (İsvBK m. 728/2). Kural olarak, denetçilerin muhasebenin tutulmasına katılabilmeleri ve denetlenen şirket için diğer hizmetleri sağlayabilmeleri dışında (İsvBK m. 729/2), aynı bağımsızlık kriterleri sınırlı denetim ve denetçiler için de geçerlidir. Sınırlı denetimler için İsvBK m. 729/1’de denetçilerin bağımsız olması ve denetime ilişkin görüşlerini objektif olarak oluşturması gerektiği düzenlenmiştir. Kanun, sınırlı denetim için, olağan denetim bakımından İsvBK m. 728/2’de düzenlenen bağımsızlık ile uyumsuzluk arz eden olguları içeren katalogun bir benzerini düzenlememiştir. İsvBK m. 729/2’ye göre denetçinin, denetlenen şirketin muhasebesinin tutulmasına katılmasına ve diğer hizmetlerin sağlanmasına izin verilmektedir. Ancak kendi işini kontrol etme riski ortaya çıkarsa, güvenilir bir denetim sağlamak için uygun organizasyonel ve personel önlemlerinin alınması şarttır²⁷. İsvBK m. 729b/1 (3) uyarınca bu konuda şeffaflık sağlanmalı ve denetim raporunda bağımsızlık durumu ve şirkete sağlanan muhasebe ve diğer hizmetlere katılım hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir²⁸.

2. Denetçilerin Görevleri

Denetçilerin denetim yükümlülükleri çerçevesinde, raporlama ve bilgilendirme yükümlülükleri ve istisnai durumlarda yönetim görevleri vardır. Denetçi, ticari defterleri ve yıllık finansal tabloların maddi doğruluğunu biçimsel ve rastgele örnek almak sureti ile kontrol eder. Biçimsel doğruluk kontrolü, tüm belgelerin mevcut olup olmadığının ve muhasebenin matematiksel olarak doğru olup olmadığının kontrol edilmesini içerirken, maddi doğruluk açısından denetim ise borçların belirtilip belirtilmediği, bunların doğru değerde yazılıp yazılmadığı ve kooperatif aktiflerinin doğru olarak listelenip listelenmediğinin kontrolünü kapsar²⁹. Defter tutma ve muhasebe, şirkete kişisel bilgi sağlamaya hizmet eder, yatırımcıların, yönetimin ve çalışanların çıkarınadır ve bu nedenle organlar tarafından alınan kararların temelini oluşturur. Defter tutma ve muhasebe, ortaklar tarafından çeşitli koruyucu hakların kullanılması için de önemlidir. Zira yıllık finansal tablolara güvenilerek, yatırılan sermayenin korunup korunmadığı, kar dağıtımının uygun olup olmadığı gibi konularda karar verilebilir³⁰.

İnceleme yoğunluğu olağan veya sınırlı denetim yapılmasına göre farklılık gösterir. Olağan denetim kapsamındaki denetimin konusu ve kapsamı geniş olup, İsvBK m. 728a’ya göre belirlenmektedir. Denetim, yıllık finansal tabloların ve varsa konsolide finansal tabloların yasal hükümlere, ana sözleşmeye, belirlenmiş diğer kurallara, bilanço kârının kullanımına ilişkin yönetim kurulunun genel kurula sunduğu teklifin mevzuat hükümlerine ve ana sözleşmeye uygun olup olmadığına ve iç denetim sisteminin varlığına ilişkindir³¹. Sınırlı denetimde ise İsvBK m. 729a dikkate alınır. İsvBK m. 729a/1 uyarınca yıllık finansal tabloların veya yönetim kurulunun bilanço kârının dağıtılmasına yönelik önerisinin yasal düzenlemelere uygun olmadığını ortaya koyan herhangi bir emare olup olmadığı denetlenir. Bu nedenle, sınırlı denetim yasaya aykırı olguların bulunmadığına ilişkin olumsuz tespitle sınırlıdır. Denetim yalnızca yüzeysel şekilde gerçekleştirilir. Bu durum doğal olarak yasa ve ana sözleşme ihlallerinin yanı sıra maddi yanlışlıkların da fark edilmemesi riskini artırmaktadır³². İsvBK m. 907’de ayrıca kooperatiflere özgü bir denetim yükümlülüğü getirilmiştir. Kooperatif ortaklarının kişisel sorumlu-

²⁶ HERZOG, s. 130.

²⁷ BERTSCHINGER, Urs: “Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei der eingeschränkten und ordentlichen Revision - Gleichlauf und Differenz”, *AJP/PJA*, 2012, Sayı 9 (Unabhängigkeit), s. 1224.

²⁸ HERZOG, s. 131. Botschaft Revisionspflicht 2004, s. 4026. BERTSCHINGER, *Unabhängigkeit*, s. 1224.

²⁹ MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER / SETHE, § 16, N. 719; HERZOG, s. 131.

³⁰ HERZOG, s. 131.

³¹ İsvBK m. Art. 728a. MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER / SETHE, § 16, N. 724 vd.; HERZOG, s. 132.

³² HERZOG, s. 133.

luğu veya ek katkı yapma yükümlülüğü bulunan kooperatiflerde denetçiler, kooperatif ortaklarının kayıtlarının doğru şekilde tutulup tutulmadığını tespit etmelidir.

Denetçiler denetim sonuçları hakkında bir raporla bilgi verirler. Olağan denetimde denetçilerin, muhasebe, iç kontrol sistemi ve denetimin uygulanmasına ve sonuçlarına ilişkin tespitleri içeren ve münhasıran yönetim kuruluna gönderilen kapsamlı bir rapor hazırlamaları gerekir (İsvBK m. 728b). Ayrıca yıllık finansal tabloların ve gerekiyorsa konsolide finansal tabloların onaylanması ve kâr dağıtımının oylanması için ön şartı oluşturan genel kurul toplantısı için özet rapor hazırlanması zorunludur³³.

Rapor, denetim sonuçlarına ve bağımsızlığına ilişkin bir açıklamayı ihtiva etmelidir. Ayrıca denetçi hakkında bilgi ve onun mesleki becerileri ile yıllık finansal tablolara ilişkin önerisini içermelidir. İsvBK m. 728c uyarınca kanun, tüzük veya organizasyonel düzenlemelere aykırılıkların idareye bildirilmesi gerekir. Önemli ihlallerin olması veya yönetim kurulunun gerekli önlemleri almaması durumunda genel kurulun da bu konuda bilgilendirilmesi gerekmektedir³⁴.

Sınırlı denetimde ise rapor verme yükümlülüğü daha sınırlı düzenlenmiş olup, denetçinin yönetim kuruluna rapor vermesine gerek bulunmamaktadır. Denetçiler yalnızca genel kurula özet olarak rapor vermekle yükümlüdür. Ayrıca yıllık finansal tabloların onaylanması konusunda öneride bulunmazlar. Herhangi bir ihlalin yönetime ve genel kurula bildirilmesi zorunluluğu da ortadan kalkar³⁵.

Kanunda düzenlenen iki istisnai durumda ise yönetimin hareketsiz kalması halinde denetçilerin yönetim kurulunun görevlerini üstlenmeleri gerekmektedir. Buna göre, şirketin aşırı borçlu olması/borca batıklık halinde, yönetim kurulunun görevlerini ihmal ederek hareketsiz kalmaları durumunda denetçilerin bu durumu mahkemeye bildirmesi gerekir (İsvBK m. 729 c). Ayrıca yönetim kurulunun genel kurulu çağırma yetkisini kullanmaması halinde denetçiler genel kurulu toplantıya çağırma hakkına sahiptirler (İsvBK m. 881/1).

3. Kooperatif Birliklerinin Gözetim ve Kararların İptalini Talep Hakkı (*Überwachungs- und Anfechtungsrecht*)

İsvBK m. 924/1'e göre, birlik yönetimi, birlik ana sözleşmesinde öngörülmüş olması halinde, üyelerinin ticari faaliyetlerini gözetim (*Überwachungsrecht*) hakkına sahiptir. Ayrıca İsvBK m. 924/2'de birlik ana sözleşmesinde üyeler tarafından alınan kararların iptalini talep edilebileceğinin düzenlenebileceği hüküm altına alınmıştır (*Anfechtungsrecht*)³⁶. Birlik üyesi, birlik tarafından yapılan kontrole tolerans göstermeli ve birliği bilgilendirmelidir. Denetimin içeriğinde herhangi bir sınırlama bulunmadığından sadece muhasebenin değil yönetim ve işlerinin izlenmesi mümkün olmaktadır. Bu bağlamda birliğin denetimi, yalnızca defterlerin kontrolünü değil, tüm organizasyonun ve faaliyetlerin gözetimini içerir. Ancak birliğin denetim hakkı, kooperatif kararlarının geçerliliğinin birliğin onayına bağlı olması anlamına gelmemektedir³⁷.

İsvBK m. 924/2 çerçevesinde birliğe üye kooperatif kararlarının iptalini talep hakkı tanınması için birliğin ana sözleşmesinin yanı sıra üye kooperatif ana sözleşmelerinde de düzenleme olması gerekli-

³³ WATTER, Rolf / PFIFFNER, Daniel C.: "Art 728b", HONSELL, Heinrich / VOGT, Peter Nedim / WATTER, Rolf (Hrsg.): *Basler Kommentar, Obligationenrecht II Art. 530-964 OR Art 1-6 SchlT AG Art.1-11 ÜBest GmbH*, 4. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012, N. 18.

³⁴ MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER / SETHE, § 16, N. 738; WATTER / PFIFFNER, *Basler Kommentar*, Art. 729b, N. 4 vd.

³⁵ HERZOG, s. 134.

³⁶ İsvBK 924/1'de yer alan gözetim hakkının getirilme gerekçesi, birliğin kendisinin bağlı üyeleri bakımından kooperatif ortağı sayılması ve bu nedenle birliğin İsvBK m. 856'da kooperatif ortaklarına tanınan kontrol hakları olarak nitelenen inceleme ve bilgi edinme haklarını haiz olmamasıdır. SCHMID, Ernst Felix: "Art. 924", HONSELL, Heinrich / VOGT, Peter Nedim / WATTER, Rolf (Hrsg.): *Basler Kommentar, Obligationenrecht II Art. 530-964 OR Art 1-6 SchlT AG Art.1-11 ÜBest GmbH*, 4. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012, N. 1.

³⁷ SCHMID, *Basler Kommentar*, Art. 924, N. 2.

liği hususu doktrinde tartışmalıdır³⁸. Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre hem birlik hem de üye kooperatif ana sözleşmesinde birliğin üye kooperatifin kararlarının iptalini talep edebileceğine ilişkin bir düzenlenmenin yer alması gerektiği kabul edilmektedir³⁹. Aksi takdirde, üye kooperatif ortaklarının, yalnızca birlik ana sözleşmesine başvurarak iptal hakkı konusunda bilgi edinmelerinin mümkün olacağı bunun ise üye olunan birliğin tespitinin her zaman kolay olmaması nedeni ile bir sorun teşkil edeceği belirtilmektedir⁴⁰. İptal talebinde bulunma hakkı, üye kooperatiflerin fiilen almış oldukları ve kanun veya birlik veya bağlı kooperatif ana sözleşmesine aykırı olan tüm kararları için geçerlidir⁴¹. Bu kapsamda genel kurulun tüm olağan ve olağanüstü kararları ile temsilciler kurulu veya genel kurulun mektupla karar alma usulü ile aldığı kararların iptali talep edilebilecektir. Hâkim görüşe göre bu hakkın kapsamına yönetim kurulunun ve şirket yönetiminin kararları da dahildir⁴². Kanuni düzenlemede birliğin yönetim kurulunun (*der Verwaltung des Verbandes*) dava açma hakkından bahsetmesine rağmen, aktif dava ehliyeti birliğe aittir. Birliğe üye kooperatif ise davalıdır⁴³. Birliğin iptal talebinde bulunma hakkını kullanabilmesi, alınan kararlar konusunda bilgilendirilmesine bağlıdır. Bu aktif bilgi edinme hakkı, İsvBK m. 924/1'e dayandırılabilir⁴⁴.

B. Alman Hukukunda Kooperatiflerde Denetim

1. Gözetim Kurulu (*Aufsichtsrats*) Tarafından Yapılan Denetim

Gesetz betreffend die Erwerbs-und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz-GenG) m. 9/1 uyarınca kooperatiflerde anonim şirketlerde olduğu üzere yönetim ve gözetim faaliyetinin iki farklı organ tarafından yapılması öngörülmüştür. Yönetim kurulu şirketin yönetiminden sorumlu olup, şirketi üçüncü kişilere karşı temsil eder. Gözetim kurulu ise şirket yönetiminin gözetimi faaliyetini yürütür⁴⁵. Ortak sayısı 20'yi geçmeyen kooperatiflerde ana sözleşmede düzenleme yapılması şartı ile gözetim kurulunun oluşturulmasından vazgeçilebilir. Ana sözleşmede ayrı bir hüküm bulunmuyor ise genel kurul bu görevi üstlenir⁴⁶.

GenG § 9/2 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin ve gözetim kurulu üyelerinin kooperatif ortağı olması şarttır. Gözetim kurulu esasen genel kurul veya temsilciler kurulu⁴⁷ tarafından seçilen en az üç üyeden oluşur. Ana sözleşme bu sayıyı artırabilir. Uygulamada, ana sözleşmelerde en az ve en çok üye sayısı şeklinde bir belirleme yapılmaktadır. Ancak bu sayının üçe bölünebilir olması aranmaktadır⁴⁸.

³⁸ Tartışmalar için bkz. HERZOG, s. 144.

³⁹ Bkz. SCHMID, *Basler Kommentar*, Art. 924, N. 8; HERZOG, s. 144; NATSCH, Regina: *Die Genossenschaft im Konzern*, Stämpfli Verlag, Bern, 2002, s. 92 vd. Birliğin ana sözleşmesinde bir düzenleme olmasının yeterli olduğu yönünde bkz. GUTZWILLER, Max: *Zürcher Kommentar, Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Band V/6/2*, Schulthess Verlag, Zürich, 1974, Art. 924, N. 8.

⁴⁰ NATSCH, s. 92 vd.

⁴¹ SCHMID, *Basler Kommentar*, Art. 924, N. 8.

⁴² SCHMID, Ernst Felix: *Genossenschaftsverbände*, Schulthess Verlag, Zürich, 1979, s. 169-170; SCHMID, *Basler Kommentar*, Art. 924, N. 6; GUTZWILLER, Art. 924, N. 26 vd. Farklı görüşte VON STEIGER, Fritz: *Grundriss des Schweizerischen Genossenschaftsrechtes*, 2. Baskı, Polygraphischer Verlag, Zürich, 1963, s. 182.

⁴³ HERZOG, s. 145; SCHMID, *Basler Kommentar*, Art. 924, N. 9; NATSCH, s. 93.

⁴⁴ SCHMID, *Basler Kommentar*, s. 169 vd.

⁴⁵ Bu kooperatiflerde anonim şirketlerde olduğu gibi ikili sistemin uygulandığı anlamına gelmektedir. WERDER, Axel: "Das duale Führungssystem der deutschen Aktiengesellschaft", RINGLEB, Henrik-Michael / KREMER, Thomas / LUTTER, Marcus / WERDER, Axel v. (Hrsg.): *Kommentar zum Deutschen Corporate-Governance-Kodex. Kodex-Kommentar*, 2. Baskı, Beck, München, 2005, s. 36, N. 91 vd.; WEITLING, Alexander: *Der Aufsichtsrat in der Genossenschaft: Besonderheiten und Probleme*, Diplomica Verlag, Hamburg, 2014, s. 42.

⁴⁶ WEITLING, s. 42.

⁴⁷ GenG 43a uyarınca 1500'den fazla ortağı olan kooperatiflerde genel kurul ortakların temsilcilerinden oluşabilir.

⁴⁸ SCHAFFLAND, Hans-Jürgen: "§ 36 Aufsichtsrat", SCHAFFLAND, Hans Jürgen / CARIO, Daniela / SCHULTE, Günther / KORTE, Otto / LENHOFF, Dirk (Hrsg.): *Lang/Weidmüller Genossenschaftsgesetz: Genossenschaftsgesetz. Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Mit Erläuterungen zum Umwandlungsgesetz; Kommentar (Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften); mit Erläuterungen zum Umwandlungsgesetz; Kommentar*, 35. Baskı, de Gruyter, Berlin, 2006 (Yazar, Genossenschaftsgesetz), § 36, N. 9.

Bir kooperatifin 500'den fazla çalışanı varsa, gözetim kurulunun oluşumu “*Drittelbeteiligungsgesetz* (DrittelbG)” düzenlemelerine tabidir. Bu yasaya göre gözetim kurulunun üçte biri çalışan temsilcisinden ve üçte ikisi kooperatif ortaklarının temsilcilerinden oluşur⁴⁹. Bir kooperatifte 2.000'den fazla kişi çalışıyorsa, bu halde ise “*Mitbestimmungsgesetz* (MitbestG)” hükümleri geçerlidir. Buna göre ise gözetim kuruluna ortak karar alma esası geçerlidir ve kurula bir çalışan amiri (*Arbeitsdirektor*) atanmalıdır. Bu kişinin kooperatife üye olması şart değildir⁵⁰. Gözetim kurulunun oluşumunda, üyelerin kişisel ve ekonomik bağımsızlığının sağlanması esastır. Her üye, gözetim kurulu üyesi olarak görevlerini ifa edebilecek uygun bilgi ve yeteneği haiz olmalıdır. Gözetim kurulu üyelerinin yaşlarının bu göreve uygun olması, dengeli bir üyelik yapısının bulunması bu bağlamda sektör ve meslek gruplarının makul dağılımı önem taşır. Gözetim kurulu, yönetim kurulu ile kooperatif ortakları arasındaki bağlantı niteliği taşır. Bu sebeple kooperatif ortakları ile iyi iletişim kurmaları önemlidir. Ayrıca gözetim kurulu üyelerinin üstlendikleri yükümlülükleri titizlikle yerine getirebilmeleri için görevlerini yerine getirebilecek yeterli zamana sahip olmaları gerekir. Gözetim kurulu üyeliği için belirli bir yaş sınırı ana sözleşme ile öngörülebilir⁵¹.

Kooperatifler Kanunu'nda gözetim kurullarının görev süresi belirlenmemiştir. Süre seçilen üyenin görevi kabulü ile başlar. AktG § 102(1) maddesinde gözetim kurulları için beş yılla sınırlandırılan görev süresi öngörülmüştür. Ancak bu düzenleme kooperatiflere uygulanmamaktadır. Bununla birlikte belirsiz bir süre için gözetim kurulu üyesi seçilmeye de imkân tanınmaz ve ana sözleşmede belirli süre düzenlemesi aranır⁵².

GenG § 38/1'e göre, gözetim kurulu, yönetimi izlemek ve denetlemekle yükümlüdür. 2006 yılında kooperatifler kanununda yapılan değişiklik sonucunda, GenG 38/1, AktG § 111/1 ve 2 ile uyumlaştırılmıştır. Kooperatif gözetim kurulunun görev ve hakları, anonim şirket gözetim kurulunun görev ve haklarıyla aynıdır. Gözetim kurulu, görevini yerine getirmek için kooperatifle ilgili her türlü konuda bilgi alabilir, kooperatifin defter ve belgelerini, kooperatif envanterini, menkul kıymet ve mal stoklarını inceleyebilir. Gözetim kurulunun gözetim fonksiyonu, yönetim kuruluna talimat verme hakkını içermez, gözetim kurulu bu anlamda yönetim kurulu üzerinde bir organ niteliğinde bulunmaz.

2006 yılında yapılan değişiklik ile GenG § 39/1 uyarınca gözetim kurulunun temsil yetkisi artırılmış, AktG § 112 hükümlerine atıf ile gözetim kurulu, mevcut ve daha önceki yönetim kurulu üyelerine karşı açılan davalarda, kooperatif adına dava açma konusunda karar verme ve kooperatifi temsil etme yetkisini haiz kılınmıştır. Kural olarak gözetim kurulunun dava açılmasına ilişkin bir karar alması için, genel kurul veya temsilciler kurulundan onay almasına gerek yoktur. Bununla birlikte, ana sözleşme yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak davaların genel kurul veya temsilciler kurulunca karara bağlanmasını öngörebilir (GenG § 39/1 c. 3).

Gözetim kurulunun esas görevi işletmenin yönetimi, finansal raporlama, denetim ve kontrol sistemlerin gözetimidir. Gözetim kurulunun denetimi, genel iş politikası, kurumsal planlama, mali politika, yatırım politikası, insan kaynakları politikası ve ayrıca yönetim kurulunun günlük yönetimi alanlarındaki iş kararlarını da kapsar. Ayrıca gözetim kurulu, risk yönetimi sistemini ve tüm kurumsal yönetim düzenlemelerini ve bunların sunumunu inceleyerek kooperatifin mali durumunu ortaya koyar. Gözetim kurulu yönetim kurulunu izlerken finansman amacına uygunluğun sağlanıp sağlanmadığını da denetler⁵³.

Gözetim kurulu, görevlerini yerine getirmek üzere komiteler oluşturabilir. Gözetim kurulu özellikle kurumsal yönetim ilkelerine uygunluğu izlemek ve incelemek için komitelerin atanmasına karar

⁴⁹ LUTTER, Marcus / KRIEGER, Gerd: *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 5. Baskı, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, N. 1254.

⁵⁰ LUTTER / KRIEGER, N. 1255.

⁵¹ SCHAFFLAND, *Genossenschaftsgesetz*, § 36, N. 17.

⁵² WEITLING, s. 44.

⁵³ WEITLING, s. 47.

verebilir. Komitelerin niteliği, kapsamı ve faaliyetleri, gözetim kurulunca belirlenir. Komitelere örnek olarak denetim komitesi, personel veya yatırım komitesi verilebilir. İlgili konularda yetkinliği daha fazla olan üyelerin küçük komitelerde toplanmasının sağlanması ile üyeler arasındaki iletişimin kalitesi artmakta ve karar alma süreçleri hızlanmaktadır. Böylece komiteler, gözetim kurulunun görevlerini daha etkin bir şekilde yerine getirmesine hizmet etmektedirler⁵⁴.

Gözetim kurulu üyeleri, görevlerini yerine getirir, yönetim kurulunu gözler ve denetlerken özen yükümlülüğüne uygun surette davranmalıdır. GenG § 41'e göre yönetim kurulu üyeleri için öngörülen GenG § 34 düzenlemesi gözetim kurulunun niteliğine ilişkin ayrılıklar dikkate alınarak uygulanır. Benzer şekilde anonim şirket hükümleri AktG § 116 ve 93 kapsamındaki düzenlemeler gözetim kurulu üyeleri için de geçerlidir⁵⁵.

Gözetim kurulu üyelerinin niteliği bakımından kooperatifler kanunu herhangi bir özel mesleki vasıf aramamaktadır. Ancak kurumsal yönetim ilkeleri, gözetim kurulu üyelerinin görevlerini gerekli şekilde yerine getirebilmesi için gerekli bilgi, beceri ve mesleki tecrübeye sahip olmasını arar. Kurumsal yönetim ilkeleri komiteler oluşturulurken kooperatifin hem özel koşullarının hem de üye sayısının dikkate alınmasını tavsiye etmektedir⁵⁶. Gözetim kurulu üyeleri için özel eğitim veya mesleki deneyim gibi gereklilikler ana sözleşmede belirtilebilir. Ancak bu gerekliliklerin objektif olarak gerekçelendirilmesi ve seçim özgürlüğünün kısıtlanmaması sağlanmalıdır⁵⁷.

2. Kooperatif Birliği Tarafından Yapılan Denetim (*Prüfung durch den Verband*)

Gesetz betreffend die Erwerbs-und Wirtschafts-genossenschaften (İktisap ve İşletme Kooperatiflerine İlişkin Kanun-*Genossenschaftsgesetz*-GenG) § 54 uyarınca her kooperatif, kendisine denetim yetkisi verilmiş bir birliğe (*Prüfungsverband*) üye olmak zorundadır. Üye kooperatifin mali durumu ve yönetimin işleyişi birlik tarafından düzenli olarak denetlenir. Denetimin konusu kooperatifin tesisleri, mali durumu ve yönetimidir. Bu denetim en az 2 yılda bir yapılır. Bilanço toplamı 2 milyon avroyu aşan kooperatiflerde ise denetimin her yıl yapılması gerekir (GenG § 53)⁵⁸. Kooperatiflerde denetim, denetim birliği tarafından gerçekleştirilir. Bu sebeple kooperatifin bir denetim birliğine üye olması gerekir⁵⁹. 1934 tarihli Kanun ile birliğe üye olma zorunluluğu ve birliğin denetim sorumluluğu getirilmiştir. Bu kanunla birlik, incelemeyi sorumlu kurum olarak belirlenmiştir⁶⁰.

Birlik vasıtası ile denetlemede temel amaç, kooperatifin kendi kendine örgütlenme ilkesinin geçerli olması ve yönetim kurulu üyeleri ile gözetim kurulu üyelerinin çoğunlukla yeterli ticari bilgiyi haiz olmamaları nedeniyle, mali durumun ve işlerin gidişatının uygunluğunun izlenmesidir. Bu halde denetim ile sadece kooperatifin muhasebesinin doğruluğu değil, aynı zamanda alınan iş kararlarının uygunluğu ve verimliliği de incelenir. Bu sayede şirket yönetimindeki eksikliklerin ortaya çıkarılması ve iflasların önlenmesi amaçlanmaktadır⁶¹. Bilanço toplamı 1,5 milyon avronun ve yıllık cirosu 3 mil-

⁵⁴ WEITLING, s. 47.

⁵⁵ LUTTER / KRIEGER, § 17, N. 1275.

⁵⁶ Corporate Governance Kodex für Genossenschaften, 5.3.1.

⁵⁷ SCHAFFLAND, *Genossenschaftsgesetz*, § 36, N. 17.

⁵⁸ Kooperatiflerin denetimi, Almanya'daki en eski zorunlu denetim türlerinden biridir. Birlik tarafından atanan bir denetçi tarafından kooperatifin yönetim ve tesislerinin doğruluğunun incelenmesi 1889 Kooperatifler Kanunu'ndan beri düzenlenmiştir. Ancak güncel mevzuattan farklı olarak, 1889 Kooperatif Kanunu, birliği olmayan kooperatiflere de izin veriyordu. Bu kooperatiflerde denetim, genellikle kooperatife özgü deneyimi olmayan, sicil mahkemesi tarafından atanan bir denetçi tarafından gerçekleştirildi. 1985'teki (*Bilanzrichtliniengesetz*) Muhasebe Kuralları Kanunu ile ekonomik koşulları ve yönetimin doğruluğunu belirlemek için zorunlu olan kooperatif denetimi, yıllık finansal tabloların denetimini de içerecek şekilde genişletildi. 2006 yılında yapılan kanun değişikliğiyle yıllık finansal tabloların denetimi, bilanço toplamı bir milyon avroyu aşan ve satış gelirleri iki milyon avroyu aşan kooperatiflerle sınırlandırıldı. BAUSCH, Heinz-Hermann / REHBOCK, Michael: "Die genossenschaftliche Pflichtprüfung - Aspekte zur Prüfungsdurchführung unter Anwendung der ISA", *Einschrift für das Gesamte Genossenschaftswesen*, 2012, Cilt 62, Sayı 4, s. 276.

⁵⁹ BAUSCH / REHBOCK, s. 276.

⁶⁰ BAUSCH / REHBOCK, s. 276.

⁶¹ Prüfungsordnung, des Prüfungsverbandes der kleinen und mittelständischen Genossenschaften e.V., Berlin, 2.1.

yon avronun altında olan küçük kooperatifler için GenG § 53/2 uyarınca yıllık finansal tablo denetimi yapılmamaktadır. Bu düzenlemeyle küçük kooperatiflerin ve kuruluş aşamasındaki kooperatiflerin denetimle ilgili maliyetlerden kurtarılması amaçlanmaktadır⁶².

Ana sözleşmelerinde ek ödeme yükümlülüğü getirmeyen ve denetim ile ilgili dönemde GenG § 21b/1 uyarınca ortaklarından kredi almamış olan küçük kooperatiflerde (§ 336/2 c.2; 267/a/1), iktisadi durumun incelenmesine dayalı olarak basitleştirilmiş bir denetim (*vereinfachte Prüfung*) prosedürü uygulanır (GenG § 53a). Küçük kooperatiflerin ekonomik durumları, birlik tarafından yıllık finansal tabloların ve varsa faaliyet raporunun değerlendirilmesi ve kısaltılmış denetim raporunun hazırlanması yoluyla incelenir. Küçük bir kooperatif için GenG § 53a uyarınca basitleştirilmiş denetim durumunda, yasal olarak gerekli belgeler incelendikten sonra, yalnızca düzenli bir finansal durumdan şüphe duymaya neden olacak sebepler olup olmadığı konusunda bir tespit yapılır.

Büyük kooperatifler söz konusu olduğunda ise bilanço ve faaliyet raporu da dahil olmak üzere yıllık finansal tabloların da denetlenmesi gerekir (GenG § 53/2). Bir kooperatifin ilk zorunlu denetimi her zaman GenG § 53/1 uyarınca tam bir denetimdir (*vollständige Prüfung*)⁶³. Büyük kooperatifler için denetim çalışmasının odak noktası, muhasebe ve gerekirse faaliyet raporu da dahil olmak üzere, Ticaret Kanunu ilkelerine uygun olarak yıllık finansal tabloların kapsamlı denetimidir.

Yıllık finansal tablo hazırlama yükümlülüğü ve uyulması gereken esaslar konusunda Ticaret Kanunu (§ 242 ff. HGB) hükümleri kooperatifler için de geçerlidir. Bilanço ve kâr ve zarar hesabına ek olarak, kooperatif yönetim kurulunun ayrıca faaliyet raporu (§ 336 HGB) hazırlaması gerekir⁶⁴. Şirketin ana sözleşmesinde hazırlanması gerekliliği öngörülmemiş ise kooperatifin büyüklüğü nedeniyle gerekirse faaliyet raporu hazırlanmasından imtina edilebilir (HGB § 336/1, 264/1 c.3)⁶⁵.

Yönetimin işleyişinin incelenmesinde inceleme alanları yönetimin organizasyonu, yönetim araçları ve yönetim faaliyetleridir. Somut işaretler veya şüpheler olmadığı sürece, dolandırıcılık veya güveni kötüye kullanma konularında ayrı bir inceleme yapılmaz. Ancak bu tür belirti ve şüphelerin ortaya çıkması halinde, denetçi birliğin, kooperatifin sorumlu organıyla görüşme görevi bulunur. Küçük bir kooperatif için ise GenG § 53a uyarınca basitleştirilmiş denetim durumunda, yasal olarak gerekli belgeler incelendikten sonra, yalnızca yönetimin bu tür faaliyetlerinden şüphe duymaya neden olacak nedenlerin olup olmadığı konusunda bir tespit yapılır.

Denetimin genel ilkeleri uyarınca denetim sürecinin ve denetim bulgularının yazılı olarak belgelenmesi gerekir (HGB§ 321/1c.1). Öncelikle kooperatif organlarına denetim raporu hazırlanır. Denetim raporu aracılığıyla raporun alıcıları; denetimin konusu, türü, kapsamı ve tam denetimin sonucu hakkında yazılı ve gerekli açıklıkta bilgilendirilmelidir. Birlik, denetimin yürütülmesini, varılan bulguları ve denetim sonuçlarını yansıtan genel değerlendirmesinin sonuçlarını açıklamalıdır. Raporlama titiz ve tarafsız bir şekilde yapılmalıdır. Ayrıca raporların gerçeğe uygun ve eksiksiz olması gerekir.

Küçük kooperatifler için denetim raporu; HGB § 321/1c.3 uyarınca kanuni düzenlemelerin yanlış uygulanması veya ihlal hallerini, denetlenen şirketin varlığını tehlikeye atabilecek veya gelişimine önemli ölçüde zarar verebilecek olayları⁶⁶, yasal temsilciler veya çalışanlar tarafından kanunların, ana sözleşmenin veya şirket sözleşmelerinin ciddi şekilde ihlal edilmesi durumunu, denetimin konusu, türü

⁶² Prüfungsordnung, des Prüfungsverbandes der kleinen und mittelständischen Genossenschaften e.V., Berlin, 2.1.

⁶³ Prüfungsordnung, des Prüfungsverbandes der kleinen und mittelständischen Genossenschaften e.V., Berlin, 2.1.

⁶⁴ Ayrıca bkz. MORCK, Winfried: "Art. 336", KOLLER, Ingo / KINDLER, Peter / ROTH, Wulf Henning / MORCK, Winfried (Hrsg.): *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 8. Baskı, C.H.Beck, München, 2015 (Yazar, Handelsgesetzbuch), N. 1-2.

⁶⁵ Prüfungsordnung, des Prüfungsverbandes der kleinen und mittelständischen Genossenschaften e.V., Berlin, 2.2. MORCK, *Handelsgesetzbuch*, Art. 264, N. 2.

⁶⁶ Mevcut bir riskin işaretleri olarak maliyetleri karşılayacak üretimin bulunmaması, likidite sıkıntısı olması, açılan kredilerin iptali, tedarik alanında ciddi fiyat değişiklikleri, olumsuz sonuçları ihtiva eden yatırımlar, gerekli yatırımların yapılmaması gösterilebilir. Bkz. MORCK, *Handelsgesetzbuch*, Art. 321, N. 3.

ve kapsamı, GenG § 53/1 uyarınca denetim kapsamında elde edilen bulgular bu bağlamda ekonomik koşulların, yönetim faaliyetlerinin uygun olup olmadığının ve özet denetim sonucunu içermelidir⁶⁷.

GenG § 58/2 gereği HGB § 267/3'te yer alan büyüklük kriterlerini sağlayan kooperatiflerin denetiminde ise Ticaret Kanunu'nun denetim raporuna ilişkin HGB § 322 uygulanır. Bu halde denetçi, yıllık finansal tablolara veya konsolide finansal tablolara ilişkin raporunda denetimin sonuçlarını yazılı olarak özetlemelidir. Denetçi raporunda ayrıca denetimin konusu, türü ve kapsamını açıklamalıdır.

Büyük kooperatiflere ilişkin denetim raporu denetçilerin kanuni denetim yetkisi, temel bulgular, kanuni düzenlemelerin yanlış uygulanması veya ihlal halleri, denetlenen şirketin varlığını tehlikeye atabilecek veya gelişimine önemli ölçüde zarar verebilecek olaylar, kanunların, ana sözleşmenin veya şirket sözleşmesinin yasal temsilciler veya çalışanlar tarafından ciddi şekilde ihlal edilmesi mevcut ise bu durumu içermesi gerekir. Ayrıca uygulanan denetim ve muhasebe ilkelerinin belirtilmesi şarttır. Muhasebeye ilişkin beyan ve açıklamalar (yıllık finansal tablolar ile varlıkların analizi, mali ve kazanç durumu) ve ayrıca GenG § 53 gereği elde edilen bulgular (organların faaliyetleri, sektöre özgü faaliyetler, iş organizasyonu ve faaliyetlerin ekonomik verimliliği ve risk yönetimi) özet denetim sonucunda yer almalıdır⁶⁸. Denetçi HGB § 322/2 uyarınca denetim sonucunu şüpheye yer vermeyecek şekilde olumlu, sınırlı olumlu, olumsuz veya denetçinin görüş bildirememesi nedeni ile olumsuz görüş olarak bildirmelidir. HGB § 322/3'te denetçinin olumlu görüş içeren raporunda, HGB § 317/2'ye uygun olarak yapılan denetimde herhangi bir aykırılığın bulunmadığı, denetim sırasında elde edilen bulgulara dayanılarak finansal tabloların kanuni düzenlemelere uygun olduğu ve genel kabul görmüş muhasebe ilkeleri uyarınca varlığı, finansal durumu ve yıllık faaliyet sonucu gerçeğe uygun olarak sunulduğunu açıklamalıdır⁶⁹.

C. İngiliz Hukukunda Kooperatiflerde Denetim

1. Kooperatiflerde Denetime İlişkin Esaslar

İngiltere'de kooperatiflere ilişkin ilk düzenleme 1852 yılında kabul edilen "*The Industrial and Provident Societies Partnership Act*" adını taşır. Daha önce dernekler kanununa tabi olarak kurulan kooperatiflere böylece ayrı bir hukuki statü kazandırılmıştır⁷⁰. 1965 yılında ise "*Industrial and Provident Societies Act 1965*" yürürlüğe girmiştir. Kanun 2010 yılında yürürlüğe giren *Co-operative and Community Benefit Societies and Credit Union Act 2010* ile değiştirilmiştir. Sonrasında ise 2014 yılında, yeni bir kanun olan *Kooperatif ve Toplum Yararına Çalışan Topluluklar Yasası 2014 (Co-operative and Community Benefit Societies Act 2014-CCBS Act)* ile kooperatiflere ilişkin denetim düzenlenmiştir. Şirketler hukukundan (*company law*) ayrı ele alınan kooperatiflerde, kişilere üyelik ve mali haklar, genellikle müşteri, üretici veya çalışan olarak kooperatif işlerine ne ölçüde katıldıkları dikkate alınarak tanınır⁷¹. Kooperatifler, üyelerinin sahip olduğu işletmelerdir. Ortakların hak ve yükümlülükleri, yatırımcıların sahip olduğu işletmelerden farklılık gösterir ve kooperatifler arasında farklılık gösterir⁷².

Kanun'da küçük ve büyük ölçekli olmalarına göre kooperatiflerin denetimi düzenlenmiştir. CCBS Act § 83/1 uyarınca, kooperatif her hesap yılında, o yılın hesaplarını ve bilançosunu denetlemek üzere bir veya daha fazla nitelikli denetçi (*qualified auditor*) atamak zorundadır. "Nitelikli denetçi", *Companies Act 2006* (Şirketler Yasası) 42. Bölümü uyarınca yasal denetçi olarak atanmaya uygun kişi anlamına gelir (CCBS

⁶⁷ Ayrıca bkz. MORCK, *Handelsgesetzbuch*, Art. 321, N. 3.

⁶⁸ Prüfungsordnung, des Prüfungsverbandes der kleinen und mittelständischen Genossenschaften e.V., Berlin, 4.2.

⁶⁹ Ayrıca bkz. MORCK, *Handelsgesetzbuch*, Art. 322, N. 7.

⁷⁰ DURMAZ AYOĞLU, Gülsüm Gözde: "Dünya Örnekleri ile Yenilenebilir Enerji Kooperatifleri", *Enerji Uzmanları Derneği Enerji Piyasası Bülteni*, 2014, Sayı 31, s. 31.

⁷¹ DAVIES, Paul L. / WORTHINGTON, Sarah: *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet&Maxwell, London, 2012, N. 1-30.

⁷² Kooperatif ortakları bir yatırımcının pay alım satımıyla olan ilişkisinden farklı olarak kooperatife katılır ve kooperatiften ayrılırlar. ADDERLY, Ian / MANTZARI, Elisavet / MCCULLOCH, Maureen / RIXON, Daphne: "Accounting and Reporting for Co-operatives: a UK Perspective", *Journal of Co-operative Studies*, 2021, Cilt 54, Sayı 3, s. 50.

Act § 91). Denetçinin bir denetim firması veya birey olması mümkündür⁷³. Günümüzde denetçi, en azından büyük firmalarda, bireysel bir uygulayıcı değil, çoğunlukla uluslararası ölçekte bir firmanın üyesidir. Denetim, firmadaki bir veya daha fazla ortağın liderliğindeki bir denetçi ekibi tarafından gerçekleştirilir⁷⁴.

Kooperatifin hesap yılı içinde küçük ölçekli bir kooperatif niteliği taşıması halinde o yıl için ilk fıkraya göre nitelikli denetçi ataması veya o yılın hesaplarını ve bilançosunu denetlemek üzere nitelikli denetçi olmayan iki veya daha fazla kişiyi görevlendirmesi gerekir (CCBS Act § 83/2). Böylece hüküm gereği küçük ölçekli kooperatifler nitelikli denetçi yerine iki veya daha fazla sıradan denetçi atama yoluna gidebilirler⁷⁵. Bununla birlikte *Financial Conduct Authority*⁷⁶ (Finansal Yürütme Kurulu-FCA), küçük nitelikte bulunan kooperatiflere ilk fıkra uyarınca nitelikli denetçi atanmasını zorunlu kılabilir. Kooperatifin küçük ölçekli olarak nitelendirilmesi için, bir önceki hesap yılına ilişkin gelir ve ödemelerinin toplam tutarının 5.000 sterlini aşmamış olması; o yılın sonunda 500'den fazla üyesi bulunmaması ve varlıklarının toplam değerinin 5.000 sterlini aşmıyor olması gerekir (CCBS Act § 83/4)⁷⁷. Ayrıca CCBS Act § 84 uyarınca kooperatifler, belirli şartlarla bir hesap yılıyla ilgili olarak denetçi atanması yükümlülüğüne ilişkin CCBS Act § 83'ün uygulanmamasına karar verebilirler⁷⁸. Bu düzenlemeye göre kooperatifin ana sözleşmesinde tam denetim gerekliliği olmaması⁷⁹, tam denetim altında olan kooperatiflerden olmaması, bir önceki hesap yılının sonunda varlıklarının toplam değerinin 5.100.000 sterlini aşmaması ve önceki yıldaki cirosunun 10.200.000 sterlini aşmaması durumunda bu yönde bir karar alınabilir. Ancak FCA bu bildirim verildiği hesap yılı ile ilgili olarak istisnanın uygulanmamasına ilişkin talimat verebilir (CCBS Act § 84/4). FCA'nın bu yetkisi, küçük ölçekli kooperatifin denetimi devre dışı bırakmaya ilişkin olanaklarını kullandığı herhangi bir yıl için tam denetim yapılması yönünde talimat verilmesine imkân tanır. FCA talimatı, kooperatifin bir veya daha fazla yıllık tam denetimi yürütmek üzere bir veya daha fazla nitelikli denetçi atamasını ve yıllık beyanname halihazırda sunulmuşsa, tüm beyanı yansıtacak yeni bir beyanda bulunmasını gerektirecektir⁸⁰.

CCBS Act § 85'te, CCBS Act § 83. maddenin uygulanmadığı bazı durumlarda rapor alma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca CCBS Act § 84 çerçevesinde alınan bir karar nedeni ile denetim gerekliliklerini ortadan kaldırma kararı alınmışsa ve derneğin önceki hesap yılındaki

⁷³ Denetçi tanınmış bir denetim kuruluşunun [İngiltere ve Galler Yeminli Mali Müşavirler Enstitüsü (*Institute of Chartered Accountants in England and Wales*) ve Yeminli Mali Müşavirler Derneği (*Association of Chartered Certified Accountants*) gibi] üyesi olmalı ve bu kuruluşun kuralları uyarınca atanmaya uygun olmalıdır. Denetçi, kooperatifin veyahut bağlı ortaklığının çalışanı ve görevlisi olamaz. Ayrıca bir kooperatifin çalışanının veya görevlisinin çalışanı, işvereni veya ortağı olamaz. *Registration Function under the Co-operative and Community Benefit Societies Act 2014 Guide Chapter 7 Accounting and audit requirements, 7.2.5-7.2.6* (<https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/RFCBS/7.pdf>, ET: 22.03.2024).

⁷⁴ DAVIES / WORTHINGTON, N. 22-2.

⁷⁵ Herhangi bir kişi, bir kooperatifin yöneticisi veya çalışanı olmamak veya herhangi bir kooperatifin yöneticisi veya çalışanının ortağı, çalışanı veya işvereni olmamak kaydıyla, denetçi olabilir. *Registration Function under the Co-operative and Community Benefit Societies Act 2014 Guide Chapter 7 Accounting and audit requirements, 7.2.11* (<https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/RFCBS/7.pdf>, ET: 22.03.2024).

⁷⁶ FCA, 2006 Şirketler Yasası uyarınca kayıtlı şirketler için Şirketler Sicil Memurunun gerçekleştirdiği işleve benzer şekilde, kooperatif ve toplum yararına çalışan dernek kaydından sorumludur. SNAITH, Ian: "Principles of European Cooperative Law and Commentaries", FAJARDO-GARCÍA, Gemma / FICI, Antonio / HENRY, Hagen / DAVID, Hiez / MEIRA, Deolinda A. / MUENKER, Hans-H. / SNAITH, Ian (Ed.): *Principles of European Cooperative Law: Principles, Commentaries and National Reports*, Intersentia, Cambridge/UK, 2018 (Yazar, Principles of European Cooperative Law), s. 625.

⁷⁷ Bazı kooperatifler küçük ölçekli bir kooperatif olarak denetim muafiyetinden faydalanamaz. Bunlar, konut kooperatifleri, bağlı kooperatifler, bir veya birden fazla bağlı ortaklığı olanlar, Sigorta Hesapları Direktifi uyarınca şirket hesaplarını düzenlemek zorunda olanlar. *Registration Function under the Co-operative and Community Benefit Societies Act 2014 Guide Chapter 7 Accounting and audit requirements, 7.2.10* (<https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/RFCBS/7.pdf>, ET: 22.03.2024).

⁷⁸ Karar yalnızca bir hesap yılı için geçerlidir. Bu nedenle bir kooperatif, tam denetim gerekliliğinden vazgeçmek istediği her hesap yılında bir karar alınmalıdır. Genel kurul, nitelikli bir denetçi atama gerekliliğini ortadan kaldırmak için bir karar almalıdır. Aşağıdaki durumlarda karar geçerli olarak alınmış sayılır: (1) kullanılan oyların %20'sinden azı karara karşysa ve (2) oy kullanma hakkına sahip tüm ortakların %10'undan azı karara karşı oy kullandıysa. CCBS Act § 84/2.

⁷⁹ Bu istisnai düzenleme CCBS Act 84/3'te belirtilen kooperatifler bakımından uygulanamaz. Kredi birlikleri, bağlı ortaklıklar, bağlı ortakları bulunanlar, mevduat sahibi veya hesapta önceki yılın sonundan bu yana herhangi bir zamanda mevduat bulundurmuş (geri alınabilir sermaye katkısı dışında), 2010 Konut (İskoçya) Yasası'nın 20(1) bölümü uyarınca tutulan sosyal ev sahipleri sicilinde kayıtlı olanlar.

⁸⁰ SNAITH, *Principles of European Cooperative Law*, s. 625 vd.

cirosu 90.000 sterlini aşmışsa kooperatif, yılın sonundan hemen sonra başlayan 28 günlük süre içinde aşağıdakileri yapmak üzere nitelikli bir denetçi atamak zorundadır: Bu düzenlemeye göre ilgili yıla ilişkin (i) gelir hesabının, raporun ilgili olduğu diğer herhangi bir hesabın ve bilançonun, 75. madde uyarınca tutulan muhasebe defterleri ile uyumlu olup olmadığı ve (ii) muhasebe defterlerinde yer alan bilgilere dayanarak gelir hesabının ve bilançonun bu Kanun'un gereklerine uygun olup olmadığı ile CCBS Act § 84. maddede verilen yetkinin kullanımına ilişkin mali kriterlerin o yıla ilişkin olarak karşılanıp karşılanmadığını belirten önceki hesap yılına ilişkin bir rapor hazırlanması gerekir. CCBS Act § 86'da ise *Financial Conduct Authority* (Finansal Yürütme Kurulu) geçmiş yıllara ait hesapların ve diğer belgelerin nitelikli denetçi tarafından denetlenmesini talep etme yetkisi düzenlenmiştir.

2. Denetçilerin Yetkileri ve Rapor İçerikleri

İngiltere'de denetçiler, kooperatif işletmesinin operasyonel yani mali denetiminin yanı sıra ortak odaklı etkinliğini de değerlendirirler⁸¹. Denetçilerin her biri kooperatifin defterlerine, senetlerine ve hesaplarına ve işleriyle ilgili diğer tüm belgelere her zaman erişim hakkına sahiptir. Denetçi, görevlerini yerine getirmesi için gerekli gördüğü bilgi ve açıklamaları kooperatifin yetkililerinden talep etme hakkına sahiptir. Denetçilerin, bilgi ve kanaatleri dahilinde, denetimlerinin amaçları açısından gerekli olan tüm bilgi ve açıklamaları elde edememeleri halinde, bu durumun raporda belirtilmesi gerekir. Denetçiler kooperatifin genel kurul toplantısına katılmak; kooperatifin herhangi bir üyesinin almaya yetkili olduğu genel kurul toplantısına ilişkin tüm bildirimleri ve diğer bilgileri almak; katıldıkları toplantıda, denetçi olarak kendilerini ilgilendiren toplantı konusunun herhangi bir kısmı hakkında bilgi vermek ve kendilerinin toplantıda dinlenilmesini sağlamak yetkilerini haizdir (CCBS Act § 87, ayrıca bkz. CCBS Act§ 88).

CCBS Act § 83 uyarınca atanan denetçiler inceledikleri kooperatifin o yıla ait gelir hesabı ve bilançosu konularında bir rapor sunmak zorundadır. Raporda denetçilerin görüşüne göre, incelenen yıla ait gelir hesabı ve bilançonun CCBS Act § 80(1)'den (3)'e kadar olan maddelerde belirtilen hususlara ilişkin doğru ve adil bir görünüm sağlayıp sağlamadığı; gelir hesabının ve bilançonun bu Kanun'un diğer gerekliliklerine uygun olup olmadığı; raporun başka hesaplarla ilgili olması halinde, bu hesapların ilgili oldukları herhangi bir konu hakkında doğru ve adil bir görüş sunup sunmadığı belirtilmelidir. Raporu hazırlarken denetçiler, kooperatifin CCBS § 75 maddesi uyarınca gerekli muhasebe defterlerini uygun şekilde tutup tutmadığı ve işlemleri üzerinde yeterli bir kontrol sistemi sağlayıp sağlamadığı, gelir hesabının raporun ilgili olduğu diğer hesapların ve bilançonun kooperatifin hesap defterleri ile uyumlu olup olmadığını değerlendirmelidir. Şayet denetçiler kooperatifin CCBS Act § 75 maddesine uymadığı veya gelir hesabının raporun ilgili olduğu diğer hesapların ve bilançonun muhasebe defterleri ile uyumlu olmadığı düşüncesinde iseler bu konuların raporda ayrıca belirtilmesi gerekir.

III. TÜRK HUKUKUNDA KOOPERATİFLERDE DENETİM SİSTEMİ

Kooperatiflerde denetim çeşitli şekillerde sağlanmaktadır. Bunlar, denetim kurulu tarafından yapılan iç denetim, kooperatiflerde üst örgütlenme tarafından gerçekleştirilen üst denetim ve dış denetim olarak sıralanabilir.

A. İç Denetim/Denetim Kurulu

6102 sayılı TTK ile anonim ve limited şirketlerde iç denetimi teşkil eden denetçiler zorunlu organ olmaktan çıkarılmış olmasına rağmen, kooperatiflerde denetçiler zorunlu organlardan biri olmaya devam etmektedir. Denetim kurulu tarafından yapılan bu denetimde denetçiler, kooperatif ortakları tarafından seçilmekte ve denetçiler kooperatifin işlem ve hesaplarını denetlemektedir.

⁸¹ Ayrıca bkz. MÜNKNER, Hans-H.: "Principles of European Cooperative Law and Commentaries", FAJARDO-GARCÍA, Gemma / FICI, Antonio / HENRY, Hagen / DAVID, Hiez / MEIRA, Deolinda A. / MUENKER, Hans-H. / SNAITH, Ian (Ed.): *Principles of European Cooperative Law: Principles, Commentaries and National Reports*, Intersentia, Cambridge/UK, 2018 (Yazar, Principles of European Cooperative Law), s. 97 vd.

Kooperatifin iş ve işlemlerinin denetimini yapmak, bunların mevzuata ve kooperatif amacına uygunluğunu incelemek, ulaşılan hata ve eksiklikleri ilgili organlara haber vermek denetçilerin görevidir⁸². 7339 sayılı Kanun m. 8 ile KoopK m. 65'te önemli değişiklikler yapılmıştır. İç denetim bakımından getirilen değişiklikler ile denetçilerin asgari sayısı ve azami görev süresi belirlenmiştir (KoopK m. 65/2). Ayrıca düzenleme ile yedek üyelerin asıl üye sayısı kadar seçilmesine olanak tanınarak, denetim kurulu üyeliğinin boşalması halinde bu pozisyonların yedek üyeler ile doldurulmasına imkân tanınmıştır (KoopK m. 65/2,4,8)⁸³. Keza çalışma konusu, cirosu veya ortak sayısı gibi ölçütlere göre tespit edilecek olan bazı kooperatiflerde, denetçilerin seçilmelerini takiben en geç dokuz ay içinde "kooperatifçilik eğitimi programını tamamlama" zorunluluğu getirilmiştir (KoopK m. 65/3). *Kooperatifçilik Eğitimi Yönetmeliği*⁸⁴ m. 5'te ise denetim kurulu üyeleri eğitim zorunluluğu altında olan kooperatifler belirlenmiştir⁸⁵.

KoopK m. 65/2 uyarınca genel kurul tarafından, denetleme organı olarak görev yapmak üzere en fazla dört yıl için en az bir denetçi seçilir⁸⁶. Denetçiler, kooperatifin faaliyet alanına giren her türlü iş ve işlemlerini, kooperatifin amacına uygunluğunu dikkate alarak gözetler ve denetlerler⁸⁷. Denetçilerin görev ve yetkileri kanun ve ilgili bakanlıkların çıkarmış oldukları örnek ana sözleşmelerde düzenlenmiştir. Denetçilerin inceleme (KoopK m. 66)⁸⁸, rapor düzenleme (KoopK m. 67) ve sır saklama (KoopK m. 68) görev ve yükümlülükleri kanunda yer almaktadır. KoopK m. 65/5 uyarınca ana sözleşme ve genel kurul kararı ile denetim organının görev ve yetkilerini artırmak ve özellikle ara denetlemeleri öngörmek mümkündür (KoopK m. 65/5). Denetçiler yönetim ve genel kurul toplantılarına katılırlar. Ancak, yönetim kurulunda oy kullanamazlar (KoopK m. 67/3).

Denetçiler, inceleme görev ve yükümlülüğü çerçevesinde yönetim kurulu tarafından hazırlanan bilançonun defterler ile uyumlu olup olmadığını, hesaplarda hata bulunup bulunmadığını inceleyerek hazırlayacakları raporda ilgili noksanlıkları, hataları ve farklılıkları belirtmelidir. Ayrıca kooperatifin tutmakla mükellef olduğu defterlerin yasal süreler içinde tutulup tutulmadığını, açılış ve kapanış tasdiklerinin yapıp yapılmadığını, bunlara yapılan kayıtların usulüne uygun olup olmadığını incelemeleri şarttır⁸⁹. Denetçiler her yıl yazılı bir raporla beraber tekliflerini genel kurula sunmaya mecburdur (KoopK m. 67). Denetçiler hüküm gereği faaliyet dönemi nihayetinde yazılı bir raporu genel kurulun bilgisine sunmalıdır. Bu raporun kooperatif genel kurulunun yıllık yapılan toplantılarından en az 15 gün önce kooperatif merkezinde ortakların incelemesine sunulması gerekir. Ayrıca rapor 1 yıllık süre boyunca ortakların incelemesine açık tutulur (KoopK m. 24).

⁸² ÇEVİK, Orhan Nuri: *Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 743-744; ÜSTÜN / AYDIN, s. 332.

⁸³ KoopK m. 65/4 uyarınca denetim kurulu üyeliğinin ölüm, istifa vb. nedenle boşalması halinde üyelerin yerlerine en çok oy alan yedekleri geçer. Genel kurul tarafından belirlenen üye sayısı yedek üyeler ile sağlanamıyor ise mevcut üye veya üyeler ilk genel kurula kadar görev yapması için gereken şartları taşıyan kişi/kişileri denetim kurulu üyeliğine atar. Hiçbir üye kalmaması durumunda ise (yedekler de dahil) yönetim kurulu tarafından denetçilerin seçilmesi için genel kurul derhal toplantıya çağırılmalıdır.

⁸⁴ 14.01.2022 tarihli ve 31719 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁵ Kooperatifçilik Eğitim Yönetmeliği m. 5: "Aşağıdaki şartlardan birini sağlayan faal kooperatiflerin üyeleri eğitim şartına tabidir: a) Esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet, tarım satış, tarım kredi ve pancar ecikçileri kooperatifleri, b) İnşaat ruhsatı alınmış ve ortak sayısı 50 veya daha fazla olan yapı, turizm geliştirme ve gayrimenkul işletme konularında faaliyet gösteren kooperatifler, c) Ortak sayısı 50 veya daha fazla olan taşıma konularında faaliyet gösteren kooperatifler, ç) Faaliyet konusuna bakılmaksızın 20 milyon Türk lirası ve üstü net satış hasılatı olan kooperatifler, d) Faaliyet konusuna bakılmaksızın 1.000 ve daha fazla ortağı bulunan kooperatifler. (2) Birinci fıkranın (b), (c), (ç) ve (d) bentlerinde yer alan kriterler için, seçimin yapıldığı genel kurul toplantı tarihi esas alınır."

⁸⁶ 21/10/2021-7339/8 md ile hükümde değişiklik yapılmıştır. Değişiklik öncesi düzenlemede ise genel kurulun denetleme organı olarak en az bir yıl için bir veya birden fazla denetçi seçebileceği belirtilmişti. Genel kurulun görev ve yetkilerine ilişkin ayrıca bkz. AKER, Halit: *Kooperatiflerde Genel Kurul*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 80 vd.

⁸⁷ ÇEVİK, s. 751; YAZICI, s. 147.

⁸⁸ Denetçiler, işletme hesabıyla bilançonun defterlerle uygunluk halinde bulunup bulunmadığını, defterlerin düzenli bir surette tutulup tutulmadığını ve işletmenin neticeleriyle mameleki hakkında uyulması gerekli olan hükümlere göre işlem yapıp yapılmadığını incelemekle yükümlüdürler. Ortakları şahsen sorumlu veya ek ödeme ile yükümlü olan kooperatiflerde denetçiler, ortaklar listesinin usulüne uygun olarak tutulup tutulmadığını da incelemek zorundadırlar (KoopK m. 66/1).

⁸⁹ ÜSTÜN / AYDIN, s. 333.

Denetçilerin sunacakları bu raporda kooperatifin ekonomik durumu, bilanço ve hesapların gerçek durum ile uygunluğu, ortaklara yapılacak ödemeler belirtilir. Keza kooperatifin herhangi bir belgesiz harcaması bulunup bulunmadığı, gelir ve gider durumu, kanunen tutması gereken zorunlu defterlerin yasaya uygun surette tutulup tutulmadığına işaret edilir. Raporda yönetim kurulunun kooperatif tüzel kişiliğine zarar verecek herhangi bir fiilinin bulunup bulunmadığı da ayrıca belirtilir⁹⁰. Denetçiler, görevleri çerçevesinde işlerin yürütülmesinde gördükleri noksanlıkları, kanun veya ana sözleşmeye aykırı hareketleri bundan sorumlu olanların bağlı buldukları organa ve gerekli hallerde aynı zamanda genel kurula haber vermekle yükümlüdürler. (KoopK m. 67). Kooperatif ortakları, denetçilerin dikkatini çekme ve gerekli gördükleri bazı konularda açıklama yapılmasını isteme yetkisini haizdir (KoopK m. 66/3). Ortaklar bu yetkilerini şikâyet niteliğinde veya bir konunun aydınlatılması amaçlı kullanabilirler⁹¹. Denetçiler özellikle yönetim kurulunun görevini yerine getirmediği, genel kurul toplantısı için çağrıyı gerçekleştirmediği durumlarda ve gereken hallerde genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma yetkisini de haizdir (KoopK m. 43)⁹².

Denetçi ile şirket arasında sözleşme ilişkisi denetçinin görevi açık veya zımni kabulü ile doğar. Böylece denetçiler ile şirket arasında akdi bir ilişki kurulur. Doktrinde taraflar arasında bulunan akdin vekalet veya hizmet akdi olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir⁹³. Bu anlamda denetçiler ile şirket arasında bir güven ilişkisi bulunmakta olup, denetçilerin sır saklama yükümlülüğü KoopK m. 68'de düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca denetçiler, görevleri sırasında öğrendikleri ve açıklanmasında kooperatifin veya ortakların şahısları için zarar doğurması mümkün olan konularda kooperatifin ortaklarına veyahut üçüncü kişilere açıklayamazlar. Denetçilerin özen gösterme yükümlülüğünün kanuni dayanağı ise taraflar arasındaki akdin hukuki niteliği bakımından kabul edilecek görüşe göre, TBK m. 506/2 veya 396'da bulunur. Burada özen yükümlülüğü çerçevesinde denetçilerden beklenen şirketin menfaatleri doğrultusunda gereken ihtimamın gösterilmesi ve kooperatifin zararına olacak işlemlerden kaçınılmasıdır⁹⁴.

Denetçilerin inceleme ve denetleme görevi yönetim kurulunun iş ve faaliyetlerinin yerindeliğini değerlendirmeyi içermez. Bu görev az sayıda ortağı olan ve ortakları arasında ideal olarak yakın bir ilişkinin bulunduğu daha küçük kooperatiflerde, süreçlerde çoğunlukla gayri resmi ve profesyonelleşmemiş olsa bile, genel kurul tarafından yerine getirilebilir⁹⁵. Büyük kooperatiflerde özellikle yönetim yetkisinin yöneticilere devredildiği kooperatiflerde, bu görev yönetim kurulu tarafından yerine getirilir⁹⁶. Doktrinde denetçilerin görev alanlarının yöneticilerin performanslarını değerlendirecek şekilde genişletilmesinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir⁹⁷.

⁹⁰ YAZICI, s. 156. Bkz. Denetim Yönetmeliği m. 8/1 a. Denetim Yönetmeliği m. 11'de ise denetleme organının yıllık çalışma raporu ve genel ilkeler detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

⁹¹ ÜSTÜN / AYDIN, s. 338.

⁹² Birden fazla denetçi olması halinde genel kurulu toplantıya çağırma konusunda bunların birlikte hareket etmesi gerektiği, bir denetçinin tek başına genel kurulu toplantıya çağıramayacağı kabul edilmektedir. Bkz. ÜSTÜN / AYDIN, s. 335; YAZICI, s. 151. Yargıtay, 11. HD., T.08.11.1978, E.1978/4527, K.1978/5066 (YAZICI, s. 151). Ayrıca bkz. Yargıtay, 11.HD., T.13.03.1981, E. 1981/1202, K.1981/1107 (Legal Bank).

⁹³ Taraflar arasındaki akdi ilişkinin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Denetçiler ile şirket arasındaki ilişkinin temelde vekalet akdi olduğu, ancak bu ilişkinin hizmet akdi de olabileceğine ilişkin bkz. POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, N. 636. Mülga TTK hükümleri çerçevesinde anonim şirketler bakımından denetçilerle şirket arasındaki ilişkinin vekalet veya hizmet akdi olarak nitelenebileceğine ilişkin bkz. İMREGÜN, Oğuz: *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 370. Kooperatif ile denetçi arasında denetçinin görevi kabul etmesi ile birlikte hizmet sözleşmesi tesis edilmiş olacağına ilişkin bkz. YAZICI, s. 159-160.

⁹⁴ ÇEVİK, s. 759; YAZICI, s. 160.

⁹⁵ HERZOG, s. 141. Ayrıca bkz. MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER / SETHE, § 16, N. 775.

⁹⁶ İsvBK m. 902/1 ve 902/2 b.2 yönetim kurulunun üst gözetim görevi kapsamında yöneticilerin faaliyetlerinin denetiminin de bulunduğu ilişkin HERZOG, s. 141. Hukukumuz bakımından aynı sonuca KoopK m. 98 atfı ile TTK m. 375/1 a ve b ile varılabilir.

⁹⁷ HERZOG, s. 141.

B. Üst Denetim

Kooperatiflerde ayrıca üst denetim bulunmaktadır. Üst denetim kooperatif üst örgütlenmeleri ile gerçekleştirilen denetimdir. Kooperatiflerde üst örgütlenme KoopK'nun altıncı bölümünde 70 ila 79. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu yolla kooperatiflerin, kendi ortak çıkarlarını korumak ve amaçlarını gerçekleştirmek için kendi aralarında örgütlenmelerine olanak tanınmıştır⁹⁸. Üst örgütlenme KoopK m. 70/1 uyarınca kooperatif birlikleri, kooperatif merkez birlikleri ve Türkiye Kooperatif Birliği'nden oluşur⁹⁹. KoopK m. 72/2'de kooperatif üst kuruluşlarının hukuki niteliğinin kooperatif olması gerektiği belirtilmiştir. Bu halde kooperatif birlikleri ortakları kooperatif olan birer kooperatif; kooperatif merkez birlikleri ise ortakları kooperatif birliği olan birer kooperatif statüsünde bulunmaktadır¹⁰⁰. Üst kuruluşlara katılım kural olarak kooperatiflerin kendi isteklerine bırakılmış olmakla birlikte¹⁰¹, bazı vergi muafiyetlerinden faydalanabilmeleri için bir üst kuruluşa girme şartı aranmaktadır (KoopK m. 93/4). 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu m. 9'da ise üst kuruluşlara girme zorunluluğu öngörülmüştür¹⁰².

Kooperatif üst kuruluşlarının bağlı kooperatifleri denetimi KoopK m. 75'te düzenlenmiştir. Anılan hükme göre kooperatif merkez birlikleri kendisine bağlı birlik ve kooperatifleri denetler, eğitim ve öğretim ihtiyaçlarını karşılar. Merkez birliği kurulmadığı durumda, birlikler kendisine bağlı kooperatifleri denetler. Hükümde esasen kooperatif merkez birlikleri üst denetim ile görevlendirilmiştir. Merkez birlikleri kurulmamış iseler bu görev kooperatif birliklerine geçer. Üst kuruluşlar denetim neticesini Bakanlığa bildirmek zorundadır (KoopK m. 75/2). Kanun koyucu Türkiye Milli Kooperatifler Birliği'ne ise bu denetim türünde etkin bir görev vermemiştir. Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin esas görevi, kooperatifçilikte üst politikayı belirleme, uluslararası kooperatifçilik kuruluşları ile olan ilişkileri düzenleme ve kooperatifçilik konusunda tavsiyede bulunmaktır¹⁰³.

C. Dış Denetim

Kooperatiflerin dış denetimi kooperatifin zorunlu organı niteliğinde bulunmayan, şirket ile organik bağı olmayan kişi veyahut kuruluşlar eliyle yapılan denetimdir. Bu anlamda dış denetim kooperatifin bağlı bulunduğu ilgili bakanlık ve ticaret sicil müdürlüğü, bağımsız denetime tabi ise bağımsız denetçiler ve ilgili koşulların oluşması halinde kredi veren kurum ve kuruluşlarca yerine getirilir¹⁰⁴. Ayrıca 7339 sayılı Kanun m. 9 ile değişik KoopK m. 69'da belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde

⁹⁸ ÜSTÜN / AYDIN, s. 350.

⁹⁹ Kooperatifler "Kooperatif Birlikleri" (KoopK m. 72); Kooperatif Birlikleri, "Kooperatif Merkez Birlikleri"ni veya doğrudan "Türkiye Milli Kooperatifler Birliği"ni (KoopK m. 76,77); Kooperatif Merkez Birlikleri ise Türkiye Milli Kooperatifler Birliği'ni (KoopK m. 77) kurabilirler. Üst örgütlenme, kooperatifler sisteminin kuruluş işletilmesi için yapılan bir çatı kooperatif düzeni olarak tanımlanabilir. POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku II*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N. 1965. Kooperatiflerin örgütlenmeleri, konuları benzer olan kooperatiflerin yaygınlaşmasını, büyümesini ve güçlenmesini sağlamak, ülke çapında ve uluslararası ilişkilerde gereksinimlerini daha kolay ve tek elden gidermek bakımından önem taşımakta olup, sistemli ve düzenli örgütlenme tüm ülkenin ekonomik-sosyal yapısını etkilemektedir. ŞİMŞEK, Edip: *Kooperatif Ortaklıklar*, Yonca Matbaası, Ankara, 1981, s. 221.

¹⁰⁰ ÜSTÜN / AYDIN, s. 350; ŞİMŞEK, s. 228. Kanunda öngörülen üst kuruluşlar sınırlı sayıda olup, farklı bir üst kuruluş altında birlik oluşturmak mümkün değildir. ŞİMŞEK, s. 228-229.

¹⁰¹ Kanun tasarısında kooperatiflerin her kademede üst kuruluşlara katılması zorunluluğu kabul edilmiş olmakla birlikte, Millet Meclisi Geçici Komisyonunda yapılan değişiklikler ve KoopK m. 77 ilk fıkrasında kurulur kelimesi yerine kurulabilir ifadesine yer verilmesi ile bu zorunluluk kaldırılmıştır. ŞİMŞEK, s. 229.

¹⁰² 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu m. 9: "*Bölge birliklerinin çalışma alanı içine alınan Kooperatiflerle Bölge Birlikleri, üst kuruluşlara girmek zorundadırlar. Bu zorunluluğa uymayan Kooperatif ve bölge birlikleri bu kanun hükümlerinden yararlanamazlar.*"

¹⁰³ YAZICI, s. 179. İsvBK m. 924/1'de ana sözleşmenin, birlik yönetimine bağlı kooperatiflerin ticari faaliyetlerini gözetim hakkını düzenleyebileceği ve anılan hükmün ikinci fıkrasında ise birlik yönetimi kuruluna, ana sözleşme düzenlemesi ile bağlı kooperatiflerin her biri tarafından alınan kararların iptalini dava yolu ile ileri sürme hakkının verilebileceği düzenlenmiştir. KoopK m. 75'in tasarı metninde de benzer şekilde kanun ve ana sözleşmelere aykırı olarak kooperatiflerin alacakları kararları dava yolu ile iptal ettirebilme yetkisinin birlik yönetim kuruluna tanınabilmesi imkân öngörülmüştü. Ancak hüküm kanunlaşırken bu düzenleme maddeden çıkarılmıştır. Doktrinde düzenlemenin hükümden çıkarılmasının isabetli olmadığı ve anonim şirketlerden farklı olarak kooperatiflerde üst kuruluşların varlığı ve denetimi kabul edilmiş ise bunlara en azından iptal davası açma hakkının da verilmesi gerektiği belirtilmektedir. ŞİMŞEK, s. 233.

¹⁰⁴ YAZICI, s. 181. Ayrıca bkz. ARI, *Şirketler Hukuku*, s. 443 vd.

yapılacak denetim dış denetim niteliğindedir. Anılan hükmün başlığında dış denetim kavramı kullanılmış ve dış denetim sadece hükümde şartları belirlenen denetime özgülenmiş görülmekle birlikte, geniş anlamda dış denetim sayılan bu denetim türlerinin tamamını kapsar¹⁰⁵.

1. İlgili Bakanlık Tarafından Yapılan Denetim

Kooperatiflerin hem kuruluş hem de kuruluş sonrasında gerçekleştirdiği iş ve faaliyetleri ilgili Bakanlık denetimine tabidir¹⁰⁶. Bilindiği üzere kooperatifler en az 7 ortak tarafından imzalanacak ana sözleşme ile kurulur. Kuruluş için ana sözleşmenin ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personel huzurunda imzalanması gerekir. (KoopK m. 2). Ana sözleşmenin ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personel huzurunda imzalanmasından sonra KoopK m. 3 gereği ilgili bakanlıktan kuruluş izni alınması gerekir. İlgili Bakanlık kooperatifin kuruluşuna izin verirse, kuruluş işlemleri tamamlanarak, kooperatif merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan olunur¹⁰⁷. Böylece kooperatiflerin kurulması sırasında ilgili bakanlık ve ticaret sicil memuru tarafından denetim gerçekleştirilmektedir¹⁰⁸. Kooperatifler kuruluş sonrası iş ve faaliyetlerinde yine ilgili Bakanlığın denetimi altındadır. KoopK m. 90 gereği ilgili Bakanlık kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birlikleri ile Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin işlem ve hesaplarını ve varlıklarını müfettişlere, kooperatif kontrolörlerine ya da denetim için görevlendirilecek olan personele denetlettirebilir. KoopK m. 90/3 gereği denetim sonuçları uyarınca ilgili Bakanlık tarafından verilecek talimatlara denetlenen kooperatifler uymak zorundadır. Denetim sonucunda denetlenen kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin veya kooperatif merkez birliklerinin veyahut Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin ve bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi durumunda ilgili Bakanlık -kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak- gecikmesinde sakınca görülen hallerde hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edildiği bu kişilerin görevlerine tedbiren son verme yetkisini haizdir. Ayrıca bu durumda ilgili Bakanlık, bir yıl içerisinde olağanüstü genel kurul toplantısının yapılması için gerekli tedbirleri de alır. KoopK m. 86/2 çerçevesinde de ilgili Bakanlık kooperatifleri, birlikleri, merkez birliklerini ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliğini teftiş etmek, denetlemek ya da denetletirmek görev ve yetkisini haizdir. Keza ilgili Bakanlık kooperatifler ile üst kuruluşlarının dağılmasını gerektiren sebepleri mahkemeye bildirmekle yetkili ve görevlidir (KoopK m. 86/3)¹⁰⁹.

¹⁰⁵ NARBAY / AL KILIÇ, s. 45.

¹⁰⁶ İlgili Bakanlık 1163 sayılı KoopK ek madde 1'de açıklanmıştır. Anılan düzenlemeye göre "İlgili bakanlık deyiminden, bu Kanun kapsamındaki tarımsal amaçlı kooperatifler ve üst kuruluşları için Tarım ve Köyişleri Bakanlığı, yapı kooperatifleri ve üst kuruluşları için Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ve diğer kooperatifler ve üst kuruluşlar için ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı anlaşılır.". Bu bakanlıkların isimleri Tarım, Köy İşleri Bakanlığı, Tarım ve Orman Bakanlığı; Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı olarak değiştirilmiştir. Ayrıca bkz. YAZICI, s. 181.

¹⁰⁷ "1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesininin 453 üncü maddesinin i bendinde; "Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına bağlı tarımsal amaçlı kooperatifler ve üst birlikleri, yapı kooperatifleri ve üst birlikleri hariç olmak üzere, tarım satış kooperatifleri ve birlikleri ile genel hükümlere tabi kooperatif ve birliklerin kuruluşuna, işleyişine ve denetlenmesine yönelik düzenlemeler yapmak, uygulamak ve uygulanmasını sağlamak, kooperatifleri ve üst kuruluşlarını denetlemek veya denetlettirmek" denilmek suretiyle hangi tür kooperatiflerin kuruluş, işleyiş ve denetimlerine ait işlem ve hizmetlerin Ticaret Bakanlığı Esnaf, Sanatkarlar ve Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü tarafından yürütüleceği belirlenmiştir.". Bkz. <http://ticaret.gov.tr> (ET: 13.05.2024).

¹⁰⁸ ÜSKÜL, M. Zafer: "Türk Hukukunda Kooperatifler Üzerindeki Devlet Denetimi", *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, 1976, Cilt 12, Sayı 2, s. 375 vd.; TOPALOĞLU, Mustafa: "Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu" *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 2, s. 659-660; YAZICI, s. 182. İzin mercii kuruluşla ilişkin başvuruları hem şekli hem de esas yönünden inceler. Şekil yönünden inceleme, başvuru belgelerinin mevcut olup olmadığını, bu belgelerle ana sözleşmenin genel kabul gören şekilleri içerip içermediğini araştırır. Esas yönünden incelemede ise ana sözleşmenin Kooperatifler Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırılık taşıyıp taşımadığı ve Kooperatifler Kanunu gereği ana sözleşmeye konulması zorunlu hükümlerin konulup konulmadığı araştırılır.

¹⁰⁹ Kooperatiflerin dağılma sebepleri KoopK m. 81'de düzenlenmiştir. Kanunda öngörülen dağılma sebeplerinden biri TTK m. 210 olup, hüküm uyarınca kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen kooperatifler hakkında Bakanlık tarafından bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılabilir. Ayrıca KoopK m. 98 atfı ile uygulama alanı bulan TTK m. 530 uyarınca kooperatifin organ eksikliği bulunması halinde ilgili bakanlık durumu bildirek fesih talebinde bulunabilir.

2. Bağımsız Denetim

4572 sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun'a tabi kooperatiflerde zorunlu organlar yönetim kurulu ve denetim kuruludur. 4572 sayılı Kanun tabi kooperatiflerde iç denetim çerçevesinde denetim organı zorunlu bir organ olarak öngörülmemiştir¹¹⁰. 4572 sayılı Kanun'a tabi Kooperatif Birlikleri ise bağımsız denetime tabidir. 4572 sayılı Kanun m. 5/1 (Değişik: 28/3/2013-6455/22 md.) "*Bakanlıkça ortak sayısı ve ciro gibi kistaslar dikkate alınarak belirlenen birlikler, 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre bağımsız denetime tabidir. (Ek cümle:21/10/2021-7339/21 md.) Bağımsız denetim kapsamı dışında kalan birlikler ile kooperatifler 1163 sayılı Kanununun 69 uncu maddesi hükümlerine göre denetlenir.*" hükmünü içermekte olup, Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan *Bağımsız Denetime Tabi Olacak Tarım Satış Kooperatif Birliklerinin Belirlenmesine Dair Tebliğ* 14.06.2013 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 2015 yılında 17.01.2015 tarihli Resmî Gazete¹¹¹ bu tebliğde değişikliğe gidilmiş ve eşik değerler düşürülmüştür. Buna göre zorunlu denetime tabi olacak olan Tarım Satış Kooperatifleri Birliklerine ilişkin eşik değerler tebliğin 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; "*Aşağıdaki dört şarttan en az üçünü sağlayan birlikler, 6102 sayılı Kanun çerçevesinde bağımsız denetime tabidir: a) Aktif toplam: Kırk milyon ve üstü Türk Lirası, b) Yıllık net satış hasılatı: Elli milyon ve üstü Türk Lirası, c) Bağlı kooperatiflerin ortak sayısı: Üç bin ve üstü, ç) Çalışan sayısı: Yüz elli ve üstü*". 4572 sayılı Kanun m. 5/1'e eklenen c.2 sebebiyle TTK kapsamında yapılacak bağımsız denetime tabi olmayan birlikler ise KoopK m. 69 çerçevesinde dış denetime tabi tutulacaklardır. 4572 sayılı Kanun'a tabi olan kooperatiflerden KoopK m. 69 ve Denetim Yönetmeliği düzenlemeleri kapsamında dış denetim kapsamına girenler bu denetim yöntemi ile denetleneceklerdir (Denetim Yönetmeliği m. 3)¹¹².

Ayrıca KoopK m. 69/3 uyarınca "*İlgili Bakanlıkça dış denetimle yetkilendirilen birlik ve merkez birlikleri 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre bağımsız denetime tabidir*". Böylece dış denetimi gerçekleştirebilecekler arasında yer alan birliklerin denetiminin TTK kapsamında bağımsız denetime göre yapılacağı düzenlenmiştir. Bu sistemle merkez birlikleri ve henüz kurulmamış ise bağlı olunan birlikler kooperatif ve üst kuruluşlarını denetlerken, onların da TTK kapsamında bağımsız denetime tabi olması ve denetlenmesi zorunluluğu getirilmiştir¹¹³.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 397/5'te Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile belirlenecek olan "*zorunlu denetime tabi sermaye şirketleri dışında kalan sermaye şirketleri ile 4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşlarının bağımsız denetimlerinin*" çıkarılacak olan bir yönetmelik ile belirleneceği hüküm altına alınmıştı. Bununla birlikte ilgili yönetmelik çıkarılamamıştır. Kanun'da yapılan 7339 sayılı Kanun m. 23 değişikliğiyle hükümden "*ile 4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları*" ibaresi kaldırılmıştır. 4572 sayılı Kanun'a tabi olan tarım satış kooperatifleri ve onların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları KoopK m. 69 kapsamında dış denetime ve Denetim Yönetmeliği hükümlerine tabi kılınmıştır. Bu kooperatif ve üst kuruluşlarına TTK kapsamında bir denetim uygulanmasından vazgeçilmiştir¹¹⁴.

3. Kredi Veren Kurum ve Kuruluşlarca Yapılan Denetim

Bir diğer dış denetim yolunu düzenleyen hüküm ise kooperatifler ve üst kuruluşlarına kredi veren kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve ilgili bakanlıklar tarafından yapılan ve verilen kredilerin açılış gayesine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını, plan ve projesine uygunluğunu, teknik özel-

¹¹⁰ Ayrıca bkz. NARBAY / AL KILIÇ, s. 34, dn. 54.

¹¹¹ 17.01.2015 tarihli ve 29239 sayılı Resmî Gazete.

¹¹² NARBAY / AL KILIÇ, s. 71.

¹¹³ NARBAY / AL KILIÇ, s. 47-48.

¹¹⁴ NARBAY / AL KILIÇ, s. 72-73.

likleri ve kalite açısından denetlemelerini sağlayan KoopK m. 90/4'tür. Kredi veren kuruluşlar krediyi kullanan kooperatiflere karşı Kooperatifler Kanunu kapsamında denetim hakkını haiz olmaktadır. Kredi veren kredi kuruluşlarının bu yetkisi sınırlıdır. Kredi kuruluşları sadece verilen kredinin açılış amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını, plan ve projelere uygunluğu, teknik özellikler ve kalite açısından denetleme yetkisine sahiptir¹¹⁵.

4. KoopK m. 69 Anlamında Dış Denetim

7339 sayılı Kanun ile getirilen en önemli yeniliklerden biri kooperatiflerde uygulanacak olan dış denetime ilişkindir. Değişiklik ile kooperatifçilik bakımından başarılı bulunan ülke uygulamalarında olduğu üzere, şirket ile organik bağı bulunmayan ve konusunda uzman bulunan denetçiler tarafından gerçekleştirilen bir denetim sisteminin getirilmesi sağlanmıştır. Denetçilerde aranacak şartlar özel olarak belirlenerek tarafsız, bağımsız, konusunda uzman kişiler tarafından nesnel, gerçekçi bir değerlendirme ve incelemenin yapılmasına olanak tanınmıştır.

KoopK m. 69/1'de ortak sayısı, cirosu, çalışma konusu gibi bazı ölçütlerin göz önüne alınması sureti ile belirlenecek kooperatif ve üst kuruluşlarının Ticaret Bakanlığınca dış denetime tabi tutulmasına imkân tanınmıştır. Kanuna dayalı olarak hazırlanan ikincil düzenleme "Kooperatif ve Üst Kuruluşlarının Denetimine Dair Yönetmelik" (Denetim Yönetmeliği) yürürlüğe girmiştir¹¹⁶.

Denetim Yönetmeliği m. 13 vd. düzenlemelerinde dış denetime ilişkin ayrıntılı hükümler sevk edilmiş olup, 18 vd. hükümlerinde ise dış denetimin birlik ve merkez birliklerince yapılması esasları ele alınmıştır.

Dış denetim genel olarak şirketin organı niteliğinde olmayan ve şirketle organik bağı bulunmayan kişi ve kuruluşlar eli ile yapılan denetim anlamına gelmektedir. Bununla birlikte KoopK m. 69'da dış denetim kavramı sınırlandırılmıştır. Bu kavram SMMM (Serbest Muhasebeci Mali Müşavir), YMM (Yeminli Mali Müşavir), Bağımsız Denetçiler ve ilgili Bakanlık tarafından denetim yetkisi verilen birlikler/merkez birliklerinde dış denetim ile görevli personel tarafından Denetim Yönetmeliği m. 15'te belirtilen şartları taşıyan kooperatiflerin, finansal tablolarındaki bilgilerin mevzuatta belirtilen esaslara uygunluğu ve doğruluğu konularında sınırlı güvence sağlayacak denetim teknikleri kullanılması yoluyla, kooperatifin defterleri, her türlü kayıtları ile belgeleri üzerinden denetlenmesini ve elde edilen değerlendirme sonuçlarının rapor altına alınmasını ifade etmektedir¹¹⁷.

Kooperatiflerde dış denetim, KoopK m. 69'da düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre "Ticaret Bakanlığı tarafından çalışma konusu, ortak sayısı ve ciro gibi kıstaslar dikkate alınarak belirlenen kooperatif ve üst kuruluşları dış denetime tabidir. Dış denetim finansal tabloların denetimidir. Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu içinde yer alan finansal bilgilerin, denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığı ve gerçeği yansıtıp yansıtmadığı da dış denetimin kapsamı içindedir".

KoopK m. 69/1'de "Dış denetim finansal tabloların denetimidir. Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu içinde yer alan finansal bilgilerin, denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığı ve gerçeği yansıtıp yansıtmadığı da dış denetimin kapsamı içindedir" ifadesi ile denetimin kapsamı açıklanmıştır. Denetim Yönetmeliği m. 13'te ise dış denetimin konusunun kooperatiflerin finansal tablolarının, kooperatiflerin tabi olduğu 1163 sayılı Kanun, 6102 sayılı Kanun, 213 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatına göre hazırlanıp hazırlanmadığı, gelir ve giderlerinin dayanağını oluşturan belgelerin ilgili mevzuata uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği, gelir ve gider hesapları ile bilanço hesaplarının defter, kayıt ve belgelerle uyumlu olup olmadığı hususlarından müteşekkil olduğu belirlenmiştir. Bu

¹¹⁵ YAZICI, s. 198.

¹¹⁶ 1.02.2022 tarihli ve 31737 sayılı Resmî Gazete. Ayrıca bkz. NARBAY / AL KILIÇ, s. 34.

¹¹⁷ ÜSTÜN, Yusuf / UZUN, Emrah / AYDOĞDU, Mehmet: *Kooperatiflerin Dış Denetimi ve Dış Denetimde Raporlama*, Eflatun Matbaacılık, Ankara, 2024, s. 22.

denetimde kooperatifin yıllık faaliyet raporu ve içeriğindeki bilgiler denetlenir. Denetçilerin görevi kural olarak muhasebenin doğruluğunu izlemekle sınırlıdır. Yönetimin faaliyetlerinin amaca uygunluğu ve yerindeliliği bu kapsamda denetlenmez¹¹⁸.

Dış denetçiler, kooperatiflerin kuruluşlarında Denetim Yönetmeliği m. 16'da öngörülen şartları taşıyanlar arasından ana sözleşme ile belirlenirler. Daha sonraki dönemlerde ise denetçiler genel kurul kararıyla görev yapacağı hesap dönemi içerisinde seçilirler. Dış denetçi görevi kabul etmez ise veya dış denetçiliğin herhangi bir sebeple boşalması durumunda kalan sürede görev yapmak için dış denetçinin seçildiği aynı genel kurul toplantısında yedek dış denetçi de seçilebilir¹¹⁹.

KoopK m. 69/2 ve Denetim Yönetmeliği m. 14 uyarınca “Dış denetim genel kurulca alınan karar doğrultusunda; a) Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yetkilendirilen bağımsız denetçiler, b) 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa tabi meslek mensupları, c) İlgili Bakanlıkça dış denetimle yetkilendirilen, bağlı olunan merkez birlikleri veya merkez birliği kurulmamışsa bağlı olunan birlikler, tarafından yapılabilir”. Böylece KoopK m. 69/2’de dış denetimi gerçekleştirecek olan denetçiler arasında, anonim şirket hükümlerinden farklı olarak, Alman hukukuna paralel şekilde ilgili bakanlık tarafından dış denetim ile yetkilendirilmiş bağlı olunan merkez birlikleri ve bunlar kurulmamış ise bağlı olunan birlikler de sayılmıştır. KoopK m. 69/2 b gereği bağımsız denetçi olabilme için öngörülen kriterleri yerine getirmeye için bu nitelikte bulunmayan serbest muhasebeci mali müşavirler ve yeminli mali müşavirler de dış denetim konusunda yetkilendirilebileceklerdir. Bu yolla bağımsız denetimi gerçekleştirebileceklere nazaran dış denetim faaliyetini yerine getirebilecek olanların kapsamı genişletilmiştir¹²⁰.

Denetçinin görevi kabul etme yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu hem denetçinin ana sözleşme ile belirlenmesi durumunda hem de genel kurul kararı ile seçim halinde geçerlidir. Görevin kabulü ile şirket ve denetçi arasında bir sözleşme ilişkisi kurulur. Taraflar arasındaki bu sözleşme ilişkisinin hukuki niteliğinin somut şartlara bağlı olarak vekalet veya vekalet benzeri bir sözleşme olarak kabul edilmesi mümkündür¹²¹. Dış denetim müessesesine en yakın kurum olan bağımsız denetimde ise denetçiler ile şirket arasındaki ilişki doktrinde -hâkim görüş olarak- kendine özgü bir sözleşme olarak vasıflandırılmaktadır¹²². Bu nitelendirmede denetim sözleşmesine kamu kurumları tarafından belirlenen kuralların uygulanıyor olması ve kamu hukukunu ilgilendiren yönlerinin bulunması belirleyicidir¹²³. Bağımsız denetim sözleşmesine öncelikle TTK ve kamu kurumu tarafından belirlenen kurallar ve kapsamda uluslararası denetim standartları uygulanmaktadır. Ayrıca dürüstlük kuralları, iş ilişkisinde geçerli teamül ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde benzer sözleşmelere ilişkin düzenlemeler uygulanmakta ve TBK’nun genel hükümleri ile içtihatlar ve MK m. 1’e dayanılarak hâkimin kendisinin kural koyarak sorunu çözmesi esası kabul edilmektedir¹²⁴. Aynı esasın kooperatiflerde dış denetim bakımından kabul edilmesi mümkündür. Dış denetime ilişkin KoopK m. 69’da sınırlı bir düzenleme yapılmış olmasına rağmen Denetim Yönetmeliği’nde m. 13 vd.’da yer verilen kapsamlı düzenlemeler,

¹¹⁸ HERZOG, s. 141; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER / SETHE, § 16, N. 774.

¹¹⁹ İç denetim bakımından KoopK m. 65/2’de genel kurul tarafından asıl üye sayısı kadar yedek üye seçilebileceği, 65/4’te ise denetim kurulunda üyeliğin herhangi bir nedenle boşalması durumunda, boşalan üyeliğe en çok oy alan yedeklerinin geçeceği, yedekleri ile birlikte üye sayısının genel kurulca belirlenen sayının altına düşmesi durumunda mevcut üye veya üyelerin ilk genel kurula kadar görev yapmak üzere şartları haiz kişileri denetim kurulu üyeliğine ataması öngörülmüştür.

¹²⁰ NARBAY /AL KILIÇ, s. 46-47.

¹²¹ Özel denetçi bakımından bkz. NARBAY, Şafak: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 158 vd., 283 vd.

¹²² ARI, *Şirketler Hukuku*, s. 481; ARI, Zekeriyya: *Anonim Şirketlerde Denetim*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019 (Denetim), s. 92; MEMİŞ, Tekin: “Şirketler Hukukunda Denetim”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 173; ÇELİK, Aytekin: *Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 74; ULUSOY, Yasin: *Halka Açık Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 159-160; KÖKSAL, Aytaç: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Sermaye Piyasası Mevzuatı, Bankacılık Mevzuatı Açısından ve Karşılaştırmalı Olarak Bağımsız Denetim Sözleşmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 95 vd.

¹²³ ARI, *Denetim*, s. 92-93.

¹²⁴ ARI, *Şirketler Hukuku*, s. 482; ARI, *Denetim*, s. 92-93.

dış denetim sözleşmesine uygulanacak ve yapılacak denetimde Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yayımlanan denetim standartlarının (Denetim Yönetmeli m. 23/2) ve etik ilkelerinin (Denetim Yönetmeliği m. 37) uygulanması gerekecektir. Bu halde dış denetçi ile kooperatif arasındaki hukuki ilişkinin de vekalet sözleşmesi unsurları ağır basan kendine özgü bir sözleşme olarak vasıflandırılması gerekmektedir. Şöyle ki denetim sözleşmesi kendine özgü bir sözleşme olmakla birlikte, vekalet sözleşmesi özellikleri ağır basmaktadır. Taraflar arasında güven ilişkisi bulunması, işin görülmesinde inisiyatifin büyük ölçüde vekilde olması, müvekkilin ancak güvendiği kişileri bu anlamda vekil olarak ataması, vekalet sözleşmesinde vekilin kişiliği ve mesleki bilgisinin özel önem taşıması dikkate alındığında denetim sözleşmesinin pek çok noktada vekalet sözleşmesi niteliği ile bağdaştığı görülür. Vekilin edimin ifa şekli, yeri, zamanı gibi hususları serbestçe belirlemesi ve TBK m. 386/2 uyarınca diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi vekalet hükümlerinin cari olması hükmü göz önüne alındığında denetim ilişkisine uygun olduğu oranda vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilebilir¹²⁵.

Dış denetçinin görevi kabul etmemesi veyahut denetçinin bu sıfatının herhangi başka bir nedenle sona ermesi halinde kalan süreyi tamamlamak üzere genel kurul tarafından seçilmiş ise yedek denetçi görev alır (Denetim Yönetmeliği m. 27/2).

Denetim Yönetmeliği m. 28’de genel kurulun haklı sebeplerin bulunması durumunda dış denetçiyi görevden alabileceği düzenlenmiştir. TTK kapsamından bağımsız denetimde ise genel kurulun bu şekilde bir yetkisi bulunmamaktadır. Denetçinin görevden alınması ve yerine yenisinin atanması yetkisi mahkemeye aittir. Genel kurul veya yönetim kuruluna bu yetkisinin tanınmamasının nedeni ise, denetçinin bağımsızlığını temin etmektir. Aksi durumda denetçi şirket tarafından fesih baskısı altında kalabilir ve görevini bağımsız şekilde yerine getiremeyeceği kabul edilmektedir¹²⁶. Esasen aynı gereklilik kooperatif dış denetçileri için de söz konusudur. Doktrinde de dış denetçinin haklı sebeplerle görevden alınması konusunda genel kurula yetki verilmiş olmasının denetçiden beklenen bağımsızlık kriterine gölge düşürebileceği belirtilmiştir. Dış denetçinin haklı sebepler gerekçe gösterilmek suretiyle görevden alınması baskısı, kanun koyucunun dış denetimle sağlanmasını arzu ettiği hedefe uygun olmadığı vurgulanmıştır¹²⁷.

Ayrıca denetçinin ölümü, çekilmesi, görevini yapmaya engel hal oluşması, kısıtlılığına karar verilmesi, tarafsızlığının ortadan kalkması veya Denetim Yönetmeliği’nde belirlenen şartlardan birini kaybetmesi gibi sebepler de denetçilik sıfatını sona erdirir. Doktrinde şirket ile denetçinin anlaşarak taraflar arasındaki sözleşmeyi sona erdirmelerinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir¹²⁸.

Denetim Yönetmeliği m. 15’te “*çalışma konusu, ortak sayısı ve ciro*” gibi unsurlar dikkate alarak yapılan bir ayırım ile dış denetime tabi kooperatifler belirlenmiştir¹²⁹. Böylece ekonomik anlamda daha

¹²⁵ Bağımsız denetim bakımından bkz. ARI, *Şirketler Hukuku*, s. 481, dn. 4; ARI, *Denetim*, s. 92, dn. 277. Ayrıca bkz. KÖKSAL, s. 76 vd.

¹²⁶ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku I*, 15 Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, N. 640, s. 518-519; ARI, *Şirketler Hukuku*, s. 486; ARI, *Denetim*, s. 96-97.

¹²⁷ NARBAY / AL KILIÇ, s. 45-46.

¹²⁸ Bağımsız denetçiler bakımından TOPÇUOĞLU, Metin: *Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bağımsız Denetçi ve Sorumluluğu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 98.

¹²⁹ Denetim Yönetmeliği m. 15’e göre “*Aşağıdaki şartlardan birini sağlayan faal kooperatifler dış denetime tabidir: a) Tarım satış, tarım kredi, esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet, pancar ekicileri kooperatifleri. b) Yapı ruhsatı alınmış ve ortak sayısı 100 veya daha fazla olan yapı, turizm geliştirme ve gayrimenkul işletme konularında faaliyet gösteren kooperatifler. c) Faaliyet konusuna bakılmaksızın Bakanlıkça daha yüksek bir tutar belirlenmemiş ise 30 milyon Türk lirası ve üstü net satış hasılatı olan kooperatifler. ç) Faaliyet konusuna bakılmaksızın 2.000 ve daha fazla ortağı bulunan kooperatifler.*” dış denetime tabidirler. Ayrıca Denetim Yönetmeliği m. 15/2 uyarınca kooperatifler art arda iki hesap döneminde 30 milyon Türk lirası net satış hasılatı şartını sağlamaları halinde müteakip hesap döneminden itibaren dış denetime tabi olacaklardır. Art arda iki hesap döneminde yıllık net satış hasılatı 30 milyon Türk lirasının altında kalan kooperatifler ise müteakip hesap döneminden itibaren dış denetim kapsamından çıkarılırlar. Ancak müteakip dönemde bu şartı sağlaması durumunda bir sonraki dönemde dış denetim kapsamına dahil olurlar. Denetim Yönetmeliği m. 15/4 uyarınca ikinci fıkra kapsamında yapılacak değerlendirmede her bir hesap dönemine ilişkin Bakanlıkça belirlenen tutar ayrı ayrı uygulanır. Kooperatiflerin amaç veya esas faaliyet konusunda değişikliğe gitmeleri halinde, değişiklik birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri açısından müteakip hesap döneminden itibaren dikkate alınır (Denetim Yönetmeliği m. 15/5). Ortak sayısı için birinci fıkranın (b) ve (ç) bentleri açısından değerlendirme yapılırken kooperatifin, olağan genel kurulunun yapıldığı takvim yılının ilk günü kayıtlı olan tüm ortakları dikkate alınır. Takvim yılı içerisinde kayıtlı ortak sayısında gerçekleşen artma ve azalmalar bu değerlendirmeyi etkilemez (Denetim Yönetmeliği m. 15/6).

büyük önem taşıyan kooperatifler dış denetime tabi tutulmuştur. Görece küçük kooperatiflerin ise iç denetim ile yetinmesine imkân sağlanmıştır. İncelenen modern denetim sistemlerine paralel şekilde kooperatiflerin büyüklüğü inceleme ve denetleme bakımından farklılık yaratan bir kriter olarak düzenlenmiştir. Görece küçük kooperatiflerin dış denetimden muafiyeti önemli bir konu olmakla birlikte, şüphesiz denetim ile ilgili en önemli husus denetçilerin tarafsız ve bağımsızlığıdır¹³⁰. Dış denetimde bağımsızlık, özellikle hiçbir kişisel menfaati dikkate almaksızın gerekli inceleme ve değerlendirmenin yapılması ve tamamen objektif nitelikte bir sonuca ulaşılması için en önemli gerekliliktir. Bir kişi denetlenecek şirketin yetkilisi, çalışanı veya ortağı ise denetim görevinde yer alamaz. Denetim Yönetmeliği m. 33'te de tarafsızlığı ortadan kaldıran haller belirtilmiş ve 400/1 c.2 ile a ile h bentlerinde belirtilen durumların denetçinin tarafsızlığını ortadan kaldıracığı düzenlenmiştir.

Ayrıca denetçilere ilişkin temel kaygılardan biri, denetçilerin uygun şekilde eğitilmiş ve vasıflı olmaları gerekliliğidir¹³¹. KoopK m. 69/2 ve Denetim Yönetmeliği m. 14 uyarınca dış denetimle görevlendirilecek kişilerin uzmanlıkları açık bir şekilde düzenlenerek bu gereksinim giderilmiştir. Dış denetimi gerçekleştirecek denetçilerin kimler olabilecekleri tek tek sayma suretiyle belirlenmiştir¹³². Dış denetçi olarak görev alacak kişiler ayrıca dış denetçi eğitimi almış olmaları gerekmektedir. Denetim Yönetmeliği m. 17 uyarınca “*Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yetkilendirilen bağımsız denetçiler hariç olmak üzere*”, dış denetimi gerçekleştirecek dış denetçilere, Bakanlık veya Bakanlık tarafından yetkilendirilmiş kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları veya üniversiteler tarafından eğitim verilir¹³³.

Dış denetçi, finansal tabloların mevzuata uygun şekilde düzenlenip düzenlenmediği, doğru ve dürüst şekilde hazırlanıp hazırlanmadığına ilişkin görüş oluşturmak amaçlı denetim konusu ile sınırlı şekilde kooperatifin faaliyetleri hakkında bilgi toplamalı, denetim ve çalışma programını hazırlamalı ve denetimi planlamalıdır (Denetim Yönetmeliği m. 21). Dış denetçiler yaptıkları inceleme ve kontrol faaliyetleri sonuçlarını, dış denetim raporu hazırlamak sureti ile genel kurula sunmak zorundadır¹³⁴. Dış denetçiler bağımsız denetim için TTK m. 403'te öngörüldüğü üzere olumlu görüş, sınırlı olumlu görüş, olumsuz görüş bildirebilir veya şartların gerektirmesi durumunda görüş bildirmekten kaçınırlırlar. Yönetmelikte raporların sonuçlarının ne olacağına ilişkin ayrıca bir açıklama bulunmamaktadır. Bu raporların ve özellikle olumsuz yönde verilen rapor ile görüş vermekten kaçınmanın hukuki sonuçlarının ne olacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiş olması önemli bir eksiklik¹³⁵. KoopK m. 98 atfı ile TTK m. 403'ün kıyasen uygulanması düşünülebilir.

Denetçilerin özen ve sadakat yükümlülüğünün belirlenmesinde genel hükümler uygulanır. Bu halde TBK m. 396 ve özellikle vekilin özen yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 506'nın uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁶. TBK m. 506/2 uyarınca vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Denetçilerden beklene-

¹³⁰ DAVIES / WORTHINGTON, N. 22-9.

¹³¹ Topluluk hukuku bakımından bkz. DAVIES / WORTHINGTON, N. 22-16.

¹³² NARBAY / AL KILIÇ, s. 46.

¹³³ 01.04.2024 tarihi itibarıyla eğitim için yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Bursa Uludağ Üniversitesi, İstanbul Topkapı Üniversitesi, Samsun Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirler Odası, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği (TÜRMOB), Sakarya Esnaf ve Sanatkarlar Odaları Birliği, Konya Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirler Odası, Konya Selçuklu Ziraat Odası, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi olarak belirlenmiştir. <https://esnafkoop.ticaret.gov.tr> (ET: 11.05.2024).

¹³⁴ Dış denetim raporu, hesap döneminin sonundan itibaren en geç üç ay içerisinde hazırlanarak genel kurula sunulmak üzere yönetim kuruluna teslim edilir. Genel kurul toplantılarının birleştirilerek yapılmasına karar verilen kooperatiflerde, birleşik genel kurul toplantısında görüşülecek birinci hesap dönemine ait dış denetim raporu, ikinci hesap döneminin sonuna kadar yönetim kuruluna teslim edilebilir. Tarım kredi kooperatiflerinde 1581 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca genel kurul toplantısı yapılmayan yıllarda ilgili hesap döneminin dış denetim raporları sonraki hesap döneminin sonuna kadar yönetim kuruluna teslim edilebilir. Ancak her halde dış denetim raporları, denetimi yapılan kooperatifin genel kurul toplantısı yapmasını engellemeyecek şekilde sunulur (Denetim Yönetmeliği m. 38/3).

¹³⁵ NARBAY / AL KILIÇ, s. 50.

¹³⁶ ARI, *Denetim*, s. 36.

cek özen, objektif özen olup, kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesi yeterli değildir. TBK m. 506/3 uyarınca vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır. Bu bağlamda özen ölçüsü olarak ortalama bilgi ve beceriye sahip ve benzer kooperatiflerde benzer işleri gören kişilerin değerlendirmede dikkate alınması gerekir. Bu anlamda özen ölçüsünün belirlenmesinde kooperatif nitelik ve büyüklüklerinin de önemi olduğu gibi, denetçinin özel uzmanlık bilgisinin de seçiminde önem taşıdığı hallerde özen ölçüsü ağırlaşmaktadır. Bu sebeple özen ölçüsünün tespitinde her bir somut durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Denetçilerin sadakat borcundan kaynaklanan sır saklama yükümlülüğü ayrıca düzenlenmiştir. Denetçiler denetim faaliyeti esnasında öğrendikleri denetleme ile ilgili iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak açıklayamazlar. Bu sırları kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatlerine kullanamazlar (Denetim Yönetmeliği m. 35). Kooperatif bakımından önem taşıyan ticari sır, bağımsız ekonomik bir değeri bulunan veyahut ekonomik faaliyetlerde sahibine rekabet avantajı sağlayan, herkes tarafından bilinmeyen ve sadece sınırlı bir çevrede bilinen (aleni olmayan), sırrın sahibinin gizli kalmasını istediği her türlü bilgi olarak tanımlanabilir¹³⁷. Denetim Yönetmeliği m. 35'te dış denetçi ve onun yanında çalışan kişiler ile denetçiye yanında çalışmamakla birlikte diğer şekillerde dışarıdan hizmet verenlerin denetim faaliyetleri sırasında öğrendikleri ve açıklamasında kooperatif veya ortaklar için zarar doğuracağı beklenen hususları kooperatif ortaklarına ve üçüncü kişilere açıklayamayacakları düzenlenmiştir.

Denetim yönetmeliğinde ayrıca dış denetçinin uyacağı etik ilkeler¹³⁸ düzenlenmiş ve denetçilere yönetim kuruluna bildirim yapma¹³⁹ ve genel kurul toplantılarına katılma¹⁴⁰ görevi yüklenmiştir.

Alman hukukuna paralel şekilde dış denetim ayrıca üst kuruluşlar aracılığı ile gerçekleştirilebilecektir. KoopK m. 69/2 ve Denetim Yönetmeliği m. 14/1 c'de ilgili Bakanlık tarafından bu konuda yetkilendirilen kooperatifin bağlı olduğu merkez birliği ya da merkez birliği henüz kurulamamış ise kooperatifin bağlı olduğu birlik tarafından dış denetimin gerçekleştirilmesinin gerçekleştirilmesine imkân tanınmıştır. Denetim Yönetmeliği m. 18'de ilgili Bakanlık tarafından denetim konusunda yetki verilmesi halinde Yönetmelik uyarınca yapılacak dış denetimin, merkez birliği olan kooperatiflerde merkez birliği, merkez birliği kurulamamışsa ortağı olduğu birlik tarafından gerçekleştirilebileceği, dış denetime yetkili merkez birliklerinin kendi ortakları dışındaki kooperatif ve birliklerini; birliklerin de kendi ortakları dışındaki kooperatifleri denetleyemeyecekleri düzenlenmiştir. Ayrıca kooperatiflerin merkez birliği veya birliğe ortak olsa dahi Denetim Yönetmeliği m. 14'te düzenlenen diğer dış denetim seçeneklerini kullanabileceği belirtilmiştir. Bu halde kooperatif merkez birliğine veya birliğe ortak olsa da genel kurulunda alacağı bir kararla dış denetimini bağımsız denetçilere, SMMM veya YMM yolu ile gerçekleştirebilecektir¹⁴¹. Dış denetim ile yetkilendirilebilecek olan birlik/merkez birliklerinin taşınması gereken şartlar ise Denetim Yönetmeliği m. 18/2'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre bu bir-

¹³⁷ BİLGE, Mehmet Emin: *Ticari Sırların Korunması*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 5. Doktrinde yapılan diğer bir tanıma göre ise ticari sır "Bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları veya diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, gizliliği nedeniyle rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere açıklanması gereken, ancak mevzuatın gerekli kıldığı hallerde yetkili mercilere verilebilen, ticari işletmenin ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan ve ekonomik menfaat sağlayan; işletme ya da şirketin gizli kalması için hal ve şartlara göre gerekli güvenlik önlemlerini aldığı, halihazırda ya da olası bir ekonomik değer taşıyan, sahibinin sırrın saklanması yönünde açık veya örtülü iradeye sahip olduğu gizli bilgi"dir. GÜR-BÜZ USLUEL, Aslı E.: *Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 29. Ayrıca bkz. MEMİŞ, s. 173.

¹³⁸ Denetim Yönetmeliği m. 31-37.

¹³⁹ Denetim Yönetmeliği m. 21/4 uyarınca dış denetçi yaptığı denetim faaliyetleri esnasında kooperatif ortakları veya alacaklılar aleyhine telafisi güç veya imkânsız sonuçlar doğuracak bir hususu tespit ederse konuyu derhal yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmek zorundadır.

¹⁴⁰ Denetim Yönetmeliği m. 21/5. Denetçinin raporu, ortakların bilgi edinme hakkının kaynaklarından biri olup, ortakların bilgi edinme hakkı bakımından denetçilerin genel kurula katılımı önem taşımaktadır. Bu önem nedeni ile Denetim Yönetmeliği'nde dış denetçilerin de gerektiğinde açıklama yapmak üzere genel kurul toplantılarına iştiraki öngörülmüştür. Birden çok denetçinin bulunması halinde denetçilerin tamamının genel kurul toplantısına katılımı gerekir.

¹⁴¹ ÜSTÜN / UZUN / AYDOĞDU, s. 26.

lik/merkez birliklerinin en az yedi ortak kooperatifinin bulunması, Dış denetimi gerçekleştirebilecek kurumsal kapasiteye sahip olması, bu kapsamda dış denetimi gerçekleştirmek üzere denetim biriminde 16. maddede belirtilen nitelikleri taşıyan ve ortağı olan dış denetime tabi birim kooperatif sayısının en az 1/30'u kadar ve ikiden az olmamak üzere tam zamanlı dış denetimle görevli personel istihdam etmiş olması şarttır. Denetim rehberinin yazılı olarak oluşturulması, organizasyon, mekân, teknik donanım, belge ve kayıt düzeninin denetim faaliyetini etkin bir şekilde gerçekleştirebilmesi için yeterli olması, şarttır¹⁴².

Denetim Yönetmeliği m. 20 uyarınca denetimle yetkilendirilen birlik veya merkez birliği ilgili Bakanlığa her yılın Ocak ayında özel hesap dönemi kullananlar ise her hesap döneminin ilk ayında dış denetime tabi tutulacak kooperatiflerin bir listesini vermek zorundadır. Ayrıca bu kuruluşlar her yıl yürüttükleri denetimler hakkında bilgileri içeren bir raporu ve denetim ile ilgili diğer konular hakkında bilgileri ilgili Bakanlığa vermek yükümlülüğünü taşırlar.

Ticaret Bakanlığı tarafından dış denetim faaliyeti yürütmek için Denetim Yönetmeliği m. 18 uyarınca yetkilendirilen kooperatif üst kuruluşları 01.04.2024 tarihi itibari ile Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Kredi ve Kefalet Kooperatifleri Birlikleri Merkez Birliği (TESKOMB), Trakya Yağlı Tohumlar Tarım Satış Kooperatifleri Birliği (TRAKYABİRLİK), Tarış Pamuk ve Yağlı Tohumlar Tarım Satış Kooperatifleri Birliği (TARIŞ PAMUK), Çukurova Pamuk Yerfistığı ve Yağlı Tohumlar Tarım Satış Kooperatifleri Birliği (ÇUKOBİRLİK) olarak belirtilmiştir¹⁴³.

IV. DEĞERLENDİRME

Anonim şirketler hukukunda modern denetim sistemleri, denetimin şirketin bir organı tarafından değil, şirketten bağımsız üçüncü kişiler eli ile yürütülmesini esas almaktadır. Modern sistemler, denetçilerin tarafsız ve bağımsızlığı ile mesleki niteliklerine özel önem vermekte, nitelikli denetçilerin şirket yönetiminin etkisi altında kalmadan şirket işlerini denetlemesini öngörmektedirler. Bu yolla doğru, dürüst ve tarafsız bir denetimin yapılması ve şirketin gerçek durumunun ortaya konulması hedeflenmektedir. Kooperatifler hukukunda da anonim şirketlere paralel şekilde denetimde bu yönde bir gelişme söz konusu olup, özellikle kooperatifçiliğin etkin olduğu ülkelerde daha şeffaf ve hesap verilebilir yönetimler ile kooperatiflerin amaçlarını gerçekleştirmesi ve başarıya ulaşması sağlanmaktadır.

Bu yönelim İsviçre hukukunda kendini göstermektedir. 2008 yılı değişikliği ile belirli büyüklüğü haiz kooperatiflerde anonim şirketlerde denetimi düzenleyen İsvBK m. 727 vd. hükümlerine atıf yolu ile denetim sistemi belirlenmiş, görece küçük kooperatiflerde sınırlı bir denetim öngörülmüş, bazı hallerde ise olağan denetiminden vazgeçilmesine olanak tanınmıştır. Büyük ölçekli kooperatifler ile görece küçük kooperatifler arasında ayırım yapılmış olması özellikle küçük kooperatiflerin yüksek denetim masraflarından kaçınmasına olanak sağlamaktadır. Ancak küçük ölçekli kooperatiflerde yapılan sınırlı denetim yasalara aykırı olguların bulunmadığına ilişkin olumsuz tespit ile sınırlı olup yüzeysel bir denetimdir. Bu durum birtakım aykırılıkların tespit edilememesi riskini taşımaktadır. Diğer kooperatifler bakımından doğrudan anonim şirket hükümlerine atıf yapılması ise denetim esaslarının belirlenmesi bakımından karmaşayı önlemektedir.

Alman hukukunda ise ikili bir denetim sistemi öngörülmüş ve şirketin bir organı olan gözetim kurulu tarafından yapılan denetim ile kooperatif birlikleri tarafından denetim esasları düzenlenmiştir.

¹⁴² Denetim Yönetmeliği m. 19/2: "Birlik/merkez birliğinde istihdam edilecek dış denetimle görevli personelde, dış denetçilerde aranacak şartlara ilave olarak (Denetim Yönetmeliği m. 16), üniversitelerin en az dört yıllık lisans eğitimi veren siyasal bilgiler, iktisat, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakültelerinden ya da bunlara denkliği yetkili makamlar tarafından kabul edilen yurt dışındaki üniversitelerden veya yüksek okullardan mezun olmak, usul ve esasları Bakanlıkça belirlenecek sınavda başarılı olmak, sağlık durumu, her türlü iklim ve yolculuk koşullarına elverişli olmak aranır. Birlik/merkez birliğinde istihdam edilecek dış denetimle görevli personelin, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yetkilendirilen bağımsız denetçi olması hali hariç, serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavir olması halinde belirlenen şartlar bu kişiler için de uygulanır."

¹⁴³ <https://esnafkoop.ticaret.gov.tr> (ET: 11.05.2024).

Ortak sayısı esasına bağlı olarak gözetim kurulunun oluşumu farklılaşmakta, ortak sayısı 20'yi geçmeyen kooperatiflerde ana sözleşmede düzenleme yapılması şartı ile gözetim kurulu oluşturulmasından vazgeçilmesine olanak tanınmaktadır. Gözetim kurulu üyesi sıfatı için özel mesleki bilgi, beceri ve mesleki tecrübe aranmamış olması denetimin uygun şekilde yerine getirilmesi hususunda birtakım kaygılar doğurmaktadır. Kooperatif birliği tarafından yapılan denetimde ise gözetim kurulu üyelerinin çoğunlukla yeterli bilgi ile donanıma sahip olmamaları göz önüne alınarak konusunda uzman kişiler eli ile denetimin gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir. GenG § 53 şartları çerçevesinde büyük ölçekli ve küçük kooperatifler ayrımı yapılarak kanuni düzenlemedeki şartları haiz küçük nitelikli kooperatiflerin basitleştirilmiş bir denetim ile yetinmesine olanak sağlanmıştır. Böylece görece küçük kooperatiflerin denetimle ilgili yüksek maliyetlerden kurtarılmasına imkân tanınmıştır. Ancak basitleştirilmiş denetim kooperatiflerde bazı hukuka aykırılıkların tespitini güçleştirebilmektedir. Kooperatif birlikleri ile denetimin yürütülmesi ise kooperatiflerin ortak çıkarlarını korumak, amaçlarını gerçekleştirmek için ortakların kendi aralarında örgütlenmelerine ve bu bağlamda kendi kendine örgütlenme ilkesi ile uyum içindedir.

İngiliz hukukunda da incelenen diğer hukuklarında olduğu üzere büyük ve küçük ölçekli kooperatif ayrımı yapılarak konusunda uzman ve bağımsız kişiler ile denetimin gerçekleştirilmesi, bazı şartlar ile küçük kooperatiflerde nitelikli denetçi denetimden muafiyet sağlanması olanaklı kılınmıştır. Böylece denetimin doğru, dürüst ve gerçeklere uygun surette gerçekleştirilmesi sağlanırken küçük kooperatiflerde gereksiz denetim masraflarının azaltılması hedeflenmiştir. Ancak küçük ölçekli kooperatiflerde denetimin sınırlı tutulması incelenen diğer hukuklarda olduğu üzere bazı hukuka aykırılıkların tespitini güçleştirme riskini beraberinde getirmektedir.

Türk hukukunda da modern denetim sistemi esas alınarak 7339 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kooperatiflerde denetim sistemi önemli şekilde değiştirilmiştir. Böylece mevzuatta öngörülen bazı ölçütlere göre belirlenen kooperatiflerin iç denetimin yanı sıra dış denetime tabi olmaları esası getirilmiştir. Dış denetim ile bağımsız ve tarafsız denetçilerce uluslararası standartlara göre bir denetim hedeflenmiş, aynı zamanda kooperatif organları tarafından yapılacak iç denetim saklı tutulmuştur. KoopK m. 69/1'de ortak sayısı, cirosu, çalışma konusu gibi bazı ölçütlerin göz önüne alınması sureti ile belirlenecek kooperatif ve üst kuruluşlarının Ticaret Bakanlığınca dış denetime tabi tutulmasına imkân tanınmıştır. Denetimi gerçekleştirebilecek olanlar ise KoopK m. 69/2 ve KoopK m. 69 son fıkrasına dayanılarak çıkarılan Kooperatif ve Üst Kuruluşlarının Denetlenmesine Dair Yönetmelik m. 14'te sınırlı sayıda sayılmış olup, uzmanlık bilgisi ve bağımsızlık kriterleri getirilmiştir. Kooperatiflerde dış denetimde TTK m. 399 vd. düzenlenen bağımsız denetimden farklı olarak üst örgütlenmeden de faydalanılmış ve Alman hukukuna paralel şekilde "*ilgili Bakanlıkça dış denetimle yetkilendirilen, bağlı olunan merkez birlikleri veya merkez birliği kurulamamışsa bağlı olunan birlikler*" dış denetimi gerçekleştirebilecekler arasında sayılmıştır. Kooperatiflerde denetimin böylece modern denetim sistemine uygun surette daha etkin ve verimli hale gelmiştir. Ancak kooperatiflerde, içerik olarak benzer olan bağımsız denetimden farklı bir denetim sisteminin daha getirilmesi ve bu yolla birden fazla denetim türünün kooperatiflerde uygulanması kavramsal karışıklığa yol açmaktadır. Yapılan düzenlemelerde önem arz eden bazı hususlarda eksikler bulunması uygulamayı zorlaştırmaktadır.

SONUÇ

Kooperatiflerin denetimi hem ortaklar hem alacaklılar hem de kamu için önem taşımaktadır. Ancak nitelikli bir denetim konu hakkında uzmanlık ve yetkinliği gerektirdiği gibi, denetçilerin bağımsız ve tarafsızlığı da önem taşımaktadır. İç denetimi gerçekleştirecek denetçilerde, belirli bir uzmanlık bilgisi aranmaması, bu konuda takdir yetkisinin yönetim kurulu üyelerini seçen genel kurul çoğunluğuna bırakılması denetimden beklenen sonuçların sağlanmasını engellemiştir. Özellikle büyük ölçekli kooperatiflerde bu sınırlı denetim kabul edilemez nitelik taşımaktadır. Kooperatiflerde bu gereksinim,

7339 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile karşılanmaya çalışılmış ve kooperatiflerde denetim sistemi önemli şekilde değiştirilmiştir. Bu düzenlemeler ile mevzuatta öngörülen bazı ölçütlere göre belirlenen kooperatiflerin iç denetimin yanı sıra dış denetime tabi olmaları esası getirilmiştir. Dış denetim ile bağımsız ve tarafsız denetçilerce uluslararası standartlara göre bir denetim hedeflenmiştir. Dış denetim, kooperatif organları tarafından yapılacak iç denetimi ortadan kaldırmamaktadır. Dış denetim esasen finansal tabloların denetimi ile bunların yıllık faaliyet raporları ile tutarlı olup olmadığı, çelişki bulunup bulunmadığı ve bunların gerçeği yansıtır yansıtmadığının kontrolünü içermektedir. Denetimi gerçekleştirebilecek olanlar ise KoopK m. 69/2 ve KoopK m. 69 son fıkrasına dayanılarak çıkarılan Kooperatif ve Üst Kuruluşlarının Denetlenmesine Dair Yönetmelik m. 14’te sınırlı sayıda sayılmış olup, uzmanlık bilgisi ve bağımsızlık kriterleri getirilmiştir. Denetçiler, ortakların genellikle sahip olmadıkları uzmanlık bilgisine ve özel deneyime sahip olarak, onların yerine işlerin kontrolünü üstlenmektedirler. Kooperatiflerde dış denetimde TTK m. 399 vd. düzenlenen bağımsız denetimden farklı olarak üst örgütlenmeden de faydalanılmış ve Alman hukukuna paralel şekilde “*ilgili Bakanlıkça dış denetimle yetkilendirilen, bağlı olunan merkez birlikleri veya merkez birliği kurulamamışsa bağlı olunan birlikler*” dış denetimi gerçekleştirebilecekler arasında sayılmıştır. Yapılan değişiklikler ile kooperatiflerde denetimin, modern denetim sistemine uygun surette daha etkin ve verimli hale geldiği söylenebilir. Bununla birlikte, esasen içerik olarak benzer denetimi yerine getiren bağımsız denetimden farklı bir denetim sisteminin daha getirilmesi ve bu yolla birden fazla denetim türünün kooperatiflerde uygulanması kavramsal karışıklığa yol açtığı gibi, yapılan düzenlemelerde de önem arz eden bazı hususlarda eksikler bulunması uygulamayı zorlaştırmaktadır. Bu bakımından dış denetimin çoğu hususta TTK m. 399 vd. düzenlenen bağımsız denetime paralel düzenlendiği göz önüne alındığında, İsviçre hukukunda olduğu gibi doğrudan KoopK’nda TTK’nın bağımsız denetimine ilişkin hükümlere atıf yapılması ve bağımsız denetimden ayrılan noktaların kanunda düzenlenmesi uygulamayı kolaylaştırmak adına daha kolay bir yöntem olabilirdi.

KAYNAKÇA

- ADDERLY, Ian / MANTZARI, Elisavet / MCCULLOCH, Maureen / RIXON, Daphne: “Accounting and Reporting for Co-operatives: a UK Perspektive”, *Journal of Co-operative Studies*, 2021, Cilt 54, Sayı 3, s. 45-57.
- AKER, Halit: *Kooperatiflerde Genel Kurul*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- ARI, Zekeriyya: “Anonim Şirketin Denetimi ve Hesapları”, (Ed.) KARAHAN, Sami: *Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s. 441-517 (Şirketler Hukuku).
- ARI, Zekeriyya: *Anonim Şirketlerde Denetim*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019 (Denetim).
- BAUSCH, Heinz-Hermann / REHBOCK, Michael: “Die genossenschaftliche Pflichtprüfung - Aspekte zur Prüfungsdurchführung unter Anwendung der ISA”, *Einschrift für das Gesamte Genossenschaftswesen*, 2012, Cilt 62, Sayı 4, s. 275-288.
- BERTSCHINGER, Urs: “Revisionsstelle und «Corporate Governance»”, WEBER, Rolf H. / STOFFEL, Walter A. / CHENAUX, Jean-Luc / SETHE, Rolf (Hrsg.): *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*, Schulthess Verlag, Zürich, 2017, s. 91-110.
- BERTSCHINGER, Urs: “Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei der eingeschränkten und ordentlichen Revision - Gleichlauf und Differenz”, *AJP/PJA*, 2012, Sayı 9, s. 1221-1237 (Unabhängigkeit).
- BİLGE, Mehmet Emin: *Ticari Sırların Korunması*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2005.
- ÇELİK, Aytekin: *Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- ÇEVİK, Orhan Nuri: *Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.
- DAVIES, Paul L. / WORTHINGTON, Sarah: *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet&Maxwell, London, 2012.
- DURMAZ AYOĞLU, Gülsüm Gözde: “Dünya Örnekleri ile Yenilenebilir Enerji Kooperatifleri”, *Enerji Uzmanları Derneği Enerji Piyasası Bülteni*, 2014, Sayı 31, s. 30-34.
- FAJARDO-GARCÍA, Gemma / FICI, Antonio / HENRY, Hagen / DAVID, Hiez / MEIRA, Deolinda A. / MÜNCHER, Hans-H. / SNAITH, Ian (Ed.): *Principles of European Cooperative Law: Principles, Commentaries and National Reports*, Intersentia, Cambridge/UK, 2018 (Yazar, Principles of European Cooperative Law).
- GUTZWILLER, Max: *Zürcher Kommentar, Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Band V/6/2*, Schulthess Verlag, Zürich, 1974.
- GÜRBÜZ USLU, Aslı E.: *Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- GÜREDİN, Ersin: *Denetim*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- HERZOG, Martina Johanna: *Lenkung, Führung und Kontrolle in Genossenschaften*, Dike Verlag, Zürich-St. Gallen, 2021.
- HONSELL, Heinrich / VOGT, Peter Nedim / WATTER, Rolf (Hrsg.): *Basler Kommentar, Obligationenrecht II Art. 530-964 OR Art 1-6 SchlT AG Art.1-11 ÜBest GmbH*, 4. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012 (Yazar, Basler Kommentar).
- İMREGÜN, Oğuz: *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
- KOLLER, Ingo / KINDLER, Peter / ROTH, Wulf Henning / MORCK, Winfried (Hrsg.): *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 8. Baskı, C.H.Beck, München, 2015 (Yazar, Handelsgesetzbuch).
- KÖKSAL, Aytaç: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Sermaye Piyasası Mevzuatı, Bankacılık Mevzuatı Açısından ve Karşılaştırmalı Olarak Bağımsız Denetim Sözleşmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- LUTTER, Marcus / KRIEGER, Gerd: *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 5. Baskı, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008.
- MEIER-HAYOZ, Arthur / FORSTMOSER, Peter / SETHE, Rolf: *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. Baskı, Stämpfli, Bern, 2018.
- MEMİŞ, Tekin: “Şirketler Hukukunda Denetim”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 151-186.

- NARBAY, Şafak / AL KILIÇ, Şengül: “7339 Sayılı Kanun’un Kooperatifler Kanunu ve Diğer Kanunlarda Yaptığı Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, *REGESTA*, 2022, Cilt 7, Sayı 1, s. 3-78.
- NARBAY, Şafak: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- NATSCH, Regina: *Die Genossenschaft im Konzern*, Stämpfli Verlag, Bern, 2002.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku II*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku I*, 15 Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- SCHAFFLAND, Hans Jürgen / CARIO, Daniela / SCHULTE, Günther / KORTE, Otto / LENHOFF, Dirk (Hrsg.): *Lang/Weidmüller Genossenschaftsgesetz: Genossenschaftsgesetz. Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Mit Erläuterungen zum Umwandlungsgesetz; Kommentar (Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften); mit Erläuterungen zum Umwandlungsgesetz; Kommentar*, 35. Baskı, de Gruyter, Berlin, 2006, s. 422-454 (Yazar, Genossenschaftsgesetz).
- SCHMID, Ernst Felix: *Genossenschaftsverbände*, Schulthess Verlag, Zürich, 1979.
- ŞİMŞEK, Edip: *Kooperatif Ortaklıklar*, Yonca Matbaası, Ankara, 1981.
- TOPALOĞLU, Mustafa: “Kooperatiflerin Genel İlkeleri ve Kuruluşu” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 2, s. 645-665.
- TOPÇUOĞLU, Metin: *Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bağımsız Denetçi ve Sorumluluğu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ULUSOY, Yasin: *Halka Açık Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- ÜSKÜL, M. Zafer: “Türk Hukukunda Kooperatifler Üzerindeki Devlet Denetimi”, *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, 1976, Cilt 12, Sayı 2, s. 375-391.
- ÜSTÜN, Yusuf / AYDIN, Muhittin: *Kooperatifler Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÜSTÜN, Yusuf / UZUN, Emrah / AYDOĞDU, Mehmet: *Kooperatiflerin Dış Denetimi ve Dış Denetimde Raporlama*, Eflatun Matbaacılık, Ankara, 2024.
- VON STEIGER, Fritz: *Grundriss des Schweizerischen Genossenschaftsrechtes*, 2. Baskı, Polygraphischer Verlag, Zürich, 1963.
- WEITLING, Alexander: *Der Aufsichtsrat in der Genossenschaft: Besonderheiten und Probleme*, Diplomica Verlag, Hamburg, 2014.
- WERDER, Axel: “Das duale Führungssystem der deutschen Aktiengesellschaft”, RINGLEB, Henrik-Michael / KREMER, Thomas / LUTTER, Marcus / WERDER, Axel v. (Hrsg.): *Kommentar zum Deutschen Corporate-Governance-Kodex. Kodex-Kommentar*, 2. Baskı, Beck, München, 2005, s. 36-37.
- YAZICI, Ali Said: *1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu’na Göre Kooperatiflerin Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.



Mahkeme Dışı Boşanmanın Türk Hukukunda Uygulanması İmkânının Değerlendirilmesi^(*)



Evaluation of the Possibility of Implementation of Out-of-Court Divorce in Turkish Law

Emrah AKTÜRK



Doktor Öğretim Üyesi

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Aile Hukuku,
Boşanma,
Mahkeme Dışı
Boşanma,
Anlaşmalı Boşanma,
Çözüm Önerileri.*

Öz

Boşanma kurumu hem kişiler hem de kamu hukuku açısından önemli bir kurum olup son yıllarda yaşanan gelişme ve tartışmaların odağında, yeni yaklaşımlar ve yöntemlerle hukuk düzeni içinde şekillenmeye devam etmektedir. Bu kurum, farklı ulusal hukuk sistemlerinde farklı zamanlarda farklı biçimlerde ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Boşanmanın yasaklandığı zamandan, anlaşmalı boşanma aşamasına gelen işbu süreç, bazı ülkelerde şimdi de mahkeme kararı olmadan boşanma gibi kolaylıklar içeren yeni bir düzene kavuşmuştur.

Bu düzenin amaçladığı sonuç; evlilik birliği içinde hayatlarını sürdürmek isteyen bireylerin evlenmek ve aile kurmak özgürlüklerinin yanında, sürdüremeyecekleri evlilikleri sonlandırmaları bakımından özgür olarak hareket edebilmeleri olarak düşünülebilir. Kişilerin yaşam biçimi ve tercihleri değişebilmektedir. Bu bakımdan boşanma kurumunun da bireylerin bu yaşam biçimlerini kolaylaştırması ve zaten sorunlu hale gelmiş hayatlarını daha da zorlaştırmaması gerekmektedir.

Boşanma sürecinde; mahkeme süreçlerinin uzun sürmesi, yargı masraflarının ve avukatlık ücretlerinin yüksek olması bireylere ek külfetler yüklerken, boşanma konusunda tamamen anlaşmış eşlerin mahkemeye başvurmaları, mahkemelerin zaten yoğun olan iş yüklerini daha arttırmaktadır.

Pek çok Avrupa ülkesinde kişiler, mahkemeye gitmeksizin evliliklerini idari makamlar nezdinde sonlandırabilmekte ve hayatlarına daha sorunsuz devam edebilmektedir. Türk hukukunda mahkeme dışı boşanma kabul görmemekle birlikte son zamanlarda anlaşmalı/tek celsede boşanmaya ilişkin kararlarının arttığı görülmektedir. Diğer yandan arabuluculuk gibi alternatif çözüm yollarının son dönemde ülkemizde kullanılmasının yaygınlaşması, boşanma kurumu açısından yargı yoluna başvurmadan, mahkeme dışı boşanma yollarının oluşturulması hususunda ilerleyen zamanlarda düzenleme yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu sebeplerle çalışmamızda da mahkeme dışı boşanmanın Türk hukukunda uygulanması imkânı değerlendirilmiştir.

Keywords

*Family Law,
Divorce,
Out of Court Divorce,
Uncontested Divorce,
Solution Proposals.*

Abstract

The institution of divorce is an important institution in terms of both personal and public law and continues to shape the legal order with new approaches and methods that are the focus of developments and discussions in recent years. This institution has emerged and developed in different forms at different times in different national legal systems. This process, which has progressed from when divorce was prohibited to the stage of uncontested divorce, has now reached a new order in some countries, including facilities such as divorce without a court decision.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 16.09.2024, Kabul Tarihi: 20.11.2024.



The result aimed by this order can be considered as the freedom of individuals who want to continue their lives in a marriage union to marry and establish a family, as well as the freedom to act freely in terms of terminating marriages that cannot be sustained. Lifestyle and preferences of individuals may change. In this respect, the institution of divorce should facilitate these lifestyles of individuals and should not make their already problematic lives more difficult.

In the divorce process, while the long duration of court processes, high judicial costs and attorney fees impose additional burdens on individuals, the fact that spouses who have fully agreed on divorce apply to the court increases the already heavy workload of the courts.

In many European countries, individuals can terminate their marriages before administrative authorities without going to court and continue their lives more smoothly. Although out-of-court divorce is not accepted in Turkish law, it is observed that there has been an increase in the number of decisions regarding uncontested divorce in recent times. On the other hand, the recent widespread use of alternative solution methods such as mediation in our country reveals the necessity of making regulations in the future regarding the establishment of out-of-court divorce methods without resorting to the judicial remedy in terms of the institution of divorce. For these reasons, in our study, the possibility of the application of out-of-court divorce in Turkish law has been evaluated.

GİRİŞ

Toplumların yaşam biçimleri ve kültürlerinin farklı olması, kişilerin de yaşam biçimlerinde, insanlarla olan ilişkilerinde ve aile hayatlarında farklılıklara neden olmaktadır. Evlilik kurumu ve aile kurma düşüncesi her toplumda benzer şekilde algılansa da sahip olunan farklılıklar nedeniyle evlilik kurma şekilleri çeşitlenmektedir. Buna bağlı olarak toplumların boşanma konusundaki yaklaşımları da değişmektedir.

Erkek egemen bir yaklaşımın hüküm sürdüğü toplumlarda boşanma kararının ve şeklinin de erkek tarafından belirlendiği, kimi zaman kadının boşanmasının yasaklandığı, kimi zaman da çok ağır şartlara bağlandığı görülmektedir¹. Demokratik toplumlarda ise boşanma kurumu; yasal zeminde ve kişilerin eşit haklara sahip oldukları bir hukuki statüye kavuşarak, boşanma kararını almada ve hayata geçirmede kadın ile erkek bakımından bir farklılık bulunmamaktadır².

Son yıllarda gelişen boşanma yöntemleri ile eşler; maddi hukuk kurallarında yapılan değişiklikler sayesinde mahkeme önünde anlaşmalı olarak ya da usuli değişiklikler sayesinde mahkemeye gitmeden idari bir makam önünde boşanabilmektedir³. Bunların dışında tahkim ve arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da boşanma kaynaklı uyuşmazlıklarda ek yöntemler olarak kabul edilmiştir⁴. Hukukumuzda ise bu gelişmeler sayesinde, eşlerin anlaşmaları halinde, İslam hukuku temelli tek taraflı boşanma anlayışı terk edilerek, maddi hukuk kurallarına göre mahkeme önünde anlaşmalı boşanma yolu kabul edilmiştir⁵. Ancak usuli yenilikler olan ve mahkeme dışı boşanma kurumu olabilecek; idari makam, arabuluculuk veya tahkim yollarının boşanma yolu olarak kullanılabilmesi hala tartışılmaya devam etmektedir⁶.

¹ SAYMEN, Ferit H.: *Aile Hukuku Dersleri, 1949-1950 Yılı Takrirleri*, Teksir İşleri, İstanbul, 1950, s. 20; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: *Türk Medeni Kanunu'na Göre Medeni Hukuk, Başlangıç- Şahıslar, Aile, Miras ve Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1954 (Ayni Haklar), s. 153; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 27-28; ERDEM, Bahadır: "Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü", (Ed.) ŞİPKA, Şükran / ŞENSÖZ, Ebru / ŞENOL, Ayşe Nilay / ÖZBİLEN, Arif Barış: *Medeni Hukuk ve Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri*, İstanbul Ticaret Akdeniz Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 156.

² BRÄM, Verena: "Privatisierung des Scheidungsrechts - ein Holzweg?", (Hrsg.) GEISER, Thomas / KOLLER, Thomas: *Festschrift für Professor Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag: Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Stämpfli Verlag, Bern, 2002, s. 205.

³ BRÄM, s. 205.

⁴ GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ: "Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları", *Kadem Kadın Araştırmaları Dergisi*, 2018, Cilt 4, Sayı 1, s. 121-146.

⁵ SAYMEN, s. 153.

⁶ EKŞİ, Nuray: *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 77; ÜREM ÇETİNEL, Merve / GÜNEŞ, Biset Sena: "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 5, s. 312; AYHAN İZMİRLİ, Lale: "Nüfus Hizmetleri Kanunu

Çalışmamızda değerlendireceğimiz esas konu olan mahkeme dışında başka bir yerde boşanabilme imkânı, öğretide; “adli olmayan boşanma”⁷, “özel boşanma”⁸ ve “mahkemesiz boşanma”⁹ gibi birbirinden farklı isimlerle kullanılsa da biz Alman öğretisinde kabul edilen “mahkeme dışı boşanma”¹⁰ kavramını kullanacağız.

Ülkemizde uygulanması tartışılan bu yönteme ilişkin, öncelikle öğretinin bu kuruma bakışı üzerinde durulup, farklı ülke yöntemleri incelenerek, Türk hukukunda uygulanma imkânı üzerine değerlendirmelere yer verilecektir.

I. MAHKEME DIŞI BOŞANMA KURUMU

A. Genel Olarak

Mehaz İsviçre hukuku¹¹, Alman hukuku ve Türk hukukunda esas olan, boşanmanın hâkim kararıyla olabildiğidir¹². Ancak yaygın olarak birçok ülkede uygulanmaya başlayan “mahkeme dışı boşanma” kurumu; eşlerin mahkemeye başvurmaksızın, boşanma ve boşanmanın sonuçları konusunda anlaşarak mahkeme hariç başkaca yetkili makam önünde evlilik birliğini sona erdirdikleri bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır¹³. Bu boşanma türünde çoğu zaman eşlerin üzerinde mutabık kaldıkları boşanma anlaşmasını bir idari makam (mesela belediye başkanı veya noter) huzurunda imzalamaları yeterli olmaktadır¹⁴.

Öğretide mahkeme dışı boşanma kurumunu olumlu görenler olduğu gibi kabul edilmemesi gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur. Mahkeme dışı boşanma kurumuna olumlu yaklaşan yazarlara göre bu kurumunun uygulanması, yargının iş yükünü azaltacak, eşlerin yüksek yargılamaya giderlerine katlanmalarının önüne geçecek ve boşanma prosedürüne sürat kazandıracaktır. Dolayısıyla modern hukuk sistemlerinde bu faydalı kuruma yer verilmelidir¹⁵.

Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 22, Sayı 4, s. 67-126; TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “Türk Hukukunda Yabancı Makamlarca Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler”, (Ed.) DOĞAN, Vahit / AYHAN İZMİRLİ, Lale / YILMAZ, Alper Çağır: *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 375-387; HUYSAL, Burak: “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2017, Cilt 37, Sayı 2, s. 473-507; ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru: *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 237 vd.; TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle Düzenlenen Yenilikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Sayı 2, s. 103-128.

⁷ EKŞİ, s. 39.

⁸ ANATOMO, Jennifer: “Reformbedarf Bei Der Anerkennung Von Privatscheidungen”, *Nzfam*, 2018, s. 243.

⁹ DUTTA, Anatol / SCHWAB, Dieter / HENRICH, Dieter / GOTTWALD, Peter / LOHNIG, Martin (Hrsg.): *Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2017, s. 131-135.

¹⁰ NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 260; FERRER-RIBA, Josep: “Marital Agreements and Private Autonomy in Spain”, (Ed.) SCHERPE, Jens: *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oregon, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2012 (Marital Agreements and Private Autonomy in Spain), s. 354.

¹¹ Art.111-134 ZGB; 1564 BGB. Detaylı bilgi için bkz. ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 328.

¹² GENÇCAN, Ömer Uğur: *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Boşanma Hukuku), s. 97-105; KILIÇOĞLU, Ahmet M: *Aile Hukuku*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2024, s. 3; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, M. Alper: *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 47; UĞUR, Ömer: *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 99; EKŞİ, Nuray: *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 77; ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, M. Beşir / GÖKYAYLA, K. Emre: *Zevkliler Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 879; OĞUZMAN / DURAL, s. 112; GÜRSOY, Kemal Tahir: “Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma”, *Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925-1975, Cilt 2, Boşanma Hukuku Haftası*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 157; VELİDEDEOĞLU, Ayni Haklar, s. 167; NOMER, s. 260; AKINTÜRK, Turgut / DERYA, Ateş: *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, 25. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 237; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 25-27; KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim: *Aile Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1989, s. 150; SAYMEN, s. 144; ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 121 vd.

¹³ EKŞİ, s. 39; HUYSAL, s. 476.

¹⁴ EKŞİ, s. 39; HUYSAL, s. 476.

¹⁵ ŞIPKA, Şükran: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2007, Cilt 6, Sayı 12, s. 170; ÖZBEK, Mustafa Serdar: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Cilt 1*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 284 vd.; DUTTA, Anatol: “Stand des Scheidungsrechts in Deutschland”, (Hrsg.) DUTTA, Anatol / SCHWAB, Dieter / HENRICH, Dieter / GOTTWALD, Peter / LOHNIG, Martin: *Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im Europäischen Scheidungsrecht*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2017, s. 52-53.

Mahkeme dışı boşanma uygulamalarına karşı olan yazarlar ise eşlerin anlaşmalarının tarafsız bir kişi veya kurumca kontrol edilmesi gerektiğini, eşlerin duygusal olarak hızlı karar vermelerinin kendileri ya da çocuklarının geleceğini olumsuz etkileyebileceğini ileri sürerek bu kurumun uygulanmaması gerektiğini savunmaktadırlar¹⁶. Boşanmanın kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle bir denetim mekanizmasının olması gerekliliği bu görüşü savunan öğreti tarafından önemle vurgulanmaktadır¹⁷.

Kanaatimizce; hukukumuzda kamu düzeni önemli bir kriter olarak yer alsada aşağıda detaylı olarak ele aldığımız anlaşmalı boşanma oranlarına bakıldığında, mahkeme dışı boşanma kurumu uygulanabilmelidir. Aşağıda belirtilen ülkelerdeki uygulamalar incelenerek, ortak yönler tespit edilip Türk hukukuna entegre olabilen bir mahkeme dışı boşanma kurumu sistemi geliştirilebilir.

B. Dünyada Uygulanan Mahkeme Dışı Boşanma Uygulama Örnekleri

Tarihsel süreç içerisinde mahkeme dışı boşanma kurumunu uygulayan ülkeler, yetki ve görev bakımından iki farklı geleneği ve grubu temsil etmişlerdir¹⁸.

İskandinav usulü de denilen ve Danimarka, Norveç ve İzlanda'da gibi ülkelerde uygulanan ilk grupta; boşanma koşullarının katılığı ile eşlerin evliliğe dair sorumluluklarını ciddi düzeyde aksatmaları neticesinde, kralların boşanmaya karar verebilmeleri sağlanmaktadır¹⁹. Hala uygulanan bu yöntem²⁰ ile boşanma kararı verilmesinde esneklik sağlayan bu uygulamanın gerçekleştiği ülkelerde, aile sistemi diğer toplumlara göre farklılıklar göstermekte, özellikle ekonomik ve sosyal güvenlik zıya- de kişinin özgürlüğünün ve bağımsızlığının, cinsiyet eşitliği ve refah devleti olma özelliğinin ön plana çıktığı kabul edilmektedir²¹.

İkinci grup ise Rusya'da ortaya çıkan ve boşanma kurumunu adli sahanın dışına taşıyan bir uygulama olup, 1920'li yıllarda devletin boşanma sürecindeki kontrolünü azaltmak amacıyla aile hukuku reformları ile oluşmuştur²².

Boşanma işlemlerinin adli alandan çıkarılmasına yönelik çok sayıda ülkede düzenlemeler yapıldığı ve farklı ülkelerde mahkeme dışı boşanma kurumuna ilişkin usuller kabul edildiği görülmektedir²³. Eşler arasında anlaşma olması, çocuk bulunmaması gibi ortak kriterlere bağlı olarak Belarus, Brezilya, Rusya, Japonya, Kazakistan Fransa, Gürcistan, Romanya, Özbekistan gibi pek çok ülkede, adli makamlar haricinde belediye, noter, nüfus idaresi, evlendirme dairesi gibi idari makamlarca boşanma kararı verilebilmektedir²⁴.

Mahkeme dışı boşanma kurumu, dünyanın farklı hukuk sistemlerinde uygulanmakta olsa da ülkemizin de etkisi altında olduğu Kıta Avrupa Hukuku sisteminin içinde, bu kurumun uygulanmasını gelenek haline getiren İskandinav ülkelerinden birkaçının boşanma usullerine ilişkin süreçlerinin açıklanması, konunun anlaşılması açısından fayda sağlayacaktır.

¹⁶ VELİDEDEOĞLU, *Ayni Haklar*, s. 152; DUTTA, s. 52-53; ÖZTAN, s. 696-698; ŞENER, Esat: "Medeni Kanun'un Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler", *Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925-1975, Cilt 2, Boşanma Hukuku Haftası*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 234.

¹⁷ VELİDEDEOĞLU, *Ayni Haklar*, s. 157-167; ÖZTAN, s. 696-698.

¹⁸ ANTOLOSKAIA, Masha: "Divorce Law in a European Perspective", (Ed.) Scherpe, Jens: *European Family Law Volume III - Family Law in a European Perspective*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, s. 72-73.

¹⁹ ANTOLOSKAIA, s. 72.

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. I.B.

²¹ DANIELSEN, Svend: *The Scandinavian Approach: Administrative and Judicial Resolutions of Family Conflicts*, (Ed.) MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse: *Familles et Justice*, Bruylant, Bruxelles, 1997, s. 140; SANDSTRÖM, Glenn / GARDARSDÓTTIR, Ólöf: "Long-Term Perspectives on Divorce in the Nordic Countries Introduction", *Scandinavian Journal of History*, 2018, Cilt 48, Sayı 1, s. 1-2.

²² ANDRUP, Henrik / BUCHHOFER, Bernd / ZIEGERT, Klaus A.: "Formal Marriage under the Crossfire of Social Change", (Ed.) EE-KELAAR, John M. / KATZ, Sanford N.: *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Butterworths, Toronto, 1980, s. 38; ANTOLOSKAIA, s. 74. Uygulamaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. s. 12-13.

²³ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 317.

²⁴ NOMER, s. 260; ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 317.

1. Norveç Hukuku

Mahkemeler yanında kralların da boşanma hususunda karar verebildiği sistem olan Norveç hukukunda²⁵ Norveç Evlenme Yasası m. 27 kapsamında²⁶ ayrıca idari makam olan valilik huzurunda da boşanma gerçekleştirilebilmektedir²⁷. Burada önemli olan nokta boşanmanın; şiddet, çok eşlilik, yakın akraba evliliği ya da 2 yıldan beridir birlikte yaşamama gibi çekişmeli sebeplerin yanında m. 28 kapsamında²⁸ vasi aracılığıyla talep edilmesi halinde mahkeme kararı şarttır²⁹.

Valilik önünde boşanma işlemlerinin yapılabilmesi için ön koşul, ayrılık usulünün tamamlanmasıdır³⁰. Evlilik birliğine; ya mahkeme tarafından ara verilmesi kararı sonrası bir yıllık sürenin geçmiş olması veya eşlerin kararıyla iki yıl süreyle evlilik birliğine ara vermiş olması durumlarında valilik tarafından boşanma kararı verilebilir³¹. Buna ek olarak eşlerin evlilik birliğini sonlandırma iradelerini açık olarak ortaya koymaları ve valiliğe talepte bulunmaları gerekmektedir³². Eğer eşler aralarında anlaşmış iseler on altı yaşından büyük ortak çocuklarının bulunması boşanmanın idari usulle gerçekleştirilmesine engel teşkil etmemektedir. Çocukların on altı yaşından küçük olması durumunda Evlenme Yasası m. 26 uyarınca arabuluculuk kurumuna başvurulması gerekmektedir³³. Çocukların menfaatlerinin korunması, ebeveyn sorumlulukları ile çocukla şahsi ilişkisinin kurulması çocuğun mutad meskeninin belirlenmesi için arabuluculuk süreci zorunlu tutulmuştur³⁴. Arabuluculuk aşaması çok kısa sürmekte ve süreç sonunda düzenlenen belge olmadan boşanma işlemine devam edilememektedir³⁵.

2. Danimarka Hukuku

Tarihsel süreci kralların boşanmaya karar verebilmelerine dayanan Danimarka'da mahkemelerle birlikte idari makamların da boşanmaya karar verebildikleri ve aynı yetkiye sahip oldukları görülmektedir³⁶. Uygulamada da en çok boşanmanın idari makamlar önünde gerçekleştiği anlaşılmaktadır³⁷.

Anlaşmalı olsun ya da olmasın tüm boşanma süreçleri için karar verme yetkisi, Aile Hukuku Ajansı kurumundadır³⁸. Bununla birlikte şiddet gibi önemli durumlarda kurum dosyayı değerlendirilmesi için mahkemeye götürebilir³⁹.

Eşler, boşanma ve boşanma sonuçları ile ilgili konularda anlaşma sağlamışlarsa, ayrılık kararına gerek kalmadan boşanma talebinde bulunabilmekte ve boşanma gerçekleşebilmekte iken, anlaşma

²⁵ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 318.

²⁶ LOV-1991-07-04-47: Lov om Ekteskap (ekteskapsloven), I 1991 hefte 12 (<https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1991-07-04-47>, ET: 01.05.2024).

²⁷ KRISTIANSEN, Jan Eric: "Norway", (Ed.): CHESTER, Robert: *Divorce in Europe*, Springer Verlag, New York, 1977, s. 53; SPERR, Annken Kari: "Stand des Scheidungsrechts in Norwegen", (Hrsg.) DUTTA, Anatol / SCHWAB, Dieter / HENRICH, Dieter / GOTTWALD, Peter / LÖHNIG, Martin: *Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Giesekeing Verlag, Bielefeld, 2017, s. 269. Detaylı bilgi için bkz. <https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Norway-Divorce.pdf> (ET: 14.05.2024).

²⁸ LOV-1991-07-04-47: Lov om Ekteskap (ekteskapsloven), I 1991 hefte 12 (<https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1991-07-04-47>, ET: 01.05.2024).

²⁹ KRISTIANSEN, s. 53.

³⁰ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 318.

³¹ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 318.

³² ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 318.

³³ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 318.

³⁴ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 318.

³⁵ SPERR, s. 272-273.

³⁶ PARKINSON, Patrick: *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge University Press, New York, 2011, s. 201; DANIELSEN, s. 139.

³⁷ PARKINSON, s. 201.

³⁸ Lov N. 203 af 05.03. 2019 om ændring af lov om ægteskabsindgåelse og opløsning og lov om Familieretshuset, Børne- og Socialmin., j.nr. 2018-3585 (Danimarka Evlenme ve Sona Ermesi Yasası, <https://www.retsinformation.dk/eli/ta/2019/771>, ET: 01.05.2024).

³⁹ Bu yönde bkz. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage_and_divorce_statistics#Fewer_marriages.2C_more_divorces (ET: 01.05.2024).

sağlanamaması durumunda ise ayrılık talebinde bulunulması ve altı aylık bekleme süresi geçtikten sonra boşanma talebi yapılabilmesi gerekmektedir⁴⁰. Zina, iki yıldan fazla zamandır ayrı yaşama, eşe ya da çocuğa şiddet, çok eşlilik, çocuğun diğer eş tarafından kaçırılması gibi durumlarda doğrudan boşanma talebi yapılabilmekte, Aile Hukuku Ajansı tarafından ayrılık kararı talebi olmadan boşanma gerçekleştirilmektedir⁴¹.

2019 yılında yapılan değişiklik ile anlaşmalı boşanmak isteyen ve on sekiz yaşından küçük çocukları bulunan eşler, üç aylık bir bekleme süresine tabi tutulmuşlardır⁴². Bu sürede eşler, boşanmanın yıkıcı sonuçlarının en aza indirilmesi, boşanma süreci ve sonrasında birbirlerine ve çocuklarına davranışlarının nasıl olması gerektiğine yönelik yardımcı olması adına online olarak yürütülen bir kursa katılmak zorundadır⁴³.

Teknolojik gelişmelerin neticesi olarak Danimarka’da boşanma dilekçeleri online olarak eşler tarafından doldurularak formlarla yapılabilmektedir⁴⁴.

3. İtalya Hukuku

Katolik geleneklere sıkı bir şekilde bağlı olması sebebiyle İtalya’da 1970’e kadar boşanma kurumu reddedilmekte iken⁴⁵ günümüzde eşlerin irade serbestisi temeline dayalı bir uygulama olan mahkeme haricindeki makamlar vasıtasıyla boşanmak mümkündür⁴⁶. Boşanma sürecinin hızlandırılması amaçlanarak 2014 yılında yeni bir düzenleme yapılmış, başka kurumlar nezdinde de boşanma kurumu kabul edilmiştir⁴⁷.

Eşlerin anlaşması neticesinde 132 sayılı 12.09.2024 tarihli Kanun Hükmünde Kararname ile; bazı koşullarda avukat desteğiyle hızlı boşanma imkânı sağlanarak savcı tarafından, bazı durumlarda ise avukat katılımı aranmaksızın belediye başkanı önünde boşanmak mümkün hale getirilmiştir⁴⁸. Anlaşmalı boşanma şartları yoksa mutlaka mahkeme huzurunda boşanmaya karar verilmektedir⁴⁹.

İlk yol olan avukat desteğiyle hızlı boşanma yolunda; 132 sayılı Kararname m. 6 ile avukatların bilgilendirmesi ve gözetiminde eşlerin; nafaka hususunda anlaşmamış olsalar bile çocuk varsa çocuğun bakımı, aile konutunun durumu, boşanma sonrasında eşlerin çocukla olan ilişkilerinin nasıl olacağı gibi hususlarda anlaşmaları gerekmektedir⁵⁰. Yapılan bu anlaşma sonrasında boşanma konusunda yetkilendirilen savcı; şekli olarak anlaşmayı kontrol etmektedir⁵¹. Ancak; eşlerin küçük veya maddi olarak bağımlı ya da ağır biçimde engelli çocuklarının bulunması gibi durumlarda, savcının içerik denetimine de geçebileceği, bu yüzden menfaatlerin korunup korunmadığını da inceleyebileceği kabul edilmektedir⁵². Savcı menfaatlerin korunduğunu ve şartların gerçekleştiğini tespit ederse anlaşmayı

⁴⁰ Lov om ægteskabsindgåelseogopløsning m. 29-30.

⁴¹ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 319-320; Lov om ægteskabsindgåelseogopløsning m. 36-36.

⁴² Lov om ægteskabsindgåelseogopløsning m. 42.

⁴³ Lov om ægteskabsindgåelseogopløsning m. 42.

⁴⁴ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 320. Formlar için bkz. <https://familieretshuset.dk/en/applications/documents-and-application-forms> (ET: 01.05.2024).

⁴⁵ SARESELLA, Daniela: “The Battle for Divorce in Italy and Opposition from the Catholic”, *Journal of Family History*, 2017, Cilt 42, Sayı 4, s. 401-418.

⁴⁶ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 319-320.

⁴⁷ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 321.

⁴⁸ Divorzioveloce- 132 sayılı Kararname m. 6-12 (<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2014;132>, ET: 01.05.2024). ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 321.

⁴⁹ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 321.

⁵⁰ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 321.

⁵¹ CUBEDDU, Wiedemann / GIOVANNA, Maria / HENRICH, Dieter: “Neue Trennungs- und Scheidungsverfahren in Italien”, *FamRZ*, 2015, s. 1255.

⁵² CUBEDDU / GIOVANNA / HENRICH, s. 1255.

onaylayarak boşanmayı gerçekleştirecektir⁵³. Buradaki savcı onayı sonrası tescil kurucu nitelikte olmayıp ispat vasıtası niteliğindedir⁵⁴.

Diğer yol olan avukat katılımı olmaksızın boşanma usulünde ise; 132 sayılı Kararname m. 12’ye göre eşlerin küçük veya maddi bakımdan bağımlı ya da ağır şekilde engelli olan ergin çocuklarının bulunmaması durumunda, avukat katılımı zorunlu olmaksızın belediye başkanı huzurunda boşanma anlaşması imzalamak suretiyle tarafların boşanmaları da söz konusudur⁵⁵. Belediye başkanına açıklanan irade beyanları sonrasında eşlere, ek düşünme süresi olarak otuz günlük süre verilmekte ve süre sonunda boşanma gerçekleşmektedir⁵⁶. Belediye başkanının onayı kurucu nitelikte olmayıp ispat vasıtası niteliğindedir⁵⁷.

4. İspanya Hukuku

Katolik bir toplum olması nedeniyle uzun yıllar kabul görmeyen boşanma kurumunun 1981 yılında yapılan yasa değişikliği⁵⁸ ile İspanya’da uygulanmaya başlaması neticesinde boşanma oranında artış görülmüştür⁵⁹. İspanya’da evlilik kutsal ve bozulamaz nitelikte kabul edilmekteyken, 2005 yılında yapılan başka bir yasa değişikliği ile “*hızlı boşanma*” denilen boşanma usulü kabul edilerek, taraflara talep ederlerse evlilik tarihinden 3 ay geçtikten sonra sebep göstermeksizin boşanma imkânı verilmiştir⁶⁰. Eşlerden birisinin boşanma talebi, evlilik birliğinin sarsılmış olduğunu gösteren yeterli bir kanıt olarak görülmüştür⁶¹. Buradaki amaç; mahkemelerde oluşan iş yükünü azaltmak, eşler arasındaki şiddeti önlemek ve tarafların yapacakları masrafları en aza indirmektir⁶².

2015 yılında ise noter ya da adli hizmet memuru önünde boşanma kurumu oluşturulmuştur⁶³. Buna göre eşler, boşanma ve sonuçları hakkında tamamen anlaşmış olmaları, küçük veya bağımlı çocuklarının bulunmaması koşuluyla boşanabilmektedirler⁶⁴. Eşlerin her ikisi de aynı derecede yetkilidir⁶⁵. İşlemlerin hızlı gerçekleşmesi, az masraf gerektirmesi, kolay erişimli olması nedeniyle noter huzurunda boşanma daha çok kullanılmaktadır⁶⁶.

Eğer eşler anlaşamamışlarsa dava mahkeme önünde görülmekte, küçük veya bağımlı çocuk varsa çocuğun menfaatinin korunması amacıyla dosya savcı aracılığıyla mahkemeye taşınmakta ve süreç bu şekilde çekişmeli olarak ilerlemektedir⁶⁷.

⁵³ CUBEDDU / GIOVANNA / HENRICH, s. 1256.

⁵⁴ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 321.

⁵⁵ Divorzioveloce- 132 sayılı Kararname m. 12.

⁵⁶ CUBEDDU / GIOVANNA / HENRICH, s. 1253 vd.

⁵⁷ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 321.

⁵⁸ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, Boletín Oficial del Estadonúm 172, de 20 de julio de 1981, s. 16457-16462 (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-16216>, ET: 01.05.2024).

⁵⁹ MARTIN-CASALS, Miquel / RIBOT, Jordi: “The Postmodern Family and the Agenda for Radical Legal Change in Spain”, (Ed.) ATKIN, Bill: *The International Survey of Family Law 2008 Edition*, Jordan Publishing, Bristol, 2008, s. 425. Detay için bkz. https://isflhome.org/wp-content/uploads/2022/07/ISFL_2008_j-ebook.pdf (ET: 01.05.2024).

⁶⁰ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, Boletín Oficial del Estadonúm 163, de 9 de julio de 2005, s. 24458-24461 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>, ET: 01.05.2024).

⁶¹ FERRER-RIBA, *Marital Agreements and Private Autonomy in Spain*, s. 354.

⁶² FERRER-RIBA, Josep: “Same-Sex Marriage, Express Divorce and Related Developments in Spanish Marriage Law”, *International Family Law*, 2006 (Same-Sex Marriage), s. 142.

⁶³ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, Boletín Oficial del Estadonúm 158, de 03 de julio de 2015, s. 54068-54201. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7391> (ET: 01.05.2024).

⁶⁴ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 324.

⁶⁵ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 324.

⁶⁶ FERRER-RIBA, Josep: “Stand des Scheidung in Spanien”: DUTTA, Anatol / SCHWAP, Dieter / HENRICH, Dieter / GOTTWALD, Peter / LOHNING, Martin (Hrsg.): *Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2017 (Stand des Scheidung in Spanien), s. 131-135.

⁶⁷ FERRER-RIBA, *Stand des Scheidung in Spanien*, s. 131-132.

5. Fransa Hukuku

Fransa’da da boşanmanın tarihsel sürecinin inişli çıkışlı bir yol izlediği⁶⁸, boşanmanın yasaklandığı dönemlerin olduğu⁶⁹, *Naquet* tarafından sunulan 1884 tarihindeki yasa teklifi ile kusura dayalı boşanma imkânı getirildiği ancak getirilen sistemde cezai bir yaklaşımın⁷⁰ olduğu görülmektedir.

Boşanmanın kusura dayanması, bunun sonucu olarak da nafaka ödenmesi gibi hususlar, boşanma sonrası da eşler arasındaki ilişkilerin daha da kötüleşmesine neden olmakta ve çocukların menfaatlerini de olumsuz etkilemekteydi⁷¹.

Bir kişinin zaman içerisinde sürdüremediği evliliğe, iradesine aykırı şekilde devam etmesinin makul bir yönü olmadığı⁷² düşüncesi zamanla gelişmiş, bunun neticesinde boşanma sistemleri kolaylaştırılmış ve çeşitlendirilmiş, 1975 yılında yapılan bir yasa değişikliği ile mahkeme haricinde de anlaşmalı boşanma imkânı getirilmiştir⁷³. Daha sonra 2004 yılında yenilenen yasa⁷⁴ ile eşlerin anlaşmalı boşanma işlemleri daha da kolaylaştırılmıştır. Böylece eşler altı aylık bekleme süresi ve iki kez hâkim kontrolünden geçmek zorunda kalmadan, yalnızca bir kez hâkim kontrolü neticesinde anlaşmalı olarak boşanabilmektedir⁷⁵. Bu gelişmelerin devamı olarak mahkemelerin iş yükünün çok fazla olması ve ekonomik kayıplar nedeniyle mahkeme harici boşanma kurumu da 2016 yılında getirilmiştir⁷⁶. Son olarak 23 Mart 2019 tarihli Kanun’la hâkim kararıyla gerçekleşen boşanmalarda ilk olarak yapılan uzlaştırma sürecinin yararsız olduğu düşüncesiyle, bu zorunlu aşama kaldırılmıştır⁷⁷.

Mahkeme kararıyla yapılan boşanmaların, eşlerin boşanma ve sonuçları hususunda kendi aralarında anlaşmalarının temel alınmasıyla, etkisizleştiği düşüncesi gelişmiştir⁷⁸. Nitekim toplumsal ihtiyaçların ve alışkanlıkların değişmesi neticesinde anlaşmalı boşanma usulü mahkeme harici kurumlarda da yapılabilir hale gelmiştir⁷⁹. Eşler, boşanma ve sonuçları konusunda anlaşmaya vardıldıktan sonra yazılı bir belge ile bu iradelerini ortaya koymalı⁸⁰, sonrasında avukatlarla birlikte belgeyi imzalayarak noter onayına sunmalıdır⁸¹. Noter şekli inceleme neticesinde boşanma kaydını yapmakta ve icrai nitelikte olan bu kayıt ile boşanma gerçekleşmiş olmaktadır⁸².

Boşanma işlemlerinin tüm aşamalarına tarafların avukatlarının katılması gerekmektedir⁸³. Maddi durumu iyi olmayan eşlere adli yardımdan yararlanma imkânı verilse de avukat katılma zorunluluğu, mahke-

⁶⁸ ALTINOK ORMANCI, Pınar: “Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 71, Sayı 4, s. 1432.

⁶⁹ Detaylı bilgi için bkz. GLENDON, Mary Ann: “The French Divorce Reform Law of 1976”, *The American Journal of Comparative Law*, 1976, Cilt 24, Sayı 2, s. 199.

⁷⁰ BÉNABENT, Alain: *Droit de la famille*, LGDJ, Paris, 2020, s. 196.

⁷¹ BÉNABENT, s. 197.

⁷² BÉNABENT, s. 199.

⁷³ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réformation du divorce, Journal Officiel de La République Française n°0161, 12 juillet 1975. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000439268> (ET: 01.05.2024).

⁷⁴ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, Journal Officiel de La République Française n° 122, 27 mai 2004. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000439268> (ET: 01.05.2024).

⁷⁵ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, Journal Officiel de La République Française n° 122, 27 mai 2004. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000439268> (ET: 01.05.2024).

⁷⁶ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (1), Journal Officiel de La République Française n° 0269, 19 novembre 2016. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033418805> (ET: 01.05.2024).

⁷⁷ ALTINOK ORMANCI, s. 1434.

⁷⁸ MORACCHINI-ZEIDENBERG, Stephanie: “La contractualisation de la séparation et de ses conséquences en droit français”, *Les Cahiers de Droit*, 2018, Cilt 59, Sayı 4, s. 1116.

⁷⁹ ALTINOK ORMANCI, s. 1434.

⁸⁰ Fransız hukukundaki mahkeme dışı boşanma kurumuna bakıldığında bu boşanma sürecinin sözleşmesel nitelikte olduğu görülmektedir. Buna göre yapılacak boşanma anlaşması, geçerli bir sözleşmenin özelliklerini taşımaktadır. Detaylı bilgi için bkz. RYZNAR, Margaret / DEVAUX, Angélique: “Voilà! Taking the Judge Out of Divorce”, *Seattle University Law Review*, 2018, Cilt 42, Sayı 1, s. 164.

⁸¹ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 325.

⁸² RYZNAR / DEVAUX, s. 164; ÖZCAN, Cem: “Fransız Hukukunda Mahkeme Dışı Anlaşmalı Boşanma”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2019, Cilt 17, Sayı 194 (Anlaşmalı Boşanma), s. 648.

⁸³ ALTINOK ORMANCI, s. 1434.

me harici boşanma işlemlerinin tarafları avukatlık masraflarından kurtardığı yönündeki kabulleri zedelemektedir⁸⁴. Maddi durumu iyi olmayan eşlere adli yardımdan yararlanma imkânı verilmektedir. Bununla birlikte avukatların boşanma sürecine katılımının, eşler arasındaki menfaatlerin karşılıklı olarak korunması ve hakkaniyetli bir şekilde karara bağlanması açısından oldukça önemli olduğunu belirtmek gerekir⁸⁵.

Eşlerin çocuklarının olması bu yöntemin uygulanması bakımından bir engel teşkil etmemektedir⁸⁶. Ancak tarafların boşanma süreci ve mahkemede dinlenme haklarına sahip oldukları hususlarında çocuklarını bilgilendirme yükümlülükleri bulunmaktadır⁸⁷. Çocukların mahkeme huzurunda dinlenmek istediklerini beyan etmeleri halinde bu yöntem ile boşanmaya devam edilememektedir⁸⁸. Bu durumda boşanma yine hâkim kararı ile olmaktadır ancak hâkimin rolü çocuğun bilgilendirildiğinden emin olma, tarafların iradelerinin özgürce ortaya çıkması ve menfaatlerinin hakkaniyete uygun şekilde korunması hususlarını tespit etmekle ile sınırlıdır⁸⁹.

Fransa’da kabul edilen velayet sistemi ile eşler boşanmış olsalar dahi çocuk üzerinde velayet hakkını birlikte yürütmeye devam etmekte, çocuğun hem annesi hem babası ile olan ilişkisini devam ettirmesinin çocuğun en temel menfaati olduğu kanaati bu hususta ağır basmaktadır⁹⁰. Son olarak Fransa’da istatistiklere göre anlaşmalı boşanma oranının giderek artması ile çekişmeli olarak gerçekleşen boşanma oranlarının giderek azaldığı görülmektedir⁹¹.

6. Rusya Hukuku

Rus hukukunda mahkeme dışı boşanmaların önemli bir rol oynadığı görülmektedir⁹². Rus hukukunda geçmişte boşanma; eşlerden birinin veya eşlerin birlikte başvurmaları üzerine mahkeme veya idari bir makam tarafından gerçekleşmekteydi⁹³. Ancak eşler arasında başvuru serbestliğinin kullanılmasına erkek açısından bir sınırlama getirilmiş, kadının ve bebeğin korunması amacıyla hamilelik süresince ve çocuk doğduktan bir yıl sonrasına kadar kadının rızası olmadıkça erkeğin boşanma başvurusunda bulunamayacağı belirlenmişti⁹⁴. Diğer taraftan eşler, varsa çocuklarının ergin olması ve boşanma hususunda anlaşmış olmaları koşuluyla idari makam kararı ile boşanabilirlerdi⁹⁵.

Günümüz Rus hukukunda kadının hamile olması durumunda erkek tarafın boşanma talebinde bulunamayacağı kuralı hem mahkeme dışı boşanma hem de mahkeme kararı ile boşanma uygulamaları açısından devam etmektedir⁹⁶. Eşlerin mahkeme dışı boşanma yoluyla evlilik birliğine son verebilmeleri için; birinci şart karşılıklı olarak boşanma konusunda anlaşmış olma, ikinci şart ise ergin olmayan çocuklarının bulunmamasıdır⁹⁷. Bu iki şart varsa eşler, nafaka, mal paylaşımı gibi konularda anlaşmamış olsalar dahi idari makam olan belediyeler huzurunda boşanabilmekte, nafakaya veya mal paylaşımına ilişkin anlaşmazlıklar ise mahkemede dava edilebilmektedir⁹⁸.

⁸⁴ ÖZCAN, *Anlaşmalı Boşanma*, s. 653-658.

⁸⁵ RYZNAR / DEVAUX, s. 166.

⁸⁶ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 325.

⁸⁷ RYZNAR / DEVAUX, s. 167-168.

⁸⁸ ÖZCAN, *Anlaşmalı Boşanma*, s. 653.

⁸⁹ BÉNABENT, s. 214.

⁹⁰ HUGUES, Fulchiron: “Custody and Separated Families: The example of French Law”, *Family Law Quarterly*, 2005, Cilt 39, Sayı 2, s. 303.

⁹¹ BÉNABENT, s. 205.

⁹² GANIYEVA, Salimya: “Türk ve Rusya Federasyonu Milletlerarası Usul Hukukunda İdari Boşanma Kararlarının Tanınması Sorunu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2013, Cilt 33, Sayı 1, s. 36.

⁹³ GANIYEVA, s. 41.

⁹⁴ GANIYEVA, s. 42.

⁹⁵ GANIYEVA, s. 41.

⁹⁶ GANIYEVA, s. 42.

⁹⁷ GANIYEVA, s. 42.

⁹⁸ GANIYEVA, s. 42-44.

Mahkeme dışı boşanma konusunda istisnai durumların varlığı da söz konusudur. Mahkeme tarafından eşlerden biri hakkında; gaipliğe, akıl hastalığına ya da akıl zayıflığı sebebiyle ayırt etme gücü kaybına dair karar verilmesi halinde veya eşlerden birinin işlediği suçtan dolayı en az üç yıl hapis cezasına mahkûm edilmesi durumunda, ergin olmayan çocukları olup olmamasına bakılmaksızın, eşlerin yalnızca birinin başvurusu ile idarî makam olan belediyede boşanabilmeleri mümkündür⁹⁹.

Rus Hukukunda mahkeme dışı boşanma kurumu olan belediyeler, boşanmanın daha az masraflı, kısa süreli ve daha az yıpratıcı olmasını geçmişte de günümüzde de sağlamıştır¹⁰⁰. Belediye boşanma konusunda kendisine başvuran tarafların bu taleplerini tescil eder, eşleri vazgeçirmeye çalışmaz veya evlenmenin sona erme nedenlerini araştırma yoluna gitmez¹⁰¹.

7. Değerlendirme

İncelenen bu ülke ve hukuk sistemlerinde olduğu gibi daha pek çok ülke ve hukuk sisteminde uygulanan anlaşmalı boşanmanın, mahkemeler haricinde yasalarla belirlenmiş kişi veya kurumlar nezdinde gerçekleştirilebilmesi için yasal düzenlemelerin yapıldığı ve ihtiyaçlara göre yenilediği görülmektedir.

İlgili ülkeler nezdinde mahkeme dışı boşanma kurumunun uygulanması ve ihtiyaç olmasını sağlayan en önemli sebep, mahkemelerin iş yüklerinin çok fazla olması ve bu sebebe bağlı sonuç olarak boşanma süreçlerinin çok uzun sürmesidir. Ek olarak dava sürecinin taraflar açısından çok masraflı olması da önemli sebepler arasında sayılabilmektedir. Boşanma aşamasına gelmiş ve bu hususta karar verebilecek olgunluğa ulaşmış bir süreçten geçen eşlerin; stres, üzüntü, anlaşılmazlık, ilgisizlik, sadakatsizlik gibi duygusal ve manevi açılardan olduğu kadar maddi açılardan da yıpranmış oldukları göz önüne alındığında mahkeme dışı boşanma yöntemleriyle, boşanma işlemleri ve süreçleri ile de daha fazla yıpranmalarının önüne geçilmek istendiği anlaşılmaktadır. Burada genel bakış açısı, evliliğin ve ailenin kamusal/toplumsal özelliği ve etkisi yerine, kişinin özgürlüğü ve özgür iradesi ile ekonomik ve sosyal durumunun daha çok tercih edildiği yönündedir.

Söz konusu ülkelerin mahkeme dışı boşanma ile ilgili düzenlemeleri ve uygulamaları dikkate alındığında tüm ülkelerde idari makam önünde boşanma işleminin gerçekleştirilebilmesi için eşlerin boşanma konusunda anlaşmış olmaları koşulu, ortak ve temel koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca; boşanmanın sonuçları ve çocuklar üzerindeki etkileri, çocukların boşanma sonrasındaki durumları ile ilgili hususlar dikkate alınmakta, çocuğun menfaatinin korunması için avukat ya da savcı onayından geçirmek gibi ek denetimler de getirilmektedir.

Diğer taraftan Fransa ve İtalya'da anlaşma sürecine avukat katılımının zorunlu olduğu görülmektedir. Hatta Fransa'da eşlerin her ikisinin de avukat tutması zorunluluğu, tarafların mahkeme masraflarından kaçınmak istedikleri bir durumda maliyetlerini arttırmaktadır.

Danimarka, Norveç gibi kuzey ülkelerinde ise boşanma ile ilgili taraflar anlaşmış olsalar dahi bir ayrılık süreci işletildiği anlaşılmaktadır. Bu sürele uyulmadan anlaşma olsa dahi idari olarak boşanma gerçekleştirilmemektedir.

İspanya ve Rusya örneklerinde olduğu gibi küçük veya bağımlı çocuklarının olmaması da temel şartlar içinde sayılmıştır. Çocuğun veya bağımlı küçüğün haklarının korunması gözetilmektedir. Fransa'da ise küçük çocukların bulunması bile eşlerin anlaşmış olmaları durumunda mahkeme dışı boşanmaya engel teşkil etmemektedir.

⁹⁹ GANIYEVA, s. 44-45.

¹⁰⁰ GANIYEVA, s. 45.

¹⁰¹ GANIYEVA, s. 45.

Örnek ülke uygulamaları ışığında, mahkeme dışı boşanma kurumunun Türk hukukunda uygulanması imkânı değerlendirilirken kanaatimizce;

- “Eşlerin boşanma ve sonuçları hususlarında anlaşmış olmaları,
- Küçük veya bağımlı çocuklarının bulunmaması,
- Evlilikten itibaren belirli bir süre içinde boşanma talep edilememesi, taraflara belli süreler verilmesi,
- Avukat tutma zorunluluğu ile savcılık, noter ya da başka bir yetkili makamca denetim veya onay sürecinin bulunması,
- Şiddet, aldatma, yakın evliliği gibi durumlarda şart aranmaksızın mahkemeye başvurma hakkı” gibi ortak uygulama hususları dikkate alınmalıdır.

II. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu (TMK) evlenme kavramını tanımlamasa da Evlendirme Yönetmeliği m. 2/f evlenmeyi tarif etmiştir¹⁰². Öğretide ise genel görüşe göre evlenme; iki farklı cinsiyetteki kişinin sürekli ve bir bütün olarak hayat ortaklığı sağlamak için yaptıkları bir sözleşmedir¹⁰³. Bu sözleşmeyle tarafların bir takım hak ve yükümlülükler sağıp oldukları kabul edilir ki bunlara TMK’da 188-160 maddeleri arasında yer verilmiştir¹⁰⁴.

Evlenmenin bir sözleşme olarak kabul edilmesinin yanında; şarta ya da vadeye bağlanamayacağı, tarafların sözleşme içeriğini istedikleri gibi değiştiremeyeceği ve evlenme sözleşmesinin kendine has (*suigeneris*) bir sözleşme türü olduğu, taraflar hayattayken ve TMK’da öngörülen sebepler dışında mahkeme kararı olmadan sona erdirilemeyeceği belirlenmiştir¹⁰⁵.

Türk hukukunda evliliğin sona erme sebeplerinden¹⁰⁶ biri olan boşanma; yukarıda belirtildiği üzere süreklilik ilkesi hâkim olan evlilik sözleşmelerinde, eşler henüz hayatta iken, bir eşin kanunda belirtilen sebeplerden birisine dayanarak açacağı dava sonucu evlilik birliğine hâkim kararı ile son verilmektedir¹⁰⁷. Bu tanımda görüldüğü üzere; eşlerden birinin kanunda öngörülen sebeplerden birinin olması durumunda mahkemeye başvurusu ve sadece mahkeme kararıyla boşanmanın gerçekleşebileceği belirtilmiştir¹⁰⁸.

¹⁰² Evlendirme Yönetmeliği, madde 2/f: “Bir kadın ve erkeğin usulüne göre yetki verilmiş bir memur önünde, bir aile kurmak amacı ile yaptıkları medenî hukuk sözleşmesidir...”.

¹⁰³ SCHWARZ, Andreas B.: *Aile Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1946, s. 55; ERDEM, Mehmet / MAKARACI BAŞAK, Aslı: *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 51; İKİZLER, Metin: *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 19; ÖZTAN, s. 700-726; FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: *Aile Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 4-5; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 163.

¹⁰⁴ GENÇCAN, Ömer Uğur: *Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 252; OĞUZMAN, M. Kemal / DURAL, Mustafa: *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 2; SCHWARZ, s. 2; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: *Türk Medeni Hukuku Cilt 2*, 5. Baskı, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965 (Medeni Hukuk), s. 4-5; ÖZTAN, s. 4-5.

¹⁰⁵ GENÇCAN, *Boşanma Hukuku*, s. 97-105; KILIÇOĞLU, s. 3; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 47; UĞUR, s. 99; EKŞİ, s. 77; ZEVLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s. 879; OĞUZMAN / DURAL, s. 112; GÜRSOY, s. 157; VELİDEDEOĞLU, *Aynı Haklar*, s. 167; NOMER, s. 260; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 237; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 25-27; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 150 SAYMEN, s. 144; ÖZTAN, s. 121 vd.

¹⁰⁶ YILMAZ, s. 157; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 104-105; OĞUZMAN / DURAL, s. 112; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 237.

¹⁰⁷ FEYZİOĞLU, s. 243; OĞUZMAN / DURAL, s. 113; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 237; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 104; GENÇCAN, *Boşanma Hukuku*, s. 115.

¹⁰⁸ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 104-105; OĞUZMAN / DURAL, s. 113; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 237.

B. Boşanma Sebepleri

1. Genel Olarak

TMK'nın 161 ila 166. hükümlerinde¹⁰⁹ boşanma sebepleri; boşanmanın özel sebepleri¹¹⁰ ile evlilik birliğinin temelinden sarsılması olarak tanımlanan genel sebebin¹¹¹ yanında eşlerin birlikte dava açmaları ya da birinin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi (anlaşmalı boşanma) ve boşanma sebeplerinden herhangi birisine dayanarak açılan davanın reddedilmesi sonrasında eşlerin ortak hayatı yeniden kuramamış olmaları (fiili ayrılık) olarak belirlenmiştir¹¹².

Konumuzun temelini teşkil eden mahkeme dışı boşanma kurumunun uygulanması imkanının daha iyi anlaşılabilmesi adına; bu kurumun temel aldığı “eşlerin irade serbestliği” hususunun, Türk hukukunda görünen şekli olan anlaşmalı boşanma kurumunun detaylı incelenmesinde yarar görmekteyiz.

2. Eşlerin Anlaşması Temeline Dayanan Boşanma Yolu Olan Anlaşmalı Boşanma

Türk hukukunda TMK m. 166/III'de düzenlenen, hızlı boşanma olarak adlandırılan ve evlilik birliğinin sarsılması başlığı altında bulunan anlaşmalı boşanma; evlilik başlangıcından itibaren en az 1 yıl geçmiş olması¹¹³ ile dava açılan karşı eşin davayı kabul etmesi ya da eşlerin birlikte mahkemeye başvurarak boşanmalarını sağlayan mahkemece yürütülen bir boşanma usulüdür¹¹⁴. Eşlerin irade serbestisine dayanan anlaşmalı boşanma yolu da tıpkı yukarıda bahsettiğimiz mahkeme dışı boşanma kurumunu uygulayan ülkelerin¹¹⁵ başına gelen itirazların tamamıyla karşılaşmıştır¹¹⁶. İslam hukuku uygulamasındaki tek tarafa boşanma yetkisi verilmesi¹¹⁷, 17.02.1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde 1988 yılında 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklik¹¹⁸ öncesi uygulanan boşanma hükümlerinde “irade serbestliği” görüşünün benimsenmemesi¹¹⁹, boşanmanın kamu düzeninden olması ve anlaşmalı boşanma yolunda kadına baskı yapılabileceği gerekçeleri öne sürülerek 1988 yılına kadar kabul edilmemiştir¹²⁰.

Aradan geçen zaman ve kadının sosyal hayattaki rolü gibi birçok gelişme sonrası, yeni TMK m. 166/III'de eşlerin iradelerinin temel alındığını anlaşmalı boşanma yolunun kabul edildiği görülmektedir¹²¹. Türk hukukundaki anlaşmalı boşanma yolunda da, tıpkı bütün boşanma yolları gibi eşler boşanma konusunda ve şartlarında anlaşmış olsalar dahi son kararı mahkeme vermektedir¹²².

¹⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 161-166 (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>, ET: 14.02.2024).

¹¹⁰ Zina, hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış, küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı. Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, s. 92; TOPAK, Süleyman: *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 30; AKINTÜRK, Turgut: *Aile Hukuku İkinci Cilt*, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 243-244; ER-COŞKUN ŞENOL, Hatice Kübra: *Şematik Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 255; YILMAZ, Süleyman: *Medeni Hukuk Cilt 3 Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 163.

¹¹¹ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 120; KILIÇOĞLU, s. 107.

¹¹² YILMAZ, s. 161; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 144; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 245.

¹¹³ YILMAZ BİLGİN, Esra Pınar: *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 42; KILIÇOĞLU s. 112.

¹¹⁴ AKINTÜRK / ATEŞ, s. 235-239; ÖZTAN, s. 694; CEYLAN, Ebru: “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 12, s. 331.

¹¹⁵ Bkz. I.B.

¹¹⁶ SAYMEN, s. 124-125; FEYZİOĞLU, s. 364-365, KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 150; OĞUZMAN / DURAL, s. 112; KILIÇOĞLU, s. 3; NOMER, s. 260; ZEVLİLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s. 879; EKŞİ, s. 77; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 25-27; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 104; ŞENER, s. 234-235.

¹¹⁷ CİN, Halil: *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, 2. Baskı, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1974, s. 337-339; SAYMEN, s. 20; ERDEM, s. 156; ÇAVUŞOĞLU UYANIK, s. 27-28; EKŞİ, s. 42; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 235-239; VELİDEDEOĞLU, *Aynı Haklar*, s. 153.

¹¹⁸ 12.05.1988 tarihli ve 19812 sayılı Resmî Gazete.

¹¹⁹ AKINTÜRK / ATEŞ, s. 271.

¹²⁰ SAYMEN, s. 124-125.

¹²¹ TMK m. 166/III: “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek dü-

Anlaşmalı boşanma yolunda hâkim; tarafları bizzat dinlemeli, taraf iradelerini mahkeme önünde açıklamalı ve taraf iradelerini etkileyen bir baskı olup olmadığını denetlemelidir¹²³. Bunun yanında hâkim, tarafların anlaşmasını, tarafların ve çocukların boşanmanın mali ve hukuki sonuçları açısından mağduriyet yaşamamaları adına denetlemelidir¹²⁴. Bu denetim; ahlaka ve adaba aykırılık, gabin ve irade sakatlığı halleri dahil olmak üzere hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmaması için yapılmaktadır¹²⁵. Denetim sonrası hâkim; taraflar arasında yapılan anlaşmayı, eşlerin veya çocukların menfaatine aykırı bulursa ya da başkaca bulacağı gerekçelerle aykırılık tespit ederse, eşlere yeniden anlaşmayı düzenlemelerini açıklayabilir iken¹²⁶ evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı hususu hakkında bir tespitte bulunamaz¹²⁷. Hâkim bir aykırılık bulamaz ise iradelerin serbestçe açıklandığı belirlenen bu boşanma talebi üzerine boşanma kararı vermelidir¹²⁸.

Son olarak anlaşmalı boşanma yolunda çocuğun menfaati üzerinde durulması gerekmektedir. TMK kapsamında çocukların dinlenilmesine ilişkin bir madde olmasa da; hem taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde¹²⁹, hem de Yargıtay'ca¹³⁰ çocuğun, kendisiyle alakalı durumlarda dinlenilmesinin gerektiği kabul edilmiştir. Hangi boşanma türü olursa olsun, velayet sorunu ile ortaya çıkabilecek psikolojik travmaların azalması adına çocuğun dinlenilmesinin¹³¹ elzem olduğu kanaatindeyiz.

Esas konumuz olan mahkeme dışı boşanma kurumunun uygulanma imkânını çocuk açısından düşündüğümüzde; çocuklu ailelerde mahkeme dışı boşanma kurumunun uygulanmasıyla velayete ilişkin ağır mağduriyetler yaşanabileceğinden, çocuğun menfaatini etkileyen her türlü sonucun hâkim denetiminden geçmesi kanaatindeyiz.

C. Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ile İlgili Çözüm Önerileri

Alman ve Türk öğretisinde mahkeme dışı boşanma kurumunu, geri dönülemez mağduriyetler yaşanacağından bahisle olumsuz gören ilk görüşe göre; kamu düzeni ve boşanma sürecinde öncelikli çocukların ve eşin menfaatlerinin korunması açısından hâkimin rolünün çok önemli olduğu ileri sü-

zenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükümlenir. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.”

¹²² GENÇCAN, *Boşanma Hukuku*, s. 97-105; KILIÇOĞLU, s. 3; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 47; UĞUR, s. 99; EKŞİ, s. 77; ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s. 879; OĞUZMAN / DURAL, s. 112; GÜRSOY, s. 157; VELİDEDEOĞLU, *Ayni Haklar*, s. 167; NÖMER, s. 260; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 237; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 25-27; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 150; SAYMEN, s. 144; ÖZTAN, s. 121 vd.

¹²³ ÖZTAN, s. 694; TEKİNAY, Selahattin Sulhi: *Türk Aile Hukuku*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 296; ERCAN, s. 256-257; ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 329; ERCAN, İbrahim: “Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, s. 266.

¹²⁴ ÖZTAN, s. 694; TEKİNAY, s. 296; ERCAN, s. 256-257; ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 329.

¹²⁵ ÖZDEMİR, Nevzat: *Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 171-172 (Anlaşmalı Boşanma); JUNGEO, Alexandra: *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB*, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, N. 15, s. 15; ÖZTAN, s. 694; SEÇER, s. 277.

¹²⁶ ÖZDEMİR, *Anlaşmalı Boşanma*, s. 172; ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 330.

¹²⁷ ÖZTAN, s. 699; ÖZDEMİR, *Anlaşmalı Boşanma*, s. 147.

¹²⁸ TEKİNAY, s. 293-297; GÜRZUMAR, Aydanur: *Die rolle des Richters im Ehescheidungsprozess in der Schweiz und in der Türkei*, Bizim Büro Basımevi, İzmir, 1991, s. 173; SEÇER, Öz: “İsviçre ve Türk Hukuklarında Anlaşmalı Boşanma ve Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2009, Sayı 63-64, s. 54; ZEYİN, Zafer: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 326; SARI, Suat: *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 16-21, 105-106; BURCUOĞLU, Haluk: “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanun’un Boşanma Düzenlemesinin Eleştirisi ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, *Antalya Barosu Dergisi*, 2004, Cilt 5, Sayı 51, s. 68; ÖNCÜ, Özge: “Eşlerin ‘Anlaşmalı Boşanma’ Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayısı, s. 793-835; ÖZDEMİR, *Anlaşmalı Boşanma*, s. 147; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 235-239.

¹²⁹ Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12 ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 3 ve m. 6’da çocukların dinlenilmesi ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> ve https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/cocukhaklarininkullanilmasinailiskin.pdf (ET: 12.09.2024).

¹³⁰ (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2013-23540-k-2014-6980-t-26-03-2014>, ET: 12.09.2024).

¹³¹ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 332.

rülmektedir¹³². Mahkeme dışı boşanmanın kabul edilmesi halinde, eşlerin ve ortak çocuğun menfaatlerinin zedelenmesinin ve hakkaniyete uygun olmayan sonuçların önüne geçilememesi riski ortaya çıkabilmektedir¹³³. Bu görüşe destekleyenlerce ayrıca; eşlerin boşanma ve boşanmanın tüm sonuçları ile çocuklarla ilgili hususlarda anlaşmış olmalarının, hâkim önünde iradelerini dile getirmelerine engel olamayacağı, buradaki amacın zayıfı koruma düşüncesi olduğu belirtilmektedir¹³⁴.

Bizim de katıldığımız mahkeme dışı boşanma kurumunu faydalı olarak kabul eden diğer görüş ise; boşanma ve sonuçları konusunda fikir ve irade birliği sağlamış olan tarafların, mahkemeye gitmeden, hızlı ve az masraflı olan mahkeme dışı boşanma kurumuna başvurabilmeleri için yasal bir mevcudiyet oluşturulması gerektiğini savunur¹³⁵. Bu görüşün ardında; eşler ile çocukların boşanma sürecinde ve sonrasında daha az yıpranacakları değerlendirmesi yatmaktadır. Bu görüşümüzün temellendirilmesi açısından mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda kusura dayalı boşanma sisteminin terk edilmesi¹³⁶ ile istisnai hale gelmesi neticesinde, boşanma süreci adeta bir savaş olmaktan çıkmakta ve eşlerin boşanma sonrasında özellikle velayet konusunda daha sağlıklı kararlar alabilmelerini ve çocuğun menfaatlerini birlikte yürütmeye devam etmelerine imkân verildiği görülmektedir¹³⁷.

Bu durumda güncel uygulamalarda görülen aksaklıklar yaşanmayacak, mahkemelerde görülen davalarda kusur incelemesi yapılması zorunluluğu ortadan kalkacak, davalar uzamayacak ve mahkemenin kusur tespit edemediği durumlarda ise boşanma davasının reddedilmesine karar verilemeyecektir. Bu ise kişinin iradesine aykırı olarak sürdürmek istemediği bir evliliğe tekrar katlanması ile sorunların daha da artmasının önüne geçmiş olacaktır.

Çekişmeli boşanma davalarında; boşanmaya ve boşanmanın sonuçları hakkında karar vermede kusur unsuru ön planda tutulmaktadır¹³⁸. Ülkemizde de yukarıda belirttiğimiz üzere mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda vazgeçilen “kusura dayalı” boşanma sisteminden ivedilikle vazgeçilip bu hususta yeni bir düzenleme yapılmalıdır. Çünkü ülkemiz yargı sisteminde, duygusal ilişkilere “kusura dayalı” belirli bir anlam yüklemek ve kusur saptamasına girişmek, evliliğin çözülmesinde taraflara bir yarar sağlamayan, var olan tansiyonu faydasız şekilde yükselten bir olaydır¹³⁹. Boşanma hukukunda kusurun rol oynadığı zina ve fena muamele, onur kırıcı davranış gibi özel sebeplere dayanmak, eşlerin özel hayatının boşanma dosyalarına girmesine, davanın ispatına çalışırken yöneltilen beyanlarla kişilik haklarının da ihlaline yol açmaktadır¹⁴⁰. Boşanma sürecinin yarattığı olumsuz hava içinde, karşı tarafa kusur isnat ederek boşanmayı gerçekleştirmek veya boşanmanın kusura bağlı sonuçlarından yararlanmak için yapılan suçlamalar eşlerin sonraki ilişkilerini, varsa çocuklarının geleceği için birlikte konuşup karar alma imkânlarını tüketmektedir. Bu süreçler giderek büyüyen bir sorun olan şiddet eğilimlerini de besleyen bir seyir alabilmekte, çocuklar ağır zarar görebilmektedir. Oysa boşanmanın isteğe bağlı veya ayrı yaşamaya bağlanan sonuçlar olarak görülmeye başlanarak, evliliğin sürdürülememesinde kusur isnadının mahkeme eliyle yapılmamasının toplumsal sorun olan şiddetin azalmasına da dolaylı katkı sağlayabileceği söylenebilir¹⁴¹. Olumsuz süreçlerin yaşanmaması adına anlaşmalı boşanma ile kusur unsuru ön plana çıkmamakta¹⁴², çekişmeli davaların sayısı yarı oranında azalmaktadır¹⁴³.

¹³² DUTTA, s. 52,53; VELİDEDEOĞLU, *Ayni Haklar*, s. 152, 157, 167; ŞENER, s. 234-235.

¹³³ DUTTA, s. 54.

¹³⁴ DUTTA, s. 54.

¹³⁵ ŞİPKA, s. 170; ÖZBEK, s. 284 vd.; DUTTA, s. 52-53.

¹³⁶ KILIÇOĞLU, s. 89.

¹³⁷ KILIÇOĞLU, s. 89.

¹³⁸ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 104; KILIÇOĞLU, s. 89; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 242.

¹³⁹ ÖZDEMİR, Saibe Oktay: “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, *Millîterarası Hukuk ve Millîterarası Özel Hukuk Bülteni*, 2015, Cilt 35, Sayı 1, s. 32 (Revizyon).

¹⁴⁰ ÖZDEMİR, *Revizyon*, s. 33.

¹⁴¹ ÖZDEMİR, *Revizyon*, s. 34.

¹⁴² DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 125; KILIÇOĞLU, s. 89; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 271.

Kanaatimizce bu yola, belirli koşullar nezdinde mahkeme dışı boşanmanın da eklenmesi durumunda çekişmeli boşanma sayısı çok daha azalacaktır. Nitekim yukarıda ayrıntılı olarak değinilen Fransa örneğinde olduğu gibi boşanma yollarının kolaylaştırılması ve çeşitlendirilmesinin, istatistiklere göre çekişmeli boşanma davalarının giderek azalmasını sağladığı anlaşılmaktadır¹⁴⁴. Hukukumuzda da uygulamada yukarıdaki görüşümüzü destekler nitelikte eşlerin; kusurun olumsuz sayılabilecek etkilerinin yaratacağı mağduriyeti engellemek için anlaşmalı olarak boşandıkları görülmektedir¹⁴⁵.

Ayrıca mahkeme dışı boşanma kurumu, teknolojik gelişmelerle ortaya çıkan ve kanaatimizce ileride uygulanabilirliği artacak olan “*dijital boşanma usulü*” ile de tarafların, eş ve çocuğun menfaatleri ile ortak malların tasfiyesi konusunda anlaşmaları durumunda, bir araya gelmelerine gerek bile olmadan boşanabilecekleri, çok daha etkin bir boşanma yolu olarak görülmektedir¹⁴⁶.

Ancak mahkeme dışı boşanma kurumunun uygulanmasında; hiçbir koşul olmadan, sadece anlaşma belgesi ile boşanmasının geri dönülemez mağduriyetler yaşatabileceği, şiddet, aldatma veya maddi sebeplerle kendini savunamayacak eşlerin mahkeme dışı boşanma kurumunu uygulamaya zorlayabileceği, çocukların veya diğer eşin menfaatlerinin korunamayacağı gibi olumsuzluklar da göz önünde bulundurulmalıdır¹⁴⁷. Bu olumsuz durumları aşmak için yukarıda değerlendirdiğimiz farklı ülkelerde uygulanan mahkeme dışı boşanma örneklerini¹⁴⁸ değerlendirip ülkemize uyarlayarak, Türk hukuk sistemimizde yapılacak düzenlemelerle mahkeme dışı boşanma kurumunun uygulanması imkânının olduğu kanaatindeyiz.

D. Türk Hukukunda Mahkeme Dışı Boşanma Kurumunun Uygulanma İmkânını Destekleyen Gelişmeler

1. Anlaşmalı Boşanmada Görülen Artışın Mahkeme Dışı Boşanma Kurumunun Uygulanma İmkânını Kolaylaştıracağı Görüşü

Kökünden sarsılmış, haysiyetini yitirmiş bir evliliği devam ettirme konusunda eşler zorlanamaz¹⁴⁹. Yukarıda bahsedilen uzun süren tartışmalar, değişen dünya düzeni ve toplumsal ihtiyaçlar neticesinde Türk hukuk sisteminde de anlaşmalı boşanma kurumunun uygulandığını¹⁵⁰ mahkeme dışı boşanma kurumunun kabul edilmemiş olmasından kaynaklanan boşluğu, anlaşmalı boşanma yolunun doldurduğunu¹⁵¹ ve son kararı mahkemelerin verdiğini belirtmiştik¹⁵². Şimdi ise ülkemizde son yıllarda anlaşmalı boşanma oranları üzerinden bir değerlendirme yaparak, mahkeme dışı boşanma kurumunun uygulanmasının imkânının olup olmadığına bakabiliriz.

¹⁴³ 2020, 2021 ve 2022 yıllarına ait boşanma istatistikleri için bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Marriage-and-Divorce-Statistics-2022-49437>, (ET: 14.05.2023).

¹⁴⁴ Dn. 77.

¹⁴⁵ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 105; KILIÇOĞLU, s. 89; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 242. <https://legalmatic.net/blog/anlasmali-bosanma-istatistikleri/> (ET: 14.05.2023).

¹⁴⁶ Boşanma usulü konusunda yabancı hukuk sistemlerinde yaşanan önemli gelişmelerden bir tanesi de teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan “*dijital boşanma (digitaldivorce)*” usulüdür. Bu usule göre eşler boşanma sürecine ilişkin bilgi, belge ve anlaşmaları bir dijital platforma kaydetmektedirler. Süreç sonunda tarafların bir araya gelmesine gerek olmaksızın boşanma kararına hükmedilmesi anlamına gelen bu boşanma usulü ile boşanma sürecinin hızlanması, uzayan boşanma süreci sebebiyle eşlerin yıpranmasının önlenmesi ve boşanma masraflarının azaltılması amaçlanmıştır. Dijital boşanma yoluyla boşanmaya hükmedilebilmesi için eşlerin ortak çocuklarının velayeti ve bakımı ile ortak malları konusunda anlaşmış olmaları şarttır. Avrupa ülkelerinden Birleşik Krallık ve Hollanda’da kabul edilen bu boşanma usulü Almanya’da da tartışılmaya başlanmıştır. Dijital boşanmalar hakkında bkz. GÜNEŞ PESCHKE, s. 121-146.

¹⁴⁷ ÜREM ÇETİNEL / GÜNEŞ, s. 332.

¹⁴⁸ Bkz. İ.B.

¹⁴⁹ GÜRSOY, s. 127.

¹⁵⁰ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 125; KILIÇOĞLU, s. 89; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 271.

¹⁵¹ GANIYEVA, s. 37.

¹⁵² GENÇCAN, *Boşanma Hukuku*, s. 97-105; KILIÇOĞLU, s. 3; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 47; UĞUR, s. 99; EKŞİ, s. 77; ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s. 879; OĞUZMAN / DURAL, s. 112; GÜRSOY, s. 157; VELİDEDEOĞLU, *Aynı Haklar*, s. 167; NOMER, s. 260; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 237; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 25-27; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 150; SAYMEN, s. 144; ÖZTAN, s. 121 vd.

	2014	2017	2019	2021	2022	2023
Çekişmeli Boşanma	107.586	117.976	120.667	132.675	137.316	137.814
Anlaşmalı Boşanma	88.176	100.840	123.237	140.082	151.772	152.320

Açılan boşanma davalarında¹⁵³; 2014, 2017, 2019, 2021, 2022¹⁵⁴, 2023¹⁵⁵ yıllarına ait olmak üzere çekişmeli ve anlaşmalı olarak gerçekleşen oranların bu şekilde gerçekleştiği, on yıllık geçen süre içerisinde anlaşmalı olarak gerçekleşen boşanma sayılarının neredeyse iki kat artarken, çekişmeli boşanma sayısının ise daha az arttığı görülmektedir. Bu bilgilerden, eşlerin anlaşmalı olarak boşanma yolunu daha çok tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Nitekim 2021 yılında hukuk mahkemelerinde açılan boşanma davalarında, anlaşmalı olarak boşanma kararı verilen oran %50,1 olarak gerçekleşirken, çekişmeli olarak boşanma kararı verilen oran ise %47,5 olarak gerçekleşmiştir¹⁵⁶. İşbu oranlar, 2022 ve 2023 yılları içinde genel olarak kabul edilmektedir¹⁵⁷.

Bu istatistiki bilgilere göre; boşanma kurumumuzda acilen revize yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. 2022 ve 2023 yılı itibarıyla tüm ülke genelinde açılan davaların sıralamasında¹⁵⁸ boşanma davalarının listenin başında olduğu, nafaka ve velayet davalarının da eklenmesi sonucunda sayının daha da arttığı görülmektedir¹⁵⁹. 2023 yılında boşanma davaları ile birlikte ya da sonrasında açılan davalar incelendiğinde; ilk sırada %45,6 oranı ile nafaka davalarının, ikinci sırada %33,9 oranı ile velayet davalarının yer aldığı görülmektedir¹⁶⁰.

Türkiye İstatistik Kurumu'nun açıkladığı evlenme ve boşanma istatistiklerine göre; Türkiye'de boşanan çiftlerin en yaygın boşanma nedeninin geçimsizlik olduğu; zina, terk, cürüm ve haysiyetsizlik, cana kast ve pek fena muamele gibi nedenlerin ise kalan sayıyı oluşturduğu¹⁶¹ görülmektedir. Bu verilere göre geçimsizlik nedeninin; subjektif bir sebep olması, kusur ve delillendirme açısından zor olması düşünüldüğünde mahkemelerce bu sebebe dayalı kararların kolay verilemeyeceği sonucu ortaya çıksa da kanaatimizce bu nedenle boşanma sayısının fazlalığı anlaşmalı boşanma yolunun kullanıldığının göstergesidir.

TBMM Kadına Yönelik Şiddetin Araştırılması Komisyonu tarafından meclise sunulan TBMM Genel Kurulunda kabul edilen raporda; tarafların birlikte boşanmak istemesi durumunda, davanın boşanma ile ilgili bölümünün ivedi şekilde sonuçlandırılması için mevzuat değişikliği yapılması gerektiği, nafaka, tazminat gibi davayı uzatan hususların kusura dayalı olması nedeniyle süreci uzattığı ve bu hususlar için ayrı bir dava olarak mahkemeye başvurulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶². Diğer taraftan anlaşmalı boşanma davalarının adli tatillerde görülmesi, üç yıllık fiili ayrılık süresinin¹⁶³ bir yıla düşürülmesi gibi süreci hızlandıran düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir¹⁶⁴.

¹⁵³ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü: *Adli İstatistikler 2021*, Ankara, 2021, s. 160-165 (<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>, ET: 17.02.2024).

¹⁵⁴ https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf (ET: 17.02.2024).

¹⁵⁵ https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADalet_ist-2023CALISMALARI59.pdf (ET: 17.02.2024).

¹⁵⁶ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü: *Adli İstatistikler 2021*, Ankara, 2021, s. 161 (<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>, ET: 17.02.2024).

¹⁵⁷ https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADalet_ist-2023CALISMALARI59.pdf (ET: 17.02.2024).

¹⁵⁸ ADLİ SİCİL VE İSTATİSTİK GENEL MÜDÜRLÜĞÜ: *Adli İstatistikler 2022*, Ankara, 2022, s. 100-103 (https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf, ET: 17.02.2024).

¹⁵⁹ https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADalet_ist-2023CALISMALARI59.pdf (ET: 17.02.2024).

¹⁶⁰ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü: *Adli İstatistikler 2021*, Ankara, 2021, s. 160-165 (<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf> sayfa, ET: 17.02.2024).

¹⁶¹ <https://www.dunya.com/gundem/tuik-bir-yil-icinde-5-bin-cift-bosandi-haberi-719776> (ET: 17.02.2024).

¹⁶² https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2759 (ET: 11.05.2024).

¹⁶³ Fiili aykırılık süresini belirten TMK m. 166/4 hükmü Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. AYM, T. 02.02.2024, E. 2023/116, K. 2024/56 (Norm Kararlar Bilgi Bankası).

¹⁶⁴ <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/bosanmaya-jet-formul-42019467> (ET: 31.03.2024).

Konu ile ilgili Adalet Bakanı tarafından yapılan bir açıklamada; hukukumuzda, çekişmeli ve anlaşmalı olmak üzere iki boşanma usulü bulunduğu, üçüncü bir karma model üzerinde çalışıldığı, vatandaşlarımızın zaman, masraf vb. ek mağduriyetler yaşamaması adına yeni bir sistemin kurulmasının hedeflendiği ifade edilmiştir¹⁶⁵. Boşanma sürecinin illa dava ile çözülmesinde diretilmesi, mahkemelerin dava yükünü arttırmakta, dosya çokluğu ise mahkeme kararlarının kesinleşmesinin gecikmesine sebep vermektedir. Bu gecikme ise boşanma kararı alan ve boşanma süreci ile yıpranan eşler için daha çok yıpratıcı hale gelmektedir. Hem mahkemelerin hem de tarafların maddi ve manevi olarak yıprandıkları, ekonomik ve zaman bakımından kayıpların arttığı görülmektedir.

Burada önem arz eden başka bir konu da özellikle ailenin ve evliliğin çocuk açısından kamusal özellik arz etmesi bakımından savunulan düşüncelerin, mahkeme harici boşanmanın getireceği riskleri işaret etmesidir¹⁶⁶. Kanaatimizce aynı risklerin mahkeme kararı olmasına rağmen devam ettiğinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Nitekim insanların karı koca olmak ve evlilik birliği tesis etmek için başvuruları yasal olan idari bir işlemle tesis edilmektedir. Ancak boşanma kararı idari bir işlemle verilememektedir. Zaten her koşulda anlaşmış olan, hatta çocuk varsa çocuğun menfaatleri konusunda da mahkemeden daha fazla konuya değinen boşanma anlaşmaları; uzun süren kesinleşme süreçleri, avukatlık ve dava masrafları gibi ek külfetleri olmayacağından, mahkeme dışı boşanma yoluyla karara bağlanabilir. Bu sebeple mahkeme huzurunda tek celsede sonuçlanarak alınan kararların, mahkeme dışı boşanma yoluyla da verilebileceğini savunmaktayız. Böylece hem mahkemenin yükü hem de eşlerin ve çocukların külfetleri ağırlaşmamış olacaktır.

Yukarıda ayrıntılı şekilde incelenen mahkeme dışı boşanma kurumunun ülkemiz açısından da uygulanabilir olduğunu düşünmekteyiz. Hatta bu yönde bir düzenlemenin ivedilikle yapılması gerektiği, Türk hukuk sisteminde mahkeme dışı boşanma kurumunun geç kaldığını bile söylememiz mümkündür. Nitekim yukarıda istatistiki olarak sunulan sonuçlar bu görüşümüzü desteklemekte, anlaşmalı olarak gerçekleşen boşanma oranlarının, çekişmeli olarak gerçekleşen boşanma oranlarından fazla olduğu, anlaşmalı olarak gerçekleşen boşanma sayısının istikrarlı olarak arttığı ve toplumdaki bireylerin bu yolu tercih ettikleri anlaşıldığından, anlaşmalı boşanma yolundan daha kolay, hızlı ve masrafsız olan mahkeme dışı boşanma uygulaması imkanının getirilmesi gerekmektedir.

2. Ülkemizde Son Yıllarda “Aile Hukukuna İlişkin” Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Gelişmekte Olması

Ülkemizde mahkemelerin iş yüklerinin çokça artması nedeniyle, yüklerini hafifletmek, uzayan davalar nedeniyle vatandaşların mağdur olmalarını engellemek için; sigorta hukukundan ceza hukukuna, tüketici hukukundan borçlar hukukuna kadar pek çok alanda mahkemeye başvurulmadan uyuşmazlıkların çözümü konusunda tahkim, arabuluculuk, uzlaştırma gibi alternatif çözüm yolları kullanılmaya başlanmıştır. Nitekim Adalet Bakanlığı tarafından da boşanma konusu ile ilgili olarak aile hukuku kapsamında karma yöntem çalışması yürütülmektedir¹⁶⁷. Bu kapsamda mahkeme dışı boşanma kurumunun ülkemiz hukukuna kazandırılması gerektiği düşünmekteyiz. Zira; toplumun, bürokrasinin hatta mahkeme ve hakimlerin boşanma konusuna dair yaklaşım ve bakış açılarının değişmekte olduğu görülmektedir.

Türk Hukuk Sisteminde arabuluculuk, 22.06.2012 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹⁶⁸ ile girmiştir. Kanunun yaptığı tanıma göre özetle arabuluculuk; bir uyuşmazlık çözme şeklidir. Uyuşmazlıkların mahkeme sürecine girmeksizin çözüme kavuşturulması, bazı davaların zorunlu olarak arabuluculuk sürecine tabi olduğu ifade edilmiştir. Ne var ki

¹⁶⁵ <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/bosanma-davalarina-karma-model-41953600> (ET: 28.03.2024).

¹⁶⁶ DUTTA, s. 52, 53; VELİDEDEOĞLU, *Ayni Haklar*, s. 152, 157, 167; ŞENER, s. 234-235.

¹⁶⁷ https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1832021210317Aile_ve_Miras.pdf (ET: 17.02.2024).

¹⁶⁸ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6325.pdf> (ET: 17.02.2024).

bu uyuşmazlıklar arasında boşanma davaları yer almamaktadır. Bu nedenle boşanmak isteyen eşler bakımından arabulucuya başvurmak ihtiyari niteliktedir. Arabulucuya başvurmanın boşanma konusunda taraflara sağlayacağı katkının boşanma şartlarının belirlenmesi konusunda uzman olan bir kişinin denetiminden geçecek olması olduğu düşünülmektedir¹⁶⁹. Zira yasal çerçevede eşler zaten anlaşmalı boşanma kurumu ile mahkemeye doğrudan erişebilmektedirler. Zorunlu olarak arabulucuya gidilmesi ile ilgili ileri sürülecek görüşlerin isabetli olmayacağını, taraflara daha fazla külfetler getireceği düşünülmektedir¹⁷⁰.

Nitekim boşanma yargılamasında, HMK hükümleri yanında, ayrıca özel bir düzenleme olan TMK m. 184/I, b.5 hükmü uygulanmaktadır. Hâkim tarafından karar verilmedikçe; ayrılığın fer-i veya boşanmaya ilişkin anlaşmalar geçerli olamayacak, arabuluculuk yolu ile anlaşmaya varılmış olsa dahi TMK m. 184/b.5 ve 166/f. 3 gereğince hâkim onayından geçmeden geçerlilik kazanamayacaktır¹⁷¹.

Ülkemizde tarafların boşanma hususunda anlaşmaları, boşanmaya karar verilmesi için tek başına yeterli olmayıp, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir hak olmadığından arabuluculuğa elverişli değildir¹⁷². Ancak yabancı hukuklarda boşanma ve velayet gibi konularda arabuluculuğa gidilebilmektedir¹⁷³. Bununla birlikte tarafların arasında yapacakları ve hâkime sunacakları anlaşma maddelerinin belirlenmesi ve hazırlanması, özellikle boşanmanın mali sonuçlarını ilgilendiren hususların müzakeresi açısından konu arabuluculuğa uygundur¹⁷⁴. Diğer taraftan boşanmanın maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası vs. mali sonuçlarına ilişkin davaların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlar olduğu anlaşılmasıyla 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu kapsamında arabuluculuğa elverişli olduğu anlaşılmaktadır¹⁷⁵.

Yukarıda bahsedildiği üzere; boşanmaya ilişkin tam anlamıyla arabuluculuk süreci uygulanamıyor olsada kanaatimizce mahkeme dışı boşanma kurumu, bağımsız olarak veya aile arabuluculuğu yoluyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri ile uygulanabilir. Bu sayede eşler anlaşırsa, çekişmeli bir boşanmayı anlaşmalıya çevirebilir. Temel gerekçelerimiz; ülkemizde mahkemelerin iş yükünün çok artması nedeniyle yüklerini hafifletmek, uzayan davalar nedeniyle vatandaşların mağdur olmalarını engellemek ve vatandaşlara ek külfetler yüklememek olduğundan, bağımsız veya alternatif çözüm yollarıyla uygulanacak mahkeme dışı boşanma kurumu, boşanma davalarında ortaya çıkan mağduriyetleri giderebilecek önemli bir çözüm yoludur.

¹⁶⁹ https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1832021210317Aile_ve_Miras.pdf (ET: 17.02.2024).

¹⁷⁰ ÖZMUMCU, Seda: "Aile Hukukunda 6325 sayılı Kanun Kapsamında Arabuluculuk", (Ed.) ŞİPKA, Şükran / ÖZDEN, Nur / AKİPEK ÖCAL, Şebnem: *Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara, 2020 (Aile Hukukunda Arabuluculuk), s. 89.

¹⁷¹ ÖZMUMCU, *Aile Hukukunda Arabuluculuk*, s. 89.

¹⁷² ÖZMUMCU, Seda: "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, MİHBİR Özel Sayısı (Re'sen Araştırma İlkesi), s. 146.

¹⁷³ Fransa'da boşanma konusunda aile mahkemesi hâkimi eşleri, aile arabulucusuna yönlendirme yetkisi ile donatılmıştır. Fransız Medeni Kanunu'nun 255. maddesine göre aile mahkemesi hâkimi açılmış olan bir boşanma davasında tarafların onayını aldıktan sonra onları bir aile arabulucusuna gönderebilir. Aynı maddeye göre hâkim gerekli görürse tarafları aile arabulucusuna gitmeye zorlayabilir. Burada da arabulucuya hâkimin kararına rağmen gitmemenin herhangi bir yaptırımını öngörülmemiştir. Diğer taraftan belirtmek gerekir ki Fransız Medeni Usul Kanunu, m. 1071 hükmüne göre hâkimin arabulucuya gitmeye zorlayan kararına karşı kanun yolları kapalıdır. Ayrıca, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak aile arabuluculuğu süre ile de sınırlandırılmıştır. Aile mahkemesinde görülmekte olan uyuşmazlık esnasında arabulucuya gitme konusunda anlaşan tarafların aile arabulucusu önünde yapacakları görüşme sayısı ortalama 6 ila 8 arasında olup, süreç altı ayı aşamaz. Taraflar, aile arabuluculuğu süreci sonunda anlaşmaya varmaları hâlinde durumu bir tutanakla tespit edip aile mahkemesi hâkiminin onayına sunabilirler. Bu şekilde taraflar vardıkları anlaşmanın icrai etkiye kavuşmasını sağlayabilirler. Belirtmek gerekir ki; aile mahkemesi hâkimi varılan anlaşma üzerinde sınırlı bir inceleme olanağına sahiptir. Hâkimin yapacağı inceleme özellikle tarafların anlaşmaya özgür iradeleri ile varıp varmadıkları noktasında toplanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. ÖZCAN, Cem: "Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2017, Sayı 9 (Aile Arabuluculuğu), s. 383-396.

¹⁷⁴ SOMER, Pervin: "Aile Hukuku Temel Kavramlar", (Ed.) ŞİPKA, Şükran / ÖZDEN, Nur / AKİPEK ÖCAL, Şebnem: *Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara, 2020, s. 100.

¹⁷⁵ SOMER, s. 100.

3. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca Verilen Danışmanlık Hizmetlerinin Ek Denetim Sağlayabilmesi

Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın Aile ve Boşanma Süreci Danışmanlığı Hizmeti ile ilgili yaptığı araştırmasında; Aile ve Boşanma Süreci Danışmanlığı altında verilen hizmette eşlerin yaşadıkları iletişim problemleri ile bu problemlerle baş etmelerini desteklemek için “*Aile Danışmanlığı*”, boşanma sürecinde bulunan ve bu süreci sağlıklı olarak yönetebilmeleri amacıyla “*Boşanma Süreci Danışmanlığı*” ve “*Bireysel Danışmanlık*” olarak sunulduğu, araştırma kapsamında hem hizmet alanlarla hem hizmet verenlerle hem de hizmete dolaylı katkısı bulunan dış paydaşlarla görüşme yapıldığı, bu kapsamda hizmeti alan 996 danışanla görüşülerek veri analizi hazırlandığı, buna göre bu hizmeti alma sebeplerinin;

- Eş ile iletişim sorunları yaşanması %47,8,
- Boşanma kararının yeniden değerlendirilmesi %11,
- Çocuklarının psikolojik durumunu korumak %35,1
- Kişisel desteğe ihtiyaç duyma %6,1 olduğu tespit edilmiştir¹⁷⁶.

Araştırmaya göre; danışanların %52,2'sinin ilk görüşmelere eşleriyle birlikte gittikleri belirlenirken, danışanların %67,2'si hizmet kapsamında kendilerine verilen tavsiye ve görevleri yerine getirmeyi planladıklarını ifade etmişlerdir¹⁷⁷.

Diğer taraftan danışanların %77,5'i danışmanların öneri ve tavsiyelerini etkili bulduğunu belirtmiştir¹⁷⁸. Danışanların %48,8'i ise alınan Aile ve Boşanma Süreci Danışmanlığı Hizmetinin; aile, çevre ve yakın akrabalarla kurulan iletişimde de olumlu etkisinin olduğunu ifade etmiştir¹⁷⁹. Danışanların %86'sı hizmetten memnun kalmıştır. İleride bir sorun yaşamaması halinde verilen aile danışmanlığı hizmetini yeniden alacaklarını ifade edenlerin oranı %91,9 iken, devletin bu tür hizmetler sunmaya devam etmesini onaylayanların oranı ise %99,7 olmuştur¹⁸⁰.

Boşanma öncesi ve esnasında sunulan hizmetle eşlere, iletişim problemlerinin çözümü hususu ile ilişkilerini yeniden gözden geçirmeleri için destek olunmaktadır. Aile içi iletişim becerileri kazandırmak, çatışmaların yapıcı şekilde çözülmesinde yardımcı olmak ve çocuklarla ilgili sorunların çözümü yönünde de danışmanlık yapılmaktadır¹⁸¹.

Kanaatimizce; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın bu araştırması, aileyi oluşturan bireylerle her konuda doğrudan iletişim sağlanabildiğini, eşlerin doğru bir şekilde bilgilendirildiklerini, boşanma aşamasına gelmiş ve bu konuda kararlı olan eşlerin ise çocukları dahil olmak üzere boşanma konularında nasıl iletişim kurup anlayabileceklerini, hatta uyuşmazlık yaşayan eşlerin bu hizmet sayesinde anlaşma sağlayarak daha sağlıklı bir boşanma süreci geçirebilecekleri değerlendirilmekte ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın bu fonksiyonunun, mahkeme dışı boşanma konusunda Türk hukuk sistemine katkı sağlayabileceği düşünülmektedir. Kanun koyucunun bu birikim ve tecrübeye sahip olan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nı, mahkeme dışı boşanma kurumuna entegre etmesiyle, boşanmanın yukarıda belirtilen¹⁸² birçok riskinin ortadan kalkacağı kanaatindeyiz.

¹⁷⁶ <https://aile.gov.tr/haberler/aile-ve-sosyal-hizmetler-bakanligindan-aile-ve-bosanma-sureci-danismanligi-hizmeti-arastirmasi/> (ET: 11.05.2024).

¹⁷⁷ <https://aile.gov.tr/haberler/aile-ve-sosyal-hizmetler-bakanligindan-aile-ve-bosanma-sureci-danismanligi-hizmeti-arastirmasi/> (ET: 11.05.2024).

¹⁷⁸ <https://aile.gov.tr/haberler/aile-ve-sosyal-hizmetler-bakanligindan-aile-ve-bosanma-sureci-danismanligi-hizmeti-arastirmasi/> (ET: 11.05.2024).

¹⁷⁹ <https://aile.gov.tr/haberler/aile-ve-sosyal-hizmetler-bakanligindan-aile-ve-bosanma-sureci-danismanligi-hizmeti-arastirmasi/> (ET: 11.05.2024).

¹⁸⁰ <https://aile.gov.tr/haberler/aile-ve-sosyal-hizmetler-bakanligindan-aile-ve-bosanma-sureci-danismanligi-hizmeti-arastirmasi/> (ET: 11.05.2024).

¹⁸¹ <https://aile.gov.tr/haberler/aile-ve-sosyal-hizmetler-bakanligindan-aile-ve-bosanma-sureci-danismanligi-hizmeti-arastirmasi/> (ET: 19.02.2024).

¹⁸² Detaylı bilgi için bkz. dn. 104.

E. Türk Hukuk Sisteminde Mahkeme Dışı Boşanma Kurumunun Kurulmasına İlişkin Çözüm Önerileri

Ülkemizde tüm boşanma sebepleri ve yolları dahil olmak üzere; boşanma davaları ile anlaşmalı boşanma oranındaki artış dikkate alındığında, uygun koşul ve denetimlerin oluşturularak boşanma yollarının kolaylaştırılması ve çeşitlendirilmesi ihtiyacının doğduğu görülmektedir. Bu nedenle Türk hukuk sisteminde yapılacak yasal değişiklikler ile mahkeme dışı boşanma yolları oluşturulması gerektiği açıktır.

Bunun için Türk hukuk sistemi hem idari hem de adli yapılanması ve alt yapısı ile bu ihtiyaca hızlıca ve uygun çözümler üretebilecek niteliktedir. Mahkeme dışı boşanmayı gerçekleştirmiş birçok ülkedeki ortak kriterler değerlendirildiğinde¹⁸³, mahkeme dışı boşanma kurumunun aşağıda belirtilen yöntemlerin ayrı ayrı ya da birlikte uygulanması yoluyla Türk hukukunda yer bulabileceği kanaatindeyiz.

1. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İçinde Oluşturulacak Boşanma Birimi

Ülkemizde hem topluma hem de bireylere ayrı ayrı dokunabilen bir idari birim olan Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın hem merkezi idare içinde hem de taşra teşkilatlarındaki organik yapısı, boşanma konusunda uzman kapasitesine sahip personelinin olması, evlilik ve boşanma konularında hem kişilerle hem de diğer kurum ve kuruluşlarla birlikte hareket edebilmesi nitelikleriyle, mahkeme dışı boşanma kurumunun oluşturulabileceği en uygun yerlerden birisi olduğu kanaatindeyiz. Bakanlık bünyesinde ülke çapında oluşturulacak mahkeme dışı boşanma birimi ile boşanmanın tüm aşamalarına ve taraflarına doğrudan ulaşma imkânı sağlanarak, rehberlik hizmetleri ile evliliğin kamusal özelliğine vurgu yapılarak boşanmalar azaltılabilir.

Diğer taraftan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı içinde kurulacak mahkeme dışı boşanma kurumu; verilecek rehberlik sırasında ve sonucunda tarafların boşanma konusundaki iradelerinin nasıl oluştuğunu ve şekillendiğini bilen, boşanmaya karar vermiş ve anlaşmış eşlerin de bu işlemlerine çok hızlı bir şekilde resmiyet kazandırabilecek özelliği ile kişisel özgürlüğü esas alan, süreç boyunca hem eşlerin menfaatlerini hem de varsa çocuğun menfaatlerini koruyabilecek ve gözetebilecek bir yapıya sahip olabilecektir.

Tüm bu hususlar, dünyada bu husustaki uygulama ve gelişmeler ve pek çok açıdan değerlendirilebilecek özellikleri ile Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın, Adalet ve İçişleri Bakanlıkları gibi sonuçları itibariyle süreçle ilgisi olan diğer kurumlarla yapabileceği ortak girişimler ile mahkeme dışı boşanma biriminin oluşturulup sonuçlarının çok hızlı bir şekilde gerçekleştirilebilmesini sağlayabileceği, bu yönde bir çalışma yapılması durumunda etkili ve hızlı bir çözüm üretilebileceği kanaatindeyiz.

2. Belediyeler veya Noterler

Mahkeme dışı boşanma kurumunun uygulandığı ülkelerde hem belediyelerin hem de noterlerin rol aldıkları görülmektedir. İster avukatın katılımının zorunlu olduğu durumlar olsun isterse avukat katılımının gerekmediği durumlar olsun sonuçta eşlerin boşanma ve sonuçları konusunda yaptıkları anlaşma belediye başkanı veya noter tarafından yapılan bir tescil veya onaylama işlemi ile icrai nitelik kazanmaktadır.

Ülkemizde evlenme işleminin resmi ve yasal olarak yapılması görevi belediye başkanlarına verilmiştir. Aslında kişiler ortak bir hayat kurmak ve bunu resmi bir şekilde gerçekleştirme isteklerini bir irade beyanı ile idari bir makam huzurunda açıklamakta ve idari makamın da bu durumu resmi kayıtlara geçirmesi ile gerçekleştirerek hukuki olarak yeni bir sosyal statüye geçmektedirler. Evlendirme işlemini idari bir makam yapmaktadır.

¹⁸³ Detaylı bilgi için bkz. II.D.

Anayasa kapsamında, tüm işlemleri yargı denetimine tabi olan idarenin, idari işlem tesisinde usulde ve yetkide paralellik ilkesi gereğince evlendirme işlemini tesis edebilen belediyenin/belediye başkanının, aynı evlenme aşamasında olduğu gibi sadece bu yöndeki irade beyanlarını özgürce açıklayan kişilerin boşanma ve sonuçları konusundaki anlaşmalarını da resmi olarak neticelendirmeye yetkili olacağı düşünülmektedir. Bunun için de mahkeme dışı boşanma kurumunun yasal olarak düzenlenmesi ve görev ile yetkinin de belediyeye/belediye başkanına ait olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Noterler bakımından ise evliliğin bir sözleşme niteliğinde olduğu, sözleşmesel bir birliktelik olduğu düşüncesi dikkate alındığında, denetim bakımından getirilebilecek bazı şartlar (avukat, aile danışmanı, psikolog vb.) ile boşanma ve sonuçları üzerinde anlaşan eşlerin bu anlaşmalarını noter huzurunda tasdik ettirmek suretiyle resmi olarak boşanma işlemini gerçekleştirebilecekleri düşünülebilir. Boşanma anlaşmasının nüfus/tapu müdürlüklerine bildirilmesi gibi diğer resmi işlemlerinin noter vasıtasıyla yapılabileceği yasal olarak düzenlenebilir. Böylece eşlerin çok az bir masrafla ve çok hızlı bir şekilde boşanmaları sağlanabilir.

Bununla birlikte eşlerin her zaman mahkeme önünde boşanma ve boşanmanın sonuçları ile ilgili olarak dava açabileceği, tazminat ve diğer hususlar ile ilgili genel mahkemelerde davacı olabileceği de unutulmamalıdır. Bu imkân ister çekişmeli olsun ister anlaşmalı olsun mahkeme dışı boşanma yoluna başvuran tarafların menfaatlerinin korunması için her zaman bir yargı yolu olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak mahkeme dışı anlaşmalı boşanmaya karar veren ve birkaç örnekle ifade etmeye çalıştığımız kurumlar nezdinde ve yöntemlerle boşanan eşlerin, zaten mahkemeden uzaklaşmak, mahkeme sürecini yaşamamak, mahkeme masraflarından kaçınmak ve istemedikleri bir evliliği çok kıymetli olan hayatlarının bir parçası olmaktan çıkarmak için bu yola başvurdıkları unutulmamalıdır. Ayrıca hâlihazırda hem kanunda hem uygulamada temel alınan kusur unsurunun eşlerin anlaşması ile aşıldığı dikkatlerden kaçmamalıdır. Yıllar süren yargılamalara sebep olan kusur tespitinin eşlerin anlaşması ile çok kısa zamanda ve netice olarak daha sağlıklı olarak çözüldüğü anlaşılmaktadır. Kusur sorunun çözülmesi ise hem tazminat bakımından hem de velayet bakımından oluşabilecek sorunların çözülmesini kolaylaştırmaktadır. Bu sebeplerle kusura dayalı sistemin pek çok ülkede olduğu gibi istisna olarak uygulanmasına geçilmesi gerektiği düşünülmektedir.

3. UYAP Modeli

Dijitalleşmenin ve yapay zekâ sistemlerinin giderek yaygınlaşması, ihtiyaç duyulan yöntemlerden birisinin Ulusal Yargı Ağı Platformu (UYAP) üzerinden işlemlerin yapılabilir olmasını mümkün kılmaktadır. UYAP ülkemizin ürettiği ve diğer pek çok ülkeye de örnek teşkil eden, pek çok kurum ve platformun bilgi ve belge oluşturup paylaşabildiği, alınan kararlara çok hızlı bir şekilde erişilebildiği ve uygulanabildiği, kurum ve kuruluşların yanında bireysel olarak vatandaşların da doğrudan erişim sağlayabildiği eşsiz bir platformdur. Bu bakımdan anlaşmalı boşanmaya karar veren eşlerin çok kolay bir şekilde iradelerini ortaya koyan anlaşmalarını diğer bilgi ve belgeler ile birlikte oluşturulacak mahkeme dışı boşanma kurumuna gönderebilecekleri, kurum tarafından verilen kararın da çok hızlı bir şekilde resmîyete ve uygulamaya koyabileceği bir sistemdir. Böylece taraflar mahkemeye veya başka hiçbir kuruma gitmeksizin dijital bir yolla boşanma işlemlerini gerçekleştirebilirler.

Burada menfaat kayıplarının önüne geçilmesi bakımından eşlere anlaşmalarını avukatları katılımı ile oluşturmaları şartı getirilebilir ve bir hukukçu gözüyle denetimin yapılmış olması sağlanabilir. Bu şart hem sistemin işlemlerini engellemeyecek niteliktedir hem de tarafların menfaatlerini koruyucu etkiye sahiptir. Bu kapsamda Adalet Bakanlığı tarafından adliyeler içinde bir birim kurulması ve işletilmesi çok elverişli bir idari yol olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

Türk hukukunda evliliği sona erdirmeye taraf iradelerini ön plana koyan, boşanma ve sonuçları hakkında anlaşan eşlerin bu ihtiyaçlarını karşılayacak mahkeme dışı boşanma kurumunun oluşturulması elzemdir. Bu ihtiyacın yasal bir düzenleme ile en kısa sürede çözüme kavuşturulması hem kişisel menfaatler hem de kamusal açıdan büyük katkılar sağlayacaktır. Türkiye'nin mahkeme dışı boşanma kurumunu oluşturabilecek; UYAP gibi eşsiz bir alt yapısı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı gibi çok uygun bir idari teşkilatı ve uzman personeli vardır. Sadece akademik bir yaklaşım/katılım ve ortaklaşa bir platform ile yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

Ancak mahkeme dışı boşanma kurumunun uygulanmasında; hiçbir koşul olmadan, sadece anlaşma belgesi ile boşanılmasının geri dönülemez mağduriyetler yaşatabileceği; şiddet, aldatma, yakın evliliği veya maddi sebeplerle kendini savunamayacak eşlerin mahkeme dışı boşanma kurumunu uygulamaya zorlayabileceği, çocukların veya diğer eşin menfaatlerinin korunamayacağı gibi olumsuzluklar da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu olumsuz durumları aşmak için farklı ülkelerde uygulanan mahkeme dışı boşanma kurumu örneklerini değerlendirip ülkemize uyarlayarak ve hukuk sistemimizde yapılacak düzenlemelerle mahkeme dışı boşanma kurumunun uygulanması imkanının olduğunu düşünmekteyiz.

Yapılacak değişiklik ve yasal düzenlemeler, boşanmış bireylerin ve çocuklarının daha sağlıklı ve huzurlu bir ortamda yaşayabilmelerine katkı sağlayacaktır. Nitekim sağlıklı ve huzurlu bireyler sağlıklı ve huzurlu toplumlar oluşturur.

KAYNAKÇA

- ADLİ SİCİL VE İSTATİSTİK GENEL MÜDÜRLÜĞÜ: *Adli İstatistikler 2021*, Ankara, 2021.
- ADLİ SİCİL VE İSTATİSTİK GENEL MÜDÜRLÜĞÜ: *Adli İstatistikler 2022*, Ankara, 2022.
- AKINTÜRK, Turgut / DERYA, Ateş: *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, 25. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- AKINTÜRK, Turgut: *Aile Hukuku İkinci Cilt*, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar: “Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 71, Sayı 4, s. 1431-1458.
- ANDRUP, Henrik / BUCHHOFER, Bernd / ZIEGERT, Klaus A.: “Formal Marriage under the Crossfire of Social Change”, (Ed.) EEKELAAR, John M. / KATZ, Sanford N.: *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Butterworths, Toronto, 1980, s. 32-38.
- ANTOLOSKAIA, Masha: “Divorce Law in a European Perspective”, (Ed.) Scherpe, Jens: *European Family Law Volume III - Family Law in a European Perspective*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, s. 41-82.
- ANTOMO, Jennifer: “Reformbedarf Bei Der Anerkennung Von Privatscheidungen”, *Nzfam*, 2018, s. 243-249.
- AYHAN İZMİRLİ, Lale: “Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdarî Yoldan Tanınması.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 22, Sayı 4, s. 67-126.
- BÉNABENT, Alain: *Droit de la famille*, LGDJ, Paris, 2020.
- BRÄM, Verena: “Privatisierung des Scheidungsrechts - ein Holzweg?”, (Hrsg.) GEISER, Thomas / KOLLER, Thomas: *Festschrift für Professor Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag: Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Stämpfli Verlag, Bern, 2002, s. 205-217.
- BURCUOĞLU, Haluk: “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanun’un Boşanma Düzenlemesinin Eleştirisi ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, *Antalya Barosu Dergisi*, 2004, Cilt 5, Sayı 51, s. 40-69.
- CEYLAN, Ebru: “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 12, s. 315-334.
- CİN, Halil: *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, 2. Baskı, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1974.
- CUBEDDU, Wiedemann / GIOVANNA, Maria / HENRICH, Dieter: “Neue Trennungs- und Scheidungsverfahren in Italien”, *FamRZ*, 2015, s. 1253-1259.
- DANIELSEN, Svend: The Scandinavian Approach: Administrative and Judicial Resolutions of Family Conflicts”, (Ed.) MEULDERS-KLEIN, Marie Thérèse: *Familles et Justice*, Bruylant, Bruxelles, 1997, s. 139-151.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, M. Alper: *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- DUTTA, Anatol / SCHWAB, Dieter / HENRICH, Dieter / GOTTWALD, Peter / LOHNIG, Martin (Hrsg.): *Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2017, s. 131-135.
- DUTTA, Anatol: “Stand des Scheidungsrechts in Deutschland”, (Hrsg.) DUTTA, Anatol / SCHWAB, Dieter / HENRICH, Dieter / GOTTWALD, Peter / LÖHNIG, Martin: *Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im Europäischen Scheidungsrecht*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 2017, s. 31-57.
- EKŞİ, Nuray: *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- ERCAN, İbrahim: “Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, s. 249-269.
- ERCOŞKUN ŞENOL, Hatice Kübra: *Şematik Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ERDEM, Bahadır: “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü”, (Ed.) ŞIPKA, Şükran / ŞENSÖZ, Ebru / ŞENOL, Ayşe Nilay / ÖZBİLEN, Arif Barış: *Medeni Hukuk ve Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri*, İstanbul Ticaret Akdeniz Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 133-167.

- ERDEM, Mehmet / MAKARACI BAŞAK, Aslı: *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- FERRER-RIBA, Josep: “Marital Agreements and Private Autonomy in Spain”, (Ed.) SCHERPE, Jens: *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Oregon, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2012, s. 350-369 (Marital Agreements and Private Autonomy in Spain).
- FERRER-RIBA, Josep: “Same-Sex Marriage, Express Divorce and Related Developments in Spanish Marriage Law”, *International Family Law*, 2006, s. 139-143 (Same-Sex Marriage).
- FERRER-RIBA, Josep: “Stand des Scheidung in Spanien”: DUTTA, Anatol / SCHWAP, Dieter / HENRICH, Dieter / GOTTWALD, Peter / LOHNING, Martin (Hrsg.): *Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Giesecking Verlag, Bielefeld, 2017, s. 119-143 (Stand des Scheidung in Spanien).
- FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: *Aile Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- GANIYEVA, Salimya: “Türk ve Rusya Federasyonu Milletlerarası Usul Hukukunda İdarî Boşanma Kararlarının Tanınması Sorunu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2013, Cilt 33, Sayı 1, s. 31-60.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: *Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Boşanma Hukuku).
- GLENDON, Mary Ann: “The French Divorce Reform Law of 1976”, *The American Journal of Comparative Law*, 1976, Cilt 24, Sayı 2, s. 199-228.
- GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ: “Dijital Boşanmaya ilişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları”, *Kadem Kadın Araştırmaları Dergisi*, 2018, Cilt 4, Sayı 1, s. 121-146.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: “Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma”, *Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925-1975, Cilt 2, Boşanma Hukuku Haftası*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 127-165.
- GÜRZUMAR, Aydanur: *Die rolle des Richters im Ehescheidungsprozess in der Schweiz und in der Türkei*, Bizim Büro Basımevi, İzmir, 1991.
- HUGUES, Fulchiron: “Custody and Separated Families: The example of French Law”, *Family Law Quarterly*, 2005, Cilt 39, Sayı 2, s. 301-313.
- HUYSAL, Burak: “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili”, *Milletlerarası Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2017, Cilt 37, Sayı 2, s. 473-507.
- İKİZLER, Metin: *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- JUNGO, Alexandra: *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB*, Schultess Verlag, Zürich, 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M: *Aile Hukuku*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2024.
- KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim: *Aile Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1989.
- KRISTIANSEN, Jan Eric: “Norway”, (Ed.): CHESTER, Robert: *Divorce in Europe*, Springer Verlag, New York, 1977, s. 53-68.
- MARTIN-CASALS, Miquel / RIBOT, Jordi: “The Postmodern Family and the Agenda for Radical Legal Change in Spain”, (Ed.) ATKIN, Bill: *The International Survey of Family Law 2008 Edition*, Jordan Publishing, Bristol, 2008, s. 409-434.
- MORACCHINI-ZEIDENBERG, Stephanie: “La contractualisation de la séparation et de ses conséquences en droit français”, *Les Cahiers de Droit*, 2018, Cilt 59, Sayı 4, s. 1113-1136.
- NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal / DURAL, Mustafa: *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.
- ÖNCÜ, Özge: “Eşlerin ‘Anlaşmalı Boşanma’ Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayısı, s. 793-835.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Cilt 1, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ÖZCAN, Cem: “Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2017, Sayı 9, s. 383-396 (Aile Arabuluculuğu).

- ÖZCAN, Cem: “Fransız Hukukunda Mahkeme Dışı Anlaşmalı Boşanma”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2019, Cilt 17, Sayı 194, s. 653-658 (Anlaşmalı Boşanma).
- ÖZDEMİR, Nevzat: *Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003 (Anlaşmalı Boşanma).
- ÖZDEMİR, Saibe Oktay: “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2015, Cilt 35, Sayı 1, s. 29-46 (Revizyon).
- ÖZMUMCU, Seda: “Aile Hukukunda 6325 sayılı Kanun Kapsamında Arabuluculuk”, (Ed.) ŞIPKA, Şükran / ÖZDEN, Nur / AKİPEK ÖCAL, Şebnem: *Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara, 2020, s. 89-92 (Aile Hukukunda Arabuluculuk).
- ÖZMUMCU, Seda: “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, MİHBİR Özel Sayısı, s. 145-172 (Re’sen Araştırma İlkesi).
- ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- PARKINSON, Patrick: *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge University Press, New York, 2011.
- RYZNAR, Margaret / DEVAUX, Angeliq: “Voilà! Taking the Judge Out of Divorce”, *Seattle University Law Review*, 2018, Cilt 42, Sayı 1, s. 161-183.
- SANDSTRÖM, Glenn / GARÐARSDÓTTIR, Ólöf: “Long-Term Perspectives on Divorce in the Nordic Countries Introduction”, *Scandinavian Journal of History*, 2018, Cilt 48, Sayı 1, s. 1-2.
- SARESELLA, Daniela: “The Battle for Divorce in Italy and Opposition from the Catholic”, *Journal of Family History*, 2017, Cilt 42, Sayı 4, s. 401-418.
- SARI, Suat: *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.
- SAYMEN, Ferit H.: *Aile Hukuku Dersleri, 1949-1950 Yılı Takrirleri*, Teksir İşleri, İstanbul, 1950.
- SCHWARZ, Andreas B.: *Aile Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1946.
- SEÇER, Öz: “İsviçre ve Türk Hukuklarında Anlaşmalı Boşanma ve Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2009, Sayı 63-64, s. 39-69.
- SOMER, Pervin: “Aile Hukuku Temel Kavramlar”, (Ed.) ŞIPKA, Şükran / ÖZDEN, Nur / AKİPEK ÖCAL, Şebnem: *Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara, 2020, s. 93-107.
- SPERR, Anneken Kari: “Stand des Scheidungsrechts in Norwegen”, (Hrsg.) DUTTA, Anatol / SCHWAB, Dieter / HENRICH, Dieter / GOTTWALD, Peter / LÖHNIG, Martin: *Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht*, Giesecking Verlag, Bielefeld, 2017, s. 265-280.
- ŞENER, Esat: “Medeni Kanun’un Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler”, *Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925-1975, Cilt 2, Boşanma Hukuku Haftası*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 234-235.
- ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru: *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ŞIPKA, Şükran: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2007, Cilt 6, Sayı 12, s. 163-175.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “Türk Hukukunda Yabancı Makamlarca Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler”, (Ed.) DOĞAN, Vahit / AYHAN İZMİRLİ, Lale / YILMAZ, Alper Çağrı: *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 375-387.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: *Türk Aile Hukuku*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- TOPAK, Süleyman: *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle Düzenlenen Yenilikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 19, Sayı 2, s. 103-128.
- UĞUR, Ömer: *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- ÜREM ÇETİNEL, Merve / GÜNEŞ, Biset Sena: “Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 5, s. 309-340.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: *Türk Medeni Hukuku Cilt 2*, 5. Baskı, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965 (Medeni Hukuk).
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: *Türk Medeni Kanunu'na Göre Medeni Hukuk, Başlangıç- Şahıslar, Aile, Miras ve Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1954 (Ayni Haklar).
- YILMAZ BİLGİN, Esra Pınar: *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- YILMAZ, Süleyman: *Medeni Hukuk Cilt 3 Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, M. Beşir / GÖKYAYLA, K. Emre: *Zevkliler Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.
- ZEYTİN, Zafer: *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

İş Hukukunda İşçilerin Sosyal Medya Kullanımına İlişkin İşyeri İç Yönetmelikleri/Rehberler^(*)



*Workplace Internal Regulations/Guidelines on the Use of
Social Media by Employees in Employment Law*

Nihat Seyhun ALP



Doktor Öğretim Üyesi

*Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı*

Anahtar Kelimeler

*İşyeri İç
Yönetmelikleri,
Sosyal Medya,
İşçinin Sosyal Medya
Kullanımı,
İşyeri Kaynaklarının
Kullanımı,
Özel Amaçlı İnternet
Kullanımı.*

Keywords

*Workplace Internal
Regulation,
Social Media,
Employee's Use of
Social Media,
Use of Workplace
Resources,
Use of Internet for
Private Purposes.*

Öz

Özel hayatımızın her anında olduğu gibi çalışma ve ticaret hayatımızda da sosyal medya kullanılmaktadır. İşverenler sosyal medyadan ürünlerinin reklamını ve pazarlamasını yapmaktadır. Yine sosyal medya üzerinden iş başvurusu yapılabilmektedir. Bununla birlikte işçiler de sosyal medyayı kullanır. Ancak herkes gibi işçiler için de sosyal medya yeni bir alandır. Dolayısıyla işçiler, yapmış oldukları paylaşımların işverene verdiği zararın, iş sözleşmesinden doğan borçlarını ihlal ettiğinin ve sonuçlarının farkında olmayabilir. İşte işçilerin çalışma ve özel hayatındaki sosyal medya kullanımını düzenleyen ve aynı zamanda bilgilendirici niteliğe sahip işyeri iç yönetmeliklerinin/rehberlerin hazırlanması sorunların çözümüne hizmet edecektir. Bu düşünce bağlamında çalışmamızda işçilerin sosyal medya kullanımını düzenleyen işyeri iç yönetmelikleri/rehberler ve içerikleri incelenmiştir.

Abstract

Social media is used in our working and business life as well as in every moment of our private life. Employers advertise and market their products on social media. Job applications can be made via social media. Employees also use social media. However, like everyone else, social media is a new field for employees. Therefore, employees may not be aware of the damage of their posts to the employer, violation the obligations arising from the employment contract and the consequences. Here, the preparation of workplace internal regulations/guidelines that regulate the use of social media in the business and private life of the employees and at the same time have an informative nature will serve to solve the problems. In the context of this idea, in our study, workplace internal regulations/guidelines regulating the use of social media by employees and their contents were analysed.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 23.07.2024, Kabul Tarihi: 21.10.2024.

GİRİŞ

Sosyal medya, hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Hiç şüphesiz işçiler de sosyal medyayı kullanmaktadır. Hatta işyerlerinin bile resmi sosyal medya hesapları bulunmaktadır¹. Bu bağlamda işverenler ürettikleri ürün ve hizmetleri sosyal medyayı kullanarak tanıtmakta, reklamını yapmakta ve hatta bu mecradan satmaktadır. Keza işyerinin sosyal medya politikası olması, teknolojiden anlayan bir işyeri görüntüsünün kazanılmasına ve özellikle genç işçiler ve müşteriler arasında tanınırlığın ve beğenin artmasına vesiledir². Bu şartlar altında sosyal medya, özel hayatın yanı sıra çalışma hayatının da bir parçası haline gelmiştir.

Giderek artan kullanım alanı ve önemiyle birlikte sosyal medya bazı sorunları beraberinde getirmiştir. İşçilerin çalışma saatleri içinde veya işyerinde sosyal medya kullanıp kullanamayacakları, işçilerin işveren, çalışma arkadaşları veya müşteriler hakkında hangi noktaya kadar paylaşımda bulunabileceği, işçilerin özel hayatında işle ilgili paylaşım yapabiliş yapamayacağı bu sorunlara örnek olarak verilebilir³. Yine işçinin yapmış olduğu paylaşımlar işverenin ticari itibarına ve markasına zarar verebileceği gibi mesleki sırlarını da ifşa edebilir. Hatta işçi, yöneticileri ve çalışma arkadaşlarıyla ilgili hakaret içeren paylaşımlarda bulunabilir ki, bu durum da işverenin itibarına zarar verecektir. İşte bu sorunları bertaraf etmek için işveren, işyeri kaynakları vasıtasıyla sosyal medya kullanımını yasaklayabilir. Ancak bu yasak, işverenin sorumluluğunun doğması ve en önemlisi olarak ticari itibarının ve marka değerinin zedelenmesi gibi olumsuzlukları mutlak suretle bertaraf edecek bir çözüm değildir. Sonuçta işçi kendi cihazı ve mobil interneti vasıtasıyla sosyal medyayı kullanarak bu olumsuzluklara sebebiyet verebilir.

İşçiler, yapmış oldukları paylaşımların zararlı neticeleri hakkında bilgi sahibi olmayabilir. Nihayetinde sosyal medya hayatımızda yeni bir olgudur ve işçiler için de bu mecra bilinmezlikleri barındırmaktadır. İnternet yasağıyla da söz konusu olumsuzluklar giderilemeyeceğinden sosyal medya kullanımının olumlu yanlarından faydalanmak ve olumsuz yanlarını izale etmek veya en aza indirmek için bazı düzenlemelere ve işçilerin bilgilendirilmelerine ihtiyaç vardır. İşte bu sebeple işçilerin çalışma ve özel hayatındaki sosyal medya kullanımını düzenleyen işyeri iç yönetmelikleri/rehberler hazırlanmalıdır. Bu noktada ilgili düzenlemeler hem bu alandaki yasal boşluğun getirdiği eksikliği tamamlayacak hem de sosyal medya kullanımı sırasında hangi davranışların hangi ihlallere sebebiyet vereceği ve yaptırımları noktasında işçiler bilinçlendirilecektir.

Sosyal medya ve iş hukuku ilişkisi nispeten yeni tartışılmaya başlayan bir konu olması nedeniyle mevzuatımızda veya yargı kararlarında bütün yönleriyle irdelenmemiştir. Ayrıca sosyal medya kullanımını düzenleyen iç yönetmeliklerle ilgili müstakil bir araştırma da yapılmamıştır. Bu ihtiyaç temelinde çalışmamızda ilk önce sosyal medya kavramı ve kullanım amacıyla ilgili bilgilendirme yapılmıştır. Ardından işçilerin sosyal medya kullanımı neticesinde yapabileceği ihlallere değinilmiştir. Son olarak da sosyal medya kullanımını düzenleyen işyeri iç yönetmeliklerinin/rehberlerin amacı, sınırları ve içeriği irdelenmiş, örnek niteliğinde hükümlere yer verilmiştir. Çalışmamızda işyeri iç yönetmeliklerinin hukuki niteliği, kabul edilme süreci ve denetiminden ziyade içeriklerine odaklanılmış ve kişilik hakkı ihlali, işçinin sır saklama yükümlülüğü, işçinin ifade hürriyeti, haksız rekabet ve telif hakkı konularına sadece çalışmamız ile kesişen kısmı kadar yer verilmiştir.

I. SOSYAL MEDYA KULLANIMI

Sosyal medya; kişilerin aranan bilgiye ulaşabildikleri veya bilgi alışverişi yapabildikleri, anlık iletişim kurabildikleri, bir konuda duygu ve düşüncelerini, deneyimlerini veya hayatlarına dair kesitle-

¹ Büyük işyerlerinde bu hesapların genellikle pazarlama veya halkla ilişkiler departmanı tarafından yönetildiği görüşüne ilişkin bkz. CONRAD, Isabell / HUPPERTZ, Peter: “§ 37 Arbeitsrechtliche Bezüge”, AUER-REINSDORFF, Astrid / CONRAD, Isabell (Hrsg.): *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, 3. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2019 (Yazar, HITD), Rn. 350.

² GÜNTHER, Jens: “Unternehmensschädliche Äußerungen von Arbeitnehmern in Sozialen Medien - Social Media Guidelines als Mittel der Prävention”, *ArbRAktuell*, 2013, Sayı 9, s. 224.

³ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 347.

ri ve bilgileri paylaşabildikleri yine diğer kişilerin paylaşımlarını inceleyip tepki verebildikleri, katkı sunabildikleri dolayısıyla karşılıklı etkileşimde oldukları bütün çevrim içi araçları ve web siteleri⁴ kapsayan platformlardır⁵.

Kişinin eski arkadaşlarını bulma, kendilerini tanıtmaya veya hayatı ile ilgili bilgiler/kesitler paylaşma amacıyla kullanılan sosyal medya özel hayat⁶ ile sınırlı kalmamakta, işverenler ve işçiler tarafından iş amaçlı olarak da kullanılmaktadır⁷. Artık işyerini açıp müşteriyi beklemek ve alışılmış reklam yöntemleri kullanmaktan ziyade müşterilere sosyal medyanın gücü kullanılarak ulaşılmaktadır. Ayrıca sosyal medya hem işverenler hem de işçiler tarafından işe alım ve iş başvurusu için kullanılmaktadır⁸. Bütün bu durumlar aslında her şeyin dijitalleşmesi gibi ticaret ve çalışma hayatının da dijitalleşmesinin bir sonucudur.

İşverenler sosyal medyayı kullanarak ürün ve hizmetlerini hızlı, kolay ve ucuz bir şekilde tanıtabilir, genç gruplara ve geniş kitlelere pazarlayabilir⁹. Keza sosyal medya, kullanıcılarla doğrudan temas kurmayı ve iletişimde kalmayı sağlar¹⁰. Bu durumda sosyal medya aynı zamanda bir iletişim aracıdır¹¹. Gelişen teknoloji ile birlikte sosyal medya kullanıcıları diğer kullanıcılarla mesajlar veya diğer yollar vasıtasıyla anlık iletişim kurabilmektedir¹². Dolayısıyla sosyal medyadaki paylaşımlar, bu platformlar aracılığıyla gönderilen mesajlar veya yorumlar artık yeni iletişim kanalları olarak telefon aramalarının veya e-postaların yerini almaktadır¹³.

II. SOSYAL MEDYA KULLANIMI/PAYLAŞIMLARI NETİCESİNDE ORTAYA ÇIKABİLECEK VE İŞÇİNİN BORÇLARINA AYKIRILIK TEŞKİL EDEBİLECEK DURUMLAR

A. Genel Olarak

İşyerlerinin halkla ilişkiler bölümü artık işyeri ile ilgili iletişimde tek başına yetkili kalmamakta, işçiler de bu rolü üstlenmektedir¹⁴. Bu bağlamda işyeri resmi sosyal medya hesapları üzerinden potansiyel müşterilerle iletişime geçilmesi, ürün/hizmetler hakkında yapılan yorumlara geri bildirimde bulunulması,

⁴ Sosyal medyanın bloglar, mikrobloglar, sosyal ağ siteleri, medya paylaşım siteleri, wikiler, sosyal işaretleme siteleri, *podcasting* ve sanal dünya olarak sınıflandırılacağı görüşüne ilişkin bkz. KAYA, Mine: "Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Sayı 119, s. 282; Wikiler, bloglar, mikrobloglar, sözlükler, sosyal imleme siteleri, lokasyon bazlı servisler, içerik paylaşım siteleri, podcastler, forumlar ve sosyal ağlar şeklinde sınıflandırılacağı görüşüne ilişkin bkz. YAMAKOĞLU, Efe: *Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 12.

⁵ Benzer şekilde bkz. BAYBORA, Dilek: "Yargı Kararları İle Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2017, Cilt 14, Sayı 56, s. 1712; ÇELİK, Kübra Deniz: *Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 4; AYDIN, Fatih: *İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (İşçinin Sosyal Medya Paylaşımı), s. 31.

⁶ Kişinin özel hayatının ailesi, arkadaşları gibi sınırlı bir çevreyi içeren alan olduğu görüşüne ilişkin bkz. ARSLAN DURMUŞ, Seda: "İşçinin Özel Yaşamının İş İlişkinde Etkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 25, Sayı 42, s. 140. Benzer şekilde bkz. SEVİMLİ, K. Ahmet: *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 8.

⁷ OBERWETTER, Christian: "Soziale Netzwerke im Fadenkreuz des Arbeitsrechts", *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, Sayı 7, s. 417.

⁸ BORSUTZKY, Andreas: "Soziale Netzwerke - Regelungskompetenz des Arbeitgebers und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2013, Sayı 12, s. 647.

⁹ HOFFMANN, Michel / FÜLLMANN, Julia: "Reichweite und Grenzen der Mitbestimmung des Personalrats bei Sozialen Medien", *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht*, 2023, Sayı 2, s. 23; ÖZDEMİR, Semih Sırrı / DOĞANAY, M. Zahid: "Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 13, s. 301.

¹⁰ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 349; SOLMECKE, Christian: "Teil 21.1 Social Media", HOEREN, Thomas / SIEBER, Ulrich / HOLZNAGEL, Bernd (Hrsg.): *Handbuch Multimedia-Recht*, 59. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2023 (Yazar, HMR), Rn. 1.

¹¹ GÜLTEKİN, Fatih: *İş İlişkinde İfade Özgürlüğü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 126; KEŞAPLI, Onur: "İşletmelerin Sosyal Medya Hesapları Üzerinden Kurmuş Oldukları İletişiminin Marka Değeri Üzerine Etkisi", *Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017, Cilt 7, Sayı 2, s. 654. *LinkedIn*'in bu özelliği için bkz. AYDIN, *İşçinin Sosyal Medya Paylaşımı*, s. 79.

¹² OBERWETTER, s. 417.

¹³ PAWLAK, Klaus / SMEYERS, Lea: "Außerdienstliche Aktivitäten in Sozialen Netzwerken - Gefahr für den Arbeitsplatz?", *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht*, 2013, Sayı 2, s. 26; ÇALIŞKAN YILDIRIM, Aşlı / UĞUR, Ömer: "İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2022, Cilt 80, Sayı 4, s. 1173.

¹⁴ LEXA, Carsten / HAMMER, Nadine: "Social Media Guidelines - Sichere Kommunikation in den Sozialen Medien", *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2014, Sayı 1, s. 46.

sorulara cevap verilmesi işlemlerini işverenler, gerek yoğunluk gerekse teknolojiye yabancı olması nedeniyle bazı işçi/işçilerine devretmiştir. İşçiler verilen bu yetki bağlamında sosyal medyada işveren adına hareket etmektedir. Bununla birlikte bir ürün/hizmet hakkında yorum yapılması ve fakat işçinin yetkisi olmamasına rağmen cevap vermesi durumunda dahi müşteriler ile iletişim sağlanmaktadır¹⁵. Sonuçta işçi ister yetkiyle ister yetkisiz hareket etmiş olsun cevapları ve işçinin sosyal medyada işveren ve işyeri ilgili diğer paylaşımları işverenler için sorumluluk veya zarar doğurabilir. Bu noktada işçinin bile rek ve isteyerek veya farkında olmadan hareket etmesi de önemli değildir. İşte sosyal medyanın yukarıda zikredilen yararlarının yanı sıra önemli sayılabilecek zararları da bulunmaktadır.

B. Paylaşımların Kişilik Hakkı İhlali veya Suç Teşkil Etmesi

İşçinin paylaşımları, müşteriler ve rakip işverenler de dahil olmak üzere geniş bir kitle tarafından görülecektir. İşte sosyal medyanın olumsuzluk teşkil eden en önemli yönü, paylaşımların çok hızlı bir şekilde yayılması ve paylaşım yapıldıktan sonra artık paylaşımın üzerinde kontrolün kaybedilmesidir¹⁶. Sosyal medyanın bu olumsuzluğuna ilave olarak işçiler de dâhil olmak üzere sosyal medyayı kullananlar, bu mecrada daha özgür olduğu düşüncesiyle rahat ve sorumsuz bir şekilde hareket etmektedir¹⁷.

İşçiler işveren, işveren vekilleri, çalışma arkadaşları veya müşteriler hakkında hakaret, iftira, tehdit içeren, özel hayatın gizliliğini ihlal eden veya konusu suç teşkil eden paylaşımlarda bulunabilir. Bu durumda sosyal medyadaki paylaşımların yayılma hızı ve yayılma alanının genişliği dikkate alındığında işverene verebilecek zararı tam olarak tespit edebilmek imkânsızdır. Hatta işçi bu paylaşımları silmiş olsa bile yine belli bir süre dolaşımında kalmış ve sayısını bilemeyeceğimiz bir kitle tarafından okunmuş olacaktır. Ayrıca doktrinde hakaret niteliği taşıyan bir paylaşımın yeniden paylaşılması, beğenilmesi ve bu paylaşımlara bağlantı verilmesi şeklinde de hakaretin yapılabilmesi haklı olarak ileri sürülmüştür¹⁸. Keza bazı yargı kararlarında da fesih gerekçesi arasında başkasının yapmış olduğu paylaşımı beğenme zikredilmiştir¹⁹.

Çalışma arkadaşları, işveren veya müşteriler hakkındaki olumsuz paylaşımlar neticesinde sadece bu kişiler değil, işyerinin itibarı da zarar görebilir²⁰. Hatta işçinin sosyal medyada yapmış olduğu bu hakaretin aleniliği, işyerindeki ilan panosuna asılmış bir hakaret metni ile aynı etkiye veya daha fazlasına sahip olduğu ileri sürülmüştür²¹. Bu noktada işveren ticari itibarı ve marka değerini korumak zorundadır. Keza işveren gözetme borcu gereği diğer işçilerin özel hayatı da dahil olmak üzere kişiliğini korumakla yükümlüdür²².

İşçinin paylaşımları ayrımcılık, nefret söylemi veya taciz içeren ifadeler içerebilir. Keza Yargıtay bir kararında sosyal medya vasıtasıyla rahatsız etmeyi haklı nedenle feshe imkân veren bir hareket olarak değerlendirmiştir²³. Yine paylaşımlar müşterilerin veya diğer işçilerin kişisel haklarını ve verile-

¹⁵ LEXA / HAMMER, s. 46.

¹⁶ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 351.

¹⁷ İnternetin tamamen özgür bir alan olarak anlaşılmasının işçiyi bildirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. HOFFMANN, Michel / LEX, Laura: "Corporate Influencer & Social Media Guidelines", *Recht Digital*, 2021, Sayı 5, s. 246.

¹⁸ KAYA, s. 292. Bir paylaşımın beğenilmesi durumunda şüphyle yaklaşılması ve somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. YAMAKOĞLU, s. 135.

¹⁹ İzmir BAM, 19. HD, T. 23.12.2020, E. 2020/1687, K. 2020/875; Ankara BAM, 7. HD, T. 5.7.2017, E. 2017/1928, K. 2017/1617 (Lexpera).

²⁰ PAWLAK / SMEYERS, s. 26.

²¹ GÜNTHER, s. 223.

²² SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu / KOLAN, Şelen: "Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 16, Sayı 62, s. 525; GÜLTEKİN, s. 172-173; OKUR, Zeki: "İş Hukukunda İşçinin Düşüncesi Açıklama Özgürlüğü", *Kamu-iş Dergisi*, 2006, Cilt 8, Sayı 4 (İşçinin Düşüncesi Açıklama Özgürlüğü), s. 19 (<https://www.tuhis.org.tr/pdf/842.pdf>, ET: 11.05.2024).

²³ Yargıtay, 9. HD, T. 4.6.2015, E. 2015/12347, K. 2015/20424 (Lexpera).

rini ihlal edebilir²⁴. Öyle ki, işçilerin başka kişilerin fotoğraf veya diğer bilgilerini kullanarak sahte bir hesap oluşturması ve paylaşımlar yapması durumunda kişilik haklarının ihlali gündeme gelebilir²⁵. Keza işçiler müşteriler veya çalışma arkadaşlarının video veya fotoğraflarını izinsiz paylaşabilir²⁶. Bütün bu durumlar işçiler için yasal sonuçlar doğuracaktır. Kaldı ki, işçilerce yayımlanan bu fotoğraf ve videolarının kaldırılmamasından işveren de sorumlu tutulabilir²⁷.

İşçiler konusu suç teşkil eden yasa dışı içerikleri paylaşabilir. Belirtmek gerekir ki, yasa dışı yayınlara veya sitelere bağlantı verilmesi de sorumluluk doğurabilir²⁸. Öte yandan işçi, sosyal medyayı kullanarak iş ve işverenle ilgili yanlış bilgileri paylaşabilir²⁹. Sosyal medyada işverenin veya ürün ve hizmetlerinin mesnetsiz ve fakat kasıtlı bir şekilde kötülenmesi de giderek artan bir durumdur³⁰.

C. Paylaşımların İş ve Üretim Sırlarının İfşası, Haksız Rekabet ve Telif Hakkı İhlali Niteliğinde Olması

İş veya işyeri ile ilgili olan üçüncü kişilerce bilinmeyen sadece o işyerinde bulunanlar tarafından bilinen sırlar iş sırları³¹; üretim aşamasında önem taşıyan ve işin teknik kısmıyla ilgili olan bilgiler üretim sırrı olarak doktrinde tanımlanmıştır³². İş ve üretim sırlarını ifşa niteliğinde olan paylaşımlar işçinin sorumluluğunu doğuracaktır³³. Bu sırların sosyal medya vasıtasıyla veya diğer yöntemlerle ifşa edilmesi arasında sorumluluk bakımından bir fark bulunmamaktadır. Şöyle ki, benzer işi yapan diğer işyerlerinde çalışan işçilerle bir forum üzerinden yapılan tartışmada bile bu bilgiler paylaşılabilir³⁴. Hatta bazen işini, işyerini veya işvereni eleştirirken bile işçi bu sırları ifşa edebilir³⁵. İşte işyeri ile ilgili gizli bilgiler veya sırların bu tür mecralarda paylaşılması işveren için tehlike arz etmektedir³⁶. İşçinin ifade özgürlüğü de olsa burada işçinin işverene karşı sadakat borcu vardır³⁷.

İş ve üretim sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek sadakat borcuna aykırı olacağı gibi 6102 sayılı “Türk Ticaret Kanununun (TTK)”³⁸ 55/1-d gereği aynı zamanda haksız rekabet hallerinden biridir. Yine madde 55/1-b-3 gereği işçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek de haksız rekabet sayılmak-

²⁴ LELLEY, Tibor / FUCHS, Oliver: “My Space is not Your Space Einige Arbeitsrechtliche Überlegungen zu Social Media Guidelines”, *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2010, Sayı 4, s. 149. İşçinin müşterinin kişisel verilerini kullanarak sosyal medyadan takip etmesi ve iletişime geçmesinin haklı nedenle iş sözleşmeyi feshetmeye imkân verdiği yönündeki karar için bkz. İstanbul BAM, 50. HD, T. 9.11.2022, E. 2022/2625, K. 2022/1730 (Lexpera).

²⁵ SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn. 17.

²⁶ GÜLTEKİN, s. 130.

²⁷ GÜLTEKİN, s. 154.

²⁸ HOFFMANN / LEX, s. 245.

²⁹ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 351.

³⁰ İşvereni karalayıcı paylaşımların iş sözleşmesinin feshine sebebiyet verebileceğine ilişkin bkz. Yargıtay, 22. HD, T. 31.5.2016, E. 2016/12012, K. 2016/15790; Sakarya BAM, 9. HD, T. 8.9.2020, E. 2019/1997, K. 2020/866 (Lexpera).

³¹ BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: “Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 33, s. 151; GÜÇLÜ, Hamide Merve: *İşçiyi Sadakat Borcuna Aykırı Davranmaya Yönelmenin İş Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Sonuçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 286.

³² AÇIKGÖZ, Deniz: *Çalışanın Haksız Rekabet Eylemleri ve Tazminat Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 85.

³³ İş sözleşmesinin feshine yol açtığına ilişkin bkz. Ankara BAM, 6. HD, T. 16.9.2020, E. 2018/2975, K. 2020/1736 (Lexpera).

³⁴ GÜNTHER, s. 224.

³⁵ GÜLTEKİN, s. 215. İşçinin iş sırlarını açıklamasının eleştirisi kapsamında olmayacağı görüşü için bkz. ÖKTEM SONGU, Sezgi: “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Sayı Özel Sayı (İfade Özgürlüğü), s. 636. Aynı yönde bkz. OKUR, *İşçinin Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü*, s. 23-24.

³⁶ SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn. 39.

³⁷ SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn. 40. İşverene ve işe ait gizli bilgilerin sosyal medyada paylaşılmasının sadakat borcuna aykırılık oluşturacağı görüşüne ilişkin bkz. OGUZ, Özgür: “Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin İşçinin Sosyal Medya Kullanımı Nedeniyle İşveren Tarafından Feshi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2022, Cilt 19, Sayı 76, s. 1186-1187.

³⁸ 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

tadır. Bu bağlamda haksız rekabet için TTK'nın 55/1-d kapsamında üretim ve iş sırrını kullanılması söz konusuysen 55/1-b-3 için üretim ve iş sırrını elde etmek yeterlidir³⁹.

İşçilerin sadece iş ve üretim sırlarını ifşa eden paylaşımları değil, bazen işveren ve işyeri lehine olan paylaşımları da haksız rekabet teşkil edebilir. İşverenin reklamının yapılması amacıyla üretilen ürün ve hizmetlerle ilgili işçinin övgü dolu paylaşımlar veya yorumlar yapması durumunda bu paylaşımların reklam karakteri gizleneceğinden örtülü reklam ve rekabetin ihlali söz konusu olabilir⁴⁰. Keza sosyal medya üzerinden rakip işverenin veya ürünlerinin kötülenmesi veya kendi ürünleri ile rakip işveren ürünlerinin karşılaştırması durumunda da haksız rekabet söz konusudur⁴¹. Öyle ki, TTK'nın 55/a maddesinde, başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek; kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak; kendi ürün ve fiyatlarıyla başkalarının ürün ve fiyatlarını gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınırlığından yararlanacak şekilde karşılaştırmak haksız rekabet hallerinden bazıları olarak düzenlenmiştir. Yine dijital dünyada ürün ve hizmetler müşteriler tarafından değerlendirilmektedir. Bu tür değerlendirmelerin amacı, diğer kişilere gerçek bilgi sağlamaktır⁴². Sırf rakip işverenlere zarar vermek amacıyla sahte veya gerçek hesaplarla kötü yorum yapılması, asılsız itham ve isnatlarda bulunulması bu sistemin amacı dışında kullanılmasına sebebiyet vermektedir. İşte işverenin işçileri tarafından yapılan olumsuz yorumlar rekabet hukuku kapsamında yaptırımlara neden olabilir⁴³. Sonuç olarak işçi tarafından yapılan paylaşımlar ve yorumların haksız rekabet teşkil etmesi durumunda işverenin de sorumluluğu doğabilecektir. Zira TTK'nın 57. maddesinde, haksız rekabet teşkil eden fiillerin işlerini gördükleri sırada işçiler tarafından işlenmiş olması durumunda işverene de dava açılacağı açıkça düzenlenmiştir.

İşçinin film veya müzik dosyalarını işyeri internetini kullanarak indirmesi veya telif hakkı kapsamında olan bir resim, video, müzik, fotoğraf, kitap veya filmin tamamı veya bir bölümünü işyerinin sosyal medya hesabına yüklemesi veya paylaşması halinde telif hakkı ihlali karşımıza çıkacaktır⁴⁴. Bu gibi hallerde işçi, yeterince bilgi sahibi olmamasından dolayı telif hakkı ihlaline sebebiyet vermiş olabilir. Ancak işyeri interneti veya resmi sosyal medya hesabı kullanıldığından işveren de sorumlu olacaktır. Keza 5846 sayılı "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun (FSEK)"⁴⁵ 66/2. maddesine göre tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri⁴⁶ tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da ref davası açılacağı gibi aynı maddesine 3. fıkrasına göre bu kişilerin kusurlu olması da gerekmez. Çünkü hem bu madde kapsamında sorumluluk ve hem de "Türk Borçlar Kanununun (TBK)"⁴⁷ 66. maddesi kapsamındaki sorumluluk objektif özen sorumluluğudur⁴⁸. Hal böyleyken işçinin iş görme borcu sırasında işledikleri telif hakkı ihlallerinden ve tazminat dâhil olmak üzere bütün hukuki sonuçlardan FSEK'in 66/2. ve TBK'nın 66. maddeleri kapsamında işverenler de sorumludur.

³⁹ ÇARDAK, Ali Atakan: "Üretim ve İş Sırlarını Hukuka Aykırı Olarak İfşa Etmek Suretiyle Haksız Rekabet", *Ankara Barosu Dergisi*, 2023, Cilt 81, Sayı Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, s. 442. Sırları ele geçirme ve ifşa etmeye yöneltme eyleminin amacına ulaşılma şartının önemli olmadığı görüşü için bkz. GÜÇLÜ, s. 278-279.

⁴⁰ SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn. 55; LELLEY / FUCHS, s. 149.

⁴¹ LELLEY / FUCHS, s. 149. Kötüleme suretiyle de haksız rekabetin var olacağına ilişkin bkz. ÖZTÜRK, Ünal: "Sanal Ortamda Haksız Rekabet Halleri", *Konya Barosu Dergisi*, 2021, Sayı 1 (Haksız Rekabet Halleri), s. 83; Sahte hesaplarla olumlu veya olumsuz yorumlarda bulunulmasının haksız rekabet teşkil edebileceği noktasında bkz. ÖZDEMİR / DOĞANAY, s. 312.

⁴² SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn. 31.

⁴³ HOFFMANN / LEX, s. 244.

⁴⁴ LELLEY / FUCHS, s. 149.

⁴⁵ 13.12.1951 tarihli ve 7981 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁶ Müstahdem kavramından işletme sahibi ile bağımlılık ilişkisi içinde çalışanları anlamak gerektiği görüşüne ilişkin bkz. ATEŞ, Mustafa: "Çalışanların Telif Hakkı İhlalinden Dolayı İşletme Sahibinin Hukukî Sorumluluğu", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2021, Cilt 7, Sayı 2, s. 245.

⁴⁷ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁸ ATEŞ, s. 241.

İşverenler işçiye gerekli emir ve talimatları vererek, ilgili denetimleri yaparak, eğitimler vererek teklif hakkı ihlaline engel olabilir⁴⁹. Ancak FSEK’de, TBK’nın 66. maddesinin aksine işletme sahibine herhangi bir kurtuluş beyyinesi getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamıştır⁵⁰. İşçinin gözetlenmesi ve ilgili önlemlerin alınması işverenin ancak TBK’nın 66. maddesi kapsamında sorumluluğunun kalkmasına vesile olabilir⁵¹.

III. SOSYAL MEDYA KULLANIMINA İLİŞKİN İÇ YÖNETMELİKLER/ REHBERLER

A. Genel Olarak İç Yönetmelikler/Rehberler

Mevzuatımızda işçilerin sosyal medyadaki davranışlarını düzenleyen müşahhas kurallar bulunmamaktadır. Ancak işverenler, sosyal medya kullanımına ilişkin politikalarını oluşturma amacıyla iç yönetmelik, yönerge, rehber veya kullanım kuralları gibi düzenlemeler hazırlayabilir⁵².

İç yönetmelikler, işveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanan ve işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak genel, soyut ve yeknesak çalışma koşullarını belirleyen düzenlemelerdir⁵³. Dolayısıyla iç yönetmelikler çalışma koşullarının yeknesaklaştırılması ve çalışma koşullarının belirlenmesinde önem arz etmektedir⁵⁴.

İç yönetmelikler, iş hukukunun özel kaynakları arasında olup⁵⁵ ve yine ikincil nitelikteki kaynaklarındadır⁵⁶. Nihayetinde iç yönetmelikler işçinin kabulüyle iş sözleşmesinin eki niteliğini alır⁵⁷ ve sözleşme mahiyetindedir⁵⁸. Dolayısıyla da iş hukukunun kaynakları hiyerarşisinde iş sözleşmesi ile eşit sevide değerlendirilir. Hatta hukuki nitelik açıdan iş sözleşmesinin eki olarak kabul edilmesine istinaden iç yönetmelikler, işverence tek taraflı hazırlansa da bağlayıcılık kazanabilmesi için iş sözleşmesi gibi işçinin kabulüne ihtiyaç duyar⁵⁹.

Uygulamada iç yönetmelikler bu isimle kullanıldığı gibi personel yönetmeliği veya insan kaynakları yönetmeliği⁶⁰ isimleriyle de kullanılmaktadır⁶¹. Yine davranış kuralları veya etik kurallar adı altında da işverenler düzenlemeler yapmakta ve işçinin hem özel hayatı hem de çalışma hayatında kendisi-

⁴⁹ ATEŞ, s. 242.

⁵⁰ ATEŞ, s. 250.

⁵¹ OKUR, Zeki: *İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013 (Elektronik Gözetleme), s. 102.

⁵² AYDIN, *İşçinin Sosyal Medya Paylaşımı*, s. 87. Almanya’da her geçen gün daha fazla sayıda işyeri işçilerin sosyal medya ile ilişkilerine dair yönergeler yayımladığına ilişkin bkz. CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 347.

⁵³ ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 267; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 73; SÜMER, Haluk Hadi: *İş Hukuku*, 27. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 12; ELBİR, Nazlı: “İç Yönetmeliklerin Bağlayıcılığı”, (Ed.) BAŞTERZİ, Süleyman: *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt 1*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 266; KUTLU MUTLUER, Merve: *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk İş Hukukunda İşyeri İç Yönetmelikleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 16; SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022 (İş Hukuku), s. 65.

⁵⁴ EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim / BASKAN, Esra: *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 19-20; ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 267; ELBİR, s. 265. İç yönetmeliklerin genel ve yeknesak nitelikte olduğuna ilişkin bkz. SÜZEK, Sarper: “Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan Cilt 1 (Tip İş Akitleri), s. 461.

⁵⁵ ELBİR, s. 265; SÜMER, s. 12; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN / BASKAN, s. 19; ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 29; AKYİĞİT, Ercan: *İş Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 49. İş sözleşmesi niteliğinde akdi kaynak olduğu görüşüne ilişkin bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 73; KUTLU MUTLUER, s. 30.

⁵⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 73.

⁵⁷ ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 267; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 66; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 73; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN / BASKAN, s. 20; AKYİĞİT, s. 49; SÜMER, s. 13; ELBİR, s. 268; KUTLU MUTLUER, s. 29; GÜZEL, Ali: “İş Hukukunda ‘Yetki’ ve ‘Özgürlük’”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan Cilt 1, s. 100.

⁵⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 73.

⁵⁹ KUTLU MUTLUER, s. 29.

⁶⁰ SÜZEK, *Tip İş Akitleri*, s. 461; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN / BASKAN, s. 19; SÜMER, s. 13.

⁶¹ ELBİR, s. 265; KUTLU MUTLUER, s. 16.

ne zarar verebilecek tutum ve davranışlarını bu yollarla düzenlemektedir⁶². Öte yandan işverenler sosyal medya kullanımına ilişkin rehberler de hazırlayabilirler. Bu düzenlemeler, emredici ve bağlayıcı olmaktan daha ziyade bilgilendirici ve yol gösterici niteliktedir.

B. Sosyal Medya Kullanımına İlişkin İç Yönetmeliklerin/Rehberlerin Amacı

Sosyal medyanın kullanılması neticesinde karşılaşılabilecek risklerden kaçınmak veya en aza indirmek, sosyal medyanın dezavantajlarından ziyade avantajlarından yararlanmak, işçileri sosyal medyanın tehlikelerine karşı duyarlı hale getirmek ve kontrolsüz kullanımı engellemek için sosyal medya kullanımına ilişkin iç yönetmeliklerin veya rehberlerin hazırlanması tavsiye edilmektedir⁶³. Bu noktada sosyal medya yönetmelikleri/rehberleri gerekli farkındalığın oluşmasına, öneriler ve talimatlar aracılığıyla işçinin sosyal medyadaki davranışlarının kontrol altına alınmasına ve ihlalleri önlemeye hizmet edebilir⁶⁴. Başka bir ifadeyle işveren bu zararların ortaya çıkmasını baştan engellemesi için iç yönetmelikleri/rehberleri uygun bir araç olarak kullanabilir⁶⁵. Öyle ki, ortaya çıkan zararlardan dolayı işçi için hukuki yaptırımlar gündeme gelmekle birlikte⁶⁶ işverenin ilgili yaptırımları uygulaması verilen zararı tam olarak telafi edemez⁶⁷. Nihayetinde zararlı sonuçların ortaya çıkmasının engellenmesi ve işçilerin bir yaptırıma maruz kalmaması için işçilere bu düzenlemelerle birlikte eğitim verilmesi de şiddetle tavsiye edilir⁶⁸.

İş hukuku ve sosyal medya arasındaki ilişki yasal olarak somut bir şekilde düzenlenmemiş ve yargı kararları bu konuda yeterli sayıya ulaşmamıştır. Ancak sosyal medya kullanımı ile birlikte yaşanan ihlaller neticesinde internette yasal bir boşluğun var olduğu düşünülmemelidir⁶⁹. Bu anlamda iş hukuku ve borçlar hukukunun hükümleri ile ihtilafalara cevap verilmeye çalışılmaktadır. Bununla birlikte işverenler sosyal medya alanındaki politikalarını oluşturmak, işçilerin birbirleriyle ve üçüncü kişilerle nasıl etkileşimde bulunacağını belirlemek amacıyla bu düzenlemeleri yapabilir⁷⁰. Böylelikle işçiler için sosyal medyanın kullanılmasına ilişkin boşluklar doldurulmakta ve taraflar arasında çıkabilecek ihtilafların çözümünde bu düzenlemeler kullanılabilir.

C. Sosyal Medya Kullanımına İlişkin İç Yönetmeliklerin/Rehberlerin Sınırları

Sosyal medya kullanımına ilişkin iç yönetmelikler/rehberler hazırlanırken işçinin kişiliği, özel hayatı, haberleşme ve ifade hürriyeti gibi hususlar dikkate alınmalı ve bu temel haklara riayet edilmelidir. İşte burada işverenin düzenleme yapma noktasında menfaati ile işçinin temel hakları arasında bir çatışma başlayacaktır⁷¹.

⁶² BİR BEN, Erhan: “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, (Ed.) CENTEL, Tankut: *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 141.

⁶³ SOLMECKE, HMR, Teil 21.1, Rn. 77; CONRAD / HUPPERTZ, HITT, § 37, Rn. 360; LELLEY / FUCHS, s. 148; HOFFMANN / LEX, s. 245. Sosyal medya kullanımına ilişkin politikaların geliştirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: “İşçinin Sosyal Medya Kullanımının İş Hukukundaki Etkileri”, *PressAcademia Procedia*, 2018, Cilt 7, s. 375. *Uncular*’a göre işyerinde elektronik araçların kullanımına yönelik net ve anlaşılır politikalar oluşturulması ve özel amaçlı kullanıma ilişkin kuralların iç yönetmeliklerde düzenlenmesi gerekmektedir. Bkz. UNCULAR, Selen: “Teknolojinin Etkisiyle Dönüşen İş İlişkisinde Giriş Kontrol Sistemleri, Yer Belirleme Sistemleri ve Sosyal Medya Vasiyatıyla İzleme”, *Çalışma ve Toplum*, 2020, Sayı 3, s. 1685. İşverenin sosyal medyadaki davranışları düzenlemesinin bir ihtiyaç olduğu görüşüne ilişkin bkz. BORSUTZKY, s. 647.

⁶⁴ GÜNTHER, s. 224; OBERTHÜR, Nathalia: “§ 2 Individualarbeitsrecht/X. Social Media”, KRAMER, Stefan (Hrsg.): *IT-Arbeitsrecht Handbuch Digitalisierung.Homeoffice. IK Virtuelle Betriebsratsarbeit*, 3. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2023 (Yazar, ITA), Rn. 782.

⁶⁵ GÜNTHER, s. 223.

⁶⁶ LEXA / HAMMER, s. 46.

⁶⁷ GÜNTHER, s. 223.

⁶⁸ IMPING, Andreas: “Das Arbeitsverhältnis im Digitalen Zeitalter”, TAEGER, Jürgen / POHLE, Jan / KILIAN, Wolfgang / HEUSSEN, Benno (Hrsg.): *Computerrechts-Handbuch*, 37. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2022 (Yazar, CRH), Rn. 60; HERBERGER, Marie: “Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen für Corporate-Influencer”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2022, Sayı 4, s. 241; CONRAD / HUPPERTZ, HITT, § 37, Rn. 352. İşçilerin ticari sırların korunması noktasında bilgilendirilmesi ve eğitilmesi gerektiğine ilişkin bkz. BOZKURT YÜKSEL, s. 156. İşçilere eğitim verilmesi gerektiğine ilişkin bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 375.

⁶⁹ OBERTHÜR, ITA, § 2, Rn. 810.

⁷⁰ LELLEY / FUCHS, s. 147. İşverenlerin sosyal medya kullanımına ilişkin politika ve ilkeler belirlemesi ve işçilere bildirmesi gerektiği görüşü için bkz. BAYBORA, s. 1736.

⁷¹ ERDOĞAN, Canan: *Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (İşçilerin İzlenmesi), s. 80.

İşçinin özel hayatta sosyal medya kullanımına ilişkin işverenin düzenleme yetkisinin olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre işçinin çalışma saatleri veya işyeri dışındaki davranışlarını düzenleme, işverenin meşru ve haklı menfaati gereği yönetim hakkı kapsamında düşünüldüğünde, işçinin bu zaman zarfındaki sosyal medya davranışları düzenlenebilir⁷². Bu bağlamda da işçinin işyeri veya işveren ile ilgili paylaşımları noktasında bir dereceye kadar kurallar konabilir⁷³. Yani sosyal medyanın kullanılması yasaklanamamakla birlikte iş ve işyeri ile bağlantılı olduğu ölçüde sınırlandırılabilir⁷⁴. Öyle ki, işçinin sosyal medya kullanması veya paylaşımları iş ilişkisini etkilemelidir⁷⁵. Başka bir görüşe göre işçi, işyeri dışındaki davranışlarına yönetim hakkı kapsamında değil ancak sadakat borcu gereği dikkat etmelidir⁷⁶. Yani işçinin işyeri dışındaki davranışlarının sadakat borcu kapsamında değerlendirilmesi mümkündür⁷⁷. Aksi durumda yani işyeri dışında sosyal medya kullanımının denetlenmesi halinde işçinin özel hayatına müdahale edilmiş olur⁷⁸. Kanaatimizce de işverenin işçinin özel hayatı noktasında yönetim hakkının olmamasından⁷⁹ hareketle işçinin özel hayatındaki sosyal medya kullanımını, bir noktaya kadar işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilemez. Bunun sonucunda işveren bu düzenlemelerle sosyal medyanın kullanımını özel hayatta yasaklayamaz⁸⁰. Keza işyeri içinde sosyal medya kullanımının tamamen yasaklanması da mümkün değildir⁸¹. Yine iş sözleşmesi veya başka bir düzenleme yoluyla işçiden bir sosyal medyaya katılması talep edilemez⁸². Ayrıca işçinin özel hayatında kullandığı iletişim araçları ve mobil interneti üzerinde işverenin yönetim hakkı bulunmadığından⁸³ işçinin özel hesaplarını iş amacıyla kullanması da istenemez⁸⁴. Son olarak işçinin kendi mobil interneti ve telefonunu kullanarak şahsi hesaplarından paylaşım yapması özel hayat kısmına dâhil olduğundan paylaşımlara ilişkin bağlayıcı düzenlemeler işveren tarafından yapılamaz⁸⁵. Ancak işçinin özel hesabından iş veya işyeri ile ilgili paylaşım yapması başka bir konudur. İşçi kendi özel hesabıyla ve özel hayatında paylaşım yapsa da nihayetinde iş ve işyeri ile ilgili paylaşımlar noktasında sınırsız hareket edebildiği düşünülmemelidir. Çünkü daha önceden de ifade edildiği üzere işçilerin sosyal

⁷² OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 794. İşverenin meşru bir menfaatinin olması durumunda talimat verme hakkı kapsamında olduğu görüşüne ilişkin bkz. HOFFMANN / LEX, s. 247.

⁷³ TRAUT, Johannes / THÜSING, Gregor: “§ 14. Social Media in Betrieb und Unternehmen”, THÜSING, Gregor (Hrsg.): *Beschäftigten-datenschutz und Compliance*, 3. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2021 (Yazar, BC), Rn. 48.

⁷⁴ TRAUT / THÜSING, *BC*, § 14, Rn. 48.

⁷⁵ TRAUT / THÜSING, *BC*, § 14, Rn. 48.

⁷⁶ SAVAŞ KUTSAL / KOLAN, s. 521; SEVİMLİ, s. 104, 241-243; ÖZTÜRK, Berna: *İşçinin Talimatlara Uyuma Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Talimatlara Uyuma Borcu), s. 421; DURSUN ATEŞ, Sevgi: *İşverenin Yönetim Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 630. İşçinin işyeri dışındaki davranışlarının talimatlarla düzenlenmeyeceği görüşü için bkz. BİRBEN, s. 142.

⁷⁷ BAYBORA, s. 1725.

⁷⁸ KESER, Hakan: “İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının Geçerli veya Haklı Sebep Olarak Değerlendirilmesi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2022, Cilt 19, Sayı 74 (Sosyal Medya Kullanımı), s. 526; SAVAŞ KUTSAL / KOLAN, s. 495.

⁷⁹ HOFFMANN / LEX, s. 247; OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 835; GÜNTHER, s. 225; ÇALIŞKAN YILDIRIM / UĞUR, s. 1198; ÇETİN, Evra: “Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri”, (Ed.) GÜZEL, Ali / UGAN ÇATALKAYA, Deniz / HEPER, Hande: *İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 99. İşçinin iş yaşamı dışındaki hayatına müdahale edilmemesi gerektiği görüşüne ilişkin bkz. GÜZEL, Ali / UGAN ÇATALKAYA, Deniz: “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 60.

⁸⁰ KREMER, Sascha: “§ 28 Apps und Social Media”, *HITD*, Rn. 109; BORSUTZKY, s. 649; HOFFMANN / LEX, s. 247; KUTLU MUTLUER, s. 135. Talimat verme hakkının dışında olduğuna ilişkin bkz. ÇALIŞKAN YILDIRIM / UĞUR, s. 1198. İş dışında sosyal medyada aktif olunmasının engellenmeyeceği görüşü için bkz. GÜLTEKİN, s. 135. İşçinin özel hayatında sosyal medya kullanımına müdahale edilemeyeceği ve fakat işyerine, politikalarına, işverenin şahsına ve özel bilgilerine dokunması durumunda müdahale zemininin oluştuğu görüşü için bkz. SAVAŞ KUTSAL / KOLAN, s. 495. Kural olarak işyeri dışında sosyal medya kullanımına müdahale edilemeyeceği ve fakat iş, işyeri ve işverenle ilgili paylaşımlarda dikkatli ifadeler kullanması gerektiği görüşü için bkz. UZUN, Ercan: “İşçinin İnternet ve Sosyal Medya Kullanım Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme”, *İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 1, s. 149-150.

⁸¹ Benzer yönde bkz. AYDIN, *İşçinin Sosyal Medya Paylaşımı*, s. 150.

⁸² IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 58; TRAUT / THÜSING, *BC*, § 14, Rn. 50; HOFFMANN / LEX, s. 247; UNCULAR, s. 1690.

⁸³ YAMAĞOĞLU, s. 87.

⁸⁴ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 825; OBERWETTER, s. 418; CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 365; HERBERGER, s. 239.

⁸⁵ AYDIN, *İşçinin Sosyal Medya Paylaşımı*, s. 148; KREMER, *HITD*, § 28, Rn. 109. İş hayatı dışındaki sosyal medya kullanımının özel hayat kapsamında olduğu görüşü için bkz. ÖZTÜRK, *Talimatlara Uyuma Borcu*, s. 455.

medyayı bilinçsizce kullanması işveren için geri dönülemez ve eski hale getirilemez zararlara sebebiyet verebilir. Hal böyleyken iş ilişkisine veya işverene ölçüsüz bir şekilde zarar verecek iş ve işyeri ile ilgili paylaşımlar noktasında işverenin düzenleme yapmasında meşru bir menfaatinin bulunduğu düşünülebilir. Keza sosyal medya düzenlemelerinin mümkün olduğu kadar geniş alana hitap etmesi ve işverenin yönetim hakkının dışında bırakılan alanı, yani işçinin özel hayatını da düzenlemesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁶. Ancak böylelikle kendisinden beklenen etkiyi sağlamış olur. Çünkü yapılan paylaşımlar iş ve işyeri ile ilgili olsa da özel hayat içerisinde yapılmaktadır. Görüldüğü üzere aslında söz konusu metinler, bu noktada doğası gereği aynı zamanda işçinin özel hayatını da etkilemektedir⁸⁷.

D. Sosyal Medya Kullanımına İlişkin İç Yönetmeliklerin/Rehberlerin Emredici Niteliği

İşverenin işyeri bilgisayarları da dâhil olmak üzere cihazlar ve işyeri internetinin kullanılmasıyla ilgili düzenleme yapabilmesinde tereddüt bulunmamaktadır⁸⁸. Yine sosyal medya kullanımı iş görme borcunun parçası olması veya işyeri resmi sosyal medya hesaplarının kullanılması durumunda işverenin yönetim hakkı kapsamında talimatlar verebilmesi ve düzenleme yapabilmesi mümkündür⁸⁹. Hal böyleyken işverenler, bu durumlar için bağlayıcı ve emredici nitelikte iç yönetmelikler düzenleyebilir. Hatta ilgili düzenleme bağlayıcı nitelikteyse bu kurallara aykırılığın sonuçları noktasında bilgilendirici ifadeler içermelidir⁹⁰. Bununla birlikte işveren, işyeri cihazları veya internetinden yararlanılarak veya iş görme borcunun bir parçası olarak sosyal medyanın kullanılmasına ilişkin kuralları rehberler yoluyla ve tavsiye niteliğinde de kabul edebilir. Nihayetinde işverenler düzenlemelerin bağlayıcı (iç yönetmelik gibi) veya öneri (rehber gibi) niteliğinde olduğunu belirlemelidir⁹¹.

İç yönetmelikler, genel ve yeknesak nitelik taşıdığından ve işverence önceden tek taraflı olarak hazırlandığından TBK'nın 20 ila 25. maddeleri arasında düzenlenen genel işlem koşulları denetimine tabi olduğu unutulmamalıdır⁹². Hal böyleyken TBK'nın 21. maddesi gereği iş sözleşmesinin kurulması sırasında sosyal medya kullanımını düzenleyen bir iç yönetmeliğin işçi için bağlayıcı hale gelmesi; işçinin bu koşullar hakkında açıkça bilgilendirilmesine, bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlanmasına ve işçinin bu koşulları kabul etmesine bağlıdır⁹³. Bu durumda işçinin bu yönetmeliklerin içeriği noktasında bilgilendirilmesi ve makul bir süre verilmesi gerekmektedir⁹⁴. İşte bu süreç işletildikten sonra ilgili hükümler yürürlük denetiminden geçmiş ve bağlayıcı hale gelmiş olacaktır. Öte yandan iş sözleşmesi akdedildikten sonra bu iç yönetmeliklerin kabul edilmesi ve işçiler için bağlayıcı hale gelmesi için ise işçinin onayı gerekir⁹⁵.

İşçinin özel hayatında sosyal medya kullanımına ilişkin düzenlemelerin bağlayıcılığına geldiğimizde doktrinde ileri sürülen ve bizim de kısmen katıldığımız bir görüşe göre ortada somut bir zarar

⁸⁶ HOFFMANN / LEX, s. 246.

⁸⁷ HOFFMANN / LEX, s. 247.

⁸⁸ OKUR, *Elektronik Gözetleme*, s. 147; HOZAR, Nağme N.: "Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişisine Etkisi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2007, Sayı 7, s. 202. İnternetin özel amaçlı kullanımın iç yönetmelikte düzenlenebileceğine ilişkin bkz. YİĞİT, Yusuf: "İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 18, Sayı 2, s. 174.

⁸⁹ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 811; HOFFMANN / LEX, s. 246; BORSUTZKY, s. 649. Sosyal medyanın bu şekilde kullanımının işle ilgili olduğu görüşüne ilişkin bkz. ÇALIŞKAN YILDIRIM / UĞUR, s. 1175.

⁹⁰ SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn.79.

⁹¹ SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn. 78. Sosyal medya yönetmeliklerinin bağlayıcı şekilde düzenlenmesinin isteneceğine ilişkin bkz. HOFFMANN / LEX, s. 245.

⁹² SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 67; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN / BASKAN, s. 20; SÜMER, s. 12; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 75; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 268; KUTLU MUTLUER, s. 69.

⁹³ NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 37; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN / BASKAN, s. 20; SÜMER, s. 13; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 76. Bağlayıcılık için işçinin bilgisine sunulması ve kabul etmesine bağlı olduğu görüşüne ilişkin bkz. AKYİĞİT, s. 49; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 268-269; SÜZEK, *Tip İş Akitleri*, s. 465.

⁹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 76.

⁹⁵ SÜMER, s. 13. Sonradan değişiklik ve kabullerde İş Kanunu'nun 22 maddesi kapsamında işçinin onayının gerektiğine ilişkin bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 76; SÜZEK, *Tip İş Akitleri*, s. 465; KUTLU MUTLUER, s. 69.

olmaksızın ve yönetim hakkının amacını ve işlevini aşarak işverenin işyeri dışındaki böyle davranışları düzenlemesi işçinin özel hayatına ölçüsüz müdahale teşkil edecektir⁹⁶. Keza işçinin özel hayatında sosyal medya kullanımını yasaklayan veya kullanım zorunluluğu ve şekli getiren iç yönetmelik hükümlerinin dürüstlük kurallarına aykırı olarak, işçinin aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olduğu, TBK'nın 25. maddesi gereği içerik denetimine takılacağı ve geçersiz olacağı düşüncesindedir. Bu durumda işçinin özel hayatındaki iş ilişkisine veya işverene ölçüsüz bir şekilde zarar verecek nitelikte olmayan iş/işyeri veya işverenlerle bağlantılı paylaşımlarının ancak bağlayıcı olmayan rehber niteliğinde yani bilgilendirici mahiyette metinlerle düzenlenebileceği kanaatindeyiz⁹⁷. Ayrıca işçinin bu zaman zarfındaki paylaşımlarının ifade hürriyeti, özel hayat gibi temel haklar bağlamında ve sadakat borcu ışığında denetlenmesi gerekir⁹⁸. Bununla birlikte paylaşımların kişilik hakkı ihlali veya suç teşkil etmesi, eleştiri sınırını aşması, asılsız itham ve isnatlar içermesi, iş ve üretim sırlarının ifşası, haksız rekabet ve telif hakkı ihlali gibi hem sadakat borcuna aykırılık teşkil etmesi hem de iş ilişkisine veya işverene ölçüsüz bir şekilde zarar verecek nitelikte olması durumunda bağlayıcı nitelikte iç yönetmeliklerin kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

E. Sosyal Medya Kullanımına İlişkin İç Yönetmeliklerin/Rehberlerin İçeriği

1. Genel Olarak

Sosyal medya düzenlemeleri sadece işçilerin sosyal medya kullanırken uyulması gereken kuralları düzenlediğinden daha sınırlı bir alanı kapsamaktadır. Bunun yanı sıra işçinin sosyal medyadaki bütün davranışlarını değil iş ilişkisiyle bağlantılı davranışlarını düzenlemektedir⁹⁹. Bu noktada sosyal medya düzenlemeleri, iş ve işyeri ile ilgili olarak sosyal medyanın nasıl kullanılacağı, nelere izin verildiği, nelere izin verilmediğine ilişkin hükümler içerir¹⁰⁰.

Sosyal medya kullanımına ilişkin iç yönetmelikler/rehberler hazırlanırken bu düzenlemelerin ilgili işyerine özel olarak uygulanacağı unutulmamalı ve işyerinin özel gereksinimleri dikkate alınmalıdır¹⁰¹. Hatta sosyal medyanın fırsatları ve riskleri her işyeri veya sektör için farklılık arz ettiğinden her işveren kendi ilgisi ve ihtiyacına göre bu risklerle mücadelede yönelik düzenlemeler yapmalıdır¹⁰². Yine işyerinin her bir bölümü için farklı içerikte bu metinler hazırlanabilir. Örneğin halkla ilişkiler, pazarlama veya insan kaynakları bölümlerinin her birinin gereksinimi ayrı olabileceğinden her bir bölüm için farklı hükümler içeren iç yönetmelikler/rehberler düzenlenebilir. Keza sosyal medya düzenlemelerinde genel ilkelere de yer verilebilir¹⁰³. Dolayısıyla bu düzenlemeler işveren ile işçiler arasında veya işçilerin kendi aralarındaki davranışları ile ilgili standartlar oluşturmak için kullanılabilir¹⁰⁴.

2. Sosyal Medya Kullanımına İlişkin Hükümlerin Çerçevesi

Sosyal medya düzenlemeleri, yeknesak davranışların belirlenmesi ve işveren açısından sorumluluğun doğmamasını amaçlamaktadır¹⁰⁵. Öyle ki, işveren işçilerin sosyal medya kullanımı noktasında

⁹⁶ SAVAŞ KUTSAL / KOLAN, s. 521; BİRBEN, s. 142; SEVİMLİ, s. 240.

⁹⁷ İşverenin işçinin özel alanı için ancak öneri, tavsiye niteliğinde ve bağlayıcı olmayan kuralları önerilebileceği görüşüne ilişkin bkz. OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 835. Bunların uyarı veya anımsatma niteliğinde olduğu görüşüne ilişkin bkz. BİRBEN, s. 142. Sadakat borcu kapsamındaki hatırlatmanın işverenin talimatından ziyade uyarı ve talebi olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşüne ilişkin bkz. ÖZTÜRK, *Talimatlara Uyma Borcu*, s. 421-422. İşçinin özel hayatı noktasında işverenin taleplerinin ancak sadakat borcu kapsamında bir uyarı olacağı görüşü için bkz. YAMAKOĞLU, s. 87-88.

⁹⁸ ÇANKAYA, Yiğitcan: *İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 266-267.

⁹⁹ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 781.

¹⁰⁰ LEXA / HAMMER, s. 46.

¹⁰¹ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 362; LELLEY / FUCHS, s. 148.

¹⁰² OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 780; GÜNTHER, s. 225.

¹⁰³ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 362.

¹⁰⁴ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 360.

¹⁰⁵ LEXA / HAMMER, s. 46; OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 811.

bilgilendirildiğini ve izlendiğini bu düzenlemeleri kullanarak kanıtlayabilir ve sorumluluğunu kaldırabilir¹⁰⁶. İşte bu nedenle ilgili düzenlemelerin içeriğinin tam ve doğru olarak oluşturulması gerekir.

Sosyal medya düzenlemeleri, içeriği iş ve işyerinin niteliğine göre değişmekle birlikte işçinin olumsuzluk teşkil eden paylaşımlarının önüne geçecek, işçinin bu konudaki bilgisini artıracak nitelikte ve hatta yaptırımların da yer aldığı anlaşılması kolay bir şekilde düzenlenmelidir¹⁰⁷. Şu halde işverenler bu yönetmeliklerin/rehberlerin içeriğini oluştururken sosyal medyanın hem özel hayatta hem de çalışma hayatında nasıl kullanılacağı, resmi işyeri hesaplarının özel kullanımı için izin verilip verilmediği, çalışma arkadaşları, müşteriler ve rakip işverenlerle saygılı iletişim sağlanacağı¹⁰⁸, mesleki sırların ifşa edilmeyeceği, haksız rekabete, telif hakkı ve kişisel verilerin ihlaline yol açacak paylaşımlarda bulunulamayacağı noktalarında hükümler içermelidir¹⁰⁹.

Sosyal medya düzenlemelerinde ilk bölüm, sosyal medya hakkında genel bilgilendirme, sosyal medya düzenlemeleri kapsamında olan sosyal medya platformları ve riskleri hakkında önsöz şeklinde oluşturulmalıdır. Bu bölümü bir örnek metinle somutlaştırmak gerekirse¹¹⁰;

- Sosyal medya hem özel hayatımızın hem de çalışma ve ticaret hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Sosyal medya ürün ve hizmetlerimizin tanıtılması, reklamının yapılması ve pazarlanması amacıyla kurumumuzca kullanılmaktadır. Ayrıca sosyal medyadan mevcut ve potansiyel müşteriler için müşteri hizmetleri amacıyla da yararlanılmaktadır. Keza sosyal medya artık yeni bir iletişim kanalıdır. Kurumumuz da yaşanan bu gelişmeleri takip ederek yeniliklere açık bir işyeri olma amacıyla hareket etmekte ve sosyal medyanın gücünden tam olarak faydalanmak istemektedir. Öyle ki, kurumumuzun resmi sosyal medya hesapları bulunmakta ve aktif şekilde kullanılmaktadır.
- Sosyal medya kullanan kişi sayısı her geçen gün artmaktadır. Siz değerli çalışanlarımızın da şahsi sosyal medya hesaplarının olması doğaldır. Kurumumuz şahsi sosyal medya hesabı açmanıza ve kullanmanıza saygı göstermektedir. Ancak sosyal medya kullanımı, bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Çalışanlarımızın şahsi sosyal medya hesaplarından yapacakları bazı paylaşımlar, yorumlar veya beğeniler işverene, işyerine, kurumumuzun marka değerine ve işverenin ticari itibarına ve hatta çalışma arkadaşlarımızın kişilik haklarına zarar verebilecek nitelikte olabilir. Hiç şüphesiz sosyal medyada yapılan bir paylaşım çok hızlı bir şekilde geniş kitlelere ulaşmakta ve paylaşım yapıldıktan sonra sayısını bilemeyeceğimiz kişiler tarafından görülmektedir¹¹¹. Ayrıca yapılan paylaşımlar iş ve üretim sırrının ifşası, telif hakkı ve rekabet hukuku kurallarının ihlaline sebebiyet verebileceği gibi suç unsurları içerebilir veya kişilik haklarına saldırı niteliğinde olabilir¹¹². İşte bu sebeple sosyal medyadaki paylaşımların dikkatlice yapılması gerekmektedir. Ne var ki, sosyal medya yeni bir mecra olduğundan ve kullanımına ilişkin eğitim alınmadığından çalışanlarımızın sosyal medya risklerini bilmemeleri ve bilinçsizce hareket etmeleri ihtimal dâhilindedir. Hal böyleyken sosyal medyanın lehe olan yanlarından mutlak suretle faydalanmak için siz çalışanlarımızın sosyal medya konusunda bilgilendirilmesi ve sosyal medya kullanımına ilişkin genel ve yeknesak kurallar oluşturulması için iş bu düzenleme hazırlanmıştır. Nihayetinde çalışanlarımızın bu kurallara uymaları gerekmektedir.

¹⁰⁶ LEXA / HAMMER, s. 46; HOFFMANN / LEX, s. 245.

¹⁰⁷ LEXA / HAMMER, s. 47; CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 367.

¹⁰⁸ Çalışanların iletişim davranışlarının nasıl olması gerektiğinin bu yönetmeliklerde düzenlenebileceğine ilişkin bkz. LEXA / HAMMER, s. 46.

¹⁰⁹ SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn. 78; OBERWETTER, s. 420; OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 801.

¹¹⁰ Alternatif metinler için bkz. CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 368; IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 61.

¹¹¹ Alternatif metin için bkz. CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 368.

¹¹² Alternatif metinler için bkz. CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 368; IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 61.

- Sosyal medya düzenlemesi kapsamında sosyal medya platformları; *Twitter, Facebook, Instagram, LinkedIn, Snapchat, Youtube, Dailymotion, potcastler, wikiler*, tartışma forumları (*Reddit, donanımhaber.com, memurlar.net, frmtr.com, Quora, Digg*), yer imi ve içerik iyileştirme ağları (*Pinterest, Flipboard*), tüketici geribildirim ağları (*Yelp, Zomato, TripAdvisor, Foursquare*), sözlükler, paylaşım ekonomisi ağları (*Airbnb, Uber, Taskrabbit, Lime*), canlı yayın platformları (*Periscope, Twitch*) şeklindedir¹¹³.

Yukarıda yer verilen ve önsöz niteliğinde olan metinden sonra işyerinde çalışan herkesi ilgilendiren aşağıdaki başlıklar düzenlemelerde yer alabilir:

“Çalışma saatlerinde sosyal medya kullanım izni veya yasağı,

İzin verilmesi durumunda sınırları,

Sosyal medya kullanılırken uyulması gereken kurallar (Paylaşımların içeriğine ilişkin kurallar, iş ve üretim sırrı ifşası, telif hakkı ve rekabet hukuku ihlali ve konusu suç teşkil eden paylaşımlar),

İşyerinde sosyal medya konusunda irtibat kişisinin atanması¹¹⁴,

Kural ihlallerinin yaptırımı¹¹⁵.”

3. İşyeri Kaynakları Vasıtasıyla Sosyal Medya Kullanımına İzin Veren veya Yasaklayan Hükümler

İşyerinde sosyal medya kullanımına ilişkin doktrin görüşlerine değinmeden önce işçinin işyeri internetini özel amaçlı kullanıp kullanamayacağı konusuna değinmekte yarar görüyoruz. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre özel amaçlı işyeri internetinin kullanımı tamamen yasaklanabilirken¹¹⁶ aksi görüşe göre özel amaçlı internet kullanımı tamamen yasaklanamaz¹¹⁷. Yine özel kullanıma ilişkin açık bir düzenleme olmaması halinde bilgisayar ve internetin özel amaçla kullanılmasının mümkün olmadığı ve fakat acil ve özel durumlarda kullanılabileceği de ileri sürülmüştür¹¹⁸. Ayrıca açık bir yasak söz

¹¹³ Zikredilen sosyal medya platformları, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı Sosyal Medya Kullanım Kılavuzu'ndan alınmıştır. Bkz. <https://www.iletisim.gov.tr/uploads/docs/SosyalMedyaKullanimKilavuzu.pdf> (ET:30.04.2024). Diğer alternatif metinler için bkz. CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 368; IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 61.

¹¹⁴ Tüm soru ve sorunlar için bir irtibat kişisinin atanması gerektiğine ilişkin bkz. HOFFMANN / LEX, s. 246.

¹¹⁵ GÜNTHER, s. 225.

¹¹⁶ UYAROĞLU, Osman: “İşyerinde Özel Amaçla İnternet Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 46, s. 309-310; DURSUN ATEŞ, s. 573. Ara dinlenme süreleri de dahil olmak üzere yasaklanabileceği görüşü için bkz. ÖKTEM SONGU, Sezgi: “İşçinin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İlişkin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, (Ed.) BAŞTERZİ, Süleyman: *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt 1*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011 (Özel Amaçlı İnternet Kullanımı), s. 1060; HOZAR, s. 203. İnternet ve e-postanın kişisel amaçlı kullanımının tamamen yasaklanması veya sınırlandırılmasının diğer haberleşme şekillerine izin verildiği sürece mümkün olabileceği görüşüne ilişkin bkz. ARSLAN DURMUŞ, s. 159. İşyerinde internetin kesin yasaklanması durumunda iş saatleri içinde ve dışında internetin özel amaçlı kullanımının mümkün olmadığı görüşüne ilişkin bkz. YİĞİT, s. 177. Özel amaçlı internet kullanımının işverenin tercihine bağlı olduğu ve açık ve örtülü izin olmadığı kullanımının yasak olduğu görüşü için bkz. KESER, Hakan: “İşçi Davranışları Kapsamında İşçinin Talimatlara Aykırı Bilgisayar, İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı Sebebi ile İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmesi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 16, Sayı 62 (Talimata Aykırı Bilgisayar Kullanımı), s. 464-465. İşverenin yönetim hakkı kapsamında işyeri internetinin özel amaçlı kullanılıp kullanılmayacağı, eğer kullanılacaksa sınırlarının belirlenebileceği görüşü için bkz. ERDOĞAN, *İşçilerin İzlenmesi*, s. 91, 102. Çalışma saatleri içerisinde internetin özel amaçlı kullanımının işverenin kararına bağlı olduğu görüşü için bkz. GÜLTEKİN, s. 132. İnternet kullanımının tamamen yasaklanmasında işverenin daha geniş bir hareket alanı olmakla birlikte uygulanabilirliği ve gerçekçiliğinin tartışmalı olduğu görüşü için bkz. SEVİMLİ, s. 198. İşletmesel gereklilik bulunması durumunda tamamen yasaklanabileceği görüşü için bkz. OKUR, *Elektronik Gözetleme*, s. 152.

¹¹⁷ UNCULAR, s. 1684; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 373; ÖZDEMİR, Erdem: “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2008, Sayı 10, s. 19. Tamamen yasaklamanın ölçüsüz olacağına ilişkin bkz. UGAN ÇATALKAYA, Deniz: *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 349-350. İşçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmesi, işyerinde olumsuzluklara yol açmaması ve makul sınırlar içerisinde kalması kaydıyla işyerindeki interneti özel amaçlı olarak kullanabileceği görüşüne ilişkin bkz. ÇALIŞKAN YILDIRIM / UĞUR, s. 1176. Makul sınırlar içerisinde yasaklanabileceği ancak tamamen yasaklamanın ölçüsüz olacağı görüşüne ilişkin bkz. ERDOĞAN, Canan: “İşçilerin E-Posta Hesaplarının İşveren Tarafından İncelenmesi Hakkındaki 24.03.2016 Tarihli ve 2013/4825 Başvuru Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2017, Cilt 14, Sayı 55, s. 1365-1366. Özel kullanıma ilişkin kesin yasağın meşru bir amaca dayanmaması durumunda makul görülmemesi gerektiği görüşü için bkz. YAMAKOĞLU, s. 91.

¹¹⁸ ERTÜRK, Şükran: “Sosyal Medya ve İş İlişkisi”, (Ed.) ÇELİK, Ahmet Çelik / UÇAKHAN, Sema Güleç / TOKBAŞ, Hakan: *I. İş Hukuku Kongresi Tebliğler Kitabı*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 136; OKUR, Zeki: “Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”, *Çimento İşveren Dergisi*, 2006, Cilt 20, Sayı 3 (Yeni Teknoloji), s. 5; ÇELİK, s. 93.

konusu değilse makul sınırlar içerisinde özel amaçlı kullanılabilmesi de ifade edilmiştir¹¹⁹. Biz de işin niteliğinden doğan bir sebep zorunlu kılmadıkça işyeri internetinin özel kullanımının tamamen yasaklanamayacağı ve makul sınırlar içerisinde kalmak, iş sözleşmesinden doğan borçları ihlal etmemek kaydıyla özel amaçla kullanılabilmesi kanaatindeyiz.

İşyeri kaynaklarından sosyal medyanın kullanılıp kullanılmayacağına geldiğimizde, bu kararın işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğu doktrinde ileri sürülmüştür¹²⁰. Hatta çalışma saatleri içerisinde işçinin kendi özel kaynakları vasıtasıyla da olsa sosyal medyayı kullanmasının iş görme borcunu etkilediğinden yasaklanabileceği ifade edilmiştir¹²¹. Ancak aksi görüşe göre, işçinin kendi özel kaynaklarından interneti kullanması yasaklanamaz¹²². Nihayetinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre bilgisayar ve internet işyerine ait olsa da işçinin sosyal medya kullanması tamamen yasaklanamaz ve fakat makul bir sınırlama getirilebilir¹²³. Kaldı ki, işçinin sosyal medya kullanmasının makul sınırları aşması durumunda işçinin iş görme borcunu özenle yerine getirmemesi söz konusu olur. Hatta işçinin kendi cihaz ve interneti ile çalışma saatleri içerisinde sosyal medyayı kullanması sanal kaytarma¹²⁴ olarak kabul edilebilir¹²⁵.

İşverenin internet veya cihazları özel amaçlı kullanıma izin vermesi durumunda bunu sınırsız olarak algılamamak gerekir¹²⁶. İşveren kullanım zamanını, şeklini, giriş yapılabilecek sayfaları, özel amaçlı kullanım için tahsis edilen yerleri düzenleyebilir¹²⁷. Çünkü işçinin çalışma saatleri içinde sosyal medya kullanması iş görme borcunu tam olarak yerine getirmemesine sebebiyet verebilir¹²⁸. Hal böyleyken işyeri cihazları ve internetinin özel amaçlı kullanımına ilişkin sınırların işverence belirlenmesi durumunda işçiler bu sınırlara uymalıdır¹²⁹. Doktrinde işverenin özel amaçlı olarak internet kullanımını yasaklaması durumunda işçilere bu durumu bildirmesi gerektiği ifade edilmiştir¹³⁰. Hiç şüphesiz internet kullanımına ilişkin kurallar ve sınırlar koyulması durumu için de bu düşünce geçerlidir¹³¹. Ayrıca şeffaflık gereği özel kullanımın fesih nedeni olması için özel kullanıma ilişkin unsurların açıkça belirlenmesi ve işçinin bilgilendirilmesi gerekmektedir¹³². Nihayetinde işyeri sınırlarında, çalışma saatleri

¹¹⁹ YAMAĞOĞLU, s. 90; ÇANKAYA, s. 264; CİVAN, Orhan Ersun: *İşçinin Yan Yükümlülükleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 80. Açıkça yasaklanmadığı ve iş görme borcunu aksatmadığı müddetçe işçinin özel amaçlı internet kullanabileceği görüşüne ilişkin bkz. DURSUN ATEŞ, s. 575.

¹²⁰ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 802; UNCULAR, s. 1684. İşyerinde işverenin bilişim teknolojileri araçlarına müdahalesinin işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğu görüşü için bkz. ÖKTEM SONGU, *Özel Amaçlı İnternet Kullanımı*, s. 1072. İşveren tarafından sağlanan bilgisayar ve internetin özel amaçlarla kullanılmasının yasaklanması durumunda sosyal medyanın buradan kullanılmayacağı görüşü için bkz. ERTÜRK, s. 134.

¹²¹ ERTÜRK, s. 151. Özel cihazların kullanılması yasağının istisnai durumlarda haklı gösterilebileceğine ilişkin bkz. OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 806.

¹²² ÇALIŞKAN YILDIRIM / UĞUR, s. 1177; ÇANKAYA, s. 266; ÇELİK, s. 94. İşin niteliği zorunlu kılmadıkça mobil internet ve cep telefonu kullanma yasağının ölçüsüz olacağı görüşü için bkz. UGAN ÇATALKAYA, s. 353.

¹²³ AYDIN, *İşçinin Sosyal Medya Paylaşımı*, s. 86. İşyerinde özel amaçlı sosyal medya kullanımının tamamen yasaklanamayacağı ve fakat sınırlanabileceği görüşüne ilişkin bkz. UNCULAR, s. 1684. İş görme borcunun sınırlanmaması için kendi mobil internet kullanımının sınırlandırılabilmesi ve bu talimatın ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı görüşü için bkz. ÖZTÜRK, *Talimatlara Uyuma Borcu*, s. 365. Kişisel internetini kullanmasıyla ilgili haklı nedenlerin varlığında sınırlama getirilebileceği görüşü için bkz. DURSUN ATEŞ, s. 584.

¹²⁴ Doktrinde çalışma saatleri içerisinde işyerinin internet veya diğer teknolojik alt yapı ve ekipmanlarını iş görme amacı dışında kullanılması "sanal kaytarma" olarak isimlendirilmektedir. Bkz. YILDIZ, Bora / YILDIZ, Harun: "İş Yaşamındaki Sanal Kaytarma Davranışlarının Hukuki Yönden İncelenmesi", *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 2015, Cilt 13, Sayı 3, s. 2; KARCIOĞLU, Fatih / SERÇEMELİ, Ceyhan: "İşyerindeki Sanal Kaytarma Davranışları Hakkında Hukuki Bir Değerlendirme", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 86, s. 324.

¹²⁵ Benzer şekilde bkz. ÇELİK, s. 94.

¹²⁶ HOZAR, s. 203; DURSUN ATEŞ, s. 576, 580; ÖKTEM SONGU, *Özel Amaçlı İnternet Kullanımı*, s. 1061; ERTÜRK, s. 136; ERDOĞAN, *İşçilerin İzlenmesi*, s. 108-109; YAMAĞOĞLU, s. 92,96.

¹²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. OKUR, *Elektronik Gözetleme*, s. 158-159; ÖZTÜRK, *Talimatlara Uyuma Borcu*, s. 363-365; CİVAN, s. 81; UGAN ÇATALKAYA, s. 350.

¹²⁸ LELLEY / FUCHS, s. 148; ERTÜRK, s. 136-137.

¹²⁹ ERTÜRK, s. 136.

¹³⁰ KESER, *Sosyal Medya Kullanımı*, s. 525; HOZAR, s. 203; DURSUN ATEŞ, s. 580.

¹³¹ OKUR, *Elektronik Gözetleme*, s. 153; ÖZTÜRK, *Talimatlara Uyuma Borcu*, s. 367; DURSUN ATEŞ, s. 580.

¹³² GÜLTEKİN, s. 134.

içerisinde, işyeri ağı kullanılarak veya işverence sağlanan bir cihazla sosyal medyanın kullanılıp kullanılmayacağı veya kullanılacaksa kullanım kuralları kesin ve anlaşılır bir şekilde bu metinlerde düzenlenebilir¹³³.

İşyeri internetinin kullanılması noktasında kapsayıcı bir düzenlemeyi örnek metinle somutlaştırırsak;

“İşyeri interneti öncelikle işle ilgili olarak kullanılır. İşyeri interneti uygun ölçüde özel amaçlarla da kullanılabilir. İşyeri internetinin kullanılması iş görme borcunu aksatmamalı ve işyeri cihazlarına herhangi bir zarar vermemelidir¹³⁴.”

İşyeri kaynaklarından sosyal medyanın özel amaçla kullanılmaması noktasındaki görüşe ilişkin bir düzenlemeyi örnek metinle somutlaştırırsak;

- İşyeri kaynakları (İnterneti/cihazları) kullanılarak çalışma saatleri içerisinde sosyal medya kullanılması yasaktır. Çalışma saatleri dışında ve çalışanların kendi cihaz ve mobil interneti vasıtasıyla özel amaçlı sosyal medya kullanılmasında bir yasak söz konusu değildir.
- Sosyal medya, çalışma saatleri içerisinde ve işyeri kaynakları vasıtasıyla iş amaçlı kullanılabilir. Ancak bu durumda dahi makul süreyi aşacak derecede sosyal medya kullanılmamalıdır¹³⁵.

İşyeri kaynaklarından sosyal medyanın özel amaçla kullanılabilmesi noktasındaki görüşe ilişkin bir düzenlemeyi örnek metinle somutlaştırırsak;

- Sosyal medyanın özel kullanımına iş görme borcunun yerine getirilmesi, işyeri cihazlarına zarar verilmemesi ve bu düzenlemede yer alan diğer kurallara uyulması koşullarıyla makul süreyi aşmamak üzere izin verilir¹³⁶.
- İşyeri kaynaklarıyla sosyal medya, ara dinlenme sürelerinde veya günde toplam [...] dakikayı geçmemek üzere çalışma saatleri içerisinde kullanılabilir. Unutulmamalıdır ki, sosyal medya kullanımını işimizi aksatmamalı ve yavaşlatmamalıdır.
- Sosyal medya kullanımına izin verilen platformlar şu şekildedir: *LinkedIn, Instagram, Facebook, Youtube* [...] ¹³⁷.

4. Duygu ve Düşüncelerin Paylaşımına İlişkin Hükümler

Her yerde olduğu gibi işçinin sahip olduğu temel hak ve hürriyetler iş ilişkisinde ve işyerinde de geçerlidir¹³⁸. Bu durumda iş sözleşmelerinde yer alan hükümlerle işçi düşünce ve ifade hürriyetinden tamamen vazgeçemez¹³⁹. Öyle ki, işçilerin bu özgürlük kapsamında duygu ve düşüncelerini sosyal medyada paylaşma hakkı bulunmaktadır¹⁴⁰. Yargıtay da sosyal medyada yapılan paylaşımları düşünce ve ifade hürriyeti kapsamında değerlendirmiştir¹⁴¹.

¹³³ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 364; OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 781.

¹³⁴ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 842.

¹³⁵ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 368.

¹³⁶ Benzer şekilde bkz. IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 61.

¹³⁷ IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 61.

¹³⁸ OKUR, *İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*, s. 1; GÜZEL, s. 105.

¹³⁹ OKUR, *İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*, s. 9.

¹⁴⁰ SAVAŞ KUTSAL / KOLAN, s. 505, 507-508. İşçilerin de birey olarak düşüncelerini açıklama ve paylaşma özgürlüğü olduğu görüşüne ilişkin bkz. HEPER, Hande: “Düşünceyi Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü”, *Çalışma ve Toplum*, 2022, Cilt 3, Sayı 74, s. 1905.

¹⁴¹ Yargıtay, 9. HD, T. 26.11.2018, E. 2018/2116, K. 2018/21381 (Lexpera). Bu kararda Yargıtay, *Twitter, Facebook ve Instagram* hesaplarından yapılan paylaşımları düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Ancak karardan paylaşımların içerikleri anlaşılabilir değildir.

İşçi, iş veya işverenle alakalı paylaşımlar yapabilir. Doktrinde işçinin menfaatlerinin işverence ihlal edilmesi ve yine kamu yararı kapsamında işçinin eleştiri ve ifşa hakkının olduğu ifade edilmiştir¹⁴². Hal böyleyken işçiler yanlış bir uygulamanın ortadan kalkması amacıyla işvereni veya çalışma arkadaşlarını eleştirebilir¹⁴³. Nihayetinde işçiler tarafından işveren hakkında sosyal medyada yapılan eleştiriler veya yorumlar işverenin itibarına veya markasına zarar verebilmekle birlikte işçinin bu hakkı yasaklanamaz¹⁴⁴. Yine işçinin sadakat borcu, işvereni eleştiremeyeceği anlamına gelmez¹⁴⁵. Yargıtay da iş veya işverenle ilgili eleştiri sınırları içerisinde kalan, hakaret ve sataşma niteliğinde olmayan, işverenin işletmesel menfaatlerine zarar vermeyen ve çalışma düzenini bozmayan paylaşımları haklı veya geçerli nedenle fesih saymamaktadır¹⁴⁶. Hatta yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk veya uygunsuzluklara ilişkin eleştirilerin geçerli nedenle feshe imkân vermediği yönünde yargı kararı da bulunmaktadır¹⁴⁷.

İşçinin özel hayatında iş ve işverenle ilgili gerçek dışı ve yine işverene, çalışma arkadaşlarına veya müşterilere yönelik hakaret içeren paylaşımlar yapması durumunda iş ilişkisi etkilenmekte ve işveren zarar görebilmektedir. Bu anlamda söz konusu paylaşımların ifade özgürlüğü kapsamında olduğu düşünülemez¹⁴⁸. Keza küfür veya kişilik haklarına aykırı paylaşımlar da ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez¹⁴⁹. Yine “İş Kanununda (İK)”¹⁵⁰ haklı neden olarak düzenlenen işçinin işverene, ailesine veya işverenin diğer bir işçisine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene, aile üyelerinden birine veya diğer bir işçisine sataşması niteliğindeki ifadelerin düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında düşünülemeyeceği ifade edilmiştir¹⁵¹. Hatta işçilerin özel hayatında sosyal medyada işveren adına veya işverenin emriyle hareket ettiği izlenimini gerçeğe aykırı bir şekilde vermesi durumunda da iş ilişkisi zarar görecektir¹⁵². Nihayetinde iş ilişkisine veya işverene ölçüsüz bir şekilde zarar verilmemesi ve sadakat borcunun işçinin ifade özgürlüğünün sınırını oluşturmasına istinaden işveren, özel hayatı kapsayan zaman dilimi için uyulması talep edilen kurallar koyabilir¹⁵³. Bu düşünce temelinde ilgili düzenlemelerde duygu ve düşünce paylaşımını ta-

¹⁴² YAMAKOĞLU, s. 118; DURSUN ATEŞ, s. 649-650. İfade hürriyeti kapsamında olduğu görüşü için bkz. ÖZTÜRK, *Talimatlara Uyuma Borcu*, s. 458.

¹⁴³ GÜLTEKİN, s. 119.

¹⁴⁴ OBERWETTER, s. 419; CİVAN, s. 214; DURSUN ATEŞ, s. 651-652.

¹⁴⁵ OBERWETTER, s. 419; YILDIZ, Gaye, Burcu: “İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2018, Sayı 39, s. 111. Ancak ifade özgürlüğünün işletmenin düzenini bozacak veya zarar verecek şekilde kullanamayacağı görüşüne ilişkin bkz. KAYIRGAN, Hasan: “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 464. Benzer şekilde bkz. HEPER, s. 1927; OKUR, *İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*, s. 25-26; GÜLTEKİN, s. 157; ÖKTEM SONGU, *İfade Özgürlüğü*, s. 628. Sadakat borcunun dikkate alınması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. ÇETİN, s. 123, 130. Sosyal medyadaki küçük eleştirinin yasaklanmasının düşünceyi yayma ve açıklama hakkının ihlali olacağı görüşü için bkz. ÖKTEM SONGU, *Özel Amaçlı İnternet Kullanımı*, s. 1067.

¹⁴⁶ Yargıtay, 9. HD, T. 11.11.2019, E. 2019/3100, K. 2019/19483; Yargıtay, 9. HD, T. 26.6.2019, E. 2019/1405, K. 2019/14318; Yargıtay, 9. HD, T. 19.11.2018, E. 2018/2306, K. 2018/20864; Yargıtay, 9. HD, T. 2.7.2015, E. 2015/16515, K. 2015/23949; Gaziantep BAM, 8. HD, T. 1.2.2018, E. 2017/3318, K. 2018/154; Gaziantep BAM, 8. HD, T. 18.1.2018, E. 2017/3327, K. 2018/79; İstanbul BAM, 48. HD, T. 8.10.2020, E. 2020/214, K. 2020/48; Bursa BAM, 3. HD, T. 15.4.2019, E. 2018/3842, K. 2019/909 (Lexpera). Eleştiri sınırını aşan ifadelerin iş sözleşmesinin feshine imkân tanıyacağına ilişkin bkz. Adana BAM, 7. HD, T. 2.7.2020, E. 2019/1388, K. 2020/1063 (Lexpera).

¹⁴⁷ Adana BAM, 7. HD, T. 11.4.2019, E. 2018/2976, K. 2019/608 (Lexpera).

¹⁴⁸ SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn. 67. Yargıtay, 9. HD, T.19.12.2016, E. 2016/2244, K. 2016/22331; Gaziantep BAM, 8. HD, T. 1.2.2018, E. 2017/3317, K. 2018/153 (Lexpera).

¹⁴⁹ GÜLTEKİN, s. 171-172. Şeref ve haysiyete aykırı paylaşımların ifade özgürlüğü kapsamında olmadığına ilişkin bkz. ÇELİK, s. 42-43.

¹⁵⁰ 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmî Gazete.

¹⁵¹ CİVAN, s. 260-261. Adana BAM, 7. HD, T. 11.4.2019, E. 2018/2976, K. 2019/608; Gaziantep BAM, 8. HD, T. 15.1.2019, E. 2018/1798, K. 2019/86; İzmir BAM, 19. HD, T. 4.11.2020, E. 2020/447, K. 2020/381 (Lexpera).

¹⁵² SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn. 71. Bundan kaçınması gerektiğine ilişkin bkz. OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 836.

¹⁵³ Mesai saatleri dışındaki kullanımın kural olarak yasaklanamayacağı veya sınırlanamayacağı ve fakat sadakat borcu gereği işverenin uyulması istediği bazı sınırlamalar koyabileceği görüşü için bkz. ERTÜRK, s. 152. İşverenin müdahale edebileceği görüşüne ilişkin bkz. GÜLTEKİN, s. 135; SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn. 66; *Güzel / Ugan Çatalkaya*'ya göre, işverenin ekonomik menfaati karşısında işçinin temel bir hakkı sınırlanacaksa işçinin sadakat borcu ve dürüstlük kuralı gereği özel yaşama müdahalenin beklenebilir beklenebileceği ölçütüne dayanılabilir. Bkz. GÜZEL / UGAN ÇATALKAYA, s. 61.

mamen yasaklayan hükümlere değil, işveren veya vekillerine, diğer çalışanlara veya müşterilere hakaret içeren, ayrımcılık veya taciz teşkil eden, işverenin veya işyerinin itibarına zarar veren yanlış, gerçek dışı ve yanıltıcı paylaşımların yapılamayacağı, konusu suç teşkil eden yasa dışı içeriklerin paylaşılmayacağı ve yine yetkisi olmamakla birlikte işyeri adına açıklama yapmaktan kaçınılacağı noktasında hükümlere yer verilmelidir.

İşçilerin sosyal medyada yapmış olduğu paylaşımlarla ilgili kapsayıcı bir düzenlemeyi “Sosyal Medya Görgü Kuralları (*Netiquette*)”¹⁵⁴ başlığıyla ve örnek metinle somutlaştırırsak;

- Her işçi internetteki kendi davranışlarından sorumludur.¹⁵⁵
- İfadeler eleştiri içerse bile her zaman kibar, saygılı ve gerçeğe dayalı olmalı; yanlış anlaşılmalrı önlemek için ironi ve alaycılıktan mümkün olduğunca kaçınılmalıdır.¹⁵⁶
- İşverene, vekillerine, diğer çalışanlara veya müşterilere karşı şeref ve namusa dokunacak ifadelerden ve iftira niteliğindeki beyanlardan kaçınılmalıdır.
- Pornografik, şiddeti ve terörü öven, ayrımcı, ırkçı, müstehcen ifadelerden; hakaretlerden, tehditten, küfürden, taciz ve konusu suç teşkil eden diğer paylaşımlardan kaçınılmalıdır. Yasa dışı yayınlara veya sitelere bağlantı verilmemelidir.
- Kasıtlı olarak işverenin ticari itibarına ve marka değerine zarar veren asılsız itham ve isnatlardan, yanlış ve gerçeğe aykırı bilgi vermekten kaçınılmalıdır.
- İşverenin, çalışanların veya müşterilerin izini olmaksızın çekilen fotoğraf, video veya ses kayıtlarının paylaşılması yasaktır.
- Sosyal medya paylaşımlarınızda bir hata veya yanlışlık yaptığınızı fark ederseniz bunu düzeltmelisiniz.¹⁵⁷
- Ancak yetkilendirildiğiniz bir konuda paylaşım ve yorum yapabilirsiniz. Yetkiniz dışında kalan konularda ve yine işyeri ve işvereni temsil ettiği algısını uyandıracak şekilde yorum ve paylaşım yapmamanız gerekmektedir.¹⁵⁸ Paylaşımlarınızın kişisel görüşünüz olduğunu vurgulayın.

5. İş ve Üretim Sırlarının İfşası-Haksız Rekabet ve Telif Hakkı İhlallerine İlişkin Hükümler

İşçiler sosyal medya üzerinden iş, işyeri veya ürün ve hizmetlerle ilgili paylaşım yapabilir veya yapılan paylaşımlara yorum yazabilir. Ancak işçilerce muhafaza edilmesi gereken iş ve üretim sırrı niteliğinde olan bilgilerin paylaşılması işverene zarar vereceği gibi işçinin iş sözleşmesinin feshine de neden olur. Fakat işçinin hangi bilgilerin iş ve üretim sırrı olduğu yönünde bilgisi bulunmayabilir. Hatta işçi bazen bilinçsizce ve işverene zarar verme kastı olmaksızın bazen de ihmali neticesinde işverenin iş ve üretim sırlarını ifşa edebilir. Yine aynı bilinçsizlikle haksız rekabet veya telif hakkı ihlali teşkil edecek paylaşımlarda bulunabilir. İşte bu düzenlemeler olası risklerden kaçınmak için önleyici bir tedbir almakla birlikte ayrıca bu ihlalleri de tanımlamalıdır.¹⁵⁹ Başka bir ifadeyle nelerin iş ve meslek sırrı olduğu, hangi davranış ve paylaşımların haksız rekabet ve telif hakkı ihlali olduğu açıkça düzenlenmelidir.

İşçinin sosyal medyada işverenin veya rakip işverenin hizmetleri hakkında yorum yapması durumunda bunun işçinin kendi görüşü olduğunun yani resmi bir açıklama olmadığına açık bir şekilde

¹⁵⁴ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 842.

¹⁵⁵ TRAUT / THÜSING, *BC*, § 14, Rn. 74.

¹⁵⁶ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 842; TRAUT / THÜSING, *BC*, § 14, Rn. 74; CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 368.

¹⁵⁷ IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 61; CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 368.

¹⁵⁸ OBERWETTER, s. 419; IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 61.

¹⁵⁹ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 360.

belirtilmesi bu metinlerde düzenlenebilir¹⁶⁰. Nihayetinde ilgili düzenlemeler, işçinin görüşünü açıklamasını yasaklamamakta, aksine üretim ve iş sırlarının ifşası, haksız rekabet ve telif hakkı ihlali oluşturan paylaşımların yapılmasını engellemektedir.

İş ve üretim sırlarının ifşası, haksız rekabet ve telif hakkı ihlallerine ilişkin hükümleri kapsayıcı bir düzenleme ve örnek metinle somutlaştırırsak;

- İşçi sosyal medyada iş ve üretim sırlarını açıklamamakla yükümlüdür. İş ve üretim sırları; üretimde kullanılan yöntemler, teknikler, malzemeler, formüller ve teknolojiler, müşteri listesi, pazarlama yöntemleri, finansal veriler, finans kaynakları, işyerinin mali durumu, müşterilere özel teklifler, stok ve satış bilgileri gibi üçüncü kişilerce bilinmeyecek olan her türlü bilgidir.
- Bir paylaşımda bazı bilgileri kullanmanız gerekirse bu bilgilerin üretim ve iş sırrı olup olmadığını işyerindeki sorumlu kişiye danışın. Şüphenez varsa, bilgiyi paylaşmaktan kaçının¹⁶¹.
- İşyeri interneti kullanılarak telif hakkı kapsamında korunan resim, video, fotoğraf, film, kitap, müzik ve diğer her türlü dosyaları yasa dışı siteler üzerinden indirmek veya sosyal medyada paylaşmak telif hakkı ihlali niteliğindedir. İşçinin telif hakkı ihlali nedeniyle işverene karşı sorumluluğu vardır¹⁶².
- İzin alınmadığı müddetçe işyeri marka ve amblemi özel amaçlar için kullanılamaz¹⁶³.
- İşçi haksız rekabet teşkil edecek fiillerden ve paylaşımlardan kaçınmalıdır. İşçi kimliğini gizleyerek veya gerçek kimliğini kullanarak rakip işverenleri, ürün ve hizmetlerini kötüleyemez, asılsız itham ve isnatlarda bulunamaz, gerçeğe aykırı veya yanıltıcı ifadeler kullanamaz ve kendi ürünleri ile rakip işveren ürünlerini karşılaştıramaz¹⁶⁴.
- İşçi kimliğini gizleyerek veya gerçek kimliğini kullanarak kendi işverenin ürün ve hizmetleriyle ilgili övgü dolu paylaşımlar veya yorumlar yoluyla reklam yapamaz.

6. Bildirim Yükümlülüğüne ve Yetkili Kişi/Makama İlişkin Hükümler

İşverenler sosyal medya kullanımına ilişkin düzenlemelerde diğer işçiler tarafından yapılan ihlalleri ve yine işçiler veya müşteriler tarafından işverenin marka değerine zarar veren paylaşımları bildirme yükümlülüğü düzenleyebilir¹⁶⁵. İşçinin görev alanı içerisinde bu ihlalleri tespit etmek ve işverene bildirmek varsa iş görme borcunun bir parçası olarak işveren, yönetim hakkı kapsamında böyle bir yükümlülük getirebilir¹⁶⁶. Ancak hangi ihlallerin bu kapsamda olduğunun işçi tarafından açıkça bilinmesi gerekmektedir¹⁶⁷. Bununla birlikte iş görme borcunun bir parçası olmaması durumunda işçinin bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁶⁸. Fakat sadakat borcu kapsamında ve somut olaya göre bu durum değişebilir. Dolayısıyla bildirim yükümlülüğünün konusunun muğlak olması nedeniyle bir yükümlülükten ziyade isteğe bağlı bir şekilde bildirim sistemi benimsenerek bildirim nasıl ve kime yapılacağı noktasında düzenleme yapılabilir¹⁶⁹.

¹⁶⁰ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 364; OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 836.

¹⁶¹ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 368; IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 61.

¹⁶² OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 842.

¹⁶³ IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 61.

¹⁶⁴ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 368.

¹⁶⁵ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 813.

¹⁶⁶ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 814. İşçinin kendi çalışma alanı içindeyse veya diğer işçiler üzerinde denetim yetkisi varsa bu durumda bildirim yükümlülüğünün olduğu görüşü için bkz. ARSLAN ERTÜRK, Arzu: *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 303.

¹⁶⁷ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 816.

¹⁶⁸ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 815.

¹⁶⁹ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 817.

Sosyal medya düzenlemelerinde sadece ihlallerin bildirildiği yetkili kişiler değil, aynı zamanda işyerini veya işvereni sosyal medya ve basında temsile ve açıklama yapmaya yetkili kişiler de belirlenebilir. Öyle ki, üçüncü kişilerin sosyal medya üzerinden işçiyle irtibata geçme ve işyeri veya ürünler hakkında soru sorma ihtimali bulunmaktadır. İşte bu noktada yetkili irtibat kişilerinin belirlenmesi önem arz etmekte olup, işçinin kendiliğinden yaptığı açıklamalar veya yanıltıcı paylaşımlar zarara neden olabilir¹⁷⁰.

Paylaşımların dağıtım hızı ve ulaşacağı kitlenin genişliği dikkate alındığında sosyal medya, işçiler tarafından “whistleblowing”¹⁷¹ için uygun bir ortam olarak düşünülebilir¹⁷². Ancak sadakat borcu nedeniyle işçilerin çalışma hayatı veya çalışma koşulları ile ilgili şikâyetlerini ve rahatsızlıklarını sosyal medya vasıtasıyla üçüncü kişilere paylaşmadan önce işyeri içindeki gerekli makamlara iletmeleri beklenir¹⁷³. Şu halde sosyal medya kullanımına ilişkin yönetmeliklerde/rehberlerde yetkili kişi veya makam da belirtilerek ilk önce ilgili kişi ve makama başvurulması düzenlenebilir.

İş ilişkisinin sona ermesi halinde işçinin işveren adına kullandığı sosyal medya hesaplarının teslimine ilişkin durumlar da ilgili düzenlemelerde kurala bağlanabilir¹⁷⁴. Bu bağlamda düzenlemeler, ilgili hesabın sahipliğini ve sözleşmenin sona ermesi halinde bilgilerin kime teslim edilmesi yükümlülüğünü ayrıntılı olarak düzenleyebilir¹⁷⁵.

Bildirim yükümlülüğü ve yetkili kişi/makama ilişkin hükümleri bir örnekle somutlaştırsak;

- Üçüncü kişilerin veya işçilerin ihlal veya eleştiri niteliğindeki paylaşımları e-posta yoluyla işverene iletilir¹⁷⁶.
- Sosyal medya kullanımı ile ilgili herhangi bir sorunuz veya talebiniz varsa işyerimizde sosyal medyadan sorumlu kişiler şunlardır [...] ¹⁷⁷.
- İşveren adına yalnızca [...] açıklama yapar. Resmi sosyal medya hesaplarından işyeri ile ilgili paylaşım yapmak ve sosyal medyadan gelen soruları cevaplamak noktasında [...] tek başına yetkilidir¹⁷⁸.
- Sosyal medya iş yerindeki sorunları tartışmak için uygun bir mecra değildir. Bu sebeple sorunlarınızı diyalog yoluyla çözeniz tavsiye edilmektedir¹⁷⁹.
- İşyerinde şahit olduğunuz usulsüzlükleri, şikâyetleri ve rahatsızlıkları sosyal medya vasıtasıyla üçüncü kişilere paylaşmadan önce insan kaynakları departmanı ile iletişime geçiniz.

¹⁷⁰ HOFFMANN / LEX, s. 248.

¹⁷¹ “Whistleblowing” kavramının “ifşa etme” olarak kullanılmasına ilişkin bkz. ALP, Mustafa: “Avrupa Birliği’nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 23, Sayı 1, s. 4. “Bilgi uçurma” kavramı olarak kullanıldığına ilişkin bkz. AYDIN, Ufuk: “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2002-2003, Cilt 2, Sayı 2 (İşçinin Bilgi Uçurması), s. 81.

¹⁷² GÜNTHER, s. 223.

¹⁷³ SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn. 69; KAYIRGAN, s. 465; ÖKTEM SONGU, *İfade Özgürlüğü*, s. 628; OKUR, *İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*, s. 24; ÇELİK, s. 40. İlk önce amire duyurma usulünün uçurulan bilginin korunabilmesinin ikinci koşulu olduğu görüşüne ilişkin bkz. AYDIN, *İşçinin Bilgi Uçurması*, s. 86. Kamuya açıklamanın son çare olması gerektiği yönünde bkz. ÇETİN, s. 127. İşçinin ifşa ederken ölçülü olması ve önce işverene başvurusunun ölçülülüğü sağlayacağı görüşü ve AIHM’in de bu görüşüne ilişkin bkz. ALP, s. 7-9. Medyaya başvurunun son çare olması gerektiğine ilişkin bkz. HEPER, s. 1918.

¹⁷⁴ OBERWETTER, s. 420; CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 364.

¹⁷⁵ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 366.

¹⁷⁶ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 842.

¹⁷⁷ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 368.

¹⁷⁸ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 842. Alternatif metin için bkz. IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 61.

¹⁷⁹ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 368.

“İş ilişkisinin sona ermesi halinde iş amaçlı kullanılan hesapların ve erişim verilerinin işverene teslim edilmesi zorunludur. Çalışanın hesabı kullanmaya devam etme hakkı yoktur. Bu hesaptaki kişisel verisini teslim etmeden önce silmelidir. Hesabın kişisel olması halinde çalışan, işverenden hesabın silinmesini talep edebilir”¹⁸⁰.

“İşçi, iş ilişkisinin sona ermesi üzerine, tüm iletişim bilgilerini ve işe ilişkin yazışmaları işverene vermek ve daha sonra bunları silmekle yükümlüdür. İşçi bu verilerin kopyasını çıkaramaz veya saklayamaz”¹⁸¹.

7. İşyeri Resmi Hesaplarının Kullanılmasına İlişkin Hükümler

Bir işyeri kendi *Facebook*, *Instagram*, *LinkedIn* veya diğer sosyal medya hesaplarına sahipse, işçilerin bu hesaplarla bağlantılı tüm eylemleri işverenin yönetim hakkına tabidir¹⁸². Hatta burada sosyal medya hesabının kullanılması doğrudan işçinin iş görme borcu kapsamında olduğundan işin görülmesine ilişkin talimatlar söz konusudur. Çünkü işçinin bu hesaplardan yapmış olduğu paylaşım kendi adına değil, doğrudan işyeri ve işveren adınadır.

İşveren, işyeri resmi sosyal medya hesaplarına sahip olması durumunda bu hesapların hangi işçi/işçiler tarafından veya işyerinin hangi bölümü tarafından ve ne şekilde kullanılacağına ilişkin hükümler sosyal medya kullanımına ilişkin iç yönetmeliklerde/rehberlerde düzenlenebilir. Hatta sırf işyeri resmi sosyal medya hesaplarının kullanımına yönelik müstakil bir düzenleme bile kabul edilebilir.

İşyeri resmi sosyal medya hesaplarının işçilerce kullanılması durumunda bu düzenlemelerde sosyal medyanın iş amacıyla¹⁸³ ve özel amaçla¹⁸⁴ kullanım hallerinin tam olarak belirlenmesi ve bu kullanıma ilişkin ayrıntılı kurallar içermesi gerekmektedir¹⁸⁵. Yine işyeri resmi hesaplarının özel amaçlar için kullanılmasının yasaklanması da bu düzenlemelerde yer alabilir.

İşçilerin sosyal medya düzenlemeleriyle işyeri hesaplarının kullanılması noktasında bilgilendirilmesi ve yükümlüklerinin hatırlatılması bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyacı bir örnek metinle somutlaştırmak gerekirse¹⁸⁶;

- İşyerinin *Instagram*, *Twitter*, *LinkedIn*, *Facebook* resmi sosyal medya hesapları sadece [...] tarafından kullanılacaktır.
- İşyeri resmi sosyal medya hesaplarındaki paylaşımların içeriği oluşturulurken iş ve üretim sırlarının ifşası, haksız rekabet, telif hakkı ve kişisel verilerin ihlali teşkil etmemesi; tehdit, taciz, müstahcen ve konusu suç teşkil eden diğer ifadeleri; rakipler ve müşteriler hakkında küfür, hakaret, tehdit veya diğer kişilik haklarına aykırı ifadeleri; işverenin veya işyerinin itibarına zarar veren yanlış, gerçek dışı ve yanıltıcı bilgileri içermemesi gerekmektedir.

¹⁸⁰ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 842.

¹⁸¹ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 842.

¹⁸² BORSUTZKY, s. 650.

¹⁸³ İş görme borcunun yerine getirilmesine ilişkin kullanımın iş amaçlı kullanım olduğu görüşüne ilişkin bkz. OKUR, *Elektronik Gözetleme*, s. 146.

¹⁸⁴ İşçinin iş görme borcuyla bağlantılı olmayan bilgisayar ve internet kullanımının özel amaçlı kullanım olduğu görüşüne ilişkin bkz. ARSLAN DURMUŞ, s. 156-157. Benzer şekilde bkz. YAMAKOĞLU, s. 86; GÜLTEKİN, s. 131; OKUR, *Elektronik Gözetleme*, s. 147; UZUN, s. 140. Mesai saatleri içerisinde, şahsi amaçlarla ve çalışma yerine keyfi tutumların sergilendiği fiiller olduğu görüşüne ilişkin bkz. UYAROĞLU, s. 307. İş yapma yükümlülüğünü yerine getirme dışındaki tüm kullanımların özel kullanım olduğu görüşüne ilişkin bkz. OKUR, *Yeni Teknoloji*, s. 7. İş dışı amaçlarla mesajlaşma ve sosyal medyalarda gezinme olduğu görüşü için bkz. KESER, *Sosyal Medya Kullanımı*, s. 524.

¹⁸⁵ İşyerindeki elektronik araçların kullanımı noktasında benzer görüş için bkz. UNCULAR, s. 1685-1686.

¹⁸⁶ “Resmi hesapların kimler tarafından kullanıldığına belirlenmesi; İçeriğin oluşturulmasına ilişkin kurallar; Belirli hizmetler için kullanımının belirlenmesi; Kritik içeriğe ilişkin bilgi sağlama yükümlülüğü; Kullanım kapsamına (zaman ve içerik) ilişkin düzenlemeler; Ayrılrken hesap/müşteri verilerini geri teslim etme yükümlülüğü”ne ilişkin hükümleri içerebilir (GÜNTHER, s. 225).

- Resmi sosyal medya hesapları sadece üretilen ürün ve hizmetleri tanıtmak, reklamını yapmak, kampanyalar hakkında bilgi vermek, müşteriler ile iletişime geçmek, sorulara cevap vermek, yapılan yorumları değerlendirmek için kullanılacaktır.
- Resmi sosyal medyanın kullanılması ve içeriğine ilişkin sorularınız olması durumunda [...] ile iletişime geçilebilir.
- Söz konusu sosyal medya hesapları özel amaçlarla kullanılamaz¹⁸⁷.
Eğer işyeri hesaplarının özel kullanımına izin verilmişse;
- Özel görüşlerin paylaşılması durumunda “ben” ifadesi kullanılarak şahsi görüşünüz olduğunun belirtilmesi gerekmektedir¹⁸⁸.
- Sosyal medyayı kullanma yetkisi, kurallara aykırı şekilde veya işverenin menfaatine aykırı olarak kullanılması durumunda sona erer¹⁸⁹.

8. İç Yönetmeliklerde/Rehberlerde Yer Alan Kuralların İhlalinin Sonuçlarına İlişkin Hükümler

İşçilerin hem iş mevzuatına hem de diğer yasal düzenlemelere uygun hareket etmesi işverenin menfaatine olduğundan sosyal medya düzenlemelerinde ihlalin sonuçlarına ilişkin hükümlerin düzenlenmesi işverenin lehinedir¹⁹⁰. Keza işçiler sosyal medya politikalarının ihlal edilmesinin olası sonuçları hakkında bilgilendirilmelidir¹⁹¹. İşte sosyal medya düzenlemeleri, uygulanacak yaptırımları da içermelidir¹⁹². Bu durumda işçiler sosyal medyanın tehlikeleri, iş hukuku kapsamındaki yükümlülükleri ve aykırı davranılması durumunda sonuçları hakkında bilgi sahibi olacaktır¹⁹³.

İş hukukumuzda, ücret kesme cezası ve iş sözleşmesinin feshi dışında disiplin cezalarını düzenleyen hükümler bulunmamaktadır. Ancak işverenler, iç yönetmeliklerde¹⁹⁴ disiplin sistemi inşa edip, bu kapsamda da disiplin cezaları düzenleyebilir. Bu düşünce temelinde işverenler işçilerin sosyal medya kullanımına ilişkin kurallarla birlikte bu kurallara aykırı davranılması durumunda disiplin cezalarını da düzenleyebilir. Nitekim ihlal niteliğindeki paylaşımların yapılması durumunda işverenin nasıl bir yol izleyeceği ve feshin mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır¹⁹⁵. Keza işçinin iş sözleşmesinin feshi yerine disiplin cezası verilmesi, bu sürecin işletilmesi ve disiplin cezalarının uygulanmasından önce işçiden savunma alınmasının zorunlu olup olmadığı sorunu gündeme gelebilir¹⁹⁶. İşte bu noktada sosyal medya düzenlemeleri önem arz eder¹⁹⁷.

İç yönetmelikler, iş sözleşmesi gibi işçi ve işveren için bağlayıcı nitelikte olup, aykırı davranışlar iş sözleşmesinin ihlali anlamına gelecektir¹⁹⁸. İşte iç yönetmeliklerde disiplin cezaları uyarı, kınama, ücret kesintisi, işin veya çalışma koşullarının değiştirilmesi ve iş sözleşmesinin feshedilmesi¹⁹⁹ şeklin-

¹⁸⁷ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 842.

¹⁸⁸ GÜNTHER, s. 225. İşçinin özel görüşü olduğunu belirtilmesi gerektiğine ilişkin bkz. TRAUT / THÜSING, *BC*, § 14, Rn. 74; OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 842; IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 61; CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 368.

¹⁸⁹ IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 61.

¹⁹⁰ LELLEY / FUCHS, s. 148.

¹⁹¹ CONRAD / HUPPERTZ, *HITD*, § 37, Rn. 364. İnternet kullanımı için de benzer görüş için bkz. DURSUN ATEŞ, s. 580.

¹⁹² IMPING, *CRH*, 70.11, Rn. 60; LELLEY / FUCHS, s. 149.

¹⁹³ SOLMECKE, *HMR*, Teil 21.1, Rn. 77; OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 811.

¹⁹⁴ İç yönetmeliklerde disiplin hükümlerinin düzenlenebileceğine ilişkin bkz. SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 133; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN / BASKAN, s. 20.

¹⁹⁵ PAWLAK / SMEYERS, s. 26.

¹⁹⁶ Kural olarak disiplin cezasının uygulanmasından önce savunma alınması zorunlu olmamakla birlikte iç yönetmelikte açıkça düzenlenmesi durumunda savunma alınması gerekeceğine yönelik bkz. SÜZEK, Sarper: “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, *Çalışma ve Toplum*, 2011, Sayı 28 (Disiplin Cezaları), s. 13.

¹⁹⁷ PAWLAK / SMEYERS, s. 29.

¹⁹⁸ ELBİR, s. 269-270.

¹⁹⁹ İş sözleşmesinin feshedilmesinin aynı zamanda bir disiplin cezası olduğuna ilişkin bkz. SÜZEK, *Disiplin Cezaları*, s. 15.

de kurala bağlanabilir²⁰⁰. Böylelikle de işçilerin sosyal medyada gerçekleştirdiği hangi ihlallerin ve zararların hangi disiplin cezasıyla cezalandırılacağı açıkça düzenlenmiş olur. Keza iç yönetmelikte açıkça yasaklanan bir davranışın yapılması iş sözleşmesine aykırılık teşkil edeceğinden davranışın ağırlığına göre iş sözleşmesinin feshine imkân tanıdığı da unutulmamalıdır²⁰¹.

Sosyal medya düzenlemelerinde hükümlerin ihlali durumunda iş hukukuna ilişkin sonuçların düzenlenmesi, işçinin karşılaştığı yaptırımların meşruiyetini²⁰² ve hukuki belirliliğini sağlayacaktır²⁰³. Kaldı ki, işçiye disiplin cezası verilebilmesi için cezanın dayanağının olması gerekmektedir²⁰⁴. Bu anlamda İş Kanununun 38. maddesi örnek gösterilebilir. Buna göre ücret kesme cezasına ilişkin sebepler toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ve eki niteliğindeki iç yönetmeliklerde açıkça düzenlenmelidir. Ayrıca işçi tarafından aynı davranışın tekrarı durumunda işçiye daha ağır bir cezanın verilmesi de burada kurala bağlanabilir²⁰⁵. Nihayetinde iş sözleşmesinin feshinde işverenin bir sosyal medya politikasına sahip olması ve işçinin bundan haberdar olması durumu göz ardı edilemez²⁰⁶. Bununla birlikte ilgili düzenlemelerle işverenin fesih hakkının genişletilmesinin mümkün olmadığı da unutulmamalıdır²⁰⁷.

SONUÇ

İşçi sosyal medyayı işyeri kaynakları vasıtasıyla veya iş görme borcunun bir parçası olarak kullanabileceği gibi işyerinin resmi sosyal medya hesaplarını da kullanabilir. Bu hallerde işveren yönetim hakkı kapsamında sosyal medya kullanımına ilişkin kuralları düzenleyebilir. Yine işçinin şahsi hesabından işveren, iş veya işyeri ile ilgili yapılan paylaşımlar için düzenleme yapılmasında işverenin bir menfaati bulunabilir.

Sosyal medya kullanımında yaşanabilecek olumsuzlukları engelleme amacıyla kuralların genel ve yeknesak tarzda ve emredici bir şekilde iç yönetmeliklerde düzenlenmesinde fayda vardır. Ancak bu iç yönetmeliklerin genel iş koşulu niteliğinde olduğu ve TBK'nın 21. maddesi gereği işçinin bu koşullar hakkında açıkça bilgilendirilmesi, bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlanması ve işçinin bu koşulları kabul etmesi gerektiği unutulmamalıdır. Yine her durum için işverenin emredici nitelikte iç yönetmelikler hazırlayabilmesinden bahsedilemez. Bu bağlamda dürüstlük kuralına aykırı olarak, işçinin aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olan hükümler TBK'nın 25. maddesi gereği içerik denetimine tabi olacaktır. Nitekim işçinin sosyal medya kullanmasına, kullanmamasına veya işyeri sınırları içerisinde sosyal medya kullanamayacağına ilişkin işveren emredici bir düzenleme yapamaz. Hatta işyeri kaynakları vasıtasıyla şahsi sosyal medya kullanımının dahi tamamen yasaklanamayacağı ve fakat makul bir sınırlama getirilebileceği kanaatindeyiz. Bu şartlar altında işverenler, işyeri ve işverenle ilgili ve fakat iş ilişkisine veya işverene ölçüsüz bir şekilde zarar verecek nitelikte olmayan özel hayattaki sosyal medya kullanımını bağlayıcı olmayan, bilgilendirici, tavsiye edici ve yol gösterici nitelikteki rehberlerle düzenleyebilir. Ancak paylaşımların kişilik hakkı ihlali veya suç teşkil

²⁰⁰ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 133; ÖZDEMİR, Erdem: "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt II*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Disiplin Cezaları), s. 1257-1264.

²⁰¹ YILDIZ, Gaye, Burcu: "İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2009, Sayı 16, s. 118.

²⁰² HOFFMANN / LEX, s. 242; HERBERGER, s. 249. İşçinin iş görme borcuna aykırı davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin feshi değerlendirilirken özel amaçlı internet kullanımına ilişkin sınırlamaların varlığı ve içeriğinin araştırılması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. ÇALIŞKAN YILDIRIM / UĞUR, s. 1197. İnternet kullanımının fesih için kullanılmasında bunların iç yönetmeliklerde düzenlenmesi ve işçilerin bu konudan haber edilmesinin önemli olduğu görüşü için bkz. KESER, *Talimata Aykırı Bilgisayar Kullanımı*, s. 463-464. Açık bir yasağa rağmen bilgisayar ve internetin özel amaçlı kullanılmasının ihtarsız fesih hakkı verdiği görüşü için bkz. YAMAKOĞLU, s. 89; ÇELİK, s. 147.

²⁰³ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 782.

²⁰⁴ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 133; ÖZDEMİR, *Disiplin Cezaları*, s. 1265.

²⁰⁵ ÖZDEMİR, *Disiplin Cezaları*, s. 1266-1267.

²⁰⁶ PAWLAK / SMEYERS, s. 29.

²⁰⁷ OBERTHÜR, *ITA*, § 2, Rn. 820.

etmemesi, iş ve üretim sırlarının ifşası, haksız rekabet ve telif hakkı ihlali gibi iş ilişkisine veya işverene ölçüsüz bir şekilde zarar verecek ağırlıkta olmaması noktasında bağlayıcı nitelikte iç yönetmelikler kabul edilebilir.

Sosyal medya kullanımına ilişkin iç yönetmeliklerin/rehberlerin içerikleri işyerinin ihtiyacına göre değişmekle birlikte sosyal medya hakkında bilgilendirme, sosyal medya düzenlemeleri kapsamında olan platformlar ve sosyal medyanın riskleri hakkında genel bilgileri içeren önsözle başlamalıdır.

İşçinin özel hayatında olduğu gibi çalışma hayatında da ifade hürriyeti bulunmaktadır. Bu durumda işveren işçinin iş, işveren ve işyeriyle ilgili paylaşım yapmasını bu düzenlemelerle yasaklayamaz. Fakat söz konusu düzenlemelerde işveren, çalışma arkadaşları ve müşteriler hakkındaki paylaşımların hakaret, iftira, tehdit, ayrımcılık, taciz şeklinde ifadeler içermemesi veya konusu suç teşkil etmemesi, işverenin veya işyerinin itibarına zarar vermemesi ve yine işyeri adına yetkisiz açıklama yapmaktan uzak durulması noktasında hükümlere yer verilebilir.

İşçi bilinçsizce sosyal medyada iş ve üretim sırlarını ifşa edebilir veya haksız rekabet ve telif hakkı ihlali niteliğinde paylaşımlar yapabilir. İşte hem bu ihlalleri önleyici hem de nelerin iş ve üretim sırrı olduğu, hangi davranış ve paylaşımların haksız rekabet ve telif hakkı ihlali olduğu noktasında işçiyi bilgilendirici nitelikteki hükümler sosyal medya düzenlemelerinde yer alabilir.

Sosyal medya düzenlemelerinde işyeri içerisinde yaşanan olumsuzlukları veya sosyal medyada işveren veya işyeri aleyhine yapılan paylaşımları bildirmek için yetkili kişi veya makamlar düzenlenebilir. Yine işyeri veya işveren adına sosyal medyada açıklama yapacak yetkili kişiler de bu düzenlemelerde belirlenebilir. Ayrıca işveren, işyeri resmi sosyal medya hesaplarına sahip olması durumunda bu hesapların hangi işçi/işçiler tarafından ve ne şekilde kullanılacağı, özel amaçla kullanılıp kullanılmayacağı, özel amaçla kullanılabilecekse iş ve özel amaçla kullanım halleri bu iç yönetmeliklerde/rehberlerde kurala bağlanabilir.

Sosyal medya düzenlemelerinde, hükümlerin ihlal edilmesinin sonuçları yer alabilir. Keza sosyal medya davranışları ile ilgili disiplin sistemi bu düzenlemelerde kurala bağlanabilir. Böylelikle işçi hem yaptırımlarla ilgili bilgi sahibi olacak hem de uygulanacak yaptırımlar noktasında hukuki belirlilik sağlanacaktır. Nihayetinde işçiye disiplin cezası verilmesinde veya iş sözleşmesinin feshedilmesinde sosyal medya düzenlemeleri dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ, Deniz: *Çalışanın Haksız Rekabet Eylemleri ve Tazminat Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- AKYİĞİT, Ercan: *İş Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ALP, Mustafa: “Avrupa Birliği’nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 23, Sayı 1, s. 1-37.
- ARSLAN DURMUŞ, Seda: “İşçinin Özel Yaşamının İş İlişisine Etkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 25, Sayı 42, s. 135-168.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ATEŞ, Mustafa: “Çalışanların Telif Hakkı İhlalinden Dolayı İşletme Sahibinin Hukukî Sorumluluğu”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2021, Cilt 7, Sayı 2, s. 239-255.
- AUER-REINSDORFF, Astrid / CONRAD, Isabell (Hrsg.): *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, 3. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2019 (Yazar, HITD).
- AYDIN, Fatih: *İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (İşçinin Sosyal Medya Paylaşımı).
- AYDIN, Ufuk: “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2002-2003, Cilt 2, Sayı 2, s. 79-100 (İşçinin Bilgi Uçurması).
- BAYBORA, Dilek: “Yargı Kararları İle Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2017, Cilt 14, Sayı 56, s. 1705-1740.
- BİRBEN, Erhan: “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, (Ed.) CENTEL, Tankut: *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 135-169.
- BORSUTZKY, Andreas: “Soziale Netzwerke - Regelungskompetenz des Arbeitgebers und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2013, Sayı 12, s. 647-651.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: “İşçinin Sosyal Medya Kullanımının İş Hukukundaki Etkileri”, *Pres-Academia Procedia*, 2018, Cilt 7, s. 372-375.
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: “Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 33, s. 143-192.
- CİVAN, Orhan Ersun: *İşçinin Yan Yükümlülükleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÇALIŞKAN YILDIRIM, Aslı / UĞUR, Ömer: “İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2022, Cilt 80, Sayı 4, s. 1169-1222.
- ÇANKAYA, Yiğitcan: *İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÇARDAK, Ali Atakan: “Üretim ve İş Sırlarını Hukuka Aykırı Olarak İfşa Etmek Suretiyle Haksız Rekabet”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2023, Cilt 81, Sayı Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, s. 431-464.
- ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 36. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- ÇELİK, Kübra Deniz: *Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ÇETİN, Evra: “Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri”, (Ed.) GÜZEL, Ali / UGAN ÇATALKAYA, Deniz / HEPER, Hande: *İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 75-136.
- DURDUN ATEŞ, Sevgi: *İşverenin Yönetim Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ELBİR, Nazlı: “İç Yönetmeliklerin Bağlayıcılığı”, (Ed.) BAŞTERZİ, Süleyman: *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt 1*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 265-275.
- ERDOĞAN, Canan: “İşçilerin E-Posta Hesaplarının İşveren Tarafından İncelenmesi Hakkındaki 24.03.2016 Tarihli ve 2013/4825 Başvuru Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2017, Cilt 14, Sayı 55, s. 1351-1386.

- ERDOĞAN, Canan: *Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (İşçilerin İzlenmesi).
- ERTÜRK, Şükran: “Sosyal Medya ve İş İlişkisi”, (Ed.) ÇELİK, Ahmet Çelik / UÇAKHAN, Sema Güleç / TOKBAŞ, Hakan: *I. İş Hukuku Kongresi Tebliğler Kitabı*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 129-179.
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim / BASKAN, Esra: *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- GÜÇLÜ, Hamide Merve: *İşçiyi Sadakat Borcuna Aykırı Davranmaya Yönelmenin İş Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Sonuçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- GÜLTEKİN, Fatih: *İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- GÜNTHER, Jens: “Unternehmensschädliche Äußerungen von Arbeitnehmern in Sozialen Medien - Social Media Guidelines als Mittel der Prävention”, *ArbRAktuell*, 2013, Sayı 9, s. 223-225.
- GÜZEL, Ali / UGAN ÇATALKAYA, Deniz: “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 17-66.
- GÜZEL, Ali: “İş Hukukunda ‘Yetki’ ve ‘Özgürlük’”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan Cilt 1, s. 93-126.
- HEPER, Hande: “Düşünceyi Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü”, *Çalışma ve Toplum*, 2022, Cilt 3, Sayı 74, s. 1901-1934.
- HERBERGER, Marie: “Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen für Corporate-Influencer”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2022, Sayı 4, s. 238-242.
- HOEREN, Thomas / SIEBER, Ulrich / HOLZNAGEL, Bernd (Hrsg.): *Handbuch Multimedia-Recht*, 59. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2023 (Yazar, HMR).
- HOFFMANN, Michel / FÜLLMANN, Julia: “Reichweite und Grenzen der Mitbestimmung des Personalrats bei Sozialen Medien”, *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht*, 2023, Sayı 2, s. 23-26.
- HOFFMANN, Michel / LEX, Laura: “Corporate Influencer & Social Media Guidelines”, *Recht Digital*, 2021, Sayı 5, s. 242-249.
- HOZAR, Nağme N.: “Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2007, Sayı 7, s. 199-207.
- KARCIOĞLU, Fatih / SERÇEMELİ, Ceyhun: “İşyerindeki Sanal Kaytarma Davranışları Hakkında Hukuki Bir Değerlendirme”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 86, s. 322-331.
- KAYA, Mine: “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Sayı 119, s. 277-306.
- KAYIRGAN, Hasan: “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 459-478.
- KESER, Hakan: “İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının Geçerli veya Haklı Sebep Olarak Değerlendirilmesi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2022, Cilt 19, Sayı 74, s. 519-562 (Sosyal Medya Kullanımı).
- KESER, Hakan: “İşçi Davranışları Kapsamında İşçinin Talimatlara Aykırı Bilgisayar, İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı Sebebi ile İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmesi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 16, Sayı 62, s. 445-490 (Talimata Aykırı Bilgisayar Kullanımı).
- KEŞAPLI, Onur: “İşletmelerin Sosyal Medya Hesapları Üzerinden Kurmuş Oldukları İletişiminin Marka Değeri Üzerine Etkisi”, *Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017, Cilt 7, Sayı 2, s. 653-668.
- KRAMER, Stefan (Hrsg.): *IT-Arbeitsrecht Handbuch Digitalisierung.Homeoffice. IK Vituelle Betriebsratsarbeit*, 3. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2023 (Yazar, ITA).
- KUTLU MUTLUER, Merve: *Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk İş Hukukunda İşyeri İç Yönetmelikleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

- LELLEY, Tibor / FUCHS, Oliver: “My Space is not Your Space Einige Arbeitsrechtliche Überlegungen zu Social Media Guidelines”, *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2010, Sayı 4, s. 147-150.
- LEXA, Carsten / HAMMER, Nadine: “Social Media Guidelines - Sichere Kommunikation in den Sozialen Medien”, *Corporate Compliance Zeitschrift*, 2014, Sayı 1, s. 45-47.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2022.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- OBERWETTER, Christian: “Soziale Netzwerke im Fadenkreuz des Arbeitsrechts”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, Sayı 7, s. 417-421.
- OĞUZ, Özgür: “Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin İşçinin Sosyal Medya Kullanımı Nedeniyle İşveren Tarafından Feshi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2022, Cilt 19, Sayı 76, s. 1177-1204.
- OKUR, Zeki: “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, *Kamu-iş Dergisi*, 2006, Cilt 8, Sayı 4, s. 1-47 (<https://www.tuhis.org.tr/pdf/842.pdf>, ET: 11.05.2024) (İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü).
- OKUR, Zeki: “Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”, *Çimento İşveren Dergisi*, 2006, Cilt 20, Sayı 3, s. 4-19 (Yeni Teknoloji).
- OKUR, Zeki: *İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013 (Elektronik Gözetleme).
- ÖKTEM SONGU, Sezgi: “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Sayı Özel Sayı, s. 609-650 (İfade Özgürlüğü).
- ÖKTEM SONGU, Sezgi: “İşçinin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İlişkin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, (Ed.) BAŞTERZİ, Süleyman: *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt I*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 1057-1098 (Özel Amaçlı İnternet Kullanımı).
- ÖZDEMİR, Erdem: “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişisine Etkileri Üzerine”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2008, Sayı 10, s. 13-24.
- ÖZDEMİR, Erdem: “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt II*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 1255-1280 (Disiplin Cezaları).
- ÖZDEMİR, Semih Sırrı / DOĞANAY, M. Zahid: “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 13, s. 295-337.
- ÖZTÜRK, Berna: *İşçinin Talimatlara Uyma Borcu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Talimatlara Uyma Borcu).
- ÖZTÜRK, Ünal: “Sanal Ortamda Haksız Rekabet Hâlleri”, *Konya Barosu Dergisi*, 2021, Sayı 1, s. 71-109 (Haksız Rekabet Halleri).
- PAWLAK, Klaus / SMEYERS, Lea: “Außerdienstliche Aktivitäten in Sozialen Netzwerken - Gefahr für den Arbeitsplatz?”, *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht*, 2013, Sayı 2, s. 26-29.
- SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu / KOLAN, Şelen: “Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 16, Sayı 62, s. 491-562.
- SEVİMLİ, K. Ahmet: *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- SÜMER, Haluk Hadi: *İş Hukuku*, 27. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022 (İş Hukuku).
- SÜZEK, Sarper: “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, *Çalışma ve Toplum*, 2011, Sayı 28, s. 9-18 (Disiplin Cezaları).
- SÜZEK, Sarper: “Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 1, Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan Cilt I, s. 459-472 (Tip İş Akitleri).
- TAEGGER, Jürgen / POHLE, Jan / KILIAN, Wolfgang / HEUSSEN, Benno (Hrsg.): *Computerrechts-Handbuch*, 37. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2022 (Yazar, CRH).

- THÜSİNG, Gregor (Hrsg.): *Beschäftigtendatenschutz und Compliance*, 3. Baskı, C. H. Beck Verlag, München, 2021 (Yazar, BC).
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz: *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- UNCULAR, Selen: “Teknolojinin Etkisiyle Dönüşen İş İlişkisinde Giriş Kontrol Sistemleri, Yer Belirleme Sistemleri ve Sosyal Medya Vasıtasıyla İzleme”, *Çalışma ve Toplum*, 2020, Sayı 3, s. 1673-1699.
- UYAROĞLU, Osman: “İşyerinde Özel Amaçla İnternet Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 46, s. 301-326.
- UZUN, Ercan: “İşçinin İnternet ve Sosyal Medya Kullanım Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme”, *İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 1, s. 117-156.
- YAMAKOĞLU, Efe: *Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- YILDIZ, Bora / YILDIZ, Harun: “İş Yaşamındaki Sanal Kaytarma Davranışlarının Hukuki Yönden İncelenmesi”, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 2015, Cilt 13, Sayı 3, s. 1-17.
- YILDIZ, Gaye, Burcu: “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2009, Sayı 16, s. 110-119.
- YILDIZ, Gaye, Burcu: “İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2018, Sayı 39, s. 105-112.
- YİĞİT, Yusuf: “İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 18, Sayı 2, s. 161-214.



Sistem Teorisinin Dünya Hukuku Düşüncesine Katkısı: *Luhmann ve Teubner*^(*)



The Contribution of System Theory to the Idea of Global Law: Luhmann and Teubner

Güneş ÇAP



Doktor Öğretim Üyesi

*Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı*

Anahtar Kelimeler

*Sistem Teorisi,
Dünya Hukuku,
Niklas Luhmann,
Gunther Teubner,
Ulusötesi Hukuk.*

Öz

2000'li yıllarla birlikte uluslararası hukukun genişlemesi, örneğin *lex mercatoria*, *lex financiaria*, *lex digitalis*, *lex sportiva* gibi yeni hukuki rejimlerin ortaya çıkmasına neden olmuş, bu gelişmeler dünya hukukuna başka bir gözle bakmaya imkân sağlamıştır.

Son yıllarda hukukun sistem teorisi dünya hukuku düşüncesi ekseninde ulusötesi hukuk tartışmalarına yeni bir soluk getirir. Yüksek soyutlama düzeyi nedeniyle başlangıçta hukukçuların mesafeli yaklaştığı sistem teorisi, küreselleşmenin sonuçlarının hukuk alanında yeni talepler doğurmasıyla birlikte ilgi odağı olmaya başlar. Temellerini sosyolog *Niklas Luhmann*'in attığı hukukun sistem teorisi, hukuk teorisini *Gunther Teubner* tarafından yeniden yorumlanır. Devletsiz bir anayasanın mümkün olduğu iddiasıyla hukukun sistem teorisi, dünya hukuku tartışmalarına dünya toplumunun işlevsel olarak farklılaşmış olduğu olgusuna dikkate çekerek dahil olur.

Söz konusu bu çalışma, *Niklas Luhmann*'in ve *Gunther Teubner*'in dünya hukuku hakkındaki görüşlerine odaklanmaktadır. Bu kapsamda önce *Luhmann*'in klasik pozisyonu, ardından *Teubner*'in çağdaş yorumu ele alınacaktır.

Keywords

*System Theory,
Global Law,
Niklas Luhmann,
Gunther Teubner,
Transnational Law.*

Abstract

The expansion of international law in the 2000s has led to the emergence of new legal regimes such as *lex mercatoria*, *lex financiaria*, *lex digitalis* and *lex sportiva*, and these developments have enabled a new perspective on world law.

In recent years, the system theory of law has given a new impulse to debates of transnational law in the context of global law. Due to its high level of abstraction, systems theory, which was initially approached with caution by legal scholars, has started to attract attention as the consequences of globalization have given rise to new demands in the field of law. The systems theory of law, founded by sociologist *Niklas Luhmann*, has been reinterpreted by legal theorist *Gunther Teubner*. With the claim that a stateless constitution is possible, the system theory of law enters this debate by drawing attention to the fact that world society is functionally differentiated.

This study focuses on the views of *Niklas Luhmann* and *Gunther Teubner* on global law. In this context, first *Luhmann*'s classical position and then *Teubner*'s contemporary interpretation will be presented.

(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 14.11.2024, Kabul Tarihi: 27.12.2024.

Görüş ve önerileri için Dr. *Zeynep Kurtoğlu Yenipınar*'a teşekkür ederim.

GİRİŞ

Devletsiz bir anayasa tahayyülü birçok hukukçu için kabul edilemez bir tasarım olarak görülebilir. Devlet olmadan bir anayasanın var olabileceği iddiası, temelde devlet ile anayasa arasında zorunlu bir bağlantı olmadığı düşüncesine dayanır. Söz konusu düşünce ilk olarak Avrupa Birliği bağlamında ön plana çıkmıştır¹. Avrupa Birliği'nin bir anayasaya ihtiyacının olup olmadığına yönelik tartışmalar anayasanın neliğine dair kabullerin sorgulanmasını da beraberinde getirmiştir. Tartışmalar, zaman içinde Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) gibi uluslararası örgütlerin uluslararası hukuktaki rollerinin artmasıyla uluslararası hukukun anayasalaştırılması ekseninde devam etmiştir. 2000'li yıllarla birlikte uluslararası hukukun genişlemesi, örneğin *lex mercatoria*, *lex financiaria*, *lex digitalis*, *lex sportiva* gibi yeni hukuki rejimlerin ortaya çıkmasına neden olmuş, bu gelişmeler dünya hukukuna başka bir gözle bakmaya imkân tanımıştır.

Yüksek soyutlama düzeyi nedeniyle başlangıçta hukuk alanında mesafeli karşılanmış olan sistem teorisi, küreselleşmenin sonuçlarının hukuk alanında yeni talepler doğurmasıyla birlikte son dönemde ilgi odağı olmaya başlamıştır². Temellerini sosyolog *Niklas Luhmann*'in³ attığı hukukun sistem teorisi⁴, hukuk teorisyeni *Gunther Teubner*⁵ ile yeni bir boyut kazanmıştır. İki düşünür de kendilerine has yöntemleriyle, sosyal sistemlerin oluşumuna ilişkin mevcut sosyolojik bulguları evrimsel araştırma ve sibernetik alanındaki bilgi birikimiyle birleştirmiştir. *Luhmann* dünya toplumu hakkındaki düşüncelerini erken bir dönemde⁶ ve şaşırtıcı bir teorik netlikle ortaya koymuş, sonraki eserlerinde de dünya toplumu kavramlaştırmasına sadık kalmıştır. *Teubner* ise *Luhmann*'in kavramlaştırmasını bir adım daha öteye taşımış, sistem teorisinin argümanlarından beslenerek günümüz ulusötesi hukuk, hukuki çoğulculuk⁷ ve anayasalaştırma tartışmalarına özgün bir yaklaşım getirmiştir.

Söz konusu bu çalışma *Luhmann*'in ve *Teubner*'in dünya hukuku hakkındaki görüşlerine odaklanmaktadır. Ancak bu iki düşünürün görüşlerine geçmeden önce, sistem teorisine yabancı olan okuyucuya genel bir çerçeve sunmak amacıyla sistem teorisinin hukuku genel olarak nasıl ele aldığını ortaya koymak faydalı olacaktır. Hukukun sistem teorisine giriş niteliğindeki bu bölümün ardından, dünya hukuku tartışmalarının kilit noktasında yer alan anayasa kavramı açıklanacaktır. Son olarak, sırasıyla *Luhmann*'in ve *Teubner*'in dünya toplumu ve dünya hukuku hakkındaki görüşlerine yer verilecektir.

I. HUKUK SİSTEMİNİN İŞLEVSEL FARKLILAŞMASI

Sistem teorisi, sosyal olguları tespit edebildiğini ve açıklayabildiğini iddia eden oldukça soyut bir sosyal teoridir⁸. *Luhmann*, biyolojik sistem teorisinden ve bilişsel bilimlerden esinlenerek kapsamlı bir toplum teorisi geliştirmiştir⁹. *Luhmann*'in sistem teorisinde “tüm olası temasların değerlendirilmesinin

¹ FISCHER-LESCANO, Andreas: “Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft”, *Archiv Für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2002, Cilt 88, Sayı 3, s. 350.

² Bu yorum için bkz. CALLIESS, Graf-Peter: “Systemtheorie: Luhmann / Teubner”, BUCKEL, Sonja / FISCHER-LESCANO, Andreas / CHRISTENSEN, Ralph (Ed.): *Neuere Theorien des Rechts*, 2. Baskı, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, s. 62.

³ *Niklas Luhmann* (1927-1998) Bielefeld Üniversitesi'nde sosyoloji profesörü olarak çalışmıştır.

⁴ Türkçe'de bu konuda hazırlanmış kapsamlı bir çalışma için bkz. ÇATALOLUK, Gökçe: *Hukuk Sistemi ve Autopoiesis*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 63 vd.

⁵ 1944 (Almanya) doğumlu olan *Gunther Teubner* halen özel hukuk ve hukuk sosyolojisi profesörü olarak Goethe Üniversitesi'nde görev yapmaktadır.

⁶ Bu konudaki ilk özel çalışması için bkz. LUHMANN, Niklas: “Die Weltgesellschaft (1971)”, LUHMANN, Niklas (Ed.): *Soziologische Aufklärung*, Cilt 2, 4. Baskı, Springer, Wiesbaden, 1991, s. 51-71.

⁷ *Teubner*'in hukuki çoğulculuk anlayışı, *Eugen Ehrlich*'in hukuki çoğulculuk düşüncesinin sistem teorik bir yorumu olarak görülebilir. Bu konuda bkz. TEUBNER, Gunther: “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, TEUBNER Gunther (Ed.): *Global Law Without a State*, Brookfield, Dartmouth, 1997 (Global Bukowina), s. 3-28.

⁸ *Luhmann*'in genel sistem teorisine giriş niteliğinde olan Türkçe bir çalışma için bkz. YOLDAŞ, Yunus: *Sistem Kuramı*, Derin, İstanbul, 2019.

⁹ Sistem teorisi, otopoetik sistemleri zihinsel sistemler (bilinç temelinde) ile sosyal sistemler (iletişim temelinde) olmak üzere ikiye ayırarak inceler. Yaşayan sistemler olarak sosyal sistemler de etkileşim sistemleri, örgüt sistemleri ve toplum sistemi olarak üç ayrımla karışımza çıkar. Buna ilişkin bir şema için bkz. YOLDAŞ, s. 46.

*bütünü olan topluma kadar her sosyal temas bir sistem olarak anlaşılır*¹⁰. Luhmann'ın tanımıyla toplum, tüm sosyal sistemleri içeren ve bu nedenle çevresi olmayan sosyal bir sistemdir¹¹. Bu nedenle toplum, tüm iletişimleri ve sosyal sistemleri içeren, çevresinde herhangi bir iletişimin olmadığı, başka bir ifadeyle, başka olayların (bilinç, yaşam, şeyler vb.) gerçekleştiği kapsamlı bir sosyal sistemdir¹². “*Toplum, iletişime dayalı operasyonel olarak kapalı bir sosyal sistemdir*”¹³. Sosyal sistemleri çevrelerinden ayıran şey¹⁴, iletişimdir¹⁵. Sosyal sistemler¹⁶, kendi kendilerini üreterek ve kendi kendilerine gönderimde bulunarak¹⁷ sistem-çevre¹⁸ ayrışmasıyla kuruludur.

İşlevsel sistemler, toplumda önemli bir rol oynar. Her bir işlevsel sistem toplum için diğer işlevsel sistemlerin sahip olmadığı bir işlevi yerine getirir¹⁹. Hukukun sistem teorisi de toplumun bu işlevsel farklılaşmasına ilişkin bulguları üzerine inşa edilmiştir. Çıkış noktası, toplumların süregelen bir evrim süreci içinde olduğudur²⁰. Bu süreç; siyaset, bilim, ekonomi ve hukuk gibi çeşitli alt sistemlerin farklılaşmasıyla gerçekleşir. Bu alt sistemler kendi aralarındaki iletişimi öz-gönderimsel olarak kapatır ve kendi işlevlerinde uzmanlaşırlar. Hukuk da kendi kendini oluşturan bir sosyal sistem olarak karşımıza çıkar. Hukuk, “hukuka uygun / hukuka aykırı (*Recht / Unrecht*)” koduna yönelik iletişimleri birbirine bağlayarak diğer tüm iletişimleri²¹ kendi sosyal çevresine yönlendirir.

Sistem teorisi, hukukun farklılaşmasını daha geniş bir evrimsel sürecin parçası olarak görür²². Hukuk, toplum için yerine getirdiği belirli bir işlev temelinde siyaset, ekonomi, eğitim, sağlık vb. gibi diğer alt sistemlerle birlikte toplum içinde farklılaşan bir alt sistem olarak anlaşılır²³. Buna göre hukuk,

¹⁰ LUHMANN, Niklas: *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 17. Baskı, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2018 (*Soziale Systeme*), s. 33 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

¹¹ LUHMANN, *Soziale Systeme*, s. 555.

¹² LUHMANN, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, 7. Baskı, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2018 (*Das Recht*), s. 55. “*Toplum iletişim kuru ve iletişim kuran her şey, daima toplumdur*”. LUHMANN, *Soziale Systeme*, s. 555 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

¹³ LUHMANN, Niklas: *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998 (*Die Gesellschaft*), s. 205 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

¹⁴ Her sistemin oluşumu iç ile dış arasında bir ayrımla başlar. Bu, iletişimsel bağlantı olanaklarının yanı sıra işaretlenmemiş bir dışarının dışlanmasını da gerektirir. “*Bu şekilde, sistemler aynı zamanda 'dünyada kesikler' yaratır, hatta onu 'ihlal eder'. İşaretlenmemiş duruma (unmarked state) müdahale eder ve onu sistemin içinin negatif korelasyonuna dönüştürürler. Bu da bir kuruluş paradoksuna yol açar, çünkü ilgili biçimler kendilerini çevrelerine öz-gönderimsel olarak kapatsalar da onlarla kurucu bir şekilde ilişkili kalırlar. Tahris olarak, gürlüti olarak, öteki olarak ve hatta sisteme yönelik bir tehdit olarak asla tamamen bastırılmazlar. Dolayısıyla sosyal sistemler tamamen bağımsız ve kapalı değil, aynı zamanda çevreye bağımlı ve belirli açılardan açıktır.*” MÖLLER, Kolja: “Systemtheorie des Rechts: Teubner und Luhmann”, BUCKEL, Sonja / FISCHER-LESCANO, Andreas / CHRISTENSEN, Ralph (Ed.): *Neuere Theorien des Rechts*, 3. Baskı, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020 (*Systemtheorie des Rechts*), s. 52 (Çeviri yazar tarafından atflara yer verilmeden yapılmıştır).

¹⁵ “[...] İletişimi anlamak, toplumu anlamaktır.” LUHMANN, *Die Gesellschaft*, s. 299 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır). İletişimden kasıt vericinin uyarısının alıcı tarafından bir uyarım olarak alınıp işlenmesidir. Bu sebeple iletişim yalnızca bir süreç olarak anlaşılmalıdır. İletişim kendiliğinden gerçekleşir. İletişim, her zaman anlamlı olması gerektiğinden, seçilmiş süreçlere karşılık gelir. LUHMANN, *Soziale Systeme*, s. 193 vd.

¹⁶ Sosyal sistemlere örnek olarak “*aileler, işletmeler, manastırlar, dernekler, hatta partiler, konferanslar, dersler vs.*” verilebilir. LUHMANN, Niklas: *Rechtssoziologie*, 3. Baskı, Westdeutscher, Opladen, 1987, s. 133.

¹⁷ “*Bir sistem, içerdiği unsurları işlevsel birimleri olarak kendi oluşturuyorsa ve bu unsurlar arasındaki tüm ilişkilerde bu kendi oluşturduğuna atıfta bulunuyorsa, böylece kendi oluşturduğunu sürekli olarak yeniden üretiyorsa öz-gönderimsel olarak tanımlanabilir.*” LUHMANN, *Soziale Systeme*, s. 59 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

¹⁸ Luhmann'a göre “*sistem kavramının kendisi, sistem ile çevre arasındaki ayrımı ifade eder*”. Çevre ise herhangi bir bilgi sunmaz. Sadece öz-gönderim için kullanılan bir bağıntıdır. LUHMANN, *Die Gesellschaft*, s. 609. Sistem teorisi esasında çevreyi başlı başına ele almaz. Genel olarak çevreyi sistemle ilgili bir olgu olarak görür: “*Çevre, sistemin yalnızca negatif bir bağıntısıdır*”. LUHMANN, *Soziale Systeme*, s. 249 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

¹⁹ LUHMANN, *Die Gesellschaft*, s. 762.

²⁰ Evrim, varyasyon, seçim ve stabilizasyondan oluşan üç mekanizmanın sistemde ve çevrede farklı dağılımlarda birbirleri için değişen koşullar yarattığı bir süreçtir. LUHMANN, Niklas: *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, s. 22.

²¹ Örneğin, siyaset güç üstünlüğü / güç zayıflığı (*Machtüberlegenheit / Machtunterlegenheit*) çizgisinde yapılandırılmışken ve kolektif olarak bağlayıcı kararlar üretmek anlam bulurken, (LUHMANN, *Das Recht*, s. 436) ekonomi ödeme/ödememe koduyla (LUHMANN, *Das Recht*, s. 453) iletişim kuru.

²² Luhmann, hukukun kendisini başlı başına bir sosyal sistem olarak görür. Hukuki pozitivist bir çizgide hukukun pozitif doğasını hukukun dışında, örneğin, ahlakta, aramaz.

²³ Hukukun sistemleşmesi modern topluma geçişle ortaya çıkar. Hukuk giderek daha bağımsız hale gelir: Hukuk kavramları ortaya çıkar, mahkemeler ve hukukçular hukuku uygulamak ve geliştirmekle görevlendirilir. Bu şekilde, hukuk sistemi kendi içine kapanarak sosyal çevresinden ayrılır.

toplum için normatif beklentileri zamansal, olgusal ve sosyal kavramlarla genelleştirerek istikrara kavuşturma işlevini yerine getirir²⁴.

Toplumun bir alt sistemi olarak hukuk sistemi iletişimle kurulur. Hukuki iletişimler, “hukuka uygun / hukuka aykırı” ikili koduna atıfta bulunmaları bakımından diğer iletişim türlerinden farklıdır²⁵. Hukukun otopoetik (*autopoietisch*)²⁶ bir sistem haline gelmesi bu kod temelinde gerçekleşir. Hukukun otopoetikliği, hukuken ilgili hiçbir olayın normatifliğini çevresinden alamayacağı, geçerliliğin ancak hukuki iletişimden hukuki iletişime, bunların birbirlerine bağlanması ve böylece birbirlerini üretmeleri yoluyla aktarılabilmesi anlamına gelir²⁷.

II. HUKUK İLE SİYASETİN YAPISAL BAĞLANTISI OLARAK ANAYASA

Anayasa hukukunda, anayasanın nihai olarak “halk” tarafından önceden verilmiş siyasi bir kararın ifadesi olarak mı yoksa iktidarın hukuken sınırlandırılmasının zorunlu bir sonucu olarak mı anlaşılması gerektiği tartışmalıyken, sistem teorisinin anayasayı ele alış şekli²⁸ bu tartışmayı başka bir yere taşır.

Anayasanın, siyasi bir karardan mı doğduğu yoksa iktidarın kullanılmasını hukuken mi düzenlediği sorusuna ilişkin olarak sistem teorisi işlevsel bir yaklaşım benimser. Sistem teorisi, genel olarak hukuk sistemi ile siyaset sisteminin işlevsel olarak birbirlerinden farklı olduğunu savunur. Bu iddia, tüm sosyal sistemlerin özerkliğine ve tarihsel tekilliğine işaret eden otopoetik sistem düşüncesine dayanır²⁹. Bu iki işlevsel sistem, en belirgin şekliyle kodlamaları bakımından birbirinden ayrılır³⁰. Siyaset sisteminin kodu “iktidar / iktidarsızlık (*Macht / Ohnmacht*)”, hukuk sisteminin kodu ise “hukuka uygun / hukuka aykırı” olarak karşımıza çıkar³¹.

Sistem teorisine göre anayasa, hukuk sistemi ile siyaset sisteminin “yapısal bir bağlantı (*strukturelle Kopplung*)”³² içine girmesinin evrimsel bir sonucudur³³. Bu bakış açısından anayasa, hukuk ve siyasetin birbirlerinden farklılaşmasına ve bunun sonucunda ortaya çıkan bağlantı ihtiyacına tepki verir. “Anayasa, [...] hukukun kendi kendisine gönderimde bulunması sorununa siyasi çözümler, siyasetin kendi kendine gönderimde bulunması sorununa da hukuki çözümler sunar. Anayasa ‘devlet’in bir anayasasıdır; dolayısıyla devleti anayasallaştırılacak gerçek bir nesne olarak ortaya koyar”³⁴. Anayasa, hukuk sisteminde siyaset sisteminden farklı bir işlevi yerine getirir. “Hukuk sistemi için anayasa üst bir yasa, temel bir yasadır. Siyaset sistemi için ise siyasetin bir aracıdır ve araçsal [...] ve sembolik

²⁴ LUHMANN, *Das Recht*, s. 131.

²⁵ LUHMANN, *Das Recht*, s. 178.

²⁶ Otopoez (*Autopoiesis*) bir sistemin kendi bileşenlerini kendisinin üretebileceği anlamına gelir. LUHMANN, *Die Gesellschaft*, s. 65.

²⁷ CALLIESS, 56 vd. Elbette bu, hukukun toplumdaki tamamen soyutlanması demek değildir, sadece farklılaşmış bir hukuk sisteminin varlığı için bir ön koşul oluşturur.

²⁸ Türkçe’de bu konuyu ele alan bir çalışma için bkz. ATILGAN, Aydın: “Anayasayı Sistemik Perspektiften Okumak: Luhmann’da Yapısal Bağlantılar ve Paradokslar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Sayı 1, s. 65-98.

²⁹ LUHMANN, *Das Recht*, s. 407.

³⁰ LUHMANN, *Das Recht*, s. 420.

³¹ LUHMANN, Niklas: “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”, *Rechtshistorisches Journal*, 1990, Sayı 9 (Verfassung), s. 193.

³² Sistem teorisi yapısal bağlantıyı, bir sistemin kalıcı olarak çevresinin belirli özelliklerini varsayması ve bunlara dayanması durumunda ortaya çıkan iç içe geçmeler olarak tanımlar. LUHMANN, *Das Recht*, s. 441. Benzer şekilde LUHMANN, *Verfassung*, s. 204 vd. Hukuk, ekonomi ve siyaset gibi sistemler bir yandan operasyonel olarak kapalı sistemler olarak birbirlerinden farklılaşırken, diğer yandan da yapısal bağlantı biçimleriyle birbirleriyle ilişki içine girerler.

³³ LUHMANN, *Verfassung*, s. 208 ve s. 212. “18. yüzyılın sonlarına kadar - Avrupa’nın kıyılarında, Kuzey Amerika eyaletlerinde - hukuk sistemi ile siyaset sistemi arasında yeni bir şekilde yapısal bir bağlantıyı garanti eden bir form, yani o zamandan beri ‘anayasa’ olarak adlandırılan şey icat edilmemiştir.” LUHMANN, *Das Recht*, s. 470 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

³⁴ LUHMANN, *Das Recht*, s. 478 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır). Hukukun kendi kendisine gönderimde bulunması sorunu, hukukun kendi geçerliliğini ve kuruluşunu tamamen hukuki kavramlarla açıklayamamasıdır. Bu yüzden egemenliğe, yani siyasetin semantiğine başvurmak zorunda kalır. Siyasetin kendi kendisine gönderimde bulunması sorunu ise egemenliğin hukuka başvurmaksızın nihayete erdirilemiyor olmasıdır. SCHMIDT, Rainer: “Die Geltung von Recht und Verfassung in der Weltgesellschaft bei Niklas Luhmann und Gunther Teubner”, SCHMIDT, Rainer (Ed.): *Rechtspositivismus: Ursprung und Kritik*, Nomos, Baden-Baden, 2014, s. 188.

[...] *siyaset olmak üzere ikili bir anlam taşır*³⁵. Bu nedenle hukuk ve siyaset sistemlerinin birbirlerinden tamamen ayrılması sistemlerin başarısızlığına yol açacaktır. Aynı zamanda iki sistem işlevsel anlamda tam olarak ayrıştırılmadığında da işlevsel eksiklikler ve hatta sistem başarısızlıkları ortaya çıkar. Bu yüzden *Luhmann*, anayasaların evrimsel başarısının, işlevlerini ancak hukuk ve siyaset sistemlerinin işlevsel olarak birbirlerinden farklılaşmış ve operasyonel anlamda kapalı olmalarına bağlı olduklarını ifade eder³⁶. Bu ön koşulların yokluğu, birçok gelişmekte olan ülkede gözlemlendiği gibi, yolsuzluğa veya kayırmacılığa yol açmaktadır.

Anayasalar, siyaset sistemiyle karakterize edilen kolektif olarak bağlayıcı kararların alınması sürecini resmileştirilir. Hukuk sistemiyle özdeşleşen normatif beklentilerin istikrara kavuşturulması işlevi de yasama faaliyetleri kapsamında siyasetle ilişki içine girer. Bu iki sistemin evrimleşmesi anayasada kurumsallaştığında her iki sistemin kodlaması da değişir. Bunun sebebi gerek siyasi kodun gerekse hukuki kodun kendilerinden daha yüksek bir koda (anayasal olan /anayasal olmayan koduna) tabi kılınmış olmalarıdır³⁷. Bunun bir sonucu olarak hukukun, siyasetin ve toplumun nasıl etkileşime girmesi gerektiği ile birbirlerinden nasıl farklılaşması gerektiği anayasal olarak kayıt altına alınmış olur. Hiyerarşik olarak üst düzeyde yer alan anayasaya gönderimde bulunularak hukuki ve siyasi kararlar yeniden müzakere edilebilir. Bu şekilde mevcut kurumlarla birlikte toplumsal hareketler de kendilerini güçlendirme şansı bulur. Bu nedenle anayasa üzerine yapılan tartışmalar hukuk, siyaset ve toplum arasındaki sınırları değiştirebilme potansiyeline sahiptir. Anayasalar, hukuk ve siyasetin karşılıklı olarak birbirlerine hizmet etmesine, birbirlerini kendi kurucu sorunlarından kurtarmalarına yardımcı olur³⁸.

Yapısal bağlantı sayesinde anayasayı arkalarına alan siyasetçiler, düzenin kurucu ve ana sorunlarının nihayetinde siyasi organlar tarafından değil anayasa mahkemeleri tarafından ele alınması gereken hukuki sorunlar olduğuna işaret edebilirlerken; anayasa mahkemeleri de yetkilerini aşan durumlarda siyasileri sorumlu gösterebilirler. Bu şekilde her iki sistem de (hukuk ve siyaset) kendi temel sorunlarını başka bir sosyal sisteme havale ederek iletişimsel rutinlerini sürdürmeye devam edebilirler³⁹.

III. DÜNYA TOPLUMU VE DÜNYA HUKUKU DÜŞÜNCESİ

Modern anayasacılık düşüncesi 20. yüzyılda önemli değişimler geçirmiştir. Özellikle uluslararası örgütlerin ortaya çıkmasıyla, bu örgütlerin kurucu antlaşmalarıyla ve uluslararası düzlemde bağımsız rejimler kuran sözleşmelerle, insan haklarının uluslararası düzeyde düzenlenip güvence altına alınmasıyla ulus devletle özdeşleşen egemenlik anlayışında kayda değer dönüşümler yaşanmıştır⁴⁰. Bununla birlikte, sosyalist anayasacılığın etkisini yitirmesi liberal anayasacılığın evrensellik iddiasını güçlendirmiş, buna küreselleşmenin eşlik etmesiyle birlikte ulusal ve uluslararası düzen sınırları belirsizleşmeye başlamıştır. Bu, gerek “uluslararası düzenin anayasalaşması”⁴¹ gerekse temel hak düzenlemelerinin etkisiyle ulusal anayasaların uluslararasılaşması şeklinde çift yönlü bir seyir izlemiştir. 1990’lardan itibaren yatırım hukuku ve çevre hukuku gibi alanlarda çok sayıda belge ve sözleşme hazırlanmış, sınır ötesi ilişkilerde devlete bağlı aktörler yanında devlet dışı aktörler⁴² de etkin bir rol

³⁵ LUHMANN, *Das Recht*, s. 478 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

³⁶ LUHMANN, *Das Recht*, s. 478 vd.

³⁷ LUHMANN, *Das Recht*, s. 474.

³⁸ LUHMANN, *Das Recht*, s. 480.

³⁹ MÖLLER, s. 56.

⁴⁰ Türkçe’de bu konuda kaleme alınmış güncel bir çalışma için bkz. DUYMAZ, Erkan: *Uluslararası Anayasacılık*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 74 vd.

⁴¹ Söz gelimi hukuk doktrininde örneğin Birleşmiş Milletler Şartı uluslararası, AB Temel Haklar Şartı ise bölgesel anayasacılık faaliyetleri arasında değerlendirilir.

⁴² Örneğin, ekonomi yönetiminde Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Dünya Ticaret Örgütü (WTO) gibi kurumlar aktif rol oynamaktadır.

üstlenmiştir. Bu gelişmeler zaman içinde “ulusötesi hukuk (*transnational law / transnationales Recht*)”⁴³ adı altında yeni bir hukukun oluşumunun da önünü açmıştır⁴⁴.

Ulusötesi düzlemde hukuk kaynaklarının çeşitlenmesi aynı zamanda “uluslararası hukukun parçalanması (*fragmentation of international law / Fragmentierung des internationalen Rechts*)”⁴⁵ tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) 18.07.2006 tarihli uluslararası hukukun parçalanması hakkındaki raporunda⁴⁶ uluslararası sosyal dünyanın parçalanmasını, uzmanlaşmış ve görece özerk normların, hukuki kurumların ve hukuki uygulama alanlarının ortaya çıkması şeklinde ortaya koyar. Bir zamanlar “genel uluslararası hukuk”a tabi görünen alanların artık “ticaret hukuku”, “insan hakları hukuku”, “çevre hukuku”, “deniz hukuku”, “Avrupa hukuku” ve hatta “yatırım hukuku” veya “mülteci hukuku” gibi uzmanlık alanlarına ayrıldığını belirtir. Uluslararası hukukun içerik zenginliği, sadece maddi hukukla sınırlı olmayıp aynı zamanda uyumsuzluk çözümü için yetkili olan mercilerin çeşitlenmesi ve sayıca fazlalaşması olarak da karşımıza çıkar⁴⁷. Bu dağınık yapı, hukuk rejimlerinin birbirleriyle çatışması sorununu da beraberinde getirir.

Küresel toplumun anayasalaşması olarak görülebilecek bir diğer gelişme de Viyana Antlaşmalar hukuku çerçevesinde düzenlenen *jus cogens* normların ve Uluslararası Adalet Divanı’na kabul edilen *erga omnes* yükümlülüklerin sınır aşan normlar olarak ön plana çıkmasıdır. Evrensel değerlerin tezahürleri olarak nitelenebilecek bu normların sözleşmeye taraf olmayan devletlere karşı da ileri sürülebilir olması, ulusötesi hukuk tartışmalarına yeni bir yön vermiştir.

Devletler arası ilişkileri düzenleyen uluslararası hukuk anlayışından ulusötesi hukuka geçilmiş olmasını peki nasıl yorumlamak gerekir? Uluslararası düzenin anayasalaştığını iddia etmek aynı zamanda ulus devlet egemenliğinin önemini yitirdiği, artık tek bir küresel devletten ve onun hukuk sisteminden söz etmenin vaktinin geldiği anlamına mı gelir? *Luhmann*, her ne kadar sosyal bilimlerin uzlaşa sağlanmış bir dünya toplumu kavramının olmamasına karşın, iletişimin ağlarının, kitle iletişim araçlarının, bilimsel araştırmaların, finans ve kredi sistemindeki günlük değişimlerin, siyasi çıkarların, ekolojik kaygıların ve bunlarla bağlantılı olan siyasi tedirginliklerin küreselleştigi; gençlik sorunları, göç sorunlarının, dini veya etnik sorunların farklı ülkelerde neredeyse eş zamanlı olarak gerçekleştiğine dikkat çekerek bir dünya toplumunun varlığını kabul etmenin mümkün olduğunu vurgular⁴⁸. Peki, bir dünya toplumunun ortaya çıktığı ya da en azından çıkma sürecinde olduğu varsayılırsa, bir dünya hukuku nasıl olanaklıdır?⁴⁹ *Luhmann*, bu soruya şaşırtıcı bir cevap verir: “*Uzun diplomatik müzakerelerden sonra neredeyse hiçbir içeriği kalmayan uluslararası antlaşmalar şeklinde olmayacağı açıktır.*

⁴³ “*Trans*’ın anlamı; içinde (*inter*) ifadesinden farklı olarak arkasında (*beyond*) boyunca (*across*), arasında (*through*)dır. Ulusötesi milli sınırların ötesinde vuku bulan şeyler için kullanılır. Ulusötesi hukuk (*transnational law*) milli sınırları aşan fiil ve olayları düzenleyen hukuktur. Hem medeni, hem cezai, hem kamu, hem özel hukuk yönü vardır. Daha fazlası ulusötesi durumlar sadece devletleri değil, kişileri, şirketleri ve diğer grupları ilgilendirir” ÖZKAN, Işıl: *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 212.

⁴⁴ Doktrinde ulusötesi hukuk usulü; kamu ve/veya özel hukuk aktörlerinin, gerek özel veya kamu hukuku niteliğinde, gerekse ulusal veya uluslararası yargıda, ulusötesi normlar koyması, bu normları yorumlaması ve uygulamasıdır. Işıl Özkan, ulusötesi hukuk usulünün özelliklerini şu şekilde sıralar: [1] geleneksel değildir, [2] devletçi değildir, [3] dinamik, [4] normatiftir. ÖZKAN, s. 206.

⁴⁵ Uluslararası hukuk doktrininde “parçalanma” kavramı esasında bir soruna işaret eder. Çoğulculuk, çeşitlilik ve uzmanlaşma gibi kavramların aksine parçalanma kavramı uluslararası alanda negatif bir anlam taşır. Ancak aşağıda görüleceği gibi sistem teorisi küresel hukukun parçalanmasını özgün bir bakışla ele alır. Bkz. aşağıda III. B. “*Gunther Teubner’in Yaklaşımı*”.

⁴⁶ UN I.C.J. Reports, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 18.07.2006 (A/CN.4/L.702), s. 3-4, para. 6.

⁴⁷ Bu bağlamda örnek niteliğinde Uluslararası Adalet Divanı (ICJ), Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (ITLOS), Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICC) gibi uluslararası mahkemeler yanında Avrupa Adalet Divanı (ECJ), Avrupa Adil Ticaret Birliği (EFTA) Tahkim Mahkemesi, Benelüks Adalet Divanı (BCJ) gibi bölgesel mahkemeler ve hibrid uluslararası-ulusal mahkemeler, ticaret ve yatırım mahkemeleri, bölgesel insan hakları mahkemeleri ve özel sözleşme organları sayılabilir.

⁴⁸ LUHMANN, Niklas: “*Ethik in internationalen Beziehungen*”, *Soziale Welt*, 1999, Sayı 3 (Ethik), s. 249.

⁴⁹ “Uluslararası hukuk” yerine “dünya hukuku” kavramının kullanılması, klasik uluslararası hukuk mantığının artık geçerli olmadığına, yeni bir hukuki kavrayışa ihtiyaç duyulduğuna vurgu yapmak içindir. LADEUR, Karl-Heinz: “*Regime Kollisionen: Eine fragmentierte Ordnung nach der ‘Einheit der Rechtsordnung’?*”, VIELLECHNER, Lars (Ed.): *Verfassung ohne Staat*, Nomos, Baden-Baden, 2019, s. 216.

*Ve kesinlikle, varlığı kağıt üzerinde sınırlı olan uluslararası örgütlerin kararlarıyla veya niyet beyanlarıyla da değil*⁵⁰. O zaman, nasıl? Bu sorunun yanıtını aşağıda ele alacağız.

A. Niklas Luhmann'ın Yaklaşımı

Luhmann, dünya toplumu hakkındaki düşüncelerini erken bir dönemde ve şaşırtıcı bir teorik netlikle ortaya koyar⁵¹. En başta şunun altını çizmek gerekir: *Luhmann* dünya toplumunu sistem teorisi düşüncesinin dışında bir yere konumlandırmamıştır. Onun dünya toplumu kavramı teorisinin bazı unsurlarına atıfta bulunur ve bu kavramı anlamak bu unsurlarla olanaklı hale gelir.

Luhmann, dünya toplumunu her şeyden önce dünya çapındaki bir iletişim alanı olarak betimler. “*Dünya toplumu, mekânsal uzaklığa rağmen giderek daha fazla insanın mevcut olanlar arasında birincil temaslara girmesi gerçeğinden ortaya çıkmaz. Bu, her etkileşimde ortakların diğer temalarının ‘ve benzerlerinin’ dünya çapında karşılıklı bağımlılıklar anlamına gelen ve onları etkileşim kontrolüne dahil eden olasılıklarla oluşturulduğu gerçeğinin sadece bir yan etkisidir*”⁵². Bu nedenle kişiler teknolojik altyapılar sayesinde mekânsal mesafeleri aşabildikleri için küresel bir toplumla karşı karşıya kalmayız. Dünya toplumu için gerekli olan koşul, her iletişimin daha fazla bağlantıyı mümkün kılması ve böylece toplumsal olarak anlamlı hale gelmesidir. Bu yüzden *Luhmann*, geleneksel toplumlardan farklı olarak modern toplumda “*fiilen birleşmiş bir dünya ufku*”nun⁵³ var olduğunu iddia eder.

Luhmann'a göre tüm yerkürenin anlamlı bir iletişimin belirleyici bir alanı olarak tam anlamıyla keşfedilmesi, dünya toplumuna doğru evrimde önemli bir adımdır⁵⁴. Modern toplumun önceki toplumlardan farkı, heterarşik ve merkeziz bir dünyaya sahip olmasıdır⁵⁵. Bu tespitle *Luhmann*, modern topluma geçişi işlevsel sistemlerin birbirlerinden farklılaşmış olmasıyla açıklar: “*Çünkü ekonomi veya bilim, siyaset veya eğitim, sağlık hizmetleri veya hukuk gibi işlevsel sistemlerin her biri, artık somut olarak bir mekana veya bir grup insana entegre edilemeyen kendi sınırları üzerinde kendi taleplerini ortaya koyar*”⁵⁶. Bu bağlamda *Luhmann*, bölgesel toplum varsayımına, yani mekânın toplumsal gerçekliğin birincil farklılaşma şeması ve dolayısıyla toplumun oluşumunun sınırlayıcı ilkesi olabileceği kabulüne, karşı çıkar⁵⁷. Böylece modern toplumdaki birincil farklılaşma biçimi olarak işlevsel farklılaşmanın mekânsal sınırlara kayıtsız olduğunu iddia eder. Bu kapsamda devletin önemini sorgular⁵⁸ ve siyaset bilimcilerin ilgilerini devlette yoğunlaşmasını sosyal teorinin bilişsel tıkanıklıklarından biri olarak ortaya koyar⁵⁹.

Bu noktada akıllara gelebilecek bir soru, *Luhmann*'ın dünya toplumu kavramlaştırmasında devletlerin herhangi bir rolünün olup olmadığıdır. Belirtildiği gibi, *Luhmann*'ın toplum kavramı, modern

⁵⁰ LUHMANN, *Ethik*, s. 250 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

⁵¹ Bu konudaki ilk özel çalışması için bkz. LUHMANN, Niklas: “Die Weltgesellschaft (1971)”, LUHMANN, Niklas (Ed.): *Soziologische Aufklärung*, Cilt 2, 4. Baskı, Springer, Wiesbaden, 1991 (Die Weltgesellschaft), s. 51-71. *Luhmann*'ın bu görüşlerini otopoetik dönüştürme önce ortaya koyduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Bu dönüşle birlikte *Luhmann*, toplumsal sistemlerin çevreye açık değil, işlevsel olarak kapalı, kendi kendine gönderimde bulunan ve kendi kendini üreten sistemler olduğunu kabul eder. Bu paradigma değişiminin dünya toplumu kavramı için de bazı sonuçları olsa da kavramın *Luhmann*'ın teorisindeki yeri ve önemi değişmemiştir. Benzer bir yorum için bkz. WOBBE, Theresa: *Weltgesellschaft*, transcript, Bielefeld, 2000, s. 43.

⁵² LUHMANN, *Die Weltgesellschaft*, s. 55 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

⁵³ LUHMANN, *Die Weltgesellschaft*, s. 54 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

⁵⁴ LUHMANN, *Die Gesellschaft*, s. 148.

⁵⁵ LUHMANN, *Die Gesellschaft*, s. 157.

⁵⁶ LUHMANN, *Die Gesellschaft*, s. 149 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

⁵⁷ LUHMANN, *Die Weltgesellschaft*, s. 61.

⁵⁸ Elbette, devletin *Luhmann* için herhangi bir öneminin olmadığını söylemek yanlış olacaktır. *Luhmann*'ın eleştirisi, uluslararası ilişkilerin öncelikli olarak ulus devletten yola çıkarak anlamlandırılmaya çalışılmasıdır. Ulus devlet hukuk sistemleri tek başlarına operasyonel olarak kapalı sistemler değildir.

⁵⁹ LUHMANN, *Die Gesellschaft*, s. 159. “*Eğer toplum kavramı iktidarın veya değerlerin merkezileşmesine dayalı öncüllere bağlanırsa, sadece bölgesel olarak da görülebilen iletişimsel içeriklerin çeşitliliği ve karmaşıklığı değil, aynı zamanda ve hepsinden önemlisi, ‘bilgi toplumunun’ küresel boyutta ağlar aracılığıyla merkeziz ve ilişkisel iletişim kurması - ki bu eğilim öngörülebilir gelecekte bilgisayarlaşma ile kesinlikle güçlenecektir- da küçümsemiş olur.*” LUHMANN, *Die Gesellschaft*, s. 31 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

çağdaş toplumdaki birincil farklılaşma biçimi olarak işlevsel farklılaşmayı esas alır. Ancak bu başka farklılaşma biçimlerinin olmayacağı anlamına gelmez. Elbette, başka farklılaşma biçimleri de vardır. Fakat işlevsel farklılaşma biçimlerinin aksine bu farklılaşma biçimleri toplumsal yapının oluşmasında esaslı bir rol oynamazlar. *Luhmann* için dünya ekonomisi, dünya bilimi, dünya iletişimi gibi dünya siyaset sistemi de birincil farklılaşma biçimi olarak işlevsel farklılaşma temelinde dünya toplumunun bir alt sistemidir. Dünya siyaset sistemi de içsel yani ikincil bir farklılaşma biçimi olarak bölgesel devletlere, başka bir deyişle benzer ve eşit dereceli parçalara ayrılır⁶⁰.

Luhmann, dünya toplumu lehindeki argümanların ironik bir şekilde geleneksel olarak dünya devletine karşı ileri sürülen argümanlarla benzerlik gösterdiğine dikkat çeker. Bu bağlamda, bölgesel ve kültürel farklılıkların tüm dünyanın tek bir dünya devleti tarafından yönetilmesi ve kontrol edilmesi için çok büyük olduğunu belirtir⁶¹. Bir devletin bilimsel araştırmaları ne ölçüde yapabildiği, dini özgürlüğü ne ölçüde kabul etmek istediği veya insan haklarına ne ölçüde saygı gösterdiği bir başka devletten farklı olabilir. Söz gelimi, devletlerin demokrasi uygulamaları birbirlerinden farklı olabilir⁶². Aynı zamanda dünya siyaset sisteminin devletlere bölünmesi, diğer işlevsel sistemlerin “siyasallaşması” olasılığını azaltır⁶³. *Luhmann* için devlet, küreselleştirici etkileri kolektif bağlayıcı kararlar düzeyinde sınırlama ve/veya bu kararları kendi bölgesel koşullarına uyarlama işlevine sahiptir⁶⁴.

Luhmann, dünya toplumunun merkezi bir yasama veya yargı organına sahip olmasa da bir hukuk düzeninin olabileceğini, bir dünya hukuk sisteminin en önemli göstergelerinden birinin de insan haklarına verilen önemin artması olduğunu ifade eder⁶⁵. *Luhmann* ayrıca, dünya toplumundan dışlanma sorununa değinir. Genel olarak dışlanma, işlevsel sistemlerin iletişimine katılamamaktır⁶⁶. Dahil olmayanlar ne siyasette ne ekonomide ne de hukukta işlevsel sistemlerin hizmetlerine katılabilirler. *Luhmann*'a göre içermeyi ve dışlamayı yaratan esasında işlevsel farklılaşmanın kendisidir.

B. Gunther Teubner'in Yaklaşımı

Bugüne kadar dokuz farklı dile çevrilmiş olan “Otopoetik Sistem Olarak Hukuk (*Recht als autopoietisches System*)⁶⁷ kitabıyla *Gunther Teubner*, sistem teorisinin Almanya dışında yayılmasına önemli katkılar sunmuştur. *Teubner*'in sonraki çalışmaları⁶⁸ küresel hukukun gelişimine ve özellikle ulusötesi hukuki çoğulculuk⁶⁹ düşüncesine odaklanır. Ulus devlet-uluslararası hukuk ikiliğinin ötesinde bir anayasa kavramını yeniden düşünmek ve yeniden tasarlamak için iddialı bir çalışma ortaya koyar. Amacı, ulus devlet düşüncesinden bağımsız bir küresel toplum anlayışı geliştirmek ve bu toplumda hukukun işlevsel yeterliliğini teorik olarak açıklamaktır. Böylece ulus devletin yapısal sınırlamalarından bağımsız olarak işleyen hukuk, bilim, ekonomi, medya ve sağlık gibi işlevsel olarak farklılaşmış sistemlerin genelliği arasında artan yapısal ve anlamsal gerilimlere sosyolojik bir perspektiften çözümler getirmeye çalışır.

⁶⁰ İçsel farklılaşmanın kesin çevresel karşılıkları yoktur ve bu da sistem sınırlarının içsel olarak yeniden üretilmesini sağlar. LUHMANN, Niklas: *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2002 (Die Politik), s. 222.

⁶¹ LUHMANN, *Die Politik*, s. 222.

⁶² LUHMANN, *Die Politik*, s. 223.

⁶³ LUHMANN, *Die Politik*, s. 223.

⁶⁴ LUHMANN, *Die Politik*, s. 225. Benzer bir tanım için LUHMANN, *Das Recht*, s. 582.

⁶⁵ LUHMANN, *Das Recht*, s. 574.

⁶⁶ LUHMANN, *Das Recht*, s. 582.

⁶⁷ TEUBNER, Gunther: *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.

⁶⁸ *Teubner*'in bir diğer önemli eseri şudur: TEUBNER, Gunther: *Verfassungsfragmente*, Suhrkamp, Berlin, 2012 (Verfassungsfragmente). Bu eser bugüne kadar yedi farklı dile çevrilmiştir.

⁶⁹ “Küresel hukuki çoğulculuk basitçe siyasi çoğulculuğun bir sonucu, çoklu dominia ve iurisdictiones, siyasi bir ‘yeni Ortaçağ’ değil, esasında dünya toplumunun çatışan sektörleri tarafından üretilen daha derin sosyal çelişkilerin bir ifadesidir. Dünya hukukunun parçalanması ne basitçe hukuk normlarının çatışması ne de tek nedenle açıklanabilecek sosyal çatışmalar meselesidir.” FISCHER-LESCANO, Andreas / TEUBNER, Gunther: *Regime-Kollisionen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2006 (Regime-Kollisionen), s. 23 vd. (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

Teubner, öncelikle 18. ve 19. yüzyılda oluşturulmuş olan ve yalnızca anayasal devlete, hukukun üstünlüğüne ve devlet politikalarının uygulanmasına odaklanan modern anayasa teorisinin dijitalleşmenin, özelleştirmenin ve küresel ağı getirdiği sorunları çözmekte yetersiz kaldığını dile getirir⁷⁰. Bu yetersizliğin, devlet dışı aktörlerin⁷¹ anayasal özneler olarak uluslararası sürece dahil edilip edilemeyeceği, şayet dahil edilebilirlerse, bunun nasıl gerçekleşebileceği gibi soruları da beraberinde getirdiğini belirtir. Özellikle devlet dışı aktörler tarafından işlenen kitlesel insan hakları ihlalleri göz önüne alındığında, temel haklara ilişkin taleplerin sivil kurumlara, özellikle de ekonomik güç merkezlerine karşı nasıl ileri sürülebileceği de *Teubner*'in işaret ettiği bir diğer anayasal sorun olarak karşımıza çıkar⁷².

Teubner, yukarıda belirtilen sorunlara ne sadece uluslararası siyasetin vekil kurumlarıyla geliştirilen ne de toplumun tüm alanlarını kapsayan küresel bir anayasa ile çözüm getirilebileceğini iddia eder⁷³. *Teubner*'a göre dünya toplumunun anayasası, çok sayıda özerk alt sistemin anayasallaşmasıyla aşamalı bir şekilde ortaya çıkar. *Teubner*, müzakereci demokrasiyi siyasi kurumlarla sınırlı görmeyecek ulusal ve uluslararası bağlamda sosyal aktörlere doğru genişletir.

Yukarıda da belirtildiği gibi *Luhmann*, dünya toplumunun işlevsel farklılaşmaya tabi olduğunu savunur⁷⁴. Dünya toplumunun hukuk sistemini “özel bir durum” olarak ele alır ve bölgesel hukuki farklılıklara fazla önem vermemek gerektiğini vurgular⁷⁵. *Luhmann*'a göre dünya hukuk düzeni insan hakları rejimi üzerinden gelişebilir. Bu, devletlerin insan haklarına uymakla yükümlü olmaları ve bu hakların teminat altına alınmasının ulusal hukuklarca sağlanması yönündeki taleplerle de uyumludur. *Luhmann*'dan daha net bir tablo ortaya koymaya çalışan *Teubner*, küresel çaptaki toplumsal gelişmelerden önce zaten var olan işlevsel olarak farklılaşmış sistemlerin küreselleşmeyle birlikte kendi kendilerini kurumsallaştırmasının ivme kazandığını dile getirir⁷⁶. Ona göre küreselleşme, yaşamın farklı alanlarının (ekonomi, siyaset, teknoloji, savunma, hukuk, kültür, çevre gibi) bölgesel engelleri aşarak özerk küresel sektörler (küresel köyler) oluşturduğu çok merkezli bir süreçtir ve bu yüzden de “işlevsel farklılaşmanın dünya çapında gerçekleşmesi” olarak yorumlanabilir⁷⁷. Ancak bu süreçte siyaset sistemi toplumun diğer alt sistemlerinin gerisinde kalmakta, dünya siyaseti hala uluslararası siyaset olarak (yani özerk ulus devletler arasındaki bir etkileşim sistemi olarak) işlemektedir. Bu, toplumun tamamen küreselleşmiş alt sistemleri (ekonomi, çevre, spor gibi) ile sadece uluslararasılaşmış siyaset arasında bir asimetri oluşturur ve siyasi kurumların anayasalarıyla toplumun bir bütün olarak şekillendirilmesini imkânsız kılar⁷⁸.

“*Hukuk yaratma, uluslararası hukukun klasik kaynaklarının dışında, küresel oyuncular arasındaki sözleşmelerde, çok uluslu şirketlerin özel piyasa düzenlemelerinde, uluslararası örgütlerin koydukları iç kurallarda, örgütler arası müzakere sistemlerinde, kısmen piyasalarda kısmen de örgütlerin müzakere süreçlerinde gerçekleşen dünya çapındaki standardizasyon süreçlerinde gerçekleşmektedir*”⁷⁹. Bu,

⁷⁰ “O dönemde amaç, ulus devletin siyasi iktidar erkini serbest bırakmak ve aynı zamanda bunları hukukun üstünlüğü yoluyla etkili bir şekilde sınırlamak iken; bugünün anayasallaşma süreçleri, özellikle ekonomide ama aynı zamanda bilimde ve teknolojiye, tıpta ve diğer yeni medya araçlarında görünür olan, farklı sosyal erklerin serbest kalmasını ve onların yıkıcı etkilerini etkili bir şekilde sınırlamayı amaçlamaktadır.” TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, s. 11 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

⁷¹ “Bu aktörler; bir yandan küresel siyasi karar alma süreçlerinin katılımcıları olarak uluslararası örgütler, çok uluslu şirketler, uluslararası sendikalar, çıkar grupları ve sivil toplum kuruluşları, diğer yandan da uluslararası hukuk tarafından sadece tereddütlü ve marjinal bir şekilde hukuki özne olarak tanınan temel hakların ve insan haklarının taşıyıcıları olarak bireylerdir.” TEUBNER, Gunther: “Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, Sayı 63 (Globale Zivilverfassungen), s. 3 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

⁷² Bu bağlamda *Teubner*; DTÖ'nün insanın sağlığına ve çevreye zarar veren veya tehdit eden geniş kapsamlı kararları ile sporda doppinge, internet / posta gizliliği gibi mahremiyete yönelik ihlallere ve küresel finans piyasasından kaynaklanan risklere işaret eder. Bunlara karşı mücadelede temel hakların yatay etkisinin kabul edilmesinin de yeterli olmadığını vurgular. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, s. 27 vd.

⁷³ TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, s. 29 vd.; TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 8.

⁷⁴ Bkz. yukarıda III. A. “Niklas Luhmann'ın Yaklaşımı”.

⁷⁵ LUHMANN, *Das Recht*, s. 573.

⁷⁶ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 8.

⁷⁷ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 8.

⁷⁸ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 8.

⁷⁹ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 9 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

egemenliğin kamusal alanı ile özel menfaatlerin özel alanı arasındaki ayrımı bulanıklaştırmıştır⁸⁰. Buna paralel olarak sadece ulusal ve uluslararası mahkemeler değil, aynı zamanda siyasi olmayan toplumsal çatışma çözüm organları, uluslararası örgütler, tahkim mahkemeleri, arabuluculuk organları, etik komisyonlar ve antlaşma rejimleri çatışma çözümleriyle hukuk yaratmaktadır. *Teubner*, bu dönüşümü, hukukun ana kaynaklarının üretiminin hukukun merkezinden (ulusal parlamentolardan ve hükümetler arası anlaşmalardan) hukukun çeperlerine doğru kayması olarak yorumlar. Ona göre dünya toplumunun hukuk haricindeki sistemlerinin kısıyılarında üretilen bu hukuka “anayasallık” niteliği atfedilebilir⁸¹. Fakat bu, toplumun her kesiminin anayasal normlarını artık sadece kendi inisiyatifiyle ürettiği anlamına elbette gelmez: “*Nasıl ki toplumsal alt sistemlerin küresel olarak hukukileşmesi her zaman özerk ve heteronom hukuk oluşumunun bir karışımını gösteriyorsa, küresel sivil anayasaların gelişimi de dış ve iç faktörlerin etkileşim içinde olduğu bir süreçtir. Bu süreçler sosyal alt sistemde ve aynı zamanda hukukun kısıyında gerçekleştiği için hukuk sistemi her zaman işin içindedir*”⁸². Söz gelimi *lex mercatoria*, küresel geçerlilik iddiasına sahip özerk, devlet dışı bir hukuk düzeni üreten sivil bir rejim olarak işler⁸³. Günümüzün bir diğer önemli hukuki rejimi ise internetin *lex digitalis*’idir⁸⁴. Ulusal veya uluslararası hukuk kaynaklarının aksine, kendi bağımsız hukuk yaratma mekanizmalarına sahip olan bu rejimler bağımsız ulusötesi bir hukuk sistemi olarak karşımıza çıkar⁸⁵.

Peki, çeşitli küresel sektörlerde anayasal unsurların varlığından söz edebilmek için hangi özelliklerin mevcut olması gerekir? *Teubner* için küresel sivil anayasalar ne sadece hukuki metinlerdir ne de sadece toplumsal düzenlerin fiilen oluşturulmasıyla ilgilidir⁸⁶. Sistem teorisinin terminolojisiyle ifade edecek olursak küresel sivil anayasalar, alt sistemlere özgü düzen şemaları ile hukuk normları arasında kalıcı bir yapısal bağlantı kurulmasıyla ortaya çıkarlar⁸⁷. Böylece ekonomik anayasalardan, bilimsel anayasalardan, dijital anayasalardan ve siyasi anayasalardan bahsedilebilir. “*Anayasa her zaman iki gerçek sürecin birbirine bağlanmasıdır: Hukuk açısından bakıldığında, sosyal sistemin temel yapılarıyla özel olarak iç içe geçmiş hukuk normlarının üretilmesidir; oluşturulmuş sosyal sistem açısından bakıldığında ise, aynı anda hem hukuku bilgilendiren hem de hukuk tarafından standartlaştırılan sosyal düzenin temel yapılarının üretilmesidir*”⁸⁸. Yapısal bağlantı sayesinde bir düzen diğeri tarafından alt edilemez; böylece her düzen kendi özerkliklerini korumuş olur. “[A]nayasa, iki anlam alanının birleşimi olarak kurumsallaştığı ölçüde, her özerk sosyal norm oluşumunda ortaya çıkan bir soruna, yapısal yozlaşma sorununa, yanıt verir”⁸⁹. *Teubner*, *Luhmann*’ın aksine anayasayı sadece siyaset ile hukuk arasındaki bir yapısal bağlantı olarak görmez⁹⁰. *Teubner*’in kavramsallaştırmasında anayasa aynı zamanda diğer alt sistemler ile hukuku (örneğin: ekonomi ile hukuku, bilim ile hukuku vb.) yapısal olarak birbirine bağlar⁹¹. Rejim anayasaları gerek resmi örgütün, sözleşmelerin veya ağı iç ilişkilerini gerekse çevreyle olan dış ilişkilerini düzenler⁹².

⁸⁰ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 9 vd.

⁸¹ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 10.

⁸² TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 10 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

⁸³ TEUBNER, *Global Bukowina*, s. 10 vd.

⁸⁴ FISCHER-LESCANO, Andreas / TEUBNER, Gunther: “Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt etatistischer Rechtseinheit”, ALBERT, Mathias / STICHWEH Rudolf (Ed.): *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2007 (Fragmentierung des Weltrechts), s. 47.

⁸⁵ FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, s. 44.

⁸⁶ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 11.

⁸⁷ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 11 vd.

⁸⁸ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 12 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

⁸⁹ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 12 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

⁹⁰ TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, s. 162 vd. Bkz. ayrıca yukarıda III. A. “Niklas Luhmann’ın Yaklaşımı”.

⁹¹ Benzer bir tespit için bkz. SCHMIDT, s. 194.

⁹² TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, s. 97.

Teubner'e göre sosyal alt sistemlerin anayasallaştırılmamaları bazı istenmeyen sonuçlar doğurabilir. Toplumun tüm alt sistemlerinin verimliliğinin sağlanması sistemlerin özerkliğini güçlendirmekten geçer⁹³. Örneğin, kendisini dini veya siyasi kısıtlamalardan kurtaran bilim, etkinliğini, verimliliğini ve kendi egemenlik iddiasını arttıracaktır. Amaç, sisteminin sınırlarına saygı gösterilmemesinde yatan yıkıcı gücü azaltmaktır. Egemenlik ister bilimde ister sağlık veya sanatta olsun, artık ulusal sınırlar içinde hareket etmemekte, bu sınırları aşarak küresel alana yayılmaktadır. Bu da ancak alt sistemlere özgü bir anayasacılık anlayışıyla gerçekleşebilir⁹⁴.

Teubner, bir sosyal düzen ile hukukun yapısal olarak birbirine bağlanmasının küresel sivil bir anayasanın varlığı için gerekli bir koşul olduğunu, ancak tek başına yeterli olmadığını dile getirir. Küresel sivil bir anayasadan söz edebilmek için ayrıca bir normlar hiyerarşisine ihtiyaç vardır⁹⁵. Bir diğer koşul ise bir insan hakları standardı oluşturmaktır⁹⁶. *Teubner*'e göre böyle bir standart oluşturmak söz konusu anayasal rejimlerin iç dinamikleri ve rasyonelitesi için de gereklidir⁹⁷. Tüm bu sektörlerde anayasal zorluk, alt sistemlerdeki sosyal özerklik ikiliğini, yani kendiliğinden oluşan alan ile örgütsel alan arasında normatif açıdan da bir kontrol dinamiğini sağlamaktır. Bir başka koşul olarak bu zorluğun üstesinden gelinmesi gerektiğini belirtir⁹⁸.

Teubner'in küresel sivil anayasacılık yaklaşımı ne kamu-özel ikiliğine ne de kamu hukuku-özel hukuk ayırımına dayanır⁹⁹. *Teubner*'in tasarımı bizi şu üç sonuca götürür¹⁰⁰: [1] Dünya toplumu ademi merkezizetçi bir yapı sergiler. Dünya toplumu, üst yapılanması veya merkezi olmayan bir toplumdur ve yalnızca parçalarında, yani toplumsal alt sistemlerin anayasalarında anayasallaştırılabilir. [2] Dünya hukuku, küresel bir hukuk sisteminden bahsetmeyi mümkün kılıyor olsa da bir bütün¹⁰¹ olarak değil, sadece parçalı bir biçimde mevcuttur. Bunun nedeni, hukukun geleneksel iç farklılaşmasının mevcut küreselleşme süreçlerinde değişiyor olmasıdır. Ulusal hukuk sistemlerinin çokluğuna dayanan farklılaşma, bölgesel olarak değil, sektörel olarak tanımlanan ve sivil anayasaların taşıyıcısı haline gelen hukuki rejimler şeklindeki farklılaşma ile yer değiştirmektedir. [3] Küresel sivil anayasaların genel bir siyasi anayasa aracılığıyla bütünleşmesi beklenemez. Fakat bu, küresel sivil anayasaların birbirleriyle yarışırken ağ benzeri bağlantılar oluşturmalarına engel değildir.

Böylece dünya toplumunun merkezsiz ve parçalı bir toplum olduğu yönündeki kavrayışın, uluslararası hukukun örgütsel olarak hiyerarşik bir birlik oluşturabileceği umudunu dışladığını söylemek yanlış olmaz. Dünya siyasetinin çok parçalı yapısının tek bir otoritenin varlığını imkânsız kıldığını, dünya hukukunun bütünleştirilmesi yoluyla da hukukun bu görevi üstlenemeyeceğini vurgulayan *Teubner* ve *Fischer-Lescano*, dünya toplumunda sadece heterarşik bir hukuk için imkânların bulunduğuna dikkat çeker. Bu heterarşik yapı, kendisini parçalanmış, alt hukuk sistemleri arasında esnek bir bağlantının kurulmasıyla ortaya çıkabilir¹⁰². Hukuki rejimlerin heterarşik bir ağ oluşturmaları için şu üç ilke birlikte aranmalıdır: [1] Hukukun tam hiyerarşik birliği yerine özerk hukuk sistemlerinin salt normatif

⁹³ Ulus devlet anayasaları ilk ortaya çıktıklarında amaç siyasi egemenliği hem etkili bir şekilde kullanmak hem de sınırlandırmaktır. O dönemde egemenlik yetkisi tehditlerden anayasa ile korundu. *Teubner*'e göre bugün aynı ihtiyaç dünya toplumunun işlevsel olarak farklılaşmış alt sistemleri için mevcuttur. Bu alt sistemlerin anayasalarla güvence altına alınması gereklidir.

⁹⁴ TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, s. 138.

⁹⁵ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 13.

⁹⁶ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 14.

⁹⁷ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 15.

⁹⁸ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 17.

⁹⁹ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 18.

¹⁰⁰ TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*, s. 18.

¹⁰¹ "Küresel rejimlerin ortaya çıkması, hukukçuların sıklıkla iddia ettiği gibi, küresel hukukileştirme hamleleriyle hukuk sistemlerinin standartlaşacağı, uyumlu hale geleceği ya da en azından yakınlaşacağı değil; daha ziyade hukukun yeni bir iç farklılaşma biçimini ortaya çıkaracağı ve bunu yaparken de hukuki birlik yerine, yeni bir parçalanma yaratacağı anlamına gelmektedir". FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, s. 36 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

¹⁰² FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, s. 57.

uyumluluğu, [2] özerk alt hukuk sistemlerinin karşılıklı irritasyonu, gözlemi ve yansıması yoluyla hukukun oluşumu, [3] yöntem olarak merkezi olmayan bir çatışma çözümü¹⁰³. Böylece hiyerarşik düşünce mantığının ağ mantığı ile yer değiştirmesi sağlanmış olur¹⁰⁴.

Yanıt bekleyen bir soru da ulusötesi hukukun özerk rejimler halinde parçalanmış olmasının dünya hukuku düşüncesi için ne anlama geldiğidir. Hukuki parçalanmanın kaçınılmaz olduğuna vurgu yapan *Teubner* ve *Fischer-Lescano*, parçalanmanın gerçekte hukuktan değil, hukukun sosyal çevresinden kaynaklandığına işaret eder¹⁰⁵. Hukuki çatışma, (hukuki, ekonomik, bilimsel, siyasi vb. gibi) çatışma türlerinden sadece bir tanesidir¹⁰⁶. Bu yüzden çatışmaların bilime, siyasete, ekonomiye vs. devredilmemesi, sadece hukuki parçaların uyumluluğu için çabalamakla yetinmek anlamına da gelir¹⁰⁷.

Farklı rejimlerin oluşturulmasında devletler ve uluslararası örgütlerin yanı sıra iş dünyası ve çıkar grupları gibi uluslararası düzeyde aktif rol oynayan sivil toplum örgütleri, dernekler ve kamu yararına yönelik protesto hareketleri de dahil olmak üzere çok çeşitli aktörler yer almaktadır. Dünya hukukunun örgütsel bir ilkesi olan heterarşi, işlevsel olarak farklılaşmış dünya toplumunun farklı rasyonalite alanlarına bölünmesi sonucunu doğurur¹⁰⁸. Bu da DTÖ rejimi ile çevre rejimi, *lex mercatoria* ile antit-röst hukuku arasında yaşanan çatışmalar gibi rejim çatışmalarını da beraberinde getirir¹⁰⁹. Bu çatışmalar normatif ağ oluşturma tekniğiyle çözülmeye çalışılır. Bu şekilde katılımcı kurumların karar alma kaynaklarını bir araya getirmelerine, kapasitelerini ve hizmet yelpazelerini genişletmelerine ve daha esnek hareket etmelerine izin verilmiş olur¹¹⁰.

DEĞERLENDİRME

Luhmann'ın sistem teorisi özne, eylem, parça, bütün gibi kavramları terk eden, bunların yerine sistem, çevre, iletişim ve dünya toplumunu gibi bir dizi yeni kavram koyan bir teori sunar. *Luhmann* "parça-bütün" ikiliğinin yerine "sistem-çevre" ikiliğini, eylemlerine anlam veren "özne" yerine de kendisini kendi unsurlarından üreten ve devam ettiren kendi kendisine gönderimde bulunan "sistem" kavramını koyar. Bu düşünce akışında modern toplum, diğer tüm sosyal sistemleri ve dolayısıyla tüm iletişimleri içerdiği için kapsamlı bir sosyal sistem olarak karşımıza çıkar. *Luhmann*'ın dünya toplumu iletişim içinde yer alan bir dünyadan başka bir şey değildir.

Sistem teorisinin bakış açısından hukuk, ulus devletin siyaset sistemiyle olan ayrıcalıklı bağından kısmen kopar. Buna göre devletin, devletin güç kullanımı veya merkezi yaptırım gücü üzerindeki tekelinin, ötesinde bir hukuk tanımlanabilir. Bir dünya hukukunun var olup olmadığı sorusuna verilebilecek olası sistem teorik yanıtlardan biri, böyle bir hukukun zaten var olduğudur. Elbette bu, tutarlı bir normlar bütününe değil, küresel düzeyde hukuk normlarına yönelik olan tüm iletişimlerin ait olduğu otopoetik bir sisteme karşılık gelir. İşlevsel farklılaşmaya vurgu yapan sistem teorisi, dünya çapındaki hukuki iletişimlere siyasi, ekonomik veya bilimsel iletişimlerden ayırt eder.

Teubner, otopoetik sistem düşüncesinden ve işlevsel farklılaşma kavramından yola çıkarak *Luhmann*'ın sistem teorisinin özgün bir yorumunu sunar ve hukukçuların ve siyaset felsefecilerinin ısrarla savunduğu devletli anayasa modelini aşan toplumsal bir anayasacılık anlayışı geliştirir.

¹⁰³ FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, s. 62.

¹⁰⁴ FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Fragmentierung des Weltrechts*, s. 52.

¹⁰⁵ FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, s. 170.

¹⁰⁶ FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, s. 170.

¹⁰⁷ FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Fragmentierung des Weltrechts*, s. 53.

¹⁰⁸ FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Fragmentierung des Weltrechts*, s. 53.

¹⁰⁹ FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Regime-Kollisionen*, s. 50 vd.

¹¹⁰ FISCHER-LESCANO / TEUBNER, *Fragmentierung des Weltrechts*, s. 53.

Devlet dışı oluşumların, örgütlerin ve kurumların anayasal nitelikler veya unsurlar taşıyıp taşıyamayacağı sorusunun yanıtı, her şeyden önce anayasanın arkasında bir devlet varlığını arayıp aramayacak olmamıza bağlıdır. *Teubner*, klasik anayasacılıkla kurduğu analogiyle anayasa kavramını ulus devletin ötesine taşımaya çalışır. Anayasalaştırmayı sadece devlete özgü bir mesele olarak görmeyerek sektörel bir egemenliğin kendi kendini oluşturma, geliştirme ve sınırlama noktasında ihtiyaç duyulan bir kurumsallaşma olarak betimler¹¹¹. *Teubner*'in yaklaşımı devlet ile toplumu birbirinden ayırarak hiçbir zaman sivil toplumu anayasallaştırmayı düşünmeyen liberal anayasacılık kurgusuna bir eleştiri olarak da yorumlanabilir.

Devletsiz bir anayasa iddiası, birçok hukukçu için bir provokasyon olarak görülebilir. Bu tepkinin altında yatan devlet ile anayasa arasında zorunlu bir bağlantı olduğu kabulüdür. *Teubner*'e göre anayasa, her toplumsal alt sistemin hukuk ile kurduğu yapısal bağlantıdan ortaya çıkabilir. Küresel anlamda ekonomi anayasası, bilim anayasası, sanat anayasası, spor anayasası vb. söz konusu olabilir.

Sistem teorisi gözünden bir dünya hukuk sisteminin varlığı tamamen yeni bir olgu değildir. Aksine, ortaya çıkışı bir dünya toplumunun kurulmasından ve işlevsel olarak farklılaşmış alt sistemler halinde örgütlenmesiyle gerçekleşir. Bir dünya hukukuna yönelik talep, küreselleşmeyle bağlantılı olarak hukuki ihtiyaçların değişmesinden ileri gelir. Temel ihtiyaç, çatışma çözümü ve küresel düzeyde hukuki kesinliği tesis etmek olarak karşımıza çıkar. Hukukun sistem teorisinin tezi, bu ihtiyacın yerleşik ulusal ve uluslararası hukuk sistemleri tarafından karşılanamayacağıdır. Bunun sebebi demokratik anayasal devlet modeline içkin olan devletçiliktir.

Toplumsal anayasacılık kurgusuyla sistem teorisi, ulusötesi düzlemdeki rejim çatışmalarını yadsımaz. Dahası, bu çatışmaların kaçınılmaz olduğuna vurgu yapar. Bunu dile getirirken mevcut çatışma çözümü pratiğinin hukuka biçtiği rolü sorgular.

¹¹¹ “[...] [F]elakette gücün tamamen yok edilmesi ile onun kendi kendisini sınırlaması arasındaki karar verme anını, yani anayasal anı, nihayetinde üreten patolojilerdir.” TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, s. 131 (Çeviri yazar tarafından yapılmıştır).

KAYNAKÇA

- ATILGAN, Aydın: “Anayasayı Sistemik Perspektiften Okumak: Luhmann’da Yapısal Bağlantılar ve Paradokslar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Sayı 1, s. 65-98.
- CALLIESS, Graf-Peter: “Systemtheorie: Luhmann / Teubner”, BUCKEL, Sonja / FISCHER-LESCANO, Andreas / CHRISTENSEN, Ralph (Ed.): *Neuere Theorien des Rechts*, 2. Baskı, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, s. 53-71.
- ÇATALOLUK, Gökçe: *Hukuk Sistemi ve Autopoiesis*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- DUYMAZ, Erkan: *Uluslararası Anayasacılık*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- FISCHER-LESCANO, Andreas / TEUBNER, Gunther: “Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt etatistischer Rechtseinheit”, ALBERT, Mathias / STICHWEH Rudolf (Ed.): *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2007, s. 37-62 (Fragmentierung des Weltrechts).
- FISCHER-LESCANO, Andreas / TEUBNER, Gunther: *Regime-Kollisionen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2006 (Regime-Kollisionen).
- FISCHER-LESCANO, Andreas: “Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft”, *Archiv Für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2002, Cilt 88, Sayı 3, s. 349-378.
- LADUR, Karl-Heinz: “Regime Kollisionen: Eine fragmentierte Ordnung nach der ‘Einheit der Rechtsordnung’?”, VIELLECHNER, Lars (Ed.): *Verfassung ohne Staat*, Nomos, Baden-Baden, 2019, s. 211-233.
- LUHMANN, Niklas: “Die Weltgesellschaft (1971)”, LUHMANN, Niklas (Ed.): *Soziologische Aufklärung*, Cilt 2, 4. Baskı, Springer, Wiesbaden, 1991, s. 51-71 (Die Weltgesellschaft).
- LUHMANN, Niklas: “Ethik in internationalen Beziehungen”, *Soziale Welt*, 1999, Sayı 3, s. 247-254 (Ethik).
- LUHMANN, Niklas: “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”, *Rechtshistorisches Journal*, 1990, Sayı 9, s. 176-220 (Verfassung).
- LUHMANN, Niklas: *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999.
- LUHMANN, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, 7. Baskı, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2018 (Das Recht).
- LUHMANN, Niklas: *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998 (Die Gesellschaft).
- LUHMANN, Niklas: *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2002 (Die Politik).
- LUHMANN, Niklas: *Rechtssoziologie*, 3. Baskı, Westdeutscher, Opladen, 1987.
- LUHMANN, Niklas: *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 17. Baskı, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2018 (Soziale Systeme).
- MÖLLER, Kolja: “Systemtheorie des Rechts: Teubner und Luhman”, BUCKEL, Sonja / FISCHER-LESCANO, Andreas / CHRISTENSEN, Ralph (Ed.): *Neuere Theorien des Rechts*, 3. Baskı, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, s. 47-65 (Systemtheorie des Rechts).
- ÖZKAN, Işıl: *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- SCHMIDT, Rainer: “Die Geltung von Recht und Verfassung in der Weltgesellschaft bei Niklas Luhmann und Gunther Teubner”, SCHMIDT, Rainer (Ed.): *Rechtspositivismus: Ursprung und Kritik*, Nomos, Baden-Baden, 2014, s. 185-204.
- TEUBNER, Gunther: “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, TEUBNER Gunther (Ed.): *Global Law Without a State*, Brookfield, Dartmouth, 1997, s. 3-28 (Global Bukowina).
- TEUBNER, Gunther: “Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, Sayı 63, s. 1-28 (Globale Zivilverfassungen).
- TEUBNER, Gunther: *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.
- TEUBNER, Gunther: *Verfassungsfragmente*, Suhrkamp, Berlin, 2012 (Verfassungsfragmente).
- WOBBE, Theresa: *Weltgesellschaft*, transcript, Bielefeld, 2000.
- YOLDAŞ, Yunus: *Sistem Kurami*, Derin, İstanbul, 2019.

Avrupa Ombudsmanlarının İncinebilir Gruplara Yaklaşımları^(*)



European Ombudsmen's Approaches to Vulnerable Groups

Rıdvan DEĞİRMENCİ



Doktor Öğretim Üyesi

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Ombudsman,
Çocuk Ombudsmanı,
Gazi Ombudsmanı,
İnsan Haklarının
Korunması ve
Geliştirilmesi,
Hukuk Sosyolojisi.*

Öz

İncinebilir grupların haklarına dair özel koruma birimlerinin oluşturulabileceği Paris Prensiplerinde düzenlenmiştir. Bu itibarla Avrupa'da bulunan ombudsman kurumlarında incinebilir grupların haklarının korunmasına dair özel çalışma birimleri ihdas edilmiştir. İlk olarak özel birimlerden en yaygın olan çocuk hakları birimlerine değinmek gerekir. İkinci olarak, ombudsman kurumlarının teşkilatı içerisinde bulunan ulusal önleme mekanizmaları incinebilir grupların haklarına dair şikâyetleri incelemekte, raporlama faaliyeti yürütmektedir. Bunlarla birlikte ülkelerin sorunlarına göre özel birimlerin ihdas edildiği de görülmektedir. Hollanda'da ülke güvenliği ve barış gücü misyonunda görev alan askerlerden yaralananların şikâyetlerini incelemek için gazi ombudsmanlığı özel birimi kurulmuştur. Avusturya'da ise çocukluklarında kamu kurumları bünyesinde barınan kişilerin şiddet ve istismara uğramaları sebebiyle oluşan mağduriyetin telafi edilmesinde Avusturya Ombudsmanına görev verilmiştir. İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi için toplumdaki incinebilir grupların hak ihlallerine dair bağımsız insan hakları kurumlarında özel birim ihdası, kurumun işlerliği ve hakların korunup geliştirilmesinde fayda sağlamaktadır.

Keywords

*Ombudsman,
Child Ombudsman,
Veteran Ombudsman,
Protection and
Promotion of Human
Rights,
Sociology of Law.*

Abstract

The organisation of special protection units for the rights of vulnerable groups is regulated in the Paris Principles. In this respect, it is observed that special units for the protection of the rights of vulnerable groups have been established in European ombudsman institutions. Firstly, it is necessary to mention child rights units, which are the most common of the special units. Second, national preventive mechanisms scrutinise the rights of vulnerable groups. In addition to these, it is observed that special units have been established according to the problems of the countries. A special unit of the veterans' ombudsman has been established to examine the complaints of injured members of the Dutch national security and peacekeeping missions. In Austria, the Austrian ombudsman has been entrusted with the task of redressing the victimisation caused by violence and abuse of persons who were accommodated in public institutions during their childhood. In order to protect and promote human rights, the creation of a special unit in independent human rights institutions for violations of the rights of vulnerable groups in society is beneficial for the functioning of the institution and the protection and promotion of rights.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 15.05.2024, Kabul Tarihi: 29.08.2024.

GİRİŞ

Demokratik toplumlarda ombudsmanlık kurumu İkinci Dünya Savaşı sonrasında iyi yönetim ilkelerinin benimsenmesi ve vatandaşların temel haklarının korunmasında önemli işlev yürüten bir kurum olarak hukuk sistemlerinde yerini almıştır. Ombudsmanlık, idarenin dışında ve ona tavsiye veren bir kurum olarak esasında demokratik kültürün, temel haklara saygı ilkesinin idari hizmet kuruluşlarınca benimsenerek idarenin iş ve işlemlerine karşı temel hakları korumayı, aynı zamanda temel hakların geliştirilmesini sürekli kılmayı amaçlamaktadır¹.

BM Genel Kurulu'nda 1993 yılında kabul edilen Paris Prensipleri ile uluslararası standartları belirlenen ulusal insan hakları kurumları, vatandaşların idarelere karşı şikâyetlerini inceleyerek tavsiye kararı vermektedir. Ancak bu işlev, kurumların görevlerinden yalnızca birisidir. Bunun yanında insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için gereken raporlama, izleme faaliyetleri kurumların işlevinin önemli bir parçasıdır.

Paris Prensiplerinin “İşleyiş Biçimleri” (*Methods of Operation*) başlığı altında ulusal insan hakları kurumlarının çalışma grupları oluşturabileceği düzenlenmiştir². Bu ilke çerçevesinde ulusal insan hakları kurumları, özel çalışma birimleri oluşturmuşlardır. Çocuk ombudsmanlığı, gazi ombudsmanlığı, cezaevi ombudsmanlığı gibi ülkelerin ihtiyacına göre çeşitli birimler oluşturulması özellikle dikkat çekicidir. “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Seçmeli Protokol” (*OPCAT*) bağlamında, ulusal önleme mekanizması görevini yürütecek bir birim oluşturulması ise uluslararası antlaşmanın bir yükümlülüğüdür³. Birçok ülkede bu görevin ombudsmana tevdi edildiği ve bu görevi yürütecek özel bir birim kurulduğu görülmektedir.

İdare ile vatandaş arasında süregelen problemleri değerlendirmek ve çözüme kavuşturmak için ulusal insan hakları kurumlarının tecrübesi ve prestijinden yararlanmak oldukça önemlidir. Örneğin, Hollanda ve Avusturya ombudsmanları diğer ülke uygulamalarından farklı olarak ombudsmanlara özel kanunlara görevler yüklemiştir. İncinebilir grupların haklarının korunmasına dair politikalar, ancak bu konudaki hassasiyeti idareler, tüm eylem ve işlemlerde benimserlerse mümkün olabilir. Hollanda ve Avusturya örneği, ulusal insan hakları kurumlarının incinebilir gruplara karşı politikaların dönüştürülmesinde aldığı rolü göstermesi bakımından önem teşkil etmektedir.

Çalışmada ilk olarak, Paris Prensiplerinde ulusal insan hakları kurumlarının özel birimler oluşturabileceğine dair düzenlemeler incelenecek, akabinde özellikle çocuk haklarına ilişkin özel birimi olan ombudsman kurumları değerlendirilecektir. Ulusal önleme mekanizması bulunan ombudsman kurumlarından Norveç Ombudsmanlığının 2022 yılında yaşlı bakım evlerine yönelik incelemeleri ve idarelere önerileri, İngiliz Yerel Yönetimler ve Sosyal Yardım Ombudsmanının yaşlı bakımına ilişkin kararları, incinebilir gruplara yönelik politikaların belirlenmesinde ombudsmanların rolü açısından ayrıca önemlidir. Sonrasında Hollanda ve Avusturya ombudsman kurumları örneklerinde özel kanunlarla ombudsmana görev verilmesinin sebebi ve sonuçları değerlendirilecektir.

I. PARİS PRENSİPLERİ ÇERÇEVESİNDE ULUSAL İNSAN HAKLARI KURUMLARINDA İNCİNEBİLİR GRUPLARA YÖNELİK ÖZEL BİRİMLER

Paris Prensipleri çerçevesinde çalışma ilkeleri belirlenen ulusal insan hakları koruma kurumları, hakları korumak ve geliştirmek için özel birimler kurabilirler. Nitekim bazı gruplara ilişkin insan hak-

¹ 1960'larla birlikte İskandinav Ombudsman modeli Avrupa'da benimsenmeye başladı. 1970'lerden sonra Commonwealth ve Batı Avrupa ülkeleri bu sistemi benimserken 1990'lardan itibaren insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde rolü giderek arttı. REIF, Linda C.: “Transplantation and Adaptation: The Evolution of the Human Rights Ombudsman”, *Boston College Third World Law Journal*, 2011, Cilt 31, Sayı 2, s. 273.

² <https://paylasim.ombudsman.gov.tr/dokuman/document/mevzuat/717Paris-Prensipleri.pdf> (ET: 13.05.2024).

³ Ülkemizde ise ulusal önleme mekanizması görevi Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna verilmiştir. <https://www.tihk.gov.tr/kategori/pages/Kurulus> (ET: 13.05.2024).

ları hukukunda özel düzenlemeler yapıldığı dikkate alındığında, bu çalışma prensibinin ulusal insan hakları koruma kurumlarında benimsenmesi belirli görevlerin yerine getirilmesinde pratik sonuçlar doğurmaktadır. İnsan hakları yaklaşımları teorik zeminde ilerlemekle birlikte, bölgesel veya uluslararası insan hakları kurumlarının insan hakları yaklaşımlarını etkilediği, geliştirdiği, hakların içeriğini ve devletlerin yükümlülüklerini belirledikleri bir gerçektir⁴.

Uluslararası literatürde incinebilir gruplar olarak ifade edilen kişiler, insan hakları ihlallerinden daha fazla etkilenebilir konumdadır. Medeni ve siyasi haklarının yanı sıra, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları da ihlale uğramaktadır. İncinebilir gruplara mensup olanlar toplum içerisinde ve otoriteler nezdinde kimi zaman ayrımcılık, sosyal dışlama, damgalama, korumadan yoksunluk ve diğer pek çok hak ihlali oluşturacak eylemlerle karşılaşabilmektedir. Toplum ve otoritelerin yanı sıra, kurumlar, yapısal bariyerler gibi pek çok etken ihlalin kaynağı konumuna gelebilmektedir⁵. Bu itibarla gerek idari gerekse adli merciler söz konusu gruplara yönelik işlemlerinde azami dikkat ve özeni göstermelidir.

Demokratik hukuk devleti, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruduğunda meşruiyet kazanır⁶. Demokratik hukuk devleti, bu yükümlülüğü yerine getirdiği ölçüde değerlidir. İncinebilir grupların siyasi örgütlenmesi ve ekonomik imkanları politik karar alıcılara seslerini ulaştırmak için yeterli olmadığından⁷ bu gruplara mensup kişilerin haklarının güçlü kurumsal yapılarca savunulması, raporlanması, kamuoyu ve karar alıcılar nezdinde dikkate sunulması ehemmiyet taşımaktadır.

Hukuk içerisinde kavramlar, belirli ölçüde diğer disiplinlerden yararlanarak oluşturmakla birlikte hayatın dinamizminin oluşturduğu sorunlara çözüm aranırken, kavramlar yeniden biçimlenmektedir⁸. Bu itibarla incinebilir gruplar, araştırma sahasına pek çok grup dahil edilerek tanımlanabilir. Nitekim burada devletin, toplumun ve hukuk uygulamasının üzerinde uzlaşma gösterdiği istikrarlı uygulamalar incinebilir grup kavramının neye karşılık geldiğini bizlere sunacaktır. İncinebilir gruplar içerisinde doğal kırılganlar, azınlıklar, vatansızlar, hukuk dışı eylem mağdurları, dolaylı incinebilir gruplar⁹ sayılabileceği gibi pek çok başka grup incinebilirlik kategorisine dahil edilebilir.

Hukuk ve toplum arasındaki bağın güçlenmesi için toplumun ekonomik ve sosyal olarak dezavantajlı tarafında bulunan, hukuki koruma sunan araçlarından yararlanmayan kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması gereklidir. Hukuk devleti ilkesinin zorunlu bileşenlerinin başında hak taleplerini karşılayabilmesi gelmektedir, hukuk devleti temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla gerekli maddi ve usulî düzenlemeleri yerine getirmelidir¹⁰. Hukuk devleti ilkesinin hayata tatbik edilebilmesi için incinebilir grupların haklarının korunması amacıyla özel müesseseler ihdas etmek modern devlet ve toplum için bir zorunluluk teşkil eder. Diğer taraftan sosyal değişimi hukuk aracılığıyla gerçekleştirerek incinebilir grupların haklarına dair toplumsal bilincin gelişmesi, hukuk kurumlarının bu grupların haklarına dair düzenlemeler ve kurumlar ihdas etmesiyle mümkündür. Hukuk, toplumsal değişimden etkileneceği gibi; bizatihi toplumu etkileyen bir gücü de kendisinde barındırır¹¹. Bu itibarla incinebilir grupların haklarının korunmasında devletlerden aktif rol üstlendikleri düzenlemeleri yapması, kurumları ihdas etmesi ve bunu sürekli kılması beklenir. Bu hassas politikalar, özel hizmet birimleri ve ko-

⁴ KLUG, Heinz: "Human Rights", (Ed.) SARAT, Austin: *The Handbook of Law and Society*, Wiley Blackwell, Oxford, 2015, s. 295.

⁵ CHAPMAN, Audrey R. / CARBONETTI, Benjamin: "Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, 2011, Cilt 33, Sayı 3, s. 683.

⁶ DEFLEM, Mathieu: *Sociology of Law Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge University Press, Edinburgh, 2008, s. 171.

⁷ BANAKAR, Reza: *Normativity in Legal Sociology Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, Springer, Switzerland, 2015, s. 273

⁸ COTTERELL, Roger: *Law, Culture and Society, Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate Publishing, Hampshire, 2006, s. 51.

⁹ IPPOLITO, Francesca / IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara: *Protecting Vulnerable Groups The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Oxford, 2015.

¹⁰ ÖZCAN, Mehmet Tevfik: "Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti Mit mi, Gerçeklik mi?", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 964.

¹¹ İŞIKTAÇ, Yasemin / KOLOŞ, Umut: *Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 184.

nusunda uzman kişiler eliyle kamu hizmetlerinin yürütülmesini zorunlu kılmaktadır. Nitekim toplumların refah düzeyi ve hukuki güvenlik endeksi yükseldikçe esasında incinebilir gruplara yönelik hassasiyetin artması gerekmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin devletin tüm organları ve daha önce kamu gücü kullanan veya çok fazla kişiye hizmet sağlayan özel hukuk kişileri için uyulması gereken yükümlülükleri kapsadığı Venedik İlkeleri'nde ifade edilmiştir. Hukuk devleti ilkesi, demokratik yönetim ve insan hakları ile birlikte demokrasinin temellerini oluşturmaktadır¹². İnsan haklarının eşitlik prensibi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde korunması, incinebilir grupların göz ardı edilmemesini, incinebilir gruplar lehine idari iş ve işlemler ile kanuni düzenlemeler yapılmasını gerektirir. Nitekim, Venedik İlkeleri'nde incinebilir grupların dezavantajlarının giderilmesi, hayata katılımının sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması, ayrıca katılımlarının sürdürülmesi gerekliliği düzenleme altına alınmıştır¹³.

“İncinebilirlik” kavramının içeriği zaman ve sosyal yapıya göre değişiklik gösterdiğinden “incinebilir grupların” tanımlaması oldukça zordur. İncinebilirlik (*vulnerability*) esasında insan türünün taşıdığı bir sıfattır; her birey doğası gereği dış etmenlerden fiziksel, duygusal, psikolojik ve sosyal açıdan zarar görebilecek kapasitededir¹⁴. Günlük dilde incinebilirlik, kendisine yönelebilecek zarar verici eylemlerden korunma kapasitesi zayıf insanları tanımlamak için kullanılır. Bu açıdan örneğin cinsiyetlerinden dolayı ayrımcılığa maruz kalan kadınlar, fiziksel ve duygusal olarak gelişimini tamamlamadığı için çocuklar, fiziki veya zihni engel durumları sebebiyle bazı sorunlarla baş edebilmeleri güç olan engelliler ve yaşlılar, din, dil, mezhep gibi çeşitli farklılıkları sebebiyle bazı durumlarda ayrımcılığa maruz kalan azınlık grupları, ekonomik olarak temel ihtiyaçlarını karşılamakta güçlük çeken yoksullar incinebilir gruplar arasında sayılabilir¹⁵.

Nitekim BM'nin ırkçılıkla mücadele kapsamında yapmış olduğu çalışmalarda ifade edildiği üzere, incinebilir gruplar çok çeşitli şekillerde sıralanabilecektir. Göçmenler, bazı ülkelerde kadınlar, çocuklar, engelli bireyler, ırkçılığa maruz kalabilecek azınlıklar incinebilir gruplar arasında sayılabilir¹⁶. İncinebilir gruplara özel bir politika geliştirilmesi, onların haklarını korunması noktasında önemlidir. Ancak bir kimsenin hak ihlali karşısında yapacağı girişimler yukarıda sayılan belirli bir gruba ait olmaması sebebiyle göz ardı edilmesine yol açmamalıdır¹⁷. İncinebilir gruplar özelinde yapılacak insan hakları çalışmaları, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasındaki yaklaşımı zayıflatmamalı, hukuk devleti ve insan haklarına dair ilkelerin gerçekleştirilmesine dair odağı değiştirmemelidir.

Kavramsal belirsizlik; incinebilir grupların tanımlanamaması, insan hakları yükümlülüğünün öznesini teşkil eden devletlerin topluma göre bir farkındalık içerisinde politikalarını belirlemesini gerekli kılmaktadır. Bu sebeple incinebilir grupların tanımlanması, kategorik olarak belirlenmesi riskler içermektedir¹⁸. Yine de incinebilir grupların varlığı ile ilgili bir tartışma artık geride kalmış, bu gruplara ilişkin politika belirlenmesine dair özellikle AİHM¹⁹ ve diğer uluslararası insan hakları kurumlarınca bir uzlaşma zemini oluşmuştur. İnsan haklarının korunması yanında geliştirilmesi önemsendiğinde her toplumun kendi yapısı içerisinde incinebilir gruplara karşı hassasiyet göstermesi ve politikalarını belirlemesi beklenecektir. Bazı bireylerin diğerlerine nazaran daha incinebilir olması ve bu grup mensupla-

¹² COUNCIL OF EUROPA: *European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission) Rule Of Law Checklist*, Strasbourg, 2016, s. 9.

¹³ COUNCIL OF EUROPA, s. 31.

¹⁴ NIFOSI-SUTTON, Ingrid: *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*, Routledge, Oxon, 2017, s. 4.

¹⁵ NIFOSI-SUTTON, s. 5.

¹⁶ <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-health/non-discrimination-groups-vulnerable-situation> (ET: 13.05.2024).

¹⁷ MACIOCE, Fabio: *The Politics of Vulnerable Groups Implications for Philosophy, Law, and Political Theory*, Palgrave, (e-kitap), 2022, s. 25.

¹⁸ ÇELİK, Elif: “İnsan Hakları Bakımından Kırılganlık Kavramına Bir Giriş ve Kavramın AİHM Kararlarında Görünürlüğü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 22, Sayı 1, s. 66.

¹⁹ ÇELİK, s. 66-68.

rına yönelik politika belirlenirken gereken hassasiyetin yüksek düzeyde tutulması açısından önem teşkil eden incinebilir gruplar yaklaşımı ancak bu zaviyeden anlam teşkil edebilir. Bu sebeple incinebilir gruplara ilişkin araştırmalarda kullanılacak yöntemlerde, araştırma alanının kültürel, formel ve sözel bariyerlerle çevrili olması sebebiyle, belirli özelliklerin dikkate alınması gereklidir. Ayrıca incinebilirliği meydana getiren unsurların tabii değil, çoğunlukla sosyal, kültürel ve ekonomik olduğu gözden kaçırılmamalıdır²⁰.

Örneğin 2010'lu yıllara kadar göçmenler pek çok ülke için ikincil problemken bugün Akdeniz'e kıyısı olan ülkeler için hayati önemi haizdir²¹. Bu sebeple idari teşkilatlar tekrar gözden geçirilmekte ve politikalar oluşturulmaktadır²². Ombudsmanlık kurumlarının sistem içerisinde prestij kazandığı ve köklü ilişkilere sahip olduğu ülkelerde insan hakları çerçevesinde yeni politikalar oluşturulurken bu kurumların tavsiyelerine daha fazla ihtiyaç duyulmaktadır. Bu durum ombudsman kurumlarının uygulamalarında özel birimlerin önemini anlamamıza yardımcı olabilir.

1990'lı yıllardan itibaren kurumsallaşan ulusal insan hakları koruma mercilerinde incinebilir gruplara yönelik özel birimlerin oluştuğu gözlenmektedir. Bu çalışma gruplarından ilki çocukların hak ihlallerine karşı özel bir birim inşasıdır. Çocuk Hakları Sözleşmesinin getirdiği yükümlülükler idarelere bu konu hakkında politikaları inşa ederken rehberlik edecek bir kurumun varlığını zaruri kılmıştır, köklü tarihe sahip her Avrupa ombudsmanlığında çocuk haklarına ilişkin özel bir birim kurulduğu görülmektedir. Ayrıca çocuk ombudsmanlıklarının iş birliği ve çocuk haklarının geliştirilmesine dair tecrübelerin paylaşımı amacıyla Avrupa Çocuk Ombudsmanları Ağı kurulmuştur²³.

İkinci olarak, ulusal önleme mekanizmasına ilişkin antlaşmanın imzalanması ile pek çok ombudsmanlık kurumunda mahkûmların, akıl hastalarının ve yaşlıların kaldığı hürriyetinden mahrum kişilere yönelik hizmet yürüten kamu kurumlarının incelenmesi için özel birimler oluşturulmuştur. Özgürlüğünden mahrum kişilerin yaşamlarının korunması ve haklarının iyileştirilmesi için bu rehberliğe ihtiyaç olduğu muhakkaktır²⁴.

Üçüncü olarak, her bir ülkenin toplumsal ihtiyacına göre özel inceleme gruplarının oluştuğu gözlenmektedir. Bu anlamda Hollanda Ombudsmanlığı bünyesinde görev yapan Gazi ombudsmanı ilk olarak göze çarpmaktadır. Hollanda, İkinci Dünya Savaşı sırasında yıkıma uğramış bir ülke olarak bu savaş sırasında yaralanan insanların bakımına özel bir önem vermiştir. Öte yandan BM barış gücüne verdiği destek sebebiyle savaşta yaralanmış pek çok kişinin sosyal hayata entegrasyonu ve temel haklarının korunması için özel politikalar geliştirmiştir. Bu politikaların izlenmesi hususunda ombudsmanlık kurumunda 2012 yılında gazi ombudsmanlığı birimi ihdas edilmiştir²⁵.

Son olarak Avusturya ombudsmanlığının Avusturya yakın tarihinde yaşanan çocuk hakları ihlallerine karşı kurulan komisyondaki önemli görevi örnek verilebilir. Çocuk bakım evlerinde çocuklara uygulanan fiziksel, psikolojik ve cinsel saldırıların oluşturduğu ağır yükün telafisi için bir yasa çıkarılmıştır. Bu yasa kapsamında ağır hak ihlallerine maruz kalan kişiler bu durumu ispatladıklarında

²⁰ SCHNEIDERBAUER, Stefan / CALLIARI, Elisa / EIDSVIG, Unni / HAGENLOCHER, Michael: "The most recent view of vulnerability", (Ed.) POLJANŠEK, Karmen, *Science for Disaster Risk Management: knowing better and loosing less*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017, s. 83-84.

²¹ <https://data.unhcr.org/en/situations/mediterranean> (ET: 13.05.2024). Birleşmiş Milletler Mülteci Ajansı, aylık olarak göçmenlere ilişkin verileri bu siteden paylaşmaktadır. Özellikle 2014 yılından itibaren göç hareketliliğinde yoğunluğu yaşandığı gözlemlenmektedir.

²² Avrupa Birliği Ombudsmanı Avrupa Komisyonu başkanına yazmış olduğu mektupta, Avrupa ülkelerindeki ulusal ombudsmanların göç hareketliliğinin yaşandığı 2014-2016 yılları arasında göçmenlere ilişkin politikalarda insan hakları ihlallerini önlemek, göçmen haklarını korumak için harekete geçtiğini belirtmektedir. <https://www.ombudsman.europa.eu/en/doc/correspondence/en/73785> (ET: 13.05.2024).

²³ HODGKIN, Rachel / NEWEL, Peter: *Child Participation and Children's Ombudsman Institutions within the European Union*, ENOC Publishing, Strasbourg, 2008, s. 5.

²⁴ Ulusal önleme mekanizmalarının rehber, BM nezdinde 9/12/2010 tarihinde kabul edilmiştir. Bkz. *Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Guidelines on national preventive mechanisms* (tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=CAT/OP/12/5&Lang=en, ET: 16.08.2024).

²⁵ <https://www.nationaleombudsman.nl/organisation#mission-and-strategy> (ET: 16.08.2024).

belirli bir ödeme alabilmektedir. İdari işlemler sırasında oluşabilecek aksaklıklar ve başvuruların itirazı için ombudsmanlık bünyesinde bir komisyon kurularak ombudsmanlığın prestijli tarihi ve kurumsal kapasitesinin söz konusu olayın çözümünde aktif rol oynaması kararlaştırılmıştır²⁶.

II. ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN ÖZEL BİRİM

Çocuk Hakları Sözleşmesinin dünyada hemen hemen tüm ülkeler tarafından imzalanması, düzenlediği konunun önemini göstermektedir²⁷. Çocuk Hakları Sözleşmesi ülkelerin tüm idari ve adli makamlarına çocukların haklarını gözetir politikalar yürütme yükümlülüğü getirmektedir. Bu sebeple çok geniş alanda politikaların belirlenmesinin gerekliliği, çocuk haklarının yalnızca korunmasını değil geliştirilmesine dair politikalarla uyumlu olmasını zaruri kılmaktadır. Avrupa ombudsmanlık uygulamalarının çoğunda çocuk hakları ile ilgili özel bir birim kurulduğu görülmektedir.

Ombudsman kurumlarında çocuk haklarına ilişkin özel birimler, uluslararası alanda çocuk haklarına ilişkin sözleşme sistematığı ile çocukların ülkede karşılaştığı sorunları gözleme ve çocuk haklarındaki gelişmeleri bir arada değerlendirme adına önemli işlev yürütmektedir. Çocuk ombudsmanları diğer ombudsman birimleri gibi çocuk haklarına ilişkin şikâyetleri inceler. Bu şikâyetleri incelerken verdiği kararların takibini ve uygulamasını izler. Burada çocuk haklarına ilişkin özel birimler arasında BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan "çocuğun üstün yararı" prensibinin somutlaştırılmasında kilit rol üstlenmektedir. İdarelerin yürüttükleri her kamu hizmetinden doğrudan veya dolaylı olarak faydalanan veya etkilenen çocukların haklarının korunması evrensel bir ilkedir. Aynı zamanda idarelerin kamu hizmeti yürütürken çocuğun üstün yararı ilkesini gözeterek iş ve işlem tesis etmesi bir idari kültür gerektirmektedir. Bunun oluşabilmesi için insan hakları kurumlarının rehberliği, değerlendirme kriterleri, raporlama ve izleme faaliyetleri büyük önem taşımaktadır. Yaşanan son gelişmelerde etik, biyoetik gibi tartışmalarla birlikte çocuğun üstün yararına ilişkin değerlendirmelerde bağımsız çocuk hakları koruma kurumlarının önemi daha da artmaktadır²⁸.

Fransa ve İspanya Ombudsmanlık Kurumlarına bakıldığında, çocuk birimlerinin re'sen araştırma yetkisine sahip olması dikkat çekicidir²⁹. Diğer işlemlere ilişkin şikâyet başvurusu temelinde harekete geçen ulusal insan hakları kurumları, söz konusu çocuk hakları ise re'sen araştırma yetkisine sahiptir. Bu yetki sayesinde şikâyet olmasa dahi idarelere çocuk haklarının korunması, geliştirilmesi açısından yol gösterebilmektedir.

Politika geliştirilmesinde ombudsmanlığın rolü oldukça önemiyet teşkil etmektedir. İspanya'da ev içi şiddet sebebiyle mahkûm olan kişinin çocuklarını görmesini engellemek için yasal düzenleme yapılması çocuk ombudsmanınca önerilmiştir. Ayrıca çocukların sanıklardan korunması için yasal düzenlemenin şart olduğu ifade edilmiştir³⁰. Göçmen çocukların çalışma şartlarına dair gelişmeler sağlanması yine İspanya Ombudsmanı tarafından dile getirilmiştir³¹.

Fransa Ombudsmanı, yıllık raporunda, pandemi koşullarında artan çocuk hakları ihlallerine dikkat çekilmiş³², hayat pahalılığının artması sebebiyle oluşacak hak kayıplarından bahsedilmiştir. Diğer yandan, iklim adaletinin gerçekleştirilmesi için çocukların farkındalığının önemi vurgulanmaktadır. Okul-

²⁶ <https://volksanwaltschaft.gv.at/en/victims-of-children-s-homes> (ET: 16.08.2024).

²⁷ BM Çocuk Hakları Sözleşmesi 196 üye ülkenin imzalamasıyla en yaygın şekilde kabul edilen uluslararası sözleşmedir. Sadece ABD sözleşmeyi onaylamamıştır. <https://www.unicef.org/child-rights-convention/history-child-rights> (ET: 13.05.2024).

²⁸ DE VOS, Bernard: "Ethical pointers and framework for taking decisions in a child's best interests - The perspective of a children's ombudsman", *The best interests of the child - A dialogue between theory and practice*, Council of Europe, Strasbourg, 2016, s. 99.

²⁹ İspanya Çocuk Ombudsmanı'na tanınan re'sen araştırma yetkisi için bkz. <https://www.defensordelpueblo.es/en/rights-of-the-child/rights-of-childhood/> (ET: 16.08.2024). Fransa Çocuk Ombudsmanına tanınan re'sen araştırma yetkisi için bkz. <https://www.defenseurdesdroits.fr/defendre-et-promouvoir-les-droits-de-lenfant-21> (ET: 16.08.2024).

³⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Annual Report*, Madrid, 2021, s. 9.

³¹ DEFENSOR DEL PUEBLO, s. 6.

³² DEFENSOR DE DROIT: *Annual Report*, Paris, 2022, s. 68 vd.

larda çocukların haklarına yönelik bilgilendirme faaliyetlerinin artırılması, engelli çocukların ayrımcılığa maruz kalmaması hususlarına vurgu yapılmaktadır. Dahası, Fransız Ombudsmanı, Suriye'deki kamplarda Fransız çocukların tutulmasında hükümeti eleştirmekte, çocukların idari gözetim merkezlerinde tutulmasına son verilmesine dair kararlar verebilmektedir³³.

Norveç'te, çocuk ombudsmanlığı (*Barneombudet*) ilk olarak 1981 yılında kurulmuştur. 1998 yılında değiştirilen kararnameye göre görevini yerine getirmektedir³⁴. Norveç Çocuk Ombudsmanlığı çocuk haklarının geliştirilmesi ve idarelerin farkındalığının artırılması için hizmet vermektedir. Bağımsız bir kurum olan Norveç Çocuk Ombudsmanlığı, çocuk haklarının geliştirilmesi, çevre ve çocuk hakları, dijitalleşme, çocuklarda hak anlayışının geliştirilmesi için bir dizi proje yürütmektedir. Çocuk haklarına dair kamu kurumları arasında stratejik iş birliği yapılmasının büyük önem taşıdığı vurgulanmaktadır. Çocuklar için iyi çevre, çocukların ihtiyaçları için iyi kamu hizmeti, çocukların ve gençlerin ihtiyaçları için kurumlar arası iş birliği, kamu otoritelerinin çocuk hakları konusunda yükümlülüklerini yerine getirmesi, haklara saygı duyması ve onları koruması Norveç Çocuk Ombudsmanlığı'nın çalışmalarında öncelikli alanlardır³⁵.

Çocuk ombudsmanları, ülke sınırları içerisinde mevcut çocukların hakları için görev yapmakla birlikte küresel ölçekte çocuk haklarının korunması için tecrübelerini, çalışmalarını ve gelecek stratejilerini paylaşma ihtiyacı duymuşlardır. Bu çerçevede Avrupa Çocuk Ombudsmanları Ağı³⁶ bağımsız çocuk ombudsmanlarının bilgi, deneyim, strateji paylaşımı için oldukça önemlidir. Üye olunması için ombudsmanlık kurumunda bağımsız çocuk ombudsmanı görevlendirilmesi gerekmekte olup; şu anda 43 üyesi bulunmaktadır. Bu amacını gerçekleştirmek için her yıl düzenli olarak toplantı yapan kurumun 2023 teması ise “çocuk ombudsmanlarının biricik rolünü anlamak” olarak belirlenmiştir. Çocuk ombudsmanlarının çocuk haklarının korunmasındaki önemi vurgulanmış, devletlerin söz konusu kurumları güçlendirmesi, tavsiye kararları ve raporları doğrultusunda eylem ve strateji belirlemesinin çocuk hakları için önemi vurgulanmıştır³⁷.

III. HOLLANDA GAZİ OMBUDSMANLIĞI

Hollanda'da gazilerin haklarını düzenlemek amacıyla özel bir kanun hazırlanması dikkat çekicidir, gazilerin hakları 2014 yılında hazırlanan kanunla düzenlenmektedir. Hollanda'da İkinci Dünya Savaşı'nda yaralanan ve BM Barış Gücü'nde görev alan pek çok gazi bulunmaktadır. Bu durum, 1950'li yıllardan itibaren örgütlü biçimde gazilerin haklarına odaklanan sivil katılımlı idari merciler, vakıflar ve enstitüler kurulmasına vesile olmuştur³⁸.

Hollanda Gazi Enstitüsü, “bilmek ve anlamak, dönmek ve uyum sağlamak” arasındaki farklara dikkat çekerek gazilerin sosyal sorunlarını, bakımları için ve psiko- sosyal olarak uyumları için yapılması gerekenleri organize etmektedir. Enstitünün temel politikalarından birisi, gazilere yönelik eylemlerin toplumda yaşayan her bireyin ödevi olduğunu ortaya koymaktır. Nitekim Hollanda Hükümeti de görevlerini yerine getirirken aldıkları yara ile her gün fiziksel ve ruhsal acılara katlanmak durumunda olan gazilere toplumun borçlu olduğunu ve bunun yerine getirilmesi için gerekenleri yapmaktan onur duyacaklarını belirtmektedir³⁹.

³³ DEFENSOR DE DROIT, s. 79.

³⁴ ÖNEN, S. Mustafa / ERGÜZEL, Enis: “İskandinavya'da Çocuk Ombudsmanlığı Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği”, *Ombudsman Akademik*, 2021, Sayı 14, s. 38-39.

³⁵ NORWAY OMBUDSMAN FOR CHILDREN: *Annual Report*, Oslo, 2022.

³⁶ <https://www.barneombudet.no/vart-arbeid/arsrapporter/arsrapport-2022> (ET: 13.05.2024).

³⁷ EUROPEAN NETWORK OF OMBUDSPERSONS FOR CHILDREN: *Position Statement on “Strengthening Independent Children's Rights Institutions and recognising their unique role”*, Brussels, 2023 (<https://enoc.eu/wp-content/uploads/ENOC-2023-Statement-on-Strengthening-ICRIs-FV>, ET: 13.05.2024).

³⁸ <https://www.nlveteraneninstituut.nl/english/> (ET: 13.05.2024).

³⁹ <https://www.nlveteraneninstituut.nl/english/> (ET: 13.05.2024).

2014 yılında Gaziler Kanunu ile (*Veteranenwet*) gazilere yönelik iş ve işlemleri denetlemek üzere ombudsman bünyesinde bir gazi ombudsmanı görevlendirilmiştir. Gazilerin idareler nezdinde karşılaş-tıkları sorunlar diğer insanlara göre daha hassas korumayı gerektirdiğinden ombudsman bünyesinde özel bir birim oluşturulmuştur. Hollanda ombudsmanlığının yıllık raporunda ifade edildiği üzere 2022 yılı itibarıyla halen görevde veya emekli 103000 gazi bulunmaktadır. 2022 yılında 268 başvuru alın-mıştır. 98 dosyada girişim, 75 dosyada tavsiye kararı verilmiştir⁴⁰.

Raporda, gazilerin, hukuki olarak bilgilendirilmesi, hukuki kaynaklara ulaşımı konusunda destek-lenmesi gereken özel insanlar olduğu belirtilmektedir. Zira bir memleketin varlığını sürdürebilmesi için gazilerin verdiği mücadele büyük önem taşımaktadır. Bir milletin gazilere olan müteşekkiriği sosyal hayatta, politikada ve hukukta görünmelidir⁴¹. Bu sebeple ombudsman, başvuruları incelerken, somut durumlarda gaziler aleyhine oluşan hukuki durumların düzeltilmesini öncelemektedir.

Örneğin, Hollanda dışında başka bir ülkede yaşamak isteyen gaziler göç sebebiyle sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan haklarını korumak için uzun uğraşlar vermek durumundadır. Hollanda Om-budsmanı ve Hollanda Savunma Bakanlığı arasında yapılan yazışmalar neticesinde bu durumun daha kısa sürede çözüme kavuşturulması sağlanmıştır⁴².

Bir başka raporunda Hollanda Gazi Ombudsmanı, belediyelerin Gaziler Yasası kapsamında yükümlü-lüklerini yerine getirmediği, personelin gazilere nasıl davranılması gerektiği hakkında yeterli bilgiye sahip olmadıklarını ifade etmektedir. Belediyelerin Gaziler Yasası kapsamında pek çok görevi bulunduğu ifade edilerek, gazilere yönelik iş ve işlemlerde gerekli hassasiyetin gösterilmesi vurgulanmıştır⁴³.

Hollanda Ombudsmanlığı gazilere yönelik politikalarını açıkça vurgulamaktadır. Gaziler yasa gereği desteklenme, açık ve net bilgi edinme, hukuka ve hukuki bilgilere erişme hakkına sahip kişilerdir. Yasal tanım bu şekilde olmakla birlikte, Ombudsmana göre ülke olarak duyulan takdir ve teşekkür duygularının pratikte de görünmesi gerekmektedir. Bu itibarla tüm kamu kurum ve kuruluşlarına gazilere yönelik iş ve işlemlerde Gaziler Yasasına göre hareket etme noktasında politika belirlenmesinde rehberlik etmektedir⁴⁴.

Avrupa'nın yanı sıra gazilere önem veren diğer ülkelerde gazi haklarına ilişkin özel birimlerin ku-rulduğu tespit edilmiştir. Örneğin gazi ombudsmanlığının bir diğer örneği Kanada'da kurumsallaşmış-tır. Kanada Gazi Ombudsmanlığı, Gazilerin Hakları Kanunu (*Veterans Bill of Rights*) kapsamında gazilerin yaşadıkları sorunlara ilişkin başvuruları incelemektedir. Öncelikli hedeflerinin gazilerle ku-rum arasında güvene dayalı güçlü bir ilişki kurmak olduğunu belirten Kurum, gazilerin sağlık ve sos-yal durumlarına ilişkin iyileştirmelere katkı sunmayı, adil olmayan ve zamanında ulaşmayan hizmetle-ri tespit ederek burada yaşanan aksaklıkları gidermeyi amaçladıklarını belirtmektedir⁴⁵.

Maluliyet tazminatı için başvuran bir gazinin maluliyet tarihinin yanlış değerlendirilmesi sebebiyle uğ-radığı hak kaybı Kanada Gazi Ombudsmanının incelemesi sonucunda giderilmiştir⁴⁶. Bir başka olayda ise bir gazi fiziksel sağlık durumu iyi olsa da psikolojik olarak sağlıklı olmadığını ifade ederek, bu sebeple gazilere sunulan ev hizmetlerinden yararlanma talebiyle başvuru yapmış, idare fiziksel sağlık sorunu ol-maması sebebiyle talebini karşılamamıştır. Kanada Gazi Ombudsmanı, bu durumun hakkaniyetli olmadı-ğını, psikolojik olarak sağlık durumu iyi olmayan gaziye ev hizmetlerinin verilmesini kararlaştırmıştır⁴⁷.

⁴⁰ NETHERLANDS OMBUDSMAN: *Annual Report Summary*, Amsterdam, 2022, s. 13.

⁴¹ NETHERLANDS OMBUDSMAN, s. 13.

⁴² <https://www.nationaleombudsman.nl/nieuws/nieuwsbericht/2023/resultaat-door-aandringen-veteranenombudsman-oplossing-voor-emigrerende> (ET: 13.05.2024).

⁴³ <https://www.nationaleombudsman.nl/veteranenombudsman/nieuws/nieuwsbericht/2023/gemeenten-nog-te-onbekend-met-zorgplicht-voor> (ET: 13.05.2024).

⁴⁴ NETHERLANDS OMBUDSMAN, s. 13.

⁴⁵ https://ombudsman-veterans.gc.ca/en/publications/annual-reports/2022-2023#_Toc2 (ET: 13.05.2024).

⁴⁶ <https://ombudsman-veterans.gc.ca/en/featured-cases/helping-veteran-get-accurate-sssd> (ET: 13.05.2024).

⁴⁷ <https://ombudsman-veterans.gc.ca/en/featured-cases/putting-health-and-wellness-first> (ET: 15.03.2024).

IV. OMBUDSMAN VE YAŞLI HAKLARI

İnsanların önceki dönemlere göre ileri yaşlara daha sağlıklı ve daha fazla sayıda ulaştığı göz önüne alındığında, ülkelerin yaşlı kişilere özgülüne kamu hizmetleri standartlarının insan hakları perspektifinden belirlemesi kaçınılmaz olmaktadır. Yaşlıların, toplum içerisindeki katılımlarının ve hayat içerisindeki aktivitelerinin sağlıklı şekilde yürütülmesi için merkezi ve yerel politikaların yaşlıların incinebilir olduğu ve desteklenmesi gerektiği kabulüne dayanması gerekmektedir⁴⁸. Nitekim, BM Yaşlı Bireylerin Yaşam Kalitesinin İyileştirilmesine İlişkin İlkelerde gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin yaşlılara bakım hususunda aile üyeleri üzerinde oluşturduğu baskı dikkate alındığında, bakım hizmetinin desteklenmesi gerektiği vurgulanmıştır⁴⁹. Tüm bu hususlar çerçevesinde, Norveç Ombudsmanlığı Ulusal Önleme Mekanizması ile Birleşik Krallık Yerel Yönetim ve Sosyal Bakım Ombudsmanının kırılğan gruplar içerisinde yer alan yaşlıların sorunlarına yaklaşımları incelenecektir.

Norveç Ombudsmanlığı diğer İskandinav ülkelerde bulunan ombudsmanlıklar gibi ülke idaresinde önemli yer edinmiş bir kurumdur. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İhtiyari Protokol gereğince kurulan Ulusal Önleme Mekanizması olağan şikâyet başvurularını inceleme görevi Norveç Ombudsmanlığına verilmiştir⁵⁰.

Ulusal önleme mekanizması hürriyetinden yoksun kılınan veya hastalığı, yaşlılığı engelliliği sebebiyle özgürlüğünü sınırlı kullanan kişilerin devlet gözetimi ve denetiminde kaldığı yerlerde işkence ve kötü muamelenin önlenmesi amacıyla kurulmuş bir müessesedir. Ulusal Önleme Mekanizmasının görev alanına giren yerlerde bulunan kişilerden bazıları incinebilir gruplar içerisinde değerlendirilebilir. Çalışma açısından dikkat çekilecek husus Norveç Ombudsmanlığının yaşlıların tutulduğu yerlerde yapmış olduğu incelemelerdir.

Norveç Ombudsmanlığı, kurumsal kapasitesini ve hafızasını bağımsız insan hakları incelemesi yapma ve insan haklarının gelişimine dair öneri sunma hususunda geliştirmiştir. Bu husus, 2022 yılında hazırladığı raporda yaşlılara yönelik ifadelerinden görülmektedir. Norveç Ombudsmanlığı, şikâyet başvurularını almakla kalmayıp, incinebilir grupların haklarının geliştirilmesine dair önerilerini sıralamıştır. Burada kurumsal bağımsızlığın önerilen politika değişikliklerindeki rolü ayrıca dikkate alınmalıdır.

Norveç Ombudsmanlığı yaşlılar ve hastaların kaldığı bakım evlerine dair bir rapor hazırlamıştır. Raporda bakımevlerinin fiziki yapısı, personelin eğitimi ve bilgilendirilmesi, olası hak ihlallerini önlemek için alınması gereken tedbirler sıralanmıştır. Bakımevlerinin durumları ve personelin zor kullanma hususunda bilgisi araştırılmış, bu konuda olumlu sonuç veren kurumlar raporda belirtilmiştir⁵¹.

Ombudsmanın bakımevlerinde karşılaştığı en önemli sorun rızası olmadan bir kimsenin özgürlüğünden mahrum kalmasına dair işleyen prosedürün tatmin edici hukuki dayanaktan yoksun olmasıdır. Bu uygulamalara ilişkin istenilen izahatlar Norveç Ombudsmanını tatmin etmemiştir. Ombudsmana göre, yerel idarelerin almış olduğu zor kullanarak özgürlüğünden mahrum bırakma kararları yeterli gerekçeden yoksundur. Standart formüllerle verilen kararları gelişigüzel inceleme izlenimi uyandırmıştır⁵².

⁴⁸ “Önümüzdeki otuz yıl içinde, dünya genelindeki yaşlı bireylerin sayısının ikiye katlanacağı ve 2050’de 1,5 milyarı aşacağı tahmin edilmektedir. Tüm bölgelerde 2020 ve 2050 yılları arasında yaşlı nüfusun büyüklüğünde bir artış olacağı öngörülmektedir. Dünyada, 2020 yılında oranı %9,3 olan 65 yaş ve üstü nüfusun 2050 yılında %16,0’ya çıkması beklenmektedir.” TIHEK, *Türkiye Yaşlı Hakları Raporu*, 2022, Ankara, s. 15.

⁴⁹ *United Nations Principles for Older Persons* (<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-principles-older-persons>, ET: 16.08.2024).

⁵⁰ <https://www.sivilombudet.no/en/om/organisasjon/> (ET: 13.05.2024).

⁵¹ NORWAY OMBUDSMAN: *Annual Report*, Oslo, 2022, s. 62-66.

⁵² NORWAY OMBUDSMAN, s. 63.

Diğer taraftan personelin bakımevlerinde bulunan kişilere karşı davranışları ve yetkileri hakkında yeterli bilgi sahibi olmaması eleştirilmiştir. Yapmış oldukları araştırmalardan sonra belediyelerin işaret edilen önlemlerin alındığına dair geri bildirimler rapora eklenmiştir. Ziyaretler esnasında çalışanların bakımevlerinde kalan kişilere karşı zor kullanım düzenlemelerine dair bilgilerin yetersiz olduğu görülmüştür⁵³. Yine burada kalan kişilerin hukuka aykırı olarak keyfi kararlarla odalarına kapatılması, ev kuralları denilerek bazı alanlara girişlerine izin verilmemesi gibi uygulamaların kabul edilemez ve hukuka aykırı olduğu raporda dile getirilmiştir⁵⁴.

İngiltere Yerel Yönetimler ve Sosyal Yardım Ombudsmanı, 1974'ten itibaren yerel yönetimlerdeki yaşlı sosyal bakımı servis ve birimlerini incelemektedir. Ayrıca, sosyal yardımla ilgili şikâyetlerin sağlık hizmetleri ile iç içe geçtiği durumlarda sağlık ombudsmanı ile birlikte soruşturma yürütmektedir⁵⁵. Bu iş birliği sayesinde, yerel yönetimlerin yaşlılarla ilgili sorunlarda üstlenmeleri gereken rol, izlemeleri gereken idari süreçler ve hak ihlallerinin önlenmesi için gereken adımlara yönelik tavsiyeler ve raporlar yayımlanmaktadır. Buna ilişkin olarak 2023 yılı raporunda sunulan aşağıdaki örnekler dikkat çekicidir.

İngiliz Yerel Yönetimler ve Sosyal Yardım Ombudsmanı engellilerin ve yaşlıların sosyal yardımlardan yeterince desteklenmemesini incelemiştir. Görme engelli bir kadının uygun şartları taşımasına rağmen 21 ay boyunca sosyal yardımlara ulaşamamasına dair şikâyet ombudsman tarafından incelenmiştir. Yapılan değerlendirme neticesinde Belediye'nin bakım değerlendirmesi için zaman çizelgesi, bakım ve destek planlanması, bakım ve mali desteklerle yaşanan gecikmeler için ödemelerin düzenlenmesi hususlarında eksiklikleri olduğu tespit edilmiştir. Bu hususlardaki eksikliklerin giderilmesi hususunda yerel idareye tavsiyede bulunulmuştur⁵⁶.

İngiliz Yerel Yönetimler ve Sosyal Yardım Ombudsmanı, bir diğer kararında, yaşlılar için ev hizmeti sunan bir yerel idari kuruluşun, talep üzerine ev bakımı için yeterli süre ayrılmadığına dair şikâyeti incelemiştir. Araştırma neticesinde, şirket görevlilerinin 15 dakika zaman ayırması gerekirken kimi zaman 3 dakika içerisinde evden ayrıldıkları tespit edilmiştir. Yerel idarenin bu hususlara dikkat etmesi, oluşan zararlar için bir tazminat ödemesi ve diğer vakalar için yaşanan aksaklıkların giderilmesi hususunda tavsiyede bulunulmuştur⁵⁷.

Yaşlıların bakımında önde gelen sorunlardan biri zamanlamaya riayet ve belirsizliğin kaldırılmasıdır. İngiliz Yerel Yönetimler ve Sosyal Yardım Ombudsmanı, yaşlıların bakımı ile ilgilenen müesseselerin, doğrudan hastalığa sebebiyet vermese dahi, plansızlık ve belirsizliğin yaşlıların iyileşme sürecinde oluşturacağı baskının önlenmesi için, gerekli planlamanın yapılması hususunda tavsiyelerde bulunmuştur⁵⁸. Ayrıca yaşlılarla ilgili hizmetlere ilişkin, yakınlarının başvurularının incelenmemesi, gerekli prosedürlerin izlenmemesi ihlal olarak görülmüştür⁵⁹. Dikkat çeken diğer bir husus, idarelerin işlemlerin yeniden başlatılması yanında, başvuranlardan veya ilgili kişilerden özür dilemeyi de kabul etmesidir. Bu durum, vatandaş ile idare arasındaki ilişkinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine çok önemli bir destek sunacağı düşünülebilir.

Finansal başvuruların incelenmesinin oldukça uzun sürmesi ve ödemelerin zamanında yapılması İngiliz Yerel Yönetimler ve Sosyal Yardım Ombudsmanı tarafından ihlal sebebi olarak görül-

⁵³ NORWAY OMBUDSMAN, s. 64.

⁵⁴ NORWAY OMBUDSMAN, s. 65.

⁵⁵ LOCAL GOVERNMENT AND SOCIAL CARE OMBUDSMAN: *Review of Adult Social Care Complaints 2022-23*, London, 2023, s. 13.

⁵⁶ LOCAL GOVERNMENT AND SOCIAL CARE OMBUDSMAN, s. 8.

⁵⁷ LOCAL GOVERNMENT AND SOCIAL CARE OMBUDSMAN, s. 10.

⁵⁸ *Care UK Community Partnerships Limited (23 004 023)* (<https://www.lgo.org.uk/decisions/adult-care-services/residential-care/23-004-023>, ET: 16.08.2024).

⁵⁹ *Lilian Faithfull Homes (23 005 324)* (<https://www.lgo.org.uk/decisions/adult-care-services/residential-care/23-005-324>, ET: 16.08.2024).

müştür. Bir başvuruda, bir kadın, yaşlı ebeveynleri için engelli hibesine başvurusunun kabul edilmesine rağmen, süreç içerisinde yaşadığı zorlukları ve ödemelerin geç yapılmasını şikâyete konu etmiştir. Yapılan incelemede, idarenin kadını yanlış yönlendirdiği tespit edilmiş ve ebeveynlerden birinin dosyasını hatalı şekilde işlemsiz bırakması haksız bulunmuştur. Oluşan adaletsiz durumun giderilmesi için kadın ve ebeveynlerinden özür dilenmesini, bir miktar tazminat ödenmesini ve yanı sıra başvurularda izlenecek yöntem ve işlemlere dair süreçlerin gözden geçirilmesi idarece kabul edilmiştir⁶⁰.

V. SOSYAL YARALARIN SARILMASINDA AVUSTURYA OMBUDSMANININ GÖREVLENDİRİLMESİ

Avusturya Ombudsmanlığı 1971 yılında kurulmuş 1977 yılında çalışmalara başlamıştır. Kısa sürede toplumda prestij kazanan Kurum, 1981 yılında Avusturya Federal Anayasası'nda ayrıca düzenlenmiştir. 2012 yılında insan haklarının korunması ve geliştirilmesi bakımından önemli olan ulusal önleme mekanizması görevi Avusturya Ombudsmanlığına verilmiştir. Buraya kadar anlatılan yapılanma esasında Avrupa'da faaliyet yürüten ombudsman kurumlarının yapısı ile benzerlik taşımaktadır. 2017 yılında ise toplumsal bir yaranın sarılmasında devlet ve bireyler arasında güçlü bir bağı olan kurumun yeni bir görev aldığı görülmektedir.

Avusturya'da 2017 yılında Çocuk Evleri Mağdurlarına Yönelik Emeklilik Yasası (*Heimopferrentengesetz*) kabul edilmiştir. Bu yasa kapsamında ombudsman Avusturya'da 1945 ile 1999 yılları arasında çocukluğunda kamuya ait çocuk yurdunda, Katolik veya Protestan Kiliselerinin çocuk yurtlarında, özel çocuk veya gençlik yurtlarında, koruyucu ailede, hastanede, psikiyatri kurumunda veya sanatoryumda şiddete maruz kalan ve henüz şiddet mağduru olarak belirlenmemiş kişilerin şikâyetini incelemekle görevlidir.

Bu yasa kapsamında, Avusturya Ombudsmanlığı bünyesinde bir "Emeklilik Komisyonu" kurulmuştur. Emeklilik talepleri reddedilen kişiler ve henüz tazminat almamış kişiler bu komisyona başvurma hakkına sahiptir. Emeklilik Komisyonu süreç içerisinde yaşanan idari işlemleri ve başvuranın beyanlarını değerlendirir. Emeklilik Komisyonuna başvuru yapıldığında, başvuran kişi ile bir uzman görüşür ve başvurusu anonimleştirilir. Başvurular komisyon tarafından incelenerek Ombudsmana gönderilir, Kurum bünyesinde kurulan özel birim gerekli gördüğünde ilgili kurumlara tavsiye kararı verebilmektedir.

Ombudsman bünyesindeki kurul, emeklilik maaşı ödeyen kuruma veya Sosyal Bakanlık Servisine gerekçeli yazılı bir tavsiye sunar. Emeklilik Komisyonu'nun önerisi bu tavsiyenin temelini oluşturur. Emekli maaşı ödeyen kurum veya Sosyal İşler Bakanlığı başvuru hakkında nihai olarak bir karar verir. Karar, emeklilik maaşı veren kurum veya Sosyal Bakanlık Servisi tarafından başvurana tebliğ edilir. Karara karşı dört hafta içerisinde iş ve sosyal güvenlik mahkemesinde dava açılacaktır. 2022 yılında, bakım evi emekliliği için toplam 510 başvuru doğrudan Emeklilik Komisyonu'na yapılmış veya diğer kurumlar tarafından Emeklilik Komisyonu'na iletilmiştir. Buna ek olarak, Komisyon ofisi, AOB'den ev mağdurları aylığı ve nasıl başvuru yapılacağı hakkında bilgi isteyen kişilerden gelen yaklaşık 240 soruya yanıt vermiştir⁶¹.

Raporda, bu düzenlemenin sebeplerine ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir. Otoriter şahısların bu yurtlarda barınmak zorunda kalan kişilere karşı acımasız davranışları bu kişilerin psiko-sosyal gelişimlerinde çok büyük travmalar oluşturmuştur. Hatta bu şiddet olayları, kimi yerde cinsel istismara kadar uzanmıştır. Bu sebeple yurtlarda kalan kişilerin sosyal hayatta yaşadıkları mağduriyetler artmıştır. Yapılan araştırmalarda bu yurtlarda kalan kişilerin büyük çoğunluğunun asgari ücretle geçimini sağladıkları ve buna bağlı olarak en alt düzeyde emekli aylığıyla hayatlarına devam ettikleri görülmek-

⁶⁰ *Wigan Metropolitan Borough Council* (23 005 007) (<https://www.lgo.org.uk/decisions/adult-care-services/disabled-facilities-grants/23-005-007>, ET: 16.08.2024).

⁶¹ AUSTRIAN OMBUDSMAN BOARD: *Annual Report*, Viyana, 2022, s. 18.

tedir. Bu sebeple kişilere belirli bir mali destek sağlanarak geçmişte yaşanan travmaların etkileri bir nebze azaltılmaya çalışılmaktadır.

2022 yılında yayınlanan rapora bakıldığında, çocukluk travması geçiren pek çok kişinin dinlendiği, bu kişilere kişisel yaşamlarında karşılaştıkları sorunlarla baş edebilmeleri için belirli bir ödemenin yapıldığı ifade edilmiştir⁶². 2022 yılında yaklaşık 500 başvuru yapıldığı, başvuranlardan %56'sının erkek, %44'ünün kadın olduğu ifade edilmiştir. Başvuruların %2,5'i ise vasiler tarafından yapılmaktadır⁶³.

Tazminatların değerlendirilmesinde karşılaşılan problemler de raporda ifade edilmektedir. Özellikle bölgesel yönetimlerin bazı politikalarının kişilerin haklarını elde etmesine engel olduğu belirtilmiştir. Bölgeler arasındaki değerlendirme kriterlerinin farklılaşması kişilerin tazminat haklarını engellemektedir. Bu sorunların giderilebilmesi için federal bir yasa hazırlanması önerilmektedir⁶⁴. Görüldüğü üzere, ombudsmanlık kurumu sadece yasa kapsamında verilen görevleri yerine getirmekle kalmamakta, yasanın uygulanmasından doğan hak kayıplarını, etkili ve verimli şekilde yürütülecek idari süreçlere ilişkin yasama organını ve kamuoyunu bilgilendirmektedir.

Avusturya'daki duruma benzer sorunları konu alan bir rapor İspanya Ombudsmanı (*Defensor del Pueblo*) tarafından 2023 yılında hazırlanmıştır. Rapor "Katolik Kiliselerinde Cinsel Çocuk İstismarı ve Kamu Otoritelerinin Rolü" başlığını taşımaktadır. Raporda 1970 ile 2020 arasında Katolik Kiliselerinde yaşanan çocuk istismarı araştırılmış, tanık ifadelerine ve diğer delillere yer verilmiştir⁶⁵. Tavsiye kısmında kilisenin söz konusu istismar vakalarını kabul ederek gerekli işlemleri tesis etmesi, mağdurların korunması için gerekli çabaların tüm kurumlarca ortaya konulması hususlarına vurgu yapılmıştır. Rapor yeni olmakla birlikte, ilerleyen süreçte Avusturya'daki düzenlemeye benzer şekilde Katolik kilisesinde cinsel istismara uğramış kişilere tazminat hakkı getirilebileceğine dair çıkarımlar yapılabilir⁶⁶.

SONUÇ

Avrupa ombudsmanlık kurumlarından hareketle, incinebilir grupların haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik özel birimlerin faydaları hak öznese kişilere ve kurumlara sağladığı avantajlar bakımından iki başlıkta incelenebilir. Öncelikle incinebilir gruplar açısından bakıldığında, insan haklarının bütünlüğü yaklaşımı terk edilmeksizin, insan hakları söylemi ve dönüştürücü etkisi olan kurumlarda incinebilir gruplara yönelik denetim için özel birim kurulması bu haklara verilen önemi göstermektedir. Bu anlamda, insan hakları açısından yapılan denetimin, hakkın süjesi incinebilir gruplar olduğunda daha itinalı bir gözle yerine getirildiği mesajı verilmektedir.

Öte yandan gerçekten özel birimlerle yapılan incelemelerin hassasiyet ve azami dikkat gerektirmesi, kurumların yapısı incelendiğinde doğaldır. Zira incinebilir gruplar olarak sıralayabileceğimiz, çocuklara, gazilere, yaşlılara yönelik hak ihlallerinin tespiti ve tazmin edilmesine dair kararlar, bu birimlerde alanında uzman personeller tarafından hazırlanmaktadır.

İnsan haklarının korunması, ihlale sebebiyet veren işlem veya eylemin durdurulması, kamu politikalarının değiştirilmesi ile giderilebilir. Ancak insan haklarının geliştirilebilmesi için kurum hafızası, uzman görüşü ve özellikli alanlarda yıllara sâri yoğunlaşmış çalışmalar gerekmektedir. Bu sayede insan haklarının geliştirilmesi görevi de bulunan ulusal insan hakları kurumlarının işlevi ve etkisi art-

⁶² AUSTRIAN OMBUDSMAN BOARD, 35-36.

⁶³ AUSTRIAN OMBUDSMAN BOARD, s. 36.

⁶⁴ AUSTRIAN OMBUDSMAN BOARD, s. 38.

⁶⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO: *A Much Needed Support-Summary*, Madrid, 2023 (defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2023/10/RESUMEN_INFORME_abusos_Iglesia_catolica.pdf, ET:30/4/2024), s. 64.

⁶⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO, s. 67-69.

maktadır. Ayrıca, incinebilir gruplara yönelik çalışmalarda özen yükümlülüğünün artması, özel inceleme birimleri ile tesis edilmiş olup; hassas meselelerde incinebilir gruplar, onları temsil eden sivil toplum örgütleri ile kurumlar arasındaki iletişimin sağlıklı yürütülmesine imkân sağlamaktadır.

Kurum açısından avantajları ise, bir alana özgülemiş olduğu kurumsal kapasitesi ve personeli ile bütüncül açıdan incinebilir grupların haklarını korumaya ve geliştirmeye çalışmasıdır. Nitekim, özellikle çocuk ombudsmanlığı uygulamalarında ve Hollanda'daki gazi ombudsmanlığında bu durum göze çarpmaktadır. Diğer taraftan kurumların kapasitelerini doğru kullanmaları, kamuoyunca göz ardı edilebilecek hak ihlallerini gündeme getirmeyi ve değişimin öncüsü olma rolünü üstlenmesine yardımcı olmaktadır ki incinebilir grupların haklarının korunması ve geliştirilmesi için bu durum oldukça önem arz etmektedir. Kurumun ücretsiz başvuru alması esasında güçsüzü korumaya yönelik görevini önemli hale getirir. Nitekim Norveç ve İngiltere örneğinde görüldüğü üzere, özellikle yaşlı nüfusun bakımı ve gözetimi hususunda görev alan idarelerin süreç takibi ve yeterli donanımına sahip olması, bu hususların ombudsmanlar tarafından özel birimlerle izlenerek raporlaştırılması, yaşlı haklarının korunması ve geliştirilmesine önemli katkılar sağlamaktadır.

Son olarak Avusturya örneğinden hareketle özel kanunlarla ombudsman kurumuna görev verilmesi toplumsal problemlerin çözümüne odaklanılmasında ve kurumlar arası iş birliğinin gelişmesinde etkili olmaktadır. Avusturya örneğinde, yerel idarelerle, merkezi kurumlarla iş birliği içerisinde olan ombudsmanlık kurumu sistematik olarak fiziki, cinsel ve ruhsal istismara uğramış kişilerin haklarının iyileştirilmesi için geliştirilen politikanın önemli bir paydaşı konumundadır.

KAYNAKÇA

- AUSTRIAN OMBUDSMAN BOARD: *Annual Report*, Viyana, 2022.
- BANAKAR, Reza: *Normativity in Legal Sociology Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, Springer, Switzerland, 2015.
- CHAPMAN, Audrey R. / CARBONETTI, Benjamin: "Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, 2011, Cilt 33, Sayı 3, s. 682-732.
- COUNCIL OF EUROPA: *European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission) Rule Of Law Checklist*, Strasbourg, 2016
- COTTERELL, Roger: *Law, Culture and Society, Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate Publishing, Hampshire, 2006.
- ÇELİK, Elif: "İnsan Hakları Bakımından Kırılabilirlik Kavramına Bir Giriş ve Kavramın AİHM Kararlarında Görünürlüğü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 22, Sayı 1, s. 57-77.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *A Much Needed Support-Summary*, Madrid, 2023 (defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2023/10/RESUMEN_INFORME_abusos_Iglesia_catolica.pdf, ET:30/4/2024)
- DE VOS, Bernard: "Ethical pointers and framework for taking decisions in a child's best interests - The perspective of a children's ombudsman", *The best interests of the child - A dialogue between theory and practice*, Council of Europe, Strasbourg, 2016, s. 96-99.
- DEFENSOR DE DROIT: *Annual Report*, Paris, 2022.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Annual Report*, Madrid, 2021.
- DEFLEM, Mathieu: *Sociology of Law Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge University Press, Edinburgh, 2008.
- EUROPEAN NETWORK OF OMBUDSPERSONS FOR CHILDREN: *Position Statement on "Strengthening Independent Children's Rights Institutions and recognising their unique role"*, Brussels, 2023 (<https://enoc.eu/wp-content/uploads/ENOC-2023-Statement-on-Strengthening-ICRIs-FV>, ET: 13.05.2024).
- HODGKIN, Rachel / NEWEL, Peter: *Child Participation and Children's Ombudsman Institutions within the European Union*, ENOC Publishing, Strasbourg, 2008.
- IPPOLITO, Francesca / IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara: *Protecting Vulnerable Groups The European Human Rights Framework*, Hart Publishing, Oxford, 2015.
- İŞIKTAÇ, Yasemin / KOLOŞ, Umut: *Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020.
- KLUG, Heinz: "Human Rights", (Ed.) SARAT, Austin: *The Handbook of Law and Society*, Wiley Blackwell, Oxford, 2015, s. 291-306.
- LOCAL GOVERNMENT AND SOCIAL CARE OMBUDSMAN: *Review of Adult Social Care Complaints 2022-23*, London, 2023.
- MACIOCE, Fabio: *The Politics of Vulnerable Groups Implications for Philosophy, Law, and Political Theory*, Palgrave, (e-kitap), 2022.
- NETHERLANDS OMBUDSMAN: *Annual Report Summary*, Amsterdam, 2022.
- NIFOSI-SUTTON, Ingrid: *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*, Routledge, Oxon, 2017.
- NORWAY OMBUDSMAN FOR CHILDREN: *Annual Report*, Oslo, 2022.
- NORWAY OMBUDSMAN: *Annual Report*, Oslo, 2022.
- ÖNEN, S. Mustafa / ERGÜZEL, Enis: "İskandinavya'da Çocuk Ombudsmanlığı Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", *Ombudsman Akademik*, 2021, Sayı 14, s. 33-65.
- ÖZCAN, Mehmet Tefik: "Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti Mit mi, Gerçeklik mi?", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, Cilt 71, Sayı 1, s. 963-1002.
- REIF, Linda C.: "Transplantation and Adaptation: The Evolution of the Human Rights Ombudsman", *Boston College Third World Law Journal*, 2011, Cilt 31, Sayı 2, s. 269-310.

SCHNEIDERBAUER, Stefan / CALLIARI, Elisa / EIDSVIG, Unni / HAGENLOCHER, Michael: “The most recent view of vulnerability”, (Ed.) POLJANŠEK, Karmen, *Science for Disaster Risk Management: knowing better and loosing less*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017, s. 70-84.

TİHEK, *Türkiye Yaşlı Hakları Raporu*, 2022, Ankara.

Das Problem mit dem Eigentum in der Türkischen Republik Nordzypem im Gange zur Kommission für unbewegliches Eigentum^(*)



*Taşınmaz Mal Komisyonuna Giden Süreçte
Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetindeki Mülkiyet Sorunu*

Mehmet DİREKLİ



Assistent Professor Doktor

Universität Wien Institut für Politikwissenschaft

Schlüsselwörter

*Zypernfrage,
Eigentum,
Europäischer
Gerichtshof für
Menschenrechte,
Kommission für
unbewegliches
Eigentum,
Bevölkerungsaustausch.*

Abstrakt

Eines der wichtigen Unterthemen des Zypernproblems ist die Eigentumsfrage. Dieses Problem steht im Zusammenhang mit der Rückgabe der hinterlassenen Besitztümer von Flüchtlingen, die nach 1974 im Rahmen der Bundesgebietsbestimmung von Norden nach Süden bzw. von Süden nach Norden zugewandert sind. Ziel der Problemlösung ist es, die Ansprüche derjenigen, die ihr Eigentum verloren haben, im Einklang mit dem Völkerrecht und dem Dualitätsprinzip umfassend zu klären und dabei auch die Persönlichkeitsrechte der derzeitigen Nutzer zu berücksichtigen. Allerdings ist die Eigentumsfrage in der Zypern-Frage ein komplexes Problem.

In diesem Artikel wird das Problem der Rückgabe des Eigentums von Menschen untersucht, die nach 1974 von Norden nach Süden auf die Insel Zypern gezogen sind. Zu diesem Problem werden beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eingereichte Fälle und Entscheidungen vorgestellt. Darüber hinaus wird die Struktur der auf der türkischen Seite der Insel eingerichteten Kommission für unbewegliches Eigentum, die eines der wichtigsten Elemente des Problems darstellt, ein weiteres wichtiges Element des Artikels darstellen. Die Hauptfrage der Forschung ist, inwieweit die Arbeitsweise dieser Kommission zur Lösung des Problems beitragen kann. Die Hauptmethode der Forschung ist die Untersuchung früherer Fälle zu diesem Thema.

Anahtar Kelimeler

*Kıbrıs Meselesi,
Mülkiyet,
Avrupa İnsan Hakları
Mahkemesi,
Taşınmaz Mal
Komisyonu,
Mübadele.*

Öz

Kıbrıs sorununun önemli alt temalarından biri de mülkiyet sorunudur. Bu sorun, federal toprak tahsisi kapsamında 1974'ten sonra kuzeyden güneye veya güneyden kuzeye göç eden mültecilerin geride bıraktıkları eşyaların iadesiyle ilgilidir. Sorunun çözümündeki amaç, mevcut kullanıcıların kişilik haklarını da göz önünde bulundurarak, uluslararası hukuk ve karşılıklılık ilkesine uygun olarak mülkünün kaybedenlerin taleplerini kapsamlı bir şekilde açıklığa kavuşturmasıdır. Ancak Kıbrıs sorununda mülkiyet meselesi karmaşık bir konudur.

Bu makale, 1974'ten sonra Kıbrıs adasına kuzeyden güneye taşınan kişilerin mallarının iade edilmesi sorununu incelemektedir. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne sunulan dava ve kararlar araştırılmıştır. Ayrıca sorunun en önemli unsurlarından biri olan adanın Türk tarafında kurulan Taşınmaz Mal Komisyonu'nun yapısı da yazının bir diğer önemli unsuru olmaktadır. Araştırmanın temel sorusu bu komisyonun işleyişinin sorunun çözümüne ne ölçüde katkı sağlayabileceğidir. Araştırmanın ana yöntemi, bu konuyla ilgili önceki mahkeme kararlarının incelenmesidir.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 25.10.2024, Kabul Tarihi: 03.01.2025.

EINFÜHRUNG

Als 1963 der damalige Präsident Zyperns, *Makarios*, eine Verfassungsreform mit 13 Artikeln ankündigte, kam es zu Konflikten zwischen der griechischen und der türkischen Gemeinschaft der Insel. Die türkische Seite zog sich aus der Regierung zurück und damit endete die verfassungsmäßige Ordnung. Das türkisch-zypriotische Volk erklärte seine Autonomie und erklärte, dass die griechischen Zyprioten es nicht mehr repräsentierten. Zwischen 1963 und 1974 gab es Vermittlungsversuche zwischen den beiden Gemeinschaften, die jedoch erfolglos blieben. Am 15. Juli 1974 wurde *Makarios* durch einen von Offizieren aus Griechenland unterstützten Militärputsch gestürzt. Infolge dieses Putsches wurde die Türkei als Garant Staat der Verfassung der Republik Zypern (Garantievertrag von 1960) auf der Grundlage der ihr durch Artikel 3 des Garantievertrags vom 20. Juli 1974 verliehenen Befugnisse zum Andere, darunter das Vereinigte Königreich und Griechenland, intervenierten militärisch gegen den Putsch¹.

Nach dem Putsch von 1974 und der anschließenden militärischen Intervention des Garantistaates Türkei auf der Insel, UN-Sicherheitsrat-Resolution Nr. 367, führten beide Parteien von 1975 bis 1976 unter der Leitung von UN-Generalsekretär *Kurt Waldheim* Friedensverhandlungen, die jedoch nur zu einem Ergebnis führten war der Bevölkerungsaustausch stattgefunden. In dem am 2. August 1975 unter der Führung der Vereinten Nationen in Wien unterzeichneten Bevölkerungsaustauschabkommen wurden etwa 120.000 griechische Zyprioten und 65.000 türkische Zyprioten gegenseitig vertrieben. Dadurch wurden auf der Insel zwei Divisionen gebildet und der Norden und Süden der Insel faktisch voneinander getrennt².

Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes „Siedlung, Landung und gleichwertige Güter“ (*İskan, Topraklandırma ve Eşdeğer Mal - İTEM*) im Jahr 1977 durch den Türkischen Föderierten Staat Zypern (*Kıbrıs Türk Federe Devleti - KTFD*), das 1975 für etabliert erklärt wurde, wurde das Punktesystem für die türkischen Zyprioten eingeführt, die begannen, dort zu leben im Norden der Insel.

Nach diesem System, das geschaffen wurde, um die Verteilung griechischer Immobilien im Norden sicherzustellen, zielte das İTEM-Gesetz darauf ab, den Besitz, die Ersparnisse und die Verwaltung der von den Griechen verlassenen Immobilien zu regeln. Die Grundsätze dieser Verordnung bestanden darin, denjenigen Land zu geben, die in der Landwirtschaft arbeiten würden, den Familien von Märtyrern, Veteranen und Einwanderern Wohnraum zur Verfügung zu stellen und Türken, die ihr Land nicht nutzen konnten, einen entsprechenden Betrag an Immobilien zu geben oder zu entschädigen Immobilien auf der ganzen Insel aus militärischen Gründen. In diesem Zusammenhang wurden den ausgewerteten Punkten zufolge Grundstücke griechischer Zyprioten an türkische Zyprioten verteilt, die Grundstücke in der Südregion besaßen. Darüber hinaus wurden ab demselben Zeitraum viele griechische Grundstücke an Mitglieder der türkischen Widerstandsorganisation und Mitglieder der türkischen Friedenstruppen vergeben, die vor und während der türkischen Intervention in Zypern auf der Insel operierten. Schließlich wurden griechische Waren als Hilfe an türkische Staatsbürger übergeben, die nach 1974 mit der Einwanderung in das Land begannen.

Wenn man sich Artikel 159 der Verfassung der Türkischen Republik Nordzypern (TRNZ) ansieht, der 1983 von den türkischen Zyprioten erklärt wurde, versteht es sich, dass alle griechischen Besitztümer im Norden zur TRNZ gehören³. Gemäß dem İTEM-Gesetz wurden TRNZ-

¹ DİREKLİ, Mehmet: „A New Period in the Cyprus Conflict: Can Anastasiadis and Akıncı Change the Status Quo?“, *European Review*, 2016, Band 24, Heft 1, s. 132-148.

² HATİP, Emine: „Avrupa Birliği Karar Alma Mekanizmalarında Kıbrıs Sorunu ve Sürecin Sonu Annan Belgesi (1990-2004)“, *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 2018, Band 1, Heft 1, s. 74-98.

³ Verfassung der TRNZ, 1993, Artikel 159 (<https://yodak.gov.ct.tr/yasa-ve-tuzukler/yasalar.html>, Zd: 08.08.2024).

Eigentumsurkunden an Bürger ausgehändigt, die auf das entsprechende Eigentum im Süden verzichteten und eine Verzichtserklärung zur Übertragung ihrer Eigentumsurkunden an den Staat unterzeichneten. Darüber hinaus erhielten Personen, die aus der Türkei in die TRNZ einwanderten, und türkische Immobilienbesitzer im Süden, die in der TRNZ kein Äquivalent hatten, Zuteilungsbescheinigungen. Da jedoch einige Banken und Käufer das Zuteilungsdokument nicht für gültig hielten, wurde 1995 das İTEM-Änderungsgesetz erlassen, das die Aushändigung von TRNZ-Eigentumsurkunden an diejenigen ermöglichte, die Anspruch auf Zuteilung hatten.

I. VERFAHREN DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE (EGMR)

Eines der in den Zusatzprotokollen der Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) geschützten Rechte ist das Eigentumsrecht. Durch das Zusatzprotokoll I wurden EMRK aufgenommen, was zu einer erheblichen Erweiterung des Vertrags führte. Artikel 1 des Zusatzprotokolls sagt: „Jede natürliche und juristische Person hat das Recht, die Achtung ihrer Eigentumsrechte und Eigentumsimmunitäten zu verlangen. Personen dürfen ihr Eigentum aus Gründen des öffentlichen Interesses nur unter den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen mit der Gesetzgebung des Common International Law und in Übereinstimmung mit dieser Regelung entzogen werden (EMRK-Zusatzprotokoll Nr. 1, Art. 1)⁴. Die EMRK gewährt allen Vertragsstaaten das Recht auf Individualbeschwerde. Aus diesem Grund haben die Bürger der Republik Zypern, die Vertragsparteien des EGMR sind, eine Klage beim EGMR eingereicht und ihre Eigentumsrechte an ihren Grundstücken im Norden geltend gemacht. Mit der Begründung, dass die Türkei tatsächlich die Kontrolle über die TRNZ ausübt, wurden beim EGMR Klagen gegen die Türkei eingereicht und die Türkei für die betreffenden Verstöße verantwortlich gemacht⁵.

Bekanntlich hat jede in einem Vertragsstaat lebende Person das Recht, nach Ausschöpfung innerstaatlicher Rechtsmittel den EGMR wegen Rechtsverletzung anzurufen. Aufgrund des Hindernisses in der Verfassung der TRNZ und des Mangels an innerstaatlichen Rechtsbehelfen in der TRNZ wandten sich die griechischen Zyprioten jedoch direkt an den EGMR.

Die KTFD-Gesetzgebung, die 1975 in Kraft trat, verpflichtete den Staat zur Verwaltung und Überwachung dieser Immobilien, schützte gleichzeitig die Eigentumsrechte der griechischen Zyprioten und beschränkte die Rolle des Staates ausschließlich auf Nutzungsrechte. Mit der Erklärung der Türkischen Republik Nordzypern im Jahr 1983 und der anschließenden Verabschiedung der Verfassung kam es jedoch zu einer wesentlichen Änderung dieses rechtlichen Rahmens. Gemäß Artikel 127 der Verfassung der Türkischen Republik Nordzypern wurde die Aussage „Türkische Staatsbürger haben das Recht, vom Staat gleichwertige Immobilien oder eine Entschädigung für ihre im Süden gelegenen Immobilien zu verlangen“ ins Gesetz aufgenommen. Darüber hinaus wurde in Artikel 159 mit der Überschrift „Recht des Staates auf Eigentum“ festgelegt, dass drei Kategorien von Immobilien innerhalb der Grenzen der TRNZ ab dem 15. November 1983 in Staatseigentum übergehen würden, mit den notwendigen Korrekturen in den Grundbucheinträgen⁶.

Infolgedessen besagt Artikel 159, dass die griechischen Grundstücke auf der türkischen Seite im Norden als Staatseigentum definiert werden, ohne dass zusätzliche Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren erforderlich sind. TRNZ-Beamte gingen davon aus, dass die von nach Südzypern ausgewanderten griechischen Zyprioten zurückgelassenen Besitztümer als verlassen galten und

⁴ EUROPARAT: „Erstes Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention“, 2024 (<https://fra.europa.eu/en/law-reference/1st-additional-protocol-european-convention-human-rights-echr-0>, Zd: 07.07.2024).

⁵ GÜNDÜZLER, Ulaş: „Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarının Mülkiyet Sorunu Bakımından Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukuna Etkileri“, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2016, Band 15, Heft 2, s. 23-28.

⁶ DEREBOYLULAR, Özde / PERÇEM, Arman: „Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye’ye Etkisi“, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Band 136, Heft 1, s. 293-326.

anschließend enteignet wurden. Nachdem die Türkei 1987 das Recht auf individuelle Beschwerde beim EGMR anerkannt hatte, erhielten griechische Zyprioten, die behaupteten, ihre Eigentumsrechte im Norden seien verletzt worden, die Möglichkeit, ihre Fälle vor den EGMR zu bringen. Der Fall *Loizidou* war der erste Antrag in diesem Zusammenhang⁷.

A. Der Fall *Loizidou*

Dies ist der Fall, den die griechisch-zypriotische am 22. Juli 1989 gegen die Türkei eingereicht hat, indem sie bei der EMRK einen Antrag auf Verletzung von Eigentumsrechten für ihre Grundstücke im Norden gestellt hat. In ihrem Antrag behauptete *Loizidou*, sie sei Eigentümer einer Immobilie in *Kyrenia* und die Nutzung dieser Immobilie sei durch die türkischen Streitkräfte verhindert worden⁸. Nach der Intervention von 1974 wurde eine Klage gegen die Türkei mit der Begründung eingereicht, dass der Türkei ihr Grundbesitz im Norden der Insel entzogen worden sei, ihr der Zugang und die Nutzung ihres Grundbesitzes verwehrt worden seien und dass ihre Eigentumsrechte verletzt worden seien.

Dieser Fall hat eine Reihe von Debatten darüber ausgelöst, ob der EGMR für sie zuständig ist. Darüber hinaus gab es Diskussionen darüber, ob die Türkei für die Menschenrechtsverletzungen in der TRNZ verantwortlich ist. Bei der Prüfung der Artikel 36 und 159 der Verfassung der TRNZ wird deutlich, dass der innerstaatliche Rechtsbehelf der TRNZ wirkungslos ist und ein rechtliches Hindernis in Bezug auf das Eigentum griechischer Zyprioten im Norden darstellt⁹. Wenn man darüber hinaus bedenkt, dass die griechischen Zyprioten in jenen Jahren nur sehr begrenzten Zugang zur TRNZ hatten, wird deutlich, dass die griechischen Zyprioten sich nicht an die Gerichte der TRNZ wenden konnten. Infolgedessen reichte *Loizidou* ihren Antrag direkt beim EGMR ein, ohne zuvor einen Antrag bei der TRNZ oder der Türkei zu stellen, und ihr Antrag wurde später vom Gericht angenommen.

Dieser beim EGMR eingereichte Fall basiert auf dem Grundsatz, dass die Türkei eine aktive Rolle in der TRNZ spielt. Die Einwände der Türkei, dass der betreffende Fall nicht in die Zuständigkeit des EGMR falle, dass eine Intervention stattgefunden habe, bevor die Türkei die obligatorische Zuständigkeit des Gerichts akzeptiert habe, und dass die Türkei nicht für eine Intervention außerhalb ihrer Grenzen verantwortlich gemacht werden könne, waren zutreffend nicht akzeptiert. Das Gericht betonte erneut, dass die Verpflichtungen der Vertragsstaaten nicht auf ihr Staatsgebiet beschränkt sind¹⁰. Infolgedessen ging das Gericht davon aus, dass sich die Verantwortlichkeiten dieser Staaten auf Amtshandlungen erstrecken könnten, die über ihre Grenzen hinaus Folgen haben¹¹. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Fall, dass das Gericht im Einklang mit den Grundsätzen des Völkerrechts zur Staatsverantwortung entschieden hat, dass eine Vertragspartei dann haftbar ist, wenn sie infolge militärischer Aktionen tatsächlich ein Gebiet außerhalb ihres Staatsgebiets kontrolliert, unabhängig von ihrer Rechtmäßigkeit. In solchen Fällen ergibt sich die Pflicht zum Schutz der in der Konvention garantierten Rechte und Freiheiten aus dieser Kontrolle, unabhängig davon, ob sie direkt von den Streitkräften oder durch eine örtliche nachgeordnete Behörde ausgeübt wird¹².

In der Entscheidung des Gerichts über den Antrag von *Loizidou* wurde behauptet, dass die TRNZ von der internationalen Gemeinschaft nicht als Staat anerkannt wurde, was die ergriffenen

⁷ ÖZERSAY, Kudret: „Kuzey Kıbrıs'ta Yürürlüğe Giren Yeni Mülkiyet Yasası Hakkında“, *Mülkiye Dergisi*, 2007, Band 29, Heft 249, s. 121-131.

⁸ GÜNDÜZLER, s. 24.

⁹ Verfassung der TRNZ, 1983, Artikel 36 und 159.

¹⁰ EGMR, *Loizidou/Türkei*, Individualbeschwerde Nr.: 15318/89, D. 18.12.1996 (HUDOC).

¹¹ *Loizidou/Türkei*, § 50.

¹² ESKİMUHTAROĞLU, Cenan / BOZKURT, Kutluhan: „AİHM Kararları Çerçevesinde KKTC'de Taşınmaz Mal Mülkiyeti“, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Band 17, Heft 2, s. 501-527.

Maßnahmen ungültig machte. Das Gericht stellte außerdem fest, dass die Türkei vor allem aufgrund der Präsenz der türkischen Streitkräfte die vollständige Kontrolle über den nördlichen Teil der Insel hat und daher für alle in der TRNZ vorkommenden Verstöße verantwortlich ist¹³. Der wichtigste Faktor, der diesen Fall beeinflusste, war, dass der EGMR die TRNZ als eine von der Türkei abhängige lokale Regierung ansah. Bei der Prüfung der EMRK-Entscheidungen zeigt sich, dass eine einem Vertragsstaat angeschlossene lokale Regierung als eine Verwaltung definiert wird, deren Existenz von der militärischen und sonstigen Unterstützung dieses Staates abhängt¹⁴. Der EGMR betonte, dass die Existenz der TRNZ von der Unterstützung der Türkei abhängt und dass die türkische Armee auf dem Territorium der TRNZ wichtige Funktionen wahrnimmt. Infolgedessen kam der EGMR zu dem Schluss, dass die Türkei über eine wirksame und umfassende Kontrolle über Nordzypren verfügt, und machte die Türkei für die Verstöße gegen die TRNZ verantwortlich¹⁵. Damit wurde die Unterscheidung zwischen Zuständigkeit und Zuschreibung in Bezug auf Menschenrechte in der TRNZ praktisch aufgehoben¹⁶.

Der EGMR als Eigentümer des Eigentumsrechts von *Loizidou* entschied, dass ihr Recht fortbesteht und dass der Gerichtshof die Türkei für die Zeiträume entschädigt, in denen sie dieses Recht nicht ausüben konnte. Am 28. Juli 1998 befand das Gericht *Loizidou* im Recht und beschloss, ihr 875.000 US-Dollar zu zahlen¹⁷. Die Türkei zahlte diese Entschädigung mit einer Verspätung von 1,1 Millionen Euro im Dezember 2003¹⁸. Der Grund für die Verzögerung ist, dass die Türkei voraussichtlich mit vielen ähnlichen Fällen konfrontiert sein wird, da es sich bei diesem Fall um einen Präzedenzfall handelt. Nach dem Fall *Loizidou* wurden zahlreiche Klagen wegen Eigentumsverletzung beim EGMR eingereicht. Infolge dieser Klagen änderten die Türkei und TRNZ ihre Sichtweisen auf die Eigentumsfrage und suchten nach unterschiedlichen Lösungen.

Die nach der *Loizidou*-Entscheidung beim EGMR angehäuften griechisch-zypriotischen Fälle stießen beim Gericht und beim Europarat auf Unbehagen. Aus diesem Grund beschloss der EGMR in seiner Entscheidung Zypern gegen die Türkei im Jahr 2001 zum ersten Mal, einen innerstaatlichen Rechtsbehelf innerhalb der TRNZ zu schaffen, bei dem griechisch-zypriotische Antragsteller Gerechtigkeit suchen könnten¹⁹. In diesem Zusammenhang wurden im Rahmen der EGMR-Entscheidungen in den TRNZ-Gesetzen gesetzliche Regelungen zur Eröffnung innerstaatlicher Rechtsbehelfe getroffen. Diese Gesetze sind; Es trat als Gesetz zur Entschädigung von Immobilien (2003) und als Gesetz zur Entschädigung, zum Umtausch und zur Rückgabe von Immobilien (2005) in Kraft²⁰. Die betreffenden Gesetze sahen die Bildung der Immobilienkommission (*Taşınmaz Mal Komisyonu* - TMK) vor und bereiteten den ersten Mechanismus vor, über den Griechen Rechte an ihrem Immobilienvermögen beantragen konnten. *Loizidou*-Fall beim EGMR führte zu rechtlichen Änderungen in der TRNZ und führte dazu, dass innerhalb der TRNZ der kürzeste Weg zu einer Eigentumsentschädigungslösung geschaffen wurde.

Um eine Lösung für dieses Problem zu finden und künftige Klagen zu verhindern, hat die eingerichtete Vermögensentschädigungskommission die Einreichung einer Direktklage beim EGMR verhindert. Andererseits beendete das Gesetz über den Austausch und die Rückgabe von Immobilien in Bezug auf Artikel 159 Absatz 1 Buchstabe b der Verfassung Nr. 67/2005 effektiv die direkte Klage der griechischen Zyprioten beim EGMR. Bekanntlich ist es gemäß Artikel 35 EMRK offensichtlich, dass

¹³ *Loizidou/Türkei*, § 52.

¹⁴ *Loizidou/Türkei*, § 52.

¹⁵ *Loizidou/Türkei*, § 52.

¹⁶ GÜNDÜZLER, s. 25.

¹⁷ *Loizidou/Türkei*, § 159.

¹⁸ DEREBOYLULAR / PERÇEM, s. 293.

¹⁹ EGMR, *Zypern/die Türkei*, Individualbeschwerde Nr.: 25781/94, D. 10.05.2001 (HUDOC).

²⁰ ÖZERSAY, s. 121.

das Gericht seine Zuständigkeit nur in Fällen ausüben kann, in denen die innerstaatlichen Rechtsmittel gemäß den allgemein anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts vollständig ausgeschöpft sind²¹.

B. Der Fall *Xenides-Arestis*

Gemäß Artikel 41 der Konvention entschied der EGMR in seiner Entscheidung vom 22. Dezember 2005, dass die Türkei gegen Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention verstoßen habe. In der Entscheidung wurde festgestellt, dass der Kläger seinen 1974 aufgegebenen Wohnsitz in der Region *Maraş* nicht betreten und nutzen konnte. Darüber hinaus stellte das Gericht fest, dass die Türkei seit 1974 kontinuierlich das Eigentumsrecht gemäß Artikel 1 des Protokolls verletzt hat. Aufgrund dieser Feststellungen wurde die Türkei zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt²². Der EGMR betrachtete diesen Fall als Pilotfall und stellte fest, dass die bloße Zahlung einer Entschädigung an das Opfer nicht ausreicht, um den Verstoß zu beseitigen. Das Gericht stellte fest, dass ähnliche Fälle noch anhängig seien, und betonte, dass der Verstoß sowohl unter seinen spezifischen Umständen als auch durch umfassendere innerstaatliche rechtliche Maßnahmen umfassend angegangen werden sollte, um ähnliche Probleme in der Zukunft zu vermeiden²³. In seiner Entscheidung vom 7. Dezember 2006 zur Entschädigung im Fall *Xenides-Arestis* gegen die Türkei entschied der EGMR, dass die Türkei dem Kläger insgesamt 885.000 Euro für finanziellen und immateriellen Schadenersatz sowie Gerichtskosten zahlen sollte²⁴.

Nach dem Fall *Loizidou* ist auch der Fall *Xenides-Arestis* wichtig, da er Licht auf die Entwicklung eines innerstaatlichen Rechtsbehelfs wirft, der die griechischen Zyprioten daran hindern könnte, sich direkt an den EGMR gegen die TRNZ und die Türkei zu wenden. Daher ist die Einführung wirksamer innerstaatlicher Rechtsbehelfe von großer Bedeutung, um einen Rahmen zu schaffen, der es den griechischen Zyprioten ermöglicht, eine materielle und moralische Entschädigung für ihr bewegliches und unbewegliches Eigentum sowie die Möglichkeit zu erhalten, ihr Eigentum zurückzuerhalten. In diesem Zusammenhang werden Bemühungen zur Änderung der bestehenden Gesetze in der TRNZ, insbesondere des Gesetzes Nr. 6662, gemäß Gesetz Nr. 67/2005 durchgeführt. Es wurde erstellt, um den Erwartungen der EMRK im Rahmen von 49/2003 zu entsprechen²⁵.

In Übereinstimmung mit diesen Entscheidungen hat TRNZ Änderungen im Rahmen der Entschädigung für Eigentumsrechte vorgenommen und neue inländische Rechtsvorschriften erlassen. Insbesondere hat TRNZ das Gesetz über Entschädigung, Umtausch und Rückgabe von Immobilien umgesetzt, wie in Artikel 159 Absatz (1) Unterabsatz (b) der Verfassung Nr. 67/2005 vom 22. Dezember 2005 festgelegt. TMK wurde gegründet, um Anträge zu diesen Themen weiterzuverfolgen und festzustellen, ob die Waren zurückgegeben, umgetauscht oder entschädigt werden müssen. Diese Kommission besteht aus sieben Mitgliedern, von denen zwei internationale Vertreter sind²⁶.

Durch die Einrichtung der Kommission für Vermögensentschädigung mit dem Gesetz Nr. 49/2003 haben die TRNZ-Behörden einen Mechanismus geschaffen, der die Einreichung einer direkten Klage beim EGMR verhindert und die Lösung von Problemen gewährleistet, und den Weg für einen innerstaatlichen Rechtsbehelf geebnet diejenigen, die Rechte geltend machen, können sich bewerben. TRNZ hat einen innerstaatlichen Rechtsbehelf geschaffen, der es ermöglicht, die Angelegenheit von einer unparteiischen Kommission zu prüfen, wenn die griechischen Zyprioten

²¹ EUROPARAT: „Die Europäische Menschenrechtskonvention“, 1950 (https://70.coe.int/pdf/convention_eng.pdf, 1950, Zd: 10.08.2024).

²² EGMR, *Xenides-Arestis/die Türkei*, Individualbeschwerde Nr.: 46347/99, D. 22.12.2005 (HUDOC).

²³ *Xenides-Arestis/die Türkei*, § 19-22.

²⁴ *Xenides-Arestis/die Türkei*, § 19-22.

²⁵ FAZLIOĞLU, Ömer: „AİHM'nin Xenides-Arestis Kararı ve Kıbrıs'ta Mülkiyet Sorunu“, *Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Yayınları*, |EPRI Dış Politika Etütleri Programı, Ankara 2005, Band 1, Heft 23, s. 1-5.

²⁶ ÖZERSAY, s. 126.

einen Antrag stellen. Darüber hinaus haben Einzelpersonen die Möglichkeit, beim Obersten Verwaltungsgericht der TRNZ gegen die Entscheidungen der Kommission Berufung einzulegen. Wenn die Kommission feststellt, dass die Person, die ein Recht auf eine Immobilie in der TRNZ beansprucht, tatsächlich der rechtmäßige Eigentümer ist, kann sie entscheiden, dieser Person eine Entschädigung zu zahlen, einen Umtausch anzubieten oder die Immobilie zurückzugeben.

Der Fall *Xenides-Arestis* ist von großer Bedeutung, da es sich um das erste Beispiel für das vom EGMR in TRNZ bewertete Eigentumsentschädigungsgesetz handelt. Das Gericht stellte fest, dass dies als innerstaatlicher Rechtsbehelf im Hinblick auf *Arestis'* Antrag auf Rückgabe seines Eigentums in der *Varosia*-Region angesehen werden könne. Am 22. Dezember 2005 entschied das Gericht, dass die Eigentumsrechte von *Xenides-Arestis* verletzt worden seien²⁷. In derselben Entscheidung forderte das Gericht die Einrichtung eines Mechanismus, in dem die Rechte von *Xenides-Arestis* und ähnlichen beim EGMR anhängigen Fällen erörtert und innerhalb von drei Monaten eine Entscheidung getroffen wird. Der EGMR stellte fest, dass, wenn dieser vorgeschlagene Mechanismus als wirksamer innerstaatlicher Rechtsbehelf akzeptiert wird, dieser Mechanismus ähnliche, noch anhängige Anträge leiten wird. Später wurde die TMK gegründet und der EGMR entschied, dass die im *Xenides-Arestis*-Fall festgelegten Kriterien von der TMK in Bezug auf die Entschädigung erfüllt wurden²⁸.

Gemäß der TRNZ-Gesetzgebung unterliegt die Rückgabe von Immobilien innerhalb ihrer Grenzen an die rechtmäßigen griechischen Zyprioten sehr strengen Bedingungen. Gemäß Artikel 8 Absatz 1 des Gesetzes kann eine solche Rückgabe in Betracht gezogen werden, wenn die Immobilie keiner anderen natürlichen oder juristischen Person als dem Staat gehört, nicht zur öffentlichen Nutzung bestimmt ist und ihre Rückgabe keinen Schaden verursacht²⁹. Darüber hinaus darf das Grundstück oder Grundstück keine Gefahr für die nationale Sicherheit und die öffentliche Ordnung darstellen, da es sich aufgrund seiner Lage befindet und nicht innerhalb einer militärischen Zone oder Einrichtung liegt. Wenn diese Bedingungen erfüllt sind, liegt es im Ermessen der Kommission, die Rückgabe der Immobilie an den Antragsteller innerhalb einer angemessenen Frist zu genehmigen.

Derzeit sind die meisten Immobilien, die griechische Zyprioten innerhalb der Grenzen der TRNZ beanspruchen, entweder im Besitz von privaten oder juristischen Personen gemäß TRNZ-Recht oder befinden sich innerhalb von Militärzonen oder -einrichtungen. Daher kann die Kommission nicht innerhalb einer angemessenen Frist über die Rückgabe der betreffenden Immobilie entscheiden³⁰. Bemerkenswert ist Artikel 8/2 des Gesetzes, der besagt, dass die Rückgabe von Eigentum bis zur Lösung des Zypernproblems aufgeschoben wird, sofern bestimmte Bedingungen erfüllt sind³¹. Darüber hinaus besagt Artikel 8/3, dass es in Fällen, in denen eine Rückgabe nicht möglich ist, nach eigenem Ermessen der Kommission obliegt, zu empfehlen, dass dem antragstellenden griechischen Zyprioten eine Entschädigung angeboten wird oder dass die Person, die die Rückgabe beantragt, gegen eine türkische Immobilie im Süden nach 1974 ausgetauscht wird³².

Unter den heutigen Bedingungen ist ein Austausch ein sehr schwieriges Unterfangen. Ebenso darf der griechisch-zypriotische Antragsteller nicht über ein Eigentum verfügen, das dem Eigentum gleichwertig ist, das heute vom türkischen Zyprioten oder einer anderen Person auf griechisch-zypriotischer Seite genutzt wird, die aufgrund des TRNZ-Rechts Rechte an dem Eigentum hat, das Gegenstand des Antrags ist. Selbst wenn eine solche Situation eintritt, ist eine Eintragung in das

²⁷ *Xenides-Arestis/die Türkei*, § 19-22.

²⁸ RENDA, Yaprak: „Loizidou Kararından Bugüne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararlarının Kıbrıs'taki Mülkiyet Sorununa Etkisi“, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, Band 136, Heft 1, s. 387-397.

²⁹ TRNZ-Gesetzgebung: Gesetz Nr. 67. 2005.

³⁰ TRNZ-Gesetzgebung: Gesetz Nr. 67.

³¹ TRNZ-Gesetzgebung: Gesetz Nr. 67.

³² TRNZ-Gesetzgebung: Gesetz Nr. 67.

griechisch-zypriotische Grundbuch oder eine Löschung nicht möglich, da es im Rechtssystem der griechischen Seite keine entsprechende Eintragung gibt. Aus diesem Grund zieht es die Kommission vor, in den bei ihr eingereichten Anträgen eine Entschädigung zu zahlen.

Da TRNZ bekanntlich keine Vertragspartei der EMRK ist und keine Haftungskapazität im Sinne des europäischen Menschenrechtsrechts hat, wurde die Türkei für Fälle wegen Eigentumsverletzungen zur Verantwortung gezogen. Um zu verhindern, dass die Türkei durch den EGMR zu hohen finanziellen Schäden verpflichtet wird, und um zu verhindern, dass weitere ähnliche Fälle vor dem EGMR eingereicht werden, wurde mit der Einrichtung des TMK ein wirksamer Mechanismus geschaffen. Dieses System ermöglichte die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht nur für unbewegliches Vermögen, sondern auch für bewegliches Vermögen. Darüber hinaus wurden Ansprüche auf immaterielle Schäden ermöglicht und ein System geschaffen, das die Rückgabe und den Umtausch von Eigentum akzeptiert. Das in TRNZ ansässige TMK hat die Befugnis, über Entschädigung, Umtausch und Rückgabe von Waren zu entscheiden.

In diesem Zusammenhang befasst sich die im Rahmen des Gesetzes Nr. 67/2005 in Nordzyprien gegründete TMK mit den Forderungen griechischer Immobilienbesitzer, die eine Entschädigung für ihre Immobilien im Norden verlangen, und entscheidet über Umtausch, Rückgabe oder Entschädigung. Der TMK wurde als wirksamer Rechtsbehelf akzeptiert, der in Nordzyprien genutzt werden sollte, da seine Entscheidungen für gerichtliche Entscheidungen bindend sind. Auf der Grundlage dieser Entscheidung betont der EGMR auch, dass die Beantragung der TMK keine Anerkennung der TRNZ als Staat bedeutet und dass dadurch die aktuellen Urteile der internationalen Gemeinschaft zu diesem Thema nicht geändert werden .

Der Fall *Xenides-Arestis* gegen die Türkei stellte einen wichtigen Präzedenzfall für ähnliche Fälle dar. Daher war es wichtig, über einen wirksamen innerstaatlichen Rechtsbehelf gegen Eigentumsrechtsverletzungen in Nordzyprien zu verfügen. Dies würde nicht nur dazu beitragen, zu verhindern, dass ähnliche Fälle vor den EGMR gebracht werden, sondern würde auch die Arbeitsbelastung des Gerichtshofs verringern. Tatsächlich stellte der EGMR in seiner Zulässigkeitsentscheidung vom 1. März 2010 im Fall *Demopoulos* und *Others* gegen die Türkei fest, dass das Gesetz Nr. 67/2005 praktische Lösungen bietet und einen wirksamen innerstaatlichen Rechtsbehelf darstellt, der gemäß Artikel ausgeschöpft werden muss³³. Das Gericht begann, Petitionen, die ohne diese neue Situation eingingen, nicht mehr anzunehmen, mit der Begründung, dass die innerstaatlichen Rechtsmittel nicht ausgeschöpft worden seien.

Die Entscheidung des EGMR zeigt, dass das von der TRNZ umgesetzte Gesetz ein wirksamer innerstaatlicher Rechtsbehelf für die griechischen Zyprioten ist. Daher hindert diese Situation griechische Zyprioten daran, sich in Immobilienangelegenheiten direkt an den EGMR gegen Türkei zu wenden. Gemäß den Urteilen des EGMR müssen griechische Zyprioten weiterhin eine Entschädigung erhalten, es sei denn, eine Auslieferung ist möglich. In Fällen, in denen der EGMR jedoch einen Verstoß der Türkei feststellte, musste die Türkei nicht nur eine Entschädigung zahlen, sondern dem Kläger auch den Zugang zu Immobilien erleichtern und ihm die Ausübung seiner Rechte ermöglichen, indem sie ihm den Besitz der Immobilie ermöglichte. Das Gesetz Nr. 67/2005, das diese Situation verhindert, sieht nur eine Entschädigung für griechische Zyprioten vor und schränkt deren Nutzungsrechte an Immobilien ein.

C. Der Fall *Demopoulos* und Andere

Der Fall von *Demopoulos* und anderen ist wichtig. Ebenso wurde die Wirksamkeit des TMK, dass nach den Fällen *Loizidou* und *Arestis* etabliert wurde, vom EGMR hervorgehoben. Der Fall hat den

³³ EGMR, *Demopoulos und Andere/die Türkei*, Individualbeschwerde Nr.: 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, D. 01.03.2010 (HUDOC).

gleichen Inhalt wie die zuvor von den griechischen Zyprioten gegen die Türkei beim EGMR eingereichten Klagen in Bezug auf Eigentum. Als Ergebnis dieses Falles stellte der EGMR fest, dass die griechischen Zyprioten ihre Immobilien in Nordzypren nicht direkt beim Gericht beantragen könnten, ohne die innerstaatlichen Rechtsmittel auszuschöpfen³⁴. Die Bedeutung der Entschädigung anstelle der Rückerstattung in diesem Prozess hat die Bedeutung der Funktionalität des TMK erhöht. Nachdem der EGMR die Aktivitäten der TMK eine Zeit lang beobachtet hatte, begründete er dies damit, dass es nun einen wirksamen innerstaatlichen Rechtsbehelf gebe, der ausgeschöpft werden müsse, und dass dieser Rechtsbehelf zuerst ausgeschöpft werden müsse. Daher entschied der EGMR, dass diese zur Behandlung von Eigentumsfragen in der TRNZ eingerichtete Kommission ein wirksamer innerstaatlicher Rechtsbehelf ist. Insofern hat die Entscheidung historische Bedeutung³⁵.

In diesem Fall prüfte die Große Kammer des EGMR insgesamt acht Anträge und erörterte, ob das TMK ein wirksamer und erschöpfbarer Rechtsbehelf sei. Bei diesen Anträgen handelt es sich um Anträge, die zwischen 1999 und dem 27. Februar 2004 gestellt wurden (Antragsnummern 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04). In seiner Entscheidung vom 1. März 2010 über die Zulässigkeit des gegen die Türkei eingereichten Falles *Demopoulos* und Andere stellte der EGMR fest, dass das Gesetz Nr. 67/2005 einen wirksamen Rechtsbehelf vorsehe, und lehnte die Beschwerden der Beschwerdeführer mit der Begründung ab, dass es keinen innerstaatlichen Rechtsbehelf gegeben habe erschöpft³⁶.

II. GESCHLOSSENES VAROSIA (MARAŞ) - PROBLEM

Nach der Intervention der Türkei im Jahr 1974 eroberten türkische Streitkräfte im Rahmen der Operation die griechische *Varosia* Region an der Küste von Famagusta. Türkei und seine zypriotischen Verbündeten betrachteten den glamourösen Badeort als Verhandlungsgrundlage für eine künftige Lösung. Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (UNSC) erklärte in seiner Resolution Nr. 550 vom 11. Mai 1984: „Der Sicherheitsrat verurteilt die Bemühungen, andere Menschen als seine eigenen Bewohner in irgendeinem Teil von Varosia umzusiedeln, als inakzeptabel und fordert die Verlegung dieser Region. „an die UN-Verwaltung“³⁷. Der UN-Sicherheitsrat hat diesen Schritt unternommen, um zu verhindern, dass die TRNZ, die nur von der Türkei anerkannt wird, ihre Bürger in dieser Region ansiedelt³⁸.

Diese Entscheidung erfolgte nach der einseitigen Erklärung der TRNZ im Jahr 1983 und der Aufnahme der *Varosia*-Region in die Grenzen dieses neuen Staates. Türkei kam zunächst einer UN-Resolution von 1984 nach und erklärte jeden Versuch, *Varosia* von jemand anderem als seinen ursprünglichen Bewohnern umzusiedeln, für inakzeptabel. Im Sommer 2021 kündigten der türkische Präsident Erdogan und die türkisch-zypriotische Führung jedoch an, dass ein Teil der Küstengemeinde - etwa 3,5 % ihrer Gesamtfläche - wieder für den Tourismus und mögliche Umsiedlungen geöffnet werden würde³⁹. Das türkische Militär stellte letztes Jahr den öffentlichen Zugang zu Teilen der Küste wieder her und Erdogan kündigte Pläne an, *Varosia* weiter zu öffnen⁴⁰.

³⁴ *Demopoulos und Andere/die Türkei*, § 69.

³⁵ DEREBOYLULAR / PERÇEM, s. 295.

³⁶ *Demopoulos und Andere/die Türkei*, § 72.

³⁷ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL: „The UN Security Council Resolution Nr. 550“, 1984 (<https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Cyprus%20SRES550.pdf>, Zd: 10.08.2024).

³⁸ BBC: „Kıbrıs'ta Maraş Bölgesinin Yüzde 3,5'unun Açılacak Olması Ne Anlama Geliyor? („Was bedeutet es, dass 3,5 Prozent der Maraş-Region in Zypern geöffnet werden?“)“, 2021 (<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-57918758>, Zd: 15.07.2024).

³⁹ LUCENTE, Adam: „Explainer: The Conflict Between Turkey and Cyprus Over the Varosha Ghost Town“, *Al Monitor*, 2021 (<https://www.al-monitor.com/originals/2021/07/explainer-conflict-between-turkey-and-cyprus-over-varosha-ghost-town>, Zd: 12.07.2024).

⁴⁰ CATALANO, Robin: „The Curious Case of a Cyprus Ghost Town“, *U.S. News*, 2023 (<https://www.usnews.com/news/best-countries/articles/2023-11-09/a-cyprus-ghost-town-is-emblematic-of-the-islands-50-year-conflict>, Zd: 12.07.2024).

Wer sich bei der Kommission bewirbt, hat bekanntlich drei Möglichkeiten: Griechische Zyprioten haben die Möglichkeit, eine Entschädigung für ihr im Norden zurückgelassenes Immobilienvermögen zu erhalten, falls dieses Eigentum enteignet wird. Darüber hinaus ziehen es Antragsteller möglicherweise vor, ihre Immobilien gegen gleichwertige Immobilien türkischer Zyprioten einzutauschen, die sie im Süden zurückgelassen haben. Griechischen Zyprioten wird auch die Möglichkeit geboten, ihr Eigentum innerhalb der TRNZ zurückzuerhalten und in ihre Häuser zurückzukehren. Während die Mehrheit der Antragsteller bisher Interesse an einer Entschädigung und einem Umtausch bekundet hat, haben nur fünf die Rückgabe ihres Eigentums beantragt. Zwei von ihnen zogen in den Norden und begannen, in ihren alten Häusern bei den Türken zu leben⁴¹. Im geschlossenen *Varosia* konnten solche Forderungen nicht erfüllt werden, da die Grundstücke nicht enteignet und zur Besiedlung freigegeben wurden. Darüber hinaus lehnte der EGMR aus ähnlichen Gründen den Antrag der griechisch-zypriotischen *Myra Xenides-Arestis*, einer Grundstückseigentümerin in der geschlossenen *Varosia* -Region, ab⁴².

Xenides-Arestis verzichtete auf eine Entschädigung für die Enteignung, da es keine rechtmäßige Enteignung gab. Stattdessen forderte er eine Mietentschädigung für den Zeitraum, in dem der Zugang zu und die Nutzung seiner Immobilie eingeschränkt war. Der EGMR entschied 2005 über den Antrag, verschob jedoch die Festlegung der Entschädigung mit der Begründung, dass die Entscheidung über die finanzielle und immaterielle Entschädigung noch ausstehe. Seit diesem Datum wurden keine Ergebnisse aus den Anfragen der Griechen erhalten, die sich bei der TMK bezüglich ihrer Grundstücke in der geschlossenen *Varosia*-Region beworben hatten.

FAZIT

Die laufenden politischen Verhandlungen zur Lösung der Zypern-Frage haben bisher zu keinem Ergebnis geführt, und kein vorgelegter Plan konnte eine Lösung im Kern herbeiführen. Die Eigentumsfrage ist das Haupthindernis für diejenigen, die eine Lösung des Zypernproblems durch Kompromisse suchen, und stellt sogar eines der am schwierigsten zu lösenden Problemen dar.

Das am 2. August 1975 in Wien unterzeichnete und von den UN-Friedenstruppen umgesetzte Bevölkerungsaustauschabkommen ermöglichte die Umsiedlung von etwa 120.000 griechischen Zyprioten vom Norden in den Süden der Insel und von etwa 65.000 türkischen Zyprioten vom Süden in den Norden Insel. Diese Situation führte zur Bildung einer homogeneren Bevölkerungsverteilung in zwei Regionen auf der Insel. Darüber hinaus wurde durch das Abkommen faktisch eine Pufferzone geschaffen, die die nördlichen und südlichen Regionen trennt. Nach diesem Tausch hinterließen die griechischen Zyprioten etwa 46.000 Grundstücke im Norden, während die türkischen Zyprioten etwa 16.000 Grundstücke im Süden hinterließen. Danach wurden die von beiden Gemeinden verlassenen Grundstücke zu einem der wichtigsten Probleme des anhaltenden Zypernproblems.

Die Regelung der Eigentumsrechte in Artikel 159 der TRNZ-Verfassung veranlasste die griechischen Zyprioten, sich an den EGMR zu wenden, da sie ein Hindernis für ihre Ansprüche hinsichtlich ihrer rechtlichen Interessen an ihrem Eigentum im Norden darstellte. In den später beim EGMR eingereichten Klagen war die Türkei aufgrund der seit 1974 getroffenen Entscheidungen zur Unterbringung von Soldaten in Nordzypern und zur Nutzung effektiver und politischer Macht über ihre Landesgrenzen hinaus zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet. Aus diesem Grund wandten sich in den 1990er-Jahren viele griechisch-zypriotische Personen an den EGMR mit der Begründung, dass ihre Eigentumsrechte durch die Türkei verletzt worden seien. Da die TRNZ keine Vertragspartei

⁴¹ BBC: "Maraş: 46 Yıldır Kapalı Olan Şehrin Bir Kısımının Açılması Ne Anlama Geliyor? Bundan Sonra Ne Olacak? (Maraş: Was bedeutet die Öffnung eines seit 46 Jahren geschlossenen Stadtteils? Was wird als nächstes passieren?)", 2020 (<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-54486939>, Zd: 15.07.2024).

⁴² *Demopoulos und Andere/die Türkei*, § 69.

der Europäischen Menschenrechtskonvention ist, wurden die Klagen aufgrund der aktiven Rolle der Türkei in der TRNZ und ihren Streitkräften nicht gegen die TRNZ, sondern gegen die Türkei eingereicht. Im *Loizidou*-Fall, der der erste Fall war, der aus diesem Grund beim EGMR eingereicht wurde, wurde die Türkei und nicht die TRNZ aus den oben genannten Gründen verantwortlich gemacht. Tatsächlich spricht der EGMR aufgrund dieser De-facto-Situation die Türkei und nicht die TRNZ als die tatsächliche politische Autorität in Nordzypren an.

Im Fall *Loizidou* gegen die Türkei wurde der Standpunkt des Beschwerdeführers, dass das TRNZ-Gesetz ihr daran hinderte, eine Entschädigung für ihre Gewerbeimmobilien zu erhalten, vom EGMR nicht gebilligt. Diese Position ist besonders relevant, da es keinen inländischen Präzedenzfall gibt, der den Anspruch des Antragstellers stützen könnte. Es wurde anerkannt, dass die Hauptverantwortung für die Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts bei den nationalen Behörden liegt und dass es nicht in der Zuständigkeit des EGMR liegt, die lokalen Behörden in dieser Hinsicht zu ersetzen⁴³.

Nach der Rechtsprechung des EGMR sollte die Entscheidung darüber, wie Eigentumsrechtsverletzungen (durch Rückerstattung, Tausch oder Entschädigung) ausgeglichen werden sollen und die Auslegung des innerstaatlichen Rechts den örtlichen Behörden überlassen bleiben. Der beste Ansatz zur Bestimmung der Entschädigungsmethode sollte von denjenigen gewählt werden, die die örtlichen Gegebenheiten, Prioritäten und Interessenkonflikte am besten kennen⁴⁴.

Der EGMR begann am 14. März 2005 mit der Untersuchung des Falles „*Xenedis Arestis* gegen die Türkei“, dem ersten Fall, der die Immobilien im geschlossenen *Varosia* betraf, und verkündete seine endgültige Entscheidung am 22. Dezember 2005. In diesem Fall machte der Kläger geltend, dass ihm sein Eigentum zu Unrecht entzogen worden sei. Türkei widersprach dieser Ansicht und sagte, dass das Land vor langer Zeit einer türkisch-muslimischen Stiftung übergeben worden sei und dass dieses Land gemäß den Regeln nicht mehr an jemand anderen weitergegeben werden dürfe. Das Gericht erklärte, dass die Ansprüche der Türkei zuvor abgewiesen worden seien und dass die Person gemäß den Gerichtsentscheidungen als Opfer angesehen werde. Türkei legte keine neuen Dokumente vor, die die Meinung des Gerichts ändern würden. Am Ende kam das Gericht zu dem Schluss, dass sich nichts geändert habe; und blieb bei seiner vorherigen Entscheidung, dass die Person nicht fair behandelt worden sei. Als Reaktion auf diese Entscheidung erklärte Türkei, dass die Person dem Gericht nicht die ursprüngliche Landtitelurkunde (ein spezielles Dokument, das nachweist, wem das Land gehört) sondern lediglich einen Zettel vorgelegt habe, aus dem hervorgehe, dass es sich bei dem Grundstück um türkisches Eigentum handle. Die Türkei bat um mehr Zeit, um die Aufzeichnungen zu prüfen und die gesamte Geschichte der Region kennenzulernen. Der EGMR erklärte, die Einwände der Türkei sei zunächst nicht angenommen worden. Er erklärte auch, dass die Person, die den Fall eingereicht hatte (der Beschwerdeführer), gemäß den Regeln als Opfer angesehen wurde. Die Türkei hat dem EGMR nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist neue Dokumente vorgelegt. Als der EGMR den Fall erneut prüfte, kam er zu dem Schluss, dass sich nichts geändert habe, was seine ursprüngliche Entscheidung ändern würde⁴⁵.

Am 7. Dezember 2006 entschied der EGMR über die Entschädigung im Fall *Xenides-Arestis* gegen die Türkei, der für die Zukunft vieler laufender Verfahren von besonderer Bedeutung ist. Diese Fälle wurden zuvor durch eine Entscheidung vom 22. Dezember 2005 verschoben, bis in der TRNZ ein wirksamer und unparteiischer innerstaatlicher Rechtsbehelf geschaffen wurde. Die Große Kammer des EGMR hat die Regel klargestellt, die im Fall *Demopoulos* die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs vorschreibt. Für inländische Rechtsbehelfe gelten Ausnahmen, einschließlich der

⁴³ *Loizidou/Türkei*, § 50.

⁴⁴ *Demopoulos und Andere/die Türkei*, § 69-72.

⁴⁵ *Xenides-Arestis/die Türkei*, § 19-22.

Aufnahme des inländischen Rechtsbehelfs der TRNZ als Ausnahme. Daher ist es verpflichtend geworden, das innerstaatliche Recht der TRNZ nicht nur für neue Fälle, sondern auch für bereits eingereichte Fälle auszuschöpfen. Infolgedessen wird der EGMR keine Einwände mehr akzeptieren, dass die Erschöpfungsvoraussetzung des innerstaatlichen Rechts gemäß Artikel 35 Absatz 3 nicht auf Ereignisse vor der Verabschiedung dieses Artikels angewendet werden kann. Im *Xenides-Arestis*-Fall entschied der EGMR, den Antrag ohne Ausschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel abzuschließen, da keine friedliche Lösung erzielt und keine Feststellungen hinsichtlich der Zulässigkeit und Begründetheit getroffen werden konnten⁴⁶.

Aufgrund dieser Klagen kann die Verantwortung der Türkei darin beurteilt werden, sowohl die Verletzung von Eigentumsrechten zu verhindern und die betreffende Verletzung zu beenden als auch Einzelpersonen für die durch die Verletzungen erlittenen Schäden und Verluste zu entschädigen. Mit dem Urteil im *Loukidou*-Fall sah sich die Türkei mit der Verpflichtung konfrontiert, eine sehr hohe Entschädigungssumme zu zahlen, was zur Einreichung ähnlicher Verfahren führte. Diese Situation führte zu einem rapiden Anstieg der Fälle vor dem EGMR und führte dazu, dass die ç finanzielle Verluste in Bezug auf Entschädigungen erlitt. Um dem ein Ende zu setzen, mussten ein wirksamer Mechanismus und ein innerstaatlicher Rechtsbehelf für Beschwerden geschaffen werden. Für Anträge beim EGMR galten zunächst keine innerstaatlichen Rechtsvorschriften. Nach der Gründung des TMK im Jahr 2006 und der anschließenden Erfüllung der notwendigen Kriterien für die Einstufung als wirksamer innerstaatlicher Rechtsbehelf wurde die Kommission jedoch zunehmend als Rechtsbehelf akzeptiert, der ausgeschöpft werden muss, bevor er beim EGMR angewendet werden kann. Der Hauptzweck der Einrichtung des TMK bestand darin, griechische Zyprioten, insbesondere diejenigen, die Eigentum in der TRNZ besitzen, daran zu hindern, sich direkt an den EGMR zu wenden, und als führender lokaler Mechanismus zur Lösung der Probleme zu fungieren.

Das TRNZ-Parlament hat am 30. Juni 2003 ein neues Gesetz verabschiedet, um zur Lösung der Eigentumsprobleme der Griechen beizutragen, die nach 1974 ihre Häuser im Norden der Insel verlassen haben. Dieses Gesetz wurde erlassen, um Probleme zu vermeiden, die sich aus einem Altfall ergeben, und um die notwendigen Regelungen zu treffen. Gemäß diesem Gesetz wurde eine spezielle Abteilung mit dem Namen „Kommission zur Identifizierung, Bewertung und Entschädigung von Immobilien“ eingerichtet. Diese Gruppe von 7 oder 9 Mitgliedern hätte die Befugnis, wichtige Entscheidungen in Bezug auf Eigentum zu treffen. Griechen, die ihre Waren im Norden zurückließen, konnten von dieser Gruppe Geld oder den Umtausch ihrer Waren verlangen. Wenn sie mit der Entscheidung der Kommission nicht zufrieden sind, können Antragsteller zunächst Hilfe bei den örtlichen Gerichten der TRNZ suchen. Wenn sie immer noch nicht zufrieden sind, können sie sich an den EGMR wenden und nur den Geldbetrag verlangen, den sie erhalten können, nicht jedoch, wer der Eigentümer der Immobilie ist.

Folglich kann das Zypernproblem nicht dadurch gelöst werden, dass man den griechischen Zyprioten mehr territoriale Zugeständnisse macht oder den türkischen Zyprioten eine lockerere Föderation und größere Autonomie verspricht. Das Hauptproblem für die zypriotischen Gemeinschaften ist die Einschränkung ihres Rechts auf Selbstbestimmung⁴⁷. Allerdings haben die unter der Aufsicht der Vereinten Nationen geführten Verhandlungen zum bisherigen Stand der Zypern-Frage noch zu keinem Ergebnis geführt. Aus diesem Grund ist das TMK, das als Ergebnis des EMRK-Prozesses zum Eigentumsrecht entstanden ist, seit 1974 der einzige Mechanismus, über den das TRNZ-Recht im Zypern-Problem direkte Autorität hat.

⁴⁶ *Xenides-Arestis/die Türkei*, § 19-22.

⁴⁷ DİREKLİ, Mehmet: „From the United Cyprus Republic to Two-State Solution“, *International Journal of Euro-Mediterranean Studies*, 2022, Band 15, Heft 1, s. 31-53.

LITERATUR

- CATALANO, Robin: „The Curious Case of a Cyprus Ghost Town“, *U.S. News*, 2023 (<https://www.usnews.com/news/best-countries/articles/2023-11-09/a-cyprus-ghost-town-is-emblematic-of-the-islands-50-year-conflict>, Zd: 12.07.2024).
- DEREBOYLULAR, Özde / PERÇEM, Arman: „Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye’ye Etkisi“, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Band 136, Heft 1, s. 293-326.
- DİREKLİ, Mehmet: „A New Period in the Cyprus Conflict: Can Anastasiadis and Akıncı Change the Status Quo?“, *European Review*, 2016, Band 24, Heft 1, s. 132-148.
- DİREKLİ, Mehmet: „From the United Cyprus Republic to Two-State Solution“, *International Journal of Euro-Mediterranean Studies*, 2022, Band 15, Heft 1, s. 31-53.
- ESKİMUHTAROĞLU, Cenan / BOZKURT, Kutluhan: „AİHM Kararları Çerçevesinde KKTC’de Taşınmaz Mal Mülkiyeti“, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Band 17, Heft 2, s. 501-527.
- EUROPARAT: „Die Europäische Menschenrechtskonvention“, 1950 (https://70.coe.int/pdf/convention_eng.pdf, Zd: 07.08.2024).
- EUROPARAT: „Erstes Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention“, 2024 (<https://fra.europa.eu/en/law-reference/1st-additional-protocol-european-convention-human-rights-echr-0>, Zd: 07.08.2024).
- FAZLIOĞLU, Ömer: „AİHM’nin Xenides-Arestis Kararı ve Kıbrıs’ta Mülkiyet Sorunu“, *Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Yayınları*, |EPRI Dış Politika Etütleri Programı, Ankara 2005, Band 1, Heft 23, s. 1-5.
- GÜNDÜZLER, Ulaş: „Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarının Mülkiyet Sorunu Bakımından Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukuna Etkileri“, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2016, Band 15, Heft 2, s. 23-28.
- HATİP, Emine: „Avrupa Birliği Karar Alma Mekanizmalarında Kıbrıs Sorunu ve Sürecin Sonu Annan Belgesi (1990-2004)“, *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, 2018, Band 1, Heft 1, s. 74-98.
- LUCENTE, Adam: „Explainer: The Conflict Between Turkey and Cyprus Over the Varosha Ghost Town“, *Al Monitor*, 2021 (<https://www.al-monitor.com/originals/2021/07/explainer-conflict-between-turkey-and-cyprus-over-varosha-ghost-town>, Zd: 12.07.2024).
- ÖZERSAY, Kudret: „Kuzey Kıbrıs’ta Yürürlüğe Giren Yeni Mülkiyet Yasası Hakkında“, *Mülkiye Dergisi*, 2007, Band 29, Heft 249, s. 121-131.
- RENDİ, Yaprak: „Loizidou Kararından Bugüne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kararları ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararlarının Kıbrıs’taki Mülkiyet Sorununa Etkisi“, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, Band 136, Heft 1, s. 387-397.
- UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL: „The UN Security Council Resolution Nr. 550“, 1984 (<https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Cyprus%20SRES550.pdf>, Zd: 10.08.2024).



Mirasbırakanın Vasiyetnamesinde Ölünceye Kadar Kendisine Bakılması Koşuluna Bağladığı Ölümüne Bağlı Tasarrufları^(*)



The Testamentary Dispositions of the Testator in His Will, Which are Subject to the Condition of Taking Care of Him Until His Death

Cannur ERCAN



Doktor Öğretim Üyesi

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Vasiyetname,
Ölümüne Bağlı
Tasarruflarda Koşul,
Ölünceye Kadar
Bakma Kaydı,
Miras Hukuku Nitelikli
Ölünceye Kadar
Bakma Sözleşmesi,
Şekil.

Keywords

Testament,
Conditions in Death
Related Disposals,
Condition of Care until
Death,
Inheritance Law
Qualified Contract to
Care until Death,
Form.

Öz

Çalışmanın odak noktası mirasbırakanın, vasiyetnamesinde kendisine ölünceye kadar bakması koşuluyla belirli bir kişi lehine yaptığı ölümüne bağlı kazandırmalarıdır. Ölünceye kadar bakım ve ilgiye, gözetilmeye ihtiyaç duyan kimselerin, bu ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlamak için ayrıca Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ölünceye kadar bakma sözleşmesine başvurabilme imkanları da bulunmaktadır (BK m. 611 vd.). Ancak mirasbırakanın bir sözleşme ilişkisini tercih etmek yerine kendisine ölünceye kadar bakması koşuluyla belirli bir kimseyi mirasçısı atamasına veya bu kimse lehine belirli mal vasiyetinde bulunmasına da hukuken bir engel bulunmamaktadır.

Mirasbırakanın ölünceye kadar bakılması koşuluyla yaptığı ölümüne bağlı tasarrufları hakkında gerekli bilgilere yer verildikten sonra değinilen iki hukuki imkânın, özellikle bakım alacaklısının Miras Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleri bakımından birbiri ile karşılaştırılması amaçlanmıştır. Bu doğrultuda ölünceye kadar bakma sözleşmesine, çalışmada ele alınan konunun gerektirdiği kapsamda yer verilecektir. Son olarak mirasbırakanın, ölümüne kadar ona bakılması koşuluna bağladığı ve belirli bir kişi lehine yaptığı ölümüne bağlı tasarruflarına ilişkin karşılaşılabilecek bazı hukuki meselelere değinilecektir.

Abstract

In this study, the testamentary acquisitions made by the testator in favour of a certain person on the condition that he/she will take care of him/her until his/her death will be discussed. Persons who are in need of care, attention and supervision until death have the opportunity to apply for a contract of care until death regulated in the Code of Obligations in order to ensure that these needs are met (Art. 611 et seq.). However, there is no legal obstacle for the heir to appoint a specific person as his/her heir or to make a bequest of certain property in favour of this person on the condition that he/she will take care of him/her until his/her death instead of preferring a contractual relationship.

After providing the necessary information about the testamentary dispositions of the heir regarding the appointment of an heir or testamentary beneficiary on the condition of being cared for until death, it is aimed to compare these two legal possibilities with each other, especially in terms of the rights and obligations of the care creditor arising from the contract of care until death with the inheritance law. In this direction, the maintenance contract until death will be included within the scope required by the subject matter of the study. Finally, some legal issues that may be encountered regarding the testamentary dispositions made by the heir in favour of a certain person, which are conditional on the care of the heir until his death, will be addressed.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 29.10.2024, Kabul Tarihi: 10.12.2024.

GİRİŞ

İnsanlar, çeşitli sebeplerle bir başkasının ilgisi ve gözetimine, bakımına ihtiyaç duyabilmektedirler. Özellikle yaşlılık ve/veya hastalıkları nedeniyle bu kimseler ihtiyaç duydukları bakım, gözetim ve ilgiyi temin etmek amacıyla ölüncüye kadar bakma sözleşmesi olarak anılan sözleşmeye başvurabilmektedirler (BK m. 611 vd.). Bu halde bakım alacaklısı, alacağının karşılığı olarak sözleşmenin karşı tarafına yapması gereken kazandırmayı tarafların anlaşmasına göre sağlığında yapabileceği gibi karşı tarafı vasiyet alacaklısı veya iradi mirasçısı olarak da atayabilecektir. Böylece ikinci olasılıkta ilkinin aksine Borçlar Hukuku değil; Miras Hukuku alanına tabi bir ölüme bağlı hukuki işlem söz konusu olur. Ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin hangi türü tercih edilirse edilsin, sözleşmenin miras sözleşmesi şeklinde yapılması geçerlik koşuludur. Meğerki devletçe tanınmış bir bakım kurumunca yetkili makamların belirlediği koşullara uyulmuş olsun (BK m. 612). Hayatın olağan akışında karşılaşılabilecek bir diğer olasılık, mirasbırakanın ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapmak yerine kendisinin yaşlılığında ve/veya hastalığında ölümüne kadar bakımını üstlenecek kimseye vasiyetnamesinde maddi anlamda ölüme bağlı işlem olarak bu kimsenin mirasçı atanması veya ona belirli mal bırakılması yönündeki son arzularını vasiyetnamesinde dile getirmesidir. Bu gerçeklikten yola çıkarak çalışmanın odak noktası, mirasbırakanın kendi bakım, gözetim ve refakatini üstlenen kimseye vasiyetnamesinde yaptığı kazandırmaların hukuken değerlendirilerek, sonuçları bakımından ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin ikinci türü ile karşılaştırılması olarak belirlenmiştir. Ayrıca mirasbırakanın, kendisine ölüncüye kadar bakması koşuluyla vasiyetnamesinde ilgili kimse lehine yaptığı ölüme bağlı kazandırmalarında dikkat edilmesi gereken meselelere yer verilmiştir.

I. MİRASBIRAKANIN KOŞULA BAĞLI ÖLÜME BAĞLI KAZANDIRMALARI

A. Genel Olarak

Mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ifade etmek üzere yapmış olduğu, terekesine ilişkin her türlü arzu ve talimatlarını içeren her türlü hukuki işlemi ifade eden ölüme bağlı tasarruf kavramı Medeni Kanunumuzda (MK) iki anlamda kullanılmaktadır¹: Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar (MK m. 514 vd.) ve şekli anlamda ölüme bağlı hukuki tasarruflar (MK m. 531 vd.). Bir ölüme bağlı işlem, ancak iki şekilde yapılabilir: Vasiyetname veya miras sözleşmesi (MK m. 514/I; MK m. 502, MK m. 503). Bir kimsenin ölüme bağlı hukuki işlem yapabilmesi ne iradi ne kanuni temsile imkân veren, mutlak² anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır³. Bu işlemler, yasal veya iradi mirasçı aracılığıyla yapılamazlar⁴. Mirasbırakan, ancak yasada öngörülen ehliyet koşullarını taşıyorsa ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir; aksi halde ölüme bağlı tasarruf yapabilmesi mümkün değildir⁵.

¹ Ölüme bağlı tasarruf kavramı “teknik anlamda tasarruf işlemi değil; bir kimsenin ölümünden sonra hüküm doğurmak üzere yaptığı irade beyanı” ile “bunun şekli ve muhtevasını” ifade etmektedir. Ölüme bağlı tasarruf kavramı hakkında alıntılanan bilgi için bkz. OĞUZMAN, Kemal: *Miras Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 94. Ölüme bağlı tasarruf kavramının, teknik anlamda ne tasarruf işlemi ne borçlandırıcı işlem olduğu; kavramın şaşırtıcılığı hakkında bkz. SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkyay: *Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 249-250. Ölüme bağlı tasarruf kavramı ve tanımını hakkında ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 125 vd.; DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: *Türk Özel Hukuku - Cilt IV - Miras Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 54-55, Nr. 235 vd., ayrıca bkz. s. 56, Nr. 251; İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: *Miras Hukuku*, 17. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2024, s. 51 vd.; ÇABRİ, Sezer: *Miras Hukuku Şerhi* (TMK m. 495-574) Cilt I, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 55, Nr. 94; s. 325, Nr. 507.

² *Kocayusufpaşaoğlu'nun ifadesiyle “iradi ve kanuni temsile cevaz vermeyen çok kuvvetli, mutlak bir münhasıran şahsa bağlı haktır”.* Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 146.

³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 146; DURAL / ÖZ, s. 62, Nr. 283; ÇABRİ, s. 55, Nr. 94; SEROZAN / ENGİN, s. 267 vd., Nr. 22 vd.; ŞİPKA, Şükran / AKŞENER MERT, Sehil: *Güncel Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Miras Hukuku I*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 58; İMRE / ERMAN, s. 59. Ölüme bağlı hukuki işlem yapılabilmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğundan ölüme bağlı işlem yapacak kimsede fiil ehliyetinin bulunmamasının, aynı zamanda hak ehliyetinin de yokluğu anlamı taşıyacağı hakkında bkz. OĞUZMAN, s. 98. Ayrıca bkz. DURAL / ÖZ, s. 60, nr. 274. Ölüme bağlı işlem yapılabilmesinde iradi veya yasal temsilin mümkün olmadığı yönünde bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 04.05.1978, E. 1978/3444, K. 1978/3580 (Kazancı). Vasiyet yapmanın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu hakkında bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 30.5.1996, E. 1996/4287, K. 1996/5793 (Kazancı). Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ayırt edici özellikleri ve bu hakların temsile imkân vermemesi hakkında ayrıca bkz. KARAKAŞ, Fatma Tülay: *Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 32 vd., s. 36 vd.

⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 146; ÇABRİ, s. 55, Nr. 94;

⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 135 vd.; ÇABRİ, s. 164, Nr. 268.

Mirasbırakan, yukarıda değindiğimiz şekillerden birine uygun olarak mirasçı atama, belirli mal bırakma, mirasçılıktan çıkarma veya vakıf kurma gibi maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar yapabilecektir⁶. Mirasbırakan, lehine ölüme bağlı kazandırmada bulunmak istediği kimseyi dilerse terekesine belirli bir oranda mirasçı atar; dilerse ona belirli (muayyen) mal vasiyetinde bulunabilir. Dilerse bunları koşula bağlı olarak da yapabilir. İlkinde mirasbırakana ölüncüye kadar bakan kişinin iradi/atanmış mirasçılığı (külli halefiyet); ikincisinde ise vasiyet alacaklısı (cüzi halefiyet) olması söz konusudur⁷. İlk haldeki cüzi halefiyet gereği, kazandırma lehdarı, mirasbırakanın ölümü ile mirasçılara karşı ileri sürebileceği bir vasiyet alacağı elde eder (MK m. 599/III, 1; MK m. 600)⁸. İkinci halde iradi külli halefiyet söz konusudur. Mirası kazanması ve tereke borçlarından müteselsil sorumluluğu bakımından, atanmış (iradi) mirasçının, yasal mirasçılardan bir farkı bulunmamaktadır (MK m. 599/I, II; MK m. 641/D)⁹.

İnceleme konumuz bakımından mirasbırakanın koşula bağladığı ölüme bağlı işlemleri önem arz etmektedir. Koşul (şart) bir hukuki işlemin hükümlerinin bağlandığı, gelecekte gerçekleşmesi ihtimali bulunan; fakat gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli bir olay olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Mirasbırakanın arzusu, koşulun gerçekleşmesi halinde ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuç doğurması yönünde ise geciktirici (taliki) şarttan, buna karşın koşulun gerçekleşmesi halinde artık hüküm doğurmaması yönünde ise bozucu (infisahi) şartın varlığından bahsedilecektir¹¹. Mirasbırakanın, kendisine ölüncüye kadar bakılması koşuluna bağladığı ölüme bağlı kazandırmalarda bulunulmasına da MK m. 514/I, MK m. 515/I uyarınca hukuken bir engel bulunmamaktadır¹².

Mirasbırakan, koşula bağladığı ölüme bağlı tasarrufunun yanı sıra vasiyetnamesinde başkaca maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflara da yer verebilir; sadece bozucu veya geciktirici koşula bağlı bir ölüme bağlı kazandırmada da bulunabilir. Mirasbırakan ayrıca koşula bağlı ölüme bağlı işlemlerine (belirli mal bırakma veya mirasçı atama gibi) miras sözleşmesinde de yer verebilir. Böyle bir koşula bağlı ölüme bağlı kazandırma, şeklen miras sözleşmesinde yer almakla beraber sözleşmeye konu bağlayıcı tasarruflardan olmadığı anlaşılıyorsa bu halde miras sözleşmesinin bağlayıcı olmayan ve mirasbırakanın dilediği zaman geri alabileceği içeriğini oluşturabilecektir¹³.

Mirasbırakan vasiyetnamesinde bir kimseyi fakülteyi birincilikle bitirmesi kaydıyla terekesinin belirli bir oranına mirasçı atıyorsa geciktirici koşuldan; buna karşın yine terekesine mirasçı atadığı bir kimsenin, fakülteyi derece ile bitirememesi halinde artık mirasçısı olmamasını öngörüyorsa bu halde bozucu koşulun varlığından bahsedilecektir. Mirasbırakan koşula bağlanabilecek olguları, bir yarış-

⁶ Mirasbırakanın maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL / ÖZ, s. 143, Nr. 646 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 255 vd.; EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek: *Türk Miras Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 132 vd.; SEROZAN / ENGİN, s. 353 vd., Nr. 130 vd.; ÖZTAN, s. 291 vd. OĞUZMAN, s. 137 vd.

⁷ Miras Hukukunda külli halefiyet ve cüzi halefiyet kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 41 vd.; DURAL / ÖZ, s. 16 vd., s. 19-20; OĞUZMAN, s. 5 vd.; ÇABRİ, s. 6 vd.; SEROZAN / ENGİN, s. 74 vd., Nr. 72 vd.; İMRE / ERMAN, s. 11 vd.

⁸ Vasiyet (belirli mal bırakma) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 259 vd.; SEROZAN / ENGİN, s. 356 vd., Nr. 133 vd.; OĞUZMAN, s. 140 vd.; DURAL / ÖZ, s. 148 vd., Nr. 668 vd.; ÖZTAN, s. 312 vd.

⁹ Atanmış mirasçılık (mirasçı nasbı) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL / ÖZ, s. 147-148, Nr. 663-667; OĞUZMAN, s. 138-139; SEROZAN / ENGİN, s. 353 vd., Nr. 130 vd.; KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı: "Mirasçı Atama", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2017, Cilt 75, Sayı 1, s. 432 vd.

¹⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 272; DURAL / ÖZ, s. 161-162, Nr. 724, 725; OĞUZMAN, s. 145; ÇABRİ, s. 336, Nr. 535; İMRE / ERMAN, s. 133.

¹¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 272 vd.; DURAL / ÖZ, 163, Nr. 730; OĞUZMAN, s. 145; İMRE / ERMAN, s. 135; ÇABRİ, s. 336, Nr. 536.

¹² Ancak kendisine ölüncüye kadar bakılması kaydıyla ilgili kimseye bu kazandırmayı vasiyetname ile yaptığı takdirde bazı hukuki sorunlarla karşılaşılacaktır. Bkz. aşağıda II.D. "Mirasbırakanın Ölüncüye Kadar Bakılması Koşuluyla Kendisine Bakan Kimse Lehine Yaptığı Ölüme Bağlı Kazandırmalarında Karşılaşılacak Hukuki Meseleler".

¹³ Krş. DURAL / ÖZ, s. 146-147, Nr. 661; s. 147, Nr. 662; ŞİPKA / AKŞENER MERT, s. 64. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 258. Bir ölüme bağlı kazandırma, miras sözleşmesinde yer alsın da sözleşmenin içeriği ile bir bağlantısı bulunmuyorsa ve tesadüfen orada yer verilmiş sözleşmenin tek taraflı ve bağlayıcı olmayan bir içeriğini oluşturduğuna; bu halde vasiyetname hükmünde bir ölüme bağlı tasarruf bulunduğu yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları hakkında bkz. BGE 118 II 282 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2118282.html>, ET: 01.10.2024); BGE 70 II 7, s. 11 (<https://www.fallrecht.ch/c2070007.pdf>, ET: 01.10.2024).

mayı kazanma, alkol bağımlılığından kurtulma, bir yabancı dil öğrenme, ihtiyaç sahibi öğrencilere yardım etme, eski ve bakımsız aile yadigarı bir konağın tadilatını gerçekleştirme gibi hukuka ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla dilediği içerikle belirleyebilir¹⁴. Ölümüne bağlı bir kazandırmayı, lehine kazandırmada bulunduğu kişinin iradesine bağlı olacak şekilde, bir başka deyişle iradi bir şarta da bağlayabilir. Bu son hale verilen örneklerden biri, mirasbırakanın, hastalık ve/veya yaşlılığında karısına iyi bakması, onu gözetmesi, onun ihtiyaçlarını karşılaması kaydıyla (A) kişinin, terekesinin 1/4'üne mirasçı olacağını belirtmesidir¹⁵. Böylece iradi koşulda üçüncü bir kişinin iradesinin, sadece koşulun devreye girmesi noktasında olduğundan yola çıkarak, bu içerikteki koşullar da geçerli olarak kabul edilmekte; ölümüne bağlı kazandırmanın yürürlüğe girip girmemesi hususunda belirleyici olanın, yine de mirasbırakanın iradesi olduğu ve ölümüne bağlı tasarrufun kişiye sıkı sıkıya bağlılığı ilkesine hanel gelmediği ifade edilmektedir¹⁶. Bu içerikteki bir mirasçı atamaya ilişkin maddi anlamda ölümüne bağlı tasarrufun varlığı halinde lehine kazandırmada bulunulan kimse, sürekli bir tutumu, daha açık ifadesiyle mirasbırakanın karısına bakılmasını, kadının ölümüne kadar devam ettirmelidir ki lehine yapılan kazandırmayı elde edebilsin. Lehine ölümüne bağlı kazandırmada bulunulan kimseye alkol veya sigara kullanmaması, bir müzik aletini çalma kabiliyeti edinerek bunu çalmayı devam ettirmesi, düzenli olarak kitap okuması vb. kaydıyla yapılan kazandırmalar da sürekli olarak sergilenmesi gereken bir tutuma verilebilecek örneklerdendir¹⁷. Hukukumuzda her ne kadar geciktirici koşul (BK m. 170) ve bozucu koşul (BK m. 173) düzenlenmişse de Miras Hukukunda ölümüne bağlı kazandırmaların, bir kimsenin sürekli olarak bir davranışının, tutumunun devamı koşuluna bağlanmasının hangi koşul türünü ifade ettiği düzenlenmiş değildir¹⁸. Buna karşın Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) § 2075'te konu hakkında açık bir düzenleme bulunmaktadır. Hüküm uyarınca mirasbırakan, belirsiz bir süre boyunca bir şeyi yapmaktan kaçınması ya da yapmaya devam etmesi koşuluyla birine ölümüne bağlı bir kazandırmada bulunmuşsa ve bir şeyi yapmaktan kaçınmak veya yapmaya devam etmek sadece o kişinin iradesine bağlı ise lehine kazandırmada bulunulan, kaçınması gereken davranışı yapar ya da yapması gerekeni ihmal ederse şüphe halinde bozucu koşulun varlığı kabul edilir¹⁹. Hukukumuzda bu yönde açık bir düzenleme bulunmasa da sürekli bir davranışta bulunulması dolayısıyla lehine ölümüne bağlı kazandırmada bulunulan kimsenin iradesine bağlı olan şartlar bakımından bozucu koşulun varlığının kabul edilmesine bir engel bulunmamaktadır²⁰. Bu yöndeki bir kabulün bir diğer faydasını *Serozan/Engin*, lehine kazandırmada bulunulunun mirasbırakanın istediği, süreklilik arz eden bir tutuma (örn. alkolü bırakması, mirasbırakanın eşine bakması) özendirilerek yönlendirilmesinin sağlanması şeklinde ifade etmektedir²¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki koşul (veya yüklenme) hukuka veya ahlaka aykırı ise söz konusu ölümüne bağlı kazandırma hüküm ifade etmeyecek; buna karşın anlamsız veya yalnız başkalarını rahatsız edici nitelikte ise ölümüne bağlı kazandırma, hiç koşula bağlanmamış gibi geçerli sayılacaktır (MK m. 515)²². Hukuka veya ahlaka aykırı koşulun hüküm ifade etmemesi, pozitif hukukumuzca MK m. 557/b. 3 uyarınca iptal edilebilirlik olarak anlaşılacaktır. Ancak her ne kadar ölenin son arzularının

¹⁴ Ayrıca bkz. SEROZAN / ENGİN, s. 371, Nr. 157a.

¹⁵ "Eğer eşime iyi bakarsa mirasçım olsun!" Örnek hakkında bkz. SEROZAN / ENGİN, s. 372, Nr. 157e.

¹⁶ Bilgi için bkz. SEROZAN / ENGİN, s. 372, Nr. 157e.

¹⁷ SEROZAN / ENGİN, s. 372, Nr. 157d.

¹⁸ Bilgi için ayrıca bkz. SEROZAN / ENGİN, s. 372, Nr. 157d.

¹⁹ BGB § 2075: "Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter der Bedingung gemacht, dass der Bedachte während eines Zeitraums von unbestimmter Dauer etwas unterlässt oder fortgesetzt tut, so ist, wenn das Unterlassen oder das Tun lediglich in der Willkür des Bedachten liegt, im Zweifel anzunehmen, dass die Zuwendung von der auflösenden Bedingung abhängig sein soll, dass der Bedachte die Handlung vornimmt oder das Tun unterlässt."

²⁰ Bkz. SEROZAN / ENGİN, s. 372; Nr. 157d.

²¹ SEROZAN / ENGİN, s. 372, Nr. 157d.

²² Hukuka aykırı veya anlamsız ya da sadece başkalarını rahatsız edici nitelikteki koşul veya yüklemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL / ÖZ, s. 164 vd., Nr. 732 vd.; s. 168, Nr. 746; OĞUZMAN, s. 147. Ölümüne bağlı tasarrufta hukuka ve ahlaka aykırılık hakkında bilgi ve çeşitli örnekler hakkında bkz. SEROZAN / ENGİN, 301 vd., Nr. 69 vd.; ÖZTAN, Bilge: *Miras Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 305 vd.; İMRE / ERMAN, 135-137.

mümkün olduğunca ayakta tutulabilmesi yaklaşımıyla Borçlar Hukukunda kesin hükümsüzlük (BK m. 27/I) veya iptal edilebilirlik (BK m. 39/I) yaptırımına bağlanan bazı durumlar, Miras Hukukunun kendine özgü dinamiği gereği MK m. 557 uyarınca ölümüne bağlı tasarrufun “iptal davası açılabilmesi” yaptırımına tabi tutulmuşsa da burada dikkatli yaklaşılması gereken bir düzenleme bulunmaktadır. Hükümde düzenlenen iptal sebepleri arasında yer alan tasarrufun içeriğinin ya da bağlandığı koşul veya yüklemelerin hukuka veya ahlaka aykırı olması hali, katıldığımız görüş uyarınca eleştiriye açık ve hukuken bazı sakıncalar içeren bir düzenlemedir. Bir başka deyişle mirasbırakana, hukukun çizdiği sınırları aşacak kapsamda bir olanak tanınmamalı; BK m. 27 ile emredici olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanan hukuka veya ahlaka aykırılık, bir ölümüne bağlı tasarruf olarak yapıldığı için iptal edilebilirlik yaptırımına bağlı kılınmamalıdır²³. Aksi yöndeki bir kabulün taşıdığı en büyük risk, iptal davası açılmaması halinde söz konusu ölümüne bağlı kazandırmanın hüküm ifade edecek olmasıdır. Me-sele bir örnekle somutlaştırılacak olursa: Mirasbırakan, (A) kişisini öldürmesi karşılığında (B)’ye terekesinden 10 milyon TL vasiyet ediyorsa geciktirici koşulun gerçekleşmesi halinde (A) bu kazandırmaya hak kazanacak; fakat MK m. 515/II uyarınca söz konusu ölümüne bağlı tasarruf geçersiz olacaktır. MK m. 515/II anlamında geçersizlik, iptal edilebilirlik olarak anlaşılmalıdır. Ancak MK m. 557/b. 3 uyarınca iptal davası açılmazsa (A)’yı öldüren (B) 10 milyon TL’yi almış olacaktır. Bu başlık altında son olarak ifade etmek gerekir ki Borçlar Kanunu’nun koşula genel ilişkin genel düzenlemeleri (BK m. 170 vd.) uygun düşüğü ölçüde Miras Hukukunda da uygulanabilecektir²⁴.

B. Mirasbırakanın Belirli Bir Kişi Tarafından Ölünceye Kadar Bakılması Kaydıyla Yaptığı Ölümüne Bağlı Kazandırmaları

Bir önceki başlık altında mirasbırakanın, kazandırma lehdarını bir davranışı yapmaya veya bundan kaçınmaya sevk etmek üzere onun lehine yaptığı koşula bağlı ölümüne bağlı kazandırmaları, bozucu koşul olarak ifade edilmişti. Yukarıdaki bilgi ve gerekçelerle, bu başlık altında öncelikle mirasbırakanın ölümüne kadar kendisine bakılması koşuluna bağladığı ölümüne bağlı kazandırmalarının da bozucu koşula bağlanmış olduğunun kabul edildiği ifade edilmelidir.

Ancak bozucu koşula ilişkin bir önceki başlık altında verilen bilgiler, mirasbırakanın, kendisine ölümüne kadar bakması koşuluyla belirli bir kişi lehine yaptığı ölümüne bağlı kazandırmaları bakımından, biraz daha incelenmeye muhtaçtır. Bunun bir nedeni, mirasbırakanın ölümünün, koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olacağı son zaman dilimi olmasıdır. Bir başka deyişle mirasbırakanın ölümünü itibarıyla (MK m. 575/I, mirasın açılmasıyla birlikte) ortada bir belirsizlik söz konusu değildir. Mirasbırakanın ölümüne kadar ona bakılması koşulu ya gerçekleşmiştir ya gerçekleşmemiştir ve artık gerçekleşmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla çalışmada ele alınan konu bakımından koşulun içeriğindeki gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin belirsizlik, mirasbırakanın ölümünü itibarıyla sona erecektir. Öyle ise bozucu koşulun, belirsiz vade (mirasbırakanın ölümü) ile sınırlandırılması söz konusudur. Mirasbırakana ölümüne kadar bakılması koşulu ile yapılan ölümüne bağlı kazandırmaların koşula bağlılığının biraz daha incelenmeye muhtaç olmasının bir diğer nedeni ise söz konusu bozucu koşulun, ölümüne bağlı tasarrufla lehine kazandırmada bulunan kişi açısından mirasbırakanın tıpkı diğer (müstakbel ve muhtemel) yasal mirasçıları gibi var olan bir hakkı değil; sadece gerçekleşeceği umut edilen bir beklentisi bulunmaktadır. Bir başka deyişle var olan bir “hak” söz konusu değildir. Onların sadece var olmasını umut ettikleri bir hukuki ilişki söz konusudur (bkz. MK m. 599/I; MK m. 580/I, MK m. 581/I)²⁵. İnceleme konumuz bakımından söz konusu umut edilen vasiyet alacağı veya miras payı belirsiz vade ile (miras bırakanın ölümü) sınırlandırılarak bir koşula bağlanmıştır. Koşula bağlı olarak iradi mirasçı veya vasiyet alacaklısı atanmış kimse, mirasbırakanın ölümüne kadar müs-

²³ ÇABRİ, s. 837, Nr. 1318.

²⁴ OĞUZMAN, s. 149. Krş. İMRE / ERMAN, s. 136-139.

²⁵ Ölümüne bağlı tasarruflarda yapılan kazandırmalar bakımından, var olan değil; ümit edilen bir hukuki ilişkinin söz konusu hakkında bkz. DURAL / ÖZ, s. 54, Nr. 236.

takbel terekeden henüz bir şey kazanmamıştır ki bozucu koşulla kaybedecek olsun²⁶. Mirasbırakanın ölümüne kadar ona bakmazsa kaybedeceği şey, bozucu koşula bağlanmış, (mirasbırakanın ölümüyle kazanılması umulan) umut edilen bir kazandırmadan başka bir şey değildir. Öyleyse mirasbırakanın, kendisine ölünceye kadar bakılması koşuluyla belirli bir kişi lehine yaptığı ölüme bağlı kazandırmaları bakımından gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir vade (mirasbırakanın ölümü) ile sınırlandırılmış bozucu koşula bağlı “ümit edilen bir hukuki ilişki” söz konusudur.

Tekrar ifade edilmelidir ki çalışmanın odak noktası, mirasbırakanın, vasiyetnamesinde veya şeklen miras sözleşmesinin içerisinde yer alsın bile onun bağlayıcı olmayan ve tek taraflı geri alınabilir içeriğini oluşturacak şekilde belirli bir kimse lehine, ölünceye kadar kendisine bakması koşulu ile yaptığı ölüme bağlı tasarruflarıdır. Bir başka deyişle burada bağlayıcı bir hukuki işlem, bir sözleşme söz konusu değildir. Bu nedenle belirtilmelidir ki aşağıda, sadece hukuki sonuçları itibarıyla mirasbırakana sağladığı imkanlar bakımından karşılaştırmak üzere ele alınacak olan ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerektiğini düzenleyen BK m. 612/I hükmü ile karıştırılmamalıdır.

Özellikle Miras Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile mirasbırakanın ölünceye kadar bakılması koşuluna bağlı olarak belirli bir kimse lehine yaptığı ölüme bağlı kazandırmaları birbiriyle karıştırılmaya elverişlidir. Aralarındaki en temel fark, biri zorunlu olarak sözleşme niteliğinde iken diğerinin mirasbırakanın tek taraflı ve varması dahi gerekli olmayan irade beyanı ve koşula bağlı olarak yaptığı ölüme bağlı işlem olmasıdır. Bir önceki başlık altında ifade ettiğimiz üzere burada, lehine kazandırmada bulunulan kişinin sürekli bir davranışı, mirasbırakana bakması karşılığında kendisi lehine bir ölüme bağlı kazandırma yapılmakta; öyleyse iradi bir koşul söz konusu olmaktadır. Yine yukarıda ifade ettiğimiz üzere ölüme bağlı kazandırmalar, bir zaman dilimi boyunca (mirasbırakan ölünceye kadar, belirsiz süre) süreklilik arz edecek şekilde bir davranışın sonucu olarak yapıldıysa bozucu koşulun varlığı kabul edilmelidir²⁷.

Yukarıda anılan hallerde mirasbırakanın, kendisini ölünceye kadar bakan kişiye bu yöndeki son arzularını BK m. 612/II uyarınca miras sözleşmesi şeklinde yapmaması, şekle aykırılık nedeniyle miras sözleşmesinin MK m. 557/b. 4 uyarınca şekle aykırılık yaptırımına tabi olduğu çıkarımına götürmemelidir. Nihayetinde böyle bir halde ortada bir miras sözleşmesi yapma iradesi ve bu sözleşmenin kurucu unsurları yoktur ki bunda şekle aykırılık bulunduğu bahsedilsin²⁸. Mirasbırakan bazı hallerde özel-

²⁶ Bozucu koşula bağlı ölüme bağlı kazandırmalarda söz konusu kazandırma, mirasbırakanın ölüm anı itibarıyla derhal hüküm ifade eder; ancak koşulun gerçekleşmesiyle hükümden düşer. Bkz. yukarıda dn. 11 ve dn. 12. Oysa ele aldığımız konu bakımından farklılaşan bir nokta, bozucu koşulun belirsiz vade (mirasbırakanın ölüm anı) ile sınırlandırılmış olmasıdır. Hal böyle olunca geciktirici koşulda, lehine kazandırmada bulunulan kimsenin, mirasbırakanın ölümü ile söz konusu kazandırmada hak sahibi olacağı; fakat bozucu koşul gerçekleşirse kendiliğinden hükümsüz hale geleceği bilgisi çalışmada ele alınan konu bakımından uygulanamayacak; mirasbırakanın ölüm anı itibarıyla koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği zaten kesinleşmiş olacaktır. Öyleyse bu halde mirasbırakana, onun ölümüne kadar bakan kimsenin mirasbırakanın terekkesinden (tıpkı diğer mirasçılar gibi) edinebilmeyi ümit ettiği bir malvarlığı veya miras payına ilişkin beklentisi bulunmaktadır ve geciktirici koşula bağlanan, bu beklentidir. “Ümit edilen bir hukuki ilişki” niteliğinden dolayı için bkz. dn. 25.

²⁷ SEROZAN / ENGİN, s. 371, Nr. 157d.

²⁸ Aksi yönde bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 27.04.1976, E. 1976/3108, K. 1976/3674 (Kazancı). Karara konu olayda mirasbırakan, kendisine ölünceye kadar bakması koşuluyla eşi (M)’yi terekkenin dörtte birine mirasçı atamıştır. Eşin ayrıca yasal mirasçılık sıfatı da bulunduğu belirtilen oran, eş (M)’nin yasal miras payına ilaveten koşula bağlanmış bir ölüme bağlı kazandırma olarak anlaşılmalıdır. Ancak kararda miras sözleşmesinin yazılı geçerlik şekline tabi olduğu gerekçesi ile yerel mahkemeye verilen vasiyetnamenin iptali kararı onanmıştır. Mirasbırakanın ve kendisine koşula bağlı ölüme bağlı kazandırmada bulunduğu tarafın hiçbir şekilde bu içerikle bir sözleşme yapma iradesi bulunmadığı ve mirasbırakanın bunu özellikle vasiyetnamesinde kaleme almasına, bunu tercih etmesine rağmen bu içerikteki kazandırmaların vasiyetname ile yapılmasının önünün, kararda tamamen kapatılması kanaatimizce uygun değildir. Ayrıca dikkat çekilmelidir ki bir hukuki işlemde geçerlik şekline aykırılık bulunup bulunmadığı, ilgili hukuki işlemin kurucu unsurlarının bulunduğu tespitinden sonraki bir aşamadır. Kurucu unsurları bulunmayan (miras sözleşmesinin ilgili içerikle öneri-kabul ile taraf iradelerinin uyumu, BK m. 1), “yok” hükmündeki bir işlemde, geçerlik şekline uyulmadığının ileri sürülmesi anlamsızdır. Somut olay bakımından mirasbırakanın iradesi, tek taraflı bir hukuki işlem ile kendisine ölünceye kadar bakması koşuluyla eşi lehine bir ölüme bağlı kazandırmada bulunmaktadır. Kanaatimizce sadece kararda anılan gerekçe ile MK m. 557’de kaleme alınan iptal sebeplerinden herhangi biri söz konusu değildir. Meğerki vasiyetnamede başkaca bir iptal sebebi bulunsun. Değinen gerekçelerle uygun bulmadığımız, benzer yönde bir başka karar hakkında bkz. Yargıtay, 3. HD, T. 14.4.2021, E. 2021/855, K. 2021/4103 (Kazancı). Örnek olarak anılan mahkeme kararlarındaki hukuki çıkarım, kanaatimizce, ancak taraf iradelerinin yukarıda değinilen içerikte bir sözleşme yapmak istedikleri (bu yönde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunduğu) fakat bunu BK m. 612/I hilafına, miras sözleşmesi şeklinde yapmak yerine sözlü veya adi yazılı şekilde yaptıkları haller için isabetli olurdu. Bu halde de bakım borçlusunun sözleşmeye uygun olarak mirasbırakana ölünceye kadar bakma edimini gereğince ifa ettikten sonra MK m. 557/b. 4 uyarınca iptal edilebilirlik ileri sürümü, MK m. 2 engeline takılabilir.

likle bu yöndeki arzusunun gerçekleştirilmesini karşı tarafı bağlayıcı şekilde sözleşme ile sağlamak yerine, kendisine ölünceye kadar baktığı için ilgili kimseye vasiyetnamesinde herhangi bir malvarlığı değeri bırakmayı tercih ediyor olabilir. Hayatın olağan akışında mirasbırakanın bu yöndeki arzularını vasiyetnamesinde beyan ettiği ölüme bağlı kazandırmalara oldukça sık rastlanabilecektir. Fakat bu halde mirasbırakan, şeklen bir miras sözleşmesi olarak yapılması gereken ölünceye kadar bakma sözleşmesine kıyasen hukuken daha elverişsiz bir konumda olacaktır. Bunun nedeni aşağıda ele alınacağı üzere, mirasbırakanın bu içerikte bir vasiyetname yapması halinde sağlığında isteyebileceği bir edimin bulunmamasıdır. Ancak yine de mirasbırakan, sözleşme yapmak yerine böyle bir kazandırmaya, kendisine ölünceye kadar bakan kimse lehine vasiyetnamesinde yer vermek isterse buna saygı duyulmalıdır. Bir başka deyişle mirasbırakan, karşı tarafa belirli bir kazandırmada bulunarak, onu sözleşmesel bir ilişki çerçevesinde ve kendisi lehine alacak hakkı doğuracak şekilde bağlayıcı bir hukuki işlemin tarafı olmaya ikna etmek ya da karşı tarafın böyle bir motivasyonla sözleşmeye ikna olması yerine bunu bilinçli olarak tercih etmiyor olabilir. Hatta belki de halihazırda zaten kendisine ilgiyle bakan bir yakınının, mirasbırakanın ölümü sonrasında ona yaptığı kazandırmayı ölümüne kadar öğrenmemesini istiyor olabilir. Ancak bu içerikteki koşullar, kanaatimizce mirasbırakanı, sözleşmesel bir ilişkiye kıyasen daha elverişsiz bir hukuki durumda bırakmasının yanı sıra geçerli olarak kabul edilebilmeleri için sadece “şu kişi ölümüne kadar bakarsa şu malvarlığı değerini alsın” şeklinde değil, daha detaylı düzenlemeler içermelidir. Bakmanın kapsam ve içeriği, mirasbırakanın ona bakan kimsenin aile üyeleri ile yaşayıp yaşamayacağı, hastalık halinde ilave ten gösterilmesi gereken bakım ve ilgi gibi.

Aşağıda ölünceye kadar bakma sözleşmesi ve bu sözleşmenin özellikle Miras Hukuku niteliği taşıyan türü gözetilerek genel bilgiler verildikten sonra mirasbırakanın ölünceye kadar bakılması koşuluyla vasiyetnamesinde yaptığı ölüme bağlı kazandırmalarda karşılaşılabilecek hukuki meseleler ele alınacaktır.

II. MİRAS HUKUKU NİTELİKLİ ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ İLE MİRASBIRAKANIN KENDİSİNE ÖLÜNCEYE KADAR BAKILMASI KOŞULUNA BAĞLI ÖLÜME BAĞLI KAZANDIRMALARININ KARŞILAŞTIRILMASI

A. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere mirasbırakan, vasiyetnamesinde kendisine ölünceye kadar bakması kaydıyla belirli bir kişi ya da belirli bir bakım kurumu lehine vasiyette bulunarak onu cüzi halef atayabileceği gibi terekesinin tamamı ya da belirli bir oranına külli halefi olarak da atayabilecektir. Mirasbırakanın kendisine ölünceye kadar bakılması koşuluyla yaptığı ölüme bağlı kazandırmaları, onun terekesine ilişkin olup ölümünden sonra (MK m. 575, ilk tümce; MK m. 599, m. 600) hüküm ifade edecek olmaları bakımından, Borçlar Kanunumuzda düzenlenen ölünceye kadar bakma sözleşmesinin Miras Hukuku nitelikli türünü akla getirmektedir.

İfade edilmelidir ki mirasbırakan, yasada BK m. 611 ve devamı hükümlerinde tipik olarak düzenlenen ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmak yerine, kendisine ölünceye kadar bakmasını umduğu kimse lehine bu koşula bağlı bir ölüme bağlı kazandırmayı, tek taraflı bir ölüme bağlı işlem olarak vasiyetname ile yaparsa sözleşmenin kendisine sağlayacağı bazı hukuki imkanlardan yoksun kalacaktır. Bakım alacaklısının (inceleme konumuz bakımından mirasbırakanın) ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan haklarına aşağıda yer verilecektir. Burada kısaca belirtilmelidir ki mirasbırakan belirtilen içerikte koşula bağlı bir ölüme bağlı kazandırma yapmayı tercih ederse kendisi ve ona ölünceye kadar bakmasını arzu ettiği kimse arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmayacağından, bir başka deyişle vasiyetname tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan, mirasbırakan perspektifinden aşağıda yer verilecek hak ve borçları gündeme gelmeyecektir²⁹. Bu meselenin bir diğer görünümü, ölünceye kadar kendisine belirli bir kimse tarafından bakılması koşuluyla mirasbırakan tarafından yapılan ölüme bağlı

²⁹ Bkz. aşağıda II.C. “Bakım Alacaklısının Hak ve Borçları”.

kazandırmaların serbestçe geri alınabilmeleridir. Serbestçe geri alınabilecek olmaları, mirasbırakana ölüncüye kadar bakacak kimse açısından da dezavantajlı bir durumdur³⁰.

B. Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi

Mirasbırakanın, vasiyetnamesinde kendisine ölüncüye bakması koşulu ile belirli bir kimse lehine ölüme bağlı kazandırmada bulunmak yerine hukuken başvurabileceği ve her iki taraf (bakım alacaklısı olarak mirasbırakan ve ona bakan kimse) bakımından da çok daha elverişli bir diğer imkân, Borçlar Kanunumuzda düzenlenen ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin yapılmasıdır (BK m. 611 - 619). Ölüncüye kadar bakma sözleşmesi hakkında çalışmanın konu bütünlüğünün gerektirdiği kapsamda genel bilgi verilerek Miras Hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesine değinilecektir.

Borçlar Kanunumuzdaki ilgili hüküm uyarınca ölüncüye kadar bakma sözleşmesi, “*bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölüncüye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir*” (BK m. 611/I). Hükümün ikinci fıkrasında bakım alacaklısının, bakım borçlusunu mirasçı atayabileceği; bu halde ölüncüye kadar bakma sözleşmesine miras sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı kaleme alınmıştır (BK m. 611/II)³¹. Doktrinde ise ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin çeşitli tanımları yapılmaktadır³². Bu tanımlardan yola çıkarak ölüncüye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun, bakım alacaklısına yaşadığı süre boyunca bakıp gözetmesi edimine karşılık olarak bakım alacaklısının da sağlararası bir işlem ile bakım borçlusuna bir veya bazı malvarlığı değerlerini devretmeyi üstlendiği ya da maddi anlamda ölüme bağlı bir işlem ile edimini ifa ettiği sözleşme olarak tanımlanabilecektir. Yasadaki düzenlemeler ve doktrindeki görüşler de dikkate alınarak yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere ölüncüye kadar bakma sözleşmesi, iki türe ayrılarak ifade edilebilecektir. İlki Borçlar Hukuku niteliği taşıyan, ikincisi ise Miras Hukuku niteliği taşıyan miras sözleşmeleri. Değinen ayrıım, yasadaki düzenlemede açıkça yer almamakla beraber BK m. 611 hükmü, özellikle ikinci fıkrasının lafzı ve içeriğinden çıkarılabilecektir. Ayrıımda belirleyici kriter, bakım alacaklısının edimini sağlararası bir işlemle mi yoksa ölüme bağlı bir işlemle mi yerine getireceğidir³³. Bir başka deyişle bakım alacaklısının edimini sağlığında ifa etmiş olup olmaması değil³⁴.

³⁰ Bu halde tek taraflı bir hukuki işlem olan vasiyetnameye güvenen muhatabın, kendisine yapılan ölüme bağlı kazandırmaya ilişkin beklentisinin gerçekleşmemesi nedeniyle geleneksel bir miras hukukçusu açısından şaşırtıcı olsa da tazminat (*culpa in testando/breach of contract to make a will*) talep edebileceği hakkında bkz. KAULBACH, Ann-Marie C.: *Gestaltungsfreiheit im Erbrecht*, Wolfgang Metzner, Frankfurt am Main, 2012, s. 88 vd. [Bkz. SEROZAN, Rona: “Miras Hukukunun Gelişim Süreci - Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri”, (Çev.) PAKSOY, Meliha Sermin, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, Cilt 73, Sayı 1, s. 540 ve dn. 11’den naklen]. Mirasbırakanın güven sorumluluğuna ilişkin değerlendirmeler hakkında ayrıca bkz. İNCE, Nurten: “Mirasbırakanın Güven Sorumluluğu (Culpa in Testando)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 1, s. 157 vd.

³¹ BK m. 611/II’de geçen “mirasçı atanmışsa” ifadesi geniş yorumlanmalıdır. Bir başka deyişle tarafların bakım borçlusuna belirli mal bırakılması veya ifanın bakım borçlusuna değil üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıyan bir ölüncüye kadar bakma sözleşmesi ile üçüncü bir kişiye gerçekleştirileceği hususunda anlaşmalarına bir engel bulunmamaktadır. Bkz. AKARTEPE, s. 52; TUNÇOMAĞ, Kenan: *Ölüncüye Kadar Bakma Akdi*, Ayıldız Matbaası, Ankara, 1959 (Ölüncüye Kadar Bakma Akdi), s. 29.

³² Bkz. EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023, s. 827, Nr. 2804; YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 848; HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 548; AKARTEPE, Alpaslan: *Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 24 vd.; ZEVLİLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 773-774; TUNÇOMAĞ, *Ölüncüye Kadar Bakma Akdi*, s. 24-25; AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 1, s. 84-85.

³³ Bir hukuki işlemin ölüme bağlı bir işlem (tasarruf) olarak mı sağlararası bir işlem olarak mı nitelendirileceği hakkında doktrin ve uygulamada genellikle aranan kriterler hakkında bkz. DURAL / ÖZ, s. 55, Nr. 238-246. Hukuki işlemin asıl unsurunun ölüm olayının kendisi olması; mirasbırakanın, sağlığında herhangi bir yükümlülük altına girmemesi; yapılan kazandırmının mirasbırakanın malvarlığından değil, terkesinden çıkmasını istemesi ve bunun yerine getirilmesinin (belirli mal vasiyeti bakımından) mirasçılara bırakılması; mirasbırakanın sağlığında hüküm ve sonuç doğurmaması gibi kriterler esas olarak dikkate alınsa da özellikle sözleşmeler bakımından ayrıca tarafların amacı ile lehine kazandırmada bulunulan kişinin ehil olması (MK m. 580) da dikkate alınmalıdır. Ölüme bağlı tasarruflarda dikkate alınan ölçütler hakkında ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 125-126; ÇABRİ, s. 317 vd., Nr. 510 vd.; İMRE / ERMAN, s. 51-53; SEROZAN / ENGİN, s. 264-265, Nr. 16 vd.

³⁴ Bakım borçlusuna ivaz olarak belirli (muayyen) mal vasiyetinde bulunulmuş veya bakım borçlusunu mirasçı atanmışsa Miras Hukuku niteliği taşıyan bir ölüncüye kadar bakma sözleşmesi söz konusu olur. Bu bağlamda örn. bakım borçlusuna belirli mal vasiyeti olarak vaat edilen

BK m. 611 hükmüyle Borçlar Hukuku nitelikli ve Miras Hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmeleri birbirinden ayrılmış olmakla beraber bu hükmün devamındaki düzenlemeler bakımından anılan ayrımların dikkate alındığı söylenemeyecektir. Yine de ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı, BK m. 611 uyarınca kendi edimini ölüme bağlı bir işlemle ifa edecekse buna, miras sözleşmesine ilişkin hükümler; sağlararası bir işlemle ifa edecekse Borçlar Hukuku hükümleri uygulanacaktır³⁵. Ancak sözleşmenin her iki türü bakımından da miras sözleşmesi şeklinde yapılması, bir geçerlik koşuludur (BK m. 612/I). Sözleşmenin devletçe tanınmış bir bakım kurumunca ve yetkili makamların belirlediği koşullara uyularak yapılması halinde yazılı şekil şartı yeterli görülmüştür (BK m. 612/II)³⁶. Yasada belirtilen şekle uyulmaması halinde, sözleşme kesin hükümsüzdür³⁷. Meğerki şekle aykırılığın ileri sürümü dürüstlük kuralına (MK m. 2) aykırı düşün. Ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde dürüstlük kuralına aykırılık, taraflar borcunu ifa ettikten; özellikle bakım borçlusu, bakım alacaklısına ölümüne kadar sözleşmeye uygun olarak bakıp, onun ihtiyaçlarını karşıladıktan sonra bakım alacaklısı tarafından kendi ediminin ifası olarak yapılmış bulunan sağlararası kazandırmanın ya da ölüme bağlı işlemin şekle aykırılık nedeni ile kesin hükümsüzlüğünün³⁸ ileri sürülmesinde kendini gösterir. Bu halde şekle aykırılık dikkate alınmaz³⁹.

Yasadaki düzenleme gereği Miras Hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesi, Miras Hukuku hükümlerine tabidir⁴⁰. Bu halde sözleşmenin tarafları arasında ivazlı ve olumlu bir miras sözleşmesi bulunmaktadır⁴¹. Borçlar Hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen (*synallagmatik*) bir sözleşme iken Miras Hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşımaz. Ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin bu türünde bakım alacaklısının borcu, bakım borçlusunun mirasçı atanması veya sözleşmede ona belirli bir malın vasiyet edilmesi⁴². Öyleyse bakım alacaklısı, kendi ediminin gereğini, bakım borçlusunu mirasçısı tayin ederek veya ona belirli mal vasiyetinde bulunarak yerine getirmiş olur⁴³. İvazlı miras sözleşmeleri gerçek anlamda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler değildir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmeye niteliğini veren karakteristik edimler karşılık ilişkisi içerisinde olup her iki taraf da birbirlerine karşı hem alacaklı

malvarlığı değerinin mirasbırakanın sağlığında devredilmesi, sözleşmenin türüne ilişkin nitelendirmeye tesir etmez. Nitekim MK m. 572 hükmünden de mirasbırakanın, sağlığında bazı malvarlığı değerlerini devretmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku II. Cilt - Özel Borç İlişkileri*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977, s. 1180; AKARTEPE, s. 49, dn. 93.

³⁵ EREN, *Borçlar Özel*, s. 828, Nr. 2805; AKARTEPE, s. 48.

³⁶ Ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin şekli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKARTEPE, s. 83 vd.; BİRSEN, Fatih: *Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 48 vd.; ŞAHİN, Turan: *Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 57 vd.

³⁷ Şekle aykırılığın genel sonuçları hakkında bkz. OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023, s. 161 vd.; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023, s. 332 vd.; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 309 vd.; TEKİNAY, Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 122 vd., s. 395.

³⁸ Miras Hukukunda şekle aykırılığın yaptırımı, MK m. 557 hükmü uyarınca iptal edilebilirliktir.

³⁹ Şekil noksanlığının ileri sürümüne dürüstlük kuralının etkisi hakkında bkz. ŞAHİN, s. 75 vd. Ayrıca bkz. ANTALYA, O. Gökhan: "Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları", *Yargıtay Dergisi*, 1992, Cilt 18, Sayı 3, s. 382. Ölüncüye kadar bakma sözleşmesi özelinde bkz. ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 776.

⁴⁰ Borçlar Hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesine sadece şekli bakımından (BK m. 612/I; MK m. 545 atfıyla MK m. 532 vd.) miras sözleşmesinin şekline ilişkin hükümler uygulanacaktır. Sözleşmenin içeriği BK m. 611 vd. hükümlerine tabidir. Sözlü olarak yapılan ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde şekil şartının yerine getirilmediği yönünde bkz. Yargıtay, 1. HD, T. 06.12.2023, E. 2022/8535, K. 2023/7212 (Kazancı).

⁴¹ İvazlı-olumlu miras sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL / ÖZ, s. 105-106, Nr. 479 vd.; ÇABRİ, s. 480 vd., Nr. 748 vd.; AKÇA, Neslihan: *İvazlı Miras Sözleşmeleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 103 vd. Miras Hukukunda bir taraflı ve iki taraflı miras sözleşmeleri ayrımı ile sözleşmeye niteliğini veren karakteristik edimlerin karşılık ilişkisinde bulunup bulunmaması bakımından yapılan ayrımla, tek tarafa borç yükleyen ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ayrımları birbiriyle karıştırılmamalıdır. Bir taraflı ve iki taraflı miras sözleşmeleri ayrımı, miras sözleşmesinin her iki tarafının mı yoksa sadece taraflardan birinin mi terakesine ilişkin bağlayıcı bir şekilde ölüme bağlı işlem yaptığına göre belirlenmektedir. Konu hakkında bilgi için bkz. DURAL / ÖZ, s. 101, Nr. 486-490; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 128-129; İMRE / ERMAN, s. 183 vd. Anılan benzerliğin karıştırılmaya elverişliliğini bertaraf etmek için Oğuzman, bir yönlü ve iki yönlü miras sözleşmesi kavramını kullanmaktadır. "Bir yönlü miras mukavelesi-iki yönlü miras mukavelesi" kavramı için bkz. OĞUZMAN, s. 133.

⁴² ŞAHİN, s. 36 ve dn. 41'de adı geçen yazarlar.

⁴³ Bkz. DURAL / ÖZ, s. 129, Nr. 590.

hem borçludurlar. Oysa ivazlı miras sözleşmelerinde mirasbırakan (inceleme konumuz bakımından bakım alacaklısı) karşı tarafı mirasçı atamak veya vasiyet alacaklısı yapmakla borcunu ifa etmiş olur. Karşı taraf da bir alacak hakkı elde etmemekte; sadece bir ivaz borcu altına girmektedir⁴⁴.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin karakteristik özelliklerinden biri, şans ve tesadüfe bağlı sözleşmelerden olmasıdır⁴⁵. Bu sözleşme tipinde, sözleşmenin sonuçları bakımından şans ve tesadüfe bağlılık söz konusudur. Edimlerden birinin kapsamı öngörülememektedir⁴⁶. Bu bakımdan edimin kapsamı, “belirsiz ve şüpheli bir olaya” bağlıdır⁴⁷. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde şans ve tesadüf dolayısıyla kapsamın öngörülemezliği, etkisini işlemin sonuçları bakımından, daha açık bir deyişle bakım alacaklısının sözleşme kurulduktan sonra daha ne kadar yaşayacağını ve karşı tarafın, bakım edimi ne kadar süre boyunca yerine getirmesi gerektiğinin belirsizliğinde kendini göstermektedir⁴⁸. Böylece taraflardan biri, risk üstlenmektedir⁴⁹. Son olarak ifade etmek gerekir ki bu sözleşme tipi, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdendir. Anılan nitelendirmede, taraflardan en az birinin asli edim borcunun süreklilik arz etmesi belirleyicidir⁵⁰. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde sözleşmenin adının da ifade ettiği üzere bakım borçlusunun bakıp gözetmeyi içeren edim yükümlülüğü, bakım alacaklısının ölümünde son bulacaktır. Bir başka deyişle bakım borçlusu asli edim yükümlülüğünü, bir zaman dilimi boyunca yerine getirmelidir⁵¹.

C. Bakım Alacaklısının Hak ve Borçları

Bakım borçlusunun bakma, gözetme, hastalık halinde tedavi için gerekeni yapma ediminin karşılığı olarak BK m. 611 uyarınca Miras Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde mirasbırakan onun lehine vasiyette bulunmakta ya da onu mirasçısı atamaktadır⁵². Mirasbırakanın ölümüyle beraber, lehine ölüme bağlı kazandırmada bulunulan kimsenin vasiyet alacaklısı atanması veya mirasçı atanmasına göre farklılaşan hukuki sonuçlara yukarıda değinilmiştir (MK m. 600; MK m. 599)⁵³. Bakım borçlusuna, bakma ediminin karşılığı olarak ayrıca konut olarak kullanılan bir taşınmaz üzerinde oturma (sükna) hakkı veya intifa hakkı da tanınabilir. Miras Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde mirasbırakanın ölüme bağlı işlemleri bakımından bakım borçlusu lehine intifa veya irat vasiyeti tanınması da olasıdır⁵⁴.

⁴⁴ İMRE / ERMAN, s. 184; DURAL / ÖZ, s. 129, Nr. 590; AKÇA, s. 72 vd.

⁴⁵ EREN, *Borçlar Özel*, s. 830, Nr. 2813; ÖZKAYA, Eraslan: *Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 37-38; ŞAHİN, s. 37-38; TUNÇOMAĞ, *Ölünceye Kadar Bakma Akdi*, s. 24, 27; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 773; AKİPEK ÖCAL, s. 85.

⁴⁶ Sonuçları bakımından şans ve tesadüfe bağlı sözleşmeler hakkında bkz. EREN, *Borçlar Genel*, s. 255, Nr. 721; GÜMÜŞ, M. Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükmümler - Kısa Ders Kitabı*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 2; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 58; AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri - Sözleşmeler Hukuku*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 47-48; TANDOĞAN Haluk: *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*, Cilt: 1/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 6.

⁴⁷ EREN, *Borçlar Genel*, s. 255, Nr. 721.

⁴⁸ EREN, *Borçlar Özel*, s. 828, Nr. 2806; AKARTEPE, s. 40; BİRSEN, s. 34-36.

⁴⁹ EREN, *Borçlar Genel*, s. 255, Nr. 721.

⁵⁰ Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler hakkında genel bilgi için bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 12-13, Nr. 40-41; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 10-11; EREN, *Borçlar Genel*, s. 110, Nr. 301-302; ALTINOK ORMANCI, Pınar: *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 5 vd.

⁵¹ Bakım alacaklısının edimini bir defada (örn. ilgili malvarlığı değerinin devir ve teslimi) yerine getirmesi, borç ilişkisinin süreklilik arz eden bir sözleşme niteliği taşımasına tesir etmez. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliği taşıdığı yönünde bkz. AKİPEK ÖCAL, s. 85; BİRSEN, s. 33-34; EREN, *Borçlar Özel*, s. 830, Nr. 2812.

⁵² Borçlar Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi, çalışma kapsamı dışında bırakıldığından bakım alacaklısının BK m. 613 uyarınca güvence sağlamaya yönelik haklarına yer verilmemiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, *Ölünceye Kadar Bakma Akdi*, s. 89; AKARTEPE, s. 117 vd. Bakım alacaklısının güvence sağlamaya yönelik haklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. KAYACAN, Simge Aksu: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Bakım Alacaklısının Güvence Sağlamaya Yönelik Hakları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Sayı 1, s. 375 vd.

⁵³ Bkz. I.A. “Genel Olarak”.

⁵⁴ İntifa ve irat vasiyetleri hakkında bkz. DURAL / ÖZ, s. 154, Nr. 689 vd.; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 146; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 264-265. Miras Hukuku ve Borçlar Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmeleri bakımından bakım borçlusunun hak ve borçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKARTEPE, s. 144 vd.; ŞAHİN, s. 114 vd.

Bakım alacaklısı, ayrıca bakım borçlusunun aile düzenine uyma ve genel ilke gereği, dürüstlük kuralına (MK m. 2) uygun hareket etmekle yükümlüdür. Bakım alacaklısı bu bağlamda bakma ve gözetme yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için bakım borçlusunun edimini ifasına imkân tanınmalı ve onun aile başkanlığını kabullenmeli; ailenin diğer üyelerine de saygı göstermelidir⁵⁵. Akartepe'nin yerinde ifadesiyle bakım alacaklısı “insani bir ilişkinin gerektirdiği şekilde davranmakla” yükümlüdür. Aynı yükümlülük, elbette bakım borçlusu için de söz konusudur⁵⁶. Bakım alacaklısının, bakım borçlusunun aile topluluğuna kabul edilmesi, beslenmesi, giydirilmesi, sağlığı için gerekenlerin yapılması, ona harçlık verilmesi, sevgi ve saygı gösterilmesi ile ihtiyacı halinde hukuki masraflarının karşılanması ve cenaze masraflarının üstlenilmesi gibi yükümlülükler, bakım alacaklısının hakları olarak karşımıza çıkmaktadır. Cenaze masrafları, ölüncüye kadar bakma sözleşmesini düzenleyen BK m. 611 - 619 hükümleri arasında açıkça yer almasa da özellikle bakım alacaklısının malvarlığının tamamını bakım borçlusuna devrettiği ya da onu terekesinin tamamına mirasçı atadığı hallerde bakım borçlusuna karşılanmalıdır⁵⁷. Miras Hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesi göz önünde tutulduğunda bu çıkarım, mirasbırakanın cenaze masraflarının terekeden indirilmesini öngören MK m. 507/II hükmü ile de uyumludur.

Ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının haklarının, sözleşmenin tabiatı gereği bazı özellikleri bulunmaktadır. Bakım alacağının üçüncü kişilere devredilememesi, bunlardan biridir. Bakım alacaklısının hakları, kendi şahsı ile ilgili olup onun ihtiyaçları gözetilerek belirlendiğinden başkasına devredilmeyen bir karakter taşımaktadır. Nitekim BK m. 619 hükmüyle de bakım alacaklısının, hakkını bir başkasına devredemeyeceği açıkça kaleme alınmıştır. Hüküm, emredici nitelik taşımaktadır⁵⁸. Ancak bakım alacaklısının, bakım borçlusunun yerine getirmiş olduğu edimleri bakımından devredilemezlik ilkesi geçerli değildir. Bu bakımdan bakım alacaklısına bakım borcunun yerine getirilmesinin bir gereği olarak verilen harçlık veya giysi vb. eşyaları üzerinde bakım alacaklısının tasarruf yetkisi bulunmaktadır⁵⁹. Muaccel olduğu halde henüz bakım alacaklısına ifası gerçekleştirilmemiş bu gibi edimler bakımından, devredilemezlik ilkesi geçerliliğini korur⁶⁰. Bakım alacağının devredilemezliği ilkesinin hemen yukarıda değindiğimiz gerekçesi iledir ki bakım alacağının takasa konu edilmesi de mümkün değildir⁶¹. Takas hakkı, varması gerekli ve takas edildiği kapsamda borcu sona erdireceğinden bozucu yenilik doğuran hak niteliği taşıyan, şekle tabi olmaksızın tek taraflı irade beyanı ile ileri sürülebilen bir hukuki işlemdir⁶². Buna karşın aynı durum, bakım borçlusunun hakları bakımından söz konusu değildir. Bunun nedeni, bakım borçlusunun sözleşmeden doğan bazı malvarlığı değerlerinin veya belirlenen miktar paranın kendisine devredilmesine ilişkin haklarının malvarlığına ilişkin değerler olmaları nedeniyle üçüncü kişilere devredilebilmeleri gibi takasa veya rehne de konu edilebilmelerinin mümkün olmasıdır⁶³.

⁵⁵ AKARTEPE, s. 143; ŞAHİN, s. 114.

⁵⁶ “... karşılıklı olarak insani bir ilişkinin gerektirdiği şekilde...”. Bkz. AKARTEPE, s. 143.

⁵⁷ AKARTEPE, s. 157.

⁵⁸ Ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde önel verilmeksizin fesih imkanını düzenleyen BK m. 617 hükmünün ikinci fıkrasında hâkimin, önel verilmeksizin feshi yerinde bulabileceği gibi taraflardan birinin istemi üzerine ya da resen aile topluluğu içinde yaşamalarına son verdikten sonra bakım alacaklısına ömür boyu gelir bağlayabileceği düzenlenmektedir. Söz konusu fesih hakkı, taraflardan her biri bakımından sözleşmeden doğan borçlara aykırı davranışının sözleşmenin devamını çekilmez hale getirmesi ile başkaca önemli sebeplerin, sözleşmenin devamını imkânsız hale getirmesi veya önemli ölçüde güçleştirilmesi halinde gündeme gelecektir (BK m. 617/I). Bu halde BK m. 617/II uyarınca bakım borçlusunun bakım ve gözetim yükümlülüğü bir sermaye alacağına dönüştürülmüş veya irat şeklinde ödenmesine karar verilmişse devir yasağının uygulanmaması gerektiği yönünde İsviçre Hukukundan da yapılan çıkarım hakkında bkz. AKARTEPE, s. 111. BK m. 617 hükmünde her ne kadar “fesih” kavramı kaleme alınmış olsa da buradaki “fesih”, gerçek anlamda ve geleceğe etkili sonuçlar doğuran sözleşmeden dönme olarak anlaşılmalıdır. Bkz. EREN, *Borçlar Özel*, s. 842, Nr. 2853.

⁵⁹ ÖZKAYA, s. 111-112.

⁶⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKARTEPE, s. 112. Aynı yönde bkz. ÖZKAYA, s. 112.

⁶¹ Ölüncüye kadar bakma sözleşmesinden doğan bakım alacağının takas edilemezliği hakkında bkz. AKARTEPE, s. 113-114; ŞAHİN, s. 92; ÖZKAYA, s. 110.

⁶² Borcun sona ermesi hallerinden takas hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, *Borçlar Genel*, s. 1441 vd., Nr. 4009 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 600 vd., Nr. 1841 vd.; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 1012 vd.

⁶³ AKARTEPE, s. 110.

D. Mirasbırakanın Ölünceye Kadar Bakılması Koşuluyla Kendisine Bakan Kimse Lehine Yaptığı Ölümüne Bağlı Kazandırmalarında Karşılaşılabilecek Hukuki Meseleler

Mirasbırakanın, ölünceye kadar bakılması koşuluyla belirli bir kimse lehine vasiyette bulunması halinde karşılaşılabilecek meselelerden ilki, mirasbırakanın yaşlılığı veya hastalığı nedeniyle ihtiyaç duyduğu bakım ve ilgili karşılığında kendisinden yararlanılmasına açık olmasıdır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçerlik koşulu olarak miras sözleşmesi şeklinde yapılması zorunluluğunun karşısında vasiyetname nitelikli yazılı şekle tabidir (MK m. 502)⁶⁴. Söz konusu ölümüne bağlı tasarrufun hüküm ifade edebilmesi için öncelikle mirasbırakanın vasiyetname yapmaya ehil olması; bir başka deyişle vasiyeti yaptığı sırada ayırt etme gücünden yoksun bulunmaması gerekir (MK m. 502; MK m. 13, MK m. 14). Ehliyeteye ilişkin bu koşul, vasiyetname niteliğindeki bütün ölümüne bağlı kazandırmalar için söz konusudur. MK m. 502’de geçen vasiyet yapmaya ilişkin 15 yaş sınırı bakımından, yaşlılığı veya hastalığı nedeniyle ölünceye kadar bakılmaya ihtiyaç duyan mirasbırakan, uygulamadaki örnekler de düşünüldüğünde çoğunlukla bu yaşın üzerinde olacaktır. Ayrıca şekil itibarıyla vasiyetnamenin barındırdığı sakıncalar, hasta ve yaşlı kimseler için daha yüksektir. Mirasbırakanın bakımı için birine olan ihtiyacı nedeniyle bağımlılığının bulunması; bu hallerde kendisine ölünceye kadar bakmasını umduğu kişi lehine yaptığı kazandırmalar bakımından mirasbırakanın iradesinin aldatma, korkutma, yanılma etkisi altında verilmiş olma ihtimalini kuvvetlendireceğinden bu koşullar altında yapılan vasiyetnamelere daha hassasiyetle yaklaşılmalıdır (MK m. 504; MK m. 557/b. 2).

Konu hakkında bir başka mesele, mirasbırakanın iradesinin açık olarak anlaşılmadığı hallerde vasiyetnamenin yorumu meselesidir. Vasiyetnamenin yorumu, bir ölümüne bağlı tasarrufa ilişkin şekle uygun bir irade beyanı bulunmasına rağmen bunun anlam ve içeriği tespit edilemiyorsa ilgili ölümüne bağlı tasarrufu hukuken uygulanabilir kılmak, mirasbırakanın son arzularını yerine getirebilmek için anlam ve içeriğinin belirlenmeye çalışılmasıdır⁶⁵. Vasiyetname yorumlanırken bazı temel ilkelerden faydalanılacaktır. Bunlar: Vasiyetname metnine bağlılık, vasiyetname dışı unsurlardan yararlanma, vasiyetname düzenlendiği andaki iradenin esas alınması, vasiyetname lehine yorum (*favor testamenti*)⁶⁶ ve yasal mirasçılık lehine yorum ilkeleridir⁶⁷.

İnceleme konumuz bakımından öncelikle ifade etmek gerekir ki mirasbırakan, ölünceye kadar bakılması koşuluyla vasiyet edeceği kazandırmalarda, kazandırma lehtarını şüpheye yer vermeyecek şekilde belirtmelidir. “Şu an (A) kişisi bana bakıp ihtiyaçlarımı karşılıyor; o devam etmez de (B) kişisi ya da bir başka komşum bana bakarsa (A) yerine o ... terekemin tamamına/şu kadar kısmına mirasçı olsun” gibi bir irade beyanı, şüphe içerir nitelikte olacağından mirasbırakanın iradesi net olarak anlaşılacaktır. Vasiyetname dışı olgularla da desteklenerek mirasbırakanın iradesi tespit edilmeye çalışılacaktır⁶⁸. Anılan durum, mirasbırakanın irade beyanından kimin mirasçısını olmasını istediğinin yorum sonucunda dahi anlaşılmasına neden olabilecektir⁶⁹. Bu halde vasiyetname hüküm ve sonuç

⁶⁴ El yazılı vasiyetnamenin fayda ve sakıncaları hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 192-193; DURAL / ÖZ, s. 84., Nr. 372 vd.; ÖZTAN, s. 309 vd.; ÇABRİ, s. 602 vd., Nr. 936 vd.

⁶⁵ Vasiyetnamenin yorumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 321 vd.; SEROZAN / ENGİN, s. 410 vd., Nr. 209 vd.; İMRE / ERMAN, s. 109 vd.; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 198 vd.; ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Vasiyetnamenin Yorumuna İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, (Ed.) ENGİN, Baki İlkay: *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 201 vd.; BAYGIN, Cem: “Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Yorum”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2000, Cilt 4, Sayı 1-2, s. 567 vd.; ÖZTAN, s. 228 vd.; ŞİPKA / AKŞENER MERT, s. 65 vd.

⁶⁶ TAŞATAN, Caner: “Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu’na Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 23, Sayı 1, s. 573 vd.

⁶⁷ Ayrıca bkz. ERGÜNE, s. 202; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 323 vd.; DURAL / ÖZ, s. 227 vd.; EREN / YÜCER AKTÜRK, s. 199 vd.; BAYGIN, s. 570 vd.

⁶⁸ Benzer yönde bkz. 25.09.2023 tarih ve Az. 33 Wx 38/23 sayılı dosya numaralı Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi (*Oberlandesgericht, OLG München*) kararı (https://www.erbrechtsiegen.de/erbeinsetzung-zugunsten-desjenigen-der-den-erblasser-bis-zum-tod-pflegt-und-betreut/#das_vorliegende_urteil, ET: 20.10.2024).

⁶⁹ 25.09.2023 tarih ve Az. 33 Wx 38/23 sayılı OLG/München kararında çocuksuz ve bekar mirasbırakan, bütün terekisini kendisine ölümüne kadar bakacak kimseye bıraktığını; halihazırda bu kişinin Bayan (X) olduğunu 2011 tarihinde vasiyetnamesinde beyan ettikten sonra kendisine (X) kişisinden sonra başkaca kimseler de bakmıştır. Mahkeme, özet olarak mirasbırakanın iradesinin açık olmadığı; yorum sonucunda da kimi mirasçısı olarak atamak istediğinin anlaşılmadığı; (X) kişisini örnekendirici olarak beyan ettiği sonucuna varmıştır.

ifade etmeyebilecektir. Lehine ölüme bağlı kazandırmada bulunulan kişinin vasiyetnamede açıkça belirtilmesi veya en azından yorum sonucunda bu kişinin tespit edilebilmesi halinde bir sonraki adım, “ölüncüye kadar bakma” koşulunun içeriğinin belirlenebilmesi olacaktır. Mirasbırakanın sadece “bana ölümüne kadar bakarsa” içeriğindeki bir irade beyanı karşı tarafın hangi koşullar altında ölüme bağlı kazandırmaya hak kazanacağını tam olarak ortaya koymamaktadır. Bakım kapsamında mirasbırakanın yiyecek, giyim, bakım, tedavi masraflarının karşılanması, ona karşı saygı kuralları çerçevesinde ilgi gösterilmesi, harçlığının verilmesi gibi ihtiyaçlarının giderilmesi gerekeceğinden bunlara ilişkin hususlar da şüpheye yer vermemek için vasiyetnamede belirtilmelidir. Hatta mirasbırakanın, ayrı bir hanede mi yaşamaya devam edeceği yoksa lehine ölüme bağlı kazandırmada bulunduğu kişinin hane halkı arasına dahil olarak onlarla mı yaşayacağı meselesinin de vasiyetnamede belirtilmesi, kanaatimizce sonraki olası belirsizliklere mahal vermemek adına daha elverişlidir. Mirasbırakanın vasiyetnamesindeki iradesi doğrudan veya yorum yolu ile belirlenemeyecek olursa vasiyetnamenin geçersizliği veya iptali gündeme gelebilecektir.

Konu hakkında karşılaşılabilecek bir diğer mesele, mirasbırakana ölüncüye kadar bakılması koşuluyla belirli mal vasiyetinde bulunulması ya da terekeye belirli oranda mirasçı atanması halinde söz konusu ölüme bağlı kazandırmanın, mirasbırakanın saklı paylı mirasçılarının saklı paylarının ihlaline neden olmasıdır. Bu halde saklı paylı mirasçılar dilerse MK m. 560 ve devamında düzenlenen tenkis hükümlerine başvurarak ilgili ölüme bağlı kazandırmanın saklı paylarını ihlal ettiği oranda tenkise tabi tutulmasını sağlayabilirler. Tenkisten kurtulan kısım, geçerliğini korumaya devam eder. Bu bilgi açısından Miras Hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde de bakım borçlusu için aynı risk söz konusudur. Ayrıca hatırlanmalıdır ki sözleşmeden farklı olarak mirasbırakan, kendisine ölüncüye kadar bakması koşuluyla bir kimse lehine yaptığı vasiyet niteliğindeki ölüme bağlı kazandırmaları serbestçe geri alabilir; bunları bir başkasına vasiyet edebilir veya bunlar üzerinde sağlararası bir işlemle tasarrufta bulunabilir.

İnceleme konumuzu tamamlayıcı bir bilgi olarak mirasbırakanın, kendisine bakan kimse lehine ölüncüye kadar bakılması koşuluna bağladığı ölüme bağlı herhangi bir kazandırmada bulunmadığı ve ölüncüye kadar bakma sözleşmesi de yapmadığı bir durumda mirasbırakana, onun ölümüne kadar bakan kimsenin kanundan doğan bir alacak hakkının bulunup bulunmadığına değinilmesinde fayda görüyoruz. Bu konuda hukukumuzda yasal bir düzenleme bulunmamakla beraber Medeni Kanunumuzun Aile Hukuku hükümleri arasında altsoya belirli koşulların varlığı halinde alacak hakkı tanıyan MK m. 370-371 hükümlerinin, çalışmada ele alınan mesele bakımından, mirasbırakana ölüncüye kadar bakan altsoyunun bu emeğine dayanarak bir bedel talep edebilmesi bakımından ihtiyacı karşılayıp karşılamayacağı belirlenmelidir⁷⁰.

Anılan hükümlerde anne-baba ya da büyük anne-büyük babası ile yaşayan ve emek veya gelirlerini aileye özgüleyen altsoyların buna karşılık uygun bir bedel isteyebileceği düzenlenmektedir. Hükümde geçen “bedel” ifadesi, doktrinde “altsoyun denkleştirme alacağı” olarak ifade edilmektedir⁷¹.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki MK m. 370 hükmüne başvurabilmesi için altsoyun mirasçı olması gerekmez. Mirasbırakana, onun ölümüne kadar bakan kimsenin mirasçı olmasının gerekmemesi gibi. Anılan hüküm, hükmün düzenlendiği yer itibarıyla da anlaşılacağı üzere bir Aile Hukuku hükmüdür. Ancak emek ve/veya gelirini özgüleyen altsoy, üst soyundan isteyebileceği “uygun” bedeli, mirasbırakanın ölümünden önce talep edemez ve en geç, “borçlunun terekesinin taksimi anına kadar” isteyebilir (MK m. 371/I, III). Anılan hükümlerin odak noktası mirasbırakanın şahsına bakılması değil; mirasbırakan ile birlikte yaşayan altsoyun gelir ve/veya emeğini aileye özgülemesidir. Bu bilgiler göz

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi ve konunun miras hukuku nitelikli Alman § 2057a hükmü ile karşılaştırılması ve her iki hüküm özelinde somut örnek çözümleri hakkında bkz. AYAN, Serkan: “Emeğini veya Gelirini Aileye Özgüleyen Altsoyun Denkleştirme Alacağı ve Almanya Örneği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 12, Sayı 1, s. 26 vd., s. 56 vd.

⁷¹ Bkz. DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III - Aile Hukuku*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 407, Nr. 1865-1869.

önünde bulundurulur mirasbırakana, onun ölümüne kadar bakıp ihtiyaçlarını karşılayan altsoyun sadece bu gerekçe ile değil; fakat mirasbırakan ile birlikte yaşayıp da gelir ve/veya emeğini aileye özgülediğini ispat etmesi halinde söz konusu “denkleştirme alacağını” talep edebilmesi mümkündür. Diğer bir bakışla, mirasbırakanla aynı hanede yaşayarak ona bakan, ihtiyaçları ile saygı çerçevesinde ilgilenen kimsenin, gelir ve/veya emeğini onun ailesine özgülese dahi, mirasbırakanın altsoyu olmadığı sürece bu hükme dayanması olası değildir. Sonuç itibarıyla mirasbırakan iradi olarak bir ölüme bağlı tasarruf veya herhangi bir sözleşme ilişkisi ile kendisine, onun ölümüne kadar bakan kimse lehine bir kazandırmada bulunmazsa yasada doğrudan bunu düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Mirasbırakana ölünceye kadar bakıp onunla ilgilenen, ihtiyaçlarını karşılayan kimse onun altsoyu olsa dahi, mirasbırakanla birlikte yaşayıp emek ve/veya gelirini aileye özgülemediği sürece yanıt değişmemekte; MK m. 370 - 371 hükümleri, çalışmanın bu kısmında değinilen mesele bakımından ihtiyacı karşılamamaktadır.

SONUÇ

Mirasbırakan, kendisine ölünceye kadar belirli bir kimse tarafından bakılması şartıyla bu kimse lehine koşula bağlı ölüme bağlı kazandırmalarda bulunabilir. Bu halde koşulun gerçekleşip gerçekleşmemesi, karşı tarafın (mirasbırakanın, kendisine ölünceye kadar bakmasını umduğu kişinin) iradesine bağlıdır. Karşı tarafın iradesine bağlı koşullar (sigara içmezsen, alkol/uyuşturucu kullanmazsan, eşime bakarsan) mirasbırakanın bir kimseyi, süreklilik arz eden bir davranışa teşvik etmesini sağlamakta ve doktrinde geçerli olarak kabul görmektedirler. Hukukumuzda Medeni Kanunumuzun Miras Hukukuna ilişkin hükümler içeren üçüncü kitabında yasal bir düzenleme bulunmamakla beraber Alman Hukukundan yapılan ve hukukumuzda da aykırı düşmeyen bir çıkarımla, bu tür koşullar bozucu koşul olarak kabul edilmiştir. Ancak mirasbırakanın, kendisine ölünceye kadar bakılması koşuluyla belirli bir kişi lehine yaptığı ölüme bağlı kazandırmaları bakımından mesele biraz daha incelenerek bunların, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir vade (mirasbırakanın ölümü) ile sınırlandırılmış bulunan, bozucu koşula bağlanmış umut edilen bir hukuki ilişki olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Mirasbırakanın değinilen içerikteki koşula bağlı ölüme bağlı kazandırmaları, çalışmada Miras Hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile karşılaştırılmıştır. Sonuç itibarıyla vasiyetin tek taraflı hukuki işlem niteliği gereği bu türden kazandırmaları mirasbırakan serbestçe geri alabileceken kendisinin bakımına karşı tarafı sözleşme ilişkisi ile ikna etmesi halinde durum tersine dönecektir. Fakat madalyonun bir diğer yüzü, “sözleşme” niteliğinin bir getirisi olarak mirasbırakanın da borçlarının ve sözleşmeden serbestçe dönülemezliğinin yanı sıra karşı taraftan alacak hakkı niteliğinde bazı taleplerinin söz konusu olmasıdır. Ayrıca vasiyetname niteliğindeki ölüme bağlı kazandırmalar özellikle bakım ilişkisinin mirasbırakanı bir kimseye bağımlı kıldığı hallerde irade sakatlığı ihtimallerini arttırmaktadır. Yine koşula bağlı vasiyetname niteliğindeki ölüme bağlı kazandırmalarında mirasbırakanın iradesi anlaşılamiyorsa yoruma tabi tutulacaktır. İlgili ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin yorum sonucunda dahi anlaşılabilmesi ve hükümsüzlüğü riskini bertaraf etmesi için mirasbırakan, kendisine ölünceye bakma koşuluyla lehine kazandırmada bulunduğu kimseyi şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirtmelidir. Ayrıca “ölünceye kadar bakma” koşulunun içeriğinin muğlak kalmaması açısından mirasbırakanın vasiyetinde buna ilişkin bilgilere de yer vermesinin daha elverişli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Çalışmada son olarak mirasbırakanın, kendisine ölümüne kadar bakan kimse lehine ölüme bağlı bir kazandırmada bulunmaması, taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin de olmaması halinde mirasbırakana ölünceye kadar bakan kimsenin, özellikle altsoyunun kanundan doğan bir talep hakkının olup olmadığı değerlendirilerek bu konuda olumsuz sonuca varılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKARTEPE, Alpaslan: *Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- AKÇA, Neslihan: *İvazlı Miras Sözleşmeleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 1, s. 83-91.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar: *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- ANTALYA, O. Gökhan: “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları”, *Yargıtay Dergisi*, 1992, Cilt 18, Sayı 3, s. 365-395.
- AYAN, Serkan: “Emeğini veya Gelirini Aileye Özgüleyen Altsoyun Denkleştirme Alacağı ve Almanya Örneği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 12, Sayı 1, s. 25-83.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: *Türk Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri - Sözleşmeler Hukuku*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- BAYGIN, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2000, Cilt 4, Sayı 1-2, s. 567-594.
- BİRSEN, Fatih: *Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÇABRİ, Sezer: *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III - Aile Hukuku*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: *Türk Özel Hukuku - Cilt IV - Miras Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- EREN, Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek: *Türk Miras Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023 (Genel Hükümler).
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023 (Özel Hükümler).
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Vasiyetnamenin Yorumuna İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, (Ed.) ENGİN, Baki İlkey: *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 201-214.
- GÜMÜŞ, M. Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler - Kısa Ders Kitabı*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: *Miras Hukuku*, 17. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2024.
- İNCE, Nurten: “Mirasbırakanın Güven Sorumluluğu (Culpa in Testando)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 1, s. 153-184.
- KARAKAŞ, Fatma Tülay: *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- KAULBACH, Ann-Marie C.: *Gestaltungsfreiheit im Erbrecht*, Wolfgang Metzner, Frankfurt am Main, 2012.
- KAYACAN, Simge Aksu: “Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesinde Bakım Alacaklısının Güvence Sağlamaya Yönelik Hakları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Sayı 1, s. 353-395.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı: “Mirasçı Atama”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2017, Cilt 75, Sayı 1, s. 431-452.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023.
- OĞUZMAN, Kemal: *Miras Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- ÖZKAYA, Eraslan: *Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

- ÖZTAN, Bilge: *Miras Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkey: *Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- SEROZAN, Rona: “Miras Hukukunun Gelişim Süreci - Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri”, (Çev.) PAKSOY, Meliha Sermin, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, Cilt 73, Sayı 1, s. 531-559.
- ŞAHİN, Turan: *Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ŞİPKA, Şükran / AKŞENER MERT, Sehil: *Güncel Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Miras Hukuku I*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- TANDOĞAN Haluk: *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- TAŞATAN, Caner: “Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni Kanunu’na Yansımaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 23, Sayı 1, s. 571-605.
- TEKİNAY, Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: *Ölünceye Kadar Bakma Akdi*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1959 (Ölünceye Kadar Bakma Akdi).
- TUNÇOMAĞ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku II. Cilt - Özel Borç İlişkileri*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

Ücretsiz İzin Sonrası İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Hukuki Sonuçları^(*)



The Employer's Refusal to Reinstatement the Employee After Unpaid Leave and Its Legal Consequences

Betül ERKANLI BAŞBÜYÜK



Doktor Öğretim Üyesi

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Ücretsiz İzin,
Askı,
İşe Başlatmama,
Temerrüt,
İşveren Temerrüdü.*

Öz

Tarafların anlaşması sonucunda iş sözleşmesinin askıya alınması ile ortaya çıkan ücretsiz izin uygulaması, sözleşmenin sona ermesinin önlenmesi ve iş ilişkisinin devamını sağlayarak işçinin feshe karşı korunması amacıyla yönelik önemli uygulamalardan biridir. İş sözleşmesinin tarafların anlaşması sonucunda askıya alınması ile işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlü olmamakta, buna bağlı olarak ücretine de hak kazanamamaktadır. Bu nedenle ücretsiz nitelikteki bu izin çok uzun süreli olmaması, makul bir süre ile sınırlandırılması işçinin korunması açısından bir gerekliliktir. Anlaşma ile kararlaştırılan ücretsiz izin uygulamalarına ilişkin kanunda düzenleme bulunmadığından, ücretsiz izin süresi ile iş görme ve ücret ödeme yükümlülüklerinin ne zaman doğacağı sorunu öğretici tartışmalarına ve yargı kararlarına konu olmaktadır. Çalışmamızda kısaca anlaşma ile kararlaştırılan ücretsiz izin kavramına yer verilmekte, ücretsiz izin devam edeceği sürenin belirlenmemesi sorunu ile ücretsiz izin uygulamasının sona ermesi halinde işçinin işverence işe başlatılmamasının hukuki sonuçları tartışılmaktadır.

Keywords

*Unpaid Leave,
Suspension,
Refusal to Reinstatement,
Default,
Default of the
Employer.*

Abstract

The unpaid leave, which arises from the suspension of the employment contract as a result of mutual agreement between the parties, is one of the significant practices aimed at protecting the employee against dismissal by preventing the termination of the contract and ensuring the continuation of the employment relationship. With the suspension of the employment contract by mutual agreement, the employees are not obliged to perform the work, and accordingly, they are not entitled to their salary. For this reason, it is essential to limit the duration of this unpaid leave to a reasonable period to ensure the protection of the employee. However, since there is no regulation in the law regarding unpaid leave agreed upon by the parties, the issues of the duration of unpaid leave and when the obligations to perform work and pay wages will arise are debated in legal doctrine and court decisions. In our study, the concept of unpaid leave is briefly addressed, and the issue of not determining the duration of unpaid leave is discussed, along with the legal consequences of the employer's refusal to reinstate the employee after the termination of the unpaid leave.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 29.10.2024, Kabul Tarihi: 29.11.2024.

GİRİŞ

İş ilişkisi esnasında, sözleşmenin devamını olumsuz etkileyen, işçinin iş görme edimini yerine getirmesini ya da işverenin işi kabulünü geçici olarak engelleyen çeşitli sebepler ortaya çıkabilir. İfa engelinin varlığı halinde işçi aleyhine sonuçlar doğurabilecek olan iş ilişkisinin sona erdirilmesi yerine, ilişki ayakta tutularak iş sözleşmesinin devamının sağlanması ve böylece işçinin korunması amacıyla kabul edilen hukuki kurumlardan biri, iş sözleşmesinin askıya alınmasıdır¹. İş ilişkilerinde geçici olarak iş görme edimini imkânsız kılan engellere fesih yaptırımının bağlanması halinde, işçinin iş güvencesinden söz edilemez. Bu açıdan askı hali, iş güvencesinin sağlanması bakımından önemli hukuk tekniklerinden biri olarak kabul edilmektedir².

İş sözleşmesinin askıya alınmasının temel sonucu, iş ilişkisi devam etmesine karşılık iş görme ve ücret ödeme borçlarının askıda kalması, askı halini doğuran sebeplerin ortadan kalkması ve sona ermesi durumunda ise sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmesidir³. Böylece söz konusu asli edimlerin askı süresince yerine getirilmemesi meşru bir temele dayanmakta, edimlerin ifa edilmemesi taraflara iş sözleşmesini fesih yetkisi vermemektedir⁴.

İş mevzuatımızda iş sözleşmesinin askıya alınmasının tanımına ve koşullarına ilişkin genel bir hükme yer verilmemiş, yalnızca askı sonucunun doğumuna yol açan bazı haller ile bunların sonuçları düzenlenmiştir. Askı, genel olarak işçinin iş görme ediminde ya da işverenin işi kabulde kusursuz geçici ifa imkânsızlığına düşmesi sonucunda ortaya çıkar. İşçinin hastalanması, doğum yapması, askerlik ya da bir kamusal ödevi yerine getirmesi, tutuklanması ya da doğal afetler, yasama ve yürütme organınca konulan ithalat yasakları gibi nedenler bu tür imkânsızlığa örneklerdir [örneğin İş Kanunu (İş K.) m. 24/III, m. 25/I, b, son, m. 25/III, IV, m. 31/I-II; Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 23/I, m. 67/I]. Bu bakımdan iş sözleşmesinin askıya alınması durumunun hukuki temelini geçici ifa imkânsızlığına dayandığı söylenebilir⁵. İş görme edimini ifada ya da işi kabulde ortaya çıkan geçici ve kusursuz ifa imkânsızlığının gerçekleşmesi halinde, askı hali kural olarak kendiliğinden ortaya çıkar⁶.

İkinci tür askı hali ise, tarafların anlaşması ile iş sözleşmesinin askıya alınmasıdır. Bu uygulama, ücretsiz izin olarak ifade edilir. Ücretsiz izin, kanunun taraflardan birine tanıdığı bir yetkinin kullanılması sonucunda da ortaya çıkabilir. İş Kanunu'nun 56. maddesinde düzenlenen yıllık ücretli izinde işçiye talebi üzerine verilen ücretsiz yol izni, 74. maddesinde kadın işçiye tanınan doğum sonrası ücretsiz izin hakkı buna örnek oluşturabilir⁷. Ancak çalışmamızın ana inceleme konusunu tarafların karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesini askıya almaları şeklinde ortaya çıkan ücretsiz izin uygulamaları oluşturmaktadır.

¹ SÜZEK, Sarper: *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi*, Savaş Yayınları, Ankara, 1989 (Askı), s. 13; SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024 (İş Hukuku), s. 519; EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 175; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014 (2014), s. 767; TAŞKENT, Savaş: "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2006, Sayı 3, s. 20; DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması", *Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi*, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 81; BAŞTERZİ, Süleyman: "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 54, Sayı 3 (Feshe Karşı Koruma), s. 59-60; OĞUZ, Özgür: *Ücretsiz İzin*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 4-5.

² SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 519; SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 253.

³ SÜZEK, *Askı*, s. 14; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 519; SÜZEK, Sarper: "İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 9, Özel Sayı (Ücretsiz İzin), s. 115; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 175; TAŞKENT, s. 21; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 776; OĞUZ, s. 7.

⁴ SÜZEK, *Askı*, s. 14; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 520.

⁵ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 520; TAŞKENT, s. 21.

⁶ SÜZEK, *Askı*, s. 41; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 520; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 767. İşçinin iş görme edimini ifada imkânsızlığa düştüğünün tespiti bakımından işçiden iş görme edimini yerine getirmesinin beklenilmez olması ölçütü esas alınır. Buna karşılık öğretide işverenin ifada kabul imkânsızlığına uğradığının tespitinde beklenilmezlik ölçütünün uygulanamayacağı, askı halinde işveren ücret ödeme borcundan kurtulacağından, işverenden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinin askıya alınmasının kolaylaştırılmaması gerektiği ifade edilmektedir. İşveren açısından imkânsızlığın maddi olması aranmalıdır. SÜZEK, *Askı*, s. 51; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 523-524.

⁷ Kanunda düzenlenen ücretsiz izin hallerine ilişkin bilgi için bkz. OĞUZ, s. 21-30.

Ücretsiz izin uygulamasının sona ermesinden sonra iş sözleşmesi aynen devam eder. Bununla birlikte işverence işçilerin işe başlatılmadığı örnekler rastlanmaktadır. Bu halde işçinin işe başlaması gereken zamanın tespiti, işverence işe başlatılmadığının tespiti ve hukuki sonucu öğreti tartışmalarına ve yargı kararlarına konu olmaktadır. Özellikle anlaşma sırasında ücretsiz iznin süresinin belirlenmemiş olması, sorunun çözümünü güçleştirmektedir. Çalışmamız çerçevesinde, konuya ilişkin mevcut öğreti görüşleri ile yargı kararlarına konu olan bu soruna dair yerleşik Yargıtay içtihadının incelenmesi ve konunun farklı bir bakış açısıyla değerlendirilebilmesi hedeflenmektedir.

I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ANLAŞMA İLE ASKIYA ALINMASI: ÜCRETSİZ İZİN

A. Ücretsiz İzin Uygulaması ve Koşulları

Kanunda düzenlenen askı ve ücretsiz izin halleri dışında, iş sözleşmesinin askıya alınması tarafların bu hususta anlaşmaları ile mümkündür. Anlaşma ile iş ilişkisinin askıya alınmasının temel sonucu işçinin iş görme, işverenin de ücret ödeme borçlarını ifa etmemeleridir. Bu nedenle özellikle işçinin gelir güvencesinden ve diğer sosyal haklarından yoksun kalması sonucuna yol açtığından, ücretsiz iznin uygulanabilmesinin temel koşulu, kural olarak tarafların bu hususta anlaşmalarıdır⁸. Askıya almaya ilişkin teklif işverenden ya da işçiden gelebilir, önemli olan ücretsiz izin uygulaması konusunda anlaşılmasıdır. Özellikle işyerinde ekonomik kriz, üretimin azalması, hammadde temin edilememesi gibi sebeplerle faaliyete ara verilmesi gerekliliğinin doğduğu durumlarda, ücretsiz izin uygulamalarına sıklıkla başvurulmaktadır⁹.

Ücretsiz izin uygulaması, işçinin askı süresi boyunca ücretinden ve sosyal haklarından yoksun kalması, yargı kararlarında askı süresinin kıdemine esas alınmaması gibi sonuçlara yol açtığından, işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil eder¹⁰. İş sözleşmesinin feshine ilişkin maliyetlere katlanılmaksızın sözleşmenin askıya alınması olanağı doğmakta, böylece işverene ait olan işletme riski işçiye yüklenmektedir¹¹. Bu nedenle özellikle iş sözleşmesinin askıya alınmasına ilişkin önerinin işveren tarafından yapılması ve ücretsiz izin uygulamasının işçinin aleyhine olduğu durumlarda, İş Kanunu'nun 22. maddesi hükümleri uyarınca işçinin yazılı onayı alınarak yapılması gerekir¹². İlgili düzen-

⁸ Bununla birlikte COVID-19 pandemisi sırasında istisnai bir düzenlemeye 17.04.2020 tarih ve 31102 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da yer verilmiştir. Bu Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'na eklenen geçici 10. maddede üç aylık süre bakımından işverenlere tek taraflı olarak tamamen veya kısmen ücretsiz izne çıkarma yetkisi tanınmış, ilgili düzenlemede işverence tek taraflı uygulanan ücretsiz iznin işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı da vermeyeceği açıkça düzenlenmiştir. İlgili düzenleme ve ayrıntılı bilgi için bkz. BİRBEN, Erhan: "İşveren Tarafından Kısa Çalışma ve Ücretsiz İzin Uygulamasına Başvurulması Halinde İşçinin Bildirimsiz Fesih Hakkı", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2022, Cilt 19, Sayı 74, s. 563-604. Pandemi dönemi dışında ise işverenin tek taraflı ücretsiz izin uygulamaları hukuka uygun sayılamayacaktır. Bu yönde bkz. İstanbul BAM, 25. HD, T. 04.07.2023, E. 2023/274, K. 2023/1228 (Legalbank).

⁹ EKONOMİ, Münir: "İşyerinin Kapatılması", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı*, Ankara, 2006, s. 436; ÇELİK, Nuri: "Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkarılmayı Önleyici Çözüm Arayışları", *Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2000, s. 433; TAŞKENT, s. 22; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 177; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 773; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, 5. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2021 (2021), s. 227; ENGİN, E. Murat: *İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileri ile Feshi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003 (İşletme Gereklileri), s. 107. Feshin son çare olması ilkesi açısından da bu tür uygulamaların başvurulması gereken bir yol olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu hususta Taşkent'e göre, işverenin geçerli nedenle fesihle bulunabilmesi için öncelikle ücretsiz izin önerisinde bulunmakla yükümlü olduğu söylenebilir. TAŞKENT, s. 21. Aksi yönde bkz. BAŞTERZİ, *Feshe Karşı Koruma*, s. 75.

¹⁰ EKONOMİ, s. 436-437; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 527; SÜZEK, *Ücretsiz İzin*, s. 127; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 774; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2021, s. 228-229; EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: *Bireysel İş Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 592; ENGİN, *İşletme Gereklileri*, s. 107; ALP, Mustafa: *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 228; DOĞAN YENİSEY, s. 81; BAŞTERZİ, Süleyman: *Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi*, 72 Tasarım Basımevi, Ankara, 2007, s. 169; OĞUZ, s. 15; YAMAKOĞLU, Efe / KARAÇÖP, Eda: "İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan Özel Sayısı, s. 490.

¹¹ SÜZEK, s. 527; ENGİN, *İşletme Gereklileri*, s. 107; ALP, s. 228; BAŞTERZİ, *Çalışmanın Kesintiye Uğraması*, s. 169.

¹² Buna karşılık Taşkent'e göre ise, işveren tarafından yapılacak ücretsiz izin önerisinin işçiler tarafından açık ya da örtülü bir şekilde kabul edilmesi mümkündür. İşverenin ücretsiz izne çıkma talebini itiraz öne sürmeden yerine getiren işçi, buna onay vermiş sayılır. Yazara göre, 22. maddenin 2. fıkrasında yer alan "Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir." ibaresi göz önü-

leme uyarınca işverenin ücretsiz izne ilişkin teklifi işçiye yazılı bir şekilde bildirilmeli ve işçi tarafından 6 iş günü içerisinde yazılı olarak kabul edilmelidir. Aksi halde kanunda belirtilen şekle uyulmadan yapılan değişiklik önerileri işçi tarafından kabul edilmemiş sayılır ve uygulanamaz. İşçinin değişiklik önerisini 6 iş günlük süre içerisinde yazılı olarak kabul etmemesi durumunda, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak kaydıyla iş sözleşmesini feshedebilir (İş K. m. 22/1).

İşçinin onayı olmadan uygulanan ücretsiz izin, işçi açısından bağlayıcı olmayıp, işverenin işi bulde temerrüde (alacaklının temerrüdüne) düşmesi sonucuna yol açar¹³. Zira iş sözleşmesinin tek taraflı olarak işverence askıya alınması ile işçinin iş görme edimini ifa etmek istemesine karşılık, bu edimin meşru bir gerekçesi bulunmaksızın işverence kabul edilmemesi söz konusu olur. Kabul temerrüdünün sonucu olarak, iş ilişkisi devam etmekle birlikte işçi iş görme edimini yerine getirememesine karşılık işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam eder. İşçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme ya da fesih yetkisini kullanmayarak Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) işverenin alacaklının temerrüdü hükümleri çerçevesinde (m. 408) ücretini ve diğer haklarını talep etme olanağı doğar. Bununla birlikte özellikle sadece işçinin haklı nedenle fesih yetkisini kabul etmek işçinin sözleşmeyi feshetmesi halinde ihbar tazminatını talep edememesi sonucuna yol açtığından, kimi durumda işçi lehine sonuç doğurmayabilmektedir. Bu nedenle Yargıtay kararlarında, işçi tarafından yazılı olarak kabul edilmeyen veya doğrudan işverence tek taraflı olarak uygulanan ücretsiz izin uygulamalarına, işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir neden de bulunmamakta ise, haksız veya geçersiz fesih yaptırımı bağlanmaktadır¹⁴. Benzer bir sonuca Yüksek Mahkeme ücretsiz iznin sona ermesine ya da çok uzun süre devam etmesine karşılık işçinin işverence işe başlatılmaması halinde de varmaktadır. Çalışma konumuz çerçevesinde bu husus daha sonra incelenecek olup, işverenin işçinin edimini kabul etmemesinin sonuçları ile hukuki niteliği tartışılacaktır.

ne alındığında, kanunda öngörülen ve daha basit olan yol, tarafların söz konusu madde 22/1'de ifade edilen prosedüre uymaya gerek olmaksızın ücretsiz izin için aralarında anlaşmalarınıdır. Böylece tarafların anlaşması ücretsiz iznin uygulanması için yeterli olup, anlaşmanın açık veya örtülü yapılmasının mümkündür. TAŞKENT, s. 22. Ayrıca bu yönde bkz. EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 177; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 774; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2021, s. 229; SENYEN-KAPLAN, s. 256; YAMAKOĞLU / KARAÇÖP, s. 492. Yargıtay, 9. HD, T. 10.10.2006, E. 2006/24775, K. 2006/26831 (Kazancı). *Başterzi*'ye göre ise, söz konusu görüşün kabulü çalışma koşullarında esaslı değişikliğin belirli bir şekle bağlanması amacı ile uyum göstermez ve maddenin ilk fıkrasını anlamsız hale getirir. BAŞTERZİ, *Çalışmanın Kesintiye Uğraması*, s. 169-170.

¹³ EKONOMİ, s. 437; ÇELİK, s. 434; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 774; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2021, s. 229; ENGİN, Murat: "İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2004, Cilt 1, Sayı 2 (Ücretsiz İzin), s. 540; ALP, s. 229.

¹⁴ Bu yönde bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 09.05.2006, E. 2005/34222, K. 2006/13100 (Çalışma ve Toplum, 2007, Sayı 12); Yargıtay, 9. HD, T. 01.03.2010, E. 2008/17246, K. 2010/5405 (Kazancı); Yargıtay, 9. HD, T. 19.09.2011, E. 2009/47956, K. 2011/32223; Yargıtay, 9. HD, T. 16.01.2012, E. 2011/7715, K. 2012/62 (Legalbank); Yargıtay, 9. HD, T. 17.06.2014, E. 2012/16863, K. 2014/19732; Yargıtay, 9. HD, T. 22.11.2018, E. 2015/24630, K. 2018/21206; Yargıtay, 9. HD, T. 30.09.2019, E. 2019/6560, K. 2019/16990 (Kazancı); Yargıtay, 9. HD, T. 08.07.2019, E. 2016/5790, K. 2019/15102; Yargıtay, 9. HD, T. 26.01.2021, E. 2019/1981, K. 2021/2355; Yargıtay, 9. HD, T. 09.03.2020, E. 2016/14905, K. 2020/3886; Yargıtay, 9. HD, T. 22.06.2020, E. 2016/17914, K. 2020/6119 (Legalbank); Yargıtay, 9. HD, T. 17.02.2020, E. 2017/15110, K. 2020/2319; Yargıtay, 9. HD, T. 17.05.2023, E. 2023/3305, K. 2023/7228 (Kazancı); Yargıtay, HGK, T. 31.01.2024, 2023/9-1042, K. 2024/44 (Kazancı). Yüksek Mahkeme bir kararında, işverence tek taraflı olarak uygulanan ücretsiz izinde, ücretsiz izin belgesinin işçiye imzalanmasının da kabul değil, ancak tebliğ hükmünde olduğuna karar vermiş, ayrıca işverenin tek taraflı ücretsiz izin uygulaması sonrasında işçinin başka bir işte çalışmaya başlamasının da söz konusu uygulamanın işveren feshi olarak değerlendirilmesine bir engel oluşturmadığı ifade edilmiştir. Yargıtay, 9. HD, T. 04.12.2008, E. 2007/31333, K. 2008/33412 (Legalbank). Buna karşılık Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2024 yılında vermiş olduğu kararında, işçinin işverence ücretsiz izinde gösterilmesi sonucunda işverenin Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi çerçevesinde alacaklı temerrüdüne düştüğüne hükmetmiştir. Yargıtay, 9. HD, T. 12.02.2024, E. 2023/19816, K. 2024/1977 (Kazancı). Bununla birlikte işletme gereklerinden kaynaklanan, işveren açısından geçerli bir nedenin bulunduğu hallerde, işverence tek taraflı uygulanan ücretsiz izinlerin geçerli kabul edildiği eski kararlara rastlanmaktadır. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında mevsimlik olarak inşaat işinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin hava muhalefeti sebebi ile inşaat işinin yürütülmesinin güçlüğü gerekçesiyle askıya alındığı olayda, makul bir sebep bulunduğundan ücretsiz izne çıkarma işlemini geçerli kabul etmiş, söz konusu işlemin fesih niteliği taşımadığına karar vermiştir. Yargıtay, 9. HD, T. 24.10.2000, E. 2000/9562, K. 2000/14717 (Kazancı). Yine 9. Hukuk Dairesi bir kararında ise, işverence ekonomik sıkıntı ve personel giderlerinin bütçenin %30'unu aşma nedenlerine dayanarak işçileri ücretsiz izne çıkardığı olayda, söz konusu ekonomik sebepleri geçerli kabul etmiştir. Yargıtay, 9. HD, T. 29.12.2003, E. 2003/22915, K. 2003/22947 (Kazancı). Kararı inceleyen *Engin*'in de belirttiği üzere, işletme gerekleri ile geçerli neden kabul edilebilmesi için salt ekonomik sıkıntı yeterli olmayıp, işverenin bu yönde aldığı tedbirler ile işçilerin çalışma olanağının gerçekten kaybolduğunun araştırılması gereklidir. Kararın incelenmesi ve eleştirisi için bkz. ENGİN, *Ücretsiz İzin*, s. 537-544. Aynı görüşte bkz. TAŞKENT, s. 23. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi karşısında, işletme gerekleri ile olsa dahi, kanunda bu hususta bir istisnai düzenleme bulunmadıkça ücretsiz izin uygulanmasının geçerli görülemeyeceği kabul edilmelidir.

İş sözleşmesinin askıya alınması işçi aleyhine sonuç doğurmamakta ise, işçi aleyhine çalışma koşullarında esaslı bir değişiklikten söz edilemeyeceğinden, İş Kanunu'nun 22. maddesinde ifade edilen prosedüre uyulmasının gerekli olmadığı söylenebilir. Örneğin işçinin muvazzaf askerlik görevine gitmesi halinde bireysel ya da toplu iş sözleşmesiyle askerlik süresi boyunca iş sözleşmesinin askıda kalacağına kararlaştırılması işçi lehine ücretsiz izin uygulamasının bir örneğidir¹⁵. Ancak her durumda taraflarca askıya alma konusunda anlaşılması gereklidir.

B. Ücretsiz İzin Uygulamasının Hukuki Sonuçları

1. Tarafların Hak ve Borçlarına Etkisi

İş sözleşmesinin askıya alınmasının temel sonucu, sözleşme devam etmesine karşılık askı süresi boyunca sözleşmeden doğan temel edim yükümlülükleri olan, işçinin iş görme işverenin ise ücret ödeme borçlarının askıda kalmasıdır. Zira söz konusu edimler birbirinin karşılığını oluşturduğundan, iş görme ediminin askıda kaldığı dönem bakımından kural olarak işverenin ücret ödeme yükümlülüğünden de söz edilemez. Ancak anlaşma ile sözleşme askıya alınırken, tarafların işçiye belirli bir miktarda ücret ödeneceğini kararlaştırmalarına bir engel bulunmamaktadır¹⁶.

İş sözleşmesinden doğan işverenin işçiye iş görme edimini yerine getirirken talimat verme yetkisi ile işçinin işverenin emir ve talimatlarına uyma borcu da yine ücretsiz izin süresince askıda kalır. Zira bu yükümlülükler işçinin iş görme edimine doğrudan bağlı olup, işçi askı süresince iş görmekle yükümlü olmayacağından, işin yürütülmesine ilişkin olarak kendisine talimat verilmesi ve işçinin de bunlara itaat yükümlülüğünden söz edilemez. Buna karşılık işverenin yönetim hakkı yalnızca iş görme ediminin ifasına yönelik olarak ortaya çıkmaz. İşyeri düzenine ve işçinin davranışlarına ilişkin olarak işverenin talimat verme yetkisi ve işçinin de bu talimatlara uyma yükümlülüğü askı halinde de devam eder¹⁷.

Askı halinde sözleşme esasen varlığını koruduğundan, tarafların bazı borçları devam eder. Bunların en önemlilerinden biri işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcudur. İşveren, iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda dahi işçiyi korumak ve gözetmekle, bu kapsamda işçinin kişilik haklarını ihlal edecek davranışlarda bulunmamakla yükümlü olur¹⁸. Aynı şekilde askı hali işçinin sadakat yükümlülüğünün devamına da etkide bulunmaz. İşçi ücretsiz izin uygulaması esnasında da iş sözleşmesinin devamında olduğu gibi, işverene zarar verecek söz ya da davranışlarda bulunmamak veya işverenin sınırlarını açıklamamakla yükümlü olur¹⁹.

2. Tarafların İş Sözleşmesini Fesih Hakkına Etkisi

İş sözleşmesinin askıya alınması, tarafların temel edim yükümlülüklerini ifa etmemesini meşru hale getirdiğinden, sözleşmenin her iki tarafının da anlaşma ile kararlaştırılan askı halini ortaya çıkaran sebeplere ya da askı süresince iş görme ve ücret edimlerinin yerine getirilmemesine dayanarak iş sözleşmesini haklı veya geçerli nedenle feshetmelerine imkân vermez. Buna karşılık farklı sebeplerin ortaya çıkması, askı süresince taraflar arasında mevcudiyetini koruyan yan borçlara aykırı davranılması durumunda, tarafların sözleşmeyi haklı nedenle fesih yetkisinden söz edilebilir²⁰.

¹⁵ SÜZEK, *Ücretsiz İzin*, s. 127. Toplu iş sözleşmelerinde işçinin belirli koşulların ve olayların gerçekleşmesi halinde ücretsiz izin talebinde bulunabileceği durumlara yer verilebilmektedir. Kısa süreli ücretsiz izinler ya da yabancı dil eğitimi için yurtdışına gitmek gibi hallerde işçinin talebi ve işverenin onayı ile ücretsiz izin anlaşmalarının yapılabileceği düzenlenmektedir. Bu tür hükümler de yine tarafların anlaşması esas olduğundan, geçerlik tanınması gerekir. EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 591.

¹⁶ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 528; SÜZEK, *Ücretsiz İzin*, s. 128; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 176. Mevzuattan kaynaklanan birtakim askı halleri bakımından da ücretin sosyal niteliği ve iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle, İş Kanunu'nda işverence belirli süreler için işçiye ücret ödeneceği kabul edilmiştir (örneğin İş K. m. 40, m. 49).

¹⁷ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 536; OĞUZ, s. 47.

¹⁸ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 536; TAŞKENT, s. 20; SENYEN-KAPLAN, s. 256; OĞUZ, s. 48.

¹⁹ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 536; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 176; TAŞKENT, s. 20; SENYEN-KAPLAN, s. 256; OĞUZ, s. 48.

²⁰ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 537; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 176; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 779; SENYEN-KAPLAN, s. 256.

Temel kural askı halini ortaya çıkaran sebeplerin feshe gerekçe oluşturmayacağı ise de iş görememe durumunun uzun sürmesi halinde taraflara askı süresinin sona ermesini bekleme yükümlülüğünü yüklemek de her durumda hakkaniyete uygun düşmeyebilir. İşçinin iş görme edimini yerine getirememesi ve buna bağlı olarak ortaya çıkan askı halinin dürüstlük kuralı uyarınca kabul edilemeyecek kadar uzun sürmesi, yani iş sözleşmesinin devam etmesi çekilmez hale gelmesi halinde, işverenin fesih hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu halde işverenin haklı nedenle fesih hakkının, işveren tarafından objektif iyiniyet ve dürüstlük kuralı uyarınca beklenilmesi gereken sürenin sonunda doğacağı kabul edilmektedir²¹. Aynı sonuca taraflarca anlaşarak iş sözleşmesinin askıya alınması halinde, herhangi bir askı süresinin kararlaştırılmamış olduğu durumlarda da varılmalı ve tarafların makul süreyi aşan ücretsiz izin hallerinde feshe başvurabileceği kabul edilmelidir.

Askı süresince süreli feshe başvurmaya ise bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu halde bildirim süreleri ancak askı durumunun ortadan kalkmasından sonra işlemeye başlar ya da askı halinden önce işlemeye başlamışsa, askı halinin sona ermesiyle birlikte işlemeye devam eder (TBK m. 432/son)²². Benzer şekilde iş sözleşmesinin işverence bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi suretiyle sona erdirilmesi durumunda da fesih beyanı ancak askı dönemi sona erdikten sonra geçerli olur²³.

3. İşçinin Kıdeme Bağlı Haklarına Etkisi

İş sözleşmesinin anlaşma ile askıya alınması halinde, ortaya çıkan önemli sorunlardan biri askı halinin işçinin kıdemine etkisidir. Zira iş hukukunda kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin hesaplanmasında işçinin işyerindeki kıdemi esas alınır. Bu açıdan ücretsiz izin işçinin kıdemine etkisi, yani işçinin kıdemine dahil edilip edilmeyeceği sorunu önem kazanmaktadır.

Kıdem tazminatına hak kazanmanın temel koşulları, iş ilişkisinin kıdem tazminatına hak kazandıracak, kanunda sayılan sebeplerden biri ile sona ermesi ve Kanunda öngörülen asgari 1 yıllık bekleme süresinin dolmasıdır (1475 sayılı İş Kanunu m. 14). Kıdem tazminatı bu koşulların varlığı ile iş sözleşmesi sona eren işçiye veya mirasçılara işçinin kıdemi ve ücreti dikkate alınarak işveren tarafından ödenmesi gereken bir tazminattır²⁴. İş ilişkisinin iş görme ediminin yerine getirilmediği, ücretsiz izinde geçen sürelerin asgari 1 yıllık süre ile işçinin toplam kıdemine ilişkin sürenin hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı tartışma konusu olmuştur. Kıdem tazminatının hesaplanmasında esas alınacak kıdem süresinin başlangıcı işçinin işe başladığı tarihtir. İşveren tarafından işçiye iş sözleşmesinin devamı süresince her geçen tam yıl için 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir (m. 14/I). İlgili düzenlemede işçinin fiilen çalıştığı toplam süre değil, iş sözleşmesinin devam süresi esas alınmıştır. Bu nedenle öğretide kural olarak ücretsiz izinde geçen sürenin işçinin kıdeminden sayılması gerektiği görüşü ifade edilmektedir²⁵.

Benzer sonuca işçinin yıllık izin sürelerinin hesaplanması bakımından da varılabilir. İş Kanunu'nun 53. maddesinde, işçinin işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olması koşuluyla yıllık ücretli izne hak kazanacağı düzenlenmiş ve işçinin

²¹ SÜZEK, *Askı*, s. 36-37, 40; SÜZEK, *Ücretsiz İzin*, s. 120. İşveren açısından bekleme süresi bazı hallerde İş Kanunu'nda açıkça belirlenmiştir. Örneğin, hastalık ve kaza gibi hallerde bildirim sürelerine altı hafta eklenmesiyle oluşan süre kadar beklenmesi gerektiği düzenlenmiştir (İş K. m. 25/I). Yine doğum ve gebelik hallerinde de bekleme süresinin İş Kanunu'nun 74. maddesinde öngörülen doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık sürenin bitiminden itibaren altı hafta olduğu kabul edilmiştir (İş K. m. 25/I). Benzer şekilde işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde de iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebilmesi için, İş Kanunu'nun 17. maddesinde sayılan bildirim sürelerini aşmasının beklenmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir (İş K. m. 25/IV).

²² SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 537; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 176.

²³ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 537.

²⁴ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 782.

²⁵ SÜZEK, *Askı*, s. 110; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 802; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 272; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 229; OĞUZ, s. 52, 54; ÖZKARACA, *Ercüment / ÜNAL ADINIR, Canan: "Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgını Kapsamında Kısa Çalışma, Ücretsiz İzin ve Fesih Yasağının İşçinin Hizmet Süresine Etkisi"*, *Çimento İşveren Dergisi*, 2020, Cilt 34, Sayı 4, s. 24; OĞUZ, *Özgür / ÇÖLDEMLİ, Ali: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması Çerçevesinde Covid-19'un İşçinin Hizmet Süresine Etkisi"*, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 69, s. 81.

kıdemine göre yıllık izin sürelerine yer verilmiştir. Kanun'un 54. maddesinde, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağı ifade edilmiş, 55. maddesinde ise, yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılacak süreler yer verilmiştir²⁶. İlgili düzenlemede sayılan süreler sınırlı olarak sayılmıştır. Bu açıdan öğretide "işveren tarafından verilen diğer izinler" in kapsamına hem ücretli hem de ücretsiz izinlerin gireceği, bu nedenle ücretsiz izinde geçen sürelerin de işçinin yıllık izninin hesaplanması bakımından kıdemine dahil sayılması gerektiği ifade edilmektedir²⁷. Buna karşılık Yargıtay'ın yerleşik içtihadı ücretsiz izinde geçen askı sürelerinin işçinin kıdemine esas alınmayacağı, hem kıdem tazminatının hem de işçinin yıllık izninin hesaplanmasında kıdem süresine dâhil edilemeyeceği yönündedir²⁸.

II. ÜCRETSİZ İZİN UYGULAMASININ SONA ERMESİ

A. Ücretsiz İzin Uygulamasında Süre ve Sürenin Anlaşma ile Belirlenmemesi Sorunu

Ücretsiz izin, iş sözleşmesinin değişen koşullara uyarlanarak devamını sağlamaya yönelik bir uygulamadır. Ancak ücretsiz izne çok uzun ve belirsiz süreler için başvurulması, işverenlerce sözleşmenin sona erdirilmesi yerine tercih edilen ve sözleşmenin işçi tarafından sona erdirilmesine yönelik zorlanması amacıyla taşıyan bir uygulama haline dönüşmesine yol açmaktadır²⁹. Bu açıdan ücretsiz iznin sınırlı süreyle uygulanması gerekir. Askıya almanın geçici olma niteliği de bunu gerektirir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında isabetle belirttiği gibi, belirsiz veya çok uzun süreli ücretsiz izin uygulamasının ücretsiz iznin amacı ile bağdaştırılması mümkün olmayıp, aksinin kabulü kamu düzeni ile bağdaşmamaktadır³⁰.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadında ve özellikle eski tarihli kararlarında işverence tek taraflı olarak ve uzun süreli uygulanan ücretsiz izin uygulamalarının işveren feshi olarak değerlendirildiği görülür³¹. Zira işverence temelde yer alan bir fesih saikinin uzun süreli ücretsiz izin uygulaması altına saklandığı durumlarda bu kabul isabetlidir. Bununla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri karşısında, daha önce de ifade edildiği üzere, işçinin 22. madde uyarınca yazılı onayı alınmaksızın tek taraflı ücretsiz izin uygulanması, kısa süreli dahi olsa mümkün olmayacaktır. Bu açıdan işçinin onayı alınmayan ücretsiz izin uygulamasının hukuka uygun kabul edilmesi hiçbir durumda söz konusu olamaz.

²⁶ İş Kanunu m. 55: "Aşağıdaki süreler yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır: a) İşçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (Ancak, 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlası sayılmaz.). b) Kadın işçilerin 74 üncü madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler. c) İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz.). d) Çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın onbeş günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla). e) 66 ncı maddede sözü geçen zamanlar. f) Hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil günleri. g) 3153 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliğe göre röntgen muayenehanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler. h) İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler. ı) Ek 2 nci maddede sayılan izin süreleri, j) İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65 inci maddedeki kısa çalışma süreleri. k) Bu Kanunun uygulanması sonucu olarak işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresi."

²⁷ SÜZEK, s. 913; OĞUZ, s. 73; ÖZKARACA / ÜNAL ADINIR, s. 28; OĞUZ / ÇÖLDEMLİ, s. 83. Buna karşılık öğretide *Ekmekçi/Yiğit*'e göre ise, İş Kanunu'nun 74. maddesinde öngörülen doğum sonrası ücretsiz iznin de yıllık izne ilişkin kıdem hesabında dikkate alınmadığı bir yasal sistem içerisinde, anlaşmaya dayalı ücretsiz izin süresinin de evleviyetle hesaba katılmaması gerekir. Yazarlara göre bu yöndeki Yargıtay içtihadı isabetlidir. EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 569.

²⁸ Bu yönde kararlar için bkz. Yargıtay, 22. HD, T. 11.04.2016, E. 2015/5275, K. 2016/10340 (Legalbank); Yargıtay, 9. HD, T. 21.11.2023, E. 2023/16309, K. 2023/17511; Yargıtay, 9. HD, T. 13.05.2024, E. 2024/4467, K. 2024/8249; Yargıtay, 9. HD, T. 12.06.2024, E. 2024/5812, K. 2024/9746; Yargıtay, 9. HD, T. 05.04.2024, E. 2024/5138, K. 2024/6724; Yargıtay, 9. HD, T. 13.03.2024, E. 2024/2519, K. 2024/4740 (Kazancı). Yargıtay'ın bu yönde yerleşmiş içtihadı öğretide eleştirilmektedir. Bu yönde bkz. SÜZEK, s. 803, 913; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 272; ÖZKARACA / ÜNAL ADINIR, s. 24.

²⁹ ENGİN, *İşletme Gereklere*, s. 107.

³⁰ Yargıtay, 9. HD, T. 05.04.2007, E. 2007/1324, K. 2007/9484 (Kazancı).

³¹ Bu yönde bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 27.04.1998, E. 1998/5112, K. 1998/7788; Yargıtay, 9. HD, T. 26.10.2000, E. 2000/10391, K. 2000/14924; Yargıtay, 9. HD, T. 06.11.2000, E. 2000/10727, K. 2000/15414; Yargıtay, 9. HD, T. 11.03.2014, E. 2012/1835, K. 2014/7866 (Kazancı).

Ücretsiz izin önerisinin işçiden geldiği ya da işverence 22. madde hükümlerine uygun şekilde teklif edilerek işçinin yazılı olarak kabul ettiği durumlarda ise, ücretsiz iznin ne kadar süreyle devam edeceğinin belirlenmemesi uygulamada bazı sorunları beraberinde getirmektedir. İş sözleşmesinin askıya alınmasına ilişkin yapılan anlaşmada taraflarca bir süre belirlenmiş olması halinde, ücretsiz izin uygulamasının sona erdiği tarihin, işçinin işe başlama ve işverenin de işe başlatma yükümlülüklerinin ne zaman söz konusu olacağına belirlenmesinde güçlük yoktur. Ancak süre açıkça belirlenmemişse, ücretsiz izin uygulamasının ne kadar süreceği ve ne zaman sona ereceği hususu belirsiz kalmaktadır. Bu belirsizlik işçinin iş görme edimini ifa yükümlülüğünün başlangıcının belirlenmesi ile işçinin işe başlama, işverenin de işçiyi işe başlatma konusundaki yükümlülüklerine uyulup uyulmadığının tespiti zorlaştırmaktadır.

Öğretide işveren tarafından yapılan ücretsiz izin teklifinde işverenin ücretsiz iznin süresini açıkça belirtmekle yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, geçerli bir değişiklik anlaşmasından söz edilebilmesi için sözleşmenin ana unsuru olan ücretsiz iznin süresinin ya da kesin olarak belirlenmiyorsa muhtemel sürenin açıkça belirtilmiş olması gerekir³². Ücretsiz izin çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik teşkil ettiğinden, ancak değişiklik teklifinde askı süresinin belirtilmesi halinde işçi işverenin teklifini doğru şekilde değerlendirme imkânına sahip olabilir³³. Sürenin işverenin takdirine bırakılması ya da belirsiz ifadelerle belirlenmesi durumunda, değişikliğin geçerli olmadığı ve iş sözleşmesinin askıya alınmadığı kabul edilmelidir. Zira belirsiz süreli bir ücretsiz izin uygulaması ekonomik riskin aşırı şekilde işçiye yüklenmesi anlamına gelir³⁴. Yargıtay da yakın tarihli kararlarında benzer görüşü kabul etmekte, ücretsiz iznin uygulanabilmesi için tarafların anlaşması gerekliliğini vurgulamakta ve ücretsiz izin talebinin işçinin kabulüyle sonuç doğurduğundan söz edebilmek için talepte izin süresinin somut olarak belirtilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁵.

Diğer görüşe göre ise, işveren tarafından yapılan ücretsiz izin teklifinde iznin süresinin belirtilmesi zorunlu olmayıp, ücretsiz izne neden olan olayın niteliğinden bu sürenin geçici olduğu sonucunun çıkarılabilmesi yeterlidir³⁶. İş Kanunu'nun çalışma koşullarında esaslı değişikliğe ilişkin 22. maddesinde sürenin değişiklik teklifinde yer almasına ilişkin bir zorunluluğa yer verilmemektedir. Ancak bu görüşe göre, askıya alma hususunda anlaşma yapıldığı anda ücretsiz iznin geçici sayılamayacak derecede uzun bir süre devam edeceği belirlenebiliyorsa, iş sözleşmesi askıya alınmış olmaz³⁷.

Görüldüğü üzere, her iki görüş çerçevesinde önemli olan husus, iş sözleşmesinin ücretsiz izin uygulaması ile askıya alınmasının geçici nitelikte olması ve dürüstlük kuralına uygun, makul bir süre devam etmesidir³⁸. Zira taraflarca süre belirlenmemiş olsa da ücretsiz iznin süresiz olarak devam edeceği düşünülemez. Ücretsiz izin uygulamasının askıya alınmasının geçici olması koşulunu bertaraf edecek kadar uzun süreli olmaması gerekir³⁹. Burada makul sürenin ne kadar olacağına tespiti önem taşır. Öğretide bir görüşe göre, kısa çalışmayı düzenleyen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 2.

³² EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 179; ALP, s. 229-230; ENGİN, *İşletme Gereklileri*, s. 109; SENYEN-KAPLAN, s. 256. Bu yönde *Ekmekçi/Yiğit*'e göre, ücretsiz izin talebinin işçinin kabulüyle sonuç doğurduğundan söz edilebilmesi için, izin süresinin somut olarak belirtilmesi gerekir. İşçinin belirsiz bir süre için izne çıkarılacağı veya izin süresinin işverence belirleneceği yönünde hükümler, işçi tarafından kabul edilse dahi geçerlilik tanınmamalıdır. EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 591-592.

³³ *Taşkent*'e göre, işçinin işveren tarafından yapılan ücretsiz izin teklifini doğru bir şekilde değerlendirerek bir karara varabilmesi için, teklif yapılırken bu iznin ne kadar süreyle devam edeceğinin belirtilmesi önem taşımaktadır. Bununla birlikte bazı durumlarda işverenin işe ara vermenin ne kadar süreyle devam edeceğini baştan belirlemesi mümkün olmayabilir. Bu bakımdan yazara göre, ücretsiz iznin başlangıcında bunun ne kadar süreceğinin tam olarak bildirilmesi şart değildir, ancak ücretsiz izin uygulamasının geçici olduğu konusunda bir izlenim yaratılmalıdır. TAŞKENT, s. 23. Benzer yönde bkz. YAMAĞOĞLU / KARAÇÖP, s. 496.

³⁴ Bu halde ücretsiz iznin kesin veya yaklaşık süresi baştan belirlenmiyorsa, ücretsiz izne ilişkin anlaşmanın kısa süreli yapılması ve süre bitiminde ifa/ifayı kabul engeli devam etmekteyse yenilenmesi mümkündür. ALP, s. 230.

³⁵ Bu yönde bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 25.02.2021, E. 2021/449, K. 2021/5111; Yargıtay, 9. HD, T. 25.02.2021, E. 2021/463, K. 2021/5112; Yargıtay, 9. HD, T. 23.02.2022, E. 2022/1756, K. 2022/2268 (Kazancı).

³⁶ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 528.

³⁷ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 528; SÜZEK, *Ücretsiz İzin*, s. 128-129.

³⁸ EKONOMİ, s. 438; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 528; ALP, s. 230; ENGİN, *İşletme Gereklileri*, s. 109; SENYEN-KAPLAN, s. 256.

³⁹ EKONOMİ, s. 438; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 179.

maddesinde yer alan 3 aylık süre, makul sürenin belirlenmesinde esas alınabilir⁴⁰. Ancak somut olayın koşulları çerçevesinde 3 aylık bir ücretsiz izin de uzun süreli sayılabilir. Bu açıdan kesin bir ölçüt verilmesi kanaatimizce güçtür. Öğretide *Süzek*'e göre, burada makul askı süresi somut olayın koşullarına göre 3 aydan kısa süreli de olabileceğinden, bu hususta sabit bir ölçünün belirlenmesinden ziyade dürüstlük kuralının gerektirdiği makul geçici sürenin takdirinin, somut olayın koşullarına göre yargı organı tarafından belirlenmesi gerektiği kabul edilmelidir⁴¹. Yargıtay kararlarında da benzer şekilde kesin bir ölçüt verilmeyip, somut olayın özellikleri değerlendirilerek ücretsiz izin süresinin makul olup olmadığı ve işçinin fesih hakkının doğup doğmadığı hususları tartışılmaktadır⁴². Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Sürenin yanı sıra, öğretide işçinin işveren tarafından yapılan ücretsiz izin teklifini doğru bir şekilde değerlendirerek karar verebilmesi için, işverenin bu teklifini yaparken ücretsiz iznin nedenini de göstermesi gerektiği ifade edilmektedir⁴³. Bununla birlikte kanaatimizce nedenin belirtilmesinin ücretsiz iznin uygulanması açısından zorunlu bir unsur olduğunun ve salt bu sebeple ücretsiz izin anlaşmasının geçerliliğinin etkilendiğinin kabul edilmesi güçtür. Zira 22. maddenin ifadesinde de değişiklik teklifinin nedeninin belirtilmesine ilişkin bir zorunluluğa yer verilmemiştir. İşçi tarafından ücretsiz izin teklifi kabul edilmediği takdirde, işverenin değişikliğinin geçerli nedene dayandığını veya başka bir geçerli neden bulunduğunu yazılı olarak açıklamak kaydıyla iş sözleşmesini feshedebileceği ilgili düzenlemenin 1. fıkrasında ifade edilmiştir. Bu açıdan ücretsiz izin teklifinin nedeninin baştan belirtilmesinin zorunlu olmamakla birlikte, faydalı olacağı söylenebilir.

Öğretide tartışmalı bulunmakla beraber, kanaatimizce usulüne uygun şekilde kararlaştırılan ücretsiz izne nedeni ve süresi ne olursa olsun geçerlilik tanınmalıdır⁴⁴. Zira işçinin uzun süreli de olsa ücretsiz izne kanuna uygun şekilde verdiği onaya geçerlik tanınmaması, sözleşme özgürlüğü ilkesiyle ve İş Kanunu'nun tarafların anlaşmasıyla iş koşullarının değiştirilebileceğine ilişkin 22/2. maddesiyle bağdaşmaz. Ancak sözleşmenin geçerliğine dair irade sakatlığı ve gabine ilişkin kanuni düzenlemeler ile sözleşmenin geçersizliğine ilişkin hukuki yollara başvuru elbette mümkündür.

⁴⁰ ENGİN, *İşletme Gereklere*, s. 109; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 179. Aynı görüşte bkz. TAŞKENT, s. 26.

⁴¹ SÜZEK, *Ücretsiz İzin*, s. 132. Bu görüşte bkz. OĞUZ, s. 20.

⁴² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, bir vakıf üniversitesinde akademik personel tarafından teklif edilen ve üniversite tarafından kabul edilen ücretsiz izin uygulamasının 7 yıl boyunca devam etmesini uzun süre olarak kabul etmiştir. Kararda Yüksek Mahkeme üniversiteye araştırmaları hakkında bilgi vermeyen ve iş görme edimini yerine getirmeyecek şekilde uzun süreli askı süresi kullanan akademik personelin geçici bir ifa engeli içinde olduğunun düşünülmebileceği, iş görme edimini yerine getirmemede kusuru bulunduğu, bu nedenle iş sözleşmesinin askıya alınmadığının veya daha önce sona erdiğinin kabulü gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay, 9. HD, T. 03.11.2014, E. 2012/39535, K. 2014/32047 (Kazancı). Yargıtay'ın eski tarihli çeşitli kararlarında 6 ay, 8 ay ve 11 aylık ücretsiz izin sürelerini geçerli kabul ettiği görülmektedir. Bu hususta bilgi için bkz. EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 179; TAŞKENT, s. 24; ENGİN, *İşletme Gereklere*, s. 109. Buna karşılık 9. Hukuk Dairesi bir kararında ise baştan ücretsiz izne ilişkin sürenin belirlenmediği olayda, 3 aylık sürenin sonunda işçinin işe çağrılmamasını işveren feshi olarak değerlendirmiştir. Böylece somut olayda 3 ayın makul süreyi aşan bir ücretsiz izin süresi olarak kabul edildiği sonucuna varılmaktadır. Yargıtay, 9. HD, T. 20.12.2005, E. 2005/28701, K. 2005/40137 (Legalbank). Yine Yüksek Mahkeme başka bir kararında ise işçinin onayı ile askıya alınan iş sözleşmesinde askı süresinin uzaması nedeniyle, ücretsiz iznin başlangıcından itibaren 52 gün sonra iş sözleşmesini fesheden işçinin feshinin haklı nedenle olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay, 9. HD, T. 30.03.2006, E. 2005/28789, K. 2006/8012 (Çalışma ve Toplum, 2006, Sayı 10).

⁴³ EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 179; TAŞKENT, s. 23; OĞUZ, s. 21; YAMAKOĞLU / KARAÇÖP, s. 494. Nitekim Yargıtay da 2005 tarihli bir kararında aynı sonuca varmaktadır. Yüksek Mahkeme, işveren tarafından yapılan iş sözleşmesinin askıya alınması teklifinde neden gösterilmemesi gerekçesiyle, askıya alma işleminin sözleşmenin feshi anlamına geldiğini kabul etmiştir. Yargıtay, 9. HD, T. 19.09.2005, E. 2005/29066, K. 2005/30405 (Kazancı).

⁴⁴ Bu görüşte bkz. ÇELİK, s. 434. Yine *Alp*'e göre, işçinin İş Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde onay verdiği ücretsiz izne ilişkin değişiklik nedeni ve süresi ne olursa olsun işçi açısından bağlayıcı olacaktır. ALP, s. 230. Buna karşılık *Süzek*'e göre, işçi ile işveren arasında anlaşma ile ücretsiz iznin süresi açıkça belirlenmiş olsa dahi, bu sürenin geçici makul süreyi aşması halinde, makul sürenin sonunda işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı doğacaktır. SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 528. Bu görüşte bkz. EKONOMİ, s. 438; BAŞTERZİ, *Çalışmanın Kesintiye Uğraması*, s. 170. Yine *Taşkent* de, işçi uzun süreli askı haline onay vermiş olsa dahi, askı süresinin dürüstlük kuralı uyarınca makul bir süre için geçerli olabileceği, zira işçinin uzun süreli olarak ücretinden yoksun kalmaya gönüllü olarak rıza göstermiş olduğunun kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. TAŞKENT, s. 25. Benzer şekilde *Ekmekçi/Yiğit*'e göre de işverenden gelen ücretsiz izin talebinde iznin süresi somut olarak yazılsa dahi, işçinin haklarını alıp ayrılmak yerine uzun süre ücret almamayı tercih etmesi hayatın olağan akışına uygun olmayacağından, somut olayın özelliğine göre makul görülemeyecek süreler içeren taleplerde işçinin rızasının olmayacağı kabul etmek gerekir. EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 592.

B. Sona Erme Anının Tespiti

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde iş sözleşmesinin anlaşma ile askıya alınması halinde, bu askı halinin ne zaman sona ereceği veya sona ermiş sayılacağına tespiti çalışmamız bakımından önem taşımaktadır. Zira işçinin iş görme ediminin ne zaman başlayacağı ve iş görme edimini sunması halinde işverence işe başlatmama sonucunun ne zaman ortaya çıkacağı ancak ücretsiz iznin sona erme zamanının belirlenmesiyle tespit edilebilecek hususlardır.

Ücretsiz iznin ne kadar devam edeceği, taraflar arasında yapılan askıya almaya ilişkin anlaşmada açıkça belirlenmişse, belirlenen sürenin sonunda askı hali sona ereceğinden, tarafların iş görme ve ücret ödeme yükümlülükleri de doğacaktır. Buna karşılık anlaşma ile herhangi bir süre belirlenmemiş olması durumunda, işçinin iş görme ediminin ve işverenin de buna karşılık işi kabul yükümlülüğünün ne zaman doğacağı konusu belirsizdir. Yukarıda ifade edilen öğretici görüşleri ve yargı kararları da değerlendirildiğinde, anlaşma ile süresi belirlenmemiş olan askı halinin ne kadar süre devam edeceğine ilişkin baştan bir ölçüt verilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Kanun koyucu tarafından askı halinin azami süresine ilişkin bir düzenleme yapılmadıkça, somut olayın koşulları ile dürüstlük kuralı çerçevesinde, her bir olay özelinde belirlenmesi gerekir. Bu kapsamda ücretsiz iznin sebebi, bu sebebin devam edip etmediği, taraflarca muhtemel bir süre belirlenip belirlenmediği gibi hususların değerlendirilmesi ile işçinin ekonomik yaşamdan uzun süre uzak kalması sonucunu doğurmayacak, makul bir sürenin geçerli olarak kabul edilebileceği görüşündeyiz. Ancak elbette bu kabul ile dahi işçinin askı süresinin sona erdiği tespit ederek işe başlama talebinde bulunması her durumda kolay olmayacaktır.

Askı halinin öngörülenden uzun sürmesi ve somut olayın özelliklerine göre dürüstlük kuralının gerektirdiği makul süreyi aşması halinde, öğretilerde ve Yargıtay kararlarında işçinin ücretin ödenmemesi ve çalışma koşullarının uygulanmaması gerekçesiyle İş Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasının e ve f bentleri uyarınca, haklı nedenle iş sözleşmesini fesih yetkisinin doğduğu kabul edilmektedir⁴⁵. Ancak bu halde iş sözleşmesini işçi feshettiğinden, koşullarını taşıması halinde kıdem tazminatına hak kazanmasına karşılık, ihbar tazminatı talep edememektedir. Bu açıdan konu tartışmalı hale gelmektedir.

III. ÜCRETSİZ İZİN DÖNÜŞÜ İŞÇİNİN İŞE BAŞLATILMAMASI

A. İşverenin İş Kabulde Temerrüdü

1. İşin Teklif Edilmesi

İş sözleşmesinin askıya alınmasına yol açan ifa engelinin ortadan kalkması ya da ücretsiz izin uygulamasının sona ermesi durumunda, işçi işi ifa etmekle, işveren ise işçiye iş vermek ve sunulan iş görme edimini kabul etmekle yükümlü olur. Askı hali sona ermesine rağmen işe başlamayan işçi ya da işçiyi işe başlatmayan işveren iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş olur ve buna ilişkin hukuki sonuçlar doğar. Askı süresinin sona ermesi halinde, işçi tarafından sözleşmeye uygun olarak teklif edilen iş görme ediminin, işveren tarafından kabul edilmesi gerekir. Objektif olarak haklı bir sebep bulunmadıkça ifanın kabul edilmemesinin hukuki sonucu, işverenin işi kabulde temerrüde düşmesi ve işçi tarafından iş görme edimi yerine getirilmesine gerek olmaksızın ücret ödeme yükümlülüğünün devam etmesidir (TBK m. 408)⁴⁶.

İşverenin işi kabulde temerrüdü (alacaklı temerrüdü), işçi tarafından iş görme ediminin iş sözleşmesine uygun şekilde teklif edilmesine karşılık, bu edimin objektif olarak haklı bir neden bulunmaksızın

⁴⁵ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 528-529; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 179; TAŞKENT, s. 25; BAŞTERZİ, *Çalışmanın Kesintiye Uğraması*, s. 170. Bu yönde bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 30.03.2006, E. 2005/28789, K. 2006/8012 (Kazancı). Kararı eleştiren *Taşkent*'in görüşü için bkz. TAŞKENT, s. 24.

⁴⁶ EKONOMİ, s. 439; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2021, s. 229; ENGİN, *İşletme Gerekleri*, s. 109; ENGİN, *Ücretsiz İzin*, s. 540; ALP, s. 229; BAŞTERZİ, *Çalışmanın Kesintiye Uğraması*, s. 171.

zın işverence kabul edilmemesi ya da iş görme ediminin ifası için gerekli bulunan ve işverenin yerine getirmekle yükümlü bulunduğu hazırlık fiillerinin ifa edilmemesi olarak tanımlanır⁴⁷. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca, işveren iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellemesi ya da edimi kabulde temerrüde düşmesi halinde, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez⁴⁸. Böylece işçi iş görme edimini yerine getirmemesine karşılık, yasadan kaynaklanan sebeple ücretine hak kazanır.

İşverenin işi kabulde temerrüde düşmesinin temel koşullarından ilki, ifası mümkün bir iş sözleşmesi ile iş görme ediminin varlığı ve bu edimin işçi tarafından sözleşmeye uygun şekilde teklif edilmesidir. Ücretsiz iznin sona ermesi durumunda işçinin ifası mümkün bulunan iş görme edimini iş sözleşmesinde kararlaştırılan yer ve zamanda teklif etmesi gerekir. İş görme ediminin ifasının imkânsız olması ya da sözleşme ilişkisinin geçersiz olması durumunda, işverenin alacaklı temerrüdünden söz edilemez⁴⁹. Ücretsiz izin sonrası işin ifasında bir imkânsızlığın bulunması halinde, öğretilde bir ayırım yapılmaktadır. İşverenin imkânsızlıkta bir kusurunun bulunması halinde alacaklının temerrüdü hükümleri uyarınca işçinin ücretini ödemekle yükümlü olduğu, ancak imkânsızlığın işçinin kusurundan kaynaklanması veya işçinin şahsını ilgilendirmesi durumunda ücret ödeme borcunun doğmayacağı ifade edilmektedir⁵⁰.

İş kabulde temerrüt sonucunun doğması için, işçinin iş görme ediminin ifasını alacaklı konumunda bulunan işverene, borçlanılan edimin niteliğine uygun, tam ve doğru şekilde teklif etmesi gerekir⁵¹. Edimin sözleşmeye uygun ve tam olarak teklif edilmemesi halinde işverenin bu edimi kabul etmemesi temerrüt sonucunu doğurmaz.

Çalışma konumuz çerçevesinde ortaya çıkan temel sorun, ücretsiz izin dönüşü işçinin iş görme borcunu ne zaman teklif etmiş sayılacağıdır. Öğretilde alacaklının temerrüdü sonucunun doğması bakımından borçlunun edimin ifasını teklif etmiş sayılabilmesi için, ifaya hazır olduğunu alacaklıya bildirmesinin yeterli olmadığı, ifa teklifinin fiilen yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁵². Bunun için işçinin edimin ifasına hazır şekilde işyerinde bulunması gerekir⁵³.

İş Kanunu'nun "Çalışma süresinden sayılan haller" başlıklı 66. maddesi uyarınca, işçinin "işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler" çalışma süresinden sayılır. Anılan hüküm de göz önüne alındığında, işçinin

⁴⁷ EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1130; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 352; TUNÇOMAĞ, Kenan: "Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, 1968, s. 96; SOYER, M. Polat: *İşçinin İş Görme Borcu*, Doktora Tezi, Ege Üniversitesi İktisat Fakültesi Sosyal Politika ve Çalışma Yönetimi Bölümü, İzmir, 1979 (İş Görme Borcu), s. 162; SOYER, M. Polat: "İşletme Rizikosu Teorisi ve İş Hukuku", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1983, Cilt 2, Sayı 2, Prof. Dr. Muhittin Alam Armağanı Özel Sayısı, (İşletme Rizikosu), s. 103; HOFFMANN, Michael: "Annahmeverzug des Arbeitgebers", *DB*, 1953, Cilt 47, s. 994; STAHLHACKE, Eugen: "Aktuelle Probleme des Annahmeverzuges im Arbeitsverhältnis", 1992, *AuR*, Sayı 1, s. 8; TURAN, Gamze: "İşverenin Alacaklı Sıfatı İle Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları", *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 2008, Cilt 21, Sayı 5-6, s. 44.

⁴⁸ Nitekim 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde de aynı yönde hüküm yer almaktaydı. Alacaklının temerrüdüne ilişkin aynı yönde hükme Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 615. maddesinde de yer verilmiştir. İlgili düzenlemede işverenin işi kabulde temerrüde düşmesi durumunda borçlunun edimi daha sonra ifa etmekle yükümlü olmaksızın, ifa edilmeyen hizmetin karşılığı olarak kararlaştırılan ücretini talep edebileceği, ancak borçlunun edimin ifa edilmemesi sonucunda tasarruf ettiği ya da hizmeti başka bir şekilde kullanması dolayısıyla elde etmiş olduğu kazancın veya elde etmekten kasten kaçındığı değerlerin, ücretinden mahsup edileceği ifade edilmiştir. Alman hukukunda alacaklının temerrüdü, çalışma olmadan ücrete hak kazanılamayacağına ilişkin kabul edilen genel ilkenin ("Ohne Arbeit kein Lohn") de bir istisnasını oluşturmaktadır. SÖLLNER, Alfred: "Ohne Arbeit kein Lohn", *AcP*, 1967, Sayı 167, s. 132-147.

⁴⁹ TUNÇOMAĞ, s. 94; TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut: *İş Hukukunun Esasları*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 115; SOYER, *İş Görme Borcu*, s. 167; SOYER, *İşletme Rizikosu*, s. 103; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 671.

⁵⁰ TUNÇOMAĞ, s. 94-95, 106.

⁵¹ EREN, s. 1133; OĞUZMAN / ÖZ, s. 355; TUNÇOMAĞ, s. 94; SOYER, *İş Görme Borcu*, s. 163.

⁵² EREN, s. 1133; OĞUZMAN / ÖZ, s. 355.

⁵³ TUNÇOMAĞ, s. 94, 105; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 115; SOYER, *İş Görme Borcu*, s. 164; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 671; HOFFMANN, s. 994; STAHLHACKE, s. 8.

işyerinde ya da işin ifa edileceği yerde hazır bulunmasının yeterli olduğu sonucuna varılır. Bununla birlikte işverenin işi ifasının kabul edilmeyeceğini işçiye açıkça söylediği haller, ya da işin ifası için işverenin alet ve malzeme temin etmek, ifa için gerekli talimatları vermek gibi bazı hazırlık fiillerini yapmasının gerekli olduğu durumlarda, ifaya hazır olduğuna ilişkin sözlü teklifin de yeterli olacağı ifade edilmektedir⁵⁴. Ancak bu halde alacaklı temerrüdü sonucunun doğması için işçinin işverenden işin ifası bakımından gereken hazırlık fiillerini yerine getirmesini talep etmesi gerekir⁵⁵.

Taraflarca ücretsiz iznin süresine dair bir anlaşma sağlanmışsa, işçinin kararlaştırılan sürenin sonunda iş görme edimini ifayla yükümlü olduğu yerde iş görmeye hazır bulunması ifayı teklif etmiş sayılması için yeterlidir. İşçinin askı süresi sona ermesine rağmen işe başlamaması, iş görme edimini yerine getirmemesi sebebiyle sorumluluğunun doğmasına ve işveren açısından da haklı nedenle fesih hakkının ortaya çıkmasına yol açar⁵⁶. Ücretsiz iznin süresi askıya ilişkin anlaşmada belirlenmemişse, dürüstlük kuralı uyarınca makul kabul edilebilecek uzunlukta bir sürenin sonunda, işçinin işverene işin ifasını teklif etmesi mümkündür. Ancak makul süre konusunda kesin bir ölçüt verilememesi nedeniyle, makul sürenin aşıldığını ve iş görme edimini teklif etme zamanını tespitini işçiye ait olması çözüme kavuşturulması gereken bir sorundur.

2. Haklı Sebep Bulunmaksızın İfanın Kabul Edilmemesi

İşi kabulde temerrütten söz edilebilmesi için, işin işverence objektif olarak haklı bir neden bulunmaksızın kabul edilmemesi gerekir. Ücretsiz izin dönüşü işçinin işyerine gelmesi ve işin ifasına hazır olmasına karşılık işverenin işin ifasını kabul etmeyeceğini açıkça bildirmesi, işyerini tatil ederek işçileri işe almaması, makineleri kapatması, işe girişe engel olması gibi haller işi kabulden kaçınmaya örnek oluşturabilir⁵⁷. Bu açıdan işi kabul etmeme açık olabileceği gibi örtülü bir davranışla da ortaya çıkabilir.

İşveren tarafından öncelikle yerine getirilmesi gereken ve yerine getirilmemesi halinde işin ifasını engelleyen hazırlık fiillerinin ifa edilmemesi de işi kabulden kaçınma olarak nitelendirilir. İşyerinde sağlıklı ve dürüstlük kuralına uygun bir çalışma ortamı kurulmaması (TBK m. 417), işçiye alet ve malzemelerin teslim edilmemesi, iş verilmemesi gibi haller hazırlık fiillerine örnek olarak verilebilir⁵⁸. İşverenin işi kabul etmemede kusurunun bulunmaması ise, önem taşımaz, ifanın gerçekleşmesini önleyen davranışın işverenin etki alanında gerçekleşmesi yeterlidir⁵⁹.

İşçi tarafından sözleşmeye uygun olarak sunulan ifa teklifinin işverence kabul edilmemesi halinde, ret sebebinin objektif açıdan haklı bir neden olup olmadığı önemli bir tartışma konusudur. İşverenin hastalığı ya da makinelerin arızalanması gibi sebepler öğretide objektif açıdan haklı neden olarak kabul edilmemektedir⁶⁰. Haklı sebeplere örnek olarak resmi bir makamca getirilen yasaklar, doğal afetler, yabancıların çalışmasına ilişkin getirilen yasaklar verilebilir⁶¹.

Uygulamada sıklıkla ücretsiz izin uygulamalarına işveren açısından ekonomik sebeplerle başvurulduğu görülür. Bu açıdan özellikle ücretsiz izin süresinin ya da makul bir bekleme süresinin geçme-

⁵⁴ TUNÇOMAĞ, s. 94; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 115; SOYER, *İş Görme Borcu*, s. 164; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 671; TURAN, s. 45; HOFFMANN, s. 995; STAHLHACKE, s. 9.

⁵⁵ TUNÇOMAĞ, s. 94; SOYER, *İş Görme Borcu*, s. 165.

⁵⁶ EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 176.

⁵⁷ TUNÇOMAĞ, s. 96; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 115.

⁵⁸ TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 115; SOYER, *İşletme Rizikosu*, s. 104.

⁵⁹ EREN, s. 1135; TUNÇOMAĞ, s. 96; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 116; SOYER, *İşletme Rizikosu*, s. 103; SOYER, *İş Görme Borcu*, s. 166; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 672.

⁶⁰ TUNÇOMAĞ, s. 96; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 116; SOYER, *İş Görme Borcu*, s. 166; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 672; TURAN, s. 46.

⁶¹ TUNÇOMAĞ, s. 96, 106; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 116; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, 2014, s. 672; TURAN, s. 46.

sine karşılık işverenin ekonomik sebeplerle işi kabul etmemesinin haklı sebep oluşturup oluşturmadığı tartışılmalıdır. Öğretide iş ilişkisinde ortaya çıkan ifa imkânsızlığı ile işverenin işi kabulde temerrüdüne ilişkin ayırım “işletme rizikosu” kavramıyla açıklanmaktadır. Genel olarak bu teori çerçevesinde işçinin iş görme edimini ifasını engelleyen olayın kaynağı hangi taraf ise, olayın sonuçlarına da o tarafın katlanması gerektiği görüşünden yola çıkarak, grev gibi işçiden kaynaklanan iş görmeme haricindeki hallerin işverenin işletme rizikosuna dahil olduğu kabul edilmektedir⁶². Bu çerçevede örneğin, doğal afetler nedeniyle bir ifa ve ifayı kabul imkânsızlığının ortaya çıkması halinde, taraflara yüklenemeyen bir sebep olduğundan, işverenin riziko alanına girmekle birlikte bu işi kabul edememe hali ifa imkânsızlığı olarak değerlendirilmektedir⁶³. Buna karşılık ekonomik güçlükler, sipariş sağlanamaması, kâr oranının düşmesi, hammadde sıkıntısı gibi nedenlerin ise işletme rizikosu teorisiyle açıklanacak bir sorun olmadığı, burada bir ifa imkânsızlığının bulunmadığı ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Böylece bu tür sebepler işverenin işi kabul etmesini haklı kılacak nedenler olarak kabul edilmemektedir⁶⁴.

B. İş Sözleşmesinin İşverence Feshedildiği Görüşü ve Değerlendirilmesi

Ücretsiz izin süresinin anlaşma ile baştan belirlenmiş olması halinde, askı için belirlenen süre sona ermesine karşılık işçinin işverence işe başlatılmaması, iş sözleşmesinin işverence feshi niteliğinde kabul edilmektedir⁶⁵. Zira bu halde askı halinin ne zaman sona erdiği ve işçinin işe başlama zamanı kesin olarak belirlenebildiğinden, bu sürenin sona ermesiyle işçi iş görme edimini ifa ile buna karşılık işveren de işçi tarafından sunulan işi kabul etmekle yükümlü olmaktadır⁶⁶. Yargıtay’ın da kararlarında, genel olarak işçinin işe başlatılmamasını işverenin geçersiz feshi olarak değerlendirdiği ve usulsüz feshin sonuçlarının uygulanmasına hükmettiği görülür⁶⁷.

Öğretide dürüstlük kuralının gerektirdiği makul süreyi aşan ücretsiz izin uygulamalarında da benzer şekilde, makul sürenin aşılmasına karşılık işverence işçinin işe çağrılmamasının genellikle görünürde bir askı hali olduğu, işçiyi iş sözleşmesini feshe zorlamak amacıyla işverenlerin gizli fesih iradesi taşıdığı ifade edilmektedir. Bu nedenle makul süre aşılmasına rağmen işçinin işe başlatılmaması halinde, işveren feshine bağlanan hukuki sonuçların doğduğu kabul edilmektedir⁶⁸. İşveren feshi olduğu kabul edildiği takdirde fesih usulüne ilişkin koşullar da gerçekleştirilmemiş olacağından, bu fesih geçersiz olarak nitelendirilmektedir⁶⁹. Ancak bu görüş kabul edildiği takdirde, işverenin gizli bir fesih iradesi taşıdığından söz edilebilmesi için ne kadar sürenin geçmesi gerektiği hususu belirsiz kalmakta-

⁶² İşletme rizikosu teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, *İşletme Rizikosu*, s. 101 vd.

⁶³ SOYER, *İşletme Rizikosu*, s. 109.

⁶⁴ SOYER, *İş Görme Borcu*, s. 187; SOYER, *İşletme Rizikosu*, s. 109. Aynı yönde, ilgili ekonomik sebeplerin hukuken zorlayıcı neden olmaması sebebiyle işi kabulde temerrüt sonucunu doğurduğu görüşü için bkz. DOĞAN YENİSEY, s. 73.

⁶⁵ EKONOMİ, s. 439; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 529; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 177; DOĞAN YENİSEY, s. 83.

⁶⁶ İşveren iş görme edimini ifa için başvuran işçiyi önceki işine uygun şekilde başlatmakla yükümlüdür. Aksi halde işçiyi farklı bir işin teklif edilmesi durumunda, çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil ettiğinden İş Kanunu’nun 22. maddesinde öngörülen prosedüre uyulmalıdır. Nitekim Yargıtay da benzer yönde kararlar vermektedir. Bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 06.12.2004, E. 2004/7178, K. 2004/26665 (Legalbank).

⁶⁷ Yüksek Mahkeme, kararlaştırılan ücretsiz izin süresinin bitiminde işçinin iş görmek üzere işyerine geldiği, ancak tanık anlatımları neticesinde işverence işe başlatılmadığının tespit edildiği olayda, işçinin işe başlatılmamasını iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir nedene dayanmadan feshi olarak nitelendirmiştir. Yargıtay, 9. HD, T. 29.04.2008, E. 2007/16633, K. 2008/10752 (Legalbank). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 27.04.1998, E. 1998/5112, K. 1998/7788 (Kazancı); Yargıtay, 9. HD, T. 19.06.2003, E. 2003/974, K. 2003/11618; Yargıtay, 9. HD, T. 26.06.2014, E. 2014/15464, K. 2014/21991; Yargıtay, 9. HD, T. 08.09.2015, E. 2014/11831, K. 2015/24931; Yargıtay, 9. HD, T. 12.06.2013, E. 2011/16984, K. 2013/18059; Yargıtay, HGK, T. 26.02.2016, E. 2014/708, K. 2016/185 (Legalbank).

⁶⁸ EKONOMİ, s. 439; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 529-530; SÜZEK, *Ücretsiz İzin*, s. 130; TAŞKENT, s. 27.

⁶⁹ Yargıtay’ın da benzer yönde kararlar verdiği görülmektedir. Nitekim 2005 yılında Yüksek Mahkeme’nin kararına konu olayda, işçinin rızası alınarak iş sözleşmesi anlaşma ile askıya alınmış, ancak ücretsiz iznin süresi bu anlaşmada belirlenmemiştir. İlgili kararda, askı süresinin sonunda işçi işe davet edilmediği takdirde işverence iş sözleşmesinin feshedilmiş sayıldığını ifade etmiştir. Buna karşılık anılan kararda Yüksek Mahkeme 3 aylık bir bekleme süresinin sonunda işçinin ihbar ve kıdem tazminatı talebiyle açmış olduğu davayı, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi olarak değerlendirmiş ve ihbar tazminatına hükmetmeyip yalnızca kıdem tazminatına hak kazanıldığı yönünde karar vermiştir. Yargıtay, 9. HD, T. 20.12.2005, E. 2005/28701, K. 2005/40137 (Legalbank).

dır. Zira dürüstlük kuralını aşan makul askı süresinin ne kadar olacağı hakkında kesin bir kural bulunmamakta ve bir ölçüt getirilememektedir⁷⁰.

Söz konusu çözüm, işçinin korunması ve iş güvencesinin sağlanması amacıyla kabul edilmektedir. İşveren sözleşmeyi geçici bir süre askıya alma niyeti olmaksızın aslında sona erdirmeye niyetliyse, uzun süreli ücretsiz izin fesih olarak nitelendirilebilir. Ancak kanaatimizce doğrudan fesih yaptırımının uygulanması yerine, somut olayda işverenin iradesi araştırılmalıdır. Zira işverenin gerçekte fesih iradesi taşımamasına karşılık, ücretsiz izni gerektiren sebeplerin devam etmesi gibi nedenlerle işçiyi işe başlatmaması halinde, doğrudan fesih olarak nitelendirmek isabetsiz olabilir. Bu yönde *Başterzi*'nin de ifade ettiği üzere, belirsiz ya da uzun süreli ücretsiz izin halinde dürüstlük kuralına göre işverenin gerçek iradesinin araştırılması ve güven teorisine göre fesih iradesinin ücretsiz iznin arkasına gizlenmeye çalışıldığı tespit edilmesi halinde, ücretsiz izne iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği sonucu bağlanmalıdır⁷¹. Aynı yönde *Alp*'e göre de, işverenin temeldeki fesih iradesini ücretsiz izin altında gizlediği, asıl amacının kıdem ve ihbar tazminatlarından kurtulmak olduğu durumlarda, işverenin bu davranışı fesih olarak değerlendirilmelidir⁷². Biz de bu görüşe katılmaktayız. Böyle bir durumda ücretsiz izne çıkarma nedeni devam etmekteyse, işverenin işçilerine bir süre için daha ücretsiz iznin devam etmesi önerisinde bulunması mümkündür. Ancak askı hali sona ermiş ve iş ilişkisi devam etmekte olduğundan, işverenin bu önerisi de çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturur ve madde 22'de öngörülen usule uygun olarak yapılmalıdır⁷³. Ücretsiz izin uygulamasının makul bir nedene dayandığı, geçici olduğunun anlaşılabilmesi, ücretsiz izne başvurulmadığı takdirde fesih ya da işyerinin kapatılması gibi daha ağır sonuçların ortaya çıkacağı durumlarda ücretsiz izne olanak tanınması iş ilişkisinin devamının sağlanması açısından makul bir çözüm oluşturur⁷⁴.

Böylece Yargıtay'ın içtihadı ile aynı yöndeki öğretiyi görüşleri çerçevesinde, ücretsiz iznin sona ermesi ya da makul bir sürenin geçmesi işveren feshi olarak nitelendirildiğinden, iş sözleşmesinin geçersiz feshine bağlı hukuki sonuçların doğduğu kabul edilmektedir. Belirtilen hukuki sonuç kabul edildiğinde, işçi şartları mevcut ise kıdem tazminatına hak kazanabilmektedir. Yine işverence feshe ilişkin usule de uyulmamış olduğundan, işçi ihbar tazminatını da talep edebilmektedir.

Bizim de benimsediğimiz görüş çerçevesinde ücretsiz iznin sona ermesi ya da dürüstlük kuralı uyarınca makul sürenin geçmesi nedeniyle sona ermiş sayılacağı hallerde, işverenin işçiyi işe başlatmaması ve yeniden bir ücretsiz izin konusunda da anlaşılmamış olması durumunda, işveren iş görme edimini kabulde temerrüde düşeceğinden, işçi iş görme edimini yerine getirmeksizin ücretine hak kazanır ve dilediği zaman iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkını haiz olur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 2024 yılında vermiş olduğu kararında, işçinin soruşturma yapılan dönemde işverence ücretsiz izinde gösterildiği ve soruşturmanın bitiminde işçinin işe başlatıldığı olayda, işverenin bu uygulaması

⁷⁰ Makul süre konusundaki tartışmalar için bkz. II.A. Bu hususta *Taşkent*, askı süresinde geçici olma ölçütü olarak 3 aylık sürenin esas alınması gerektiğini ifade etmekte, 3 aylık süre dolmasına karşılık işe çağrılmayan işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedildiğini kabul etmektedir. TAŞKENT, s. 27.

⁷¹ BAŞTERZİ, *Çalışmanın Kesintiye Uğraması*, s. 171; BAŞTERZİ, *Feshe Karşı Koruma*, s. 76. Benzer yönde bkz. ENGİN, *Ücretsiz İzin*, s. 541-542. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2023 yılında vermiş olduğu bir kararında, pandemi döneminde fesih yasağı bulunması sebebiyle işçinin işverence ücretsiz izne çıkarıldığı iddiasıyla açılan davada, işverenin bu uygulaması haksız fesih olarak değerlendirilmiştir. Yüksek Mahkemenin onama kararı verdiği yerel mahkeme kararında isabetle, "*feshin pandemi nedeniyle işletmesel sorunlardan kaynaklanmadığı, kanunun işverenlere ücretsiz izin hakkını temin etmesinin amacının sözleşmelerinin devamının ve güvencesinin sağlanması olduğu, ücretsiz izni gerektirecek işletmesel sorunlar olmadığı takdirde işverenin ücretsiz izin süresini makul süreden daha uzun belirlemesinin 7244 Sayılı Kanun'un kendisine tanıdığı yetkiyi kendi çıkarları doğrultusunda kullandığı anlamına geleceği*" ifade edilmiş, işverenin dürüstlük kurallarına aykırı bu hareketinin 7244 sayılı Kanun'un 9. maddesinin getiriliş amacı ile de bağdaşmadığı, makul süreyi aşan uzun süreli ücretsiz izin uygulamalarında işverenin dürüstlük kuralına aykırı olarak gizli fesih iradesinin varlığı hâlinde sözleşmenin işverence haksız olarak feshedildiğinin kabulü ile işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazandığına hükmedilmiştir. Yargıtay, 9. HD, T. 13.02.2023, E. 2022/18823, K. 2023/1970 (Kazancı). Benzer yönde işverenin pandemi döneminde işçiyi Kanunun amacı ile dürüstlük kuralına uygun ve samimi şekilde ücretsiz izne çıkarmadığı hususunda bkz. Yargıtay, 9. HD, T. 07.02.2024, E. 2024/553, K. 2024/1665 (Kazancı); Sakarya BAM, 11. HD, T. 24.04.2024, E. 2022/644, K. 2024/943 (Legalbank).

⁷² ALP, s. 231.

⁷³ BAŞTERZİ, *Feshe Karşı Koruma*, s. 77.

⁷⁴ ALP, s. 232.

sonucunda Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi çerçevesinde alacaklı temerrüdüne düştüğünü kabul etmiş ve işçinin ilgili döneme ilişkin ücret alacağına hak kazandığına hükmetmiştir⁷⁵. Bu halde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirmeye yetkisini kullandığı takdirde, şartlarını taşımakta ise kıdem tazminatına hak kazanır. Feshe kadar geçecek süre bakımından ise işçi, iş görme edimi kabul edilmediği müddetçe, işi ifa etmemesine karşılık ücretini talep edebilir. Ancak somut olayda yapılacak inceleme neticesinde, özellikle makul süreyi aşan çok uzun süreli ücretsiz izinlerde işverenin gerçekte fesih iradesi taşıdığına tespit edilmesi halinde bunun işveren feshi olarak nitelendirilmesi mümkündür.

SONUÇ

İş ilişkisinin tarafların anlaşmasıyla askıya alınması olarak ortaya çıkan ücretsiz izin, çeşitli ifa engellerinin ya da güçlüklerinin iş sözleşmesinin devamını olumsuz etkilememesi ve sözleşmenin feshine başvurulmaması amacıyla kabul edilen bir uygulamadır. Ancak işverenlerce uzun veya belirsiz süreler için bu uygulamaya başvurulduğu ya da ücretsiz izin için kararlaştırılan süre tamamlanmasına karşılık işçinin işe başlatılmadığı örneklerle sıklıkla rastlanmaktadır. Konu uzun yıllardır yargı kararlarına da konu olmaktadır.

Ücretsiz izin dönüşü işçinin işverence işe başlatılmamasının hukuki sonuçlarına ilişkin belirsizlik, ikiye ayrılarak incelenmelidir. İlk olarak, ücretsiz izin süresinin taraflarca anlaşma ile belirlenmiş olduğu durumlarda, kararlaştırılan sürenin sonunda işçi işe başlamakla yükümlü olduğundan işverene başvurmalı, işveren de işçiyi işe başlatmalıdır. Bu halde işverenin işçinin işe başlama teklifine karşılık işe başlatmaması durumunda, bu davranışın özelliğine bakmak gerekir. Kanaatimizce işveren bu noktada askı halini doğuran sebeplerin devam etmesi durumunda işçiye yeniden bir ücretsiz izin teklifinde bulunabilir. Ancak bu halde de söz konusu anlaşmanın yapılabilmesi, İş Kanunu'nun 22. maddesinde yer alan koşullara uyulmasına bağlıdır. İlgili madde çerçevesinde işçinin yazılı onayı alınarak yeniden bir ücretsiz izin kararlaştırılması mümkündür. Böyle bir teklifin bulunmaması ve işverenin işçinin ifa teklifini kabul etmemesi, işe başlama zamanının kesin olarak anlaşmada belirlenmiş olduğu bu halde, öğreti ve yargı kararlarında iş sözleşmesinin işveren tarafından eylemli olarak feshedildiği kabul edilmektedir.

Ücretsiz izin süresinin anlaşmada belirlenmediği durumlarda, durum daha tartışmalı hale gelmektedir. Zira iş sözleşmesinin askı hali süresiz olarak devam edemez, dürüstlük kuralı uyarınca somut olayın koşulları çerçevesinde makul bir sürenin sonunda işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı doğduğu kabul edilir. Ancak bu halde işçi uzun süren ücretsiz izin karşısında iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğinde, şartlarını sağlaması halinde kıdem tazminatına hak kazanmakta, ancak sözleşmeyi kendisi feshettiği için ihbar tazminatı talep edememektedir. Bu gerekçeyle öğreti ve yargı kararlarında çözüm arayışına gidilmiş ve makul sürenin aşılması halinde Yargıtay'ın da eski tarihli kararlarında işverenin işçiyi işe başlatmaması işveren feshi olarak değerlendirilmiştir.

Söz konusu çözüm, işçinin korunması ve iş güvencesinin sağlanması amacıyla getirilmektedir. İşveren iş sözleşmesini geçici bir süre askıya alma niyeti olmaksızın, aslında sona erdirmeye amacı taşıyorsa, işverence uygulanan makul süreyi aşan uzunlukta ücretsiz izin uygulamasının fesih olarak nitelendirilmesi işçi lehine sonuç doğurabilir. Ancak ücretsiz izin uygulaması, ifayı olumsuz etkileyen çeşitli sebeplerin ortaya çıkması durumunda iş ilişkisinin ayakta tutulmasını ve işçinin korunmasını sağlamak amacıyla kabul edilen önemli hukuki yöntemlerden biridir. İş güvencesinin ve feshin son çare olması ilkesinin önemli bir parçasıdır. Bu açıdan ilgili sebeplerle iş sözleşmesinin doğrudan işverence feshedildiğinin kabul edilmesi yerine, somut olayda işverenin fesih iradesinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

⁷⁵ Yargıtay, 9. HD, T. 12.02.2024, E. 2023/19816, K. 2024/1977 (Kazancı).

İşçinin ifa teklifine rağmen işverenin işçiyi işe başlatmamasının temel sonucu, işverenin işi kabulde temerrüde (alacaklının temerrüdüne) düşmesidir. Kanaatimizce yaygın olarak kabul edilen çözüm olan işçinin ücretsiz izin süresinin ya da somut olay çerçevesinde makul bir sürenin sonunda işe başlatılmamasının sonucu olarak doğrudan işveren feshi nitelendirilmesi yapılması yerine, somut olayda işverenin gerçek iradesinin araştırılması daha isabetlidir. İşçinin işin ifasını teklif etmesine karşılık işverence işe başlatılmaması, sözleşmeye uygun olarak sunulan edimin kabul edilmemesi ve bunun yanı sıra işçiye iş verme yükümlülüğü olarak nitelendirilebilecek işin ifası için gerekli hazırlık fiillerine aykırı davranılması anlamına gelmektedir. İşverenin alacaklı temerrüdüne düşmesinin temel sonucu, işçinin iş görme edimini yerine getirmek zorunda olmaksızın ücretine hak kazanması (TBK m. 408) ve işverenin temerrüdü nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahip olmasıdır.

Ücretsiz izin süresinin baştan belirlenmediği durumlarda işçinin beklediği sürenin makul olup olmadığı da tartışmalı bulunmakta, işçinin makul bir süre beklemediği sonucuna varılması halinde, bu duruma hangi sonucun bağlanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Yargı kararları ve öğretide işveren feshi olarak nitelendiren yaygın uygulama, kanaatimizce yeniden değerlendirilmelidir. Bu çözüm yolunun kabul edilmesiyle, iş sözleşmesi taraflarca feshedilmediği sürece devam etmektedir. İşçinin haklı nedenle fesih hakkını kullanması halinde ise, işçi kıdem tazminatına hak kazanmakla beraber, ihbar tazminatını talep edemeyecektir. Bununla birlikte işçi iş görmediği süre boyunca ücretine hak kazanmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

- ALP, Mustafa: *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- BAŞTERZİ, Süleyman: “Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 54, Sayı 3, s. 53-94 (Feshe Karşı Koruma).
- BAŞTERZİ, Süleyman: *Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi*, 72 Tasarım Basımevi, Ankara, 2007 (Çalışmanın Kesintiye Uğraması).
- BİRBEN, Erhan: “İşveren Tarafından Kısa Çalışma ve Ücretsiz İzin Uygulamasına Başvurulması Halinde İşçinin Bildirimsiz Fesih Hakkı”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2022, Cilt 19, Sayı 74, s. 563-604.
- ÇELİK, Nuri: “Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkmayı Önleyici Çözüm Arayışları”, *Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2000, s. 427-436.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, *Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi*, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 71-87.
- EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: *Bireysel İş Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- EKONOMİ, Münir: “İşyerinin Kapatılması”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı*, Ankara, 2006, s. 409-457.
- ENGİN, E. Murat: *İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003 (İşletme Gereklere).
- ENGİN, Murat: “İşletme Gereklere ile Fesih ve Ücretsiz İzin”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2004, Cilt 1, Sayı 2, s. 537-544 (Ücretsiz İzin).
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- HOFFMANN, Michael: “Annahmeverzug des Arbeitgebers”, *DB*, 1953, Cilt 47, s. 994-996.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014 (2014).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, 5. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2021 (2021).
- OĞUZ, Özgür / ÇÖLDEMLİ, Ali: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması Çerçevesinde Covid-19’un İşçinin Hizmet Süresine Etkisi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 69, s. 53-89.
- OĞUZ, Özgür: *Ücretsiz İzin*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ÖZKARACA, Ercüment / ÜNAL ADINIR, Canan: “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgını Kapsamında Kısa Çalışma, Ücretsiz İzin ve Fesih Yasağının İşçinin Hizmet Süresine Etkisi”, *Çimento İşveren Dergisi*, 2020, Cilt 34, Sayı 4, s. 21-37.
- SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- SOYER, M. Polat: “İşletme Rizikosu Teorisi ve İş Hukuku”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1983, Cilt 2, Sayı 2, Prof. Dr. Muhittin Alam Armağanı Özel Sayısı, s. 101-126 (İşletme Rizikosu).
- SOYER, M. Polat: *İşçinin İş Görme Borcu*, Doktora Tezi, Ege Üniversitesi İktisat Fakültesi Sosyal Politika ve Çalışma Yönetimi Bölümü, İzmir, 1979 (İş Görme Borcu).
- SÖLLNER, Alfred: “Ohne Arbeit kein Lohn”, *AcP*, 1967, Sayı 167, s. 132-147.
- STAHLHACKE, Eugen: “Aktuelle Probleme des Annahmeverzuges im Arbeitsverhältnis”, 1992, *AuR*, Sayı 1, s. 8-16.
- SÜZEK, Sarper: “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 9, Özel Sayı, s. 115-133 (Ücretsiz İzin).

- SÜZEK, Sarper: *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi*, Savaş Yayınları, Ankara, 1989 (Askı).
- SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024 (İş Hukuku).
- TAŞKENT, Savaş: “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2006, Sayı 3, s. 20-28.
- TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut: *İş Hukukunun Esasları*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: “Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, 1968, s. 93-114.
- TURAN, Gamze: “İşverenin Alacaklı Sıfatı ile Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 2008, Cilt 21, Sayı 5-6, s. 31-59.
- YAMAKOĞLU, Efe / KARAOĞLU, Eda: “İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2014, Cilt 20, Sayı 1, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan Özel Sayısı, s. 479-506.



Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı Açısından İdare ve Bölge İdare Mahkemelerinde Birden Çok Hakimin Reddi^(*)



*In Terms of the Right to Request Review of Judgement, Rejection of
More Than One Judges in Administrative Courts and Regional
Administrative Courts*

Muhammed GÖÇGÜN



Doktor Öğretim Üyesi

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Hakimin Reddi,
Kanun Yoluna
Başvurma Hakkı,
Hükmün
Denetlenmesini Talep
Etme Hakkı,
Adil Yargılanma,
Ölçülülük.*

Öz

Adil yargılanma hakkının ve dolayısıyla hukuk devletinin gereklerinden biri olan mahkemelerin bağımsızlığı Anayasa'da açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen hakimlerin tarafsızlığına ilişkin doğrudan bir anayasal düzenleme bulunmamaktadır. Hakimlerin tarafsızlığı, daha ziyade, usul kanunlarında yer alan hakimin yasaklılığı ve reddi müessesesiyle sağlanmak istenmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 56. ve 57. maddelerinde de idari yargı mercilerinde görev yapan hakimlerin çekinmesi ve reddine ilişkin kurallar getirilmiştir. Buna ilaveten, Kanun'un 31. maddesine göre hakimin davaya bakmaktan yasaklılığı ve reddi hususunda 2577 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının hukuk devleti ilkesine uygun şekilde kullanılabilmesi için hukuki uyumsuzluğun taraflarına tanınan kanun yoluna başvurma hakkının bir tezahürü de hükmün denetlenmesini talep etme hakkıdır. Bu hak, hüküm niteliği taşıyan yargı kararlarının farklı bir yargı merci önüne götürülerek bir kez daha incelenmesini ve karardaki olası hataların giderilmesini temin etme işlevini görmektedir. 2577 sayılı Kanun'un 57. maddesinin 4. fıkrası uyarınca idare ve bölge idare mahkemelerinde birden çok üye ve başkanın reddine karar verilmesi durumunda işin esası hakkında, ret istemlerini karara bağlayan bölge idare mahkemesi ve Danıştay tarafından karar verilecektir. Bu düzenleme sonucu idari yargıda uygulanmakta olan kanun yolu sistemi uyarınca uyumsuzluğun kesin bir hükümle çözümlenme sürecinde istinaf incelemesi yapması gereken bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi; temyiz incelemesi yapmakla görevli Danıştay ise ikinci derece yargı merci konumuna gelebilecektir. Bu durum ilgililerin hükmün denetlenmesini talep etme hakkının dolaylı şekilde sınırlandırılmasına yol açabilecektir. Çalışmada Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda bu sınırlamanın hukuka aykırılığı tespit edilmiş; ortaya çıkabilecek hukuki sorunların giderilmesine yönelik teklifler sunulmuştur.

Keywords

*Rejection of the Judge,
Right to Legal Remedy,
Right to Request
Review of the
Judgment,
Fair Trial,
Proportionality.*

Abstract

Although the independence of the courts, which is one of the requirements of the right to a fair trial and thus of the rule of law, is explicitly regulated in the Constitution, there is no direct constitutional regulation on the impartiality of judges. The impartiality of judges was sought to be ensured through the institution of prohibition and recusal of judges in the procedural laws. Articles 56 and 57 of the Code of Administrative Procedure No. 2577 also provide rules on the rejection of judges serving in administrative judicial authorities. In addition, it is stated in Article 31 of the Law that in cases where there is no regulation in Law No. 2577, the relevant rules of the Code of Civil Procedure No. 6100 will be applied.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 15.10.2024, Kabul Tarihi: 24.01.2025.

One aspect of the right to recourse to legal remedies granted to the parties to a legal dispute in order to exercise the freedom to seek justice and the right to a fair trial in accordance with the principle of the rule of law is the right to request review of the judgment. This right serves to ensure that judicial decisions are taken before a different court of law to be reviewed once again and to correct any possible errors in the decision. According to Article 57, paragraph 4 of the Law No. 2577, in the event that the administrative and regional administrative courts decide to rejection of more than one president and members, the case will be legally resolved by the regional administrative court and the Council of State, which decide on the rejection requests. As a result of this regulation, the regional administrative court, which is normally required to carry out an appeal review in the process of resolving the dispute with a final judgement, becomes the court of first stage, and the Council of State, which is responsible for carry out an appellate review, becomes the second stage judicial authority. This situation leads to an indirect limitation of the right of relevants to request a review of the judgement. In this study, the illegality of this restriction is determined within the framework of the judgments of the Constitutional Court and suggestions are made for the solution of the current legal problem.

GİRİŞ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 31. maddesine göre, İYUK'ta hüküm bulunmayan hususlarda; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) uygulanacağı durumlardan biri de hakimlinin yasaklılığı ve reddidir. Hakimlinin yasaklılığı ve reddi, yargılama usullerinin tamamında uygulanmakta olup hukuk devleti ilkesi doğrultusunda mahkemelerin ve hakimlerin tarafsızlığının¹ sağlanmasına yönelik usulî güvenceler içeren bir müessesedir². HMK'da yasaklılık ve redde ilişkin düzenlemeler Kanun'un 34-44. maddelerinde yer almıştır. Bu kapsamda 34. maddede düzenlenen yasaklılık sebeplerinden birinin mevcut olduğu durumlarda hakim, talep olmasa bile çekinmek zorunda olup davaya bakamayacaktır. 36. madde uyarınca ise hakimlinin tarafsızlığından şüpheliyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması halinde, taraflardan biri hakimi reddedebileceği gibi hakim de bizzat çekilebilecektir.

Öte yandan kanun koyucu, hakimlinin; davada iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olmasını, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği halde görüşünü açıklamış olmasını, davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmiş veya hakim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olmasını; uyuşmazlıkta arabuluculuk veya uzlaştırıcılık yapmış olmasını, davanın hakimlinin dördüncü derece de dahil yansoy hısımlarına ait olmasını ve nihayet dava esnasında, hakimlinin iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunmasını hakimlinin reddi sebebi olarak kabul etmiştir.

Diğer yandan hakimlinin reddine ilişkin İYUK'ta da düzenlemeler mevcuttur. Konu, Kanun'un 56. ve 57. maddelerinde Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri için ayrı ayrı ve çekinme ile beraber düzenlenmiştir. Kanun'un 56. maddesi "Danıştayda çekinme ve ret" başlığını taşımakta olup maddede Danıştay dairelerinin başkan ve üyelerinin reddi ve çekinmelerine ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Kanun'un "Mahkemelerde çekinme ve ret" başlıklı 57. maddesinde ise ilk olarak tek hakimle görülen davalarda hakimlinin reddi, daha sonra ise bölge idare mahkemesi ile idare ve vergi mahkemesi başkan ve üyelerinin reddi istemlerinin incelenmesi hususu düzenlenmiştir. 57. maddenin 3. fıkrasına göre; idare ve vergi mahkemelerinde reddedilen başkan ve üyenin birden çok olması durumunda istem bölge idare mahkemesince; bölge idare mahkemelerinde reddedilen başkan veya

¹ Mahkemelerin ve hakimlerin tarafsızlığı hakkında bkz. YILDIZ, Abdulkadir: *Yargının Tarafsızlığı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020. Ayrıca tarafsızlık, Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından kabul edilen Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nde de yer almıştır. Buna göre hakimler ve savcılar; "Adil yargılamanın gereği olarak, herhangi bir tarafa iltimas göstermeden ve ayrımcılık yapmadan tarafsız bir şekilde hareket ederler." ve "Tarafsız hareket etmekle yetinmez, objektif bir bakış açısıyla tarafsızlıklarına ilişkin her türlü kuşkuyla bertaraf edecek bir duruş sergilerler. Yargıya güvenin sağlanması ve sürdürülebilmesi için tarafsız olmak kadar, tarafsız görünmenin de önemli olduğu bilincindedirler." Bkz. 14.03.2019 tarih ve 30714 sayılı Resmî Gazete.

² Hakimlinin reddi ve yasaklılığı konusu, tüm medeni usul hukuku ders kitaplarında ele alınmış olup konuyu ayrıca ele alan bir çalışma için bkz. AKCAN, Recep / KAYA, Cemil: "Medeni Ve İdari Yargıda Hakimlinin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı Ve Reddi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2010, Cilt 68, Sayı 1-2, s. 171-196.

üyenin birden çok olması durumunda ise Danıştayca incelenecektir. Son olarak 57. maddenin 4. fıkrasında da birden çok üye ve başkan hakkındaki ret istemlerinin Danıştay ve bölge idare mahkemelerince yerinde görülmesi durumunda, işin esası hakkında da bu merciler tarafından karar verileceği belirtilmiştir.

İşte İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrasındaki bu düzenlemenin; adil yargılanma hakkının ve hak arama özgürlüğünün bir kullanım şekli olan kanun yollarına başvuru, daha özelde ise hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından incelenmesi gerekmektedir. Zira bu düzenlemeyle; yani birden çok üye ve başkanın reddine karar veren bölge idare mahkemesi ve Danıştayın, aynı zamanda uyuşmazlığın esası hakkında da karar vermesi durumunda idari yargılama hukukundaki kanun yolu sistemi ve kanun yollarına etkili şekilde başvurma imkanı bakımından önemli sonuçlar doğması mümkündür. Düzenlemeyle öncelikle idari yargıda istinaf merci olarak görev yapan bölge idare mahkemelerinin, istinaf merci olarak görevli oldukları uyuşmazlıklarda aynı zamanda ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaları ihtimali ortaya çıkmaktadır. Benzer şekilde temyiz merci olan Danıştayın da temyiz incelemesini yapmakla görevli olduğu bir uyuşmazlıkta istinaf merci gibi hareket etmesi söz konusu olabilecektir. Bunun sonucunda normal şartlarda istinaf ve temyiz yolu açık uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda uyuşmazlığın esasının hem idare mahkemesi hem bölge idare mahkemesi tarafından incelenmesi gerekirken uyuşmazlık, yalnızca bölge idare mahkemesince esas bakımından incelenebilecektir. Öte yandan bölge idare mahkemesinin verdiği kararın üçüncü derece bir yargı merci olarak hukuken denetimi yapmak üzere Danıştayca incelenmesi gerekirken Danıştay da ikinci derece yargı merci konumuna gelecektir.

57. maddenin 4. fıkrasındaki düzenlemenin doğrudan kanun yollarının sınırlandırılması amacı taşıdığı açıktır. Bununla birlikte bu düzenlemenin uygulanmasıyla ortaya, idari yargıda yürürlükte olan kanun yolları sistemi bakımından ve İYUK'taki koşullar çerçevesinde uygulanan üç dereceli yargılama sisteminin, hükmün denetlenmesini talep etme hakkını kullanmak isteyen taraflar aleyhine bozulması sonucu çıkabilecektir. Diğer bir ifadeyle 57. maddenin 4. fıkrasındaki düzenleme, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının dolaylı olarak sınırlandırılması anlamına gelmektedir. İdari yargıda hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlandırılması, doktrinde daha ziyade kanun yollarına başvuruda parasal sınırlara ilişkin düzenlemeler boyutuyla incelense de hakimin reddi müessesesinin İYUK'taki düzenleniş biçimi de bu konuyu ele almayı gerekli kılmıştır. Diğer yandan 57. maddenin 3. ve 4. fıkrası kapsamında hakimin reddi talebinin kabul edildiği bir bölge idare mahkemesi ya da Danıştay kararına ulaşamadığı için çalışmada İYUK'ta yer alan hakimin reddi müessesesine ilişkin düzenlemeler, hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından doğması muhtemel sorunlar yönüyle ve teorik boyutuyla ele alınmıştır.

Çalışmada hakimin reddi ve yasaklılığı ya da çekinmesi gibi konulara detaylı şekilde yer verilmekten bilhassa kaçınılarak öncelikle Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kapsam ve mahiyeti ele alınmıştır. Daha sonra İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemenin hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından doğurabileceği sonuçlar çeşitli ihtimaller göz önünde bulundurularak ve yalnızca "hakimin reddi" boyutuyla ortaya konulmuştur. Zira hakimin davaya bakmaktan çekinmesi hakkında İYUK'un 57. maddesinin 5. fıkrasında hakimin reddine ilişkin düzenlemelere atıf yapılmış olup birden çok başkan ya da üyenin çekinmesi durumunda da hakimin reddiyle aynı sorun ve sonuçların doğma ihtimali mevcuttur. Bu doğrultuda çalışmada, İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemelerle ortaya çıkabilecek sorunların çözümüne yönelik somut tekliflere yer verilmiştir. Nihayet, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik yapılan bu dolaylı müdahale, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal ölçütler olan; meşru amaç, kanunilik ve ölçülülük yönüyle incelenerek konunun Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur.

I. HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP ETME HAKKI

A. Kapsam ve Mahiyet

Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, öncelikle, yargısal bir uyumsuzluğun taraflarının hak ya da menfaatleri aleyhine sonuçlar doğuran³ bir mahkeme hükmünün farklı bir yargı merci tarafından yeniden incelenmesi ve denetlenmesini sağlamaya yönelik hukuki imkana sahip olmalarını gerekli kılar⁴. Bu hak, Anayasa’da açıkça yer almasa da Anayasa Mahkemesi tarafından⁵ Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü kapsamında ele alınmaktadır⁶. Diğer yandan yine bu hak zikredilmese de Anayasa’nın 154. ve 155. maddelerinde Yargıtay ve Danıştayın adli ve idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir adli ya da idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merci olduğu belirtilmiştir. Bunun sonucunda Anayasa’da ilk derece adli ve idari yargı organları tarafından verilen kararların denetlenmesini teminen Yargıtay ve Danıştayın varlığı güvence teşkil eder⁷. Zira kanun koyucunun ilk derece mahkeme kararlarının başka bir yargı merci tarafından denetlenmesini öngörmediği durumlarda hükmün denetlenmesini talep etme hakkının Yargıtay ve Danıştaya yapılacak başvurular vasıtasıyla kullanılması anayasal bir kural olarak benimsenmiştir⁸.

Kişilere hükmün denetlenmesini talep etme hakkı tanınmasının gerekliliği, Anayasa Mahkemesi tarafından yetkili ve görevli mahkeme tarafından verilen hükmün hatalı olma ihtimali çerçevesinde izah edilmiştir. Buna göre; hakim, incelemekte olduğu uyumsuzluk kapsamındaki maddi olayların değerlendirilmesinde ya da hukuk kurallarının somut uyumsuzluğa uygulanması aşamasında yanlıya düşerek hukuka aykırı kararlar verebilir. Karar hatalı olmasa bile taraflarda, kararın hatalı olduğuna dair bir şüphe ve bu şüpheden kaynaklı olarak kararın bir kez daha incelendiğinde değişeceğine dair bir beklenti meydana gelir⁹. İşte söz konusu beklenti ve şüpheyi ortadan kaldırmak, olası hatalı kararların ilgililer bakımından ortaya çıkaracağı olumsuz durumları bertaraf etmek, hukuk sistemine olan güveni temin etmek ve içtihat birliğini sağlamak amacıyla mahkeme kararlarının başka bir yargı merci tarafından denetlenmesi önem arz eder¹⁰. Bununla birlikte mahkemeye erişim hakkının özel bir görünüm şekli niteliğini taşıyan¹¹ hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ilgililer tarafından hangi yöntem ve araçlarla kullanılacağı, hükmün hangi mahkeme tarafından denetleneceği ya da bu hakkın

³ “Henüz aleyhe bir hükmün bulunmadığı bir aşamada hükmün denetlenmesini talep hakkına ilişkin güvenceler devreye girmez. Bu hakkın sağladığı güvenceler ancak ilk kez aleyhe hüküm kurulduğu anda işlerlik kazanır.” AYM, T. 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118 (Kararlar Bilgi Bankası). Karara muhalif kalan üyeler *Hicabi Dursun ve Ridvan Güleç* ise hükmün denetlenmesini talep etme hakkının; davacının, davacının, sanığın veya mağdurun aleyhine ya da lehine verilen kararlar bakımından bir ayırım yapılmaksızın ilk derece mahkemesi kararlarının tamamının farklı bir mahkemece denetlenmesini içerdiğini belirtmişlerdir. Öte yandan 2018 yılından önceki kararlarında “kanun yoluna başvurma hakkı” kavramını kullanan Anayasa Mahkemesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na ilişkin vermiş olduğu bu kararlar beraber “hükmün denetlenmesini talep etme hakkı” kavramını kullanmaya başlamıştır. Karar hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. GÜNDÜZ, F. Ebru / GÜNDÜZ, Hakan: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2022, Sayı 49, s. 6-9.

⁴ AYM, T. 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁵ Hükmün denetlenmesini talep hakkına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. GÜNDÜZ / GÜNDÜZ, 2022.

⁶ AYM, T. 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁷ SEVİNÇ, Ekin: “İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 24, Sayı 3, s. 435.

⁸ AYM, T. 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 23.

¹⁰ AYM, T. 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118 (Kararlar Bilgi Bankası). ARSLAN, Ramazan: *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1977, s. 6-7; KAPLAN, Gürsel: *İdari Yargılama Hukuku*, 10. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2024, s. 549.

¹¹ SÖYLER, Yasin / YILMAZ, Muhammet: “Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 29, Sayı 3, s. 2158; MİRZAOĞLU, Yakup Yaşar: “İdari Yargıda Davanın Usulden Reddine Dair Kararlara Karşı Kanun Yolunun Açık Olması Zorunluluğu”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 10, Sayı 1, s. 292; USTA, Özlem: “İdari Yargıda Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Parasal Sınır Şartı Ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Değerlendirilmesi”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 10, Sayı 1, s. 257. Anayasa Mahkemesi de mahkemeye erişim hakkının kanun yoluna başvurmayı da kapsadığı görüşündedir: “Mahkemeye etkili erişim hakkı; mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını, dava açmak veya kanun yoluna başvurmak isteyen kişilerin ilgili mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirmektedir.” AYM, *Ayhan Şaşar*, B. No: 2016/15514, T. 23.10.2019, § 21 (Kararlar Bilgi Bankası).

kullanılmasının temini amacıyla nasıl bir sistemin hayata geçirileceği, geniş bir takdir yetkisi çerçevesinde kanun koyucu tarafından belirlenir¹².

Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, ilk derece mahkemesi kararlarının denetlenmesini gerektirse de ilk derece mahkemesi tarafından verilen bir hükmün bir üst mahkeme tarafından denetlenip aynı yönde karar verilmesi sonrası, bu kararın da daha üst bir mahkeme tarafından denetlenmesini zorunlu kılmaz¹³. Bununla birlikte kanun koyucu, takdir yetkisi çerçevesinde üç dereceli bir yargılama sistemi öngörmüş olabilir. Zira hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kapsamına, mutlak şekilde belirli bir yargılama sisteminin kurulması girmez¹⁴. Önemli olan, ifade edildiği üzere, hüküm niteliği taşıyan ilk derece yargı kararlarının kural olarak en az bir defa farklı bir mahkeme tarafından denetlenmesidir. Bununla birlikte ilgililere hükmün denetlenmesini talep etme hakkını tanıyan yasal düzenlemeler, bu hakkın hangi şartlarda, ne şekilde ve kim tarafından kullanılabilceğinin önceden kolayca öngörülebildiği bir belirlilik içermelidir¹⁵.

Hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kullanılmasına yönelik düzenleme yaparken kanun koyucu, ilk derece yargı kararının denetiminin hukuk kurallarının somut uyuşmazlığa doğru şekilde uygulanıp uygulanmadığı hususuyla sınırlı olarak yapılmasını öngörebileceği gibi bu denetimin maddi olguların değerlendirilmesini kapsayıp kapsamayacağı bakımından yapılmasını da takdir edebilir¹⁶. Anayasa Mahkemesine göre söz konusu denetimin maddi olguların değerlendirilmesini de kapsamı gerektiğine dair bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu konuda takdir yetkisine sahip olan kanun koyucu tarafından yalnızca hukuk kurallarının uyuşmazlığa doğru uygulanıp uygulanmadığına yönelik bir denetimin öngörülmesi de ilgililere hükmün denetlenmesini talep etme hakkının tanınması bakımından yeterlidir¹⁷.

Diğer yandan hükmün denetlenmesini talep etme hakkı; işin esasının ilk derece mahkemesince karara bağlanmadığı, ilk derece mahkemesi tarafından işin esasının maddi olguların eksik araştırılmasına dayalı olarak hatalı bir şekilde karara bağlandığı, ilk derece mahkemesi kararının gerekçesiz olduğu ya da yetersiz bir gerekçeye dayandığı hallerde istinaf mahkemesince dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini de zorunlu kılmaz¹⁸. Bu durumda işin esasının istinaf merci tarafından mı karara bağlanacağı yoksa dosyanın ilk derece mahkemesine geri mi gönderileceği hususunun tespiti de yine kanun koyucunun takdirindedir¹⁹. Diğer bir ifadeyle, bu durumlarda ilgililere hükmün denetlenmesini talep etme hakkının tanınmış olduğunun kabulü için, istinaf mahkemesince dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin öngörülmesi zaruri değildir²⁰.

Bu noktada idari yargılama hukuku bakımından üzerinde durulması gereken husus, uyuşmazlığın esasına yönelik kararın ilk defa bölge idare mahkemesi tarafından verildiği ve bu kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olması ihtimalinde, söz konusu kararın başka bir mahkeme tarafından incelenmesi mümkün olamayacağından, bu durumun hükmün denetlenmesini talep etme hakkına bir müdahale oluşturmasıdır²¹. Zira bu ihtimalde, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik temel güvence

¹² AYM, T. 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53; AYM, T. 26.10.2022, E. 2022/89, K. 2022/129; AYM, T. 01.06.2023, E. 2022/120, K. 2023/107 (Kararlar Bilgi Bankası).

¹³ AYM, T. 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118 (Kararlar Bilgi Bankası).

¹⁴ AYM, T. 09.03.2023, E. 2022/140, K. 2023/46; AYM, T. 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118 (Kararlar Bilgi Bankası).

¹⁵ YILMAZ, Serdar: "İdari Yargıda 'Parasal Sınırlar'ın Konu ve Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 72, Sayı 4, s. 1983.

¹⁶ AYM, T. 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118 (Kararlar Bilgi Bankası).

¹⁷ AYM, T. 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118 (Kararlar Bilgi Bankası).

¹⁸ AYM, T. 26.10.2022, E. 2022/89, K. 2022/129 (Kararlar Bilgi Bankası).

¹⁹ AYM, T. 26.10.2022, E. 2022/89, K. 2022/129 (Kararlar Bilgi Bankası).

²⁰ AYM, T. 26.10.2022, E. 2022/89, K. 2022/129 (Kararlar Bilgi Bankası).

²¹ AYM, T. 26.10.2022, E. 2022/89, K. 2022/129 (Kararlar Bilgi Bankası). Uyuşmazlığın esasına yönelik kararın ilk defa bölge idare mahkemesi tarafından verildiği durumlara Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesinin 07.04.2022 tarih ve 2022/129 sayılı

olan uyuşmazlığın esasına yönelik verilen kararın en az bir defa farklı bir mahkeme önüne götürülmesi imkanı ortadan kalkacaktır. Bölge idare mahkemelerinin İYUK'un 46. maddesi uyarınca temyiz yolu açık olan kararları söz konusu olduğunda ise uyuşmazlığa yönelik verilen kararın Danıştay tarafından bir kez daha incelenmesi mümkün olduğundan, bu durumda hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik herhangi bir müdahaleden söz edilemez²².

B. Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkının Kanun Yoluna Başvurma Hakkı İle İlişkisi

Kanun yolu, yargısal uyuşmazlıklar sonucu verilen kararların hukuka uygunluğunun yine yargı organları tarafından denetlenerek taraflara eksik ya da hatalı kararların düzeltilmesi amacıyla başvuru yapma imkanı tanınmasıdır²³. Böylelikle kanun yoluna başvuran kişiler, hukuka aykırı olduğunu düşündükleri ya da hukuken tatmin olmadıkları kararları bir üst mahkemeye taşıyarak bu kararları tartışmaya açabilmekte ve bunun sonucunda da tartışmaya açılan kararların değiştirilmesini sağlayabilmektedir²⁴. Dereceli bir yargılama sisteminde kullanılabilir olan kanun yoluna başvuru yolu için önemli olan, hatalı verilen ya da taraflarca hatalı verildiği düşünülen mahkeme kararlarının bir üst derecedeki mahkeme tarafından da incelenebilmesidir²⁵. Anayasa Mahkemesi de kanun yolunu; “*bir yargı yeri tarafından verilen ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bir kararın, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından incelenmesini sağlayan hukuki bir yol*” olarak tanımlamıştır²⁶. Kanun yolunun amacının ise; “*yargı yerleri tarafından verilen kararların, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkân tanınmak suretiyle daha güvenceli bir yargı hizmeti sunmak*” olduğu yine Mahkemece ifade edilmiştir²⁷.

Kanun yolu kavramı, geniş anlamda kanun yolu ve dar anlamda kanun yolu olarak ele alınmaktadır. Buna göre yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına temyizi de kapsayan geniş anlamda kanun yolu, mahkemelerin uyuşmazlığın esasına ilişkin olsun olmasın, nihai ya da ara karar niteliğindeki tüm kararlarının bir kez daha incelenme imkanının bulunmasıdır²⁸. Dar anlamda kanun yolu ise yalnızca mahkemelerin işten el çekmesi sonucunu doğuran nihai kararlarının yeniden gözden geçirilmesi anlamına gelir²⁹. Doktrinde dar anlamda kanun yollarının karakteristik özelliğinin aktarıcı ve erteleyici etki olduğu ifade edilerek dar anlamda kanun yollarının sadece istinaf ve temyiz, yani olağan kanun yolları

Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda şu şekilde yer verilmiştir: “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 5. fıkrasında, istinaf aşamasında Bölge İdare Mahkemeleri Dava Dairelerince, ilk derece mahkemelerinin kararlarının kaldırılarak yeniden incelenmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesini gerektiren durumların bir kısmı kanunda sayıldığı halde, kanun maddesinde öngörülmeve ve yer almayan, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak yeniden görüşülmek üzere dava dosyasının mahkemesine iadesini gerektiren durumların da olduğu, anılan düzenlemenin yürürlüğü girdiği 20.07.2016 tarihinden bu yana ortaya çıkan uygulamalardan anlaşılmıştır. Olayda olduğu gibi uyuşmazlığın bir kısmı hakkında inceleme yapılmadan hüküm kurulması; öte yandan dava hakkında eksik hüküm kurulması, dava dosyasının tekemmül ettirilmeden uyuşmazlık hakkında karar verilmesi, davanın konusunun hatalı nitelendirilmesi suretiyle yargılama yapılması, duruşma yapılmadan karar verilmesi, dava dilekçesinin reddini veya merciiine tevdiini gerektiren sebeplerin bulunmasına rağmen esas hakkında karar verilmiş olması, dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına veya davanın incelenmeksizin reddine dair kararların hukuka aykırı bulunması, eksik veya yanlış hasımla davanın görülmesi, gerekçe ile hüküm fıkrası arasında uyumsuzluk bulunması, görüşme tutanağı ile kararın çelişkili olması ve benzeri usuli durumlar örnek olarak gösterilebilir.” Bkz. AYM, T. 26.10.2022, E. 2022/89, K. 2022/129. (Kararlar Bilgi Bankası).

²² AYM, T. 26.10.2022, E. 2022/89, K. 2022/129 (Kararlar Bilgi Bankası).

²³ ÖZEKES, Muhammet: “Kanun Yolları”, (Ed.) PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Pekcanitez Usul-Medenî Usûl Hukuku, Cilt 3*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usul, Cilt 3), s. 2151.

²⁴ DEREN YILDIRIM, Nevhis: “Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler”, (Ed.) ÖZEKES, Muhammet: *TBB Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- IV, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 9; ODYAKMAZ, Zehra: *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1993, s. 5-6.

²⁵ KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V*, 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 4483.

²⁶ AYM, T. 03.07.2014, E. 2014/47, K. 2014/123; AYM, T. 04.12.2014, E. 2014/142, K. 2014/182; AYM, T. 16.03.2016, E. 2016/19, K. 2016/17; AYM, T. 01.11.2012, E. 2011/64, K. 2012/168 (Kararlar Bilgi Bankası).

²⁷ AYM, T. 03.07.2014, E. 2014/47, K. 2014/123; AYM, T. 04.12.2014, E. 2014/142, K. 2014/182; AYM, T. 16.03.2016, E. 2016/19, K. 2016/17 (Kararlar Bilgi Bankası).

²⁸ BİLGE, Necip: *Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973, s. 3; ARSLAN, s. 8; AKKAYA, Tolga: *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 53; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1680.

²⁹ BİLGE, s. 3; ARSLAN, s. 9; AKİL, Cenk: *İstinaf Kavramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 35.

olduğu belirtilmiştir³⁰. Bu noktada aktarıcı etkinin uyuşmazlığın bir üst mahkemeye aktarılması, erteleyici etkinin ise uyuşmazlığın kesin bir kararla son bulmasının ertelenmesi şeklinde özetlenmesi mümkündür³¹.

Kanun yoluna başvurma hakkı ise ilgililere Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı kapsamında tanınması gereken bir haktır. Zira 36. madde doğrultusunda yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğünü kullanacak kişilerin haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddialarının kaynağı yine bir mahkeme kararı olabilir³². İki dereceli yargılanma hakkı olarak da ifade edilen bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 no'lu Protokol'ün³³ "Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı" başlıklı 2. maddesi³⁴ uyarınca yalnızca ceza yargılamaları bakımından öngörülmüştür³⁵. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan bu hakkın kapsamını özel hukuk davaları ve idari davaları da içine alacak şekilde genişleterek hukuk devleti bakımından önemli ve olumlu bir adım atmıştır³⁶. Zira gerek ceza yargılaması gerekse medeni ve idari yargılama sonucunda verilmiş olsun, mahkeme kararlarına karşı bu kararı veren yargısal mercinin dışında ve bu merciden daha üst konumdaki bir mahkemeye başvurma imkanının tanınmış olması; hukuki güvenliğin ve içtihat birliğinin sağlanmasına, hukukun yeknesak şekilde uygulanmasına, yargılama kalitesinin artmasına ve somut olay adaletinin gerçekleştirilmesine hizmet edecektir³⁷.

Kanun yoluna başvurma hakkı çerçevesinde hangi kanun yollarına başvurulabileceği ve kanun yolu mercinin neresi olacağı gibi hususlar, kanun koyucu tarafından takdir yetkisi çerçevesinde belirlenir³⁸. Bununla birlikte kanun koyucunun bu takdir yetkisini kullanırken hukukun genel ilkelerine ve Anayasa'daki kurallara, özellikle de hukuk devleti ilkesine ve adil yargılama hakkına uygun hareket etmesi gerekir³⁹. Kanun koyucunun kanun yollarının ve kanun yoluna başvuru usulünün belirlenmesine ilişkin sahip olduğu takdir yetkisi, kuşkusuz, iki ya da üç dereceli bir yargılama sistemi kurulması ya da bazı kararlar bakımından kanun yolunun kapalı tutulması noktasında da geçerlidir. Zira adil yargılanma hakkı kapsamında kanun yoluna başvurma hakkı, istisnasız her mahkeme kararına karşı kanun yolunun açık olması zorunluluğunu içermez⁴⁰. Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrası uyarınca "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması" yargının görevi olup kanun koyucu, davaların uzun sürede sonuçlanmasına yol açacak düzeyde bir kanun yoluna başvuru imkanı sunmaktan kaçınmalıdır. Nitekim gerek adli yargıda gerekse idari yargıda ilk derece mahkemeleri tarafından verilen bazı kararlara karşı istinaf ve temyiz yolu kapalı tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi de mahkemelerce verilen tüm kararlara karşı kanun yolunun açık tutulmasının, kanun yolu mekaniz-

³⁰ ÖZEKES, *Pekcanitez Usul, Cilt 3*, s. 2158; AKKAYA, s. 54, 57; ARSLAN, s. 9-10; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 1680.

³¹ ARSLAN, s. 9-10; BİLGE, s. 7; AKİL, s. 49-50. Aktarıcı ve erteleyici etki hakkında ayrıca bkz. YILDIRIM, Kâmil: *Hukuk Devletinin Gereği İstinaf*, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 35 vd.; AKKAYA, s. 57 vd. *Odyakmaz*, uyuşmazlığın bir üst mahkemeye taşınması ve üst mahkemece incelenmesi talep edilen hükmün kesinleşmesinin engellenmesini kanun yollarının amacı olarak nitelemiştir. Bkz. ODYAKMAZ, s. 7.

³² SEVİNÇ, s. 433.

³³ Protokol, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 28.03.2016 tarih ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla onaylanmıştır. Bkz. 08.04.2016 tarihli ve 29678 sayılı Resmî Gazete.

³⁴ 2. maddenin 1. fıkrasının Adalet Bakanlığı tarafından yapılan tercümesi şu şekildedir: "Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceleme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir." (<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019104748ek7.pdf>, ET: 20.09.2024).

³⁵ Konuya ilişkin bir çalışmaya için bkz. BÜYÜKTAVŞAN, Muhammed Taha: "Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, Sayı 12, s. 279-313.

³⁶ ULUSOY, Ali Dursun: "İdari Yargı'da Temyiz Parasal Sınırı Hakkındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararının Değerlendirilmesi", *Danıştay Dergisi*, 2024, Sayı 157, s. 23.

³⁷ ÖZEKES, *Pekcanitez Usul, Cilt 3*, s. 2151; SEVİNÇ, s. 426.

³⁸ AYM, T. 03.07.2014, E. 2014/47, K. 2014/123; AYM, T. 04.12.2014, E. 2014/142, K. 2014/182 (Kararlar Bilgi Bankası).

³⁹ AYM, T. 03.07.2014, E. 2014/47, K. 2014/123; AYM, T. 04.12.2014, E. 2014/142, K. 2014/182 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁴⁰ AYM, T. 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30 (Kararlar Bilgi Bankası).

masını işlemez duruma getirebileceği endişesini taşımaktadır. Bu gerekçeyle Mahkeme, görece olarak daha önemsiz kararlara karşı kanun yolunun kapalı tutulmasının⁴¹ ya da bazı kararlara karşı istinaf yerine doğrudan temyize başvurulmasına ilişkin düzenlemelerin⁴² Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceğini vurgulamıştır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, kanun yoluna başvurma hakkının etkili şekilde kullanılabilmesi için kanun yolu mercinin incelenen kararı gerektiğinde değiştirme yetkisine sahip olması gerektiğinin de altını çizmiştir.⁴³ Öte yandan kanun yoluna başvurma hakkının sınırsız şekilde kullanılmayacağı da açıktır. Nitekim Anayasa'da kanun yoluna başvurma hakkının birden fazla yargılama aşamasını kapsayacak şekilde tanınmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle bir noktada artık uyuşmazlığın nihayete ermesi ve mahkeme kararının kesinleşmesi; böylelikle kanun yoluna başvurma hakkının kullanımının son bulması gerekir.⁴⁴

6100 sayılı HMK'nın 294. maddesinin 1. fıkrasına göre hüküm, yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai kararı ifade eder. Bu kararlar, uyuşmazlığın esasının incelenmesi sonucu tesis edilen kararlar olup, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasa ilişkin verilen bir mahkeme kararıyla çözümlenmesini temin eder.⁴⁵ Mahkemelerin verdiği tüm kararlar uyuşmazlığın esasına ilişkin olmadığından hüküm niteliğinde değildir; ancak her hüküm bir karardır. Bu bakımdan karar, hükmü de kapsayan bir kavramdır.⁴⁶ Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ise mahkemenin uyuşmazlığın esası hakkında verdiği bir kararın kanun yoluna başvurma hakkı çerçevesinde, kural olarak, daha yüksek bir mahkeme tarafından denetlenmesini gerektirir. Bu yönüyle hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kanun yoluna başvurma hakkının görünümünden biri olduğunu söylemek mümkündür.⁴⁷ Denetlenmesi talep edilen karar, hüküm niteliğinde olmadığı sürece hükmün denetlenmesini talep etme hakkından bahsedilemez. Buna karşılık hüküm niteliği taşımamasına rağmen kanun koyucunun, takdir yetkisi çerçevesinde ilgililere kanun yoluna başvurma imkanı tanıdığı kararlar olabilir. Örneğin; İYUK'un 15. maddesi uyarınca ilk inceleme sonucu verilen kararlar hüküm niteliğinde olmamasına rağmen bu kararlardan bazılarının karşı istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurulabilmektedir. Bununla birlikte gerek kanun yoluna başvurma hakkının gerekse hükmün denetlenmesini talep etme hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının kullanılmasına dönük ortak güvenceler olduğu da açıktır.⁴⁸

C. Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkının Sınırlandırılması

Anayasa Mahkemesi hükmün denetlenmesini talep etme hakkının mutlak bir hak olmadığını; bu nedenle kanun koyucu tarafından Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ölçütler çerçevesinde sınırlanabileceğini belirtmiştir.⁴⁹ Mahkemeye göre hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlanmasına yönelik kuralların; kanunla getirilmesi, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebeplerine dayanması,

⁴¹ AYM, T. 04.12.2014, E. 2014/142, K. 2014/182 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁴² "Bu itibarla, ivedi yargılama usulüne tabi olan davaların bir an evvel kanun yolu incelemesinden geçerek kesin hükümle sonuçlandırılması amacıyla bu davalarda istinaf yoluna başvurunun ortadan kaldırılması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda adil yargılanma ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır." AYM, T. 19.03.2015, E. 2014/146, K. 2015/31 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁴³ AYM, T. 19.03.2015, E. 2014/146, K. 2015/31; AYM, T. 03.07.2014, E. 2014/47, K. 2014/123; AYM, T. 04.12.2014, E. 2014/142, K. 2014/182; AYM, T. 01.11.2012, E. 2011/64, K. 2012/168 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁴⁴ ÖZEKES, *Pekcanutez Usul, Cilt 3*, s. 2151; AYM, T. 03.07.2014, E. 2014/47, K. 2014/123; AYM, T. 04.12.2014, E. 2014/142, K. 2014/182; AYM, T. 01.11.2012, E. 2011/64, K. 2012/168 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁴⁵ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 1668.

⁴⁶ GÜNDÜZ / GÜNDÜZ, s. 15. Ayrıca bkz. TOKGÖZ, Hikmet: *İdari Yargıda Karar ve Hükme Varma Süreci*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. GÜNDÜZ / GÜNDÜZ, s. 15. Doktrinde ayrıca benzer gerekçeyle; hükmün denetlenmesini talep etme hakkıyla kanun yoluna başvurma hakkının aynı anlama gelmediği, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kanun yoluna başvurma hakkının kapsamını daralttığı belirtilmiştir. Bkz. GÜZEL, Oğuzhan: *Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 35.

⁴⁸ GÜNDÜZ / GÜNDÜZ, s. 17; SEVİNÇ, s. 434.

⁴⁹ AYM, T. 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118; AYM, T. 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53 (Kararlar Bilgi Bankası). Hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlanmasına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. AÇIMUZ, Bige: *İdari Yargılama Hukukunda Olağan Kanun Yollarına Başvurunun Sınırlanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 56 vd.

meşru bir amaca yönelik ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir⁵⁰. Bu doğrultuda Mahkeme; öncelikle İYUK'ta istinafa tâbi kararların belirlenmesine ilişkin parasal sınırın her yıl güncellenmesi nedeniyle hangi tarihteki parasal sınır esas alınarak istinafa başvurulabileceğinin kanunda belirli bir açıklıkta ve öngörülebilir bir şekilde düzenlenmesi gerektiğine işaret etmiştir. Bu gereklilik doğrultusunda istinaf kanun yoluna başvuru açısından hangi tarihteki parasal sınırın esas alınacağına açık, net ve tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmediği, dolayısıyla dava konusu kuralların kanunilik şartını taşımadığı gerekçesiyle ilgili düzenlemenin iptaline hükmetmiştir⁵¹.

Anayasa'da hak arama özgürlüğünün düzenlendiği 36. maddede bu özgürlüğün sınırlandırılma sebebi öngörülmemiştir. Dolayısıyla hükmün denetlenmesini talep etme hakkı açısından da Anayasa'da bir sınırlama sebebinin yer almadığı açıktır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğunu ve Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceğini kabul etmektedir⁵². Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının Anayasa'nın 141. maddesinin 4. fıkrasında "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" şeklinde yer alan usul ekonomisi ve makul sürede yargılama ilkeleri doğrultusunda sınırlandırılabilirliği görüşündedir⁵³. Mahkemeye göre usul ekonomisi ve makul sürede yargılama ilkeleri hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlandırmanın dayandığı meşru amacı ortaya koymaktadır⁵⁴. Diğer yandan hükmün denetlenmesini talep etme hakkının meşru bir amaç doğrultusunda sınırlandırılması, sınırlandırmanın Anayasa'ya uygun olması için yeterli değildir. Söz konusu sınırlandırmanın ölçülülük ilkesine de uygun olması gerekir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi, 2020 tarihli bir kararında⁵⁶ 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun uyarınca tesis edilen yüksek miktardaki idari para cezalarına karşı yapılan itirazlar üzerine verilen idare mahkemesi kararlarının kesin olduğuna dair düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, söz konusu kararda hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ölçülülük ilkesine uygun şekilde sınırlandırılmasına yönelik ölçütleri göz önünde bulundurmıştır. Buna göre; hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlanması sonucunu doğuran aracın öncelikle ulaşılmak istenen amacın gerçekleştirilmesini sağlayacak nitelikte, yani amaca ulaşılması bakımından elverişli olması gerekir. Ayrıca amaca ulaşılması için seçilen araç, hükmün denetlenmesini talep etme hakkını en az zedeleyici düzeyde, yani amaca ulaşılması için gerekli ve zorunlu olmalıdır. Bu kapsamda Mahkeme, daha hafif sınırlama teşkil eden aracın tercih edilmesi halinde öngörülen amaç gerçekleşmeyecek ise daha ağır sınırlama oluşturan aracın seçimi hususundaki tercihin Anayasa'ya aykırı olmayacağını belirtmiştir. Son olarak hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik sınırlamaların orantılı olması gerektiğini vurgulayan Mahkemeye göre bu hakkın sınırlanması bakımından orantılılık, getirilen sınır-

⁵⁰ AYM, T. 26.10.2023, E. 2023/81, K. 2023/184; AYM, T. 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁵¹ AYM, T. 26.10.2023, E. 2023/81, K. 2023/184 (Kararlar Bilgi Bankası). Bu kararın ardından İYUK'un ek 1. maddesinde 28.07.2024 tarih ve 7524 sayılı Kanun'un 54. maddesiyle değişiklik yapılmıştır. Buna göre ek 1. maddenin başlığı "Parasal sınırların artırılması" olarak belirlenmiş ve maddeye 2. fıkr eklenmiştir. Eklenen 2. fıkr şu şekildedir: "*17 nci madde uyarınca duruşma yapılmasının zorunlu olduğu davaların belirlenmesinde davanın açıldığı; 45 inci ve 46 ncı maddeler uyarınca istinaf veya temyiz yoluna başvurulabilecek kararların belirlenmesinde ise ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesince nihai kararın verildiği tarihteki parasal sınır esas alınır. Ancak nihai karar tarihinden sonra parasal sınırlarda meydana gelen artış, bölge idare mahkemesinin kaldırma veya Danıştayın bozma kararı üzerine yeniden bakılan davalarda uygulanmaz.*" Bkz. 02.08.2024 tarihli ve 32620 sayılı Resmî Gazete. Ayrıca idari yargılama hukukundaki parasal sınırlara ilişkin bir çalışma için bkz. YILDIZ, Hilal: "Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2023, Sayı 168, s. 199-226.

⁵² Bu kararlardan bazıları için bkz. AYM, T. 20.07.2022, E. 2022/22, K. 2022/92; AYM, T. 13.11.2014, E. 2013/95, K. 2014/176; AYM, T. 14.05.2015, E. 2014/177, K. 2015/49; AYM, T. 27.12.2023, E. 2018/95, K. 2023/221; AYM, T. 04.08.2022, E. 2021/128, K. 2022/68; AYM, T. 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30; AYM, T. 30.11.2023, E. 2023/101, K. 2023/207 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁵³ AYM, T. 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁵⁴ AYM, T. 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁵⁵ AYM, T. 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53; AYM, T. 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁵⁶ AYM, T. 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53 (Kararlar Bilgi Bankası).

lamayla ulaşılmak istenen meşru amaç ile hükmün denetlenmesi sonucu ortaya çıkacak bireysel yarar arasında makul bir dengenin kurulmasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle sınırlama sonucunda hedeflenen amaca ulaşıldığında elde edilecek kamusal yararlar kıyaslandığında, sınırlama sonucu kişiye yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olmaması gerekir. Hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamanın orantılı olup olmadığı tespit edilirken hükmün içeriği ile kişinin hak ve menfaatleri üzerinde meydana getirdiği etki ve sınırlamanın gerekçesini oluşturan meşru amacın niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesine ilişkin yaptığı bu açıklamalar doğrultusunda dava konusu düzenlemeyi hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantısız bir sınırlama getirdiği gerekçesiyle iptal etmiştir⁵⁷.

Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yapılan sınırlandırmayı orantılılık kriteri çerçevesinde ele aldığı bir diğer karar ise İYUK'un 46. maddesinde yer alan ve temyiz kanun yoluna başvuru için aşılması gereken parasal sınırın belirlendiği düzenlemenin iptali istemi üzerine verilmiştir⁵⁸. İptali istenen düzenleme, bölge idare mahkemelerince yalnızca konusu beş yüz seksen bir bin Türk lirasının⁵⁹ üzerindeki davalar sonucu verilen hükümlere karşı temyiz yoluna başvurulabilmesine yöneliktir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle, iptali istenen düzenleme uyarınca konusu beş yüz seksen bir bin Türk lirasının altında kalan davalara ilişkin olarak bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırmak suretiyle işin esası hakkında vermiş olduğu kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamayacağına işaret etmiştir. Mahkemeye göre bu durum, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik bir sınırlama teşkil etmektedir. Bu tespitten sonra usul ekonomisi ve makul sürede yargılama ilkeleri açısından önemsiz sayılabilecek bazı davalarda verilen kararların kesin olmasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına aykırılık teşkil etmeyeceği, Mahkemece hatırlatılmıştır. Ayrıca Mahkeme, ilk derece mahkemesi kararlarına karşı yapılan istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararların kesin olmasının da hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ihlali anlamına gelmeyeceği görüşündedir. Bununla birlikte bölge idare mahkemesince istinaf başvurusu kabul edilerek ilk derece mahkemesinin iptal kararının kaldırılması ve işin esası hakkında yeniden karar verilmesi halinde bölge idare mahkemesinin ilk elden verdiği bu karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ihlali sonucunu doğurabilecektir⁶⁰. Zira Mahkemeye göre, konusu istinaf sınırının üzerinde olup beş yüz seksen bir bin Türk lirasının altında kalan uyuşmazlıkların tamamının tutar açısından önemsiz olduğunu söylemek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi, tutarı itibarıyla önemsiz olduğu kabul edilemeyecek vergi, tam yargı veya iptal davalarında, ilk kez bölge idare mahkemesince davacı aleyhine bir hüküm kurulması durumunda, iptali istenen kural nedeniyle bu hükmün denetlenememesinin kişilere aşırı külfet yükleyeceğini belirtmiştir. Öte yandan kararda Danıştayın iş yükünün azaltılması amacı ile davacıların hükmün denetlenmesini talep etme haklarını kullanmadaki menfaatleri arasındaki dengenin davacılar aleyhine bozulacağı vurgulanmıştır⁶¹. Bu doğrultuda Mahkeme, konusu beş yüz seksen bir bin Türk lirasının altında kalan davalarda ilk kez davacılar aleyhine hüküm kuran bölge idare mahkemesi kararına karşı temyiz

⁵⁷ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "Yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacıyla da olsa bu denli yüksek idari para cezalarını konu alan hükümlerin denetime tabi kılınmamasının kişiye aşırı bir külfet yükleyeceği açıktır. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin denetime kapalı tutulmasıyla kişiye yüklenen külfet, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amaçlarıyla haklı kılınmaz. Başka bir deyişle belirtilen nitelikteki hükümlerin denetletilmesi vasıtasıyla elde edilecek bireysel yarar, makul sürede yargılama hakkı ve usul ekonomisi ilkesine feda edilemez. Bu itibarla itiraz konusu kural, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantısız bir sınırlama getirmektedir."

⁵⁸ AYM, T. 26.07.2023 E. 2023/36, K. 2023/142 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁵⁹ Beş yüz seksen bir bin Türk lirası, İYUK'un 46. maddesi uyarınca belirlenen, karar tarihindeki güncel parasal temyiz sınırını ifade etmektedir.

⁶⁰ Bu noktada *Ulusoy*'un da işaret ettiği üzere; bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını hukuka aykırı bularak yeni ve farklı bir karar vermesi durumunda da, aslında, uyuşmazlığın esası hakkında biri ilk derece mahkemesi, diğeri istinaf mahkemesi tarafından yürütülen iki dereceli bir yargılama gerçekleşmiş olacaktır. Bkz. ULUSOY, s. 22.

⁶¹ Buna karşılık, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlanmasında herhangi bir mahkemenin iş yükünün azaltılması amacının meşru görülemeyeceği de savunulmuştur. Bkz. USTA, s. 281.

kanun yoluna başvurulamamasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına orantısız bir sınırlama getirdiği gerekçesiyle dava konusu düzenlemeyi iptal etmiştir⁶².

Anayasa Mahkemesi, bu kararında konusu beş yüz seksen bir bin Türk lirasının altında kalan davalar bakımından bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak ilk kez davacılar aleyhine hüküm kurmuş olmasını belirleyici kriter olarak kabul etmiştir. Buna göre bölge idare mahkemesinin ilk kez davalı idare aleyhine karar vereceği durumlarda hükmün denetlenmesini talep etme hakkına ilişkin güvenceler devreye girmeyecektir. Anayasa Mahkemesinin bu tutumu, davanın tarafları arasında ayırım yaparak davacı lehine bir tercihte bulunduğunu ve davalı tarafın adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden mahrum kalmasını önemsemediğini gösterir⁶³. Halbuki ilk derece mahkemesinin açılan davayı reddettiği durumlarda davacıların istinafa başvurmaları sonucu bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak davalı idare aleyhine karar vermesi ihtimali de söz konusu olabilir. Bu durumda bölge idare mahkemesi, ilk kez davalı idare ve varsa davalı idare yanında müdahil olarak uyuşmazlığa katılan gerçek ya da tüzel kişiler aleyhine bir hüküm kurmuş olur. Nitekim idari yargıda kamu görevlilerinin atanması ya da imar uyuşmazlıklarında olduğu gibi, idari işlemin iptali sonrası ortaya çıkan sonuçtan 3. kişilerin daha fazla etkilenmesi durumuna sıkça rastlanılmaktadır⁶⁴. Bu nedenle idari davalarda bilhassa idarenin yanında davaya katılan bu kişilerin hak arama özgürlüğünden ve dolayısıyla hükmün denetlenmesini talep etme hakkından yararlandırılması gerekliliği göz ardı edilmemelidir. Bu husus, uyuşmazlığın taraflarına eşit muamelede bulunarak taraflar arasında ayırım yapılmasının önlenmesi, yargı mercinin tarafsızlığı yönünde bir izlenimin oluşması ve silahların eşitliği ilkesi doğrultusunda hareket edilmesi bakımından önem arz eder⁶⁵. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin silahların eşitliği ilkesini dikkate almaksızın, yalnızca davacı tarafın lehine bir bakış açısıyla oluşturduğu ve hükmün denetlenmesini talep etme hakkının yalnızca davacılar için tanınmış bir hak olmadığı gerçeğini göz ardı ederek ortaya koyduğu bu gerekçenin eksik ve yetersiz olduğu vurgulanmalıdır⁶⁶.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra İYUK'un temyize tâbi uyuşmazlıkların sayıldığı 46. maddesine 28.07.2024 tarih ve 7524 sayılı Kanun'un⁶⁷ 53. maddesiyle yeni bir bent eklenmiştir. Buna göre; *“konusu iki yüz yetmiş bin Türk lirasını aşmış dokuz yüz yirmi bin Türk lirasını aşmayan; vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan ve istinaf kanun yolu incelemesinde kaldırma kararı üzerine yeniden karar verilen davalar”* temyiz yolu açık uyuşmazlıklar arasına dahil edilmiştir. Görülmektedir ki kanun koyucu, konusu iki yüz yetmiş bin Türk lirası ile dokuz yüz yirmi bin Türk lirası arasında kalmak kaydıyla bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak gerek davacı aleyhine gerekse davalı idare aleyhine verdiği tüm kararlara karşı temyiz yolunu açık tutmuştur. Kanun koyucunun bu düzenlemede, bölge idare

⁶² Anayasa Mahkemesi, bir diğer kararında 6100 sayılı HMK'nın “İstinaf yoluna başvurulabilen kararlar” başlıklı 341. maddesinde yer alan *“Miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir.”* şeklindeki kuralın; davaların makul süre içinde sonuçlandırılmasına yönelik ve usul ekonomisi ilkesi doğrultusunda bir amaç taşıdığını ve bu amaca ulaşılması bakımından elverişli olduğunu vurgulamıştır. Kararda Mahkeme, ön alım hakkından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde sürenin ve usul ekonomisinin yargılama sürecindeki önemi ile belirlenen parasal sınırın davanın taraflarının ekonomik ve sosyal güvenliğini tehlikeye düşürmeyecek düzeyde olduğuna dikkat çekmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, iptali istenen kuralın amacı ile hükmün denetlenmesine getirilen sınırlama arasında makul dengenin gözetildiği gerekçesiyle dava konusu yasal düzenlemenin orantısız bir sınırlamaya neden olmadığına hükmetmiştir. Bkz. AYM, T. 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁶³ ULUSOY, s. 26.

⁶⁴ ULUSOY, s. 27.

⁶⁵ ULUSOY, s. 26-27.

⁶⁶ *“Anayasa’da ilk derece mahkemesi hükmünün başka bir yargı mercii tarafından denetimi üzerine verilen hükmün sanık lehine veya aleyhine olması bakımından herhangi bir ayırım yapılmamış, hükmün bir defa denetlenmesi yeterli kabul edilmiştir.”* AYM, T. 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118 (Kararlar Bilgi Bankası), *Hicabi Dursun*'un karşı oy gerekçesi; *“Anayasa’da teminat altına alınan kişinin aleyhine verilen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından gözden geçirilmesini ve denetlenmesini talep hakkı (§ 12) değil, ilk derece mahkemesince verilen hükmün denetlenmesini talep hakkıdır. Anayasa’da denetim neticesinde verilecek hükmün davacı, davalı, sanık veya mağdur lehine ya da aleyhine olması bakımından herhangi bir ayırım gözetilmemiştir.”* AYM, T. 27.12.2018, E. 2018/71, K. 2018/118, *Rıdvan Güleç*'in karşı oy gerekçesi (Kararlar Bilgi Bankası).

⁶⁷ Vergi Kanunları İle Bazı Kanunlarda Ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 02.08.2024 tarihli ve 32620 sayılı Resmî Gazete.

mahkemesinin konusu ilgili parasal sınırlar içinde kalan uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemesinin kararını kaldırması üzerine temyiz yoluna başvurulabilmesi yönündeki tercihinin hükmün denetlenmesini talep etme hakkına daha geniş bir uygulama alanı tanınması bakımından isabetli olduğu ifade edilmelidir.

II. İDARE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNDE BİRDEN ÇOK HAKİMİN REDDİ SONRASI ORTAYA ÇIKABİLECEK DURUMLAR

İYUK'un 57. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bölge idare mahkemesi ile idare ve vergi mahkemesi başkan ve üyelerinin reddi istemi, reddedilen başkan ve üyenin katılmadığı bölge idare, idare ve vergi mahkemesince incelenir. 57. maddenin 3. fıkrasına göre ise idare ve vergi mahkemelerinde reddi istenen başkan ve üye sayısının birden çok olduğu durumlarda istem bölge idare mahkemesince; bölge idare mahkemelerinde reddi istenen başkan veya üyenin birden çok olması durumundaysa Danıştay tarafından incelenecektir.

57. maddedeki, hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından özellikle ele alınması gereken düzenleme ise 4. fıkrada yer almaktadır. Buna göre, idare ve bölge idare mahkemelerinde reddi istenen başkan ve üyenin birden çok olduğu durumlarda bu istemlerin bölge idare mahkemesi ve Danıştay tarafından yerinde görülmesi durumunda işin esası hakkında da bölge idare mahkemesi ve Danıştay tarafından karar verilir. Örneğin; Ankara İdare Mahkemesinin yetkili olduğu bir davada birden çok üyesi ve başkanı hakkında ret isteminde bulunulduğunda bu istem Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından incelenir. Aynı şekilde Ankara Bölge İdare Mahkemesinin bakmakta olduğu bir davada birden çok üye ve başkan hakkında ret isteminde bulunulduğunda da bu istem Danıştay tarafından incelenir. Ankara Bölge İdare Mahkemesinin ve Danıştayın hakim reddi istemlerini yerinde bulması halinde İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrası uyarınca işin esası hakkında da bu mahkemeler karar verir. Bu örneklerle uygulamada çok sık rastlanmasa da hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından önemli sorunların doğma potansiyeli⁶⁸ dikkate alınarak çeşitli ihtimaller doğrultusunda konuya ilişkin çözüm önerilerinde bulunmak mümkündür.

A. Bölge İdare Mahkemesinin İşin Esası Hakkında Karar Vermesi

İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrası uyarınca idare mahkemelerinde haklarında ret istemi bulunan başkan ve üyenin birden çok olduğu durumlarda bu istemlerin bölge idare mahkemesi tarafından yerinde görülmesi üzerine işin esası hakkında da bölge idare mahkemesinin karar verecek olması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından önem arz etmektedir. Zira bu ihtimalde, idari yargıdaki mevcut kanun yolları sistemi kapsamında ve istinaf yolu açık uyuşmazlıklarda istinaf incelemesini yapmakla görevli olan bölge idare mahkemesi ilk derece incelemesi yapacak⁶⁹; dolayısıyla da mahkemenin görevi değişecektir⁷⁰. Konunun, uyuşmazlık kapsamında verilen ilk derece mahkemesi kararına karşı kanun yollarının açık ya da kapalı olması gibi ihtimaller doğrultusunda ayrı ayrı ele alınması isabetli olacaktır. Kuşkusuz, idare mahkemesi kararına karşı hem istinaf hem temyiz yolunun kapalı olduğu uyuşmazlıklarda hakim reddi talebinin kabulü üzerine ilk derece yargılamasını bölge idare mahkemesinin yapmış olması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından herhangi bir hukuki sorun doğurmaz. Zira bu ihtimalde uyuşmazlığın esası bir defa incelenecek ve bu inceleme sonucu verilecek karar kesin nitelikte olacaktır. Bununla birlikte gerek istinaf yolu açık, temyiz yolu kapalı uyuşmazlıklar gerekse hem istinaf hem temyiz yolu açık uyuşmazlıklar bakımından işin esasına bölge idare mahkemesinin bakacak olması, istinaf mercinin ilk derece yargılaması yapması anlamı taşır ki bu durum aynı zamanda hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik bir kısıtlamayı beraberinde

⁶⁸ KAPLAN, s. 80.

⁶⁹ KARAVELİOĞLU, Celal: *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 1655.

⁷⁰ KARAHANOGULLARI, Onur: *İdari Yargı-İdarenin Hukuka Zorlanması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 84. Aynı yönde bkz. YENİCE, Kazım / ESİN, Yüksel: *İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 753.

getirir⁷¹. Çünkü bu ihtimalde Danıştayın da istinaf incelemesi yapması gerekecektir. Bu nedenle yapılacak yasal düzenlemeyle idare mahkemesinin birden çok üyesi ve başkanının reddine karar verilmesi üzerine işin esasına bölge idare mahkemesi yerine, aynı yerdeki bir diğer idare mahkemesinin veya bölge idare mahkemesinin yargı çevresindeki diğer bir idare mahkemesinin bakması sağlanabilir⁷². Bu durumda hem istinaf hem temyiz aşamasında hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kullanımına yönelik herhangi bir sınırlama söz konusu olmaz.

1. İstinaf Yolu Açık Temyiz Yolu Kapalı Uyuşmazlıklar

İstinaf yolu açık, temyiz yolu kapalı uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda idare mahkemesinin birden çok üyesi ve başkanının reddine karar verilmesi üzerine işin esasına bölge idare mahkemesinin bakması uygulamasının devam etmesi ise yine hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik bir sınırlamayı beraberinde getirebilir. Zira bu durumda bölge idare mahkemesinin işin esasına yönelik vereceği karar her ne kadar ilk derece yargılaması sonucunda verilmiş olsa da bu, esasında, söz konusu kararın istinaf incelemesini yapmakla görevli olan merci tarafından verilmesi anlamına gelir. Böylece bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği karar aleyhine olan davacı ya da davalı tarafın, bu kararın bir üst mahkeme tarafından yeniden incelenmesini talep etme imkanı ortadan kalkar ve hükmün bir üst mahkemece denetlenmesi mümkün olmaz. Bu durumda İYUK'un 27. maddesinin 7. fıkrasında yer alan, bölge idare mahkemelerinin verdiği yürütmenin durdurulması kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine itiraz edilmesi şeklindeki düzenleme yol gösterici olabilir. Bu düzenlemeye benzer şekilde ilk derece yargılamasında işin esasına bölge idare mahkemesinin baktığı durumlarda, yapılacak yasal düzenlemeyle istinaf incelemesinin üyeleri reddedilen idare mahkemesinin yargı çevresine dahil olduğu bölge idare mahkemesine en yakın bölge idare mahkemesi tarafından gerçekleştirilmesi düşünülebilir⁷³. Böylece istinaf yolu açık uyuşmazlıklarda istinaf incelemesini yapmakla görevli mercinin aynı zamanda ilk derece yargılamasını yapması şeklinde ortaya çıkabilecek olan, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlanmasına yönelik hukuki sakınca bertaraf edilmiş olur. Bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla yaptığı yargılamanın istinaf aşaması en yakın bölge idare mahkemesi tarafından gerçekleştirildiğinde her ne kadar iki aynı düzeydeki mahkemedeki birinin ilk derece birinin istinaf incelemesi yapması söz konusu olsa da iki ayrı mahkemenin iki ayrı yargısal aşamaya ilişkin hüküm vermesinin sağlanması, ilgililerin hükmün denetlenmesini talep etme hakkının korunması bakımından önemlidir. Bu kapsamda iki farklı bölge idare mahkemesinin iki ayrı yargısal aşamaya ilişkin karar vermesi, kanun yollarının aktarıcı etkisinin göz ardı edildiği bir istisna olarak düşünülebilir. İşin esasına ilk derece yargılaması kapsamında bölge idare mahkemesi tarafından bakılması ihtimalinde kanun yollarının aktarıcı etkisinin tam olarak gerçekleşmesi içinse uyuşmazlığın istinaf incelemesini bir üst mahkeme olan Danıştayın yapması gerektiği de savunulabilir. Bu yönde bir yasal değişikliğin hayata geçirilmesi durumunda gerek kanun yollarıyla ulaşılmak istenen amaca ulaşmak bakımından daha elverişli bir usul tercih edilmiş olacak gerekse hükmün denetlenmesini talep etme hakkının daha etkin şekilde kullanımı gerçekleşebilecektir.

2. Temyize Tâbi Uyuşmazlıklar

İYUK'un 46. maddesi uyarınca temyiz yolu açık uyuşmazlıklar açısından ise durum biraz daha farklıdır. Bu ihtimalde Danıştayın, bölge idare mahkemesinin birden çok üyesi ve başkanının reddi istemini kabulü üzerine işin esası hakkında ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği karara karşı kanun

⁷¹ Yenice ve Esin konuya ilişkin sordukları: "Sırf iki idare veya vergi mahkemesi hakimi çekindiği veya hakimin reddi istemi kabul olunduğu için bölge idare mahkemesi esasın karar vermek durumunda kaldığından ilgililer temyiz hakkından, davayı bir kere de Danıştay'a götürmekten yoksun mu olacaklardır?" sorusuna cevaben "Soruya yazık ki olumlu bir yanıt veremiyoruz." ifadesini kullanmışlardır. Bkz. YENİCE / ESİN, s. 753.

⁷² Örneğin; birden çok üyesi ve başkanının reddine karar verilen Ankara 1. İdare Mahkemesinde görülen bir uyuşmazlığın esasına Ankara Bölge İdare Mahkemesinin değil Ankara 2. İdare Mahkemesinin bakması gibi. Bu durumda ret istemini inceleyecek olan bölge idare mahkemesinin, uyuşmazlığın esasına hangi idare mahkemesinin bakacağına da karar vermesi gerekir. Aynı yönde bkz. KAPLAN, s. 80.

⁷³ Aynı yönde bkz. KAPLAN, s. 80.

yoluna başvurulması durumunda yapacağı inceleme, doğal olarak ikinci aşama bir kanun yolu incelemesi olacaktır⁷⁴. Bu noktada 46. maddede yer alan “*Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin aşağıda sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar, başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi Danıştayda, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir.*” şeklindeki düzenleme dikkat çekicidir. Zira bu düzenleme doğrultusunda Danıştay dairelerinin ikinci derece kanun yolu incelemesi kapsamında vereceği kararların temyiz incelemesinin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) tarafından yapılması mümkün olabilir. Bu düzenleme her ne kadar Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı uyuşmazlıkların temyiz incelemesinin Danıştayda yapılmasına yönelikse de burada Danıştay dairesinin vereceği karar nihai bir karar olacağından, 46. madde uyarınca kararın temyiz incelemesinin İDDK tarafından yapılması önünde bir engel yoktur. Bununla birlikte İDDK’nın böyle bir işlev üstlenebilmesi için 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 38. maddesinde yapılacak değişiklikle İDDK’ya, temyiz yolu açık uyuşmazlıklarda Danıştayın istinaf merci sıfatıyla baktığı uyuşmazlıklar sonucu verdiği kararları da temyizen inceleme görevi verilmelidir. Zira söz konusu madde uyarınca İDDK, halihazırda ısrar kararları ile Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı uyuşmazlıklar kapsamında verdiği kararları temyizen inceleyebilmektedir. Aksi takdirde yani İDDK’ya böyle bir görev verilmemesi durumunda, her ne kadar Danıştayın ilgili dairesi tarafından yapılan bir temyiz incelemesi mevcut olsa da idari yargıda yürürlükte bulunan kanun yolu sistemi bakımından üç dereceli bir yargılamanın öngörüldüğü bir uyuşmazlık, bölge idare mahkemesi ve Danıştayın ilgili dairesinin kararı sonrası; yani iki aşamalı bir yargılama sonucu kesin bir kararla sonuçlanmış olur. Bu ise hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kanun koyucunun bu yönde açık bir iradesi olmadığı halde zorunlu olarak kısıtlanması anlamına gelir.

Diğer yandan birden çok üye ve başkanın reddi isteminin kabulü üzerine bölge idare mahkemesi, her ne kadar ilk derece mahkemesi sıfatıyla karar verecek olsa da bu kararlara karşı da 46. madde uyarınca doğrudan Danıştayda temyize gidilebilmesi söz konusu olabilir. Zira 46. maddede, maddenin 1. fıkrasına 2024 yılında eklenen (c) bendi⁷⁵ hariç, bölge idare mahkemelerinin temyiz yolu açık kararlarına ilişkin, bu kararların istinaf incelemesi sonucu verilmesi şartı aranmamıştır. Dolayısıyla istinaf incelemesi kapsamında verilmeyen bir bölge idare mahkemesi kararının da 46. madde uyarınca temyiz edilmesi mümkündür.

Bir başka husus temyiz incelemesinin kapsamıyla ilgilidir. Danıştay, İYUK’un 46. maddesi uyarınca bir temyiz incelemesi yaptığı uyuşmazlığın esasına girmeksizin yalnızca hukukilik denetimiyle sınırlı bir inceleme yaparak bozma ya da onama kararı vermektedir⁷⁶. Bu durum 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 23. maddesine 2016 yılında eklenen “*Danıştayın temyiz mercii olarak görevi, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlıdır.*” cümlesiyle de yasal olarak ifade edilmiştir. İşte bölge idare mahkemesinin İYUK’un 57. maddesinin 4. fıkrası uyarınca ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı temyiz yolu açık uyuşmazlıklar bakımından yasal değişikliğe gidilerek istinaf incelemesini yapmak üzere Danıştay ya da başka bir bölge idare mahkemesi görevlendirilmediği sürece Danıştay, ancak temyiz merci sıfatıyla yargısal denetim yapabilecek ve dolayısıyla işin esasının bir kez daha incelenmesi mümkün olmayacaktır⁷⁷. Zira bu durumda Danıştay, 2575 sayılı Kanun’un 23. maddesi uyarınca ancak

⁷⁴ Danıştay, 12. D, T. 24.10.2023, E. 2021/1848, K. 2023/5232 (www.kazanci.com.tr, ET: 22.09.2024): “*2577 Sayılı Kanun’un 57. maddesine göre davaya bakmaktan çekinme istemi kabul edilerek Danıştayda çözümlenmesine karar verilen dosyalarda yapılacak inceleme, 2577 Sayılı Kanun’un 49. maddesi uyarınca temyiz incelemesi değil, 45. maddesi uyarınca itiraz incelemesidir.*”

⁷⁵ Fıkra 2024 yılında 7524 sayılı Kanun’la eklenen (c) bendi şu şekildedir: “*Konusu iki yüz yetmiş bin Türk lirasını aşup dokuz yüz yirmi bin Türk lirasını aşmayan; vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan ve istinaf kanun yolu incelemesinde kaldırma kararı üzerine yeniden karar verilen davalar.*”

⁷⁶ ÇINARLI, Serkan: *İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 23; KAPLAN, s. 582.

⁷⁷ Bu noktada Anayasa Mahkemesinin ilk kez davacı taraf aleyhine hüküm kuran bölge idare mahkemesi kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı olmasını hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ihlali olarak değerlendirdiği içtihadı hatırlanmalıdır. Bkz. AYM, T. 26.07.2023 E. 2023/36, K. 2023/142 (Kararlar Bilgi Bankası).

hukukilik denetimi yapabilecektir. Bu nedenle istinaf incelemesi yapmak üzere farklı bir görevlendirme yapılmadığı sürece, işin esasının bir kez daha incelenebilmesi için kanun koyucu, tıpkı İYUK'un 20/A ve 20/B maddelerinde olduğu gibi Danıştaya, temyiz başvurusunu kabul etmesi durumunda gerekli inceleme ve tahkikatı yapıp esas hakkında yeniden karar verme yetkisi tanınmalıdır⁷⁸. Aksi takdirde işin esasının bir ya da iki defa incelenmesi kanun koyucunun takdir yetkisinde olmakla birlikte idari yargıdaki kanun yolu sistemi doğrultusunda uyuşmazlığın esasının iki kez incelenemediği, üç dereceden oluşan bir yargılama sistemine tâbi bir uyuşmazlık, kanun koyucunun açık bir iradesi olmaksızın zorunlu olarak uyuşmazlığın esasının ancak bir kez incelenemediği, iki dereceli bir yargılama sonucunda kesin çözüme kavuşmuş olur. Bu durumun ise hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kullanımı bakımından olumsuz sonuçlara yol açacağı açıktır.

B. Danıştayın İşin Esası Hakkında Karar Vermesi

Bölge idare mahkemesinin görevli olduğu bir uyuşmazlıkta mahkemenin birden çok üyesi ve başkanı hakkında gerçekleşen ret isteminin Danıştay tarafından kabul edilmesi durumunda İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrası uyarınca işin esası hakkında da Danıştay tarafından karar verileceği ifade edilmişti. Danıştayın işin esası hakkında karar vermesi sonucu ortaya çıkabilecek sorunların, hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından farklı ihtimaller göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekir.

1. Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Nitelikte Verdiği Kararlar

Bilindiği üzere bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi yaptığı uyuşmazlıklar hariç, görevli olduğu uyuşmazlıklar sonucu vereceği kararlar mevcut düzenlemeler doğrultusunda kesin niteliktedir. Bu nedenle bu konularda işin esası hakkında Danıştayın karar vermesi, hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından herhangi bir sorun teşkil etmez. Zira bu uyuşmazlıklarda ilgililerin kanun yoluna başvurma ya da hükmün denetlenmesini talep etme hakkı zaten bulunmamaktadır. Aynı şekilde bölge idare mahkemesinin istinaf incelemesi yaptığı ve temyiz yolu kapalı uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda da bölge idare mahkemesi kesin nitelikte kararlar vermektedir. Bu nedenle bu ihtimalde de birden çok üye ve başkanın reddi isteminin kabulü halinde Danıştayın işin esası hakkında kesin bir karar vermesinin hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından herhangi bir sakıncası bulunmadığı belirtilmelidir.

2. Bölge İdare Mahkemelerinin Temyiz Yolu Açık Kararları

Bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi yaptığı ve temyiz yolu açık uyuşmazlıklarda Danıştay tarafından birden çok üye ve başkanın reddi isteminin kabulü halinde işin esası hakkındaki kararı da Danıştay vereceği için bu ihtimal üzerinde ayrıca durulmalıdır. Zira bu durumda Danıştayın işin esası hakkında vereceği karara karşı kanun yoluna başvurmak isteyen tarafların bu isteklerini sunabilecekleri farklı bir idari yargı merci bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu durum gerçekleştiğinde işin esasına Danıştay yerine, üye ve başkanları reddedilen bölge idare mahkemesine en yakın bölge idare mahkemesinin bakması yönünde bir değişiklik yapılabilir. Öte yandan bu durumda işin esasına Danıştay yerine bölge idare mahkemesi tarafından bakılmasını sağlayacak bir çözüm de 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3/B maddesindeki⁷⁹ düzenleme doğrultusunda hayata geçirilebilir. Bunun için bölge idare mahkemesi başkanının, üyeleri ve başkanı reddedilen daireye diğer dairelerden kıdem ve sıraya göre üye görevlendirmek suretiyle daireyi yeniden teşekkül ettirmesi gerekli ve yeterli olacaktır. Böylelikle birden çok üyesi ve

⁷⁸ Bu durum, Türk idari yargılama hukukunda yalnızca ivedi yargılama usulü ile merkezî ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü için kabul edilmiş olan "atlamalı/sıçramalı temyiz" usulünün uygulama alanının genişletilmesi anlamına gelir.

⁷⁹ 2576 sayılı Kanun'un 3/B maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir: "Bölge idare mahkemesi başkanının görevleri şunlardır:

... (h) Hukuki veya fiili nedenlerle bir dairenin kendi üyeleri ile toplanamadığı hâllerde ilgisine göre diğer dairelerden kıdem ve sıraya göre üye görevlendirmek."

başkanının reddine karar verilen bölge idare mahkemesinin ilgili dairesinin yeni başkan ve üyeleriyle istinaf incelemesi yapmasının önünde bir engel kalmayacaktır. Ayrıca bu durumda başkan ve üyeleri reddedilen bölge idare mahkemesinin, varsa eğer, farklı bir dairesinin istinaf incelemesini yapmakla görevlendirilmesine ilişkin yasal bir düzenlemenin yapılabileceği de açıktır.

Diğer yandan bölge idare mahkemelerinde birden çok üye ve başkanın reddine karar verilmesi ihtimalinde işin esasına Danıştayın bakması yönündeki iradenin devam etmesi durumunda ise Danıştay dairesinin verdiği kararın temyiz incelemesinin Danıştay İDDK tarafından yapılması da yine bir çözüm olarak düşünülebilir. Ancak bunun için bir önceki başlıkta ifade edildiği üzere 2575 sayılı Kanun'un 38. maddesinde değişiklik yapılarak temyiz merci olarak İDDK'nın görev alanı genişletilmelidir. Böylece bölge idare mahkemelerinin temyiz yolu açık kararlarında ilgililerin hükmün denetlenmesini talep etme hakları kısıtlanmadan temyize başvurma imkanları korunmuş olur. Aksi takdirde bölge idare mahkemesinin birden çok üyesi ve başkanı hakkında gerçekleşen hakim reddi isteminin Danıştay tarafından kabul edilmesi durumunda Danıştayın işin esası hakkında vereceği hükmün farklı bir mahkeme tarafından denetlenmesi mümkün olmaz. Bu durumda da idari yargıda yürürlükte bulunan kanun yolu sistemine göre üç dereceden oluşan bir yargılama süreci zorunlu olarak iki dereceye düşeceğinden ilgililerin hükmün denetlenmesini talep etme hakkı sınırlanmış olur.

III. HÜKMÜN DENETLENMESİNİ TALEP ETME HAKKI SINIRLANDIRILIRKEN UYULMASI GEREKEN ÖLÇÜTLER AÇISINDAN KONUNUN ELE ALINMASI

İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrası uyarınca idare ve bölge idare mahkemelerinde reddi istenen başkan ve üyenin birden çok olduğu durumlarda bu istemlerin bölge idare mahkemesi ve Danıştay tarafından yerinde görülmesi üzerine işin esası hakkında da yine bu mahkemeler tarafından karar verilmesi, yukarıda izah edildiği üzere, bazı durumlarda hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlanması anlamına gelebilecektir. Bu noktada öncelikle hükmün denetlenmesini talep etme hakkının mutlak bir hak olmadığını ve Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütlere uygun şekilde sınırlandırılabilmesini hatırlamak gerekir. Öte yandan gerek hak arama özgürlüğü gerekse adil yargılanma hakkıyla arasındaki kuvvetli ilişki göz önünde bulundurularak bu hakkın sınırlanmasına yönelik yasal düzenlemelerin mümkün olduğunca hak sahipleri lehine geniş yorumlanması gerekliliği de vurgulanmalıdır.⁸⁰

Anayasa Mahkemesinin hükmün denetlenmesini talep etme hakkına müdahale niteliğindeki yasal düzenlemeler hakkında verdiği kararlarda meşru amaç, kanunilik ve ölçülülük yönünden bir denetim yaptığı daha önce vurgulanmıştı. Bu kapsamda İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemenin bu üç kriter açısından ele alınması, Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir sınırlandırmanın mevcut olup olmadığının tespiti açısından belirleyici olacaktır.

A. Meşru Amaç

İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrasına göre bölge idare mahkemesi ya da Danıştay, birden çok üye ya da başkanın reddi istemini kabul ettiğinde işin esasına da bu mahkemelerce bakılacaktır. Bu durumda kanun koyucunun söz konusu düzenlemeyle ulaşmak istediği amacın Anayasa'nın 141. maddesine uygun şekilde, usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde ve kamu yararı doğrultusunda; yargılama süreçlerinin kesintiye uğramadan daha hızlı ve kolay şekilde tamamlanması olduğu anlaşılmaktadır.⁸¹ Dolayısıyla İYUK'taki bu düzenlemeyle ilgililerin hükmün denetlenmesini talep etme hakkının dolaylı şekilde sınırlandırılmasının meşru bir amaca yönelik olduğu tespiti yapılabilir.

⁸⁰ USTA, s. 271; KARAKUŞ IŞIK, Zehra: "İdari Yargıda Olağan Kanun Yollarına Getirilen Kanuni Sınırlar Ve Kanuni Sınırların Anayasaya Aykırılığı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 28, Sayı 2, s. 575; CANDAN, Turgut: "İdari Yargı'da Kanun Yollarında Parasal Sınırın Anayasa Mahkemesince İptali ve Sonuçları", 2023 (<https://turgutcandan.com/2023/10/27/idari-yargida-kanun-yollarinda-parasal-sinirin-anayasa-mahkemesince-iptali-ve-sonuclari/>), ET: 22.09.2024).

⁸¹ AÇIMUZ, s. 59.

B. Kanunilik

İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme ile hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yapılan müdahalenin, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi yönündeki anayasal ilkeye uygunluğu üzerinde de durulmalıdır. Kanunilik ilkesi bakımından Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu ölçüt, daha önce vurgulandığı üzere, hükmün denetlenmesini talep etme hakkını sınırlamaya yönelik bir kanunun şeklen var olmasının yeterli olmayacağı yönündedir. Mahkemeye göre söz konusu kanun metninin keyfilikçe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması da gerekir⁸². Burada öncelikle kanun koyucunun, İYUK'taki mezkur düzenlemeyle ilgililerin hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik doğrudan bir sınırlama getirme iradesini taşımadığı söylenebilir. Zira bu düzenlemeyle mahkeme kararlarının kesin niteliğine vurgu yapılmadığı gibi herhangi bir kanun yoluna başvurma hakkının, zaman ya da konu bakımından koşulları da belirlenmemiştir. Yasal düzenleme, yalnızca birden çok hakimin reddi durumunda işin esasının kim tarafından inceleneceğini belirlemek amacıyla ihdas edilmiştir. Buna karşılık söz konusu düzenlemenin uygulanması sonucu ilgililerin hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlanması da söz konusu olabilecektir. Zira, yukarıda ifade edildiği üzere, birden çok hakimin reddi üzerine işin esasına bölge idare mahkemesi veya Danıştayın baktığı durumlarda ilgililer tarafından istinaf ve temyiz kanun yolunun ya hiç kullanılmaması ya da adil yargılanma hakkına uygun şekilde kullanılmaması ihtimali doğacaktır. Diğer bir ifadeyle her ne kadar kanun koyucunun iradesi, doğrudan hükmün denetlenmesini talep etme hakkını sınırlandırmak yönünde olmasa da dolaylı olarak bu hakkın sınırlanması durumu ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme açık, anlaşılabilir ve ulaşılabilir şekli bir kanun niteliği taşımakta olup hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik bu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde kanunilik kriterini sağladığını savunmak mümkündür.

C. Ölçülülük

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlamalar ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Dolayısıyla elverişlilik, gereklilik/zorunluluk ve orantılılık unsurlarından oluşan ölçülülük ilkesinin, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'ya uygun şekilde sınırlandırılması bakımından belirleyici bir kriter olduğu açıktır. Hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik sınırlamaların ölçülülük ilkesi yönünden denetimi noktasında ise öncelikle, ilgili hükmün konusunun; yani ilgililer bakımından ortaya çıkardığı sonuç ve etkinin belirleyici olduğu ifade edilmelidir⁸³. Bu kapsamda İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme sonucu ortaya çıkabilecek olan durum ölçülülük ilkesi bakımından ele alındığında, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının özellikle gereklilik/zorunluluk ve orantılılık unsurları yönünden hukuka aykırılık içerecek şekilde sınırlandırıldığı söylenebilir. Zira idare ve bölge idare mahkemelerinde reddi istenilen başkan ve üyenin birden çok olduğu durumlarda bu istemlerin bölge idare mahkemesi ve Danıştay tarafından kabul edilmesi üzerine işin esasını da bu mahkemelerin çözülmesi ile ortaya çıkabilecek olan sonuçların kanun koyucunun güttüğü meşru amaca ulaşmak bakımından elverişli olduğu söylenebilir. Bununla birlikte söz konusu durum gerçekleştiğinde bölge idare mahkemesi ve Danıştayın işin esasına bakması sonucu ilgililerin istinaf ve temyiz kanun yolunu etkili şekilde kullanamamaları ihtimalinin ya da bu yollara başvurmalarına ilişkin belirsizliğin ortaya çıkacak olması göz önünde bulundurulmalıdır.

⁸² AYM, T. 26.10.2023, E. 2023/81, K. 2023/184 (Kararlar Bilgi Bankası). Ayrıca: "Bu itibarla kuralda kamulaştırma bedelinin tespiti davalarına ilişkin kararların kesinlik sınırının hesaplanmasında hangi ölçütün esas alınacağına herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve net olarak belirlenmediği görülmektedir. Dolayısıyla hükmün denetlenmesini talep etme hakkına sınırlama getiren kuralın kanunilik şartını taşımadığı sonucuna varılmıştır." AYM, T. 24.02.2022, E. 2021/34, K. 2022/21 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁸³ AÇIMUZ, s. 59. *Açımız*, eserinde konusu belirli bir meblağa ilişkin olmayan uyuşmazlıklarda da kanun yolunun kapatılmasına ilişkin düzenlemelerin ölçülülük ilkesine aykırı olabileceğini vurgulamıştır. Yazara göre bu kapsamda; 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu uyarınca yapılan bazı işlemlere karşı açılan davalarda verilen kararların kesin olduğuna ilişkin düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı düşünülebilir. Bkz. AÇIMUZ, s. 61-62. Ne var ki Anayasa Mahkemesi, 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesi uyarınca tesis edilen sınır dışı etme işlemlerine karşı açılan davalarda verilen kararların kesin olduğuna yönelik aynı maddedeki düzenlemenin iptali istemiyle İstanbul 16. İdare Mahkemesi tarafından yapılan itirazı reddetmiştir. Bkz. AYM, T. 30.05.2024, E. 2024/25, K. 2024/116 (Kararlar Bilgi Bankası).

Dolayısıyla 57. maddenin 4. fıkrasındaki düzenlemenin neden olacağı olumsuz durumların giderilmesine yönelik ek yasal düzenlemelerin yapılmaması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına gerekli ve zorunlu olmayan bir sınırlama getirilmesine yol açar. Diğer bir ifadeyle, İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemenin doğurduğu olumsuz sonuçlara yönelik tedbirlerin alınmayıp hükmün denetlenmesini talep etme hakkının etkili ve adil yargılanma hakkına uygun şekilde kullanılmasını sağlayacak alternatiflerin üretilmemesi üzerine ortaya çıkabilecek olan durum, gereklilik/zorunluluk unsuru yönünden ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Burada mevcut durumun, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlanması açısından “başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem”⁸⁴ sonucu ortaya çıkmamış olması da sınırlamanın ölçülülüğü bakımından belirleyici olmaktadır. Zira çalışmanın bir önceki bölümünde⁸⁵ yer verilen İYUK'ta ve Danıştay Kanunu'nda yapılması önerilen değişikliklerin hayata geçirilmesiyle ilgililerin hükmün denetlenmesini talep etme haklarını adil yargılanma hakkına uygun şekilde kullanmaya devam etmeleri mümkün olabilecektir. Bu da esasında, İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemenin mevcut haliyle hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlanması açısından “başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem” olmadığını ortaya koymaktadır.

İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme sonucu hükmün denetlenmesini talep hakkına yönelik ortaya çıkabilecek olan sınırlamaların ölçülülük ilkesi açısından hukuka uygun olup olmadığı, orantılılık yönüyle de ele alınmalıdır. Zira Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar verdiği kararlarda hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik müdahalelerin ölçülülük ilkesi açısından değerlendirilmesinde, orantılılık incelemesinin öne çıktığı görülür⁸⁶. Ölçülülük ilkesinin bir unsuru olan orantılılık, ulaşılmak istenen amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan yöntem ya da alınan önlemin bir denge oluşturmasını; bu denge sonucunda ilgililer bakımından ortaya çıkan yükümlülüğün katlanılabilir boyutta olmasını gerektirir⁸⁷.

Orantılılık, hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından ise hükmün denetlenmesinin ilgililer üzerinde doğuracağı fayda ile bu hakka getirilen sınırlama sonucu ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul ve adil bir dengenin kurulması anlamını taşır⁸⁸. Diğer bir ifadeyle usul ekonomisi veya yargılamanın makul sürede tamamlanması gibi meşru bir amaca ulaşmak için dahi olsa ilgili yasal düzenleme sonucu hükmün denetlenmesini talep etme hakkını kullanamayacak olan kişilerin uğradığı zarar, kabul edilebilir boyutta ve hakkaniyete uygun olmalıdır. Aksi takdirde ulaşılmak istenen meşru amaç ile ortaya çıkan sonuç arasında bir orantının varlığından söz edilemez.

İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrası uyarınca idare mahkemelerinde reddi istenilen başkan ve üyenin birden çok olduğu durumlarda bu istemlerin bölge idare mahkemesi tarafından kabul edilmesi üzerine işin esası da bölge idare mahkemesi tarafından incelenecektir. Böylelikle daha önce de ifade edildiği üzere istinaf yolu açık uyuşmazlıklar bakımından yasal bir düzenlemeyle Danıştay, en yakın bölge idare mahkemesi ya da bölge idare mahkemesinin bir diğer dairesi görevlendirilmediği sürece istinaf incelemesini, bir üst mahkemenin veya en azından bir başka mahkemenin yapması mümkün olmayacaktır. Bu durumda hükmün denetlenmesini talep etme hakkının adil yargılanma ve kanun yoluna başvurma hakkı doğrultusunda kullanılması imkanı ortadan kalkmış olur. Belirtilmelidir ki aynı sonuç, temyiz yolu açık uyuşmazlıklar bakımından bölge idare mahkemelerinde reddi istenilen başkan ve üyenin birden çok olduğu durumlarda bu istemlerin Danıştay tarafından kabul edilmesi üzerine işin esasının Danıştay tarafından incelenmesi açısından da doğacaktır.

⁸⁴ AYM, T. 06.12.2018, E. 2017/180, K. 2018/109; AYM, T. 29.11.2017, E. 2017/130, K. 2017/165; AYM, T. 22.10.2015, E. 2015/29, K. 2015/95 (Kararlar Bilgi Bankası).

⁸⁵ Bkz. “İdare Ve Bölge İdare Mahkemelerinde Birden Çok Hakim Reddi Sonrası Ortaya Çıkan Durum” başlıklı II. bölüm.

⁸⁶ AÇIMUZ, s. 64.

⁸⁷ OĞURLU, Yücel: *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 38.

⁸⁸ AYM, T. 01.10.2020, E. 2020/21, K. 2020/53 (Kararlar Bilgi Bankası).

Hükmün denetlenmesini talep etme hakkının adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü ve dolayısıyla hukuk devleti açısından taşıdığı önem dikkate alındığında söz konusu her iki durumun da ilgililere orantısız bir yük yükleyeceği vurgulanmalıdır. Zira bu durumda ilgililer, hak ve menfaatleri aleyhine sonuç doğuran mahkeme kararlarının yasal bir düzenlemenin dolaylı bir sonucu olarak bir üst mahkemede denetlenmesini isteyemeyecekler ya da en azından konuya ilişkin bir belirsizlik yaşayacaklardır⁸⁹. Bu hukuki engel ya da belirsizlik, usul ekonomisi ya da makul sürede yargılama yapılması gibi amaçlara ulaşmak için yürürlüğe konulan bir yasal düzenlemeden kaynaklansa dahi belirsizliğin giderilmesine yönelik tamamlayıcı yasal düzenlemelerin yapılmaması ilgililer bakımından adil bir dengenin kurulmadığı, hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara neden olabilecektir.

Bu noktada ölçülülük ilkesinin gereklilik unsuruyla orantılılık unsuru arasındaki ilişkiye de işaret etmek gerekir. Zira meşru bir amaca ulaşmak amacıyla hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında tercih edilen yöntem amaca ulaşmak bakımından kullanılması yeterli olacak bir yöntemden daha ağır sonuçlar doğuran bir yöntemse, yani başvurulacak en son çare değilse bu yöntemin uygulanması sonucu ilgililerin orantısız bir yükü karşı karşıya kalmaları da kaçınılmaz olur. Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı söz konusu olduğunda ise alternatif yasal düzenlemeler yapılmaksızın ilgililerin kanun yollarına başvurmalarının kısıtlanmasının gereklilik/zorunluluk unsuruyla bağdaşmayacağı ifade edilmişti. Bu durumda İYUK'un 57. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen yöntemden daha hafif bir sınırlama aracı kullanılabilirdi bu yapılmadığı, başvuru hukuki araçların son çare olarak nitelenemeyecek araçlar olması halinde ilgililer açısından orantısız bir sonucun ortaya çıkmasından da söz edilebilecektir.

SONUÇ

Adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü kapsamında yer alıp kanun yollarına başvuru hakkının bir görünümü niteliğinde kabul edilen hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, yargısal bir uyuşmazlığın taraflarının kendilerine yasal düzenlemelerle tanınan başvuru yollarını etkili şekilde kullanabilmelerini gerektirir. Böylelikle kişiler, haklarında verilen bir mahkeme kararının en azından bir kez daha ve farklı bir mahkemece denetlenmesini sağlayarak yargı mekanizmasında kendileri için öngörülmüş tüm imkanları kullanmak suretiyle hukuksal anlamda bir tatmin duygusuna erişebilirler. Devlet de yargı fonksiyonu özelinde ilgili kişilerin mahkemeye ve dolayısıyla adalete erişiminin gerçekleşmesi için birden çok dereceden oluşan bir yargılama sistemi kurup bunun işlemini sağlayarak üzerine düşeni, bir ölçüde de olsa, yerine getirmiş olur.

Anayasa'nın 9. maddesinde yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir; 138. maddesinde ise mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Hakimlerin tarafsızlığı ise Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nde açıkça yer almakla birlikte daha somut şekilde usul kanunlarında; hakimin reddi, yasaklılığı ve çekinmesi gibi başlıklar altında düzenlenmiştir. Belirtilmelidir ki, yargı mekanizmasının oluşturulup etkili başvuru yollarının ihdasının hukuk devletinin gerekleri doğrultusunda bir anlam kazanabilmesinde mahkemelerin ve hakimlerin gerek bağımsızlığının gerekse tarafsızlığının sağlanması önemli rol oynar. Öte yandan Devletin yargı fonksiyonu kapsamında yerine getirmesi gereken bir diğer görevi ise Anayasa'nın 141. maddesinde de yer aldığı şekliyle davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını sağlamaktır. Dolayısıyla Devlet, hakimlerin tarafsızlığını sağlamaya dönük yürürlükteki usulî güvenceler doğrultusunda; bir yandan adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü çerçevesinde kişilerin hükmün denetlenmesini talep etme haklarını kullanmaları, bir yandan da davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması amacıyla tedbirler alma yükümlülüğündedir.

Bu yükümlülükler bağlamında davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ve yargısal süreçlerin kesintiye uğramaması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlandırılması

⁸⁹ Yenice ve Esin de bu belirsizliğe dikkat çekerek "Yasadaki boşluğun hemen doldurulması gerekmektedir." şeklindeki ifadeleriyle belirsizliğin giderilmesi gerektiğine vurgu yapmışlardır. Bkz. YENİCE / ESİN, s. 754.

rılmasında meşru bir amaç olarak belirir. İşte bu meşru amaç doğrultusunda ihdas edilen ve İYUK'un 57. maddesinde yer alan, idare ve bölge idare mahkemelerinde birden çok üye ve başkanın reddine karar verilmesi durumunda işin esası hakkında bölge idare mahkemeleri ve Danıştay tarafından karar verilmesini öngören düzenleme de hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlandırılması sonucunu doğurabilecektir. Ne var ki, temel hak ve özgürlüklerin meşru bir amaç doğrultusunda sınırlandırılmış olması, söz konusu sınırlandırmanın Anayasa'ya uygunluğu için yeterli değildir. Anayasa'ya uygunluktan söz edilebilmesi için bu sınırlandırmanın kanunilik ve ölçülülük ilkelerine de aykırılık teşkil etmemesi gerekir.

İYUK'un 57. maddesinde yer alan mezkur düzenleme sonucu temyiz ve/veya istinaf yolu açık uyuşmazlıklarda kanun yolu merci konumundaki mahkemenin görevinin değişerek bir derece altta bulunan mahkemenin fonksiyonunu üstlenmesi, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ölçülülük ilkesine aykırı şekilde sınırlandırılmasına yol açabilecektir. Zira 57. maddede yer alan düzenlemenin amacına, gerek 57. maddede gerekse Danıştay Kanunu'nda kişilerin hükmün denetlenmesini talep etme haklarının kısıtlanması sonucunu doğurmayacak değişiklikler yapılarak ulaşılabilecektir. Örneğin; idare mahkemelerinde birden çok üye ve başkanın reddine karar verilmesi durumunda işin esasının aynı yerdeki bir diğer idare mahkemesinde görülmesi ya da işin esasının bölge idare mahkemesi tarafından görülmesi ihtimalinde, ilgili kararın istinaf incelemesinin bu mahkemeye en yakın bölge idare mahkemesi veya Danıştay tarafından yapılması yönünde yasal değişiklikler yapılabilir. Benzer şekilde, bölge idare mahkemelerinde birden çok üye ve başkanın reddine karar verilmesi durumunda işin esasına Danıştay yerine birden çok üyesi ve başkanı reddedilen bölge idare mahkemesinin diğer bir dairesinin veyahut bu mahkemeye en yakın bölge idare mahkemesinin bakması sağlanabilir. Bu durumda işin esasına Danıştayın bakması ihtimalinde ise Danıştay Kanunu'nda değişikliğe gidilerek ilgili kararın temyiz incelemesinin Danıştay İDDK tarafından yapılması sağlanabilir.

Yukarıda aktarılan çözüm önerileri 57. maddenin, mevcut haliyle, amaca ulaşmak bakımından başvurulması zorunlu ve başvurulabilecek son çareyi içermediğini gösterir. Diğer bir ifadeyle yürürlükteki yasal düzenlemeler, dolaylı da olsa hükmün denetlenmesini talep etme hakkının, ölçülülük ilkesinin gereklilik/zorunluluk unsuruna aykırı bir şekilde sınırlandırılmasına neden olabilecektir. Öte yandan vurgulanmalıdır ki, idare ve bölge idare mahkemelerinde birden çok üye ve başkanın reddine karar verilmesi durumunda işin esasına bölge idare mahkemeleri ve Danıştay tarafından bakılması sonucu ilgililerin, hükmün denetlenmesini talep etme haklarını adil yargılanma ve hak arama özgürlüğü doğrultusunda kullanamamaları söz konusu olabilir. Kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin orantısız bir yüke katlanmaları sonucunu doğuracak şekilde sınırlandırılabilirliğini gösteren bu durum, mevcut yasal düzenlemelerle hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuru yönünden de ihlal edildiği anlamına gelir. Son olarak konuya ilişkin değerlendirmelerde İYUK'un 57. maddesinin gerek İYUK'un gerekse 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği 1982 yılından itibaren değişikliğe uğramadığı; buna karşılık bölge idare mahkemelerinin 2014'te 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler sonucu itiraz merci olmaktan çıkarılıp istinaf merci haline getirildiği de dikkate alınmalıdır. Bu durumda 1982 yılında İYUK'un 57. maddesinde yer alan bölge idare mahkemeleri ile günümüzde istinaf merci olarak faaliyet gösteren bölge idare mahkemelerinin özellikle hükmün denetlenmesini talep etme hakkı bakımından oynadığı rol ve ifa ettiği fonksiyon farklılıkları dikkate alınarak gerekli yasal düzenlemelerin yapılması, mevzuatın bölge idare mahkemelerinin yeni fonksiyonuna uygun şekilde güncellenmesi bakımından önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- AÇIMUZ, Bige: *İdari Yargılama Hukukunda Olağan Kanun Yollarına Başvurunun Sınırlanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- AKCAN, Recep / KAYA, Cemil: “Medeni Ve İdari Yargıda Hakim Davaya Bakmaktan Yasaklılığı Ve Reddi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2010, Cilt 68, Sayı 1-2, s. 171-196.
- AKİL, Cenk: *İstinaf Kavramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- AKKAYA, Tolga: *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARSLAN, Ramazan: *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1977.
- BİLGE, Necip: *Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973.
- BÜYÜKTAVŞAN, Muhammed Taha: “Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezaî Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, Sayı 12, s. 279-313.
- CANDAN, Turgut: “İdari Yargı’da Kanun Yollarında Parasal Sınırın Anayasa Mahkemesince İptali ve Sonuçları”, 2023 (<https://turgutcandan.com/2023/10/27/idari-yargida-kanun-yollarinda-parasal-sinirin-anayasa-mahkemesince-iptali-ve-sonuclari/>, ET: 22.09.2024).
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ÇINARLI, Serkan: *İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis: “Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler”, (Ed.) ÖZEKES, Muhammet: *TBB Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- IV, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 3-19.
- GÜNDÜZ, F. Ebru / GÜNDÜZ, Hakan: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2022, Sayı 49, s. 1-28.
- GÜZEL, Oğuzhan: *Türk İdari Yargılama Hukukunda Temyiz*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- KAPLAN, Gürsel: *İdari Yargılama Hukuku*, 10. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2024.
- KARAHANOGULLARI, Onur: *İdari Yargı-İdarenin Hukuka Zorlanması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- KARAKUŞ IŞIK, Zehra: “İdari Yargıda Olağan Kanun Yollarına Getirilen Kanuni Sınırlar Ve Kanuni Sınırların Anayasaya Aykırılığı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 28, Sayı 2, s. 545-588.
- KARAVELİOĞLU, Celal: *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt V, 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- MİRZAOĞLU, Yakup Yaşar: “İdari Yargıda Davanın Usulden Reddine Dair Kararlara Karşı Kanun Yolunun Açık Olması Zorunluluğu”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 10, Sayı 1, s. 287-305.
- ODYAKMAZ, Zehra: *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1993.
- OĞURLU, Yücel: *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Ed.): *Pekcanitez Usul-Medenî Usûl Hukuku*, Cilt 3, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usul, Cilt 3).
- SEVİNÇ, Ekin: “İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yoluna Başvuru Hakkının Anayasal Güvenceye Sahip Olması Bakımından Ele Alınması”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 24, Sayı 3, s. 421-445.

- SÖYLER, Yasin / YILMAZ, Muhammet: “Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 29, Sayı 3, s. 2131-2168.
- TOKGÖZ, Hikmet: *İdari Yargıda Karar ve Hükme Varma Süreci*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- ULUSOY, Ali Dursun: “İdari Yargı’da Temyiz Parasal Sınırı Hakkındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararının Değerlendirilmesi”, *Danıştay Dergisi*, 2024, Sayı 157, s. 9-34.
- USTA, Özlem: “İdari Yargıda Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Parasal Sınır Şartı Ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Değerlendirilmesi”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 10, Sayı 1, s. 247-286.
- YENİCE, Kazım / ESİN, Yüksel: *İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.
- YILDIRIM, Kâmil: *Hukuk Devletinın Gereği İstinaf*, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.
- YILDIZ, Abdulkadir: *Yargının Tarafsızlığı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- YILDIZ, Hilal: “Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında İdari Yargıda Parasal Sınırların Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2023, Sayı 168, s. 199-226.
- YILMAZ, Serdar: “İdari Yargıda ‘Parasal Sınırlar’ın Konu ve Zaman Bakımından Uygulanması Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 72, Sayı 4, s. 1905-2006.



Kant Düşüncesinde Hukuk, Devlet ve İnsan Haklarının Felsefi Temelleri^(*)



*Philosophical Foundations of Law, State and Human Rights in
Kant's Thought*

Alper IŞIK^(**)



Doktor Öğretim Üyesi

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Cemre Edip YALÇIN



Araştırma Görevlisi

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Kant,
Eleştirel Felsefe,
Özgürlük,
Otonomi,
Sosyal Sözleşme,
İnsan Onuru.*

Öz

Aydınlanma Çağı'nın en öne çıkan niteliği, insanın rasyonel doğasına duyulan sonsuz güven ve ortaya çıkan pozitif bilimler ışığında doğan ilerleme düşüncesidir. Immanuel Kant, yaşadığı Aydınlanma Çağı'nın bir düşünürü olarak felsefenin çok farklı alanlarında derinlikli eserler vererek hem kendi dönemini hem de kendisinden sonraki dönemleri son derece etkilemiştir. Kant'ın eleştirel felsefesi, insanı diğer varlıklardan ayırt etmeye yönelik ortaya koyduğu irade özgürlüğü ve aklın otonomisi kavramlarını temel almaktadır. Kant, özgür iradeye sahip olduğu düşünülen insanın hangi durum ve koşullarda gerçekten özgür olduğunu belirlemiştir. Salt insanın aklı ile felsefi olarak temellendirdiği ahlaki normatif yapıyı özgürlük, sosyal sözleşme, hak, adalet, barış, insan onuru gibi kavramlarla ilişkilendirerek hukuka ve devlete doğru genişleten Kant, böylelikle epey kapsamlı bir siyaset felsefesi geliştirmiştir. Neticede Kant'ın siyaset felsefesi kapsamında ortaya koyduğu fikirler, günümüzde özellikle insan haklarının kurumsallaşması ve felsefi temellendirilmesinde etkili olacak evrensel bir hukuki-siyasi düşünce sistematigi yaratmıştır. Günümüzde insan haklarını felsefi bir temele oturtmak için Kant, insan onuru kavramı yoluyla bizlere evrensel geçerliliği olan ve kendi içerisinde tutarlı bütünlük arz eden felsefi bir temel sunmaktadır.

Keywords

*Kant,
Critical Philosophy,
Freedom,
Autonomy,
Social Contract,
Human Dignity.*

Abstract

The most distinguishing characteristic of the Age of Enlightenment is the endless confidence in human beings' rational nature and the idea of progress that emerged in the light of the emerging positive sciences. As a philosopher of the Age of Enlightenment, Immanuel Kant, in which he lived, created comprehensive works in many different fields of philosophy and influenced both his own era and the following periods immensely. Kant's critical philosophy is based on the concepts of freedom of will and autonomy of reason, which he developed to distinguish human beings from other beings. Kant determined the conditions and circumstances under which human beings, who are considered to have free will, are truly free. By extending the normative construct of morality, which he philosophically grounded solely on human reason, to law and the state by associating with concepts such as freedom, social contract, right, justice, peace, human dignity,

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 17.11.2024, Kabul Tarihi: 05.01.2025.

^(**) Sorumlu Yazar.

Kant developed a very comprehensive political philosophy. As a result, Kant's ideas within the scope of political philosophy have created a universal legal-political thought systematic that will be very influential from the institutionalisation of human rights to the philosophical grounding of human rights. In today's world, Kant, through the concept of human dignity, provides us with a philosophical basis for the philosophical grounding of human rights that is universally valid and self-consistent in its integrity.

GİRİŞ

Immanuel Kant'ın genel felsefesine bakıldığında, düşünürün epistemoloji, metafizik eleştirisi, bilim felsefesi, etik, estetik ve siyaset felsefesi gibi çok geniş bir alanda çalışmalarının bulunduğu dikkatimizi çekmektedir. *Kant*'ın genel felsefesi epistemoloji, metafizik eleştirisi, bilim felsefesi, etik, estetik ve siyaset felsefesi gibi çok geniş bir alana yayılmaktadır. Aydınlanmacı düşünceyi, felsefenin çok farklı alanlarına uygulaması ve belki de bu sebeple aydınlanmacı düşüncenin doruklarını belirlemesi *Kant*'ı Aydınlanma Çağı'nın simge düşünürü yapmıştır. *Kant*'ın felsefenin farklı alanlarına ilişkin olarak geliştirdiği birbiriyle bağlantılı düşünceler kuşkusuz onun genel felsefesinin ana hatlarına vakıf olmadan kavranamaz. Bu bağlamda *Kant*'ın etik veya siyaset felsefesi gibi belirli bir konu, kavram veya olgu hakkındaki fikirlerini kavramak için de temel kavramlara sıklıkla başvurulmaktadır. Dolayısıyla ilk olarak *Kant*'ın genel felsefesine dair temel bilgiler kısaca açıklanacak, ardından da düşünürün etik kuramı ile hukuk ve devlet arasında kurduğu ilişki irdelenecek ve insan haklarının temellendirilmesi bakımından insan onuru kavramının felsefi anlamda taşıdığı merkezi öneme dair belirlemeler yapılacaktır.

I. AYDINLANMA DÜŞÜNCESİNDE KANT'IN ÖZEL KONUMU

Kant, Aydınlanma Çağı'nın¹ Kıta Avrupası geleneği² ile analitik gelenek³ arasında önemli bir bağlantı noktası olarak kabul edilmektedir. Kendisine göre, yaşadığı dönem aydınlanmış bir çağ değil ancak aydınlanmış çağa doğru küçük adımlar atmanın mümkün olduğu bir çağdır⁴. *Kant*, bu çağın dogmatizmin yenildiği ve şüpheciliğin eritildiği ve yeni bir eleştirel tutumun önem kazandığı bir çağ olacağını vurgulamaktadır⁵. Nitekim literatürde “eleştirel felsefe”⁶ olarak nitelendirilen *Kant*'ın genel felsefesi, insan bilgisi ve deneyiminin ana kurgusunu ortaya koyma girişimi olarak tarif edilebilmektedir. *Kant*'a değin aydınlanmacı düşünce, epistemolojinin merkezine bilginin salt akıldan kaynaklandı-

¹ Aydınlanma Çağı, 17. yüzyılın ikinci yarısı ile 19. yüzyılın ilk çeyreğini kapsayan bir dönem olarak kabul edilir. Bu dönemi temsil eden çeşitli düşünürler, yegane referans noktası olarak akıl ve bilimi kabul etmişlerdir. Bu nedenle Aydınlanma Çağı'nın en öne çıkan niteliklerinin başında, insan aklına duyulan katıksız güven ve büyük ölçüde kaynağını pozitif bilimden alan ilerleme düşüncesi gelir. Dolayısıyla Aydınlanma Çağı, her türlü felsefi ve toplumsal düzeni akla ya da akılda somutlaşan ilkelere dayandırma eğilimi olarak özetlenebilir. Aydınlanmacı perspektife göre akıl, her şeyden önce eleştiri yetisine karşılık gelmektedir. Bu çerçevede akıl, yerleşik inançlara, dini ve mitolojik anlayışlara meydan okuyan ve onlara yönelik kanıtlar doğrultusunda muhakeme yapan ve böylece doğruyu yanlıştan ayırt etmeye muktedir eleştirel bir güç şeklinde telakki edilmiştir. KÜÇÜKALP, Kasım / CEVİZCİ, Ahmet: *Batı Düşüncesi-Felsefi Temeller*, 4. Baskı, Türk Diyanet Vakfı (İSAM) Yayınları, Ankara, 2017, s. 145-147.

² Başta Fransa ve Almanya olmak üzere Kıta Avrupası'nda gelişen ve ampirik felsefelerden farklı olarak rasyonalist karakteri öne çıkan bir felsefedir. Öte yandan bu felsefenin daha özel bir boyutu, getirdiği eleştiriler ile Aydınlanma düşüncesinin çözülmesini sağlayan felsefeleri ve Aydınlanma karşıtı bir karakterde olan felsefeleri bünyesinde bulundurmasıdır. Bu bağlamda Kıta Avrupası geleneği *Rousseau*'dan romantiklere, Alman idealizminden varoluşçuluğa, fenomenolojiden Frankfurt Okulu'na, yapısalcılık ve postyapısalcılıktan postmodernizme uzanan son derece kompleks ve çeşitlilik arz eden bir geleneğe karşılık gelmektedir. Ayrıca bkz. KÜÇÜKALP / CEVİZCİ, s. 182-183.

³ Kendi içerisinde homojenlik ve bütünlüyle özdeşlik arz etmese de özellikle İngilizce konuşulan dünyada ve İskandinavya'da yaygın olan düşünce geleneğidir. Bu geleneğin ortak paydası dile odaklanmış olması ve dil yoluyla gerçekliği kavrama motivasyonu pratığe geçmiş olmalarıdır. Bu nedenle bu geleneğin esas özelliği, mantıksal ve olgusal gerçeklik ile dil üzerine yoğunlaşan bir analiz yöntemini öne çıkarmasıdır. Ayrıca analitik geleneğin, Aydınlanma düşüncesinin ana çizgilerini, birtakım varsayımlarını takip ettiği ve metodolojik olarak Aydınlanma düşüncesini başka bir yerde gerçekleştirdikleri kabul edilmektedir. Ayrıca bkz. KÜÇÜKALP / CEVİZCİ, s. 177-178.

⁴ KUEHN, Manfred: *Kant*, (Çev.) DOĞAN, Bülent O., Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011 (*Kant*), s. 291.

⁵ RECKI, Birgit: “Kant ve Aydınlanma”, (Çev.) ÇÖREKÇIOĞLU, Hakan: *Cogito - Sonsuzluğun Sınırında: Immanuel Kant*, 2005, Sayı 41-42, s. 208.

⁶ *Kant*'ın geliştirmiş olduğu felsefenin “eleştirel felsefe” olarak nitelendirilmesi ve başlangıçta ahlak felsefesi dâhil tüm eleştirel felsefesinin bilimin formel yönüne katkıda bulunmayı amaçladığı yönünde bkz. KUEHN, Manfred: “Kant's Critical Philosophy and Its Reception- The First Five Years (1781-1786)”, (Ed.) GUYER, Paul: *The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy*, Cambridge University Press, New York, 2006, s. 630-647.

ğını iddia eden rasyonalizm ve bilginin salt deneyden kaynaklandığını savunan ampirizm perspektiflerine göre ikiye ayrılmıştır. İşte *Kant* “*Neyi bilebilirim, ne yapabilirim, neyi umabilirim ve insan nedir?*” sorularını yönelterek, Aydınlanma Çağı’na egemen olan bu iki perspektifin birleştirilebilmesini mümkün kılacak bir epistemoloji geliştirmiştir⁷.

Bununla birlikte *Zack*’in belirttiği üzere, *Kant*’ın ulaştığı nokta epistemoloji ve metafiziği açacak şekilde bilinenden yola çıkarak bilineni açıklamak için durumun ne olması gerektiğine ulaşan bir muhakeme/uslamlama yöntemidir⁸. Söz konusu yöntemle *Kant*, mekan ve zaman içinde duyulara verilen görüngüler (fenomenler, duyulan) dünyasına karşılık gelen duyu dünyası ile akılla ulaşılan idealler/kendinde şeyler (numenler, düşünülen) dünyasına karşılık gelen düşünce dünyasını birbirinden ayırmıştır. Böylece *Kant*’ın genel felsefesinin ana gerilimini oluşturan olgular (fenomenler) evreni ile aşkın (numen) evren; olgular evrenini kavrayan kuramsal (teorik) akıl, aşkın evreni kavrayan pratik akıl ve güzelliği kavrayan estetik akıl olmak üzere üç akıl kategorisine dayanarak ayırmıştır⁹.

Ayrıca altını çizmek gerekir ki *Kant* açısından aydınlanma yalnızca öğrenme ve bilgi edinme olarak görülemez. Öğrenme ve bilgi edinme aydınlanmanın bir sonucu olarak kabul edilmelidir. *Kant*’a göre Aydınlanma, kişinin aklına başka birisinin rehberlik ettiği olgunlaşmamışlık döneminin sonudur¹⁰. Kurulu değer ya da inanç sistemlerinin konforunda yaşayan kişi, kendi düşüncesini yönetme, kendi adına karar verme cesaretine sahip olduğunda aydınlanmış demektir¹¹. Ancak aydınlanma bireysel bir süreç olarak değil toplumsal ve tarihsel bir süreçtir. Çünkü insanlık tarihi boyunca insanların düşünceleri, başta bireysel bilincin rolünü gasp eden ruhban sınıfı olmak üzere, başkaları tarafından yönetilmiştir. Bireyin tek başına aydınlanması mümkün değildir çünkü aydınlanma eleştirel düşünmenin değerli kabul edildiği; özgür ve açık bir iletişimin olduğu kamusal bir toplulukta mümkündür¹².

II. KANT’TA İRADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE AKLIN OTONOMİSİ KAVRAMLARININ NORMATİF BOYUTU

A. İnsan Aklının Yeniden Tanımlanması ve Aklın Özgür Kullanımı

Kant’ta özgürlük konusu, özgür iradenin belirlenmesi için önemli bir sorunsal olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü kişinin akıl yoluyla keşfettiği ilkelere göre davranma ve doğal ihtiyaçlarından kaynaklanan arzuların çekimine direnebilmesi, pratik özgürlüğü oluşturur¹³. Aksi durumda kişinin özgürlüğünden bahsetmek için felsefi anlamda tutarlı bir argümantasyon geliştirilemez. Çünkü kişi, doğal dünyada bir doğal olaylar serisini kendisine etki eden bir nedenden bağımsız olarak başlatamıyorsa, pratik açıdan özgür olamaz¹⁴.

Bu çalışma bakımından konuya esas derinlik getireceğimiz nokta ise *Kant*’ın *Arı Usun Eleştirisi*¹⁵ eserinde, rasyonalizm ve ampirizmin sentezini gerçekleştirerek insan aklını yeniden tanımlaması ve böylece aklın özgür kullanımına dair yapmış olduğu belirlemeleri ortaya çıkarmaktır. *Kant*’ta aklın eleştirisi, iyinin özgür iradede temellendirilmesine dayanmaktadır. Bu temellendirme, düşünen aklın kendisini temel alan felsefi bir etkinliktir. Bu etkinlik akıl ve pratik bakımdan aklın kendi kendine yasa

⁷ IŞIKTAÇ, Yasemin: *Hukuk Felsefesi*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 182-184.

⁸ ZACK, Naomi: *A’dan Z’ye Felsefe: Antik Yunan’dan Postmodern Döneme Felsefe Tarihi*, (Çev.) ALPAGUT, Şükrü, 2. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2021, s. 215.

⁹ IŞIKTAÇ, s. 184.

¹⁰ KANT, Immanuel: “An Answer to the Question: What Is Enlightenment?”, (Çev.) SCHMIDT, James, (Ed.) SCHMIDT, James: *What Is Enlightenment? Eighteenth-Century Answers and Twentieth-Century Questions*, University of California Press, Berkeley, 1996, s. 58

¹¹ WOOD, Allen W.: *Kant*, (Çev.) KOVANLIKAYA, Aliye, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009, s. 35.

¹² WOOD, s. 35.

¹³ WOOD, s. 128.

¹⁴ WOOD, s. 129.

¹⁵ KANT, Immanuel: *Arı Usun Eleştirisi*, (Çev.) YARDIMLI, Aziz, İdea Yayınevi, İstanbul, 1993.

koymasına bağlıdır. İradenin otonomisi (özerkliği) de aklın eylemde kendi özgürlüğünü belirlemesidir¹⁶. İnsanın üretken bir eylemselliğin mercii olarak görülmesi, insanın boyunduruk altında olmasının söz konusu olmaması bir başka deyişle temel haklarının güvence altına alınması olarak tezahür eder. Bunun sonucunda özgürlük, uygulama açısından öznelerin eşitliği olarak ön plana çıkmaktadır. Öznenin bu özgürlüğü, kaçınılmaz olarak bir özgürlük talebine karşılık gelmektedir. Özgürlük bu noktada özgürce yapılmış sosyal sözleşmeyle, sosyal sözleşme de insan haklarıyla temellendirilmektedir¹⁷. Dolayısıyla insan haklarının demokratik bir sözleşme çatısı altında kurumsal olarak güvenceye alınması aydınlanma düşüncesinin bir gereğidir ve düşünsel tutarlılık açısından bir zorunluluktur¹⁸.

Özetle *Kant*'a göre insan, sadece bilgi edinme yetisine değil aynı zamanda eylemde bulunma yetisine sahip olduğundan ampirik yönüyle dış evrendeki olaylar karşısında davranışta bulunurken; akılcı yönüyle de bu olayları etkileyen özne konumundadır. Tam da bu sebeple insanın düşünebilmesi ona irade özgürlüğü sağlar ve insanı diğer canlılardan ayıran başlıca özelliği de budur. Söz konusu irade özgürlüğü sebebiyle insanı kendi davranışlarından dolayı sorumlu tutabilmemiz de mümkün hâle gelmektedir. Dolayısıyla özgür yaratılan insanın karşısına “olması gereken” kavramıyla çıkarak ondan etik istemlere uymasını bekliyorsak, bunun bir gereği olarak, insana yüklenen sorumlulukların yerine getirilebilmesi için onun yine özgür olması gerekmektedir. Bu bakımdan *Kant*'a göre, insanın özgür davranışları aşkın (numen) evrene ulaşan aklın ürünüdür, evrende özgürlüğe sahip tek varlık insandır ve insanı insan kılan onun özgür olmak zorunda olmasıdır¹⁹. Bu genel çerçevede içerisinde *Kant*'ın etik felsefesinin temelleri de oluşmaktadır.

Bu bağlamda *Kant*'ın insanı nasıl ele aldığını irdeleyecek olursak, onun niçin irade özgürlüğü kavramını bu kadar merkezi bir konuma yerleştirdiğini anlamamız daha kolay hale gelecektir. *Cevizci*'ye göre, *Kant* için bilimsel araştırmanın konusu varlık olarak insan, biyoloji ve psikolojinin bilimsel yasalarına bağlı olan organik bir fenomendir. *Kant* için organik bir fenomen olarak insan bu boyutuyla özgür değildir, çünkü doğal nedensellik yasalarına bağlıdır ve kendi iradesinin dışındaki yasalara belirlenmektedir. Hâlbuki ahlakın konusu olarak pratik aklın buyruklarına uymak veya uymamak bağlamında özgür bir varlık olan insan, doğal nedenselliklerden arı biçimde “kendinde şeydir”. İnsanın özgür ve numenal varlık olmasını sağlayan ise kendi akli tarafından yönetilmesinden, aklın buyruklarına itaat eden özne olarak sahip olduğu otonomiden kaynaklanmaktadır²⁰.

Bu bağlamda *Kant*'a göre özgür olmak, duyuşal dünyanın neden sonuç ilişkilerinin dayattığı belirlenimlerden bağımsız olmaya karşılık gelmektedir. Bununla beraber rasyonel bir varlık olarak insan ahlaka uygun şekilde, numenal dünyaya dair kendi iradesinin nedenselliklerini temel alarak ve kendi aklının koyduğu yasaların gerçek yaratıcısı olarak yaşar. Böylece *Kant*'ın düşünce sistematığı içerisinde insanın özgürlüğünün, akıl ve otonomiyle kurduğu ilişki ortaya çıkmaktadır. *Kant* için insanın organik bir fenomen olarak doğal yapısı tarafından buyrulan arzularından bağımsız olarak aklın kendisi tarafından tayin edilen amaçlar belirleme kapasitesi özgürlüğün temel felsefi anlamıdır ve bu da özgürlük ile iradenin otonomisini analitik olarak birbirini gerektirmesine yol açar²¹. Neticede *Kant*, akıl sahibi olarak ahlaki özne için “*İstemenin [iradenin] maksimleri aracılığıyla kendisini aynı zamanda genel yasa koyucu olarak görebilecek şekilde eylemde bulun.*” buyruğunu önererek iradenin otonomisini “*ahlakın en yüksek ilkesi*” olarak sunmaktadır²².

¹⁶ RECKI, s. 209.

¹⁷ RECKI, s. 210.

¹⁸ RECKI, s. 210.

¹⁹ IŞIKTAÇ, s. 188-189.

²⁰ CEVİZCİ, Ahmet: *Felsefe Tarihi*, 4. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2012, s. 732-733.

²¹ MARINA, Jacqueline: “It’s All About Power: The Deep Structure of Kant’s Categorical Imperative and Its Three Formulations”, (Ed.) LYSSY, Ansgar / YEOMANS, Christopher: *Kant on Morality, Humanity and Legality: Practical Dimensions of Normativity*, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, s. 84-88.

²² CEVİZCİ, Ahmet: *Aydınlanma Felsefesi*, 2. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2020 (Aydınlanma Felsefesi), s. 531-535.

B. Aklın Otonomisi ve Aklın Kamusal Kullanımı

Yukarıdaki bilgiler ışığında, *Kant*'ın aklın özgürce kullanımından nihai çıkarımı, her şeyden önce aklın otonomisinin bir ön koşul olarak gözetilmesi, bu otonominin önüne çıkan engellerin yine akılla aşılması, insanın biricikliğini sağlayan düşünme yetisinin özerk şekilde eylemeye dönük olarak sağlanması ve genel yasa koyucu olarak insanın kendi aklıyla koyduğu aklın yasalarına²³ uygun olarak eylemde bulunmasıdır. Üstelik *Kant*, bu otonomiye yalnızca bireyin kendi dünyasında gerçekleştirebileceği bir şey olarak da kurgulamamıştır.

Keza aklın kendi aldığı kararlarını meşrulaştıracağı zemin salt kendisi değil, diğer akıllarla öznelarasılık kurularak, bir diğer ifadeyle kamusal bir dolayım, sağlanacak bir otonom zemindir. Dolayısıyla aklın otonom şekilde eylemeye dönük kullanımı kamusal dolayım ihtiyacı duyduğundan bir anlamda kamusal alanı da tesis etme işlevini yerine getirmektedir²⁴. Bu yönüyle aklın kendisinin yarıcı olmasına vurgu yapan “aklın mahkemesi” metaforu *Kant*'ta, kamusal alanın tesisi için aklın işleyişini şekillendiren iletişimselliği²⁵ gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda teorik aklın yasa koyucu fonksiyonu evrensel doğal yasalarının belirlenmesini sağlamakta ve böylelikle aklın bir yasa koyucu vasfı belirgin olmaktadır. Neticede *Kant*, *Saf Aklın Eleştirisi* yapıtında özgürlük ve otonomi kavramlarıyla teorik aklın sınırlarını belirlerken, aynı zamanda aklın kamusal dolayımıyla yasa koyucu gücünü öne çıkararak, aklın pratik alandaki işleyişini de aydınlatmaktadır²⁶.

Şüphesiz *Kant*'ta aklın kamusal kullanımı, diğer otonom kişilerin aklının kullanılması aracılığıyla bir bakıma denetim anlamına gelmekte ve bu çerçevede akıl kamusal bağlamında sınırlandırılmaktadır. Ancak bu sınırlandırma, insan aklına aynı zamanda otonomisini de kazandırmaktadır. Öyleyse ancak söz konusu sınırlılıkla birlikte aklın otonomisi sağlanabildiğinden ve bu otonomi öznelarası bir iletişimselliği gerekli kıldığından; akıl sahibi kişilerin bir araya gelerek uzlaşma içerisinde yaşaması ancak kurulacak hukuki-siyasi bir normatif düzenin tesis edilmesiyle gerçekleşebilecektir²⁷. *Cevizci*'ye göre de kendinde amaç olarak insanın aynı zamanda otonom şekilde yasa koyucu akıl sahibi olması ve aklın koyduğu yasalara uymak zorunda kalması bireysel ahlaki sosyal ahlaka taşır. Böylece *Kant*'ın düşüncesinde “amaçlar krallığı”na²⁸, hem kurucu üye hem de yasa koyucu olarak bağlanan insan, devlet içinde tekil akıl sahibi varlık olarak yaşamını sürdürürken aynı zamanda toplumsal düzeni de inşa

²³ Bu hususta bir noktanın aydınlatılmasında fayda görülmektedir. *Çetinkıran Balcı*'nin ifadesine göre, *Kant*'ta her yasa koyucu kendi aklını kullanarak yasa koyarken herkesin birleşmiş evrensel iradesini dikkate almak zorundadır. Bu bakımdan her akıl sahibi kişinin koyduğu yasalar sanki birleşmiş iradeden çıkmış gibi olmalıdır. Buradan hareketle *Balcı*'ya göre *Kant*'ta herkesin herkes için karar verme yetkisi bulunmaktadır, fakat bu süreçte her kişi bir yandan da kendi kendisi için karar vermektedir. Kişi kendisine karşı adaletsiz olamayacağından ve kendisi için neyin iyi olduğunu gözeteneğinden göre adaleti sağlayan budur. Sonuçta insanlar, kendi yasa yapıcı iradelerinin ürünü olan yasalara uyarken otonomilerini de kaybetmezler. Daha detaylı bilgi için bkz. ÇETİNKIRAN BALCI, Elif: “İsteme Özgürlüğünden Eylem Özgürlüğüne: Kant'ın Özgürlük Görüşü”, *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 35, Sayı 1, s. 28-30.

²⁴ Aklın otonom kullanımının kamusal alana ihtiyaç duyması, aynı zamanda *Kant*'ın “aklın kamusal kullanımı” olarak ifade ettiği durumla da yakından ilişkilidir. Bu ise, prensip olarak, diğer insanlara hitap eden insanın akıl yürütmesidir. Bu doğrultuda *Kant*'ta aklın kamusal kullanımı, siyaset, etik, din ve bilim de dâhil olmak üzere pek çok şeyle ilgili hâle gelmektedir. Ana fikir ise aklın otonom kullanımının birbirinden oldukça farklı temel görüşlere yol açabileceği, fakat aynı zamanda bu tür farklı görüşlerin paylaşılıp benimsenebileceği bir kamusal alanı korumamız gerektiğidir. Nitekim *Kant* bu noktada, temel olarak korumamız ve paylaşmamız gereken tek şeyin özgür bir kamusal alana sahip olmamızı sağlayan ilkeler olduğunu söylemeye çalışır. Bu uğurda ise kendisinin “kalem özgürlüğü” şeklinde ifade ettiği ifade özgürlüğüne ve onu güvence altına alan yasalara büyük önem atfeder. Daha detaylı bilgi için bkz. FLEISCHACKER, Samuel: *What is Enlightenment?*, Routledge, London & New York, 2013, s. 140-152.

²⁵ İletişimsellik bağlamında Habermas'ın *Kant*'a ilişkin değerlendirmeleri için ayrıca bkz. HABERMAS, Jürgen: “From Kant's 'Ideas' of Pure Reason to the 'Idealizing' Presuppositions of Communicative Action: Reflections on the Detranscendentalized 'Use Of Reason'”, (Çev.) FULTNER, Barbara, (Ed). REHG, William / BOHMAN, James: *Pluralism and the Pragmatic Turn: The Transformation of Critical Theory- Essays in honor of Thomas McCarthy*, The MIT Press, Massachusetts, 2001, s. 11-37.

²⁶ DUVA, Özlem: “*Immanuel Kant*”, (Ed). TUNÇEL, Ahu Tunçel / GÜLENC, Kurtul: *Siyaset Felsefesi Tarihi: Platon'dan Zizek'e*, 4. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2021, s. 298-299.

²⁷ DUVA, s. 300.

²⁸ Kant felsefesinde, özgür insanın nasıl mekanik yasalara ve determinizme göre hareket eden bir evrende çelişkiye düşmeden yaşanabileceği meselesiyle doğrudan bağlantılı bir kavramdır. Bu çerçevede amaçlar krallığı, bir ödev ahlaki üzerinden en yüksek iyinin ortaya çıkmasını ve akıl sahibi insanın kendinden bir amaç olduğu bir toplumsal düzenin inşası anlamına gelir. Daha detaylı bilgi için bkz. KOCA, Engin: “Kant'ın Etik Kuramında Özgürlük”, (Ed.) ÖZTÜRK, Armağan / ÇEVİK, C. Cengiz: *Kavramlar Tarihi: Özgürlük*, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2022, s. 329-330.

etmektedir²⁹. İşte bu noktadan itibaren *Kant*, etik argümanlar üzerinden temellendirdiği söz konusu normatif düzenin felsefi dayanaklarını hukuka ve devlete doğru genişleterek düşünce sistematikliğini biraz daha somutlaştırmaktadır.

III. KANT'IN FELSEFESİNDE AHLAK İLE HUKUK İLİŞKİSİNİN GENEL HATLARI

A. Kant'ın Ahlak Felsefesinde Öne Çıkan Temel Kavramlar

Işıktaç'a göre, *Kant*'ta hukuk, ahlaka göre daha az önemlidir. Zira hukuk, determinizmin egemen olduğu dış evrene aittir ve dış zorlamadan güç almaktadır. Bu sebeple de *Kant* için hukuk ancak, özgürlük bakımından taşıdığı problematik yapı sebebiyle ele alınabilir³⁰. Anlaşılacağı üzere *Kant*, başlangıç noktası olarak kendisine yine ahlakı almaktadır. Nitekim *Cevizci*'nin de tespit ettiği üzere *Kant*'ın siyaset felsefesine dair görüşlerinin neredeyse tamamı haklar³¹, ödevler³² ve özgürlüğe³³ ilişkin önermelerinin uzantısı gibidir³⁴. Dolayısıyla bu noktada öncelikle *Kant*'ın ahlak felsefesinin temellerini oluşturan birtakım kavramların açıklamasına yer verilecektir.

Kant'a göre buyruklar kendi içinde ikili bir ayrıma tabidir; kategorik buyruklar ve koşullu buyruklar. Koşullu buyruk, bir amaca erişmek üzere bir eylemin gerçekleştirilmesinin zorunlu olmasını ifade eder. Örnek olarak sınavdan başarı elde etmek için çalışmak gerekir önermesindeki çalışma buyruğu buna örnektir³⁵. Bu yüzden koşullu buyruk hedefini içinde taşır ve bu hedefe ulaşmak istemeyenlerin ilgi alanına girmez. Kategorik buyruk ise bir eylemi başka bir amacın gerçekleştirilmesine bağlamadan bir zorunluluk olarak sunmaktadır. Bu noktada kategorik buyruğun amacı konusu gündeme gelmektedir. *Kant*'a göre kategorik buyrukta eylem bir amaç uğruna gerçekleştirilmemekte, hatta amaç, eylemi gerçekleştirmek olmaktadır. Bu sebeple kategorik buyruklar pratik yasalar olarak belirmektedir³⁶. Kategorik buyruklar, şarta tabi olmadan geçerli olan buyrukları ifade ettiği için koşulsuz buyruk olarak da adlandırılmaktadır.

İlk bakışta kategorik buyruk olarak görülebilecek her ilke, istisnası olmayacak bir gerçek olarak kabul edilmelidir. Ancak *Kant*'a göre davranışlara yol gösteren bir akli kural koyucu ilke; eğer ilkenin geçerliliği davranışın araç olarak hizmet edeceği bir amacın belirlenmiş olma şartına bağlı değilse “kategorik” vasfını kazanır³⁷. Örnek olarak yalan söylemenin yanlış olması onu doğrudan kategorik buyruk kılmaz ve hiçbir istisnası olmayacağı anlamına gelmez. Bu tür ilkelerin geçerliliklerine hangi

²⁹ CEVİZCİ, *Aydınlanma Felsefesi*, s. 536-537. *Kant*'ın kendi ifadesiyle: “*Bu amaçlar krallığında genel yasa koyucu olarak bulunduğu, ayrıca da bu yasalara kendisi de bağlı olduğu zaman, bu krallığın bir üyesidir. Yasa koyucu olarak başkasının hiçbir istemesine bağlı olmadığı zaman ise, bu krallığın başıdır.*” Daha detaylı bilgi için bkz. KANT, Immanuel: *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*, (Çev.) KUÇURADİ, İoanna, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2012 (Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi), s. 51.

³⁰ IŞIKTAÇ, s. 190.

³¹ *Kant*, hak ve erdem arasında da bir ayrıma gitmektedir. Hak, özünde insanın dışarıya karşı özgürlükleriyle, eylemlerine getirilen dışsal sınırlandırmalarla ya da başkalarının müdahalelerine karşı kendi eyleme özgürlüğünün kısıtlanmasından bağımsız olmayla ilintilidir. Oysa erdem, insanın içsel özgürlüğüyle, kişinin kendi kendisinin veya tutkularının efendisi olmasıyla bağlantılıdır. Bu bağlamda *Kant*'a göre hakkı belirleyen üç temel koşul bulunmaktadır. İlk, hak sadece başkaları üzerinde etkisi olan eylemlerle ilgili olmak zorundadır. İkinci, hak bir kişinin eyleminin bir başkasının istek veya salt arzusuyla ilişkisini göstermez, kişinin özgür eyleminin bir diğer kişinin eyleminin özgürlüğüyle kurduğu ilişkiyi ortaya koyar. Son olarak, hak bir kişinin eyleminin formuyla ilgilenir ki bu bakımdan eylemin içeriğinden ziyade dışarıya yansımaları hakkını konusudur. Daha detaylı bilgi için bkz. CEVİZCİ, *Aydınlanma Felsefesi*, s. 557-558.

³² *Kant*'a göre hukuki-siyasi ödevlerin aynı zamanda ahlakın özünüyle ilişkili olmasının sebebi, insanın özgürce amaçlar koyma ve bunların peşinden özgürce gitmesi bağlamında, insanı bir araç olarak değil amaç olarak görmesi bulunmaktadır. Bu çerçevede *Kant* herkes tarafından kabul edilen dört ödev çeşidi sıralamaktadır: (i) kişinin kendisine karşı eksiksiz ödevleri, (ii) başkalarına karşı eksiksiz ödevleri, (iii) kişinin kendisine karşı eksik ödevleri, (iv) başkalarına karşı eksik ödevleri. Daha detaylı bilgi için bkz. CEVİZCİ, *Aydınlanma Felsefesi*, s. 556-557.

³³ *Kant*'a göre özgürlük insan doğasının verili bir özelliği değildir. Nitekim kendi iradesini, ahlâk yasasına dayandırmayan akıl sahibi bir varlığın değerinden söz edilemez. Bu sebeple özgürlük, ortaya çıkarılmayı bekleyen bir potansiyel olarak bulunmaktadır. İnsan iradesini, aklın *a priori* yasalarına tâbi kaldığı ölçüde özgür olur; çünkü ampirik dünyanın determinizmine karşı özgürlüğün yolu ancak buradan geçmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. KOCA, s. 322-325.

³⁴ CEVİZCİ, *Aydınlanma Felsefesi*, s. 554.

³⁵ GÜNEŞ, Fatih: *Kant'da Cezanın Amacı: Ahlak ve Hukuk Felsefesi Çerçevesinde Bir Soruşturma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 22.

³⁶ GÜNEŞ, s. 23.

³⁷ WOOD, s. 168.

sıklıkta ortaya çıktıklarına, “*her akıllı varlığı kendi başına bir amaç olarak değerlendir*” gibi daha temel Kant ilkelerinden türeyip türemediğine ve bu temel değer söz konusu ilkeye sıkı bir bağlılık gerektirmediği durumlara bakılarak karar verilir³⁸.

Kant’ın ahlaki hükümlerin tek bir temel ilkedен türetilmesi için geliştirdiği yaklaşımı *Ahlak Metafizikinin Temellendirilmesi* eserinde ele alınmıştır. *Kant*, bu temel ilkeyi üç değişik açıdan ele alarak üç farklı formülasyon geliştirir. Bu formüllerden ilki evrensel yasa formülü olarak adlandırılır. Bu formül “*sadece aynı zamanda evrensel bir yasa olmasını isteyebileceğin düstura göre hareket et*” şeklinde ifade edilir³⁹. Bu formülün uzantısı ise kişinin onun hareketinin sanki bir doğa yasası olacakmış gibi düşünmesi ve ona göre hareket etmesidir⁴⁰. İkinci formül ise “*öyle hareket et ki, senin ya da başkasının şahsında insanlığı asla sadece bir araç olarak değil, aynı zamanda daima bir amaç olarak kullanabilesin*” şeklinde ifade edilmektedir⁴¹. Üçüncü formül de “*evrensel yasa koyucu olarak her akıllı varlığın iradesinin evrensel yasa olması*” olarak ifade edilebilir. Bunun uzantısı da “*sadece mümkün bir amaçlar aleminin evrensel olarak yasa koyucu üyesinin gereklerine uygun davranmak*” olarak formüle edilmektedir⁴².

Ahlak felsefesi açısından baktığımızda *Kant*, en önce kendi kendini yöneten varlık olarak akıllı fail düşüncesini benimsemiştir. Bu düşünce, tüm akıllı varlıkları kendi başına amaç olmalarından yola çıkarak eşit onura sahip olduğunu ve her akli davranışın saygı görmesiyle ilgilidir. Bu değerlerin yarattığı ideal toplulukta her akıllı varlık yasa koyucudur⁴³. Bu çıkarım ise *Kant*’ın genel ödev buyruğu ile yakından ilişkilidir.

Kant’ın genel ödev buyruğu şu şekildedir: Eyleminin ilkesi (maksimi) sanki kişinin istemesiyle genel bir doğa yasası olacakmış gibi eylemde bulunmak⁴⁴. Kişi bir ödevde uygun davranmadığında aslında ilkesinin genel bir yasa olmasını gerçekten istemediğini fark etmektedir ancak belirli bir ilke nesnel bakımdan genel bir yasa olabilirken öznel bakımdan genel geçer olmuyorsa, istisnalara sahip olması gerekmektedir⁴⁵.

Kant’a göre insan ve genel olarak her akıl sahibi varlık, bir isteme için rastgele kullanılacak sırf bir araç olarak değil, kendisi amaç olarak vardır. Aynı zamanda gerek kendisine gerek de başka akıl sahibi varlıklara yönelen bütün eylemlerinden hep aynı zamanda amaç olarak görülmelidir⁴⁶. *Kant*, bu önermeyi bir pratik buyruk olarak da konumlandırmakta ve akıl sahibi doğanın da kendisinin amaç olarak var olduğunu vurgulamaktadır. İnsan da kendi öz varoluşunu bu şekilde tasarlar ve pratik buyruk böylelikle ortaya çıkar: “*her defasından insanlığı, kendi kişinde olduğu kadar başka herkesin kişisinde de sırf araç olarak değil, aynı zamanda amaç olarak davranacak biçimde eylemde bulun*”⁴⁷. Akıl sahibi bir varlığın amaç olmasının tek koşuluysa ahlaklı olmaktır, çünkü yalnızca ahlaklı olduğunda kişi amaçlar krallığında yasa koyucu bir vasıf kazanabilir. Bu yüzden ahlaklılık ve insanlık aynı şeyi sağlayabildikleri için değerli olan tek şeylerdir⁴⁸. İnsan bu sayede akıl sahibi bir varlık olarak yasa koyucu olur ve bütün doğa yasaları karşısında özgürlüğünü kazanır. Aynı zamanda kendi koyduğu ve kendisinin de bağlı olduğu genel bir yasamada yer almakla kendi doğal yapısını belirlemiş olur. Sonuç olarak otonomiye sahip olmak insanın ve her akıl sahibi varlığın değerinin temelini oluşturmaktadır⁴⁹.

³⁸ WOOD, s. 168.

³⁹ WOOD, s. 173.

⁴⁰ WOOD, s. 173.

⁴¹ WOOD, s. 173.

⁴² WOOD, s. 173.

⁴³ WOOD, s. 165.

⁴⁴ KANT, *Ahlak Metafizikinin Temellendirilmesi*, s. 38.

⁴⁵ KANT, *Ahlak Metafizikinin Temellendirilmesi*, s. 41.

⁴⁶ KANT, *Ahlak Metafizikinin Temellendirilmesi*, s. 45.

⁴⁷ KANT, *Ahlak Metafizikinin Temellendirilmesi*, s. 46.

⁴⁸ KANT, *Ahlak Metafizikinin Temellendirilmesi*, s. 52.

⁴⁹ KANT, *Ahlak Metafizikinin Temellendirilmesi*, s. 53.

Hatırlanacağı üzere *Kant*'a göre bir davranışın ahlaka uygunluğu, evrensel bir yasa haline gelip gelmemesine bağlıdır. İnsanın özgürlüğü ile bağlantısını kuracak olursak özgürlük, akılcı bireyin evrensel ahlak yasalarına bağlanarak kendi aklının buyruklarını izlemesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla ahlakın en üstün ilkesi olarak irade özgürlüğü karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan özgürlük, bireyin zorlamalarla karşılaşmaksızın kendi aklının yasalarını otonom şekilde koymasındadır. Ne var ki, yukarıda belirttiğimiz öznelerarasılık ve kamusal dolayım sebebiyle, otonom şekilde belirlenen ahlak yasalarının evrensel ahlak kategorileriyle uyumlu olması gerekmektedir. Bu nedenle *Işıktaç*'ın tespit ettiği üzere, *Kant*'ta özgürlük, evrensel yasanın dışında hiçbir seçim yapmak zorunda kalmamak anlamına gelmektedir. Dahası evrensel ahlak yasasının bu özelliği sayesinde ahlak, duyusal, çıkara dayalı veya dinsel her türlü değerden özerkleşerek laik bir görünüme kavuşur ve yalnızca kendi sesini dinleyerek, kendi *a priori* ilkeleriyle belirlenir. Sonuçta irade özgürlüğü bulunmaksızın Kantçı anlamda ahlakın oluşması mümkün olmayacağından, irade özgürlüğünün bir ön koşul olduğu çıkarımını yapmak mümkün hale gelmektedir⁵⁰.

B. Özgürlük ve Otonomi Kavramları Ekseninde Ahlaki Temellendirme

Kant'ın hukuku özgürlük bakımından taşıdığı sorunsal nedeniyle her halükarda ahlakla ilişkisini en temelden itibaren kurarak ele aldığını yukarıda belirtmiştik. Bu doğrultuda bir karşılaştırma yapılacak olursa, ahlak insan davranışlarının saikleriyle ilgilenirken; hukuk insan davranışlarının dış görünüşü, insan eylemlerinin dışarıya yansımalarıyla ilgilenmektedir. Dolayısıyla eylem, ahlak normuna uyma saikiyle yapılırsa ahlaki açıdan iyi olarak nitelendirilirken; hukuk, eylemin meydana gelmesine yol açan saikten bağımsız şekilde eylemin neticesine bakar ve ona göre kendi normlarına uygun olarak bir sonuç sağlar. Bu noktada hukukun bir diğer ayırt edici özelliği olarak karşımıza zorlayıcılık niteliği karşımıza çıkmaktadır. *Işıktaç*'ın tespit ettiği üzere, *Kant*'a göre ahlak alanına ait olan vicdan üzerinde dıştan bir zorlama mümkün değildir; oysa hukuk, insan davranışlarının zorla düzenlenmesini içerir ve bu yönüyle tam anlamıyla zorlayıcıdır⁵¹.

Diğer taraftan *Kant*'a göre özgürlük doğuştan gelen ve doğal bir haktır. Üstelik bütün doğal haklar bir bakıma özgürlük hakkının uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsanın başlı başına bir amaç olmasının gerekçesi de doğuştan gelen ve devredilemeyen özgürlük hakkına dayanmaktadır. *Kant*'ın “*Öyle hareket et ki, insanlığa, her seferinde kendi kişiliğinde olduğu gibi başka herkesin kişiliğinde de yalnız araç olarak değil, ama aynı zamanda amaç olacak biçimde davranasın*” ifadesinde vurguladığı üzere, insanın bir araç olarak değil, bir amaç olarak görülmesi aynı zamanda herkes için bir yükümlülük getirmektedir⁵². Bu belirleme, aşağıda daha detaylı şekilde incelenecek olan, insan haklarının temellendirilmesinde de önemli bir gerekçe olarak görülmektedir.

Ayrıca insanın amaç olarak görülmesi otonomi kavramıyla da yakından ilişkilidir. Nitekim otonomi, aklın dışsal zorlamalardan bağımsız şekilde işleyişine karşılık gelmektedir. Ancak *Duva*'nın altını çizdiği üzere, Kantçı terminolojide otonomi her ne kadar öznel arzu ve isteklerden, verili yasa ve değerlerden bağımsız olmaya karşılık gelse de hiçbir zaman toplumsallığı dışlamaz. Çünkü *Kant*'a göre insanlar, ancak özne-nesne ilişkisini fenomenal alanda kurabildikleri ve etik-siyasi boyutta da diğer kişilerin zihnine açılabilir oldukları ölçüde otonom olabilmektedir. Dolayısıyla otonomi, ahlaki bakımdan da araçsallaştırılmamaya karşılık gelir, özgürlüğün pratikte diğer kişilerin haklarını yok saymasını engeller ve sonuçta bütün özgürlüklerin ortak paydası olma işlevini üstlenir⁵³. Neticede *Kant*'ta otonomi kavramı, hem insanların akıl sahibi varlıklar olarak araçsallaştırılmamalarını hem de özgür insanların birbiriyle eşit düzlemde öznelerarası ilişkiler kurabilmelerini sağlamaktadır.

⁵⁰ IŞIKTAÇ, s. 191.

⁵¹ IŞIKTAÇ, s. 194-195.

⁵² YURTSEVEN, Mehmet: *Kant'ta Özgürlük ve Ahlak İlişkisi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 34.

⁵³ DUVA, s. 302.

IV. KANT'IN FELSEFESİNDE HUKUKUN VE DEVLETİN YERİ

A. Hukukun ve Devletin İşlevinin Temellendirilmesinde Kant'ın Özgürlük Anlayışı

Kant'ın düşüncesinde hukuk ise gerçek anlamda bu noktadan itibaren büyük felsefi resme dâhil olmaktadır. *Kant*'a göre hukukun ödevi, insanların birbiriyle kurdukları ilişkilerde ne ölçüde özgür olacaklarını, diğer ifadeyle insanların özgürlüklerinin birbiriyle kurdukları bağılıklarını nasıl düzenleyeceğini, uzlaştıracaklarını belirlemesinden ibarettir. Dolayısıyla *Kant*'ın ulaşmaya çalıştığı nihai nokta, özgür ve otonom bireylerin yaptıkları seçimler neticesinde ortaya çıkan dışsal eylemlerin insan topluluğu içerisinde eşit, adil ve hukuksal biçimde düzenlenebileceği ve yargılanabileceği bir kamusal durumun sağlanabilmesidir. Bunun gerçekleşmesi ise kamusal haklar ve yasalar aracılığıyla inşa edilecek olan “kamusal hukuk”a bağlıdır. Nihayetinde *Kant*'a göre gerçek ve etkili bir şekilde özgürlüğün sağlanabilmesi için devlet organları ve kamusal yasalar aracılığıyla anayasal otoritenin güvence yaratması gerekir⁵⁴.

Işıktaç'ın altını çizdiği üzere, *Kant* bu noktada ikili bir hukuk sistemi benimsemektedir. *Kant*, yasa koyucunun iradesini yansıtan pozitif hukuktan farklı olarak *a priori* akli ilkelerden çıkarılan doğal hukuk sayesinde yürürlükteki hukukun üzerinde düzenleyici bir role sahip ve tamamen akıldan doğan bir hukuk sistemi kurgulamaktadır. Böylece *a priori* akli ilkelerden çıkarılan ve doğuştan gelen doğal haklar ile yasa koyucunun belirlediği, devletin pozitif hukuk aracılığıyla kişilere tanıdığı yetkilere karşılık gelen, bununla birlikte her halükarda doğal hukuk yasalarına uygun olması gereken pozitif haklar bütüncül şekilde hukuk sistemini oluşturmaktadır⁵⁵.

Bu bağlamda *Kant*'ta devletin amacı, doğal hak anlayışının bir gereği olarak özgürlüklerin korunmasını sağlamak olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki *Cevizci*'nin tespitine göre *Kant*, devleti temellendirmek için özgürlüğe ve ondan türetilen adalet kavramları dışında başkaca hiçbir kavrama, söz gelimi siyasal iktidarın yurttaşların refahı ve mutluluğu için ortaya çıkması gibi, başvurmamaktadır. Bu sebeple *Kant*, siyaset felsefesi bağlamında özgürlüğü, her şeyden önce başka insanların seçimleri tarafından engellenmeme ve kısıtlanmama, bireysel seçim ve eylem özgürlüğüne sahip olma biçiminde kullanmaktadır⁵⁶. Tam da bu noktada *Kant*, devletin varlık sebebinin özgürlükleri engellemek olmadığını belirterek; devleti ancak başkalarının özgürlüklerini engelleyen veya zarar verenlere karşı müdahale eden, özgürlükleri koruyan bir araç olduğunu tasavvur etmektedir⁵⁷. Neticede *Kant*'ta, devletin özgürlükleri korumak için gerekli müdahalelerde bulunması, kişilerin haklarını sınırlandırması ve bunun için bir hukuk sistemi kurmasının tek meşru temeli özgürlüğe dayanmaktadır. Bu noktadan itibaren *Kant*, hukuka ve devlete dair görüşlerini sosyal sözleşmecilerin çizgisine yaklaştırarak derinleştirmiştir.

B. Bir Sosyal Sözleşmeci Düşünür Olarak Kant

Özgürlüğü güvence altına alacak otorite olarak devlet “toplumdaki tüm bireylerin temsilcisi olan genel iradedir”. Bu noktada *Kant*, kendisinden önceki sosyal sözleşmeci düşünürlerin siyasal iktidarı rasyonel bir temellendirmeye açıklamalarından epeyce etkilenmiştir. *Kant* “ilk sözleşme” olarak nitelediği sosyal sözleşmeye, mevcut devletin sosyal sözleşme neticesinde ortaya çıktığını ve siyasal iktidarı rasyonel bir şekilde temellendirerek açıklaması sebebiyle başvurmaktadır. *Cevizci*'ye göre de *Kant*'ın sosyal sözleşmesinden çıkan en mühim sonuç, ilk sözleşmenin hem kaynağı hem de eseri olan genel iradenin tek egemen ve yegane yasa koyucu olmasıdır⁵⁸.

⁵⁴ SATICI, Murat: “Kant'ın Cumhuriyetçilik İdesi”, (Ed.) ÖZTÜRK, Armağan: *Res Publica: Platon'dan Skinner'a Antik ve Modern Düşünce*, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2013, s. 200-202.

⁵⁵ IŞIKTAÇ, s. 197.

⁵⁶ Bu görüşe paralel şekilde, *Kant*'ın hukuk teorisini ahlak felsefesinden ayırmasını sağlayan temel noktanın özgürlük yaklaşımı olduğu ileri sürülebilir. Nitekim *Kant*'ın özgürlük anlayışı negatif özgürlük, bir diğer ifadeyle başkaları tarafından yapılan zorlamalardan bağımsız olma anlamındaki dışsal özgürlüktür. *Kant*'ın gerek hak gerekse sözleşme kavramlarını temel alarak kurguladığı hukuk felsefesinin nihai amacı, özgürlüğün anayasal güvence altına alınarak korunmasıdır. Daha detaylı bilgi için bkz. SATICI, s. 191 vd.

⁵⁷ CEVİZCİ, *Aydınlanma Felsefesi*, s. 558-561.

⁵⁸ CEVİZCİ, *Aydınlanma Felsefesi*, s. 565-567.

Kurulmuş olan bu hukuk sisteminin imkanlarını özgürlüklerin korunması için kullanma yetkisine sahip olan devlet, hem sosyal sözleşmecî düşünce geleneğine bağlı olarak meşru bir şekilde temellen- dirilmekte hem de eşit vatandaşların özgürlüğünü doğal hukuk ilkelerine uygun olarak koyacağı yasa- larla güvence altına alan cumhuriyetçi hukuk devleti hüviyetinde karşımıza çıkmaktadır⁵⁹. O halde *Kant*'ın düşüncesinde devlet, özgür bireylerin toplumsal-siyasal bir sistem dâhilinde “genel iradenin” belirlediği yasalara uygun olarak yaşamasını mümkün kılan, özgürlüklerin koruyucusu rolünde bulu- nan ama aynı zamanda herkesin özgürlüğünü gözetecek biçimde özgürlüklerin sınırlandırılmasını da sağlayan ve bunun için hukukun zorlayıcılık niteliğini kullanma hususunda yetkisi olan bir kavrama denk düşmektedir. Devletin temelini bu şekilde açıklayan *Kant*, cumhuriyetin bu noktada kaçınılmaz devlet biçimi olduğunu da öngörmektedir⁶⁰. Çünkü zamanla insanlar arasındaki ayrımlar ve miras yo- luyla aktarılan ayrıcalıklı konumlar ortadan kalkacak sonrasında da cumhuriyetler tarafından kurula- cak olan uluslararası bir federasyon, savaşları ortadan kaldıracaktır⁶¹.

Sonuç olarak *Kant*, sosyal sözleşmenin özgürlüklerin güvence altına alınması için yapıldığını sap- tadıktan sonra; özgürlük kavramının doğal hukukla ilişkisini kurarak hukukun insan eylemlerinin dış görünüşüne yönelmesine ve zorlayıcı tabiatına gönderme yaparak etik, hukuki ve siyasi bir düşünce sistemini⁶² bütünlüklü şekilde kurgulamaktadır. Tam da bu sebeple *Duva*'nın tespit ettiği üzere “*Kant, Machiavelli gibi politik gerçeklikte kalan, sadece reel politik unsurları politik çıkarımlara dâhil eden bir düşünür değil, insanlığın önündeki moral ve politik sorunları mevcut sistem ve koşullar içerisinde değerlendirip, aklın kapasitelerine dayalı olarak bir teori ortaya koymaya çalışan bir düşünürdür*”⁶³.

Hatırlanacağı üzere *Kant*, insan aklını dış dünya karşısında pasif bir alıcı olarak görmeyen bir akıl tanımı yapmaktadır. Bu akıl, çokluluk ve çeşitliliğin ötesine geçerek bir genelliğe ulaşma çabası için- dedir. Dolayısıyla akıl kurucu olarak konumlanmasa dahi özgür karar verme yetisine sahiptir ve başka akıllarla bir arada yaşayabilmektedir. Burada idealize edilen, başka öznelerle bir arada yaşayabilen burjuva ve kapitalist birey idealidir⁶⁴. Bir arada yaşamının temelini de yasalara uygun en yüksek öz- gürlüğü verecek olan anayasa sağlamaktadır. Çünkü anayasa, her bir kişinin özgürlüğünün başkaları- nın özgürlüğüyle bir arada olabileceği en geniş özgürlüğü düzenlemektedir⁶⁵. *Kant*, bu noktada ayrıca *Platon*'un filozof-kral öngörüsünde yakaladığı boşlukları doldurmayı hedeflemektedir. Getirdiği ta- nımda “*herkesin özgürlüğü başkalarınınki ile tutarlı kılabilen yasalara göre en büyük insan özgürlüğü tanıyan bir anayasa*” zorunlu bir idea olarak kabul edilmelidir⁶⁶.

⁵⁹ IŞIKTAÇ, s. 197.

⁶⁰ TALBOTT, William J.: “İnsan Hakları, İnsan Haysiyeti ve Varsayımsal Rıza”, (Çev.) PİLGİR, Akın Emre, (Ed.) LUTZ-BACHMANN, Matthias / NASCIMENTO, Amos: *İnsan Hakları, İnsan Haysiyeti ve Kozmopolit Idealler*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 52. Yine benzer yönde, siyaset felsefesi açısından *Kant*'ın özgürlük, eşitlik ve hak ile ilgili görüşlerinin nihayetinde tüm normatif boyut- larıyla cumhuriyetçi bir yönetimde somutlaştığı ve bu cumhuriyetçi yönetimin esaslarının cumhuriyetçilik düşüncesine büyük etkide bulunduğu kabul edilmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. FORST, Rainer: *The Noumenal Republic: Critical Constructivism Af- ter Kant*, Polity Press, Cambridge, 2024, s. 194-211.

⁶¹ TALBOTT, s. 53.

⁶² Söz konusu düşünce sisteminin siyaset felsefesindeki karşılığının “Kantçı cumhuriyetçilik” olarak adlandırılabilmesi öne sürülmektedir. *Kant* felsefesinde, kişilerin hem yasanın yaratıcısı hem de muhabatı olma şeklindeki otonomisi, ahlaki alanda olduğu kadar hukuki ve si- yasi alanlarda da geçerliliğini koruyan en temel fikirdir. Ahlaki otonomi fikri, hukuki ve siyasi bağlamlarda “ortak yasa koyucuların” kamusal otonomisi ve yasaya tabi olan öznelerin özel alandaki otonomisi olarak birbirinden ayrılmıştır. Cumhuriyetçi yönetim ise özgür- lüklerin korunması amacıyla hukuki-siyasal alanda toplumsal meşruyeti sağlamalıdır. Bu ise keyfi yönetimin ve tahakkümün yokluğu ile gerçekleşmelidir. Keyfi yönetim ve tahakküm, kişilerin haklı ve yeterli gerekçe olmaksızın eylemlere, normlara ve kurumlara tabi tu- tulduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Kantçı cumhuriyetçilik, iletişimsel-söylemsel bir özneler, toplumsal ilişkiler, adalet ve özgürlük kavramları üzerinden temellendirilerek hukuki ve siyasi olarak güvence altına alınmış seçim özgürlüğüne yoğunlaşmakta ve böylece keyfi yönetim ile tahakküm tehdidini hukuki-siyasi enstrümanlarla önlemektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. FORST, Rainer: “A Kan- tian Republican Conception of Justice as Nondomination”, (Ed.) NIEDERBERGER, Andreas / SCHINK, Philipp: *Republican Democ- racy: Liberty, Law and Politics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2014, s. 155-165.

⁶³ DUVA, s. 309.

⁶⁴ USLU, Ateş: *Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi 2*, Yordam Kitap, İstanbul, 2021, s. 446.

⁶⁵ URHAN, Veli: *Siyaset Felsefesi: Kavramlar, Klasik ve Modern Dönem*, Fol Kitap, Ankara, 2020, s. 88.

⁶⁶ KANT, Immanuel, *Arı Usun Eleştirisi*, s. 184.

Kant'a göre tüm devlet şekilleri doğal haklarla bağdaşan bir anayasa fikri çerçevesinde kurulmalıdır. Bunun anlamı yasalara uyanlarla yasa koyucuların bütün olarak hareket etmesidir⁶⁷. Ünlü düşünür *Jean-Jacques Rousseau* da halkın yasa koyucu olması fikrini benzer bir gerekçeyle savunmakta ve halkın yasa koyucu olduğunda özgürlüğünden bir şey kaybetmediğini kabul etmektedir⁶⁸. *Kant*'a göre anayasal normlara da akıl yoluyla erişildiğinde bu ideal anayasa, ayırım olmaksızın bütün ulusal anayasaların daimi normu olacak ve bu sayede savaşları ortadan kaldırmanın bir aracına dönüşecektir⁶⁹.

C. Sosyal Sözleşme Düşüncesinin Ötesinde Ebedi Barış Fikri ve İnsan Haklarının Kurumsallaşması

Kuşkusuz bu fikirlerin günümüze uyarlanıp hayata geçtiği yer olarak Birleşmiş Milletler'in (BM) fonksiyonu üzerine düşünmek zihin açıcı olabilir. *Habermas*'a göre insan haklarının evrenselliği retoriği BM üzerinden kozmopolit bir demokrasinin kapısını aralayabilir⁷⁰. *Kant*'ın bu belirlemelerinde işaret edilen siyasal sistem aslında barışçıl bir federasyon ya da bir uluslar birliği tasavvurudur. Bu sistem, herhangi bir kurucu yasaya dayanmayan gönüllü bir koalisyonudur⁷¹. Akıl ve kişisel çıkarların bir araya gelmesi devletler arasındaki mutabakatı sürdürmeye yeterli olacaktır. Bu tür bir birliğe dâhil olmak gönüllü olsa da aynı zamanda ahlaki bir yükümlülüktür⁷². Dolayısıyla ulusların bu birliği, tıpkı doğanın kendisi gibi kudretli bir otorite tarafından güvence altında olacaktır⁷³.

Bu durum insan haklarını bir ideal boyutundan kurumsallaşmaya götüren bir süreç olarak da okunabilmektedir. Ancak bu kurumsallaşma bizi insan haklarının temeli konusunda bir ikileme götürmektedir. İnsan haklarının hukuki altyapı kazandığı metinler olan 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, Virginia Haklar Bildirgesi ve 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi doğal hukuku, özellikle de *John Locke* ve *Jean-Jacques Rousseau*'nun felsefesini temel almıştır⁷⁴. Hatta Virginia Haklar Bildirgesi ve Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nin bazı kısımları tıpkı *John Locke*'un kaleminden çıkmış gibidir⁷⁵. Bu üç bildirme pozitif geçerlilik taşıyıcılar da her insana insan olmasından dolayı bahşedilen haklardan söz ettikleri için üst-pozitif bir geçerliliğe dayanmaktadır⁷⁶. Böylelikle insan haklarının aslında ahlak ile pozitif hukuk arasında bir statüye sahip olduğu görüşüyle birlikte aslında hem ahlaki hem de hukuki olarak içeriklerinin aynı olduğu gibi birçok görüş ortaya atılmaktadır. Ancak bu evrensellik iddiası bir açıdan tehlike arz etmektedir. Çünkü hakların yer aldığı bildirmeler Fransız ve Amerikan parlamentoları tarafından tanımlanmaktadır ve ulusal egemenlik ilkesi üzerinden bir belirleme yapılmıştır. Bu durum örneğin Napolyon döneminde Fransız ulusunun insanlığın ifadesi olduğu ve fetihlerle dünyaya uyarlaştırma iddiasının temellendirilmesi ihtimaline kapı aralamaktadır⁷⁷.

Bildirmelerde doğuştan gelen haklara vurgu yapılması insan haklarının herhangi bir yasa koyucunun kontrolü altında olmadığı yorumuna da yol açmaktadır. Ancak yine de bu durum insan haklarının pozitif temelini görmezden gelmemize yol açmamalıdır. Çünkü anayasal normlar olarak insan hakları hukuksal bir düzenin kurucu bileşenidir ve yasa koyucunun çerçevesini belirlemektedir. Hatta anayasal normların arasında da temel hakların ayrı bir yeri olduğu kabul edilmektedir. Çünkü insan hakları,

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen: "İki Yüzyıl Sonrasından Geriye Bakışın Kazanımlarıyla Kant'ın Ebedi Barış İdesi", (Çev.) ÇAKAL, Ayşegül: *Cogito- Sonsuzluğun Sınırında: Immanuel Kant*, 2005, Sayı 41-42 (Ebedi Barış İdesi), s. 381.

⁶⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques: *Du Contrat Social*, Flammarion, Paris, 2001, s. 56.

⁶⁹ HABERMAS, *Ebedi Barış İdesi*, s. 381.

⁷⁰ HABERMAS, *Ebedi Barış İdesi*, s. 401.

⁷¹ DOUZINAS, Costas: *İnsan Hakları ve İmparatorluk: Kozmopolitanizmin Siyasal Felsefesi*, (Çev.) AKBAŞ, Kasım / SAĞLAM, Rabia, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 168.

⁷² DOUZINAS, s. 168.

⁷³ DOUZINAS, s. 169.

⁷⁴ HABERMAS, *Ebedi Barış İdesi*, s. 403.

⁷⁵ TOMUSCHAT, Christian: *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 13.

⁷⁶ HABERMAS, *Ebedi Barış İdesi*, s. 403.

⁷⁷ DOUZINAS, s. 169.

her ne kadar bir ulus-devletin hukuki düzeni içinde gerçekleştirilebilir olsa da yurttaşlara siyasi bir yapının üyeleri olmaları bağlamında değil, insan olmanın bir sonucu olarak tanımlanan normlardır. Bu yüzden temellendirmeleri de bu bağlamda yapılmalıdır⁷⁸.

Devletin amacına dair tespitler ise ebedi barışa olan ihtiyaçla paralellik göstermektedir. *Kant*'a göre insan yetilerinin korunması ve geliştirilmesi için gereken medeni hayatı engelleyen insani karşıtlıklar bir sınır olarak görülmektedir. Çünkü hayat ve mülkiyet güvenli olma özelliğini kaybederse insanlar kendilerini mükemmelleştiremezler. Bu durumda insanların emeklerinin ürünleri, onlar yararlanmadan ellerinden alınabileceği için insanların emek sarf etmek için bir sebepleri kalmayacaktır. Dolayısıyla insanların yönelimlerini geliştirebilmesi için dingin ve düzenli bir topluma ve adil bir barışa ihtiyaçları vardır⁷⁹.

İnsanın bencil eğilimlerinin onun yöneticiye duyduğu ihtiyacın bir gerekçesi olduğunu belirten *Kant*, insan iradesinin üzerinde “*evrensel geçerli ve herkesi özgür kılan bir iradeye onu boyun eğmeye zorlayacak*” bir yöneticiye ihtiyaç olduğunu ifade etmektedir⁸⁰. Özgür kılma ifadesi *Locke* ve *Rousseau* etkisi taşımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki en üstün otorite adil olmakla birlikte insan olduğu için çatışmacı eğilimlerini de devam ettirecektir. Bu yüzden kendisinden mutlak bir barış getirmesi de beklenmemelidir⁸¹. Bu noktada *Kant*'ın insan doğasının bu çatışmacı yönünü bir olumsuzluk olarak görmediğini de eklemek gerekir. Ona göre insanların çıkarlarının birbirleriyle çatışması ya da saygınlık, mal-mülk edinme, egemen olma gibi tutkuları toplumsal birliğe karşıymış gibi görünse de aslında doğru değildir. Tam tersi bu tutkular ve istekler insanların yeteneklerini geliştirmektedir. Aynı zamanda bu istek ve tutkular ancak toplumsal birlikte ortaya çıkıp doyurulabildikleri için, toplumsallaşmaya da katkı sağlamaktadır⁸².

Hatırlanacağı üzere *Kant*, devletin meşruluğu konusunda da sosyal sözleşmeyi dayanak göstermektedir. Ancak bu sosyal sözleşme *Hobbes* ve *Locke*'un sözleşme anlayışından farklıdır. Çünkü *Kant*'a göre sosyal sözleşme devletin kökenine dair bir belirleme değildir, devlet ile yurttaşlar arasındaki ilişkinin unsurlarını belirleyen, netleştiren normatif bir idedir. *Kant*'ın tasavvurundaki sosyal sözleşme, bilinmeyen bir “Altın Çağ”ı anlatan bir fikir değildir, devletlerin yönelmek zorunda olduğu bir idealdir⁸³. Bu açıdan sosyal sözleşme, devletin yönetilenlerin rızasıyla meşru olabileceğini ve iktidarın tüm akıl sahibi varlıkların hem fikir olduğu durumlarda ahlaken meşru olacağını ifade etmektedir⁸⁴. Sosyal sözleşme bu yönüyle hem mevcut devletleri değerlendirmek için kullanılan bir norm hem de bir reform programı olarak görülmektedir⁸⁵. *Kant*'ın işaret ettiği bu meşruluk yurttaşların itaatsizlik yapma hakkına sahip olmamasının da bir gerekçesi olarak okunabilir. Çünkü yasa koyucunun hata yapması mümkün olsa bile yasanın genel olarak ortaya konan ilkelerle uyumlu olması gerektiği görülür. Tüm insanların, yasayı kabul ettiğini varsaymak kendi içinde çelişkili görülse de yasa adaletle uyumlu olarak kabul edilmelidir. Bu durum yasa koyucunun iradesine karşı herhangi bir aktif direnişi yasaklama yetkisini de beraberinde getirmektedir. Bu yetkinin varlığı kabul edilmediğinde tüm medeni anayasalar yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır⁸⁶. Dolayısıyla insanların devlete karşı sahip olduğu devredilemez haklar, itaatsizliği ya da isyanı meşrulaştırmamaktadır⁸⁷.

⁷⁸ HABERMAS, *Ebedi Barış İdesi*, s. 404.

⁷⁹ WOOD, s. 153.

⁸⁰ USLU, s. 448.

⁸¹ USLU, s. 448.

⁸² HEIMSOETH, Heinz: *Kant'ın Felsefesi*, (Çev.) MENGÜŞOĞLU, Takiyettin, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2014, s. 177.

⁸³ KANT, Immanuel: *On The Old Saw: That May Be Right In Theory But It Won't Work In Practice*, (Çev.) ASHTON, Ernst B., University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1974 (On The Old Saw), s. 26.

⁸⁴ KUEHN, *Kant*, s. 382.

⁸⁵ KANT, *On The Old Saw*, s. 26.

⁸⁶ KANT, *On The Old Saw*, 67.

⁸⁷ KUEHN, *Kant*, s. 382.

Kant'a göre insanların eşitliğinin bir sonucu da topluluğun her üyesinin yeteneğinin, çalışkanlığının ve şansının onu götürebileceği statüye serbestçe yükselebilmesidir⁸⁸. Bunun yanı sıra herkesin özgürlüğünün bir arada olması da mümkündür. *Kant*'a göre bu noktada kişinin özgürlüğü evrensel bir yasaya göre herkesin özgürlüğüyle bir arada var olabileceği noktaya kadar sınırlanmalıdır. Kamu hukukunun temel amacı bu ilkeyi hayata geçirmektir. Bu ilkeyi hayata geçiren mevzuat, toplumun tüm üyelerini, evrensel özgürlük yasasına uygun olarak birbirini sınırlayan iradelerin etkisi arasında bir denge durumuna getirir. Bu durumda toplumun üyeleri aynı zamanda medeni durumda, bir hukuk durumunda (*status iuridicus*) yaşarlar. Bu statü herkesin doğuştan gelen hakkı aynıdır ve böylelikle herkes haklarını kullanırken belirli sınırlar içinde kalmaya zorlanmaktadır⁸⁹. *Kant*'ın ahlak ile siyaset arasında kurduğu ilişki de bu durumu doğrulamaktadır. Özellikle transandantal kamusal hak kavramı; başkalarının haklarıyla bağlantılı olan tüm eylemlerin kamusal açıklıkla uyumlu değilse yanlış olduğunu ifade etmektedir. Kamusal açıklık, ahlaki siyasetin zorunlu bir koşuludur ve kamusal açıklık olmadan ebedi barışa doğru ilerlemek imkansızdır⁹⁰.

V. KANT'IN İNSAN HAKLARI DÜŞÜNCESİ VE İNSAN ONURU

Onur kavramı *Kant* tarafından koşulsuz ve kıyaslanamaz bir değer olarak nitelendirilmektedir. Onurun koşulsuzluğunun ilk boyutu, onun rastlantısal olgulara bağlı olmayan bir değer olmasıdır. Bu nedenle, onurlu olan her şey, üretebileceği herhangi bir etki veya avantajdan bağımsız bir değere sahiptir⁹¹. İkinci boyut ise onurun karşılaştırılmaz bir değer olarak her türlü bedelin üstünde yüceltilmesi ve hiçbir eş değeri kabul etmemesidir. Dolayısıyla kişi onurlu bir şey ile bedeli olan bir şey arasında seçim yapmak zorunda kalırsa her zaman ilkini seçmelidir. Bu, onurlu olanın paha biçilemez olması anlamına gelmektedir⁹². Bu yüzden onurun dokunulmaz bir yanı vardır ve bu durum onun insan haklarının temellendirilmesinde gördüğü ihtiyacı açıklamaktadır.

Nitekim insan onurunun dokunulmazlığı, kişinin kendi ahlaki öz değerine saygı duyma zorunluluğunu da kapsamaktadır. Çünkü felsefi boyutuyla insan onuru, kişinin rasyonel düşünme ve kendi yaşamını anlamlı bir şekilde yönlendirme kapasitesine dayanmaktadır. Başkalarına saygı gösterme yükümlülüğü de yine bununla ilişkilidir. Bu çerçevede *Kant*, insanın kendi onuruna sahip çıkma ödünlerini ileri sürerken bu saygı duyma zorunluluğunun aynı zamanda başkalarının özgürlüklerini ve ahlaki kapasitelerini de kapsaması gerektiğini belirtir⁹³. Böylece insan onuru, insanların yalnızca araç olarak görülmemesi gerektiği ve onların kendi başlarına nihai amaçlar olarak tanınması gerektiği anlayışıyla insan haklarının temelini oluşturmaktadır. *Kant*'a göre insan hakları ve insan onuru arasındaki ilişki, temelde ahlaki yasanın evrensel olarak uygulanabilmesi ve böylelikle bireylerin bu evrensel ahlaki yasa gereğince birbirlerine saygı göstermesi gerekliliğine dayanır. İnsan onuru kavramı, insan haklarının normatif bir bütünlük içinde koruma altına alınmasını ve bu hakların ahlaki gerekçelerle savunulmasını sağlayan bir temel yaratmaktadır⁹⁴. Neticede insan hakları bireylerin ahlaki özerkliğini, kapasite-

⁸⁸ KANT, *On The Old Saw*, s. 60.

⁸⁹ KANT, *On The Old Saw*, s. 61.

⁹⁰ KUEHN, *Kant*, s. 392.

⁹¹ HILL JR, Thomas E.: *Dignity and Practical Reason in Kant's Moral Theory*, Cornell University Press, Ithaca, 1992, s. 48.

⁹² HILL JR, s. 48.

⁹³ SENSEN, Oliver: "Kant's Conception of Human Dignity", *Kant Studien*, 2009, Cilt 100, Sayı 3, s. 318-321.

⁹⁴ İnsan onuru kavramının insan hakları ile ilişkisi bağlamında Riley, insan haklarının egemenlik ilkesinden (*sovereignty principle*) bahsetmektedir. Bu ilke sayesinde insan onuru, yalnızca normatif bir ideal duruma işaret etmez; aynı zamanda her bireyin eşit olarak kendi yaşamları üzerinde kontrol sahibi olmalarını ve başkalarının müdahalesi olmaksızın özgürce karar verme kapasitesine sahip olmaları gerekliliğini vurgular. Bu şekilde insan onuru, yalnızca ideal bir kavram olarak algılanamaz. Çünkü doğal egemen eşitlik (*natural sovereign equality*) gereğince bireyler, sosyal-siyasal düzenler içinde eşit haklara sahip olup başkaları üzerinde üstünlük kurma yetkisine sahip değildir. Bu doğrultuda hukuk sistemleri somut normatif düzenlemelerle, ahlaki ödevlerin ve politikaların insan haklarıyla uyumlu bir şekilde işleyebilmesini sağlamalıdır. Sonuçta insan onuru, insan hakları bakımından yalnızca felsefi ideal bir temel teşkil etmez; fakat aynı zamanda hukuki bir değere de karşılık gelmektedir. İnsan onuru, bir dizi normatif ilişki ve haklar bütünü olarak işleyebilmesi sayesinde pratikte hukuki bağlamda bağlayıcılık kazanmaktadır. RILEY, Stephen: *Human Dignity and Law: Legal and Philosophical Investigations*, Routledge, New York, 2018, s. 50-57.

telerini ve özgürlüğünü korumak için gereklidir; bu haklar ihlal edildiği takdirde kişinin onuruna zarar verilmiş olur.

Benzer yönde *Kuçuradi*'ye göre insan hakları her şeyden evvel bir fikirdir, insan aklının ürettiği bir düşünceden ibarettir. Bu düşüncenin temelinde ise insanların, salt insan olmaları sebebiyle belirli bir şekilde, yapısal olanaklarının gerçekleştirilmesini olanaklı kılacak biçimde muamele görmesi bulunmaktadır. Ayrıca tüm insanlar akıl ve vicdan sahibi olmaları sebebiyle onur ve haklar bakımından eşit olup insanı diğer türlerden ayırt eden bu iki yapısal özelliğinin sonucu olarak insanların birbirlerine “kardeşçe” davranmaları gerekir⁹⁵. Buradan hareketle, insan aklının ürettiği bir düşünce olarak insan haklarının esasında; akıl sahibi özgür ve eşit insanların yeryüzündeki olanaklarını gerçekleştirme-ye yönelik taleplerini kendilerine dayanak almasıyla ortaya çıktığını söylemek mümkündür.

İnsan haklarına atfedilen bu özelliklerin kökenini ise liberalizmde bulmak mümkündür. Çünkü Orta Çağ sonunda Avrupa’da ortaya çıkan süreç ve modernleşmenin yarattığı dönüşümler feodalitenin çözülmesini sağlamış ve böylelikle bireyin otonomisi süreci başlamıştır. Toplumdan ya da toplumsal rollerinden ayrı görülen bireyin artık özel bir değere ve onura sahip bir varlık olarak görülmesiyle insan haklarının da temeli atılmıştır⁹⁶. Bu sürecin sonunda ortaya çıkan durum yeni hak taleplerini beraberinde getirmiştir. Bu hakların yalnızca bu dönüşümün itici gücü olan burjuva sınıfına bir imtiyaz yaratmaması için bu haklar herkese tanınan ve güvence altına alınan haklara dönüşmüştür⁹⁷.

Kant'a göre hakların hareket noktası insanın beşerî ve akli doğasından kaynaklanan ve doğuştan sahip olduğu özgürlük hakkı ya da bir başkasının keyfi iradesince zorlanmama hakkıdır. *Kant* buradan yola çıkarak eşitliğe ve kişinin kendi efendisi olma hakkı ve başkalarının hakkını ihlal etmemesini de içerek şekilde bir çerçeve çizmektedir. Temel hak ve ödevler de bu bağlamda şekillenir ve üç başlık altında ele alınır. Bunlar; insanın kendini başkaları için araç haline getirmemesini ifade eden şerefli yaşamak, kimseye zarar vermemek ve herkese hakkı olanı vermek olarak ifade edilmektedir⁹⁸.

İnsan onuruna saygı göstermenin önemini, birçok filozof *Kant*'ın yolundan giderek vurgulamıştır. Bu bağlamda *Kant*'ın insan haklarının mantığını türettiği ahlaki ilkelere sıkça gönderme yapılmaktadır. Bu ilkeler her insanın, diğer rasyonel varlıkların hareket etmesini istediğimiz ilkelere göre hareket etmesi gerektiği, bir diğeri de kişinin asla bir amaca ulaşmanın aracı değil, kendi başına bir amaç olarak görülmesi ilkesidir⁹⁹.

Yine *Kuçuradi*'nin belirttiği şekilde bu ilkeler insanların görmesi ve başka insanlara göstermesi gereken muameleleri dile getirmesi sebebiyle etik ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan tek tek insan hakları etik ilkelere; fakat aynı zamanda toplumsal düzenlemeye, hukuka ve siyasete dair de bu etik talepler genişlemiştir. Nitekim talep edilen belirli olanaklarının gerçekleştirilebilmesi için gerekli nesnel koşulların hem insanlar arasında hem de toplumsal, siyasal ve hukuksal düzlemde sürekli şekilde sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla birer norm olarak insan hakları, kişilerin söz konusu olanakları gerçekleştirilebilmeleri için nasıl muamele görmeleri ve birbirlerine nasıl muamele göstermeleri gerektiğini düzenlemektedir¹⁰⁰. Öyleyse sorulması gereken soru şudur: Neden insanlar olanaklarını gerçekleştirilebilmeleri için özel bir muameleye tâbi tutulmalıdır? Benzer şekilde, insan haklarının amacı esasında neye yönelmiştir? Etik ilkelerin insan haklarının temelinde yattığı düşüncesinin önemli bir gerekçesi, kendimizi ve karşımızdakini önce insan olarak görmektir. Çünkü insan haklarının temelinde önce insan olduğunun farkında olma düşüncesi yatmaktadır. Bu düşünce, *Kant*'ın

⁹⁵ KUÇURADİ, İoanna: *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2018, s. 70-71.

⁹⁶ DONNELLY, Jack: *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, (Çev.) ERDOĞAN, Mustafa / KORKUT, Levent, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 79.

⁹⁷ DONNELLY, s. 79.

⁹⁸ WOOD, *Kant*, s. 217.

⁹⁹ CLAPHAM, Andrew: *Human Rights: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 9.

¹⁰⁰ KUÇURADİ, s. 72.

kendimizi ya da başkasını araç olarak değil, aynı zamanda amaç olarak görmek düşüncesiyle net bir bağlantısı vardır¹⁰¹.

Bu bağlamda, çağdaş dönemlerde insan haklarının felsefi temellendirilmesi yapılırken karşımıza çıkan belki de en yaygın kavram insan onurudur. *Bulut*'a göre insan haklarının kapsamına, sınıflandırılmasına ve sınırlandırılmasına dair uzunca süredir yoğun tartışmalar yürütülmüşse de insan haklarının amacının insan onurunun korunması olduğuna yönelik yaygın bir mutabakat söz konusudur¹⁰². Dolayısıyla insan hakları düşüncesinin ortaya çıkışında insan onurunun korunması amacı bulunmaktadır. Her insanın olanaklarını gerçekleştirebilmesi için özel muameleye tâbi tutulması gerekir çünkü akıl ve vicdan sahibi olan insanın onurunun korunması başlı başına korunmaya değerdir. Benzer yönde *Kuçuradi* de “*İnsan onuru, insanın nesnel değerinin öznel karşılığıdır ve tür olarak insanın değeri felsefi/antropolojik bilgisinden, yani insan türünün benzer yapısal özellikleri ile olanaklarının ve bunlardan kaynaklanan ve ona evrendeki yerini sağlayan tarihteki başarılarının bilgisinden oluşur. Bu bilgi, ona sahip olanlar için, doğal ve rastlantısal özellikleri ne olursa olsun başka insanlara, hatta bu değer farkında olmayanlara da bu değere uygun muamele etmeyi gerekli kılıyor*”¹⁰³ tespitini yapmıştır.

Bulut'un ifadesine göre de akıl ve vicdan sahibi insanın kendine özgü nitelikleri, onun kendi yaşamını ahlaki olarak belirleme ve gerçekleştirme yetisine sahip olmasına sebep olur ve böylece insan onuru insanın kişiliğine, öz değerine ilişkin bir kavram olarak insanın özerkliğinin, varlık nedeninin, insan olmanın anlamını ve amacını oluşturur¹⁰⁴. *Uygun*'a göre ise tarihsel açıdan bakıldığında ise insan onuru kavramına antik çağlarda da rastlanmaktadır. Ancak insan hakları güçlü bir ahlaki ilke olarak 18. yüzyılda *Kant* tarafından ortaya koyulmuştur ve sonrasında uluslararası hak belgelerine ve anayasalara dâhil olmuştur¹⁰⁵. Özellikle 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde insan hakları ve insan onuru arasında kurulan bağın sonucunda insan onuru kavramı, insan hakları tartışmalarının merkezine oturmuştur.

Dolayısıyla insan hakları, esasında insan onuru kavramının gerekliliklerini dile getirmekte, insanın özel bir muameleye tabi tutulmasına yönelik taleplerinin evrensel karşılığı olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan haklarının insan onuruyla kazandığı bu evrensellik boyutu onu bir hukuki ilke olarak değerlendirmemizi gerektirir. Bunun sonucunda insan hakları hem devletten öncesine giden bir geçerliliğe sahip olmakta ve hem de devletlerin iç hukukunda yer verdiği haklar olarak pozitif hukuk sistemleri içinde yer almaktadır. Böylelikle insan hakları kavramının kapsamına ilişkin farklı görüşlerin ve çelişkilerin kalmayacağı söylenebilir. Küreselleşme süreci de bu dönüşümü bir yönüyle zorunlu kılmaktadır¹⁰⁶. İnsan onurunun hak belgelerinde olan yansımaları da benzer bir seyir izlemektedir. İnsan haklarının ilk ortaya çıkışında insan onurunun korunması için devlet gücünün sınırlanması yeterli görülmüş ancak sonrasında insan onurunun korunması için sosyal adaletin de gerçekleşmesi gerektiği düşüncesi ön plana çıkmıştır¹⁰⁷.

Kavrama bu yönden bakıldığında, insan onuru insan olmanın anlamı ve öz değeri olarak her çeşit toplumsal, siyasal ve hukuksal müdahaleye karşı öne sürülebilen ve bu özelliğiyle bütün hak ve özgür-

¹⁰¹ ÇAKMAK, E. Efe: “Kant, Etik ve Ahlak Üzerine: İoanna Kuçuradi'yle Söyleşi”, *Cogito - Sonsuzluğun Sınırında: Immanuel Kant*, 2005, Sayı 41-42, s. 237.

¹⁰² BULUT, Nihat: “Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 12, Sayı 3-4, s. 1.

¹⁰³ KUÇURADI, s. 72-73.

¹⁰⁴ BULUT, s. 2.

¹⁰⁵ UYGUN, Oktay: *Devlet Teorisi*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 472.

¹⁰⁶ LUTZ-BACHMANN, Matthias: “İnsan Hakları Fikri ve Dünya Siyasetinin Gerçekleri: Etik ve Siyaset Arasındaki İlişki Üzerine Bir Düşünce”, (Çev.) PİLGİR, Akın Emre, (Ed.) LUTZ-BACHMANN, Matthias / NASCIMENTO, Amos: *İnsan Hakları, İnsan Haysiyeti ve Kozmopoliti İdealleri*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 41.

¹⁰⁷ AKAD, Mehmet / VURAL DİNÇKOL, Bihterin / BULUT, Nihat: *Genel Kamu Hukuku*, 19. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2023, s. 267.

lüklerin temeli sayılan bir değerdir. *Bulut*'un isabetle tespit ettiği üzere bu değer, kendisini aydınlanma düşüncesi içinde *Kant*'ın genel felsefesiyle birlikte somutlaştırmıştır. Çünkü *Kant*'ta onur kavramı, insan otonomisi üzerine temellendirilmiştir. İnsanın akıl sahibi varlık olarak hem otonom hem de ahlak sahibi özne olması sebebiyle kendi aklının buyruklarına uygun eylemde bulunurken aynı zamanda evrensel ahlak ilkelerine de uymaktadır. Böylece otonom bir varlık olarak insan başkalarının iradesinin bir aracı olarak hareket edemez, eşit şekilde onura sahip insanların onurunun korunması için insanın bizzat kendisinin bir amaç olarak görülmesi gerekir¹⁰⁸.

Bu tespitler *Kant*'ın çağdaş insan hakları teorisine, özellikle eşitlik ve özerkliği temellendirme bağlamında, yaptığı katkıları ortaya koymaktadır. İnsanın ayrıca ahlaki ilkeleri belirleyen rasyonel bir varlık olması ve bu rasyonel varlıklarla oluşacak evrensellik potansiyeli taşıyan bir toplum ideali *Kant*'ın düşüncesinin önemli noktaları olarak görülmektedir¹⁰⁹.

SONUÇ YERİNE

Son söz olarak; insan haklarının felsefi temellendirilmesinde yaygın bir şekilde başvurulan kavram olarak insan onuru kavramı *Kant*'ın genel felsefesinde ama bilhassa etik ve siyaset felsefesi içerisinde dayanaklarını bulmaktadır. Öncelikle düşünürün insanın diğer varlıklardan farkı olarak ortaya koyduğu otonomi düşüncesi, insanı farklı bir noktada konumlandırmak açısından önem taşımaktadır. Ancak bunun devamında, özgür iradeye sahip olduğu düşünülen insanın, hangi durum ve koşullarda gerçekten özgür olduğu da ortaya koyulmaktadır. İnsanın bu koşulları sağlamasının ardından aklıyla ulaşabileceği buyruklarla, ilkeler ortaya koyabileceğini savunan *Kant*, bu buyrukların da temelinde yatması gereken buyruklardan kategorik buyruklara özel bir önem vermekte ve böylelikle insan haklarının temellendirilmesinde kullanılan düşünce sistematüğünü başlatmaktadır.

Günümüzde insan haklarını felsefi bir temele oturtmak için *Kant*, bizlere evrensel geçerliliği olan ve kendi içerisinde tutarlı bütünlük arz eden felsefi bir temel sunmaktadır. Bu bakımdan *Kant*'ın felsefesinin belki de en somut yansımalarının insan haklarında ve bu düşünceye bağlı olarak halen gelişimini sürdüren pozitif hukuktaki insan hakları hukukunda bulunduğunu iddia etmek pek de yanlış olmayacaktır.

Kant'ın kendi dünyası içinde yaratmış olduğu bu düşünce sistematüğü aynı zamanda tüm insanları kapsamaktadır. Bu durum da *Kant*'ın düşüncelerinin evrensellik boyutuna ayrı bir önem atfetmektedir. Çünkü *Kant*'a göre insanın araç değil amaç olması ilkesi, tüm insanlığı kapsar ve bu düşünce bize tüm insanların akıl yoluyla evrensel ilkelere ulaşarak yasa koyucu olabildiği bir cumhuriyet tasarımına götürür. Ancak insan doğasının çatışmacı yanının da farkında olan ve bunu bir sorun olarak değil, ilerlemeci bir kaynak olarak gören *Kant*, devletler arasında da bu tür uyuşmazlıkların giderilmesi için evrensel bir federasyon önerisini çözüm yolu olarak önermektedir. Böylelikle insan doğasından kaynaklanan uyuşmazlıklar da çözüme kavuşacak ve insan haklarının ve aklın hakim olduğu bir küresel düzen kurulmuş olacaktır.

Katkı Oranı Beyanı:

Çalışmaya Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK ve Arş. Gör. Cemre Edip YALÇIN eşit oranda katkı sağlamıştır.

¹⁰⁸ BULUT, s. 10.

¹⁰⁹ ERDOĞAN, Mustafa: *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 4. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2015, s. 46.

KAYNAKÇA

- AKAD, Mehmet / VURAL DİNÇKOL, Bihterin / BULUT, Nihat: *Genel Kamu Hukuku*, 19. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2023.
- BULUT, Nihat: “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 12, Sayı 3-4, s. 1-12.
- CEVİZCİ, Ahmet: *Aydınlanma Felsefesi*, 2. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2020 (Aydınlanma Felsefesi).
- CEVİZCİ, Ahmet: *Felsefe Tarihi*, 4. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2012.
- CLAPHAM, Andrew: *Human Rights: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- ÇAKMAK, E. Efe: “Kant, Etik ve Ahlak Üzerine: İoanna Kuçuradi’yle Söyleşi”, *Cogito - Sonsuzluğun Sınırlarında: Immanuel Kant*, 2005, Sayı 41-42, s. 235-239.
- ÇETİNKIRAN BALCI, Elif: “İsteme Özgürlüğünden Eylem Özgürlüğüne: Kant’ın Özgürlük Görüşü”, *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 35, Sayı 1, s. 20-32.
- DONNELLY, Jack: *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, (Çev.) ERDOĞAN, Mustafa / KORKUT, Levent, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- DOUZINAS, Costas: *İnsan Hakları ve İmparatorluk: Kozmopolitanizmin Siyasal Felsefesi*, (Çev.) AKBAŞ, Kasım / SAĞLAM, Rabia, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.
- DUVA, Özlem: “Immanuel Kant”, (Ed.) TUNÇEL, Ahu Tunçel / GÜLENC, Kurtul: *Siyaset Felsefesi Tarihi: Platon’dan Zizek’e*, 4. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2021, s. 309-325.
- ERDOĞAN, Mustafa: *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 4. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2015.
- FLEISCHACKER, Samuel: *What is Enlightenment?*, Routledge, London & New York, 2013.
- FORST, Rainer: “A Kantian Republican Conception of Justice as Nondomination”, (Ed.) NIEDERBERGER, Andreas / SCHINK, Philipp: *Republican Democracy: Liberty, Law and Politics*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2014, s. 154-168.
- FORST, Rainer: *The Noumenal Republic: Critical Constructivism After Kant*, Polity Press, Cambridge, 2024.
- GÜNEŞ, Fatih: *Kant’da Cezanın Amacı: Ahlak ve Hukuk Felsefesi Çerçevesinde Bir Soruşturma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- HABERMAS, Jürgen: “From Kant’s ‘Ideas’ of Pure Reason to the ‘Idealizing’ Presuppositions of Communicative Action: Reflections on the Detranscendentalized ‘Use Of Reason’”, (Çev.) FULTNER, Barbara, (Ed.) REHG, William / BOHMAN, James: *Pluralism and the Pragmatic Turn: The Transformation of Critical Theory- Essays in honor of Thomas McCarthy*, The MIT Press, Massachusetts, 2001, s. 11-39.
- HABERMAS, Jürgen: “İki Yüzyıl Sonrasında Geriye Bakışın Kazanımlarıyla Kant’ın Ebedi Barış İdesi”, (Çev.) ÇAKAL, Ayşegül: *Cogito- Sonsuzluğun Sınırlarında: Immanuel Kant*, 2005, Sayı 41-42, s. 381-417 (Ebedi Barış İdesi).
- HEIMSOETH, Heinz: *Kant’ın Felsefesi*, (Çev.) MENGÜŞOĞLU, Takiyettin, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2014.
- HILL JR, Thomas E.: *Dignity and Practical Reason in Kant’s Moral Theory*, Cornell University Press, Ithaca, 1992.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: *Hukuk Felsefesi*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- KANT, Immanuel: “An Answer to the Question: What Is Enlightenment?”, (Çev.) SCHMIDT, James, (Ed.) SCHMIDT, James: *What Is Enlightenment? Eighteenth-Century Answers and Twentieth-Century Questions*, University of California Press, Berkeley, 1996, s. 58-64.
- KANT, Immanuel: *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*, (Çev.) KUÇURADİ, İoanna, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2012 (Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi).
- KANT, Immanuel: *Arı Usun Eleştirisi*, (Çev.) YARDIMLI, Aziz, İdea Yayınevi, İstanbul, 1993.
- KANT, Immanuel: *On The Old Saw: That May Be Right In Theory But It Won’t Work In Practice*, (Çev.) ASHTON, Ernst B., University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1974 (On The Old Saw).
- KOCA, Engin: “Kant’ın Etik Kuramında Özgürlük”, (Ed.) ÖZTÜRK, Armağan / ÇEVİK, C. Cengiz: *Kavramlar Tarihi: Özgürlük*, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2022, s. 311-332.

- KUÇURADİ, İoanna: *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2018.
- KUEHN, Manfred: “Kant’s Critical Philosophy and Its Reception- The First Five Years (1781-1786)”, (Ed.) GUYER, Paul: *The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy*, Cambridge University Press, New York, 2006, s. 630-663.
- KUEHN, Manfred: *Kant*, (Çev.) DOĞAN, Bülent O., Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011 (Kant).
- KÜÇÜKALP, Kasım / CEVİZCİ, Ahmet: *Batı Düşüncesi-Felsefi Temeller-*, 4. Baskı, Türk Diyanet Vakfı (İSAM) Yayınları, Ankara, 2017.
- LUTZ-BACHMANN, Matthias: “İnsan Hakları Fikri ve Dünya Siyasetinin Gerçekleri: Etik ve Siyaset Arasındaki İlişki Üzerine Bir Düşünce”, (Çev.) PİLGİR, Akın Emre, (Ed.) LUTZ-BACHMANN, Matthias / NASCIMENTO, Amos: *İnsan Hakları, İnsan Haysiyeti ve Kozmopolit İdealler*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 25-42.
- MARINA, Jacqueline: “It’s All About Power: The Deep Structure of Kant’s Categorical Imperative and Its Three Formulations”, (Ed.) LYSSY, Ansgar / YEOMANS, Christopher: *Kant on Morality, Humanity and Legality: Practical Dimensions of Normativity*, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, s. 67-89.
- RECKI, Birgit: “Kant ve Aydınlanma”, (Çev.) ÇÖREKÇİOĞLU, Hakan: *Cogito - Sonsuzluğun Sınırında: Immanuel Kant*, 2005, Sayı 41-42, s. 192-214.
- RILEY, Stephen: *Human Dignity and Law: Legal and Philosophical Investigations*, Routledge, New York, 2018.
- ROUSSEAU, Jean Jacques: *Du Contrat Social*, Flammarion, Paris, 2001.
- SATICI, Murat: “Kant’ın Cumhuriyetçilik İdesi”, (Ed.) ÖZTÜRK, Armağan: *Res Publica: Platon’dan Skinner’a Antik ve Modern Düşünce*, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2013, s. 187-226.
- SENSEN, Oliver: “Kant’s Conception of Human Dignity”, *Kant Studien*, 2009, Cilt 100, Sayı 3, s. 309-331.
- TALBOTT, William J.: “İnsan Hakları, İnsan Haysiyeti ve Varsayımsal Rıza”, (Çev.) PİLGİR, Akın Emre, (Ed.) LUTZ-BACHMANN, Matthias / NASCIMENTO, Amos: *İnsan Hakları, İnsan Haysiyeti ve Kozmopolit İdealler*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 45-72.
- TOMUSCHAT, Christian: *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, New York, 2008.
- URHAN, Veli: *Siyaset Felsefesi: Kavramlar, Klasik ve Modern Dönem*, Fol Kitap, Ankara, 2020.
- USLU, Ateş: *Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi 2*, Yordam Kitap, İstanbul, 2021.
- UYGUN, Oktay: *Devlet Teorisi*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- WOOD, Allen W.: *Kant*, (Çev.) KOVANLIKAYA, Aliye, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009.
- YURTSEVEN, Mehmet: *Kant’ta Özgürlük ve Ahlak İlişkisi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.
- ZACK, Naomi: *A’dan Z’ye Felsefe: Antik Yunan’dan Postmodern Döneme Felsefe Tarihi*, (Çev.) ALPAGUT, Şükrü, 2. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2021.



Roma Hukukunda *Stipulatio* (Sözlü Sözleşme)^(*)



Stipulatio (Verbal Contract) in Roman Law

Elvan SÜTKEN



Doktor Öğretim Üyesi

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Roma Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Stipulatio,
Roma Hukuku,
Roma Sözleşmeler Sistemi,
Sözlü Sözleşme,
Şekil.

Öz

Roma borçlar hukuku kapsamında incelenen sözleşmeler (*contractus*), tarafların irade beyanlarının uyuşması (*consensus*) ve genellikle o zaman için hukuk düzenince aranan şekli şartların yerine getirilmesi şartıyla borç ilişkisini kuran hukuki işlemlerdi. Sözleşme özgürlüğüne yer vermeyen Roma hukukunda, yalnızca belli sözleşme tiplerine yer verilmiş, sınırlı sayıdaki sözleşmelere dava (*actio*) olanağı tanınmıştı. Roma borçlar hukukunun sözleşmeler sistemi; sözlü sözleşmeler (*verbis contrahitur*), rızai sözleşmeler (*consensu contrahitur*), aynı sözleşmeler (*re contrahitur*) ve yazılı sözleşmelerden (*litteris contrahitur*'den) oluşmaktaydı. Rızai sözleşmeler ile aynı sözleşmeler için şekil şartı aranmazken, sözlü sözleşmeler ve yazılı sözleşmeler için şekil şartı aranırdı. Roma'da Klasik Dönem'de en önemli şekli sözleşme, sözlü olarak soru ve cevap şeklinde yapılan *stipulatio* idi. Günümüz hukukunun temelini teşkil eden Roma hukukundan bugüne, hukuki işlemlerdeki şekil konusu önem taşımaktadır. Şekil, kişilerin iradelerini beyan ederken başvurdukları söz ya da yazılı işaret gibi dış kalıplardır. Roma hukukçuları şeklin, "en eski norm" olduğunu düşünmekteydi. Roma'da *Ius Civile* şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı düzenlemeler içerirdi. *Ius Gentium* ise esnek kurallardan oluşuyordu. Hukuki işlemler, bugün uygulanmayan bir takım törenlerle ya da sözlü şekillerle meydana getiriliyordu. Sözlü şekil, Roma'nın aksine günümüzde istisnai olarak hukuki işlemlerde geçerlilik şartıdır. "Roma Hukukunda *Stipulatio*" başlıklı bu çalışmamızda, Roma borçlar hukukunda sözleşmeler sisteminin temel taşı niteliğindeki, günümüz hukukundaki yazılı sözleşmelerin kullanım alanına sahip olan *stipulatio*'nun yeri, önemi, yapılış yöntemi, uygulama alanı, türleri incelenmiştir.

Keywords

Stipulatio,
Roman Law,
Roman System of Contracts,
Verbal Contracts,
Form.

Abstract

Contracts examined within the scope of Roman Law of Obligations (*contractus*) were legal transactions that established a debt relationship with the agreement of the parties' declarations of intent (*consensus*) and the fulfillment of formal conditions. In Roman law, only certain types of contracts were included and allowed to be sued (*actio*). While no formal requirement was required for consensual contracts (*consensu contrahitur*) and contracts in rem (*re contrahitur*), formal requirement was required both for verbal contracts (*verbis contrahitur*) and written contracts (*litteris contrahitur*). In the Classical Period in Rome, the most important formal contract was the *stipulatio*, which was made verbally in the form of questions and answers. From Roman Law to today, the subject of form in legal transactions has been important. Form is the external pattern such as words or written signs that people use to declare their will. Roman jurists thought that form was the "oldest norm". Legal transactions were carried out with ceremonies and verbal forms which don't exist today. *Ius Civile* included regulations strictly adhering to the rules of form. But *Ius Gentium* consisted of flexible rules. Contrary to Rome, verbal form is an exceptional condition of validity in legal transactions today. In this study; the place, importance, method of formation, field of application and types of *stipulatio*, which is the cornerstone of the contract system in Roman Law and has the usage area of written contracts in today's law, are analysed.

(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 18.12.2024, Kabul Tarihi: 30.01.2025.

Bu çalışma, yazara ait "Roma Hukuku'nda Şekil" isimli yayınlanmamış doktora tezinin ilgili bölümleri geliştirilerek üretilmiştir.



GİRİŞ

Roma hukukunda sözleşmeler (*contractus*), çağdaş hukuktakine benzer şekilde, tarafların irade beyanlarının uyuşması (*consensus*) sonucunda borç ilişkisini oluşturan hukuki işlemlerdi. Latince *contractus* kelimesi, Türkçe’de “düğüm”, “bağlanmış olma” anlamına gelmektedir. Günümüzün aksine, sözleşme özgürlüğünün bulunmadığı Roma borçlar hukukunda ancak belli sözleşme tiplerine yer verilmiş, sınırlı sayıdaki (*numerus clausus*) sözleşmeler için dava olanağı tanınmıştı¹.

Romalılar *contractus* terimini, yalnız *Ius Civile*² tarafından borç doğurucu sözleşme olarak tanınmış anlaşmalar için kullanıyorlardı. *Ius Civile*’nin tanımadığı, şekilsiz anlaşmalar olan *pactum*’ların borç doğurmadığı varsayıyordu (*ex nuda pacta actio non nascitur*). Ancak *pactum*’lar, *Ius Praetorium* (*praetorların yarattığı hukuk*) uyarınca tanınıyor ve dolayısıyla borç doğuruyorlardı. Roma sözleşmeler sistemindeki sınırlı sayı ve tipteki tüm sözleşmelerin, *Ius Civile*’ce tanınan bir davayla (*actio*’yla) takibi mümkündü. O halde *Ius Civile*’nin davayla koruma kapsamına almadığı, şekle bağlı olmadan yapılan tüm öteki anlaşmalar *pactum*’lardı³. İlerleyen zamandaysa *pactum*’lar, *praetor*’lar ve imparatorlar vasıtasıyla koruma altına alınmıştı. Roma hukukunun inkişafında, davalarla korunma açısından *pactum*’larla sözleşmelerin arasındaki farklılık ortadan kalktı⁴.

Türk borçlar hukukunda hukuki işlemler alanında etkin olan irade serbestisi ilkesi doğrultusunda sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Buna göre, bir sözleşmenin kurulabilmesi için emredici hükümlere, kişilik haklarına, kamu düzenine, genel ahlaka aykırı olmamak şartıyla ve sözleşmenin konusu imkansız olmamak kaydıyla tarafların rızalarının uyuşması yeterlidir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, kişiler diledikleri kişilerle diledikleri şekilde, istedikleri tipte sözleşme yapmakta hürdürler. Günümüzde sözleşmeler meydana getirilirken, şekle bağlılık esas kural olmayıp, ancak istisnai durumlarda iradenin belli şekillerde

¹ Roma hukukundaki *contractus* kavramına dilimizde “sözleşme” ve “akit” kelimeleri karşılık gelmektedir. Bu çalışmada yararlanılan, Roma hukuku alanındaki tarihsel olarak önceki dönemlere ait olanlarda, “sözleşme” kelimesinin yerine genellikle “akit” kelimesine yer verilmiştir. Söz konusu önceki tarihli temel eserlerde, günümüzde kullanılan “Roma sözleşmeler sistemi” kavramının yerine, genellikle “Roma akitler sistemi” kavramı kullanılmıştır. Bkz. RADO, Türkân: *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 42-43; TAHİROĞLU, Bülent: *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 123 vd.; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016 (Contractus), s. 25 vd.

² *Ius Civile (Ius Quiritium)*, “Roma vatandaşlarının hukuku” anlamına gelmekteydi. Roma’nın pozitif hukuku olan *Ius Civile*’nin kaynağı halktı. Resmî makamların koymuş bulunduğu kurallardan oluşmayıp, halk meclisinin kanunlaşmış kararları (*lex*), bunun yanında örf adet hukuku ve benzeri kaynaklardan meydana gelmekteydi. *Ius Civile* şekilci ve tutucuydu. Değişime kapalı, sert hukuk kurallarından oluşmaktaydı. *Ius Civile*’nin uygulanabilirliği, imparatorluğun sınırları genişleyip, yabancı halkların sayısı gün geçtikçe arttığında sakınca yaratmaya başladı. Zaman içinde, yeni ekonomik ve toplumsal şartların, gelişen ticaret hayatının gerektirdiği üzere *praetor peregrinus* (yabancılar *praetoru*) tarafından yasal düzenlemelere gidildi. Böylelikle, hem Roma yurttaşlarına hem de yabancılara uygulanabilen, *Ius Civile*’yle karşılaştırıldığında esnek şekil anlayışına sahip yeni hukuk kurallarından meydana gelen *Ius Gentium* yani Kavimler Hukuku uygulamaya girdi. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret: *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1993, s. 11; GÜRTEK, Kadir: *Roma Hukuku’nda Hakkaniyet (Aequitas)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 49-50; SCHWARZ, Andreas: *Roma Hukuku Dersleri, I. Cilt.* (Çev.) RADO, Türkân, 7. Baskı, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1965 (Roma Hukuku), s. 105 vd.; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: *Roma Hukuku*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020 (Roma Hukuku), s. 91 vd.; GÜNAL, A. Nadi / ÜÇER, Mehmet: *Roma Hukuku Kavram ve Kurumları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 149-150; TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: *Roma Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021 (Roma Hukuku Dersleri), s. 127-128; KASER, Max: *Ius Gentium*, Böhlau, Köln, 1993, s. 5 vd.; RICCOBONO, Salvatore: “Outlines of The Evolution of Roman Law”, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 1925, Cilt 74, Sayı 1, s. 1; TALAMANCA, Mario: *Elementi di Dritto Privato Romano*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, s. 33; EMİROĞLU, Haluk: *Ius Gentium - Kavimler Hukuku*, Değişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 21 vd.; PUGLIESE, Giovanni: *Istituzioni di Dritto Romano Sintesi*, 2. Baskı, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998, s. 50; TAMER, Diler: *Roma Hukuku Cilt I*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 61-62; VOCI, Pasquale: *Istituzioni di Dritto Romano*, 5. Baskı, Giuffrè Editore, Milano, 1996, s. 59; DI MARZO, Salvatore: *Roma Hukuku*, (Çev.) UMUR, Ziya, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1959, s. 30-31.

³ RADO, s. 42-43; VILLIERS, De Melius: “Consideration in the Roman Law of Contract”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1924, Cilt 6, Sayı 1-4, s. 124; TAHİROĞLU, s. 124-125; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 33 ve 35; SCHULZ, Fritz: *Classical Roman Law*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1969, s. 470.

⁴ Hukukun gelişiminde, *praetor*’lar doğrudan dava (*actio*) olanağı getirerek birtakım *pactum*’lara koruma sağlamışlardır. Söz konusu koruma, imparator emirnameleriyle de desteklenerek *Iustinianus* Dönemi’ne kadar devam etmişti. *Pactum*’ların davayla korunmasıyla kullanımları artmış, bu da rızai sözleşmelerin uygulama alanının genişlemesine yol açmıştı. Bunda *Ius Civile*, *Praetor* hukuku ve İmparatorluk hukukunun sağladığı koruma vasıtalarının katkısı olmuştu. Şöyle ki; *Ius Civile pactum*’lar için bazı ek anlaşmalar tanınmıştı. *Praetor*’lar bazı *pactum*’ları korumaları altına almışlardı. İmparatorluk Dönemi’nde ise bazı *pactum*’lar ve sözleşmeler aynı konuma getirilmişti. Bkz. RADO, s. 164-165; BURDICK, William Livesey: *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, Lawyers Co-operative Pub. Co., New York, 1938, s. 435; TAHİROĞLU, s. 124-125; SÜTKEN, Elvan: *Roma Hukuku’nda Şekil*, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2010, s. 53 vd.

beyan edilmesi aranır. Çalışmamızda aşağıda, sözlü şekilde yapılması şart olan *stipulatio*'ya Roma hukukunda sıkça başvurulmuş olduğu ele alınmıştır. Ancak günümüz hukukunda sözlü şeklin geçerlilik şartı olarak yer aldığı örnekler yalnızca Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen evlenme sözleşmesi (TMK m. 142) ve sözlü vasiyetnamedir (TMK m. 539 vd.). Türk Borçlar Kanunu'nda ise hiçbir sözleşme için sözlü şekil, geçerlilik şartı olarak düzenlenmemiştir. Günümüzde şekil şartı getirildiğinde esas aranan ise yazılı şekildir. Faydaları bakımından incelendiğinde; şeklin sözleşmenin taraflarının iradelerindeki kararlılığı göstererek sözleşmeye güven ve kesinlik sağladığı görülür. Sözleşmedeki tartışmalı hususları yani tarafların irade beyanlarını açıklığa kavuşturmaktadır. Hukuki işlemlerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ve içeriği hususunda ispat kolaylığı ve güvenliği temin etmektedir. Şekle bağlı sözleşmelerde taraflar dikkatli düşünmeye sevk edildiğinden ihtiyatsız, tedbirsiz, sorgulamadan verilecek kararlar önlenmektedir. Bunun yanında şekil, aleniyeti sağlar ve böylelikle meydana getirilen hukuki işlemlerden üçüncü kişiler haberdar olur. Şekle bağlılık sözleşmelerin yorumlanmasını olumlu etkilediğinden yargılama sürecinde usûl ekonomisine fayda sağlar. Ancak bahsedilen faydaları yanında, şeklin sakıncaları da doktrinde tartışılmaktadır. Şöyle ki; şekil sözleşmelerde tarafları yükümlülükleri bakımından zorlamaktadır. Çoğu zaman şekil kuralı zaman kaybına ve masrafa yol açabilir. Taraflar arasındaki ilişkinin gizliliğini sonlandırır. Şekle bağlı işlemlerde birtakım formaliteler, taraf iradelerinin önüne geçebilir. Şekle bağlı kalındığında, bazı durumlarda hakkaniyeti zedeleyen sonuçların meydana gelmesi kaçınılmaz olabilir. Hukukun inkişafında sözleşmeler sisteminde şekle bağlılığın faydaları ve sakıncaları değerlendirildiğinde, Roma hukukundan günümüze şekle bağlı anlayıştan zaman içinde uzaklaşıldığı, ancak Roma'nın en eski dönemlerinden başlayarak şekle bağlı *stipulatio*'nun sık kullanılan genel bir sözleşme türü olmasından ötürü sözleşme kurumunun temelini teşkil ettiği çalışmamızda ortaya koyulmuştur⁵.

Roma'da sözleşme özgürlüğü ilkesinden bahsedilmeyip, daha önce de belirtildiği üzere ancak belli tipte ve sınırlı sayıda sözleşme için hukuk sistemince davayla korunma imkânı sağlanmıştı⁶. O halde Roma'da taraflar arasında yapılan herhangi bir anlaşmada sırf rızaların uyuşması (*consensus*), borç ilişkisinin kurulup sözleşmelerin geçerli olarak meydana gelmesi ve bu anlaşmadan doğabilecek ilerideki uyumsuzluklara hukuk sistemi tarafından dava hakkı tanınması anlamına gelmiyordu. Bunun yanında çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alınacağı üzere, Roma'da sözleşmelerin günümüze benzer biçimde hukuka, kamu düzenine, ahlâka aykırı olmamak şartıyla ve konusu imkansız olmamak kaydıyla oluşturulması gerekiyordu.

Roma hukukunun temel kaynaklarından *Iustinianus*'a ait *Institutiones*'te (*Ius. Ins.* 3.13.2) ve ayrıca *Gaius*'a ait *Institutiones*'te (*Gai. Inst.* 3.38) belirtildiği üzere Roma borçlar hukukunun sözleşmeler sistemi dört grup sözleşmeden oluşuyordu: Sözlü sözleşmeler (*verbis contrahitur*), rızaî sözleşmeler (*consensu contrahitur*), aynı sözleşmeler (*re contrahitur*), yazılı sözleşmeler (*litteris contrahitur*)⁷.

⁵ OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 141 vd.; VON TUHR, Andreas: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2*, (Çev.) EDEGE, Cevat, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 229-230; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2019, s. 323; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 70 vd.; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 27; TAHİROĞLU, s. 126-127; ZEVKLİLER, Aydın: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 53-54; REİSOĞLU, Safa: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 133 vd.; ALTAŞ, Hüseyin: *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 147 vd.; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 34; TUĞ, Adnan: *Türk Özel Hukukunda Şekil*, Mimoza Yayınları, Konya, 1994, s. 11 vd.; TÜRKER, Erhan: "Akitlerde Şekil", *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, 1972, Cilt 8, Sayı 1, s. 243 vd.; YAYLA, Tolunay Ozanemre: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 87-88; FURRER, Andreas / CHEN, Markus Muller / ÇETİNER, Bilgehan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 148 vd.; SÜTKEN, s. 16; NOMER, Halük: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 99-100; FULLER, Lon L.: "Consideration and Form", *Colombia Law Review*, 1941, Cilt 41, Sayı 2, s. 801.

⁶ SÖĞÜTLÜ, Özlem: *Roma Özel Hukuku, Ders Kitabı*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Roma Özel Hukuku), s. 470-471; SCHWARZ, Andreas: *Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt*, (Çev.) DAVRAN, Bülent, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948 (Borçlar Hukuku), s. 235-236; TAHİROĞLU, s. 126; RADO, s. 43-44; SOMER, Pervin: *100 Soru 100 Cevap Roma Borçlar Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 46-47.

⁷ RADO, s. 61; LEE, Robert Warden: *The Elements of Roman Law*, Sweet & Maxwell Limited, London, 1956, s. 285 vd.; SCHULZ, s. 468-469; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 31; TAHİROĞLU, s. 104-105; SOMER, s. 45; GAIUS: *The Institutes of Gaius*, (Ed.) GORDON W. M. / ROBINSON O. F.: Gerald Duckworth & Co. Ltd., London, 1997, s. 50 vd.; IUSTINIANUS: *Institutiones*, (Çev.) UMUR, Ziya, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 238-239.

Rızaî sözleşmeler ile aynı sözleşmeler için şekil şartı aranmazdı. Aynı sözleşmeler, tarafların rızalarının uyuşması (*consensus*) ile bir şeyin (*res*'in sözleşmenin karşı tarafına verilmesi şartıyla (*consensus* + *res* formülüyle) kurulurdu⁸. Rızaî sözleşmeler, sınırlı sayı ve tipe bağlı olmak kaydıyla, sırf tarafların rızalarının uyuşmasıyla (*consensus*'le) kurulurdu. Ancak sözlü sözleşmeler ve yazılı sözleşmeler ise ancak şekil kurallarına bağlı kalmak şartıyla oluşturulabilirlerdi⁹.

Roma'da Klasik Dönem'de en önemli şekli sözleşme, sözlü olarak soru ve cevap şeklinde yapılan *stipulatio* idi¹⁰. *Iustinianus* Dönemi'nde ise, *stipulatio*'nun sıkı şekilci anlayışından uzaklaşmıştır. Sözlü sözleşme *stipulatio* Roma hukukunda bilhassa *Ius Civile*'de, ancak şekle bağlılık şartıyla geçerli olarak meydana getirilebilen birçok hukuki kurumun esasında yer aldığından ve günümüz hukukundaki sözleşmelerin oluşumunun temelinde yatan kurum olduğundan, muazzam önemi sebebiyle çalışmamızda incelenmiştir.

Roma'da şekle bağlı yapılması şart olan diğer sözleşme türü olan yazılı sözleşmeler (*litteris contractur*) ise, günümüz hukukunun aksine Roma'da geniş bir alanda uygulanmamaktaydılar. Yazılı sözleşmelerle ilgili olarak günümüze değin ulaşabilen bilgilerin de oldukça sınırlı olduğunu yeri gelmişken belirtmekte fayda bulunmaktadır. Roma özel hukuk sisteminde asıl ön plana çıkan yazılı sözleşmeler değil, sözlü sözleşmelerdir. Bu durum, çalışmamızda *stipulatio*'yu etraflıca ele alınmasının önemli sebeplerinden birini teşkil etmektedir.

I. KAVRAM

Stipulatio, Roma hukukunda Klâsik Dönem'de birçok sözleşmenin kurulmasında temel taşı olan, şekle sıkı sıkıya bağlı yapısıyla önem arz eden, soru ve cevaptan oluşan sözlü sözleşmeydi¹¹. *Stipulatio*'da, borcun tüm konusunu içeren bir sorunun sorulması ve buna karşılık sorudaki içeriğin aynısının kullanıldığı olumlu bir cevabın verilmesi halinde karşılıklı rızaların uyuşması (*consensus*) söz konusu olup, sözleşme meydana gelmiş sayılırdı. *Iustinianus* zamanında ise, *stipulatio*'nun kullanımında şekle sıkı sıkıya bağlı olan anlayış sona ermiştir.

Roma sözleşmeler sisteminde ancak belli sayıda ve tipte sözleşme yapmak mümkündü. Bu belli tipteki sözleşmelerle düzenlenen alan dışında bir hukuki ilişkiye girildiğinde, taraflar arasında anlaşma *pactum*'larla gerçekleştiriliyordu. *Pactum*'lar, şekle bağlı olmayan, basit yapıda anlaşmalar idi. O nedenle, *pactum*'ların borçluyu anlaşmanın şartlarını yerine getirmeye zorlamaması sakınca yaratıyordu. Bu sakıncayı önlemek ve girilen hukuki ilişkiyi sağlamlaştırmak için, *pactum* yapıldıktan hemen sonra *stipulatio* yapılmaya başlandı. Dolayısıyla taraflar açısından dava imkânı getiren, Roma sözleşmeler sistemi kapsamındaki sözleşmeler az sayıda olduğundan, zaman içinde taraflara koruma sağlayan ve şekle bağlılık arz eden *stipulatio* yoluyla sözleşme yapma yoluna sıkça başvurulmuştu¹².

Roma hukukçularından bazıları, *stipulatio*'nun bir tür sözleşme olmaktan çok, sözleşmelerin oluşturulmasında kullanılan bir tür vasıta olduğu düşüncesindeydi. Başka bir deyişle, *stipulatio* hem sözlü söz-

⁸ Roma hukukunda en eski aynı (real) sözleşme, Klasik Dönem'deki *mutuum* (ödünç sözleşmesi veya karz akdi) idi. Zamanla, ariyet sözleşmesi (*commodatum*), vedia sözleşmesi (*depositum*) ve rehin sözleşmesi (*pignus*), aynı sözleşmeler arasında yerini aldı. Roma hukukunun gelişiminde, isimsiz sözleşmeler (*contractus innominati*) de aynı kapsamda incelendi. Bu sözleşmeler için şekil şartı aranmazdı. *Pignus*, sözleşmeler sisteminde yerini almadan önce, alacaklıya aynı teminat sağlama amacıyla *fiducia* (inançlı sözleşme) kullanılmaktaydı. Esasen *fiducia*, hem teminat sağlama amaçlı kullanılır hem de ariyet ve vedia yerine kullanılırdı. *Fiducia*'ya köle azat etmede de başvurulmaktaydı. *Fiducia*'ya, teminat sağlamak için başvurulduğunda, *pignus*'dan daha güvenceli bir metodla, şekle bağlı olarak meydana getirilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. WATSON, Alan: "Evolution of Law: The Roman System of Contracts", *Law & History Review*, 1984, Cilt 2, Sayı 1 (Evolution of Law), s. 12-13 vd.; RADO, s. 62 ve 88 vd.; DI MARZO, s. 320 ve 410-411; UMUR, Ziya: *Roma Hukuku Ders Notları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999 (Ders Notları), s. 348.

⁹ MUIRHEAD, John Spencer: *An Outline of Roman Law*, William Hodge and Company Limited, London, 1947 (An Outline), s. 140; LEE, s. 286; RADO, s. 62-63; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 36 vd.

¹⁰ MUIRHEAD, *An Outline*, s. 140; SOMER, s. 48; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 37-38.

¹¹ WATSON, *Evolution of Law*, s. 4 ve 19; MUIRHEAD, *An Outline*, s. 140; SÖĞÜTLÜ, *Roma Özel Hukuku*, s. 478-479; BUCKLAND, William Warwick: *Elementary Principles of The Roman Private Law*, W. S. Hein & Co., New York, 2003 (Elementary Principles), s. 244-245; SCHWARZ, *Borçlar Hukuku*, s. 236 vd.

¹² HONIG, Richard: *Roma Hukuku Dersleri*, (Çev.) TALİP, Şemseddin, Ahmed İhsan Matbaası, İstanbul, 1935, s. 110 vd.; GÜRTEN, Kadir: *Roma Hukuku'nda Kefalet Akdi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007 (Kefalet), s. 29 ve 66.

leşmeydi, hem de bazı başka sözleşmeler kurulurken sözlü olarak soru-cevap şeklinde gelişen, anlaşmaya varmada kullanılan bir yöntemdi. *Stipulatio* sözcüğünün nerden kaynaklandığı konusunda ise, *Iustinianus*'un bu sözcüğün eski devirde *firmum* yani "sıkı" anlamına gelen, Latince'deki *stipulum* yani değişmez, sağlam sözcüğünden türemiş olduğunu ileri sürdüğü bilinmektedir. Bu meseleyi araştıranlardan hukukçu *Festus*, *stipulatio* sözcüğünün madeni ufak para anlamındaki *stipendium* sözcüğünden türemiş olduğunu iddia ederken, *Isidorus*, *stipulatio* sözcüğünün *stipula* sözcüğünden türediğini savunmuştur¹³. *Stipulatio*'nun en belirgin özelliği, şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı olmasıydı. Hatta günümüze kadar ulaşan kaynaklardan edindiğimiz bilgilere göre, tartışmasız olarak en eski devirlerde de Roma hukukunun şekle sıkı sıkıya bağlı, merasimli ve sembolik uygulamaları bulunmaktaydı. Merasimlerin yerine getirilmesi ve sıkı şekil şartlarına uyulması, meydana getirilen hukuki işlemin tarafları arasındaki ilişkide, esasen görünmeyip de hayalden ibaret olan ancak gerçek olduğu farz edilen bir değişime neden olup söz konusu hukuki işlemin geçerli sonuç doğurmasını sağlardı. Roma hukukçularının çoğu, *stipulatio*'nun kökeninde, en eski devirde kullanılan, sıkı şekil kurallarına bağlı diğer bir işlem olan *nexum*'un bulunduğu konusunda hemfikirdiler. Ancak belli sözlerin kullanılmasıyla (formülle) meydana getirilebilen *nexum*; borç ilişkisi oluşturma ve dolayısıyla sözleşme yaratma işlevi olan, terazi ve külçe ile yapılan (*gestum per aes et libram*) merasimli bir işlemdi. *Burdick*'e göre, *nexum* Roma borçlar hukukunda sözleşme yapmanın en eski metodunu teşkil eder. Roma hukuku kaynaklarında, en ilkel dönemdeki *stipulatio* yapma şekli olarak ise *sponsio*'nun görüldüğü belirtilmektedir¹⁴.

II. STIPULATIO'NUN YAPILIŞ ŞEKLİ

Stipulatio, yukarıda da belirtildiği üzere, hukuki ilişkinin kurulma aşamasında belli kalıpta sözlerin sorulan soruda kullanıldıktan sonra, bu soruya hiçbir kesintiye uğramaksızın verilen cevapta da aynı söz kalıplarının kullanılmasının şart koşulmasından dolayı şekle bağlı ancak bu şekilde yapılması halinde hukuk düzeni tarafından dava olanağı tanınan, esasen basit bir sözleşmeydi¹⁵. *Gaius*'un *Institutiones*'te *stipulatio*'ya ilişkin yer verdiği aşağıdaki metin, sözlü sözleşmenin kuruluşunu açıkça tarif etmesi açısından önemlidir:

- *Gaius*, Inst. 3. 92: “*Verhis / obligatio fit ex interrogatione et respansion, uelut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIVBES? FIDEIVBEO, FACIES? FACIAM.*”
- *Gaius*, Inst. 3. 92: “Sözlü borç ilişkisi soru ve cevaptan doğmaktadır, örneğin *DARİ SPONDES? SPONDEO* (Verileceğini taahhüt ediyor musun? Taahhüt ediyorum.) *DABİS ? DABO* (Verecek misin? Vereceğim.), *PROMITTIS? PROMITTO* (Vadediyor musun? Vadediyorum.), *FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO* (Şerefim üzerine vadediyor musun? Şerefim üzerine vadediyorum.), *FIDEIVBES? FIDEIVBEO* (Şerefim üzerine temin ediyor musun? Şerefim üzerine temin ediyorum.), *FACIES? FACIAM* (Yapacak mısın? Yapacağım.)”¹⁶.

¹³ HARVEY, William Frederick: *A Brief Digest of the Roman Law of Contracts*, F.B. Rothman, Littleton, Colo, Colorado, 1996, s. 26-27; ROBY, Henry John: *Roman Private Law, Cilt II*, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2000, s. 12-13; GÜRTEN, *Kefalet*, s. 30-31.

¹⁴ Roma hukukunda *mancipatio* ele alındığında; *nexum* ile *mancipatio*'nun benzer şekilde terazi, külçe kullanılarak merasimle yapılan işlemler olduğu, ancak bu iki ayrı işlem sırasında söylenmesi gereken belli kalıptaki sözlerin farklı olduğu görülür. Bu iki işlemin farkı; *mancipatio* mülkiyetin devri işlemi iken, *nexum*'un borç ilişkisi kuran bir işlem olmasıdır. Bkz. ZULUETA, Francis de: “The Recent Controversy About Nexum”, *Law Quarterly Review*, 1913, Cilt 29, Sayı 137, s. 138-139; WATSON, *Evolution of Law*, s. 2 vd.; ÖZYILDIRIM, Mehmet Mert: “Roma Hukukunda Nexum İşlemi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2022, Cilt 80, Sayı 1, s. 178 vd.; PASTORI, Franco: *Appunti in Tema di Sponsio e Stipulatio*, Giuffrè Editore, Milano, 1961, s. 43 vd.; OĞUZOĞLU, Cahit: *Roma Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959, s. 197-198; BUCKLAND, William Warwick: *A Text Book of Roman Law From Augustus to Justinian*, University Press, Cambridge, 1950, s. 430; BURDICK, s. 432-433; KOSCHAKER, s. 205; PHILLIPSON, Gordon E.: “Development of The Roman Law of Debt Security”, *Stanford Law Review*, 1968, Cilt 20, Sayı 6, s. 1233-1234; LEE, s. 298; DI MARZO, s. 421; ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations, Roman Foundations of The Civilian Tradition*, Juta & Co, Ltd, South Africa, 1992 (Obligations), s. 755; MACCORMACK, Geoffrey: “Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law”, *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis*, 1969, Cilt 37, Sayı 1 (Formalism), s. 453-454.

¹⁵ SCHULZ, s. 473; ERDOĞMUŞ, Belgin: *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 63-64; HARVEY, s. 27.

¹⁶ GAIUS: *Institutiones Borçlar Kısmı*. (Çev.) RADO, Türkân, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1953, s. 10; SCHWARZ, *Roma Hukuku*, s. 108-109; ERDOĞMUŞ, s. 64; LEE, s. 302.

Stipulatio yapılırken taraflardan soru sorana Latince *stipulator* denirken, soruyu cevaplayarak borçlanan tarafa (taahhütte bulunana) *promissor* deniyordu. *Stipulatio*'da sözleşmeyi meydana getiren tarafların ortak ismi ise Latince'de *rei* idi. *Stipulatio*'da yer alan taraflar iki veya ikiden çok kişiden olabilirdi. Borç ilişkisi kurulurken soru sorulması *stipulari* olarak adlandırılırdı. Hem sorunun hem de cevabın Latince'deki *spondere* sözcüğünü içine alması gerekmekteydi. *Stipulatio*, doğması beklenen (muhtemel) borç ilişkisindeki alacaklının sorusuyla oluşmaya başlardı. Bu soruda sözleşmenin içeriğinin ve mutlaka ayrıntısıyla borcun konusunun ifade edilmesi gerekiyordu. *Stipulatio*'nun geçerli olması için; alacaklıyla aynı yerde ve tam soru sorulduğu zamanda hazır bulunan borçlunun, soruda belirtilen borcu yerine getirmeye ilişkin kayıtsız ve şartsız başka deyişle kesin olması gereken, olumlu cevabının kendisine sorulan sorudan sonra araya zaman girmeksizin hemen, sözlü olarak vermesi gerekmekteydi. En basit örnekle; alacaklı taraf, "Bana yüz vermeyi taahhüt eder misin? (*Centum mihi dare spondes?*)" şeklinde bir soru yöneltirse, borçlanan taraf "Taahhüt ederim (*spondeo*)."¹⁷ cevabını verirdi. Böylece sözleşme kurulmuş olurdu. Zaman içinde *Ius Gentium* uyarınca yabancılar da *stipulatio* ile hukuki işlemlerini gerçekleştirme yoluna gittiler. Ancak *Ius Gentium*'la beraber artık *spondere* kelimesinin yerini tutan "*Promitsine? Promitto* (Vadediyor musun? Vadediyorum.)" veya "*Dabisne? Dabo* (Veriyor musun? Vereceğim.)" şeklindeki kısa söz kalıplarını daha sık kullanır oldular¹⁷.

Stipulatio'nun yapılma anında taraflar hazır olarak aynı anda, aynı yerde bulunmalıydılar. *Stipulatio*'nun tanıkların önünde yapılması zorunluluğu yoktu. Bunun ispat zorluğu yaratma gibi sakıncası vardı. Çalışmamızda daha sonra ele alınacağı üzere, Romalılar bu sakınca için de *stipulatio*'nun yapılmış olduğuna ilişkin *cautio* adlı belgenin düzenlenmesi gibi bir formül bulmuşlardı. Romalılar, verilen söze büyük önem verdiklerinden, *stipulatio*'da taraflarının kendi aralarında söyledikleri sözler, *stipulatio*'nun geçerli olarak kurulması için yeterli sayılmaktaydı. Romalılar, verdikleri sözde durmazlarsa, diğer vatandaşlar önünde itibar kaybetme riskiyle karşılaşacaklarını bilirler, dolayısıyla genellikle bu riski göze almazlardı. Nitekim şahitlerin önünde güveni kaybetmek, dürüstlüğü (*fides*'e) aykırı davranmış olma sonucunu da doğurmaktaydı. Böyle birini artık herkes kınar, düşmanca davranırdı. Diğer kimselerin böyle biriyle ticari ilişkiye girmemesi söz konusu olabilirdi. Bunlar, gerçek hukuki yaptırımlar olmasa da, hukuk kurallarına uyulmasına yardımcı olma fonksiyonuna sahip zorlamalardı. O halde, *stipulatio*'nun borç doğuran gücü ortadaydı. *Stipulatio*'nun taraflarıyla ilgili olarak önemli konulardan biri de; *stipulatio*'nun taraflarının ancak aynı dilden birbirlerini anlıyorlarsa anlaşabileceklerinin kabul edilmesiydi. *Stipulatio* yapılırken sözlü olarak irade beyanında bulunmak sözleşmenin geçerliliği için şekil şartıydı, işaret ya da yazı ile irade beyanında bulunma bunun yerine geçemezdi. Bu nedenle sağrıların ve dilsizlerin *stipulatio* yapamayacaklarına ilişkin düzenleme getirilmişti. *Stipulatio*'da cevabın soruyla örtüşmesi gerekmekteydi. Eğer birbirlerinin dilini bilmiyorlarsa, tarafların biraraya gelip aynı yerde, aynı zamanda bulunmaları geçerli bir *stipulatio* için yeterli gelmezdi. Başka deyişle, birbirlerinin dilinden anlamayan taraflar için soruyla cevabın farklı dilde olması (örneğin biri Yunanca iken, diğerinin Latince olması) kabul edilmezdi¹⁸. Ancak eğer taraflar, ana dilleri aynı olmasına rağmen ortak bir dilde anlaşabiliyorlarsa (Latince soruya verilen Yunanca cevapla veya Yunanca soruya verilen Latince cevapla) *stipulatio* yapılabilirdi. Ayrıca, Latince bilen iki Yunan, kendi

¹⁷ ZIMMERMANN, *Obligations*, s. 68; HARVEY, s. 29; RADO, s. 91-92; MacCORMACK, Geoffrey / EVANS-JONES, Robin: "*Obligations*", *A Companion to Justinian's Institutes*, (Ed.) METZGER, Ernest: Cornell University Press, New York, 1998, s. 134-135; LEE, s. 302; KASER, Max: *Roman Private Law*, (Çev.) DANNENBRING, Rolf, Butterword & Co. Ltd., Durban, 1965 (Roman Private Law), s. 40; MUIRHEAD, James: *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, 3. Baskı, A. & C. Black, Ltd., London, 1916 (Historical Introduction), s. 246-247; BIONDI, Biondo: *Contratto e Stipulatio*, Giuffrè Editore, Milano, 1953, s. 267-268; WATSON, Alan: "Artificiality, Reality and Roman Contract Law", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1989, Cilt 57, Sayı 147 (Artificiality), s. 150-151; PUGLIESE, s. 421; BERKİ, Şakir: "Roma'da Borçların Kaynakları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1950, Cilt 7, Sayı 3-4 (Roma'da Borçların Kaynakları), s. 400; MANTOVANI, Dario: *Le Formule Del Processo Privato Romano*, CEDAM, Padoue, 1999, s. 103 vd.; BURDICK, s. 434-435; SANFILIPPO, Cesare: *Istituzioni di Diritto Romano*, 10. Baskı, Rubbettino editore, Soveria Mannelli, 2002, s. 297-298; MAYER-MALY, Theo: *Römisches Recht*, Springer, New York, 1999, s. 126; OĞUZOĞLU, s. 223-224; VOCI, s. 426; SÖĞÜTLÜ, *Roma Özel Hukuku*, s. 479; TAMER, Diler: *Roma Hukuku Cilt II*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Roma Hukuku II), s. 170.

¹⁸ SCHULZ, s. 473-474; BERKİ, *Roma'da Borçların Kaynakları*, s. 400-401; TAHİROĞLU, s. 138 vd.; VOCI, s. 426; SÖĞÜTLÜ ERİŞ-GİN, *Contractus*, s. 37; TAMER, *Roma Hukuku II*, s. 171.

dillerini değil de, Latinceyi sözleşme dili olarak tercih edip öyle *stipulatio* meydana getirebilirlerdi¹⁹. *Iustinianus*'un *Digesta* adlı önemli eserinde de bu konu ele alınmıştır. D.45.1.1.6'ya göre; *stipulatio*'da bir taraf sorusunu Latince yöneltir, diğer taraf ise cevabını Yunanca verir, veya değişik dillerde konuşan taraflar birbirlerini anlıyorsa, rızaları karşılıklı olarak uyuşursa sözleşme kurulmuş olurdu²⁰. Ayrıca, *Digesta*'ya göre; borç ilişkisinin konusunu taraflar birbirlerinden değişik biçimde adlandırsalar da, onların *stipulatio* yaparken borç konusuna özgü değişik adlar kullanmış olmaları sebebiyle *stipulatio* geçersiz olmazdı²¹.

Stipulatio'da sorunun uzunluğu değişebilirdi. Kısa ya da uzun olabilen sorunun, herhangi bir şartı ya da vadeyi de içermesi mümkündü. *Stipulatio*'daki cevabın ise herhangi bir şart ya da kayıt içermesi gerekirdi²².

Stipulatio'nun konusu belli olmalı, mümkün olmalı ve kanunlara uygun olmalıydı. *Stipulatio*'nun konusu ayrıca ahlaka da uygun olmalıydı. D.45.1.26'da belirtildiği üzere; genel olarak ahlaka aykırı içerikli taahhütlerin geçerli olmadıkları kabul edilirdi²³. D.45.1.27'ye göre; bir taraf adam öldürmek ya da kutsal eşyaya saygısızlık edeceğini taahhüt ederse, bu tür yükümlülükleri içeren fiillerin meydana getirilmesini kabul etmeyerek, bunlardan doğacak borç ilişkisini geçersiz saymak, *praetor*'un görevlerinden biriydi. Ehliyet konusunda; akıl hastalarının yaptıkları *stipulatio*'ların Roma'da her devirde geçersiz sayıldığını belirtmek gerekir. Vesayet altındaki kadınlar ve çocukluk yaşından çıkmış olan küçüklerin (*pupillus*'un) durumuna gelince, bunlar mameleklerini olumlu etkileyecek *stipulatio*'ları yapabilir, kendilerini borçlandıracak *stipulatio*'ları ise ancak vasilerinin izniyle yapabilirlerdi. *Iustinianus Dönemi*'nde kadınlar üzerinde vesayet kalkmış olduğundan kendi başlarına *stipulatio* yapabilir duruma gelmişlerdi. Çocuklar (*infans*) ve çocukluk çağına yaklaşanlar (*infanti proximus*) ise *stipulatio* yapamazlardı²⁴.

Stipulatio'yu oluşturan soruyla bu sorunun cevabı esasen, az veya fazla zaman aralığı devam edebilen müzakerelerin sonlanmasıyla tarafların vardığı anlaşmanın kısaca, belli söz kalıplarından oluşan bir şekle uyarak onaylanmasıdır. Belli şekle uyma zorunluluğu, esasen söz konusu hukuki işlemin tamamlanmasında pratiklikten uzaklaşmaya sebep olmasına rağmen, anlaşma konusunun açıklığa kavuşmasını sağlamaktaydı²⁵. *Stipulatio*, Roma hukukunda borcun yerine getirileceğine ilişkin söz vermenin hukuktaki değerini yansıtmaktadır. Verilen sözle taraflar *stipulatio* yoluyla hukuk dünyasında sorumluluk taşımaya başlıyorlar, büyük öneme sahip bir sözleşmeyi tesis etmiş oluyorlardı. O halde *stipulatio* yoluyla Roma hukukuna özgü olan sözlü sözleşme yapma yöntemini keşfeden o zamanın değerli hukukçularının çalışmaları, Roma hukukunun gelişimindeki rolü ortadadır.

Digesta'da bulunan, söz vermenin büyük önemini vurgulayan bir metin şöyledir:

- D.45.1.18: “*Qui his idem promittit. ipso iure amplius quam semel non tenetur.*”.
- D.45.1.18: “Şayet bir kimse aynı şey için iki kere üst üste taahhütte bulunursa, bu kimse sadece bir kere taahhütte bulunmasından daha çok güven kazanmaz”²⁶.

Yukarıda yer alan metin, Roma hukukunda bir kez taahhütte bulunmuş olmanın gücünü ve güven kazanmada yeterince etkili olduğunu vurgulaması açısından da incelemeye değer bulunmuştur.

¹⁹ HARVEY, s. 28; LEE, s. 302.

²⁰ IUSTINIANUS: *The Digest of Justinian*, (Ed.) MOMMSEN, Theodor / KRUEGER, Paul / WATSON, Alan, Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985 (Digest), s. 649-650.

²¹ IUSTINIANUS, *Digest*, s. 575.

²² UMUR, *Ders Notları*, s. 349.

²³ IUSTINIANUS, *Digest*, s. 653; GÜRTEK, *Kefalet*, s. 39 vd.; TAHİROĞLU, s. 135-136.

²⁴ IUSTINIANUS, *Digest*, s. 653; LEE, s. 355 vd.; GÜRTEK, *Kefalet*, s. 50-51 ve 43; KORKMAZ, Fırat: *Roma Hukukunda Stipulatio*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 104-105.

²⁵ ROBY, s. 13; UMUR, *Ders Notları*, s. 350.

²⁶ IUSTINIANUS, *Digest*, s. 652.

Roma'nın Klasik Dönemi'nde, *stipulatio* oldukça geniş alanda kullanılmaktaydı. Bunun nedeni; bazen bir konudaki borç ilişkisi için hukuk sistemi dava olanağı tanımamış olabilirdi. Aynı borç ilişkisi *stipulatio* yoluyla düzenlendiğinde ise hukuk sistemi dava olanağı tanımaktaydı. Nitekim eğer bir borç ilişkisinin konusunu *stipulatio* ile düzenlemek mümkünse, artık taraflar için hukuki korumayı (dava olanağını) da *stipulatio* beraberinde getirmekteydi (sağlamaktaydı). Bu nedenle çoğu zaman taraflar *stipulatio* yoluyla borç ilişkisi kurmayı tercih ediyorlardı.

Stipulatio'nun diğer bir kullanım alanı ise; taraflarca sözleşmenin kurulduğuna dair, *cautio (instrumentum)* adında, günümüz hukukundaki senet benzeri belgenin *stipulatio* yoluyla düzenlenmesiydi. *Cautio*'lar sözleşmenin geçerliliği için değil ancak ispat için düzenlenirdi. Böylece *stipulatio*, taraflardan biri taahhüdünü yerine getirmezse, zarara uğrayanın zararının karşı tarafça tazmin edeceği konusunda teminat taahhüdü olma işleviyle de kullanımda önem kazanmıştı²⁷.

Bu konuyla ilgili bir Latin atasözü ise, “*verba volant, scripta manent*” yani “Söz uçar, yazı kalır.” der²⁸. Bu sözlerden yola çıkarak, *cautio* yapmanın zaman içinde tercih edilir olmasının sebebinin, bazı hususların düzenlenmesi söz konusu olduğunda (yukarıda belirtilen olası zararın tazmin edilmesi vb.), sözle karşılaştırıldığında yazının kalıcı olmasının taraflarda yarattığı güvenle ve ellerindeki ispat vasıtasıyla, tarafların daha konforlu olarak borç ilişkileri kurabilmeleri olduğu akla gelmektedir. Kanımızca bu durum ayrıca Roma'daki ticari hayatın da daha sağlam borç ilişkileri ile desteklenmesine, böylelikle ekonominin canlı bir yapıya kavuşmasına hizmet etmekteydi.

Özellikle Klasik Dönem'de, hatta bu dönemin öncesinde ve sonrasında da Roma'da sözlü sözleşmeler, günümüz hukukundaki yazılı sözleşmelerin işlevini görüyordu. Romalılar tarafından kullanılmakta olan hukuki işlemlerin, form ve yöntemlerin temelini, yazının nadiren kullanıldığı, dolayısıyla yazılı uygulamaların benimsenmediği çağlarda oluştuğu bilinmektedir²⁹.

Roma'da en eski devirde, yazılı sözleşmeler yapılırsa bunların geçersiz olduğu kabul edilirdi. Bunun aksine, doğu eyaletlerindeki sözleşmeler mutlak surette yazılı şekilde yapılmaktaydı. Doğü eyaletlerinde yazılı şekilleri eskiden beri kullanılmakta, sözleşmeler de mutlak surette yazılı oluşturulmaktaydı. Bu eyaletler ile olan ilişkiler çoğaldıkça ve yazı kullanarak yapılan işlemler arttıkça zaman içinde, sözlü olan Roma'da uygulamadaki klasik şeklin ispatında, yukarıda bahsettiğimiz yazılı kayıtlara başvurulur oldu. Nitekim *stipulatio*'lar, tanıkların hazır olmasıyla meydana getirilmediğinden, doğü eyaletleriyle ilişkiler geliştikçe, yazılı kayıtların, *stipulatio*'nun yapılmış olduğuna dair ispat vasıtası teşkil ettiğini görmekteyiz. Tipik *stipulatio*'nun ispatındaki zorluğu önleyen söz konusu yazılı kayıtlar *instrumentum* olarak adlandırılıyordu. Ancak *instrumentum*'ların sıklıkla kullanımda olduğu bu devirde dahi, bu yazılı kayıtlara başvurma zorunluluğu bulunmuyor, *instrumentum*'suz yapılan *stipulatio*'lar da geçerlilik arz edip kullanımda bulunuyorlardı³⁰.

Doğudaki eyaletler ile olan ticari ilişkilerin yoğunlaşmasıyla, *stipulatio*'lar yapılırken bağlı kalınan sıkı şekilcilikten giderek uzaklaşan bir anlayış zaman içinde uygulamaya yerleşti. Nitekim MS 469'da (ancak Roma kaynaklarından bazıları uyarınca MS 472'de) İmparator *Leo*'ya ait, yazılı vaadlerin tanınacağını düzenleyen emirname, sözlü şeklin yerini yazılı şeklin almaya başlamasının önemli bir göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu emirnameden sonra, sözlü şekilde yapılan vaadlere nazaran çoğunlukla yazılı olarak vaadde bulunmak tercih edilmeye başlandı³¹.

²⁷ KASER, *Roman Private Law*, s. 40-41; RICCOBONO, Salvatore: *Stipulatio ed Instrumentum nel Diritto Giustiniano*, Palermo, 1964, s. 273 ve 315-316; BURDICK, s. 437-438; MANTOVANI, s. 106-107.

²⁸ SCHWARZ, *Roma Hukuku*, s. 242; PUGLIESE, s. 424; MUIRHEAD, *An Outline*, s. 141.

²⁹ HARVEY, s. 27; BIONDI, s. 267-268.

³⁰ ZIMMERMANN, *Obligations*, s. 79; KASER, *Roman Private Law*, s. 40-41.

³¹ HARVEY, s. 28.

Iustinianus zamanında ise *stipulatio* yeniden kullanılmaya başlanmış ancak sözlü şekillere tekrardan yönelme eğilimi çok sürmemiş, geçici olmuştur³². *Iustinianus*'un kararlarından birine göre; sözleşmenin taraflarının sözleşmenin yapılması anında aynı yerde bulduklarına ait (sözleşme tarihine dair) yazılı şekilde bir kayıt bulunuyorsa, söz konusu kayıt *stipulatio*'nun yapıldığının delili sayılıyordu. Eğer kayıt bulunmuyorsa, bu durum tarafların hazır bulunmaması (aynı zamanda, aynı yerde bulunmamaları) anlamına geleceğinden, *stipulatio* düzenlenmemiş sayılıyordu³³.

Ius Civile ve onun sıkı şekilci anlayışı doğrultusunda, *stipulatio*'da bağlı kalınan bu şekiller, günlük konuşma dilinde kullanılan belli başlı, basit kelimelerin seçilmesinden oluşmuşlardı. Üzerinde epey çalışılmış olan, esasen basit olarak nitelenen söz konusu *stipulatio*'nun şekli, zaman içinde mükemmel gelişerek kusursuz bir form halini almıştır. Böylelikle, şekle son derece bağlı kalınmak suretiyle esas hedefe ulaşılmıştır. O halde *stipulatio*'nun sözlü sözleşme olmasının yanında, ulaşılan mükemmel formuyla zamanla uygulamada sıkça başvurulan, sözleşme yapma metodu olma işlevi, Roma hukukçularının bu ileri buluşunun diğer bir önemli niteliğidir³⁴.

III. KÖLELERİN YAPTIĞI *STIPULATIO*'LAR

Köle, efendisi adına hukuki işlem yapabildiğinden, onun için *stipulatio* da yapabirdi. Kölenin, *ex persona domini* uyarınca efendisinin adına *stipulatio* yapabilme hakkı bulunurdu. Köle aracılığıyla bir *stipulatio* yapılmış ve bundan kazanç veya bazı haklar elde edilmişse, diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi, bunların sahibi köle değil, hukuk gereği *ipso iure* doğrudan kölenin efendisi olurdu. *Stipulatio*'dan kaynaklanan borçlar ise kölenin efendisine ait olamazdı. Nitekim kölelerin yaptıkları hukuki işlemlerle efendilerinin mali durumuna ancak fayda sağlamaları mümkündü. Köleler, efendinin egemenliği (*dominica potestas*) altındaydılar ve efendilerine herhangi bir zarar vermeleri ya da efendilerini kazanç kaybına uğratmaları hukuk sistemince mümkün değildi. Köleler *stipulatio* ile borç doğurucu bir hukuki işlem yaparlarsa, bu hukuken eksik borç sayılır, davayla takip edilemezdi. Dolayısıyla köle, *stipulatio*'da taahhütte bulunan taraf (*promissor*) olamazdı. Köleler ancak efendileri ölünce, efendilerinin mirasçıları mirası elde etmeden önce bu tipteki *stipulatio*'yu meydana getirebilirlerdi. Köleler söz konusu *stipulatio*'yu yaptıkları zaman, hem terekenin menfaatine olan, hem de daha ileri bir zamanda ortaya çıkabilecek mirasçıların menfaatine olan kazanımların elde edilmesi imkânı doğmaktaydı. Roma hukuku kaynaklarında belirtildiği üzere; kölelerin terekenin menfaatine olacak şekilde *ususfructus*³⁵ kazanmalarına ise olanak yoktu. Yine bu kaynaklarda, kölenin gerçekleştirmiş olduğu *stipulatio* sebebiyle temin ettiği birtakım hakların dava yoluyla ileri sürülerek *stipulatio*'yu güçlendirme hakkı konusunda, bunun köleye ait olmayıp, efendiye ait bir hak teşkil ettiği belirtilmiştir³⁶.

IV. *STIPULATIO*'DAN DOĞAN BORÇLAR VE DAVALAR

Stipulatio, tek taraflı bir hukuki işlemde dolayısıyla bir kimse ancak karşı taraf kabul ederse ona söz konusu hukuki işlem nedeniyle borçlanabilirdi. Böylelikle *stipulatio* ancak dar hukuk davasının konusu olabilirdi. Dar hukuk davalarında taraflardan yalnızca bir tanesi borçlanabiliyor, diğer taraf ise alacaklı olabiliyordu. *Stipulatio* yapılırken borcun konusunun oldukça açık, kesin (mutlak, koşulsuz) biçimde belirtilmesi gerekirdi. *Stipulatio* yoluyla cins borcu ya da parça borcu söz konusu olabilirdi.

³² KASER, *Roman Private Law*, s. 41.

³³ KOSCHAKER, s. 209.

³⁴ NICHOLAS, Barry: *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, New York, 1975 (Introduction to Roman Law), s. 63; DI MARZO, s. 153-154; SCHWARZ, *Roma Hukuku*, s. 109; CRACKNELL, Douglas G. / WILSON, Charles H.: *Roman Law, Origins And Influence*, HLT Publications, London, 1990, s. 108.

³⁵ *Ususfructus*, Roma eşya hukukunda, başkasının mülkiyetindeki bir mal üzerinde kullanma hakkı sağlayan şahsi irtifaktır. Bkz. UMUR, Ziya: *Roma Hukuku Lügatı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983 (Lügat), s. 220.

³⁶ ROBY, s. 25 ve 53; KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Roma Hukuku*, s. 34 vd.; RATTIGAN, William Henry: *Jural Relations; or The Roman Law of Persons As a Subject of Jural Relations: Being a Translation of The Second Book of Savigny's System of Modern Roman Law*, Wildy & Sons, London, 1884, s. 274.

Stipulatio'dan doğan davaların adı, edim tiplerinin verme borcu (*dare*) ya da yapma borcu (*facere*) teşkil etmesi göz önünde bulundurularak değişmekteydi. Verme borcuna dair davaların konusu *certa* (belirli), yapma borcuna dair *stipulatio*'ların konusu ise *incerta* (belirsiz) idi. Verme borcuna dair *stipulatio*'lar bir miktar parayı konu alıyorsa, söz konusu borçlar *condictio certi* davasını doğurur ancak para değil de başka şeyi konu alıyorsa artık bu borçlar *condictio certae rei* davasını doğururdu. Yapma borcuna dair *stipulatio*'ların konusu ise verme borcunda olduğu gibi kesin biçimde belirtilemiyordu. Konusu *incerta* (belirsiz) olan yapma borcunun takibi, *actio ex stipulatu* davasıyla mümkündü. Söz konusu davalarda yargıcın geniş takdir yetkisi vardı. Sonraki zamanda *actio ex stipulatu*, hem verme borcunun hem de yapma borcunun takibinde kullanılmaya başlandı³⁷.

- D.45.1.74: “*Stipulationum quaedam sunt, quaedam, incertae, certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem fundus Tusculanus, hmo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, uini Campani optimi amphorae centum.*”.
- D.45.1.74: *Stipulatio*'lardan bazılarının konuları belirli, bazılarının konularıysa belirsizdi. Belirli-lik; borcun konusunun ne olduğuna, hangi özelliğe sahip olduğuna ve borç miktarına göre hâsıl olurdu. Örneğin, on altı sikke, *Tusculan* mülkü, köle *Stichus*, yüz birim iyi cins Afrika mısırı, yüz küp iyi cins *Campani* şarabı gibi.”³⁸.

V. SEBEPLİ *STIPULATIO* VE SEBEPTEN YOKSUN (MÜCERRET) *STIPULATIO*

Roma'nın Klasik Dönemi'nden itibaren, anlaşmaların ve borçlanmaların her türlü *stipulatio* yoluyla geçerli olarak meydana getirilebildiğinden, *stipulatio* zamanla genel bir sözleşme olma niteliğini kazanmakla, hukuk sisteminde özel bir yer edinmişti. *Stipulatio*'lar; örneğin borç ödemek, bağış taahhüdü, *dos*'un vadedilmesi, ödünç alınan şeyin iadesi, faize dair anlaşma, yenileme (*novatio*) benzeri sebepler ile oluşturulmaktaydılar. *Stipulatio*'ların bazılarında *causa* (sebepl) belirtilirdi ancak bir takım *stipulatio*'larda *causa* belirtilmezdi. Eğer *stipulatio*'da sebepl belirtilmemişse, bu durum sebebin mevcut olmadığı anlamına gelmiyordu. Örneğin “Bana 200 vermeyi taahhüt ediyor musun?” ya da “Bana ödünç olarak 200 vermeyi taahhüt ediyor musun?” şeklinde *stipulatio* meydana getirilebilirdi. İlk örnekte *causa* belirtilmemiştir, sebepten yoksun (mücerret) *stipulatio*'dur. İkinci örnek ise, “ödünç sebebiyle” ifadesinden anlaşıldığı üzere *causa*'nın belirtilmiş olduğu sebepl *stipulatio*'dur³⁹.

Stipulatio'dan dolayı alacaklı olan tarafın, bu alacağı için karşı tarafa dava açması durumunda söz konusu *stipulatio*'nun sebebini ispatlamak zorunda kalmaktan kurtulmak amacıyla Roma'da genellikle, sebepten yoksun *stipulatio* yapmak tercih edilirdi. Alacaklı tarafın sadece *stipulatio*'nun yapıldığına dair ispat yükü bulunurdu. Ancak sebepten yoksun *stipulatio*'lar yoluyla çoğunlukla haksız sonuçlar yaratan borç ilişkileri meydana geldiğini saptayan *praetor*'lar, haksız duruma uğrayan sözde borçluları himaye etme yoluna gitmişlerdi. Dolayısıyla, eğer alacaklı borçluya dava açarsa, borçlu kendisine tanınan defii imkanından yararlanabilirdi, yani *exceptio doli* ileri sürebilirdi. Alacaklının sebepsiz zenginleşmesi durumunda ise yine borçlunun defii imkanı bulunur ve *exceptio doli* ileri sürüp kendini savunma yoluna gidebilirdi⁴⁰.

³⁷ KOSCHAKER, s. 210 vd.; MAYER-MALY, s. 127; RADO, s. 94-95; LEE, s. 302; SCHULZ, s. 477; TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: *Roma Hukuku Meseleleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996 (Roma Hukuku Meseleleri), s. 196; PUGLIESE, s. 420; BIONDI, s. 325 vd. Ayrıca *stipulatio*'nun taraflarının neyi kastettiği belli değilse, *Koçhisarlıoğlu ve Söğütli*'ye göre Roma hukukundaki *ambiguitas contra stipulatorem* ilkesi uyarınca; bu belirsizliğin riskine *stipulatio*'yu hazırlayan katlanmalıdır. Şöyle ki; *Digesta*'daki D. 34.5.26 (Celsus): “*Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.*”. D. 34.5.26 (Celsus): “*Stipulatio*'nun taraflarının niyetlerine ilişkin bir belirsizlik söz konusu olduğunda, bu durumun, sözleşmeye hüküm koyan tarafın aleyhine yorumlanması gerekir.”. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz / SÖĞÜTLÜ, Özlem: *Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Işık Tutan İlkeler, Kavramlar ve Digesta Metinleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 32.

³⁸ IUSTINIANUS, *Digest*, s. 661.

³⁹ SCHULZ, s. 478-479; RADO, s. 96-97; ERDOĞMUŞ, s. 66; KOSCHAKER, s. 211-212; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 38; BIONDI, s. 341-342; GÜRTEK, *Kefalet*, s. 29 vd.; TAHİROĞLU / ERDOĞMUŞ, *Roma Hukuku Meseleleri*, s. 196-197.

⁴⁰ BIONDI, s. 342-343; UMUR, *Ders Notları*, s. 349; ERDOĞMUŞ, s. 64-65; KOSCHAKER, s. 212.

Klasik Dönem sona erene dek davalının ispat yükü bulunurdu. Ancak MS 215 senesinde *Caracalla* yayımladığı emirnamesinde ispat yükünün davacıya ait olduğuna hükmetti. Buna göre, davacının borcun nedenini kendisi ispatlaması gerekirdi, yoksa borçlu mahkûm olmaktan kurtulurdu. Hatta alacaklının dava açmasından önce, borçlu için sağlanmış bulunan dava imkanı da borçlu adına getirilmiş önemli bir hukuki himaye vasıtasıydı, şöyle ki; *condictio sine causa* adlı sebepsiz zenginleşmeye ilişkin davayı alacaklının davasını beklemeksizin açıp söz konusu borca ilişkin durumun kalkmasını isteyebilirdi. *Stipulatio*'ların sebepten yoksun olanları, kolaylıkla uygulanabilir yapılarından dolayı Klasik Dönem boyunca sıklıkla kullanılmışlardı. *Iustinianus* zamanında ise, bazı yasal önlemlerin alınmasına ihtiyaç duyulduğundan, sebepten yoksun olan *stipulatio*'ların kullanımı sona ermiş, onun yerine sebebe bağlı olan *stipulatio*'lar kullanıma girmişti. *Iustinianus* zamanında, *stipulatio* nedeniyle eğer bir dava açıldıysa, borçlunun böyle bir *stipulatio*'da geçerlilik arz eden bir sebebin bulunmadığını iddia etmesi durumunda, artık sebebin var olduğunu ispatlamakla yükümlü kişi alacaklı olacaktır⁴¹.

VI. *STIPULATIO*'NUN BAŞLICA KULLANIM ALANLARI

Ius Civile gereğince herhangi bir borç kaynağı teşkil etmeyen anlaşmaların, şayet *stipulatio* yoluyla yapılmış olmaları halinde bundan böyle geçerlilik arz eden borç ilişkilerinin meydana geldiği kabul görmüştü. O sebeple, farklı türden pek çok hukuki işlemde sıkça kullanılan *stipulatio*, Roma hukukunun sözleşmeler sisteminde en çok kullanılan sözleşme olmuştur. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere; borç taahhütleri *stipulatio* yoluyla meydana getirilebilirdi. Kefalet, faiz, cezai şart vb. fer'i borçlar *stipulatio* yoluyla oluşturulabilirdi. *Praetor stipulatio*'ları da kullanımdaydı. *Stipulatio*'yla müteselsil borç ilişkisi teşkil edilebilirdi. Ayrıca, garanti maksatlı vesikalar olan *cautio*'ların tanzim edilmesi, *dos* vaadinde bulunma, yenileme (*novatio*), borcu nakletme ve alacağı temlik etme gibi hukuki işlemlerin tümü *stipulatio* yoluyla yapılırdı⁴².

Roma hukukunda geçerlilik taşıyan borç ilişkisini yaratmayan ve şekle bağlı olmayan anlaşma niteliğindeki *pactum*'lar, eğer *stipulatio*'yla meydana getirilirlerse borç doğurdıkları bilinmektedir. Örnek olarak; aynı sözleşmelerden karz (*mutuum*) ve âriyet (*commodatum*) verme taahhütleri veya vedia kabulü taahhüdü, şekle bağlılık arz etmeyen *pactum*'lar ile yapıldıklarında dava olanağı yaratmıyorlardı. Bunlar ancak *stipulatio*'yla yapılırlarsa geçerli borç ilişkisini doğurabilmeleri ve dolayısıyla bunların davayla takibi mümkün olabilirdi. Klasik Dönem boyunca bağışlama taahhüdü konusunda ise, eğer bu taahhüt *stipulatio* yoluyla yapılırsa geçerlilik arz eden borç ilişkisinin meydana gelmesinden bahsedilebilirdi. Öyleyse, borç doğurabilecek vadelerin ancak *stipulatio* yoluyla yapılmaları halinde geçerlilik arz eden borç ilişkisini meydana getirebilmeleri mümkündü. Roma'da fer'î (ikincil) borçlanmaların meydana getirilebilmesi, fer'î borçlanmaların geçerlilik taşınması amacıyla da *stipulatio* yapma yoluna başvurulmaktaydı. Fer'î borçlar, asıl borç ilişkilerinden kaynaklanmış ve onlara bağlanmış olan tâli yani ikinci sırada gelen, başka deyişle yan borçlar idi. Nitekim borç ilişkisinin içeriği açısından fer'î borç, esas borç ilişkisine yan edim ekleyen borçtu. Örnek olarak, ödeme zamanı gelen bir esas borç eğer ödenmez ise devreye giren "faiz borcu", fer'î borçtu ve *stipulatio* ile tesis edilmekteydi. Esas borç eğer hiç ödenmeyecek olursa bu borcun yerine ödenmesi vaadedilen, esas borçla beraber tesis edilen ceza niteliğinde bir miktar paraya karşılık gelen *poenae* (cezaî şart) da fer'î borçtu ve *stipulatio* yoluyla oluşturulmaktaydı⁴³. Fer'î borcun, borç ilişkisinde bulunan taraflar açısından iki olasılık halinde meydana geldiğinden bahsedilirdi. Şöyle ki, esas alacaklıya başka bir alacaklı iştirak edebilirdi (*adstipulatio*) veya kefalet sözleşmesinde görüldüğü biçimde, esas borçlunun yanına ikinci

⁴¹ RADO, s. 97-98; ERDOĞMUŞ, s. 65.

⁴² WATSON, *Evolution of Law*, s. 5 ve 19; RADO, s. 100 vd.; TAMER, Diler: *Roma Hukuku Uygulamaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 66; ERDOĞMUŞ, s. 65-66; ZIMMERMANN, *Obligations*, s. 90-91; SOMER, s. 48-49; BIONDI, s. 270 vd.; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 38-39.

⁴³ ZIMMERMANN, Reinhard: "Stipulatio Poenae", *The South African Law Journal*, 1987, Cilt 104, Sayı 3, s. 399 vd.; BERKİ, *Roma'da Borçların Kaynakları*, s. 401-402; KOSCHAKER, s. 210-211; WATSON, *Evolution of Law*, s. 8-9; UMUR, *Ders Notları*, s. 353; ERDOĞMUŞ, s. 66 vd.; BIONDI, s. 275 ve 357; SOMER, s. 47-48; PASTORI, s. 278-279.

bir borçlu (*adpromissio*) eklenebilirdi. Kefalet sözleşmesi, Roma'da ilk devirlerden başlayarak *stipulatio*'yla oluşturulabilen, oldukça önem taşıyan sözleşmelerden biriydi. *Iustinianus*'un zamanına kadar, Roma'da uygulanan olağan kefalet türü *stipulatio*'yla oluşturulandı. Ancak *Iustinianus*'tan sonra değişik tipte kefalet sözleşmeleri kullanıma girmiştir. *Stipulatio* kullanılarak oluşturulan kefalet sözleşmesinin ilk ortaya çıkışı *sponsio* formunda olmuştu. Sözlü olarak borçlanmanın teminatını sağlayan *sponsio*'yu yapma yetkisine yalnızca Romalılar sahipti. Sonraki zamanda, *stipulatio*'yla oluşturulan kefalet türlerinden *fideiussio* ve *fidepromissio* tezahür etmişti. Hem Roma vatandaşları, hem de yabancılar şahsî teminat sağlamak için *fidepromissio*'dan yararlanabilirlerdi. Alacaklı *fidepromissio*'da, esas borçlunun borcunu kastederek kefile, *idem dari fidepromittis* (aynı şeyi vermeyi şerefine vaadediyor musun)? veya *fidepromittis* (vaadediyor musun)? sorusunu sorardı. Eğer kefil, *fidepromitto* (vaadediyorum) cevabını verirse, bu yolla *stipulatio* tamamlanmış olurdu. *Fidepromissio*'yla sadece sözlü sözleşmelerden kaynaklanan borçlar teminatın altına alınmaktaydı. *Fidepromissio*'yla, alacaklı doğrudan kefile müracaat edip alacağını isteyebilirdi. Ancak *fideiussio*, esas borçluyla birlikte diğer bir şahsın (fer'i borçlunun yani kefilin) borç ilişkisine girmesi yoluyla, her çeşit borç ilişkisinin şahsî teminata kavuşturulmasıydı. O halde şahsî teminat olan kefalet kurumuna karşılık gelen *fideiussio* ile haksız fiilden doğan borçlar, eksik borçlar (*obligatio naturalis*) da dahil olmak üzere tüm borç türleri teminat altına alınmaktaydı. Kefilin borcunun varlığı esas borca bağlı olup bu borç ikinci dereceden yani fer'i borç sayıldığından; kefilin borcunun miktarı esas borçlunun borcundan fazla olamazdı. *Fideiussio*, *Iustinianus* zamanında diğer kefalet şekilleri artık kullanılmadığından, kullanımdaki tek kefalet şekliydi. *Fideiussio*'yla teminat sağlanmış olan borç zamanaşımına uğramıyor ve borçlunun mirasçılara geçiyordu. Kefil ile alacaklı *fideiussio*'yu aralarında *stipulatio* yoluyla genellikle şu şekilde yaparlardı: Alacaklı kefile, esas borçlunun borcunu işaret edip; “Aynı şeyi (*idem*) bana şerefine temin ediyor musun?” sorusunu sorardı. Kefil (*fideiussor*) de bu sorunun karşılığında “Temin ediyorum (*Fideiubeo*).” cevabını verirdi. Ayrıca diğer bir şekilde; alacaklı “Aynı şeyi şerefine vereceğini bana vaadediyor musun?” sorusunu sorar ve kefil bu soruya “Şerefimle vaadediyorum.” cevabını verirse de *fideiussio* yapılabilirdi. Roma hukukunda kefalet sözleşmesiyle ilgili olarak, *fides* kavramı oldukça önem taşımaktaydı. Romalılara göre verilen söze bağlı kalmak kutsal bir görev sayıldığından, “güven, şeref, bağlılık, sadakat” gibi anlamlar taşıyan *fides* kavramının onlara göre önemi büyüktü⁴⁴.

Formula usulünün Roma usul hukukunda uygulamaya girmesinden bir süre evvel kullanılmaya başlanan *praetor stipulatio*'ları, zorunlu *stipulatio*'lar arasında yer almaktaydılar. Nitekim *praetor*, bir ilgili talep ettiği takdirde, *imperium* yetkisine dayanarak, diğer bir kimseyi, talepte bulunmuş olana karşı, bir borcu yerine getireceğine ya da belli tarzda davranacağına ilişkin taahhütte bulunmaya zorlardı. Çoğunlukla, borç ilişkilerinde teminatın sağlanması amacıyla *praetor stipulatio*'ları kullanılırdı ve sözü edilen *stipulatio*'lara bundan ötürü *cautiones* denirdi. Eğer borçlu bir taahhütte bulunmuş ancak bunu yerine getirmemişse, *praetor* borçluya ait malların zilyetliğini alacaklıya (davacı tarafa) verebilirdi ya da *praetor* borçluyu olası zararı tazmin etmeye zorlardı. *Praetor stipulatio* yaygın olarak kullanılmıydılar⁴⁵.

Stipulatio yoluyla müteselsil sorumluluğun tesis edilmesi de mümkündü. Hatta Roma'da bir borç ilişkisinde alacaklı ya da borçlu tarafın birden fazla olması durumunda *stipulatio*'yla zincirleme borçluluk (sorumluluk) ve alacaklılık tesis etme yöntemi sık kullanılırdı. Teselsül halinde ortada tek bir borç (*idem debitum*) vardır ve söz konusu borcun tek bir hukuki işlem ile oluşturulması (*unitas actus*) esastır. Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir ki teselsülün kurulmasına ilişkin başvuru tek yol *stipulatio* değildir. Eğer borçluların arasında teselsülün varlığından (zincirleme borçluluk durumun-

⁴⁴ RADO, s. 105-106; NICHOLAS, *Introduction to Roman Law*, s. 204-205; PASTORI, s. 97-98 ve 103 vd.; ROBY, s. 28 vd.; DI MARZO, s. 375; TAMER, *Roma Hukuku II*, s. 170 vd.; GÜRTEN, *Kefalet*, s. 71 vd.; UMUR, *Lügat*, s. 73; BURDICK, s. 435; SCHULZ, s. 494 ve 499-500; BIONDI, s. 349; AKINCI, Şahin: *Roma Borçlar Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya, 2013, s. 112 vd.

⁴⁵ KASER, *Roman Private Law*, s. 359; BIONDI, s. 273-274; RADO, s. 110-111; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 38; TAMER, *Roma Hukuku II*, s. 171 vd.; HARVEY, s. 31; MUIRHEAD, *Historical Introduction*, s. 337; PASTORI, s. 288-289; LEE, s. 303; GÜRTEN, *Kefalet*, s. 70.

dan) bahsedilirse, artık mevcut borçtan söz konusu borçluların hepsi sorumlu tutulurdu. Yani alacaklı taraf, borcun tamamını o borç ilişkisindeki borçlulardan herhangi birinden talep edebilirdi. Kendinden talepte bulunulan bu borçlu da borcun tamamını öderse, borç bir kez ödenecek olduğundan, artık diğer borçlular borç ödemekten kurtulmuş olurlardı. Alacaklının başvurduğu borçludan, o borçlunun dahil olduğu borç ilişkisinde sırf kendi payına düşen miktarı yalnızca talep edebilmek gibi bir mecburiyeti yoktu. Alacaklının, borçluların kendi aralarındaki iç ilişkiyi gözetmek gibi bir görevi bulunmuyordu. O halde, tüm borç miktarını ödeyebilecek borçluya başvurup alacağını talep edebilmek sırf alacaklının isteğine bağlıydı. Alacaklı, üç borçlunun olduğu bir borç ilişkisinde, borçlulardan her birine aynı soruyu sorarak da alacağını talep edebilirdi. Örneğin; “Bana 500 *sesterz* vermeyi vadediyor musun?” diyebilirdi. Bunun üzerine borçlular aynı anda, hep birlikte, aynı sözlerle “Taahhüt ediyorum.” şeklinde cevaplarırsa, alacaklının artık isteyebileceği miktar sırf 500 *sesterz*’den ibaretti. Aynı borç ilişkisinde, şayet borçlular alacaklının bu sorusunu aynı anda beraberce değil de değişik zaman diliminde cevaplamış olsalardı, üç borçlu olduğundan, alacaklı 500 *sesterz*’in üç katını (1500 *sesterz*) isteyebilirdi. Bunun nedeni ise bahsedilen üç borçlunun farklı zamanlarda borçlanmış sayılmalarıydı. Alacaklıların arasında teselsülün (zincirleme alacaklı olmanın) varlığından bahsedildiğinde ise o borç ilişkisinde birden fazla alacaklı bulunur ve alacaklılardan herhangi biri borçludan söz konusu alacağın tamamını talep etme hakkına sahiptir. Burada borçlu, yalnızca bir alacaklıya mevcut borcunu tamamen ödemişse, artık borç ilişkisi sona ermiş olduğundan, diğer alacaklılar artık bahsedilen borçludan herhangi bir ödeme talep edemezlerdi. Örneğin, *Apian* ve *Marius*’un aralarında teselsül olan alacaklılar olduğunu varsayalım ve *Pompeius*’dan kendilerine olan borcu sebebiyle 50 *sesterz* isteyebilecek durumda olduklarını düşünelim. *Pompeius*, *Marius*’a 50 *sesterz*’i öderse, artık borç ortadan kalkardı. O nedenle ayrıyeten *Apian* da *Pompeius*’dan 50 *sesterz* isteyemezdi. Bu borç ilişkisinde, alacaklılardan her biri borçluya “Bana 50 *sesterz* vermeyi vadediyor musun?” sorusunu yöneltir; borçlu birinciye cevap vermiyip, ikinci de aynı soruyu tekrarladığında bu sonuncu sorudan sonra borçlu tüm alacaklılara hitaben “Vaadediyorum.” şeklinde tek bir cevap vermeliydi ki iki alacaklı olan tek borç doğsun ve bunun 50 *sesterz*’lik içeriği olsun. Borçlu eğer bunun yerine her bir alacaklının sorusundan hemen sonra cevabını verseydi, alacaklı sayısınca borcu katlanacak ve yukarıdaki örneğe göre 50 *sesterz*’lik borç altına gireceğine, 100 *sesterz*’lik borç altına girecekti. Bunun yanında, yine yukarıdaki örnek olayda *Marius*, *Pompeius*’u borçtan *acceptilatio* ile ibra ettiğinde, bundan böyle alacak hakkı tüm alacaklılar (*Apian* ve *Marius*) için sona ermiş olurdu⁴⁶.

Ius Civile uyarınca, sözlü şekildeki *acceptilatio* işlemiyle borcun ibrası gerçekleştirilebilirdi. *Stipulatio*’nun kullanım alanlarından biri olan *acceptilatio*, bir farazi (kurgusal, imgesel) ifa yöntemi idi. *Acceptilatio*, borcun kaynağı olan *stipulatio*’da yer alan şekillerin zıttına uyularak meydana getirilen başka bir *stipulatio* ile söz konusu borcun ibra edilmesi idi. Şöyle ki *acceptilatio* oluşurken borçlu kişi soru soran taraf olarak yer alır, alacaklı ise cevap veren taraf olurdu. Borçlu alacaklıya “Sana vadetmiş olduğumun alınmış olduğunu kabul eder misin?” sorusunu sorunca, eğer alacaklı; “Aldığımı kabul ederim.” cevabını verirse, esas borç ve onun yanında ikincil borçların kendiliğinden (*ipso iure*) sona ermiş olduğu kabul edilmekteydi. *Stipulatio*’yla oluşturulmamış bir hukuki işlemden doğan borç, yine *acceptilatio*’yla son bulabilirdi. Bunun için ilk olarak, halihazırdaki borç *novatio*’yla (yenilemeyle) *stipulatio* borcu haline getirilir ve sonrasında da *acceptilatio* yapıp ibra edilirdi⁴⁷.

Stipulatio’nun kullanıldığı önemli alanlardan birisi de *novatio*’dur (yenileme). *Novatio*’da, daha önce var olan bir borcun, *stipulatio*’yla tekrar taahhüt edilmesi söz konusuydu. *Novatio*’yla, önceki borç ilişkisi sona erdirilmiş olurdu. Genellikle vade, şart vb. eklemeleri yapmak için önceki borcun yenilenmesi yoluna gidilmekteydi. *Novatio*’dan, çoğunlukla alacaklılar faydalanırdı. Mevcut bir borç

⁴⁶ RADO, s. 77 vd.; SCHULZ, s. 490-491; GÜRTEN, *Kefalet*, s. 67-68; ARAT, Ayşe: “Roma Hukuku’nda Müteselsil Borçlar ve Türk Hukuku’na Etkisi”, *Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 4, Sayı 2, s. 160 vd.; NICHOLAS, Barry: “Verbal Forms in Roman Law”, *Tulane Law Review*, 1991-1992, Cilt 66, s. 1612-1613.

⁴⁷ ROBY, s. 55 vd.; CRACKNELL / WILSON, s. 118; KASER, *Roman Private Law*, s. 224; PUGLIESE, s. 491-492.

ilişkisinde değişiklik yapılmak istendiğinde örneğin alacağın ya da borcun temliki gündeme geldiğinde, bu durum da *novatio*'yla taahhüt edilirdi. Roma hukukundaki borcu sona erdiren durumlar arasında yer alan *novatio, stipulatio*'yla yapılmasından da anlaşıldığı üzere, şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlılık arz eden bir işlemdi⁴⁸.

Yukarıda belirtilen alanlarda ve ayrıca farklı türden pek çok hukuki işlemde vasıta olarak kullanılan *stipulatio*'ya Roma borçlar hukukunda sıklıkla başvurulduğu ortadadır.

VII. UYGULAMADAKİ BAZI *STIPULATIO* TÜRLERİ

Roma hukuku kaynaklarında ele alındığı üzere, uygulamada karşılaşılabilecek bazı *stipulatio* türleri şunlardır:

*Stipulatio conventionalis, stipulatio iudicialis, stipulatio post mortem, stipulatio rem habere licere, stipulatio tacita, stipulationes partis et pro parte, stipulatio aquiliana, stipulatio duplae, stipulatio praepostera, stipulatio sortis et usurarum, stipulatio in diem facta, stipulatio pure facta, stipulatio sub conditione facta, stipulatio in faciendo, stipulatio in non faciendo, stipulatio operis faciendi ve stipulatio communis*⁴⁹.

Bunlardan *stipulatio conventionalis*, borç ilişkisindeki tarafların rızalarının uyuşmasına ilişkin *stipulatio*'lar olarak tarif edilebilirlerdi. Bunlar; hakimın ya da *praetor*'un yetkisine değil de sözleşmenin taraflarının iradelerine dayanan, dolayısıyla faklı türden anlaşmaları bağlayıcı hale sokan, sayıca da fazla olan *stipulatio*'lardı⁵⁰.

Stipulatio iudicialis; hakimlerin görev alanına giren, bir hukuk davası sırasında *apud iudicem* aşamasında yargılamanın olağan biçimde devam etmesini sağlamak için hakim tarafından dava taraflarından birisine ya da her ikisine yapılması yüklenen zorunlu bir *stipulatio* idi⁵¹.

Stipulatio post mortem, bir kimsenin, kendi ölümünden sonra var olan bir borcunun mirasçıları tarafından ödeneceğine ilişkin yaptığı ya da var olan bir borcunun borç ilişkisindeki alacaklısının ölümünden sonra ödeneceğine ilişkin *stipulatio* idi. Ancak bu *stipulatio*'nun bağlayıcılığı, hukuki zorlayıcılığı bulunmuyordu çünkü mirasçı olma kesinleşmeden (ölüm gerçekleşmeden) bu tür bir borç ilişkisiyle olası varislerin hukuken bağlanması mümkün olamazdı⁵².

Stipulatio rem habere licere konusunda, öncelikle Roma'da alım satım sözleşmesine yapılan ek anlaşmalardan birinin de bu özel sözlü sözleşme olduğunu belirtmeliyiz. Alım satım sözleşmesinde, satıcı alıcıya malın mülkiyetini geçirmekle değil de uygun devir işlemi yapmakla yükümlüydü. Satıcı tarafından uygun devir işleminin yapılamadığı durumlarda ise (örneğin yabancılarla yapılan alım satım sözleşmelerinde *mancipatio* ile devir yapılamıyordu) alıcıya, satın aldığı şeyin üçüncü kişi tarafından üstün hak iddiasıyla zaptı ihtimaline karşı rahat zilyetliğini temin etmek (zapta karşı teminat) için yararlanılan yöntem *stipulatio habere licere* olabiliyordu. Yine Roma hukuku kaynaklarında, *res nec mancipi* mallar (İtalya arazisi, İtalya arazisindeki tarımsal ittifak hakları ve binaları, köleler, yük ve çeki hayvanlarının yani *res mancipi*'lerin dışındaki tüm mallar) için Roma'nın ilk devirlerinde, zapt

⁴⁸ SCHULZ, s. 483-484; KASER, *Roman Private Law*, s. 224; PASTORI, s. 286; TOMKINS, Frederick J.: "Novation of Obligations According to the Modern Roman Law", *Law Magazine and Law Review; or, Quarterly Journal of Jurisprudence*, 1871, Cilt 31, Sayı 1, s. 96 vd.; GÜRTEN, *Kefalet*, s. 68-69; MUIRHEAD, *An Outline*, s. 142; SOMER, s. 93-94.

⁴⁹ HARVEY, s. 29 vd.; DI MARZO, s. 108 vd.; BERGER, Adolf: "Encyclopedic Dictionary of Roman Law", *Transactions of the American Philosophical Society*, 1953, Cilt 43, Sayı 2, s. 717 vd.

⁵⁰ DI MARZO, s. 426; HARVEY, s. 31; KORKMAZ, s. 115.

⁵¹ BERGER, s. 718; HARVEY, s. 31; ROBY, s. 22 vd.

⁵² WATSON, Alan: "Illogicality and Roman Law", *Israel Law Review*, 1972, Cilt 7, Sayı 14, s. 20-21; BERGER, s. 718; GÜRTEN, *Kefalet*, s. 44-45; BUCKLAND, *Elementary Principles*, s. 248-249; PRICHARD, A. M.: *Leage's Roman Private Law*, 3. Baskı, MacMillan & Co. Ltd., London, 1964, s. 35-36.

olasılığında uğranılacak zarara denk gelen bir teminat olması adına, *stipulatio rem habere licere*'ye başvurulduğu belirtilmektedir⁵³.

Stipulatio tacita, evlilik sona erdiğinde *dos*'un (cihazın) kadına geri verilmesine ilişkin kadın (ya da kadının ailesi) ve koca (ya da kocanın hakimiyeti altında olduğu aile babası) arasında yapıldığı düşünülen zımnî bir *stipulatio* idi. Esasen *dos*, önceden kararlaştırılmış olmasa da kadına, kadın ölmüşse de kadının mirasçılara geri verilirirdi çünkü *dos*'un mülkiyeti kadına aitti ve kocanın sadece *dos*'un üzerinde idare hakkı ve intifa hakkı bulunduğu kabul edilmişti. *Dos*'a ilişkin uygulamada bulunan *actio rei uxoriae* kaldırılınca, buna karşılık, *dos*'un iadesini istemek için *stipulatio* yapılmış gibi, *actio ex stipulatu* tanınmıştı. Ancak bu durumda zımnî nitelikteki *stipulatio tacita*'dan bir *actio ex stipulatu* husul bulması yerinde görülmediğinden, *Iustinianus* zamanında, *Digesta* hazırlanırken *actio ex stipulatu*'ya karşılık gelecek şekilde *actio dotis* teriminin kullanıma girmesi uygun bulundu⁵⁴.

Stipulationes partis et pro parte'ye açıklık getirmeden önce, *Gaius*'a göre Roma'da muayyen mal vasiyetinin, miras bırakan tarafından bir kimseye mirasçı aleyhine miras konusu olabilecek belli şeylerin kazandırılmasını konu alan bir ölüme bağlı tasarruf olduğunu belirtmekte fayda vardır. Vasiyetçinin tasarrufuyla bazen bir vasiyet, mirasa dahil mamelekin, mirasçı ile muayyen mal vasiyetinde bulunan kimse arasında bölüşülmesini ihtiva edebilirdi. Bu durumda kendisine muayyen mal vasiyetinde bulunan kimse, mirastan kendisinin hissesine karşılık gelen mal ve alacağın mülkiyetinin mirasçıdan kendisine naklini talep etmek hakkını kazanmakta, buna karşılık, miras bırakanın borçlarına da halef olmaktadır. Bu amaçla mirasçılar ve lehine muayyen mal vasiyetinde bulunan kişiler, *stipulationes partis et pro parte*'ye başvururlardı. Bu *stipulatio*'yla mirasçı, lehine mal vasiyetinde bulunan kimseye, onun hissesi oranındaki miras alacağını nakletme vaadinde bulunur, o da mirasçıya, borçların ödenmesinde kendi hissesine denk gelen oranda tazminde bulunacağına ilişkin sözlü vaadde bulunurdu⁵⁵.

Stipulatio aquiliana sözkonusu olduğunda; sözlü şekilde üzerinde anlaşma sağlanmamış olan bir borç ilişkisinde borcun, *acceptilatio*'yla (ibrayla) son bulması için, ilk önce *stipulatio*'yla kurulmuş bir borca dönüştürülmesi gerekirdi. Bu zorunluluktan dolayı, Cumhuriyet Dönemi sonuna doğru hukukçu *Aquilius*'un muhakeme etmesi üzerine, borç ilişkisindeki alacaklı tarafın karşısındaki borçluya karşı öne sürebileceği her türlü iddianın ibrasını olanaklı hale getiren bir *stipulatio* şekli ortaya çıktı ve buna *Aquilius stipulatio*'su dendi. *Digesta*'da ele alındığı üzere (D.2.15.4); *stipulatio aquiliana*, önceki borçları tümüyle yenileyerek sona erdirirken kendisi de *acceptilatio* yoluyla sona ererdi. Nitekim, Roma'da zaman içinde hukuk sisteminde hukuki işlemleri oluşturan unsurlardan irade, irade beyanına kıyasla daha göz önünde bulundurulur hale geldiğinde, şekil anlayışında da esneklik belirmiş, dolayısıyla *acceptilatio*'nun uygulanmasındaki sıkı şekilciliğin aşılabileceği fikri yerleşmeye başlamıştı⁵⁶.

Stipulatio duplae de kaynaklarda *stipulatio* türleri arasında incelenir. Alım satım sözleşmesinde satıma konu olan şey *res mancipi* bir mal ise ve *mancipatio* işlemiyle devir yapılmamışsa, satıcı *stipulatio duplae* vasıtasıyla, malın üçüncü kişi tarafından zaptı halinde alıcıya semenin iki katınına denk gelen cezayı ödeme taahhüdünde bulunurdu⁵⁷.

⁵³ KASER, *Roman Private Law*, s. 179; DI MARZO, s. 438-439; PRICHARD, s. 83 ve 85; BUCKLAND, *Elementary Principles*, s. 269-270; MUIRHEAD, *Historical Introduction*, s. 255; BERGER, s. 717; LEE, s. 313-314; KORKMAZ, s. 119-120.

⁵⁴ DI MARZO, s. 211; KORKMAZ, s. 128.

⁵⁵ DI MARZO, s. 571; BUCKLAND, *Elementary Principles*, s. 176; KASER, *Roman Private Law*, s. 325; BERKİ, Şakir: "Roma'da Miras Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1953, Cilt 10, Sayı 1-4, s. 542 vd.; GÜNAL, A. Nadi: "Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, Cilt 44, Sayı 1-4, s. 442; LEE, s. 243; UMUR, Ziya: "Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1966, Cilt 31, Sayı 1-4, s. 174 vd.

⁵⁶ PRICHARD, s. 218; KASER, *Roman Private Law*, s. 225; DI MARZO, s. 388; MUIRHEAD, *Historical Introduction*, s. 247; LEE, s. 413; BUCKLAND, *Elementary Principles*, s. 301.

⁵⁷ BUCKLAND, William Warwick: *The Main Institutions of Roman Private Law*, The Macmillan Co., New York, 1931, s. 273; DI MARZO, s. 439; KASER, *Roman Private Law*, s. 179; PRICHARD, s. 83; BERGER, s. 717; LEE, s. 313-314; MUIRHEAD, *Historical Introduction*, s. 255.

Stipulatio praepostera, borç ilişkisinin sonuç doğurmasının ancak gelecekteki bir şartın gerçekleşmesine bağlandığına ilişkin, anında meydana getirilen bir *stipulatio*'dur. Eğer gelecek zamanda bu şart gerçekleşirse, taraflar taahhütlerini yerine getireceklerini ilişkin *stipulatio praepostera* yoluyla birbirlerine söz vermiş olurlardı. Klasik Dönem'de böyle bir *stipulatio*'nun geçerliliği kabul edilmezdi. *Iustinianus* ise *stipulatio praepostera*'nın geçerliliğini kabul etmişti ve şartın gerçekleşmesiyle semenin ödenmesinin talep edilebileceğine hükmetmişti⁵⁸.

Stipulatio sortis et usurarum incelendiğinde, öncelikle Roma'da karz sözleşmesinin (*mutuum*'un) niteliğinin, bununla belli miktarda misli şeyleri ödünç alanın, aldığından daha fazla miktarda şeyin iadesine ilişkin borçlanmasına olanak vermediğini belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle de ödünce ilişkin faiz söz konusu olursa, bu ayrı bir faiz *stipulatio*'suyla (*stipulatio usurarum*) talep edilmeliydi. Alacaklı, ödünç konusu şeyin iadesini ve buna ilişkin faizi farklı davalarla istemek zorundaydı. Bu sakıncayı önlemek için ise ödünçün konusu olan misli şeye ve faize ilişkin tek bir *stipulatio* olan *stipulatio sortis et usurarum* yapma yolu geliştirilmişti. Faiz *stipulatio* ile saptanan faiz ana parayı aşamazdı ve faize faiz yürütmek yasaktı⁵⁹.

Stipulatio alteri de hukukun inkişafında *stipulatio* türleri arasında yer almıştır. Esasen Roma'da bir kimsenin ancak kendisi için borç altına girebileceği kuralı hakimdi nitekim borç ilişkisi şahsî bir ilişkidir. Roma hukukunda bu, *alteri nemo stipulari potest* ilkesi yani hiç kimsenin başkası için söz veremeyeceği genel kuralı ile ifade edilmekteydi. Nitekim D.45.1.38.17.'de; "*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur...*" kuralı yani kölenin efendisi için ya da aile evladının aile babası için vaadde bulunması dışında, hiç kimsenin üçüncü kişi lehine bir şey vaat edemeyeceği düzenlenmiştir. Bilindiği üzere, *stipulatio*'nun sözlerini ancak *stipulatio*'nun tarafları söylerse *stipulatio* işlemi geçerli olarak meydana gelmekteydi. Ancak kısmen Klasik Dönem'de ayrıca *Iustinianus* Dönemi'nde, *stipulatio alteri* aracılığıyla, gerektiğinde anlaşma yoluyla üçüncü kişi lehine taahhütte bulunulabileceği fikri gelişmişti. Nitekim temsilci, üçüncü kişiyle hukuki işlem yaptığında, esasen temsil edilenin adına birtakım hukuki işlemleri gördüğünden, bazı durumlarda *stipulatio alteri*'ye başvurmak icap etmekteydi⁶⁰.

Stipulatio in diem facta, bir borç ilişkisinde ancak belirli bir tarih (vade) dolunca ya da gelecekte gerçekleşeceği kesin olan bir olay gerçekleştiği zaman (vadesinde) ödeme yapılacağına ilişkin *stipulatio*'dur. Vadeye bağlı bu *stipulatio* oluşturulurken *Harvey*'e göre şu soru sorulabilirdi: "*Decem aureos primis calendis Martiis dare spondes?*". Bu soru eşliğinde yapılan *stipulatio* ile yapılan taahhütler derhal alacak hakkını doğurur ancak vade olarak saptanan zaman dolmadan söz konusu taahhüdün yerine getirilmesi alacaklı tarafından talep edilemezdi⁶¹. *Stipulatio in diem facta*'da kararlaştırılan vade henüz gelmeden borcunu ödemiş olan borçlu artık ödediği miktarı geri isteyemezdi nitekim vade olarak saptanan olayın ya da zamanın gelecekte gerçekleşmesi kesindir bu durumda zaten ödeme gelecekte yapılmak zorundadır⁶². *Stipulatio pure facta*, bir borç ilişkisinde yapılan taahhütlerin derhal yerine getirilmesinin borçludan istenebildiği, herhangi bir şarta ya da vadeye bağlanmamış *stipulatio*'lardır⁶³. *Stipulatio Sub Conditione Facta* yoluyla kurulan bir borç ilişkisi, borcun ödenmesinin bir şartın (yani gelecekte gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli olan olayın) gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlandığı sözlü sözleşme tipidir. *Stipulatio sub conditione facta*'da kararlaştırılan şarta bağlanan olay açıklığa kavuşmadan önce borcunu ödemiş olan borçlu, şartın gerçekleşip gerçekleşmesini beklemeksizin ödediği miktarı geri isteyebilirdi⁶⁴.

⁵⁸ BERGER, s. 718; DI MARZO, s. 424; KORKMAZ, s. 119.

⁵⁹ DI MARZO, s. 412-413; ERDOĞMUŞ, s. 66-67; LEE, s. 291.

⁶⁰ ZIMMERMANN, *Obligations*, s. 34 vd.; KOÇHİSARLIOĞLU / SÖĞÜTLÜ, s. 31; EMİROĞLU, Haluk: "Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi (*Mandatium*) ve Hukuki İşlemlerde Temsil", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 52, Sayı 1, s. 109.

⁶¹ HARVEY, s. 29 ve 36.

⁶² HARVEY, s. 36.

⁶³ HARVEY, s. 29.

⁶⁴ HARVEY, s. 29 ve 36; LEE, s. 302.

Stipulatio in faciendo; borçlunun alacaklının menfaatine olarak bir şeyin yapılması, belli hizmetlerin yerine getirilmesi taahhüdü altına girdiği sözlü sözleşme tipidir. *Stipulatio in non faciendo* ise borçlunun bir şeyin yapılmaması ya da başka bir deyişle bir şeyin yapılmasından kaçınma borcu altına girdiği *stipulatio* tipidir. *Stipulatio operis faciendi*; borçlunun bir görevin üstesinden gelmeye, bir işi başarmaya ilişkin alacaklıya taahhütte bulunduğu *stipulatio*'dur. Konusu bir işin yapılması olan *stipulatio*'lardan doğan borçlarla ilgili ifa zamanı ve yeri, ifanın güvenceye kavuşturulması, ifanın yerine getirilmemesinin hukukî neticeleri vb. hususlarda *stipulatio*'dan kaynaklanan tüm borçlara ilişkin genel kurallar uygulanmaktaydı⁶⁵.

Stipulatio communis esasen *praetor stipulatio*'su kategorisindedir. Roma hukuku kaynaklarında *stipulatio communis*'e örnek olarak; "iş sahibinin, kendisinin vekâlet verdiği kimse tarafından yapılan işi onaylayacağına ilişkin verdiği teminat", "*praetor*'un ya da gerektiğinde hakim emriyle, vekil (*procurator*) tarafından yapılan işlerin müvekkil (*mandator*) tarafından kabul edileceğine ilişkin davaya güvence vermek amacıyla vekilin yapmış olduğu *stipulatio*'lar", "kayıyımın (*tutor*'un), yasal temsilcisi olduğu küçüğün mallarının idaresinin yükümlülüğünü üstüne almadan önce, bunların güvencesini temin edeceğine ilişkin *stipulatio* yoluyla taahhütte bulunması" gösterilir. Bu *stipulatio communis* örnekleri incelendiğinde, *stipulatio iudicialis*'lerin herhangi bir ilintileri olmasa da bazı *stipulatio conventionalis*'leri kapsadıkları istisnai bir alanın bulunduğu görülmektedir⁶⁶.

VIII. STIPULATIO DIŞINDAKİ DİĞER SÖZLÜ SÖZLEŞMELER

Stipulatio dışındaki diğer sözlü sözleşmelerden en önemlileri arasında, aşağıda incelenecek olan *dotis dictio*, *dotis promissio* ve *iuramentum operarum* yer almaktadır.

Manus işlemi olmadan yapılacak evliliklerde, evlenen kadının kendisi (bazen de kadının emriyle kadının kendi borçlusu) veya kadının evlenene kadar beraber yaşadığı kendi ailesinde tâbi olduğu aile babası, yeni kurulacak ailede evin giderlerine katkı sağlamak, başka deyişle evin geçimine yardımcı olmak amacıyla belli bir malı (bazen de malları) ya da belli tutarda parayı kadının evlenerek dahil olacağı kocasının ailesine *dos* olarak getirmeye ilişkin sözlü şekilde vaadde bulunurlardı. Buna *dotis dictio* (*dos* vaadi) denirdi. *Dos* getirilmeden yapılan evlilikler hoş karşılanmazdı. Özellikle gelir sağlayan malların, kadının evlenerek müdahil olduğu yeni ailesine kadın tarafından ya da kadının babası tarafından *dos* olarak getirilmesi hoş karşılanırdı. Evlilik töreni sırasında veya evlilik öncesinde *dos* getirmeye ilişkin vaadde bulunulabilirdi. Geçersiz evliliklere ilişkin olan *dotis dictio* da geçersizlik arz ederdi. *Dotis dictio*'nun şekli ise; herhangi bir soru sorulmadan oluşturulan bir sözleşme olup kendine özgüydü. Evlenmekte olan kadının kendisi ya da kadını egemenliği altında bulunduran aile babası kendilerine soru sorulmaksızın örneğin; "*Dos* olarak 500 *sesterz* vermeyi vadediyorum." şeklinde taahhütte bulunup borçlanırlardı. *Dotis dictio*'da sırf borçlanan kimse konuşurdu (*uno loquente*). Kendisine *dos* verme taahhüdünde bulunulan yani borçlanılan kimse ise susmaktaydı. *Dotis dictio* Klasik Dönem'de kullanılmadıkça, *dotis promissio* olarak adlandırılan başka bir *dos* vaadi de kullanılmaya başlandı. *Stipulatio* yoluyla yapılan *dotis promissio*, evlenecek erkeğin soru sorması ve evlenecek kadının veya kadın tarafında yer alan bir kimsenin bu soruyu cevaplamaıyla karşılıklı konuşma şeklinde geliyordu. *Theodosius* MS 428 senesinde şekle bağlı kalmadan yani *pactum* yoluyla yapılan *dos* vaadlerinin geçerli olacağını emirnameyle ilân etmiştir. Dolayısıyla bu emirnameden sonra *dotis dictio* zaman içinde kullanımdan kalkmıştır. *Iustinianus* Dönemi'nde ise *dos* vaadleri yine *pactum*lar vasıtasıyla meydana getirilmekteydi. Ancak şekil kurallarına bağlı kalma tercih edilerek yapılan *dos* vaadleri için *dotis promissio* kullanılmıştır⁶⁷.

⁶⁵ BERGER, s. 717; ROBY, s. 20 vd.; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1976, s. 208-209.

⁶⁶ LEE, s. 303; DI MARZO, s. 108 ve 426; ROBY, s. 377 ve 383; HARVEY, s. 31.

⁶⁷ ZIMMERMANN, *Obligations*, s. 90; PUGLIESE, s. 420; LEE, s. 297-298; RADO, s. 99; BERKİ, *Roma'da Borçların Kaynakları*, s. 403-404; OĞUZOĞLU, s. 225-226; UMUR, *Ders Notları*, s. 354; VOICI, s. 429; ERDOĞMUŞ, s. 69; DI MARZO, s. 427; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 38; WATSON, Alan: *Spirit of Roman Law*, University of Georgia Press, Athens, 1995, s. 24; SANFILIPPO, s. 299.

Azadlının yeminle hizmet vaadi (*iuramentum operarum*) özel bir *stipulatio* olarak Roma hukukunda yer etmiştir. Şöyle ki köleler azat edilmelerinden evvel efendilerine hizmet edeceklerini, ayrıca bazen de hibede bulunacaklarını vaadederdiler. Azat etme işleminden sonraysa bu vaadlerini tekrar ederlerdi. Böylelikle bundan sonra azatlı sayılan eski bir köle, aynı zamanda ilâhlara karşı dahi yemin ile taahhütte bulunmuş sayılırdı. Bu vaad sırasında sırf köle konuştuğundan, ortada tek taraflı bir irade beyanı vardı. Azadlının yeminle hizmet vaadi, Roma hukukunda yemin etmenin borç meydana getirdiği müstesna bir işlemdi⁶⁸.

IX. STIPULATIO’NUN SIKI ŞEKİLCİ ANLAYIŞA SEMBOL OLARAK GELİŞİMİ

Roma hukukunda şekilciliğin öneminin, özellikle de sıkı şekilci anlayışın yerinin mükemmel göstergesi, *Stipulatio*’nun gelişimi ve kapsamlı kullanım alanıdır. *Stipulatio*, taahhütte bulunan kimseyi hukuken bağlamasından dolayı oldukça etkin bir kurumdu. Roma hukukundaki sıkı şekilci anlayış doğrultusunda, sözlü sözleşme kurulurken hedeflenen hukuki zorlamayı sağlamak mümkündü. Şekil, çağdaş hukukta da hem ispat şartı olarak hem de *stipulatio*’dakine benzer halde geçerlilik şartı olarak tezahür etmektedir. Fakat çağdaş hukukta her sözleşmenin şekle bağlı olarak meydana getirilmesi aranmaz. *Stipulatio*’da ayrıca dinî tema görülmekteydi. *Stipulatio* rahip hukukçuların önünde merasim eşliğinde yapılmaktaydı. Zira bahsedilen devirde rahip hukukçular vasıtasıyla hukuki işler yürütülüp hukuki sorunlar giderilmekteydi. *Stipulatio* oluşturulurken yapılan taahhüt dolayısıyla borçlu, hukuki bakımdan bağlanmanın yanında dinsel bakımdan da bağlanmaktaydı. *Stipulatio* ile taahhütte bulunarak borç altına giren kimse, taahhüdünde kullanmış olduğu sözler çerçevesinde borçlanırdı. Başka bir deyişle, *stipulatio* yoluyla borçlananın yükümlülüğü, kullanmış olduğu sözlerin kapsamını aşamazdı. Ancak burada borçlunun taahhüdü kendisini sıkı biçimde bağlardı. Nitekim *stipulatio*’nun yoğun uygulandığı devirde, meydana getirilen bir hukuki işlemde şekil kurallarının sıkı sıkıya tatbik edilmesi oranında yapılan bu hukuki işlemin etkili olduğuna inanılırdı. Bahsedilen koşullarda, iradeyle söz konusu iradenin beyanı arasında uyuma çoğu kez sağlanamadığından, bir hukuki işlemi yapmanın esas gayesiyle, o hukuki işlem şekle sıkı sıkıya bağlı kalarak oluşturulduğunda elde edilen sonuç her zaman benzer yönde olmayabilirdi. Dolayısıyla şekle sıkı sıkıya bağlı kalınarak yapılan hukuki işlemlerle bazen tarafların tam olarak iradelerini yansıtmayan, bazen de adil olmayan sonuçlar ortaya çıkabilmekteydi. Roma’da *stipulatio* yapma yoluna sıklıkla başvuru devirde, hukukun borç ilişkilerindeki zorlayıcı etkisinin ortaya çıkması için sözleşmenin taraflarının rızalarının uyuşmasından (*consensus*’ten) çok, belli söz kalıplarının kullanıldığı, şekle sıkı sıkıya bağlı kalınarak yapılan hukuki işlemlerin oluşturulması gerektiği düşüncesi hakimdi⁶⁹.

Zaman içinde, şekil kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalınmasını esas alan bu anlayış değişti. Şekle bağlı kalmadan oluşturulabilen sözleşmelerin ticari hayattaki ihtiyaçlardan dolayı hukuk dünyasında ortaya çıkmasından sonra, bu sözleşmelere bağlı bütün yükümlülüklerde hukukun zorlayıcı etkisi için, tarafların rızalarının uyuşmasının sağlanması (*consensus*) esas alınmaya başlandı⁷⁰.

Çalışmamızda önceden ifade edildiği üzere, Roma hukukunda Hellenizm ve örf adet hukukunun tesiriyle, bunun yanında ilerleyen ticari hayatın ihtiyaçları neticesinde, soru ve bu sorunun cevabı şeklinde oluşturulan *stipulatio*, *instrumentum* ve *cautio* olarak adlandırılan yazılı şekildeki vesika (senet, belge) ile saptanır hale gelmişti. Fakat Roma hukukunda bu belgeler, *stipulatio* açısından geçerlilik şartı olmayıp, ispat vasıtası görevini üstlenmekteydiler. Nitekim *cautio*, çağdaş hukuktaki senet düzenlenmesinin kaynağını oluşturmuştur⁷¹.

⁶⁸ MUIRHEAD, *An Outline*, s. 143; BERKİ, *Roma’da Borçların Kaynakları*, s. 404; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 38; RADO, s. 100; ERDOĞMUŞ, s. 69; OĞUZOĞLU, s. 226.

⁶⁹ MacCORMACK, *Formalism*, s. 442 vd.; ZIMMERMANN, *Obligations*, s. 82 vd.; WATSON, *Artificiality*, s. 151.

⁷⁰ ZIMMERMANN, *Obligations*, s. 84.

⁷¹ BURDICK, s. 437-438.

X. *STIPULATIO*'NUN YAZILI SÖZLEŞMELER ile BİRLİKTE KULLANIMI

Roma'da Son İmparatorluk Dönemi'nde (MS 212 senesinde) imparatorluk sınırları içinde yaşayan herkese Roma vatandaşı olma hakkı tanındı. Roma'nın halkının doğu eyaletlerinin halkıyla entegrasyonu sırasında, Roma hukukuna ait kurumlar doğu eyaletlerinde oldukça zor benimsenebildi. Eskiden beri yazılı şekilde hukuki işlem yapmakta olan doğu eyaletlerinin halkının, Roma'nın halkının sözlü şekilde yaptığı hukuki işlemleri kullanmaları oldukça güçtü. *Stipulatio* bu dönemde artık yazılı sözleşmelerin yanında kullanıma girdiğinden, günden güne sözlü sözleşme esas niteliğini kaybeder hale geldi. Artık *stipulatio*'nun o kendine has olan yapılış şekli oldukça bozulmuş haldeydi. Yazılı belgeler düzenlenirken bunların en altına, söz konusu belgelerin kapsamının *stipulatio*'yla ayrıca taahhüt edilmiş olduğunu işaret eden kayıt eklenmekteydi. Fakat böyle bir *stipulatio*'nun gerçekleştirildiği pek görülmemekteydi. O halde, böylelikle sözlü sözleşme büyük ölçüde yazılı bir taahhüde dönüşmüş oluyordu. Bundan böyle, sözlerin o muazzam hükmü sürmemekte; aynı mekanda bulunan sözleşme taraflarının rızalarının eş zamanlı uyuşması (*consensus*'ü) aranmaktaydı. Nihayet *Iustinianus* mevcut şartların, sözleşme oluşturulurken davalıların kendilerinin ya da sözleşmenin diğer tarafının hazır halde olmadığını iddia ederek, borçtan kurtulma yoluna gitmelerine imkân veren yasal boşluğu doğurduğunu saptadı. Bu sakıncayı önlemek için *Iustinianus*'un yaptığı düzenlemeye göre sözleşmenin tarafları iradelerini yazılı şekilde beyan edip yaptıkları hukuki işlemin yer aldığı belgenin sonunda her iki tarafın da işlem sırasında hazır bulunmuş olduğunu yazılı olarak ifade ederlerse, sözleşmenin taraflarından birinin bütün gün bilfiil şehrin dışında bulunduğu ispatlanmadığı sürece, bu taahhüdün ayrıca sözleşme belirtilmiş olduğu farz ediliyordu. Zamanla *stipulatio* kullanım dışı kaldı. *Stipulatio*'nun yerine bir müddet yazılı sözleşmeler (vesikalar, senetler gibi belgeler) kullanıma girdi. Nihayet Klasik Sonrası Dönem'de *stipulatio* yerini yaygın olarak rızâ sözleşmelere bıraktı⁷².

XI. *STIPULATIO*'NUN YERİNİ YAZILI SÖZLEŞMELERİN ALMASI

Yazılı sözleşmeler konusunda Roma hukuku kaynaklarında oldukça sınırlı bilgiye rastlanmaktadır. Bu kaynaklardan edindiğimiz bilgiye göre, yazılı sözleşmeler Klasik Öncesi Dönem'de ve bunu takiben Klasik Dönem'de uygulanmışlardır. *Iustinianus* Dönemi'nde ise büyük ölçüde uygulama dışında kalmışlardır⁷³. Ancak yine *Iustinianus* Dönemi'nde bir süre *nomina transscripticia*'nın kullanımında olduğu, ilerleyen zamanda ise uygulamadan kalktığı, bir süre de yazıyla meydana getirilen borç olarak bilinen *scriptura* yapma yoluna da gidilmiş olduğu bilgisi günümüze ulaşmıştır⁷⁴. Konuyu inceleyen yazarlardan *Schulz* ise, bu kanaate sahip değildir. *Schulz, Ius. Ins.* 3.21.'de bahsedilen "yazılı borç" ibaresiyle, Klasik Dönem'deki yazılı sözleşmelerinin bir bağlantısının bulunmadığını savunur⁷⁵.

Roma hukukunda yazılı sözleşmeler, yalnızca yazılardan meydana gelen şekil kurallarına uymak şartıyla geçerlilik kazanabiliyorlardı⁷⁶. Günümüz hukukunda ise şekil şart koşulduğunda çoğunlukla yazılı şekil aranmakta, yani sözleşme taraflarının kendi aralarında düzenleyip onayladıkları (imzaladıkları) senetler veya resmi makamların huzurunda onaylanan resmi senetler kastedilmektedir⁷⁷. Roma'da yazılı sözleşmelerin eksiksiz olarak şeklinin nasıl olduğuna ilişkin günümüzde elde ettiğimiz bilgiler şüphe içerir⁷⁸. Kaynaklardan edindiğimiz sınırlı bilgiler doğrultusunda, Roma'daki yazılı sözleşme türlerinin; *nomina transscripticia* ve *nomina arcaria*, *scriptura*, *syngrapha* ve *chirographum* olduğunu biliyoruz. Ancak Roma'daki yazılı sözleşmeler, günümüz hukukundaki yazılı sözleşmelere

⁷² RADO, s. 113-114; ZIMMERMANN, *Obligations*, s. 80-81.

⁷³ RADO, s. 62-63.

⁷⁴ DI MARZO, s. 428 ve 430; BURDICK, s. 435; RADO, s. 112-113.

⁷⁵ SCHULZ, s. 506.

⁷⁶ SANFILIPPO, s. 300; BURDICK, s. 435; LEE, s. 304-305.

⁷⁷ RADO, s. 111.

⁷⁸ MUIRHEAD, *An Outline*, s. 143.

hiçbir şekilde benzemez⁷⁹. Bunlardan *nomina transscripticia*, Roma'nın Klasik Öncesi Dönemi'nde ve Klasik Dönemi'nde itinalı, iyi bir aile babasının gündelik tutmakta olduğu *codex accepti et expensi* adlı hesap defterine para borçlarına ilişkin yazarak kaydettiklerinden meydana geliyordu. Bu defterlerdeki kayıtların doğru olduğu düşünülürdü. Gündelik hesap defterinin bir tarafına giderler (*expensum*), öbür tarafına gelirler (*acceptum*) yazılmaktaydı. Aile babası, örneğin bir kimseden ödünç para alırsa, bunu defterdeki giderler bölümüne kaydetmekteydi. Alacaklıların bizzat tuttukları alacak defterlerine, alacaklara ilişkin kaydın ve alacakların tam karşısına borçluların isimlerinin yazılmasıyla oluşturulan kayıtlar da vardı. *Nominia arcaria*, belli tarihte, belli bir borçluyla borç ilişkisi kurulduğu, borç ilişkisinin nedeni, para borçlarındaki alacaklar hakkında bilgi içerebilirdi. *Nominia arcaria*, yeni borç yaratmazdı. Bu kayıtlar, yalnızca para borçlarına ilişkin olan *expensilatio* adlı yazılı sözleşmeyi teşkil etmekte olup, hakkında kayıt düşülen borç ilişkisinin tarafları, aralarında çıkan uyuşmazlıklarda ispat vasıtası olarak bu defterlerdeki kayıtlardan faydalanabilirlerdi. Aile babalarının alacak ve borç defterlerine, borçlunun müsaadesi ya da isteğiyle, yazılı şekil ile tutulan kayıtlar ise borç doğuran tesiriyle bilinen *nomina transscripticia*'lardı. Dolayısıyla *nomina transscripticia*'lar borç ilişkisi kuran yazılı sözleşmelerdi. *Nomina transscripticia*'nın bilinen türlerinden birinde; bir kimsenin diğer bir nedenden kaynaklanan borcu yazılı borç şekline dönüştürülürdü (*transcriptio a re in personam*) ya da başkasının borcu bir diğerine ait borç olarak kaydedilirdi (*transcriptio a persona in personam*). Bu tip kayıtlar, Klasik Dönem'in sonundan başlayarak kullanım dışı kalmıştı. Doğu eyaletlerinde kullanılan el yazısıyla oluşturulan tek nüsha halindeki *chirographum* ve yine el yazısıyla oluşturulan iki nüsha halindeki *syngrapha*'da ise; düzenlenen belgeyle borç ilişkisindeki borçlu tarafın tespit edilip kaydedilmesi yoluyla artık yazılı şekilde borç meydana geldiğinin kabul edilmesiydi. *Chirographum* ve *syngrapha*'da, bir kimse yazılı şekilde beyanla bir edimi yerine getireceğine ilişkin taahhütte bulunmuşsa artık *stipulatio* oluşturmaya gerek olmaksızın borç ilişkisi meydana gelmiş kabul edilir, taahhütte bulunan kimse de borçlu sayılırdı. Bu yöntem izlenerek çoğunlukla doğu eyaletlerinde bazı bankerlerin ve noterlerin karşısında, mahkemelerde hakim huzurunda resmi senetler düzenlenmekteydi⁸⁰. Ayrıca yine doğuda hukuki işlemlerde kullanılan yazılı şeklin etkinlik kazanmasıyla, hem rastgele bağışta bulunmayı engellemek hem de aleniyet için, *insinuatio* yani yazılı belge düzenleme ve sicile resmi olarak kaydetme usulü uygulamaya girmişti. Hakimlerin önünde düzenlenen bu tür belgeler birer ispat vasıtasıydı. *Constantinus* imparator olduktan sonra *insinuatio*'ların sıkça kullanılması yoluna gitti. *Iustinianus* dönemindeyse; beş yüz altın *solidus*'tan fazla bağışın yazılı şekilde yapılması şart koşulmuştu. Ancak bu miktardan düşük bağışlamaları yazılı şekilde yapmak şart olmayıp, yalnızca bağışlamaya ilişkin iradeyi beyan etmiş olmak kâfi görülmüştü. *Iustinianus* Dönemi'nde ilerleyen zamanda yazılı sözleşmeler uygulamadan kalkmışlardır⁸¹.

SONUÇ

Sözlü sözleşme *stipulatio* Roma hukukunda bilhassa *Ius Civile*'de, ancak şekle bağlılık şartıyla geçerli olarak meydana getirilebilen birçok hukuki kurumun esasında yer aldığından ve günümüz hukukunda sözleşmelerin oluşumunun temelinde yatan kurum olduğundan, muazzam önemi sebebiyle çalışmamızda incelenmiştir.

Hukukun inkişafında sözleşmeler sisteminde şekle bağlılığın faydaları ve sakıncaları değerlendirildiğinde, Roma hukukundan günümüze şekle bağlı anlayıştan zaman içinde uzaklaştığı ortadadır. Ancak en eski dönemlerden başlayarak kullanımda kalan *stipulatio*'nun Roma hukukunda genel bir sözleşme türü ve sözleşme yapma yöntemi olmasından ötürü sözleşme kurumunun temelini teşkil ettiği çalışmamızda ortaya koyulmuştur.

⁷⁹ DI MARZO, s. 428; BURDICK, s. 435; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 37; BERKİ, *Roma'da Borçların Kaynakları*, s. 404-405.

⁸⁰ RADO, s. 112-113; BERKİ, *Roma'da Borçların Kaynakları*, s. 405; MUIRHEAD, *Historical Introduction*, s. 248-249; SANFILIPPO, s. 300-301; LEE, s. 304-305; OĞUZOĞLU, s. 226-227; ERDOĞMUŞ, s. 69-70; KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: "Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat", (Ed.) KARAYALÇIN, Yaşar: *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 477 ve 493-494; BURDICK, s. 435-436.

⁸¹ DI MARZO, s. 490; RADO, s. 171-172; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, *Contractus*, s. 38; UMUR, *Lügat*, s. 89.

Roma borçlar hukuku kapsamında incelenen sözleşmeler (*contractus*), çağdaş hukuktaki gibi tarafların irade beyanlarının uyuşması (*consensus*) ve bunun yanında, genellikle o zaman için hukuk düzenince aranan şekli şartların yerine getirilmesi şartıyla borç ilişkisini kuran hukuki işlemlerdi. Sözleşme özgürlüğüne yer vermeyen Roma hukukunda, yalnızca belli sözleşme tiplerine yer verilmiş, *Ius Civile* uyarınca sınırlı sayıdaki (*numerus clausus*) sözleşmelere dava olanağı tanınmıştı. Roma'da *Ius Civile* tarafından tanınmayıp yalnızca *Ius Praetorium* tarafından tanınmış olan *pactum*'ların (şekilsiz anlaşmaların) borç doğurmadığı varsayılıyordu. Nitekim *Ius Civile* uyarınca *pactum*'lar için dava olanağı tanınmamıştı. Ancak Roma hukukunun zaman içinde gelişiminde, rızâî sözleşmelerin uygulama alanının genişlemesiyle, *pactum*'larla *contractus*'ların farkı ortadan kalkmıştı. Roma borçlar hukukunun sözleşmeler sisteminde dört grup sözleşme bulunuyordu. Bunlar; sözlü sözleşmeler (*verbis contrahitur*), rızâî sözleşmeler (*consensu contrahitur*), aynı sözleşmeler (*re contrahitur*), yazılı sözleşmeler (*litteris contrahitur*) idi. Rızâî sözleşmeler ile aynı sözleşmeler için şekil şartı aranmazken, sözlü sözleşmeler için sözlülük ve yazılı sözleşmeler yazılılık şekil şartı olarak aranırdı. Roma'da Klasik Dönem'de en önemli şekli sözleşme ise sözlü olarak soru ve cevap şeklinde yapılan *stipulatio* idi. *Stipulatio* yaparken (sözlü sözleşmeyi ortaya koyarken) soru kalıbının aynen cevapta da tekrarlanması günümüzdeki yazılı sözleşmelerde tarafların iradelerini yazılı beyan etmeleriyle benzer etkiyi yaratarak, iradelerini beyan ederken onları ayrıntılı olarak düşünmeye (muhakeme etmeye) sevk etmekteydi. Roma borçlar hukukunda sözlü sözleşmelerin aksine, nadiren kullanılan yazılı sözleşmeler hakkında günümüze fazla bilgi ulaşmamıştır. Roma'da yazılı sözleşmeler, senet ve vesika düzenlenmesi yoluyla yapılan *nomina transscripticia*, *chirographum* ile *syngrapha* ve *scriptura* idi.

Roma hukukçuları şeklin “en eski norm” olduğunu vurgular. Doktrinde şekil, amaçları bakımından “geçerlilik şartı olarak şekil” ve “ispat şartı olarak şekil” olarak ikiye ayrılmaktadır. Geçerlilik şartı olarak şekil, hukuki işlemlerin ve dolayısıyla sözleşmelerin geçerli olabilmesi için kanunen uyulması zorunlu görülen şekildir ve buna uyulmamasının yaptırımını geçersizliktir. Geçerlilik şartı olarak şekil “kanuni şekil” ve “iradi şekil” olarak sınıflandırılır. Roma hukukunda uzun müddet hukuki işlemler, günümüzde uygulanmayan bir takım törenlerle ve sözlü şekillerle meydana getirilmiş, bunlara uyulmazsa söz konusu işlemin geçersiz olduğu kabul edilmişti.

Sıkı şekilci anlayışın Roma hukukunda en yoğun uygulandığı dönem, Eski Hukuk Dönemi ve Klâsik Öncesi Hukuk Dönemi'ydı. Klasik Hukuk döneminde şekilci anlayış devam etmiş ancak sıkı şekilcilikten uzaklaşma eğilimi de öte yandan hukuk sisteminde etkisini göstermeye başlamıştı. *Iustinianus* zamanında bir süre şekil anlayışında esneklik hâkim olsa da şekle bağlı anlayışın ve sözlü şekillerin yeniden kullanıma girdiği bilinmektedir. Roma hukukunda *Ius Civile* ve *Ius Gentium*, birbirine karşıt olarak nitelenebilen şekil anlayışına sahipti. *Ius Civile*, Roma yurttaşlarının hukuku idi, değişime açık olmayan, şekilci, sert hukuk kurallarını içeriyordu. Sonrasında, yabancılar *praetorumun* hukuk yaratma faaliyetleriyle, özellikle ticari ilişkilerde toplumun yeni ihtiyaçlarını karşılayan düzenlemeleri içeren, hem Roma yurttaşlarına hem de tüm yabancılar uygulanabilecek yeni kuralları kapsayan, esnek şekil anlayışındaki hukuk düzeni olan *Ius Gentium* (kavimler hukuku) uygulanmaya başlanmıştı.

Günümüzde Roma hukukundan farklı olarak, sözleşmeler meydana getirilirken, şekle bağlılık esas kural olmayıp ancak istisnai durumlarda iradenin belli şekillerde beyan edilmesi aranır. Günümüz hukukunda şekil daha çok ispat şartı olarak karşımıza çıkar. Sözlü şekilde yapılması şart olan *stipulatio*'ya Roma hukukunda sıkça başvurulmuş olmasının aksine, günümüz hukukunda sözlü şeklin geçerlilik şartı olarak yer aldığı örnekler yalnızca Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen evlenme sözleşmesi (TMK m. 142)⁸² ve sözlü vasiyetnamedir (TMK m. 539 vd.). Türk Borçlar Kanunu'nda ise hiçbir söz-

⁸² Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiği üzere, evlenme töreninin evlendirme memurunun ve ayırt etme gücü olan iki tanığın önünde açık şekilde, evlenecek çiftin mutlak surette bizzat katılımıyla yapılması şarttır. *Akipek Öcal*'ın ifade ettiği üzere; evlilik töreninde evlendirme memurunun tanıkların huzurunda evlenecek olanlara ayrı ayrı, baskı altında olmaksızın kendi iradeleriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorması ve ancak olumlu cevapları alması halinde sözkonusu olumlu irade beyanlarını tanıklara onaylatması şarttır. Daha sonra evlendirme memurunun, tarafların kendi iradeleri doğrultusunda, evlenmenin kanuna uygun şekilde yapıldığını açıklaması ise kuruca olmayıp bildirici nitelik teşkil eder. TMK m. 142'de düzenlendiği üzere, evlenmenin tam olarak oluştuğu an ise, tarafların olumlu

leşme için sözlü şekil, geçerlilik şartı olarak düzenlenmemiştir. Günümüzde şekil şartı getirildiğinde esas aranan ise yazılı şekildir⁸³. Çağdaş hukukta irade serbestisi ilkesinin sözleşmelere yansmasıyla, sözleşme özgürlüğü ilkesi hakimdir. Buna göre, kanunun emredici hükümlerine, kişilik haklarına, kamu düzenine ve ahlâka aykırı olmamak şartıyla ve konusu imkansız olmamak kaydıyla tarafların rızalarının uyuşması, sözleşmelerin kurulması için yeterlidir. *Stipulatio*'nun ve Roma sözleşmeler sistemindeki diğer sözleşmelerin de günümüzdekine benzer biçimde hukuka, kamu düzenine, ahlâka aykırı olmamak şartıyla ve konusu imkansız olmamak kaydıyla oluşturulması gerekiyordu.

Roma'nın Klasik Dönemi'nden itibaren, anlaşmaların ve borçlanmaların her türlü *stipulatio* yoluyla geçerli olarak meydana getirilebildiğinden, *stipulatio* zamanla genel bir sözleşme olma niteliğini kazanmakla, hukuk sisteminde özel bir yer edinmişti. Nitekim, borç vadeleri *stipulatio* ile yapılabilirdi. Fer'i borç ilişkileri (faiz, cezai şart, kefalet vb.), müteselsil borç ilişkisi *stipulatio* ile kurulabilirdi. *Dos* vaadi, ayrıca yenileme (*novatio*), borcun nakli, alacağın temliki de *stipulatio* ile yapılan diğer hukuki işlemlerdi. *Praetor stipulatio*'ları yapıyordu. Roma hukukunda Hellenizm ve örf adet hukukunun tesiriyle, bunun yanında ilerleyen ticari hayatın ihtiyaçları neticesinde, soru ve bu sorunun cevabı şeklinde oluşturulan *stipulatio*, *instrumentum* ve *cautio* olarak adlandırılan yazılı şekildeki vesika (senet, belge) ile saptanır hale gelmişti. Fakat Roma hukukunda bu belgeler, *stipulatio* açısından geçerlilik şartı olmayıp ispat vasıtası görevini üstlenmekteydiler. Nitekim *cautio*, çağdaş hukuktaki senet düzenlenmesinin kaynağını oluşturmuştur. Zaman içinde *stipulatio* kullanımdan kalktı, onun yerini yaygın olarak rıza sözleşmeler aldı. *Stipulatio*'ların bazılarında *causa* (sebe) belirtilirdi ancak bir takım *stipulatio*'larda *causa* belirtilmezdi.

Stipulatio'nun yapılma anında taraflar hazır olarak aynı anda, aynı yerde bulunmalıydılar. *Stipulatio*'nun tanıkların önünde yapılması zorunluluğu yoktu. Romalılar, verilen söze büyük önem verdiklerinden, *stipulatio*'da taraflarının kendi aralarında söyledikleri sözler, *stipulatio*'nun geçerli olarak kurulması için yeterli sayılmaktaydı. Çalışmamızda incelendiği üzere; Roma hukukunda kefalet sözleşmesiyle ilgili olarak, *fides* kavramı oldukça önem taşımaktaydı. Romalılara göre verilen söze bağlı kalmak kutsal bir görev sayıldığından, “güven, şeref, bağlılık, sadakat” gibi anlamlar taşıyan *fides* kavramının onlara göre önemi büyüktü. Bu kavram, günümüz hukukunun temel ilkelerinden dürüstlük ve iyiniyet ilkesinin de esasını oluşturmaktadır. Romalılar, verdikleri sözde durmazlarsa, diğer vatandaşlar önünde itibar kaybetme riskiyle karşılaşacaklarını bilirler dolayısıyla bu riski göze almazlardı. Nitekim tanıkların önünde güveni kaybetmek, dürüstlüğe (*fides*'e) aykırı davranmış olma sonucunu da doğurmaktaydı. Böyle birini artık herkes kınar, düşmanca davranırdı. Diğer kimselerin böyle biriyle ticari ilişkiye girmemesi sözkonusu olabilirdi. Bunlar, gerçek hukuki yaptırımlar olmasa da hukuk kurallarına uyulmasına yardımcı olma fonksiyonuna sahip zorlamalardı. O halde, borç doğurmasının yanında *stipulatio*'nun tarafları verdikleri sözde durmaya, dürüstlük ilkesine bağlı kalmaya zorlayan gücü ortadaydı. Roma hukukundan başlayarak dürüstlük kuralı farklı hukuk düzenlerinde günümüzde de genel bir ilke olarak yer almıştır. Dürüstlük kuralı, hukukun tüm alanlarında dikkate alınması gereken temel bir hukuk ilkesidir. Nitekim, çalışmamızda incelendiği üzere, *stipulatio* dürüstlük ilkesine bağlı kalmanın Roma hukukundaki en önemli uygulama alanlarından birini teşkil etmiştir. Günümüz hukukunda da, *Oğuzman* ve *Barlas*'a göre özellikle sözleşmelerin ve diğer hukukî işlemlerin yorumlanması ayrıca borçların ifası, dürüstlük ilkesinin en önemli uygulanma alanlarından⁸⁴.

sözlü beyanlarını bu törende verdikleri andır. Hem taraflar hem de tanıklar evlenme kütüğünü imzalar ve bundan sonra da nikah memuru kütüğe tarihi ve saati yazıp imzaladıktan sonra tören sona erer. O halde günümüz hukukunda evlenme töreninde evlenmeye dair irade beyanlarının açıklanması sırasında tarafların belli kelimeleri kullanmaları şart olmayıp (Roma'da *stipulatio*'nun oluşturulması sırasında soru ve cevapta aynı sözlerin kullanılmasının geçerlilik şartı olmasından farklı şekilde) tarafların anlaşılır, açık, bizzat kendi iradelerini yansıtan olumlu beyanlarını açıklamaları (evet, istiyorum, kabul etmekteyim, olur vb. şeklindeki) yeterlidir. Böylelikle evlilik sözleşmesi resmi olarak geçerli şekilde meydana gelmiş olacaktır. Evlendirme memuru önünde yapılmayan, ayrıca evlenecek taraflar bizzat katılmaksızın yapılan evlilikler yok hükmündedir. Bkz. AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Evlenme”, (Ed.) AKİPEK ÖCAL, Şebnem / ÖZDEMİR, Hayrunnisa: *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 109-110; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Aile Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 53-54.

⁸³ EREN, s. 323; OĞUZMAN / ÖZ, s. 143.

⁸⁴ *Oğuzman* ve *Barlas* tarafından ifade edildiği üzere dürüstlük kuralı gereğince bir kimseden makûl, dürtüst, namuslu bir insan olarak davranması beklenmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasına göre; “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını

Stipulatio'da görülen şekli sıkı sıkıya bağlı anlayış, kişilerin gerçek iradelerinin beyan edilmesinde belli sınırlamalar ve zorunluluklar içerdiğinden, günümüz uygulamalarında etkisini yitirmiştir. Şekil kurallarını gözetmenin hak kaybına neden olması günümüzde hakkaniyet ilkesi açısından sakıncalı bulunmuştur. Günümüz hukukunda istisnaen uygulanan şekil zorunluluklarının çoğunluğu; kişilerin iradelerinin tam anlaşılması, kişilerin sahip oldukları hakların kaybolmaması ve ispatlanabilmesi amacıyla yöneliktir. Günümüz hukuk sistemleri bu sebeple, kanaatimize göre doğru yolu seçerek, şekli daha çok ispat şartı olarak öngörerek şekilciliği sınırlı hale getirme ve en aza indirme gayreti içine girmiştir.

Çalışmamızda yukarıda ele alınan konuların ışığında, Roma hukukunda *stipulatio*'nun oluşumundaki “şekilci” anlayışın, çağdaş hukuku olumlu etkilediği kanısındayız. Roma hukukundaki şekle ilişkin olarak ortaya çıkan uygulama güçlükleri, gerçek iradenin şekil kurallarına feda edilmesini doğuran sakıncalı sonuçlar, günümüz hukukundaki şekil serbestisi anlayışına geçişin ve hakkaniyet ilkesinin gözetildiği uygulamaların yaygınlaşmasının önemli nedenlerini teşkil etmiştir. Nitekim Roma hukukunda şekil anlayışının geçirdiği değişim ve dolayısıyla *stipulatio*'nun yapılışının ve uygulanmasının geçirmiş olduğu evreler, günümüz hukukundaki şekil anlayışının temelini teşkil etmiştir.

yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır”. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasındaki; “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” düzenlemesi ise hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımını oluşturur. O halde bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanılması, kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami: *Medeni Hukuk*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 256 vd.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin: *Roma Borçlar Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya, 2013.
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Evlenme”, (Ed.) AKİPEK ÖCAL, Şebnem / ÖZDEMİR, Hayrunnisa: *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 81-123.
- ALTAŞ, Hüseyin: *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- ARAT, Ayşe: “Roma Hukuku’nda Müteselsil Borçlar ve Türk Hukuku’na Etkisi”, *Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 4, Sayı 2, s. 159-172.
- BERGER, Adolf: “Encyclopedic Dictionary of Roman Law”, *Transactions of the American Philosophical Society*, 1953, Cilt 43, Sayı 2, s. 333-809.
- BERKİ, Şakir: “Roma’da Borçların Kaynakları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1950, Cilt 7, Sayı 3-4, s. 378-413 (Roma’da Borçların Kaynakları).
- BERKİ, Şakir: “Roma’da Miras Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1953, Cilt 10, Sayı 1-4, s. 542-570.
- BIONDI, Biondo: *Contratto e Stipulatio*, Giuffrè Editore, Milano, 1953.
- BUCKLAND, William Warwick: *A Text Book of Roman Law From Augustus to Justinian*, University Press, Cambridge, 1950.
- BUCKLAND, William Warwick: *Elementary Principles of The Roman Private Law*, W. S. Hein & Co., New York, 2003 (Elementary Principles).
- BUCKLAND, William Warwick: *The Main Institutions of Roman Private Law*, The Macmillan Co., New York, 1931.
- BURDICK, William Livesey: *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, Lawyers Co-operative Pub. Co., New York, 1938.
- CRACKNELL, Douglas G. / WILSON, Charles H.: *Roman Law, Origins And Influence*, HLT Publications, London, 1990.
- DI MARZO, Salvatore: *Roma Hukuku*, (Çev.) UMUR, Ziya, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1959.
- EMİROĞLU, Haluk: “Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (*Mandatium*) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 52, Sayı 1, s. 101-111.
- EMİROĞLU, Haluk: *Ius Gentium - Kavimler Hukuku*, Değişim Yayınları, İstanbul, 2007.
- ERDOĞMUŞ, Belgin: *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2019.
- FULLER, Lon L.: “Consideration and Form”, *Columbia Law Review*, 1941, Cilt 41, Sayı 2, s. 799-824.
- FURRER, Andreas / CHEN, Markus Muller / ÇETİNER, Bilgehan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- GAIUS: *Institutiones Borçlar Kısmı*, (Çev.) RADO, Türkân, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1953.
- GAIUS: *The Institutes of Gaius*, (Ed.) GORDON W. M. / ROBINSON O. F., Gerald Duckworth & Co. Ltd., London, 1997.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜNAL, A. Nadi / ÜÇER, Mehmet: *Roma Hukuku Kavram ve Kurumları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- GÜNAL, A. Nadi: “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, Cilt 44, Sayı 1-4, s. 425-442.
- GÜRTEN, Kadir: *Roma Hukuku’nda Hakkaniyet (Aequitas)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- GÜRTEN, Kadir: *Roma Hukuku’nda Kefalet Akdi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007 (Kefalet).
- HARVEY, William Frederick: *A Brief Digest of the Roman Law of Contracts*, F.B. Rothman, Littleton, Colo, Colorado, 1996.

- HONIG, Richard: *Roma Hukuku Dersleri*, (Çev.) TALİP, Şemseddin, Ahmed İhsan Matbaası, İstanbul, 1935.
- IUSTINIANUS: *Institutiones*, (Çev.) UMUR, Ziya, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.
- IUSTINIANUS: *The Digest of Justinian*, (Ed.) MOMMSEN, Theodor / KRUEGER, Paul / WATSON, Alan, Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985 (Digest).
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1976.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: *Roma Hukuku*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020 (Roma Hukuku).
- KASER, Max: *Ius Gentium*, Böhlau, Köln, 1993.
- KASER, Max: *Roman Private Law*, (Çev.) DANNENBRING, Rolf, Butterword & Co. Ltd., Durban, 1965 (Roman Private Law).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Aile Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz / SÖĞÜTLÜ, Özlem: *Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Işık Tutan İlkeler, Kavramlar ve Digesta Metinleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- KORKMAZ, Fırat: *Roma Hukukunda Stipulatio*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret: *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1993.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: "Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat", (Ed.) KARAYALÇIN, Yaşar: *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 477-497.
- LEE, Robert Warden: *The Elements of Roman Law*, Sweet & Maxwell Limited, London, 1956.
- MacCORMACK, Geoffrey / EVANS-JONES, Robin: "*Obligations*", *A Companion to Justinian's Institutes*, (Ed.) METZGER, Ernest: Cornell University Press, New York, 1998.
- MacCORMACK, Geoffrey: "Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1969, Cilt 37, Sayı 1, s. 439-468 (Formalism).
- MANTOVANI, Dario: *Le Formule Del Processo Privato Romano*, CEDAM, Padoue, 1999.
- MAYER-MALY, Theo: *Römisches Recht*, Springer, New York, 1999.
- MUIRHEAD, James: *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, 3. Baskı, A. & C. Black, Ltd., London, 1916 (Historical Introduction).
- MUIRHEAD, John Spencer: *An Outline of Roman Law*, William Hodge and Company Limited, London, 1947 (An Outline).
- NICHOLAS, Barry: "Verbal Forms in Roman Law", *Tulane Law Review*, 1991-1992, Cilt 66, s. 1605-1613.
- NICHOLAS, Barry: *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, New York, 1975 (Introduction to Roman Law).
- NOMER, Halük: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami: *Medenî Hukuk*, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- OĞUZOĞLU, Cahit: *Roma Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959.
- ÖZYILDIRIM, Mehmet Mert: "Roma Hukukunda Nexum İşlemi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2022, Cilt 80, Sayı 1, s. 177-211.
- PASTORI, Franco: *Appunti in Tema di Sponsio e Stipulatio*, Giuffrè Editore, Milano, 1961.
- PHILLIPSON, Gordon E.: "Development of The Roman Law of Debt Security", *Stanford Law Review*, 1968, Cilt 20, Sayı 6, s. 1230-1248.
- PRICHARD, A. M.: *Leage's Roman Private Law*, 3. Baskı, MacMillan & Co. Ltd., London, 1964.
- PUGLIESE, Giovanni: *Istituzioni di Dritto Romano Sintesi*, 2. Baskı, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998.

- RADO, Türkân: *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- RATTIGAN, William Henry: *Jural Relations; or The Roman Law of Persons As a Subject of Jural Relations: Being a Translation of The Second Book of Savigny's System of Modern Roman Law*, Wildy & Sons, London, 1884.
- REİSOĞLU, Safa: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- RICCOBONO, Salvatore: "Outlines of The Evolution of Roman Law", *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 1925, Cilt 74, Sayı 1, s. 1-19.
- RICCOBONO, Salvatore: *Stipulatio ed Instrumentum nel Diritto Giustiniano*, Palermo, 1964.
- ROBY, Henry John: *Roman Private Law, Cilt II*, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2000.
- SANFILIPPO, Cesare: *Istituzioni di Diritto Romano*, 10. Baskı, Rubbettino editore, Soveria Mannelli, 2002.
- SCHULZ, Fritz: *Classical Roman Law*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1969.
- SCHWARZ, Andreas: *Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt*, (Çev.) DAVRAN, Bülent, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948 (Borçlar Hukuku).
- SCHWARZ, Andreas: *Roma Hukuku Dersleri, I. Cilt*, (Çev.) RADO, Türkân, 7. Baskı, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1965 (Roma Hukuku).
- SOMER, Pervin: *100 Soru 100 Cevap Roma Borçlar Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016 (Contractus).
- SÖĞÜTLÜ, Özlem: *Roma Özel Hukuku, Ders Kitabı*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Roma Özel Hukuku).
- SÜTKEN, Elvan: *Roma Hukuku'nda Şekil*, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2010.
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: *Roma Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021 (Roma Hukuku Dersleri).
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: *Roma Hukuku Meseleleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996 (Roma Hukuku Meseleleri).
- TAHİROĞLU, Bülent: *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- TALAMANCA, Mario: *Elementi di Dritto Privato Romano*, Giuffrè Editore, Milano, 2001.
- TAMER, Diler: *Roma Hukuku Cilt I*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- TAMER, Diler: *Roma Hukuku Cilt II*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Roma Hukuku II).
- TAMER, Diler: *Roma Hukuku Uygulamaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- TOMKINS, Frederick J.: "Novation of Obligations According to the Modern Roman Law", *Law Magazine and Law Review; or, Quarterly Journal of Jurisprudence*, 1871, Cilt 31, Sayı 1, s. 87-101.
- TUĞ, Adnan: *Türk Özel Hukukunda Şekil*, Mimoza Yayınları, Konya, 1994.
- TÜRKER, Erhan: "Akitlerde Şekil", *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, 1972, Cilt 8, Sayı 1, s. 243-259.
- UMUR, Ziya: "Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1966, Cilt 31, Sayı 1-4, s. 159-195.
- UMUR, Ziya: *Roma Hukuku Ders Notları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999 (Ders Notları).
- UMUR, Ziya: *Roma Hukuku Lügati*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983 (Lügat).
- VILLIERS, De Melius: "Consideration in the Roman Law of Contract", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1924, Cilt 6, Sayı 1-4, s. 120-124.
- VOCI, Pasquale: *Istituzioni di Diritto Romano*, 5. Baskı, Giuffrè Editore, Milano, 1996.
- VON TUHR, Andreas: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt1-2*, (Çev.) EDEGE, Cevat, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.

- WATSON, Alan: “Artificiality, Reality and Roman Contract Law”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1989, Cilt 57, Sayı 147, s. 147-156 (Artificiality).
- WATSON, Alan: “Evolution of Law: The Roman System of Contracts”, *Law & History Review*, 1984, Cilt 2, Sayı 1, s. 1-20 (Evolution of Law).
- WATSON, Alan: “Illogicality and Roman Law”, *Israel Law Review*, 1972, Cilt 7, Sayı 14, s. 14-24.
- WATSON, Alan: *Spirit of Roman Law*, University of Georgia Press, Athens, 1995.
- YAYLA, Tolunay Ozanemre: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- ZEVKLİLER, Aydın: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- ZIMMERMANN, Reinhard: “Stipulatio Poenae”, *The South African Law Journal*, 1987, Cilt 104, Sayı 3, s. 399-415.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations, Roman Foundations of The Civilian Tradition*, Juta & Co, Ltd, South Africa, 1992 (Obligations).
- ZULUETA, Francis de: “The Recent Controversy About Nexum”, *Law Quarterly Review*, 1913, Cilt 29, Sayı 137, s. 137-153.



Türk Borçlar Kanunu m. 51 ve 52’de Hükme Bağlanan Tazminattan İndirim Sebepleri ve Uygulanması^(*)



Reasons for and Application of Reduction of Compensation as Stipulated in Articles 51 and 52 of the Turkish Code of Obligations

Ayşenur ŞAHİN CANER



Doktor Öğretim Üyesi

Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Tazminattan İndirim,
İndirim Sebepleri,
İndirimlerde Sıra,
İndirim Oranı,
İndirim Sebeplerinin
Uygulanması.*

Öz

Tazminat hukukunda kural, sorumlu kişinin tazminatın tamamından sorumlu tutulması olmakla birlikte, tazminattan indirim sebeplerinin varlığı halinde tazminattan indirim yapılabilir. Türk Borçlar Kanunu m. 51’de hükme bağlanan indirim sebeplerini, zarar verenin kusurunun hafifliği ve durumun gereğinden doğan indirim sebepleri; TBK m. 52’de hükme bağlanan indirim sebeplerini ise zarar görenin zararı doğuran fiile razı olması, zarar görenin müterafik kusuru, tazminat yükümlüsünün tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olması şeklinde sıralamak mümkündür.

Hakimin TBK m. 51/I gereğince hafif kusur nedeniyle tazminattan indirim yapmış olması, TBK m. 52/II gereğince tazminattan indirim yapmasına engel değildir. Tazminat miktarı hesaplanırken tazminat sorumluları tarafından yapılan ödemeler düşüldükten sonra, tazminattan indirim sebepleri uygulanmalıdır. Tazminattan indirim oranına ilişkin Yargıtayın yerleşik içtihatlarının aksine hakim indirim oranını somut uyuşmazlığa göre belirlemelidir. Birden çok indirim sebebinin varlığı halinde tazminat hesabı indirimlerin ayrı ayrı uygulanması suretiyle yapılmalıdır.

Keywords

*Reduction of
Compensation,
Reasons for Reduction,
Order of Reductions,
Rate of Reduction,
Application of Reasons
for Reduction.*

Abstract

In compensation law, the general rule is that the person responsible is held liable for the full amount of compensation; however, if there are grounds for a reduction, the compensation may be reduced. The reasons for reduction stipulated in Article 51 of the Turkish Code of Obligations can be listed as the minor fault of the person causing the damage and reduction reasons arising from the circumstances. The reasons for reduction stipulated in Article 52 include the injured party’s consent to the act causing the damage, the contributory negligence of the injured party, and the compensation obligor’s risk of falling into poverty after paying the compensation.

The fact that the judge has made a reduction in compensation due to minor fault in accordance with Article 51/I of the Turkish Code of Obligations does not prevent a further reduction under Article 52/II. When calculating the amount of compensation, after deducting the payments made by the compensation obligors, the reasons for reduction should be applied. Contrary to the established case law of the Court of Cassation on the reduction rate, the judge should determine the reduction rate based on the specific dispute. If there are multiple reasons for reduction, the compensation calculation should be made by applying the reductions separately.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 09.10.2024, Kabul Tarihi: 20.01.2025.

GİRİŞ

Sorumluluk hukukunun ilk amacı bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eden zararı aynen veya nakden gidererek zarar verici olay neticesinde zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilme yerine, nitelik veya nicelik bakımından eş bir değeri koymaktır.

Çalışmada öncelikle tazminat kavramı, türleri ve tazminatın indirilmesi izah edildikten sonra sırasıyla Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 51’de hükme bağlanan indirim sebepleri olan zarar verenin kusurunun hafifliği ve durumun gereğinden doğan indirim sebepleri; beklenmeyen hal, zarar görenin bedensel yatkınlığı, uzak illiyet bağı, zarar görenin gelirin çok yüksek olması ve hatır için yardımda bulunma incelenecektir. Çalışmanın devamında TBK m. 52’de hükme bağlanan indirim sebepleri olan zarar görenin rızası ve müterafık kusuru izah edildikten sonra, tazminat yükümlüsünün tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olması açıklanacaktır.

Çalışmada TBK m. 51 ve 52’de hükme bağlanan indirim sebeplerinin uygulanmasına ilişkin tazminattan indirim sebeplerinin sırası, tazminat sorumluları tarafından yapılan ödemenin hesaplanması ve indirim oranlarının tespiti ile birden çok indirim sebebinin varlığı halinde hesaplanan tazminata indirimlerin uygulanmasına ilişkin sorunlar tespit edilecek ve çalışma bu sorunlara sunduğumuz çözüm önerileri ile tamamlanacaktır.

I. GENEL OLARAK TAZMİNAT KAVRAMI VE TÜRLERİ

Tazminat, zarar görenin zararının karşılanması veya giderilmesi için zarar görene verilmesi gereken şey veya miktarı ifade eder. Zarar görenin zararı aynen veya nakden tazmin edilebilir. Zararın aynen tazmininde ihlal edilen hak veya hukuki değere denk bir durum aynen, fiilen yeniden kurulur veya böyle bir hak veya hukuki değer düzeltilmek ya da benzer bir değer verilmek suretiyle zarar görenin malvarlığı eski haline getirilmektedir. Zararın nakden tazmininde ise ihlal edilen hak veya değer yerine zarar görene para ödenerek zarar gören, zarar verici olaydan önceki ekonomik durumuna getirilmektedir. Tazminatın aynen mi yoksa nakden mi tazmin edileceği hususunda TBK m. 51/I ile hakime takdir yetkisi verilmiştir¹. Tazminattan indirim sebepleri ancak tazminatın nakden belirlendiği hallerde uygulanabilir².

Türk Borçlar Kanunu m. 51’de hakimin tazminatın ödenme biçimini belirlerken, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alacağı hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince hakim, tazminatın ödenme biçimini peşin(sermaye) veya irat şeklinde belirleme hususunda da takdir yetkisine sahiptir³.

Hakim, tazminata karar verirken öncelikle zararın miktarını tespit eder⁴. Zarar gören haksız fiil neticesinde bazı menfaatler elde etmişse, elde edilen bu menfaatlerin nakdi tutarının zarardan düşülmesi şarttır. Aksi takdirde davacı haksız fiil sebebiyle zenginleşmiş olur. Bu mahsuba denkleştirme adı verilir. TBK’da zarar verici olayın doğurduğu yararlar zararın denkleştirilmesini gerekli kılan bir kural yer almamakla birlikte denkleştirme ilkesi fark teorisine dayandırılır. Buna göre malvarlığının zarar verici eylemden sonraki hali ile bu eylem gerçekleşmeseydi ulaşacak olduğu durum karşılaştırılırken eylemin malvarlığı üzerindeki olumsuz ve olumlu etkilerinin birlikte göz önünde bulundurulması şarttır⁵.

Denkleştirme zararın belirlenmesine ilişkin bir işlem olduğundan, çalışmamızın esasını oluşturan tazminattan indirim sebeplerinden önce denkleştirme yapılmalı ve belirlenen zararın giderimi için denkleştirme yapıldıktan sonra tazminattan indirim sebepleri uygulanmalıdır⁶. Denkleştirme işleminin

¹ TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 581; EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 887.

² ANTALYA, Osman Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V/1, 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 593.

³ SCHWENZER, Ingeborg: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, Stämpfli, Bern, 2006, s. 91; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 582; ANTALYA, s. 594.

⁴ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 583.

⁵ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 586-587. Denkleştirme kurumunun hukuki dayanağına ilişkin bkz. AKÜNAL, Teoman: *Haksız Fiilden Doğan Zararlara Denkleştirme Sorunu*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1977, s. 19-20.

⁶ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 590; ANTALYA, s. 271.

zararın hesaplaması safhası yerine tazminatın belirlenmesine ilişkin safhada ele alınması, ödenmesi gereken tazminat miktarını zarar gören aleyhine azaltır⁷.

II. TAZMİNATTAN İNDİRİM SEBEPLERİ

A. Genel Olarak

Haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zararın tazmini hususunda iki temel prensip oldukça önem arz eder. Bu prensiplerden ilki zarar miktarının tazminatın üst sınırını oluşturması⁸, ikincisi ise zarar verenin kural olarak tazminatın tamamından sorumlu tutulmasıdır⁹. Kural zarar verenin tazminatın tamamından sorumlu olması olmakta birlikte, tazminattan indirim sebeplerinin varlığı halinde tazminattan indirim yapılabilir. Doktrinde indirim sebepleri hesaplanan tazminattan indirim yapılmasını haklı kılan durum ve koşullar olarak tarif edilmiştir¹⁰.

İndirim sebeplerine ilişkin TBK m. 51 ve 52 hükümleri çok geniş bir uygulama alanına sahip olduğundan, bu hükümlerdeki genel kurallar, kusura dayanan sorumluluk ile sebep sorumlulukları dışında aksine özel bir hüküm bulunmadıkça özel kanunlarda düzenlenen bütün sorumluluk halleri bakımından da uygulama alanı bulur. Benzer şekilde TBK m. 114/II gereğince haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacağından, TBK m. 51 ve 52’de hükme bağlanan indirim sebepleri sözleşmeye aykırılıktan doğan zararların tazmini bakımından da dikkate alınır¹¹.

Çalışmada Kanun’un sistematığıne uygun şekilde TBK m. 51 ve 52’de hükme bağlanan tazminattan indirim sebepleri açıklandıktan sonra, indirim sebeplerinin uygulanmasına ilişkin tespit ettiğimiz sorunlar üzerinde durulacak ve çalışma bu sorunların çözümüne ilişkin önerilerimizle tamamlanacaktır.

B. TBK m. 51’de Hükme Bağlanan İndirim Sebepleri

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 51/I’de “*Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*” şeklindeki düzenleme ile tazminatı hakimin belirleyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince hakim, tazminat miktarını belirlerken zarar verenin kusurunun ağırlığı ile durumun gereğini, diğer bir ifadeyle olayın özelliklerini dikkate

⁷ AKÜNAL, s. 141.

⁸ BREHM, Roland: *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK-Berner Kommentar*, 5. Baskı, Stämpfli, Bern, 2021, Art. 43, N. 25; MULLER, Christoph: “Art. 43”, ATAMER, Yeşim / FURRER Andreas (Hrsg.): *Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 4. Baskı, Schulthess, Zürich, 2023, N. 3; TİFTİK, Mustafa: *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994 (Tazminat), s. 83; NOMER, Haluk Nami: *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 63; GÜL, İbrahim: “Türk Özel Hukuku’nda Tazminatın Caydırma İşlevinin Yetersizliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2017, Cilt 33, Sayı 3, s. 108; EKMEKÇİ, Ömer / BAYSAL, Başak / YAYVAK NAMLI, İrem: *Uygulamalı Tazminat Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 93; AYDIN ÖZDEMİR, Elif: *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 97; UZUNPINAR TÜFEK, Aybüke: “Maddi Tazminatın Belirlenmesi Kapsamında Durumun Gereği”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2021, Cilt 95, Sayı 5, s. 31.

⁹ OFTINGER, Karl / STARK, Emil W.: *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Schulthess, Zürich, 1995, s. 405; BREHM, Art. 43, N. 47; FISCHER, Willi / BOHME, Anna: *Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Dike Verlag AG, Zürich, 2016, Art. 43, N. 12; TİFTİK, Tazminat, s. 84; NOMER, s. 63; EKMEKÇİ / BAYSAL / YAYVAK NAMLI, s. 94. Yargıtay, HGK, T. 15.04.2015, E. 2013/1706, K. 2015/1205 kararında zararın tamamen giderilmesini amaçlayan tam tazmin ilkesinin katı uygulanmasının haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabileceğinden bazı hallerde somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılmasının hakkaniyete daha uygun düşeceğini kabul etmiştir (www.hukukturk.com, ET: 10.04.2024).

¹⁰ TİFTİK, *Tazminat*, s. 84; ERCEVAHİR, Mine: “Bedensel Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinde Özel Bir İndirim Sebebi: Zarar Veren Mali Durumunun Kötüleşmesi ve Hakkaniyet İndirimi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 13, Sayı 1, s. 210.

¹¹ TİFTİK, *Tazminat*, s. 87.

alır¹². Bu nedenle zarar verenin kusurunun ağır olmaması zarar veren aleyhine hükmedilecek tazminatın tam tazminattan daha düşük miktarda olmasını haklı kılabileceği gibi, durumun gereği de tazminattan bir miktar indirim yapılmasını haklı kılabilir. Bu sebepler hesaplanan tazminattan bir miktar indirim yapılmasına neden oldukları için doktrinde “*tazminattan indirim sebepleri*” olarak adlandırılmaktadır¹³. Ancak önemle ifade olunmalıdır ki hakim, somut olayda bu sebeplerin varlığı halinde mutlaka tazminattan indirim yapmak zorunda değildir. Somut olayın özellikleri bazı hallerde bir indirim yapılmasını gerektirebilir¹⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 51/I’de hükme bağlanan tazminattan indirim sebeplerini; zarar verenin kusurunun hafifliği ve durumun gereğinden kaynaklanan indirim sebepleri şeklinde ikiye ayırarak incelemek mümkündür.

2. Zarar Veren Kusurunun Hafifliği

Sorumluluk hukukunun temel kavramlarından olan kusur, hukuk düzeninin kınadığı veya hoş görmediği davranış biçimidir. Kusur sorumluluğunun kurucu unsuru olan kusur, tazminat miktarının belirlenmesinde önemli bir role sahiptir¹⁵.

Türk Borçlar Kanunu m. 51/I gereğince tazminatın belirlenmesi hususunda hakimin göz önünde bulunduracağı hususlardan ilki, zarar verenin kusurunun ağırlığıdır. Doktrininde de zarar verenin kusurunun, sorumluluğunun değerlendirilmesinde en önemli faktör olduğu vurgulanmıştır¹⁶. Haksız fiil hukukunda kural olarak zarar veren, kusurunun derecesi önem arz etmeksizin meydana gelen zararı tazmin etmek zorunda olsa da hakim, tazminat sorumlusunun kusurunun hafif olması halinde adalet ve hakkaniyet gereği tazminattan belirli oranda indirim yapabilir¹⁷. Ancak önemle ifade olunmalıdır ki, kusursuz sorumlulukta kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olmadığından, zarar veren veya yardımcısının kusuru hafif de olsa, hatta hiçbir kusurları bulunmasa da tazminattan indirim yapılamaz¹⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 51/I’de hakimin tazminatı “*özellikle kusurun ağırlığını*” göz önüne alarak belirleyeceği hükme bağlanmakla birlikte, hükümde yer alan “*kusurun ağırlığı*” ifadesinin ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Doktrinde “*ağır kusur*” ifadesinin kast ve ağır ihmale, “*hafif kusur*” ifadesinin ise hafif ihmale karşılık geldiği kabul edilir¹⁹.

Kusurun objektif ve subjektif olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Kusurun objektif yönü, zarar verenin davranışının aynı şartlar altında bulunan örnek kişilerden beklenen ortalama davranış biçiminden sapmasıdır. Kusurun subjektif yönü ise zarar verenin sorumluluk ehliyetine ilişkin olup, kusur sorumluluğunda zararlı sonucu doğuran davranışın zarar verene yükletilmesini ifade eder. Kusur sorumluluğunda bir kimsenin sorumlu olabilmesi için onun fiillerinin hukuk düzeninin herkese uymak üzere koymuş olduğu ortalama tipin fiillerinden sapmış olması ve zarar verenin ayırt etme gücüne sahip olması şarttır. Kusursuz sorumlulukta ise kusur, sorumluluğun kurucu şartı olmadığından, zarar veren ayırt etme gücüne sahip olsa da olmasa da kanunun öngördüğü şartların gerçekleşmesiyle zarar-

¹² BREHM, Art. 43, N. 24; BECKER, Hermann: *Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1*, 2. Baskı, Stämpfli, Bern, 1945, Art. 43, N. 8; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükmümler, Cilt II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 122-123; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükmümler*, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 530.

¹³ BREHM, Art. 43, N. 24; OĞUZMAN / ÖZ, s. 122-123.

¹⁴ BECKER, Art. 43, N. 8; BREHM, Art. 43, N. 76; OĞUZMAN / ÖZ, s. 122-123. Yargıtay, 4. HD. T. 20.01.2022, E. 2021/8543, K. 2022/795 kararında hâkimin Borçlar Kanunu m. 43 ve 44 uyarınca tazminattan mutlaka indirme yapmak zorunda olmasa da bunun gerekçesini kararında tartışması ve nedenlerini göstermesi gerektiğine karar vermiştir (www.hukukturk.com, ET: 10.04.2024).

¹⁵ EREN, s. 655.

¹⁶ SCHWENZER, s. 98; MULLER, *CHK*, Art. 43, N. 8.

¹⁷ OFTINGER / STARK, s. 383; BREHM, Art. 43, N. 50; FISHER / BOHME, Art. 43, N. 16; TİFTİK, *Tazminat*, s. 87; EREN, s. 875; OĞUZMAN / ÖZ, s. 124; ANTALYA, s. 562; AYDIN ÖZDEMİR, s. 100-101.

¹⁸ EREN, s. 876.

¹⁹ ANTALYA, s. 85; OĞUZMAN / ÖZ, s. 124.

dan sorumluluk doğar²⁰. Türk Borçlar Kanunu m. 51 hükmünde yer alan indirim kuralından özellikle ayırt etme gücüne sahip çocuklar faydalanır. Şöyle ki; ayırt etme gücüne sahip çocukların davranışları objektif bakımdan ağır kabul edilse de bu çocukların kusurlarının ağır olarak nitelendirilmesinin çoğu zaman doğru olmayacağı, ayırt etme gücüne sahip çocukların hafif kusurlu olduğu kabul edilerek tazminattan bir miktar indirim yapılması gerektiği doktrinde isabetli şekilde ifade edilmiştir²¹.

3. Durumun Gereğinden Doğan İndirim Sebepleri

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 51/1 gereğince hakim, tazminatın kapsamını durumun gereğini göz önüne alarak belirler. Doktrinde hakimin tazminat hesabında göz önünde bulunduracağı durumun gereğinden doğan indirim sebeplerini, zararın meydana gelmesi veya artmasına sebebiyet veren beklenmedik haller, zarar görenin olağanüstü gelire sahip olması, zarar verici olay nedeniyle zarar verenin zarar görmesi veya zarar verenin zarar gören yararına bir davranışta bulunduğu sırada zararın meydana gelmesi şeklinde sıralamak mümkündür²².

b. Beklenmeyen (Umulmayan) Hal

Haksız fiil sorumluluğunda tazminattan indirim sebebi olarak beklenmeyen hal, sorumlu kişiye isnat olunamayan ve genel davranış kurallarından doğan bir ödevin ihlaline kaçınılmaz şekilde sebebiyet veren olaydır. Zararın doğmasında veya artmasında beklenmeyen hal etkili olmuşsa TBK m. 51/I gereğince hakim, bu hususu dikkate alarak hakkaniyet gereği tazminattan indirim yapabilir²³. Örneğin, A, B'yi hafif şekilde yaralamış ve daha sonra B enfeksiyon kaparak ölmüşse enfeksiyon beklenmeyen bir olaydır. Kural olarak meydana gelen zararın tamamından A'nın sorumlu tutulması gerekirken hakim somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak hakkaniyet gerektiriyorsa beklenmeyen hal nedeniyle tazminattan indirim yapabilir²⁴.

Beklenmeyen halin tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilebilmesi için bu olayın mücbir sebep niteliğinde olmaması da şarttır. Beklenmeyen halin mücbir sebepten hukuki sonucu itibariyle farkı, beklenmeyen halde illiyet bağının kesilmemesine karşın, mücbir sebepte illiyet bağının kesilmesidir. Bu nedenle beklenmeyen hal, şayet illiyet bağını kesecek yoğunlukta olursa sorumluluk ortadan kalkar²⁵.

Beklenmeyen halin kusur sorumluluğunda hükmedilecek tazminata etkisi, zarar verenin kusurunun derecesiyle orantılıdır²⁶. Hükmedilecek tazminattaki indirim oranı, beklenmeyen halin zarara sebep olduğu oranda ve uygun illiyet bağı çerçevesinde belirlenir²⁷.

c. Zarar Görenin Bedensel Yatkinlığı

Doktrinde bedensel yatkinlık, insan bedeninin doğuştan veya sonradan çıkan bir hastalık, eksiklik, gizli veya açık bir hastalık nedeniyle zarar görmeye olağanüstü şekilde elverişli olması veya zarar

²⁰ EREN, s. 656-657; ANTALYA, s. 72.

²¹ BREHM, Art. 43, N. 77; FISHER / BOHME, Art. 43, N. 17; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 591; TİFTİK, *Tazminat*, s. 91; NOMER, s. 75. Konuya ilişkin bir kararda İsviçre Federal Mahkemesi, 15 yaşındaki bir çocuğun yetişkini yaraladığı bir olayda çocuğun hafif kusurlu olduğunu kabul etmiş ve tazminattan %50 indirim yapmıştır (BGE 82 II 25/33). BGE 90 II 9/14 kararında ise İsviçre Federal Mahkemesi, 12 yaşındaki bir çocuğun vermiş olduğu zararda hafif kusur nedeniyle hesaplanan tazminattan %85 oranında indirim yapılmasına karar vermiştir.

²² BREHM, Art. 43, N. 43; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 600; EREN, s. 882-883.

²³ TİFTİK, *Tazminat*, s. 149; EREN, s. 883; OĞUZMAN / ÖZ, s. 133; ANTALYA, s. 582; AYDIN ÖZDEMİR, s. 111-112.

²⁴ EREN, s. 883-884.

²⁵ ANTALYA, s. 582; EREN, s. 883; AYDIN ÖZDEMİR, s. 112. Mücbir sebep ile beklenmeyen olay arasındaki farklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TİFTİK, *Tazminat*, s. 150 vd.

²⁶ TİFTİK, *Tazminat*, s. 150-151; ANTALYA, s. 582-583.

²⁷ TİFTİK, *Tazminat*, s. 150-151. Benzer yönde tanım için bkz. EKMEKÇİ / BAYSAL / YAYVAK NAMLI, s. 99; AYDIN ÖZDEMİR, s. 115; UZUNPINAR TÜFEK, s. 41-42.

verici fiil ya da olaylara normalin üzerinde ağır tepki gösterme eğilimi şeklinde tarif edilmiştir²⁸. Zarar görenin bedensel yatkınlığı sebebiyle hesaplanan tazminat miktarında indirim yapılması da hakkaniyet düşüncesine dayanır²⁹. Örneğin, kafatasında doğuştan bir çatlak bulunan kişiye öldürücü olmayan bir darbe vuran zarar verenin fiili ölümle sonuçlanmışsa destekten yoksun kalma tazminat hesabında hakim, ölenin bu durumunu göz önünde bulundurarak tazminattan indirim yapabilir³⁰.

Türk Borçlar Kanunu m. 51/I gereğince zarar görenin bedensel yatkınlığı zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olmuşsa hakim, durumun gereği tazminattan bir miktar indirim yapabilir. Bedensel yatkınlığın tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilebilmesi için bedensel yatkınlık ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının da bulunması şarttır³¹.

d. Uzak İlliyet Bağı

Kural olarak hakim, her somut olayda zarar verici fiil veya olay ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığını incelemek zorundadır. Zarar verici fiil veya olay ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmakla birlikte, yoğunluk bakımından sebep sonuç ilişkisinin çok zayıf olduğu durumlarda hakim bu durumu hakkaniyet gereği tazminattan indirim sebebi olarak kabul edebilecektir³².

e. Zarar Görenin Gelirinin Çok Yüksek Olması

Zarar görenin gelirinin çok yüksek olması TBK’da indirim sebebi olarak düzenlenmemekle birlikte, TBK m. 51 gereğince hakim “*durumun gereği*” kapsamında zarar görenin gelirinin çok yüksek olmasını hakkaniyet gereği indirim sebebi olarak kabul edebilir³³. Ancak önemle ifade edilmelidir ki zarar veren kasten veya ağır ihmalle zarara sebebiyet vermişse zarar görenin gelirinin çok yüksek olması sebebiyle tazminattan indirim yapılamaz. Benzer şekilde zarar verenin de ekonomik durumu, gelir ve varlığı yüksek ise bu ihtimalde de tazminattan indirim yapılamaz³⁴.

Zarar görenin gelirinin çok yüksek olmasının bir indirim sebebi olarak kabul edilmesi, meydana gelen zararın ekonomik etkilerinin çok yüksek gelirli bir kişi için daha az yük teşkil edeceği esasına dayanır³⁵. Doktrinde zarar görenin gelirinin çok yüksek olmasını tazminattan indirim sebebi olarak kabul eden hakimin, çok dikkatli ve çekingen davranması gerektiği isabetli şekilde ifade edilmiştir³⁶.

f. Hatır İçin Yardımda Bulunma

Hatır için yardımda bulunma TBK m. 51/I gereğince “*durumun gereği*” kapsamında tazminattan indirim yapılmasını gerektiren hallerden biri olarak kabul edilir. Yardımın hatır için yapılması ile kasdedilen fiilin bir karşılık, örneğin bir ücret alınmaksızın, yapılmış olmasıdır³⁷.

²⁸ OFTINGER / STARK, s. 401; BREHM, Art. 44, N. 56; ANTALYA, s. 578; AYDIN ÖZDEMİR, s. 115.

²⁹ OFTINGER / STARK, s. 401; BREHM, Art. 44, N. 54; FISHER / BOHME, Art. 44, N. 20; MULLER, *CHK*, Art. 44, N. 6; EREN, s. 885; OĞUZMAN / ÖZ, s. 134.

³⁰ EREN, s. 885.

³¹ OFTINGER / STARK, s. 401; BREHM, Art. 44, N. 56; ANTALYA, s. 578. Yargıtay, 21. HD. T. 15.05.2018, E. 2016/19282, K. 2018/4839 kararında iş kazası sonucu vefat eden kişinin yakınlarının maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkin davada ölüm olayının tamamen bünyesel faktörden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, tamamen bünyesel faktörden kaynaklanmıyorsa ne oranda etkili olduğu noktasında kardiyojloji, nöroloji ve iş güvenliği alanlarında uzmanlarından oluşan heyetten daha önce alınan bilirkişini kusur raporları arasındaki çelişkiyi giderecek şekilde yeniden rapor alınarak ve tüm delilleri bir arada değerlendirerek oluşacak sonuca göre karar verilmesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur. (www.hukukturk.com, ET: 15.04.2024).

³² OFTINGER / STARK, s. 404; BREHM, Art. 43, N. 53; FISHER / BOHME, Art. 43, N. 22; EREN, s. 885; TİFTİK, *Tazminat*, s. 163; ANTALYA, s. 585. İsviçre Federal Mahkemesi de BGE 36 II 24 kararında davalının ihmali ile zararlı sonuç arasında nispeten uzak illiyet bağlantısı nedeniyle tazminattan indirim yapmıştır.

³³ OFTINGER / STARK, s. 409; BREHM, Art. 43, N. 63; FISHER / BOHME, Art. 43, N. 22; MULLER, *CHK*, Art. 43, N. 7; SCHWENZER, s. 104; EREN, s. 886; TİFTİK, *Tazminat*, s. 146; ANTALYA, s. 580.

³⁴ EREN, s. 886.

³⁵ TİFTİK, *Tazminat*, s. 146.

³⁶ EREN, s. 886.

³⁷ TİFTİK, *Tazminat*, s. 146-147; ANTALYA, s. 581.

Zarar, zarar verenin zarar gören yararına yaptığı bir fiil veya bir iş sonunda meydana gelmişse hakim, bu durumu göz önünde bulundurarak, hakkaniyet gereği tazminattan indirim yapabilir³⁸. Hatır için yardımda bulunmanın tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilebilmesi için yardım fiilinin zarar gören yararına karşılıksız yapılması ve zararın hatır için yardımda bulunma sırasında meydana gelmesi şarttır³⁹.

C. TBK m. 52’de Hükme Bağlanan İndirim Sebepleri

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 52 “İndirilmesi” başlığı altında “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerekirse hakim tazminattan indirebilir” şeklinde hükme bağlanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu m. 52’de hükme bağlanan tazminattan indirim sebeplerini, zarar görenin zararı doğuran fiile razı olması, zarar görenin ortak (müterafik) kusuru ve tazminat yükümlüsünün tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olması şeklinde sıralamak mümkündür.

2. Zarar Görenin Zararı Doğuran Fiile Razı Olması

Türk Borçlar Kanunu m. 52/I gereğince zarar gören zararı doğuran fiile razı olmuşsa hakim, tazminatı indirebileceği gibi tamamen de kaldırabilir. Zarar görenin önceden zarara razı olması fiili hukuka uygun hale getireceğinden, diğer bir ifadeyle fiilin hukuka aykırılığını engelleyeceğinden sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle TBK m. 52 kapsamında tazminattan indirim sebebi olan zarar görenin rızası, ancak hukuka uygunluk sebebi sayılmayan veya verilen rızanın sınırını aşan zararlar bakımından uygulama alanı bulacaktır⁴⁰.

Zarar görenin rızasının tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilebilmesi için zarar görenin rızasının geçerli olması diğer bir ifadeyle zarar görenin fiil ehliyetinin olması, irade sakatlığının bulunmaması, rızanın hukuka ve ahlaka aykırı olmaması⁴¹, rızanın zarar görenin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hayatı, beden bütünlüğü, şeref ve haysiyeti gibi unsurlara ilişkin olmaması⁴² ve zararın rıza beyanının uygun sonucu olması şarttır⁴³. Bu nedenle zararın rızanın sonucu olmadığı hallerde, rıza zararı doğuran fiilin işlenmesine yol açacak nitelikte olsa bile tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmemelidir⁴⁴.

³⁸ OFTINGER / STARK, s. 410; BREHM, Art. 43, N. 55; FISCHER / BOHME, Art. 43, N. 22; MULLER, *CHK*, Art. 43, N. 6; EREN, s. 886; OĞUZMAN / ÖZ, s. 134; TİFTİK, *Tazminat*, s. 146; ANTALYA, s. 581; AYDIN ÖZDEMİR, s. 119. Hatır taşınması veya hatır için bir motorlu aracın verilmesi bir indirim sebebi olarak Karayolları Trafik Kanunu m. 87/I’de hükme bağlanmıştır. İsviçre Karayolu Trafik Kanunu 59/III’te yer alan hatır taşınması 1975 tarihli revizyon ile kaldırılmıştır, OFTINGER / STARK, s. 411. Konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında Yargıtay “... Davacının uğradığı sürekliliği işgücü kaybı zararında öncelikle davalının davadan önce ödediği bedelin güncellenmiş değerinin indirilmesi, davalıya ait indirim sebebi olan hatır taşınması nedeniyle yapılacak indirim ise daha sonra uygulanması ve bu suretle sonuç tazminatının belirlenmesi gerektiği açıktır. Oysa mahkeme tarafından, hatır taşınması nedeniyle yapılacak indirimin, sigorta ödemesi indiriminden önce yapılması ve ondan sonra sigortacının ödediği bedelin düşülmesi biçiminde hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır. ... Zarar ve tazminatın belirlenmesindeki sıraya aykırı olarak, eksik incelemeyle ve yanlılgı değerlendirmeyle yazılı olduğu biçimde hüküm tesisi doğru görülmemiştir...” şeklinde karar vermiştir, Yargıtay, 17. HD, T. 26.10.2020, E. 2019/1508, K. 2020/6124. Benzer yönde karar için bkz. Yargıtay, 17. HD, T. 01.06.2020, E. 2018/5929, K. 2020/2986, (www.hukukturk.com, ET: 15.04.2024).

³⁹ TİFTİK, *Tazminat*, s. 146-147; ANTALYA, s. 581.

⁴⁰ BECKER, Art. 44, N. 1; BREHM, Art. 44, N. 6; MULLER, *CHK*, Art. 44, N. 1; SCHWENZER, s. 100; FISCHER / BOHME, Art. 44, N. 5; EREN, s. 876; KILIÇOĞLU, s. 532; ANTALYA, s. 565; OĞUZMAN / ÖZ, s. 126-127; TİFTİK, s. 99; EKMEKÇİ / BAYSAL / YAYVAK NAMLI, s. 102; AYDIN ÖZDEMİR, s. 102.

⁴¹ TİFTİK, Mustafa: “Medeni Kanunumuzun 3444 Sayılı Kanunla Değişik M. 24 F. II Hükümü Karşısında, Haksız Fiillerden Doğan Tazminatta Bir İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rızası”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1993, Cilt 6, Sayı 6 (Zarar Görenin Rızası), s. 387; AYDIN ÖZDEMİR, s. 102.

⁴² EREN, s. 876; TİFTİK, *Zarar Görenin Rızası*, s. 387; KILIÇOĞLU, s. 532; ANTALYA, s. 565; DOĞANAY, İsmail: “Haksız Fiilden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davalarında Hakim Müterafik Kusurla İlgili Takdir Hakkını, Medeni Kanunun 4. Maddesi Hükümüne Göre Mi, Yoksa, Borçlar Kanununun 44. Maddesi Hükümüne Göre Mi Kullanacak?”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1984, Cilt 12, Sayı 4, s. 117; EKMEKÇİ / BAYSAL / YAYVAK NAMLI, s. 13; AYDIN ÖZDEMİR, s. 103.

⁴³ BECKER, Art. 44, N. 8; EREN, s. 876; OĞUZMAN / ÖZ, s. 127.

⁴⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 127.

Zarar gören rızasını sorumluluğu doğuran olaydan önce ya da en geç olayla birlikte vermelidir⁴⁵. Zarar gören rızasını açık ya da zımni irade beyanıyla açıklayabilir⁴⁶. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında sarhoş sürücünün arabasına bilerek binen kişinin rızasının zımni rıza olduğunu kabul etmiştir⁴⁷.

Zarar görenin vermiş olduğu hukuka aykırı rıza ortak kusur hali olarak kabul edilir ve tazminat hesabında indirim sebebi olarak dikkate alınır⁴⁸.

3. Zarar Görenin Müterafik Kusuru

Haksız fiil sorumluluğunda tazminattan indirim sebebi olarak zarar görenin kusuru TBK m. 52/1'de “Zarar gören, ... zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş” şeklinde hükme bağlanmıştır. Doktrinde zarar görenin kusuru yerine müterafik kusur veya ortak kusur ifadeleri de kullanılmaktadır⁴⁹. Ortak kusur, zarar verenlerin haksız fiilin gerçekleşmesinden önce veya en geç fiilin işlenmesi esnasında birbiriyle anlaşmaları, en azından birbirinin zarar verici davranışından haberdar olmaları veya haberdar olmalarının beklenebilir olması anlamına geldiğinden⁵⁰, kanaatimizce zarar görenin kusuru yerine ortak kusur ifadesinin kullanılması isabetli değildir. Bu nedenle çalışmada müterafik kusur ifadesi tercih edilmiştir.

Müterafik kusur, zarar görenin makul bir insandan beklenmeyen bir davranışıyla zararın doğmasına veya artmasına etkili olmasıdır⁵¹. Bu nedenle kendi yararları bakımından tedbirsiz davranan kişinin, ortaya çıkan zararın bir kısmına dahi katlanmasının adalete ve hakkaniyete uygun olduğu kabul edilmektedir⁵².

Zarar görenin kusurunun tespitinde dürüst, makul ve orta zekalı bir kişinin kendi yararı gereği zararın meydana gelmemesi veya azalması için kaçınacağı veya kaçınması gereken davranış modeli esas alınır⁵³. Bu nedenle zarar görenin içinde bulunduğu subjektif durum ve koşullar müterafik kusurun tespitinde dikkate alınmalıdır⁵⁴.

Müterafik kusurun tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilebilmesi için müterafik kusur ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır⁵⁵. Bir olay nedeniyle zarar görene müterafik kusur izafe

⁴⁵ ANTALYA, s. 566.

⁴⁶ BECKER, Art. 44, N. 1; EREN, s. 877; OĞUZMAN / ÖZ, s. 127.

⁴⁷ BGE 40 E 280.

⁴⁸ EREN, s. 876; ANTALYA, s. 565; DOĞANAY, s. 117.

⁴⁹ Doktrinde EREN, zarar görenin kusurunu ortak kusur olarak nitelendirmiş ve ortak kusur ifadesinin kusur sorumluluğunda kullanılabilirliğini; buna karşılık kusursuz sorumlulukta “zarar görenin kusuru” ifadesinin kullanılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. EREN, s. 877.

⁵⁰ ANTALYA, s. 651.

⁵¹ OFTINGER / STARK, s. 385; SCHWENZER, s. 101; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 594; TİFTİK, *Tazminat*, s. 99-100; EREN, s. 878; KILIÇOĞLU, s. 534; OĞUZMAN / ÖZ, s. 127; AYDIN ÜNVER, Tülay: “Ceza Yargılamasında Haksız Tahrik Nedeniyle İndirim Yapılmasının Tazminat Davasına Etkisi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 2, s. 249. Doktrinde ortak kusur kavramı yerine “birlikte kusur” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 127; ANTALYA, s. 567; DOĞANAY, s. 111-112; EKMEKÇİ / BAYSAL / YAYVAK NAMLI, s. 105.

⁵² FISCHER / BOHME, Art. 44, N. 11; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 595; TİFTİK, *Tazminat*, s. 100; DOĞANAY, s. 111. Yargıtay, 17. HD, T. 22.10.2020, E. 2020/2180, K. 2020/6045 kararında zararın davalının sorumluluğunda bulunan rögar hattının yetersizliği sebebiyle meydana geldiği olayda, binanın geri tepmeyi engelleyici sisteminin bulunmaması, proje ve yapı ruhsatlarına aykırılık olması gibi hususlar tesis sahibi olan davalının BK m. 58 gereğince zarardan sorumluluğuna ilişkin illiyet bağı ortadan kaldırmaz nitelikte ise de binada geri tepmeyi önleyici önlemlerin bulunmaması ve projeye aykırılık olması halinde davacının müterafik kusuru dikkate alınarak tazminat hesabının yapılması gerekirken, bu hususu göz önünde bulundurmeyen yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir; benzer yönde karar için bkz. Yargıtay, 17. HD, T. 16.12.2019, E. 2018/5497, K. 2019/11994 (www.hukukturk.com, ET: 10.04.2024).

⁵³ OFTINGER / STARK, s. 387; FISCHER / BOHME, Art. 44, N. 15; TİFTİK, *Tazminat*, s. 103; ANTALYA, s. 570; CANBOLAT, Ferhat / KOŞAR GÜNHAN, Gönül: “Motorlu Araç İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumlulukta ‘Kusur’un Önemi ve Sorumluluğa Etkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 23, Sayı 2, s. 851.

⁵⁴ OFTINGER / STARK, s. 387; FISCHER / BOHME, Art. 44, N. 15; ANTALYA, s. 570.

⁵⁵ EREN, s. 878; AYDIN ÜNVER, s. 249. Yargıtay, 4. HD, T. 24.02.2022, E. 2021/10762, K. 2022/3386 kararında trafik kazası sonucu oluşan bedensel zarar nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkin davada, davacının kazaya karışan motosiklette yolcu olarak bulunduğu,

edilebilmesi için, zarar görenin zararın doğumuna veya artmasına neden olan olaya kastı veya ihmaliyle sebebiyet vermesi ve zararın da bu hareket sonucu meydana gelmesi şarttır. Bu nedenle somut olayda zarar görene kasıt veya ihmâl yüklenemiyorsa, zarar onun herhangi bir fiili yüzünden artmış olsa bile tazminattan müterafik kusur indirimi yapılamaz⁵⁶.

Zarar gören, haksız fiilden önce veya haksız fiil ile aynı andaki kusurlu davranışı ile zararın doğmasına sebep olabileceği gibi, haksız fiilden sonraki kusuru ile de zararın artmasına sebep olabilir. İki halde de zarar görenin kusurlu davranışı müterafik kusur olarak kabul edilir⁵⁷. Örneğin, zarar görenin haksız tahrik oluşturan fiilleri sebebiyle zararın meydana gelmesi halinde, zararın doğumunda müterafik kusurdan bahsedilir⁵⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 52/I’de zarar görenin müterafik kusuru zararın meydana gelmesinde zarar verici fiille birlikte zarar görenin fiili etkili olmuşsa, fiilin etkisi, derecesi ve seviyesine göre tazminattan indirim yapılmalıdır. Zarar görenin fiilinin zarar verici fiille zarar arasındaki illiyet bağıni kesecek yoğunlukta olması durumunda ise tazminata hükmedilmeyecektir⁵⁹.

Son olarak önemle ifade olunmalıdır ki müterafik kusur, sadece kusur sorumluluğunda söz konusu olacağından, kusursuz sorumlulukta müterafik kusurdan bahsedilemez⁶⁰.

4. Tazminat Yükümlüsünün Tazminatı Ödediğinde Yoksulluğa Düşecek Olması

Kural olarak tarafların sosyal ve ekonomik durumları tazminatın belirlenmesinde rol oynamasa da hakkaniyet gereği zarar verenin ekonomik durumunun da dikkate alınması gerekebilir⁶¹. Türk Borçlar Kanunu m. 52/II gereğince zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hakim tazminatı indirebilir. Doktrinde TBK m. 52/II’de hükme bağlanan bu indirim sebebinin hakkaniyet düşüncesine dayandığı ancak sorumluluk sigortalarının yaygınlaşması ile artık bu hükmün önemini her geçen gün kaybettiği vurgulanmıştır⁶².

Türk Borçlar Kanunu m. 52/II gereğince tazminat yükümlüsünün tazminatı ödediği takdirde yoksulluğa düşecek olmasının tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilebilmesi için, tazminat yükümlüsünün kusurunun hafif olması, zararın tam olarak tazmininin tazminat yükümlüsünü yoksulluğa düşürecek olması ve hakkaniyetin de indirim yapılmasını gerektirmesi şartlarının gerçekleşmesi gerekir⁶³.

Türk Borçlar Kanunu m. 52/II’de hükme bağlanan “zarara hafif kusuruyla sebep olma” şartı ile TBK m. 51/I’de hükme bağlanan hakimin “zarar verenin kusurunun ağırlığını” dikkate alarak tazminat miktarını belirleyeceği hükümlerinin uygulanmasına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu hususta ileri sürülen ilk görüşe göre TBK m. 52/II’de hükme bağlanan indirim sebebinin uygulanabilmesi için hakimin TBK m. 51/I’e göre indirim yapamamış olması şarttır. Diğer bir ifadeyle hakim TBK m. 51/I gereğince “hafif kusur” indirimi yapmış ise tazminat yükümlüsü zarara hafif kusur-

Sigorta Tahkim Komisyonu Uyuşmazlık Hakem Heyeti ve Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyeti kararlarında davacının koruyucu tertibat kullanmamış olması nedeniyle tazminattan %20 oranında müterafik kusur indirimi yapılmış olsa da, davacının davaya konu kazadan kaynaklanan maluliyetinin dirsek eklem hareket kısıtlılığı ve scar olarak belirlendiği anlaşıldığından koruyucu tertibat takmama ile maluliyet arasında illiyet bağı bulunmaması nedeniyle müterafik kusur indirimi yapılmaması gerekirken yanılığlı gerekçeye indirim yapılmasını doğru görmemiş ve karar bozmuştur (www.hukukturk.com, ET: 15.04.2024).

⁵⁶ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 598; EREN, s. 878; DOĞANAY, s. 113.

⁵⁷ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 597-598; EREN, s. 880.

⁵⁸ Ceza mahkemesi kararında mağdurun haksız davranışı nedeniyle failin suç teşkil eden fiili işlediği gerekçesiyle haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapmasının bir maddi vakta olarak hukuk hakimini bağlayacak ve hukuk hakimi zararın miktarını belirlerken mağdurun müterafik kusurunu dikkate alarak tazminattan bir miktar indirim yapabilecektir. Bkz. AYDIN ÜNVER, s. 250.

⁵⁹ EREN, s. 878; ANTALYA, s. 569.

⁶⁰ ANTALYA, s. 567.

⁶¹ OĞUZMAN / ÖZ, s. 131; ANTALYA, s. 562.

⁶² OFTINGER / STARK, s. 408; BREHM, Art. 43, N. 68; MULLER, *CHK*, Art. 44, N. 8; SCHWENZER, s. 104; EREN, s. 881.

⁶³ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 592; KILIÇOĞLU, s. 536.

ruyla sebep olsa bile TBK m. 52/II uyarınca indirim yapamayacaktır⁶⁴. Bu hususta ileri sürülen diğer görüşe göre TBK m. 51/I uyarınca kusurun hafifliğine göre indirim yapan hakimin, zarar verenin buna rağmen yoksulluğa düşecek olması durumunda TBK m. 52/II uyarınca bir kere daha indirim yapması mümkündür⁶⁵. Doktrinde bu son görüş TBK m. 52/II'deki özel şartların gerçekleşmesi halinde her ikisi de hafif kusura dayanan iki ayrı indirimi ayırt etmenin mümkün olamayacağı sebebiyle eleştirilmiştir⁶⁶.

Kanaatimizce hakimin TBK m. 51/I gereğince zarar verenin hafif kusuruna dayanarak tazminattan indirim yapması TBK m. 52/II gereğince tazminattan indirim yapmasına engel değildir. TBK m. 52/II'de zarar verenin hafif kusurlu olması şartını arayan kanun koyucunun amacı, tazminat yükümlüsünün tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olmasını ve hakkaniyetin de indirim yapılmasını gerektirmesi halinde zarara ağır kusuruyla sebebiyet veren tazminat yükümlüsü lehine tazminattan indirim yapılmasına engel olmak ve TBK m. 52/II hükmünün uygulama alanını sınırlandırmaktır. Bu nedenle TBK m. 51/I hükmü gereğince hesaplanan tazminattan hafif kusur indirimi yapılmış olması TBK m. 52/II hükmüne dayanarak hesaplanan tazminattan indirim yapılmasına engel teşkil etmemelidir.

III. TAZMİNATIN İNDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 51 ve 52'de hükme bağlanan tazminattan indirim sebeplerinin varlığı halinde hakim indirim miktarını TMK m. 4'te hükme bağlanan takdir yetkisi çerçevesinde belirler⁶⁷. İsviçre doktrininde zararın belirlenmesi ile tazminatın belirlenmesi arasında dikkatli bir ayırım yapılması gerektiği, öncelikle zarar hesabı yapıldıktan sonra tazminat hesabının yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁸. Konuya ilişkin bir kararda İsviçre Federal Mahkemesi, hakimin öncelikle zararı sayısal olarak belirledikten sonra, somut olayın özelliklerini dikkate alarak tazminat miktarını belirlemesi gerektiğini vurgulamıştır⁶⁹.

Çalışmanın bundan sonraki kısmında hesaplanan tazminattan indirim yapılmasına ilişkin olarak uygulamada tespit edebildiğimiz sorunlara yer verilecektir. Tazminat hesabında uygulamada sorun olarak tespit ettiğimiz hususlardan ilki indirim sebeplerinin sırasına ilişkindir. Tazminat sorumlusu tarafından davadan önce yapılan ödemenin hesaplanmasına ilişkin Yargıtayın farklı uygulamaları mevcuttur. Diğer bir husus ise Yargıtayın yerleşik içtihadı haline gelen indirim oranlarına ilişkindir. Bununla birlikte birden çok indirim sebebinin varlığı halinde indirim oranının nasıl hesaplanacağı üzerinde de durmak gerekir.

B. Tazminattan İndirim Sebeplerinin Uygulanması

1. Tazminattan İndirim Sebeplerinin Sırası

Yargıtayın yerleşik içtihatlarında haksız fiil sonucu oluşan zararın tazminatın sınırını tayin ettiği, ancak tazminatın zarara denk olmasının her zaman mümkün olmayacağı ve hüküm altına alınacak tazminatın zararın altında kalabileceği vurgulanarak, tazminattan bir miktar indirim yapılabileceği kabul edilmektedir. Yargı kararlarında ayrıca zarar ve tazminatın farklı kavramlar olduğu, mahkemece yapılacak işin zararın hesaplanmasından sonra indirim sebeplerini uygulamak suretiyle tazminatı belir-

⁶⁴ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 592.

⁶⁵ NOMER, s. 152.

⁶⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s. 125-126.

⁶⁷ ANTALYA, s. 585.

⁶⁸ BREHM, Art. 43, N. 29.

⁶⁹ BGE 127/III 73/80.

lemekten ibaret olduğu vurgulanmakta ve 6098 sayılı TBK m. 51 ve 52. maddelerinde yapılan düzenlemelerle de bu durumun net biçimde ortaya konduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle kararlarda zararın belirlenmesi ile tazminatın belirlenmesi ve tazminattan yapılacak indirim için sıra öngörülmüş; zararın belirlenmesinden sonra tazminatın belirlenmesi ve indirilmesi gerektiği kabul edilmiştir⁷⁰.

2. Tazminat Sorumluları Tarafından Yapılan Ödemelerin Tazminattan İndirilmesi

a. Genel Olarak

Tazminat miktarının hesabı bakımından önem arz eden ve uygulamada tespit ettiğimiz sorunlardan biri de tazminat sorumluları tarafından davadan önce yapılan ödemenin mahsubuna ilişkindir.

Uygulamada Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarının tespit edebildiğimiz kadarıyla tamamında, davadan önce tazminat sorumluları tarafından yapılan ödemeler bilirkişi tarafından tespit edilen zarar miktarından düşürüldükten sonra tazminattan indirim sebepleri uygulanmıştır. Diğer bir ifadeyle Yargıtay ödeme günü ile tazminatın hesaplandığı güne kadar geçen süredeki işlemler yasal faizi de dikkate alarak, bilirkişi tarafından hesaplanan miktardan davalı tarafından yapılan ödemeyi düştüğünden sonra, tazminattan indirim sebeplerini uygulamıştır⁷¹.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi kapatıldıktan sonra 28.01.2020 tarih ve 31022 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Yargıtay Büyük Genel Kurulu’nun 23.01.2020 tarih ve 2020/1 sayılı işbölümü kararı doğrultusunda haksız fiilden kaynaklı tazminat davaları 4. Hukuk Dairesi’nin görev alanına dahil edilmiştir⁷².

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ise Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin aksine konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarda öncelikle tazminattan indirim sebeplerini uygulamış, nihai zarar ve tazminat sorumluları tarafından ödenmesi gereken tazminat miktarı belirlendikten sonra ise tazminat sorumluları tarafından davadan önce yapılan ödemenin güncellenen değerinin hesaplanan tazminattan düşürülmesine karar vermiştir⁷³.

b. Kanaatimiz

Kanaatimizce Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin tazminat hesabına ilişkin uygulaması isabetli değildir. Şöyle ki, zarar verenin ödeyeceği tazminat miktarının belirlenmesi için öncelikle zararın hesaplanması gerekir. Bu nedenle zarar verici olay neticesinde zarar gören bazı ekonomik yararlar elde etmişse, elde edilen bu yararların zarardan düşürülmesi gerekir ki buna daha önce de ifade edildiği üzere denkleştirme adı verilir.

Tazminat sorumluları tarafından tazminatın tam miktarı belirlenmeden yapılan ödemeler denkleştirmeye tabi olup, bu husus tazminatın değil zararın tespitine ilişkindir. Bu nedenle sigorta şirketleri tarafından yapılan ödemelerin zararın hesaplanması aşamasında denkleştirilmesi gerekir. Neticede

⁷⁰ Yargıtay, 17. HD, T. 26.10.2020, E. 2019/1508, K. 2020/6124; Yargıtay, 17. HD, T. 07.10.2019, E. 2017/1267, K. 2019/8968; Yargıtay, 17. HD, T. 05.06.2017, E. 2015/872, K. 2017/6365 (www.hukukturk.com, ET: 10.04.2024).

⁷¹ Yargıtay, 17. HD, T. 23.11.2017, E. 2015/5112, K. 2017/10888; Yargıtay, 17. HD, T. 16.04.2019, E. 2016/9922, K. 2019/4805; Yargıtay, 17. HD, T. 24.04.2014, E. 2014/23145, K. 2017/4393 (www.hukukturk.com, ET: 10.04.2024). Benzer şekilde Yargıtay, 17. HD, T. 05.06.2017, E. 2015/872, K. 2017/6365 kararında “... Sigorta tarafından yapılan toplam ödeme miktarının, her bir davacıya ait kısmının ne kadar olduğunun net biçimde saptanmasından sonra; rapor düzenleyen bilirkişiden alınacak ek rapor ile davacıların talep edebilecekleri tazminatların belirlenmesi; daha sonra belirlenen bedel üzerinden hatırı indirimi yapılması suretiyle sonuç tazminatı belirlenmesi gerekirken; zarar ve tazminatın belirlenmesindeki sıraya aykırı olarak, eksik incelemeyle ve yanılığlı değerlendirmeye yazılı biçimde hüküm tesisi doğru görülmemiştir...” şeklinde karar vermiştir. Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay, 17. HD, T. 08.02.2018, E. 2015/7294, K. 2018/752; Yargıtay, 17. HD, T. 06.12.2018, E. 2016/2599, K. 2018/11822; Yargıtay, 17. HD, T. 07.03.2019, E. 2016/7751, K. 2019/2659 (www.hukukturk.com, ET: 10.04.2024).

⁷² Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 03/11/2020 tarihli ve 245 sayılı kararı ile 17. Hukuk Dairesinin 08.04.2021 tarihinden geçerli olmak üzere kapatılmasına, 28.01.2020 tarih ve 31022 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Yargıtay Büyük Genel Kurulu’nun 23.01.2020 tarih ve 2020/1 sayılı işbölümü kararı ile Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’ne verilen ve bu dairenin arşivinde bulunan işlerden; 08.04.2021 tarihi itibarıyla 4. Hukuk Dairesi’ne UYAP bilişim sistemi üzerinden devrine karar verilmiştir.

⁷³ Yargıtay, 4. HD, T. 09.03.2022, E. 2021/10899, K. 2022/4397. Benzer yönde karar için bakınız Yargıtay, 4. HD, T. 22.02.2022, E. 2021/4660, K. 2022/3072 (www.hukukturk.com, ET: 10.04.2024).

denkleştirme yapılmadan, diğer bir ifadeyle sigorta şirketleri tarafından yapılan ödeme düşülmeden tazminattan indirim sebeplerinin uygulanması isabetli değildir.

3. Tazminattan İndirim Oranının Belirlenmesi

Yargıtay kararlarında somut uyuşmazlıkta tazminattan indirim sebeplerinin varlığı halinde, indirim oranının %20 olarak kabul edildiği görülmektedir⁷⁴. Konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda Yargıtay, hesaplanan tazminattan %10 hatır taşınması indirimi yapan ilk derece mahkemesi kararını, Yargıtay içtihatlarına uygun oranda (%20) indirim yapılmaması nedeniyle bozmuştur⁷⁵. Benzer şekilde trafik kazası nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkin davada Yargıtay, dairenin yerleşik uygulamasına göre hatır taşınması sebebiyle %20 oranında indirim yapılması gerekirken %25 oranında indirim uygulanmasını doğru görmemiş ve bu sebeple ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁷⁶.

Kanaatimizce somut uyuşmazlığın bütün özelliklerini dikkate alarak hüküm tesis etmek zorunda olan hakimin indirim oranını her somut olayda Yargıtayın yerleşik içtihatlarına uymak amacıyla %20 olarak belirlemesi, takdir yetkisine müdahale olarak kabul edilmelidir. Ayrıca Yargıtayın yerleşik içtihatlarına uygun olarak her somut olayda %20 indirim yapılması somut olay adaletine de aykırılık teşkil edebilir. Kanaatimizce somut uyuşmazlıkta indirim sebeplerinin tespiti ve uygulanması hususlarında takdir yetkisine sahip olan hakimin indirim oranı hususunda da takdir yetkisine sahip olduğu göz ardı edilmemeli ve yukarıda da ayrıntılı şekilde izah edildiği üzere yerleşik içtihatlarla kabul edilen indirim oranına uyulmaması nedeniyle ilk derece mahkemesi kararları bozulmamalıdır.

4. Birden Çok İndirim Sebebinin Varlığı Halinde İndirim Oranlarının Hesaplanması

Somut uyuşmazlıkta birden çok indirim sebebinin varlığı halinde bu indirim oranlarının toplanarak mı yoksa ayrı ayrı mı hesaplanacağı sorunu da ortaya çıkar.

Konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda Yargıtay, Borçlar Kanunu 43 ve 44 (TBK m. 51 ve 52) maddeleri gözetilerek hatır taşınması ve müterafik kusur olarak toplam %40 indirim yapılarak hesaplanan tazminatın yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine karar veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır⁷⁷. Konuya ilişkin bir kararında Ankara Bölge Adliye Mahkemesi⁷⁸ de yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre hatır taşınması ve müterafik kusur halinde %20+% 20=%40 indirim yapılması gerektiğini vurgulayarak, indirim oranlarını toplayarak uygulayan ilk derece mahkemesi kararına ilişkin istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir.

Kanaatimizce daha önce de izah edildiği üzere tazminattan indirim sebeplerinin belli bir sırada olduğunu kabul eden Yargıtay görüşü karşısında, indirim oranlarının toplu olarak hesaplanması indirimlerde belli bir sırayı takip etmeyi anlamsız kılar. Ayrıca birden çok indirim sebebinin varlığı halinde bu indirim oranlarının toplanarak tazminat hesabı yapılması halinde zarar gören lehine hükmedilecek

⁷⁴ Yargıtay, 17. HD, T. 27.06.2018, E. 2015/11773, K. 2018/6435 kararında Dairenin yerleşik uygulamalarına göre hatır indirimi %20, müterafik kusur indirimi %20 olarak uygulanarak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmasını doğru görmemiştir; benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay, 17. HD, T. 20.04.2017, E. 2016/14777, K. 2017/4349 Yargıtay, 17. HD, T. 20.10.2020, E. 2019/4905, K. 2020/5876; Yargıtay, 17. HD, T. 17.01.2018, E. 2015/4693, K. 2018/189 (www.hukukturk.com, ET: 10.04.2024).

⁷⁵ Yargıtay, 17. HD, T. 08.02. 2018, E. 2015/7294, K. 2018/752; konuya ilişkin başka bir kararda Yargıtay, desteğin kazaya karışan araç içinde hatır için taşındığının sabit olduğu, somut uyuşmazlıkta mahkemece, Yargıtayca benimsenen oranlara göre az olacak şekilde %10 oranında indirim uygulandığı, mahkemece Yargıtay içtihatlarına uygun olarak %20 oranda indirim yapılmak suretiyle hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisinin doğru görülmediğine karar vermiştir, benzer yönde karar için bkz. Yargıtay 17. HD. T. 06.12.2018, E. 2016/2599, K. 2018/11822. Yargıtay 4. HD. T. 20.12.2021, E. 2021/7354, K. 2021/10597'de dairenin yerleşik uygulamaları ile müterafik kusur nedeniyle yapılacak indirim oranı %20 olarak kabul edildiğinden Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyeti tarafından yapılan %15 oranındaki indirimi düşük görmüş ve kararın bu nedenle bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay 4. HD. E. 2021/5093, K. 2021/6944, T. 18.10.2021 kararında ise %25 müterafik kusur indirimi yapan Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyeti kararının bu nedenle bozulmasına karar vermiştir (www.hukukturk.com, ET: 10.04.2024).

⁷⁶ Yargıtay, 17. HD, T. 12.11.2018, E. 2016/503, K. 2018/10406 (www.hukukturk.com, ET: 10.04.2024).

⁷⁷ Yargıtay, 17. HD, T. 4.03.2021, E. 2020 / 2184, K. 2021 / 2310; Ankara BAM, 35. HD, T. 19.10.2022, E. 2022 / 175, K. 2022 / 227 (www.hukukturk.com, ET: 10.04.2024).

⁷⁸ Ankara BAM, 35. HD, T. 19.10.2022, E. 2022 /175, K. 2022/227 (www.hukukturk.com, ET: 10.04.2024).

tazminat, indirim oranlarının ayrı ayrı hesaplanması halinde hükmedilecek tazminattan daha az olur. Neticede tazminattan indirim sebeplerinin hesabında indirimlerin sırasına dikkat edilmesi ve indirimlerin toplu olarak değil ayrı ayrı yapılması gerekir.

SONUÇ

Hakimin TBK m. 51/I gereğince zarar verenin hafif kusuru sebebiyle tazminattan indirim yapması TBK m. 52/II gereğince tazminattan indirim yapmasına engel değildir. TBK m. 52/II'de zarar verenin hafif kusurlu olması şartını arayan kanun koyucunun amacı, tazminat yükümlüsünün tazminatı ödendiğinde yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin de indirim yapılmasını gerektirmesi halinde zarara ağır kusuruyla sebebiyet veren tazminat yükümlüsü lehine tazminattan indirim yapılmasına engel olmak ve TBK m. 52/II hükmünün uygulama alanını sınırlandırmaktır. Bu nedenle TBK m. 51/I hükmü gereğince hesaplanan tazminattan hafif kusur indirimi yapılmış olması TBK m. 52/II hükmüne dayanarak hesaplanan tazminattan indirim yapılmasına engel teşkil etmemelidir.

Tazminattan hesabı yapılırken birinci sırada zararlı ilgili indirim sebepleri, ikinci sırada tazminatla ilgili indirim sebepleri, üçüncü sırada tazminat alacaklısına ilişkin indirim sebepleri, son sırada ise tazminat borçlusuna ilişkin indirim sebepleri uygulanmalıdır.

Tazminat sorumluları tarafından tazminatın tam miktarı belirlenmeden önce yapılan ödemeler denkleştirmeye tabi olup, bu husus tazminatın değil zararın tespitine ilişkindir. Bu nedenle sigorta şirketleri tarafından yapılan ödemelerin zararın hesaplanması aşamasında denkleştirilmesi gerekir. Neticede denkleştirme yapılmadan, diğer bir ifadeyle sigorta şirketleri tarafından yapılan ödeme düşünülmeyen tazminattan indirim sebeplerinin uygulanması isabetli değildir.

Somut uyuşmazlığın bütün özelliklerini dikkate alarak hüküm tesis etmek zorunda olan hakimin indirim oranını sırf yerleşik içtihatlarla uymak için %20 olarak belirlemesi hakimin takdir yetkisine müdahale olarak kabul edilmelidir. Ayrıca Yargıtayın yerleşik içtihatlarına uygun olarak her somut olayda %20 indirim yapılması somut olay adaletine de aykırılık teşkil eder. Somut uyuşmazlıkta indirim sebeplerinin varlığı ve uygulanması hususunda takdir yetkisine sahip olan hakimin indirim oranı hususunda da takdir yetkisine sahip olduğu göz ardı edilmeden hüküm tesis edebilmesi isabetli olacaktır.

Uygulamada isabetli olmayan bir şekilde indirimlerin birlikte (toplu) olarak hesaplandığı görülmektedir. Tazminattan indirim sebeplerinin belli bir sırada olduğunu kabul eden Yargıtay görüşü karşısında, indirim oranlarının toplu olarak hesaplanması isabetli olmadığı gibi, toplu indirim ile hesaplanan tazminat miktarının zarar gören lehine hükmedilecek tazminatın daha az olacağı da dikkate alınarak, tazminattan indirim sebeplerinde sıraya dikkat edilmesi ve indirimlerin de bu sıraya uygun şekilde ayrı ayrı yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKÜNAL, Teoman: *Haksız Fiilden Doğan Zararlara Denkleştirme Sorunu*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1977.
- ANTALYA, Osman Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 2*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ATAMER, Yeşim / FURRER, Andreas (Hrsg.): *Obligationenrecht-Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 4. Baskı, Schulthess, Zürich, 2023 (Yazar, CHK).
- AYDIN ÖZDEMİR, Elif: *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- AYDIN ÜNVER, Tülay: “Ceza Yargılamasında Haksız Tahrik Nedeniyle İndirim Yapılmasının Tazminat Davasına Etkisi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 2, s. 233-253.
- BECKER, Hermann: *Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, 2*. Baskı, Stämpfli, Bern, 1945.
- BREHM, Roland: *Die Entstehung durch Unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK-Berner Kommentar*, 5. Baskı, Stämpfli, Bern, 2021.
- CANBOLAT, Ferhat / KOŞAR GÜNHAN, Gönül: “Motorlu Araç İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumlulukta ‘Kusur’un Önemi ve Sorumluluğa Etkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 23, Sayı 2, s. 839-872.
- DOĞANAY, İsmail: “Haksız Fiilden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davalarında Hakim Müterafik Kusurla İlgili Takdir Hakkını, Medeni Kanununun 4. Maddesi Hükmüne Göre Mi, Yoksa, Borçlar Kanununun 44. Maddesi Hükmüne Göre Mi Kullanacak?”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1984, Cilt 12, Sayı 4, s. 105-124.
- EKMEKÇİ, Ömer / BAYSAL, Başak / YAYVAK NAMLI, İrem: *Uygulamalı Tazminat Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- ERCEVAHİR, Mine: “Bedensel Zarar Hallerinde Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinde Özel Bir İndirim Sebebi: Zarar Veren Mali Durumunun Kötüleşmesi ve Hakkaniyet İndirimi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 13, Sayı 1, s. 206-220.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- FISCHER, Willi / BOHME, Anna: *Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Dike Verlag AG, Zürich, 2016.
- GÜL, İbrahim: “Türk Özel Hukuku’nda Tazminatın Caydırma İşlevinin Yetersizliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2017, Cilt 33, Sayı 3, s. 101-125.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- NOMER, Haluk Nami: *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996.
- OFTINGER, Karl / STARK, Emil W.: *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Schulthess, Zürich, 1995.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- SCHWENZER, Ingeborg: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, Stämpfli, Bern, 2006.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TİFTİK, Mustafa: “Medeni Kanunumuzun 3444 Sayılı Kanunla Değişik M. 24 F. II Hükmü Karşısında, Haksız Fiillerden Doğan Tazminatta Bir İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rızası”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1993, Cilt 6, Sayı 6, s. 385-401 (Zarar Görenin Rızası).
- TİFTİK, Mustafa: *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994 (Tazminat).
- UZUNPINAR TÜFEK, Aybüke: “Maddi Tazminatın Belirlenmesi Kapsamında Durumun Gereği”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2021, Cilt 95, Sayı 5, s. 31-55.

Her Suçun Konusu Var mıdır? Tehlike Suçu-Zarar Suçu Bağlamında Hareketin Konusunun Fonksiyonuna Dair Bir Değerlendirme^(*)



Does Every Crime Have an Object? An Evaluation on the Function of the Object of the Conduct in the Context of the Crime of Danger-Harm

Ertuğrul ÜNAL



Doktor Öğretim Üyesi

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Netice,
Sırf Hareket Suçu,
Hareketin Konusu,
Maddi Konu,
Koruma Objesi,
Korunan Hukuki
Değer.*

Öz

Suçun konusu, hareketin yöneldiği kişi, eşya veya soyut şey olarak suç tipinde tanımlanmış, tipikliğe vücut veren maddi unsurlardan biridir. Suçun konusunu, “maddi konu” olarak isimlendiren görüş ise soyut şeylerin, konu kapsamında olmadığını savunmaktadır. Suçun konusunu maddi unsurlardan biri şeklindeki kabule göre “konu”nun yokluğu, suçun oluşmasını engeller. Bu tanım dolayısıyla gündeme gelen birinci soru, her suçun bir konusunun olup olmadığıdır. Her suçun, zarar veya tehlike suçu şeklinde ihdas edildiği dikkate alındığında, konusu olmayan suçun kabulüyle tehlike veya zarar şeklindeki etkinin kimin veya neyin üzerinde husule gelmesi gerektiği de cevaplanmaya muhtaçtır. Çalışmamızda bu soruların cevaplanabilmesi için suçun konusunun tanımı ve hukuki niteliği tespit edildikten sonra hareketin kendisine yönelmesi gereken konunun, hareketin gerçekleştirilmesiyle mutlaka zarar veya tehlikeye maruz kalıp kalmadığı ele alınacaktır. Suçun konusu ele alınırken, bu unsurun diğer kavramlarla farkı da ortaya koyulmalıdır. Özellikle ceza normunun koruduğu hukuki değer ile bu hukuki değerın konuyla kesişimi olarak kabul edilen koruma objesi kavramları önem arz etmektedir. Son olarak zarar ve tehlike ile netice kavramı da suçun konusu bakımından incelenecektir. Teorik açıklamalardan sonra ileri sürdüğümüz görüşler bazı suç tipleri üzerinde tatbik edilmeye çalışılacaktır.

Keywords

*Result,
Conduct Crime,
Object of the Act,
Material Object,
Object of Protection,
Protected Legal
Interest.*

Abstract

The subject of the crime is defined in the crime type as the person, object or abstract thing to which the conduct is directed and is considered as one of the material elements that give rise to typicality. The view that considers the object of the crime as a material thing argues that abstract things are not within the scope of the object. As a result of the acceptance as one of the material elements, the absence of the crime’s object prevents the crime from occurring. The first question that arises from this definition is whether every crime has an object. Considering that every crime is regulated in the form of harm or danger, it is also necessary to answer what those effects should occur on with the acceptance of the crime without an object. In order to answer these questions, after determining the definition and legal nature of the object of the crime, it will be discussed whether the object to which the action should be directed is necessarily exposed to harm or danger by performing the conduct. While discussing the object matter of the crime, the difference between this element and other concepts should also be revealed. In particular, the concepts of the legal value protected by the criminal norm and the object of protection, which is accepted as the intersection of this legal value with the object matter, are important. Finally, the concepts of harm, danger and consequence will also be analyzed in terms of the object matter of the crime. After the theoretical explanations, the views we have put forward will be applied to some types of crimes.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 29.11.2024, Kabul Tarihi: 22.01.2025.

GİRİŞ

İnsanların bir arada yaşayabilmesi açısından zorunlu olan belirli hukuki değerlerin ihlal edilme-
mesi amacıyla uyarma (genel önleme) ve ihlal edildikten sonra bu ihlali kusurlu olarak gerçekleştiren
kişinin cezalandırılarak tekrar topluma kazandırma (özel önleme) şeklindeki iki fonksiyonun icrası
için belirli davranış normlarına aykırılıklar kanun koyucu tarafından suç olarak ihdas edilir. Tipiklik
ve hukuka aykırılıktan müteşekkil suç kalıbı, belirli hukuki değerleri korumak üzere ihdas edildiğinden,
suçla korunan hukuki değer, suçun *ratio legis*ini teşkil eder¹.

Suçun unsurları içerisinde yer almayan korunan hukuki değer aksine suçun konusu, suçun maddi
unsurlarından hareketin kendisine yöneldiği kişi veya şeydir. Bu yüzden tipikliğin maddi unsurları
içerisinde mütalaa edilen suçun konusu, korunan hukuki değerden farklı olup, bir değer veya ideal
şeklinde salt soyut bir kavram değildir. Hareketin konuya yönelmesi arandığından, suçun oluşması,
suçun konusunun varlığına bağlıdır.

Suçlar, tehlike ve zarar suçu şeklinde ikiye ayrılmakta olup, suçun konusunun tanımı; tehlike suçu
- zarar suçu ayrımında esas alınması gerekenin suçun konusu mu yoksa tipiklik içerisinde yer almadığı
belirtilen ve soyut olarak kabul edilen hukuki değer mi olacağı noktasında belirleyici niteliktedir².

Çalışmanın amacı, suçun maddi unsurları arasında sayılan konunun, tipiklik içerisinde icra ettiği
fonksiyonun, her suçta bir konunun bulunması gerekip gerekmediğinin ve tehlike suçu-zarar suçu ay-
rımında suçun konusunun öneminin belirlenmesidir.

I. SUÇUN MADDİ UNSURLARINDAN BİRİ OLARAK KONU

Ceza yaptırımı tatbik edilmeden önce kişiler, ceza normunun kendilerinden beklediği davranışı ve
bunun ihlalinin müeyyidesini bilmelidir. Hukuken meşruiyet kazanmış, diğer bir anlatımla kanunda
tanımlanmış davranış normu, her bir ceza normunun asgari şartını ve test kriterini oluşturur³.

Ceza müeyyidesinin amacı, hukuki değerlerin korunması için genel önleme ve özel önleme işlev-
lerini yerine getirmektir. Bu da suçun kanuni tanımının açık ve kapsamı belirli bir şekilde vazedilme-
siyle gerçekleştirilir⁴. Kanuni tanıma uygun fiili gerçekleştiren faile, neden haklı davranış varken hak-
sız olanı, neden dikkatli ve özenli davranış varken buna riayetsizliği seçtiği, kusurluluk safhasında
sorulur. Ceza kanunun fiilden bahsettiği hallerde, hukuka aykırı ve tipik davranış ele alınır. Cezalandı-
rılabilir fiil ise, bu tipik ve hukuka aykırı fiili işleyen failin kusurlu olmasına bağlıdır. Bu nedenle ti-
piklik ve hukuka aykırılıktan müteşekkil olan haksızlık, kusurluluğa ilişkin değerlendirmenin de obje-
sini teşkil eder⁵.

Tipiklik safhasında fail, ceza kanunun özel kısmında veya özel ceza kanunlarında yapılan kanuni
tanıma karşı hareket etmemekte, aksine onun bütün unsurlarını gerçekleştirmektedir. Diğer bir anla-
tımla tipiklikten bahsedebilmek için suçun kanuni tanımında yer alan bütün unsurların fail tarafından
gerçekleştirilmesi aranır⁶. Bu kapsamda suçun konusunun, suçun maddi unsurlarından biri olarak te-
lakki edilmesi halinde, suçun oluşması, konunun varlığına bağlı olacaktır.

¹ DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 51; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı Suçlar*, Cilt I, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Kişilere Karşı), s. 4.

² MADEN, Mehmet: “‘Korunması Amaçlanan Hukuki Değer’, ‘Suç Fiilinin Konusu’ ve ‘Suçun Mağduru’ Kavramları ve Bu Bağlamda ‘Zarar Suçu/Tehlike Suçu’ Ayrımı”, (Ed.) ÜSTÜN, Ü. Süleyman / ÇOBAN ATİK, Ayşegül / BAYRAKTAR, Tuğba: *Selçuk Hukuk Kongresi 2020*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 2020, s. 153.

³ FREUND, Georg / ROSTALSKI, Frauke: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Baskı, Springer, Berlin, 2019, s. 52, Rn. 9.

⁴ Belirlilik ilkesini de kapsamına alan bu tanım, hukuk uygulayıcısının keyifliliğini önlemeye de hizmet eder. Bkz. ÖLMEZ, Gökhan: *Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları*, Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 72.

⁵ KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2009, s. 54, Rn. 3.

⁶ GROPP, Walter / SINN, Arndt: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Springer, Berlin, 2020, s. 139, Rn. 2; FREUND / ROSTALSKI, s. 49, Rn. 1.

Suçun konusunun mutlaka doğal anlamda maddi varlığa sahip olan ve dış dünyada gözlemlenebilen şeylerden ibaret olduğu yönündeki görüşe göre, her suçun mutlaka maddi bir konusu bulunması gerekmez. Özellikle kanuni tipte yer alan hareketin gerçekleştirilmesiyle tamamlanan soyut tehlike suçlarının konusu bulunmamaktadır. Buna göre yalan yere yemin (TCK m. 275) suçunun maddi konusu yoktur⁷.

Kanaatimizce yalan yere yemin suçunun konusu vardır. Yemin altında yalan tanıklıktan farklı olarak, yalan yere yemin etmek suçunda fail, bir beyanı, gerçek olmadığını bildiği halde yemin ile onaylamaktadır. Bu nedenle *Binding* tarafından bu fiil; “*altında harf olmayan aksan*” şeklinde tarif edilmiştir. Suçla korunan hukuki değer, kamunun ispat aracına itimadı değil, maddi bir vakıayı doğrulayan (*Bekäftigungsmittel*) beyana güvenidir. Böylece suçun konusu da üzerinde yemin edilen maddi vakıadır⁸.

Suçun konusunu davranışın üzerinde gerçekleştirildiği, davranışın yöneldiği kişi, eşya veya soyut şey olarak tanımlayan görüş, suç teşkil eden (tipik) fiilin yöneldiği konunun, tabii olarak fiilden önce, ona takaddüm eden bir yapıda olması gerektiğini belirtmektedir⁹. Bununla birlikte icrai veya ihmali hareket, konuya yöneldiği için konu da tıpkı hareket gibi suçun maddi unsurları arasında telakki edilmekte, hatta teşebbüs, hata ve tehlike suçu/zarar suçu ayırımında belirleyici bir rol oynamaktadır¹⁰.

Suçun konusunun maddi unsurlar arasında yer almasının bir diğer sonucu ise haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olan manevi unsurun, failin suçun maddi unsurlarına ilişkin bilgisine göre tespit edilmesidir. Böylece suçun konusunun fail tarafından bilinmesi veya öngörülmemesi şeklindeki ayırım açısından bir fonksiyon da icra etmektedir. Örneğin kasten öldürme suçundan bahsedilebilmesi için failin, hareketini yönelttiği kişinin yaşayan insan olduğunu bilmesi gerekir¹¹.

Suçun konusunun, suçun hareket unsuruna takaddüm etmesi gerekliliğini, konunun suçun maddi unsurları arasında mütalaa edilemeyeceği şeklinde ele alan bir görüş de mevcuttur¹². Buna göre davranışın üzerinde işlendiği kişi veya şey, aynı zamanda davranışın bir parçası olamaz. Suçun (maddi) konusu, davranıştan bağımsız niteliktedir. Konunun, hareketin konusu şeklinde sınıflandırılması da bu sonucu değiştirmez. Zira kurucu unsur teşkil eden hareketin olmadığı bir suç tipi yok iken maddi konusu olmayan suçlar mevcuttur. Bu nedenle suçun konusu, maddi unsurlar arasında sınıflandırılmamalıdır. Ancak bazı suç tiplerinde suçun konusu özel kurucu unsur şeklinde yer alabilir. Örneğin mala zarar vermenin nitelikli hali olan kamu kurum veya kuruluşuna ait mala zarar verilmesi suçu, bu kuralın istisnasını teşkil eder¹³.

Bizim de iştirak ettiğimiz görüş ise suçun konusunu; ceza normunda icrai veya ihmali hareketin kendisine doğru yönelmesinin arandığı fiziksel veya toplumsal gerçekliği temsil eden suçun maddi unsuru olarak ele almaktadır¹⁴.

⁷ BAŞ, Eylem: *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 690.

⁸ VORMBAUM, Thomas: “Art. 154”, SALIGER, Frank / KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.): *Nomoskommentar Strafgesetzbuch*, 6. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2023, Rn. 2; ERYILDIZ, Hüsnü Sefa: “Yalan Yere Yemin Suçu (TCK m. 275)”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 12, Sayı 1, s. 598.

⁹ EREM, Faruk: “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1968, Cilt 25, Sayı 1, s. 13; HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 30. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 132.

¹⁰ AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Genel Hükümler), s. 434.

¹¹ ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023 (Genel Hükümler), s. 416; DEMİRBAŞ, s. 395; OPPENHEIM, Lassa: *Die Objekte des Verbrechens*, Benno Schwabe, Basel, 1894, s. 64.

¹² ORHAN, Uğur: *Suçun Maddi Konusu*, Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 133.

¹³ ORHAN, s. 134.

¹⁴ ROXIN, Claus / GRECO, Luis: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Baskı, C.H. Beck, München, 2020, s. 66, Rn. 65; SARITAŞ, Erkan: *Suçun Yapısında Hareketin Konusu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 163, Kn. 72.

Suçun konusu, fiil ve mağdurdan ayrı bir unsur teşkil etmektedir. Her ne kadar özellikle mağdur kavramıyla iç içe geçtiği durumlara rastlansa da bu iki unsur birbirinden farklıdır¹⁵. Benzer bir kavram tartışması, suçla korunan hukuki değer ile suçun konusu arasında da mevcuttur¹⁶.

Suçun konusunun suç tipi içerisindeki fonksiyonlardan birincisi, somut olayda unsurları tartışılan suç tipinin aradığı konunun mevcudiyetine ilişkin bir test kriteri oluşturmasıdır. Örneğin TCK'nın 205'inci maddesinde sayılan seçimlik hareketlerin, gerçek bir belge üzerinde işlenmesi aranmıştır. Bu şekilde normda, her belgenin değil, ancak gerçek bir belgenin bu suça konu olabileceği belirtilmiştir¹⁷.

İkincisi ise dar anlamda neticenin, konu üzerinde meydana gelmesidir¹⁸. Dar anlamda netice, hareketi aşan harici bir değişikliktir. Hukuki değer ihlaline dayanan normatif netice anlayışına nazaran suçun işlendiği yer, teşebbüs ve netice haksızlığı gibi kurumlar açısından daha işlevsel olan bu anlayışı biz de benimsiyoruz. Bu nedenle harici değişiklik olan netice, suçun konusu üzerinde meydana gelir. Örneğin TCK'nın 244'üncü maddesindeki suçun konusu olan verinin silinmesi, harici bir değişikliktir¹⁹. Burada belirtmek gerekir ki netice ile zarar, çoğu suç tipinde bir arada tezahür etse de birbiriyle aynı kavramlar değildir. Bundan dolayı bir zarar suçu, sırf hareket suçu olabileceği gibi, neticeli bir suç da tehlike suçu şeklinde düzenlenebilir²⁰.

II. TERİM

Doktrinde, suçun konusunun, suçun maddi unsurlarından biri olduğu noktasında büyük ölçüde fikir birliği vardır. Buna karşılık terminoloji açısından aynı şey söylenemez²¹.

Suçun konusunu; “maddi konu” olarak isimlendiren görüş, suçun iki konusu olduğunu, yasa ile korunan hak ve çıkarların hukuki konuyu teşkil ettiğini, suçun üzerinde işlendiği insan veya şeyin ise maddi konu olduğunu belirtmektedir²². *Centel / Zafer / Çakmut*'a göre kasten yaralama ve kasten öldürme suçunda maddi konu; mağdurdan ibarettir²³.

Suçun konusunu, fiilin yöneldiği, üzerinde gerçekleştirildiği kişi veya şey olarak tanımlayan görüşlerden birincisi; “hareket objesi” (*Handlungsobjekt*) terimini kullanmaktadır²⁴. Diğer bir görüş ise saldırı objesi terimini kullanmaktadır. Buna göre suç tipindeki icrai veya ihmali hareketin yöneldiği nesne, davranış normuna aykırılık teşkil eden saldırının konusudur. Failin hedef olarak bir kişiye ateş etmesi halinde suçun konusunun aynı zamanda saldırı objesi olacağı şeklinde bir örnek verilmiştir²⁵.

¹⁵ EREM, s. 23.

¹⁶ ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Genel Hükümler) s. 220.

¹⁷ RENGIER, Rudolf: *Strafrecht Besonderer Teil II*, 25. Baskı, C.H. Beck, München, 2024 (BT II), s. 335, Kn. 2.

¹⁸ Neticenin normatif esasını benimseyen görüş, her suçta bir netice olduğunu, neticesi olmayan hareketlerin ceza hukukunun ilgi alanına girmediğini ileri sürmektedir. Neticeyi, dış dünyada kanunun aradığı değişiklik olarak tarif eden bu görüş, bazı suçlarda neticenin hareketten ayıramayacağını, bu suçların da neticesi harekete bitişik suçlar (şekli suçlar) olduğunu ileri sürmektedir. İlgili görüş için bkz. CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara, 2023 (Ceza Hukuku), s. 269.

¹⁹ DEMİRTAŞ, Soner: *Tehlike Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 141; BULUT, İlhan: *Suçta Netice*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 167; DEMİRBAŞ, s. 262.

²⁰ ÜNAL, Osman Gazi: *Tehlike Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 61.

²¹ AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 434; KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Özel Hükümler), s. 677; HAKERİ, s. 132.

²² CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, *Ceza Hukuku*, s. 236; EREM, s. 12; BAŞ, s. 688; ALACAKAPTAN, Uğur: *İşlenemez Suç*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s. 113.

²³ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, *Ceza Hukuku*, s. 23. Kasten öldürme suçu açısından da aynı değerlendirme mevcuttur. Aynı yönde bkz. HAKERİ, s. 140.

²⁴ ROXIN / GRECO, s. 66, Kn. 65; WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 48. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2018, s. 12, Kn. 41; KREY, Volker / ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2016, s. 95, Kn. 221. Hareketin konusuna paralel şekilde fiilin konusu (*Tatobjekt*) terimi de kullanılmaktadır. Bkz. RENGIER, Rudolf: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 16. Baskı, C.H. Beck, München, 2024 (AT), s. 9, Rn. 1.

²⁵ JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlin, 1983, s. 85, Kn. 75.

Hareketin yöneldiği nesnenin mutlaka saldırıya uğrayan nesne olduğu görüşüne iştirak etmediğimiz için saldırı objesinin doğru terim olmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki yukarıdaki örneği veren müellif; sahte para, resmî belge veya uyuşturucu gibi üretme fiilinin yasaklandığı suçlarda hareketin konusunun, korunan hukuki değerlerin tam tersi olduğunu belirtmiştir. Bunun sonucunda da suç tipinde suçun konusunun negatif olarak betimlenmediği durumlarda ancak saldırı objesinden bahsedilebileceği ileri sürülmüştür²⁶.

Suçun konusu kavramını, hukuki değerlerin ilişkili olduğu obje şeklinde tanımlayan bir görüş de mevcuttur. Buna göre hukuki değerlerin koruma altına aldığı fiziki veya toplumsal gerçeklik olarak da tezahür edebilen bu kişi veya nesnelere, suçun konusunu oluşturmaktadır. Suçun maddi konusu ise hareketin dış görünüşü ile ilgili olup, hukuki değerle mutlak ilişki içerisinde bulunmasına gerek olmayan ve hareketin yöneldiği maddi varlığı haiz nesnedir²⁷.

Kanaatimizce doğru terim, hareketin konusudur. Bununla birlikte suçun konusu terimi de isabetsiz değildir. Zira suçun yapısında konu olarak nitelendirilebilecek tek kavram, hareketin konusu olduğundan, suçun konusu şeklindeki nitelendirme bir çelişkiye de yol açmamaktadır. Suçun konusunun; suç tipinde hareketin kendisine yönelmesi gereken somut veya soyut obje şeklinde tanımlanması halinde, maddi bir varlığa sahip olmayan şeylerin de örneğin veri, bilişim sistemi, şeref ve onur, suç tipinde konu olarak yer alması mümkündür. Bu nedenle suçun maddi konusu terimini kabul eden görüşe iştirak etmiyoruz.

III. HER SUÇTA BİR KONUNUN BULUNMASININ ZORUNLULUĞU ÜZERİNE

Suç tipindeki hareketin mutlaka bir kişi veya şeye yönelmesi gerekip gerekmediği tespit edilmelidir. Nasıl ki neticenin aranmadığı sırf hareket suçları mevcutsa, suç tipinde konunun yer almaması da mümkün müdür?

Her suç tipinde hareketin konusunu bulunması gerekmediğini kabul eden bir müellif, sırf hareket (soyut tehlike) suçu şeklinde düzenlenen alkollü araç kullanmada, suçun konusunun aranmadığını ileri sürmüştür (Alman Ceza Kanunu (AİCK), m. 315c)²⁸. Bununla birlikte doktrinde bu suçun oluşabilmesi için failin, kamuya açık, herkesin veya çok büyük bir insan grubunun serbestçe girebileceği ve bu kişilerin halihazırda kullanımında olan trafikte aracını kullanması gerektiği ifade edilmektedir²⁹. Burada iki soru gündeme gelmektedir. Birincisi, trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçunda, belirli bir şekilde kullanıma tahsis edilmiş yol, suçun hangi unsuruna karşılık gelmektedir? Bu sorunun cevabına bağlı olarak yanıtlanması gereken ikinci soru ise; her suçun mutlaka konusunun olup olmadığıdır?

Bir örnek üzerinden gitmek faydalı olacaktır. Alman Federal Mahkemesi³⁰ bir olayda; şirketten kiralandığı aracı geri vermek üzere park yerine gelen sanık, şirket çalışanları tarafından gördüğü muamele sebebiyle öfkelenerek aracını şirket binasının girişindeki cam kapıya doğru sürmüş ve burada bulunan iki kişinin yaralanmasına sebebiyet vermiştir. Yerel Mahkeme, sanık hakkında taksirle yaralama ve trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçlarından hüküm kurmuştur. Temyiz başvurusuna konu hukuki sorun; trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma (AİCK m. 315b/1) suçunun oluşup oluşmadığı noktasındadır.

Alman Federal Mahkemesi; trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçuyla korunan hukuki değerlerin, trafiğin güvenliği (*die Sicherheit des Straßenverkehrs*) olduğunu belirtmiştir. Kamuya açık yol

²⁶ JAKOBS, s. 29, Rn. 6.

²⁷ KEÇELİOĞLU, Elvan: "Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 25, Sayı 2, s. 454.

²⁸ GROPP / SINN, s. 146, Kn. 27.

²⁹ BOCK, s. 562; ÖNOK, Murat: "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Sayı 121, s. 163.

³⁰ BGH HRRS 2012 Nr. 75. (<https://dejure.org/>, ET: 20.11.2024).

veya trafik ise suçun maddi unsuru (*objektiver Tatbestand*) olarak nitelendirilmiştir. Bu nedenle fiil, herkesin kullanabileceği ve halihazırda kullanılmakta olan bir yolda işlenmemişse veya bu nitelikte bir yerde başlamakla birlikte tehlike burada meydana gelmemişse suçun oluşmayacağı kabul edilmiştir. Somut olayda da herkesin erişimine açık şekilde yol ile bağlantısı olan ve sayısı belirsiz kişi gruplarının (olay yerindeki çok sayıda şirketin) kullanımında bulunan park, 315/b maddesinde yer alan suçun işlenebileceği yer olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık somut olayda fiil, burada başlamakla birlikte, tehlike açıkça bu park yerinde basamakla ayrılmış, mağdurların çalıştığı şirkete ait cam kapıya aracın çarpılmasıyla meydana gelmiştir. Bu nedenle fiil, kamuya açık trafikte başlamakla birlikte, kamuya açık olmayan bir yerde, yoldan ayrılmış olan şirkete ait alanda meydana gelmiştir. Bu cümleden trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun oluşmadığı değerlendirilerek temyiz başvurusunun kabulüne karar verilmiştir³¹.

Alman Federal Mahkemesinin bu değerlendirmesi istikrar kazanmış olup, işyeri, fabrika gibi büyük bir insan grubunun kullanımında bulunmayan veya serbestçe girilemeyen yerlerde gerçekleşen fiillerde, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun unsurlarının oluşmadığı sonucuna varılmaktadır³².

Burada suçla korunan hukuki değer, trafiğin güvenli şekilde akışı olarak kabul edildiği dikkate alındığında, Trafik Kanunu'na (*Straßenverkehrs-Ordnung*) atıfla; kamunun serbest erişimine açık yolun trafik şeklinde nitelendirilmesi ve bu serbest erişimin yokluğu halinde suçun maddi unsurunun oluşmayacağı ileri sürüldüğü takdirde, trafik kurallarının geçerli olduğu yer ancak suçun maddi unsurlarından konu kapsamında mütalaa edilebilir³³.

Suçun maddi unsurları; fiil, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, konu ve nitelikli haller şeklinde sınıflandırılmaktadır. Somut tehlike suçlarında, tehlikenin gerçekleşmesi ya netice ya da objektif cezalandırılabilme şartı olarak mütalaa edilir. Hatta neticeli somut tehlike suçunun varlığı da doktrinde kabul edilmektedir³⁴. Şu hâlde trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda aranan belirli bir yerin, suçun maddi unsurlarından biri içerisinde değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, bu unsur yalnızca konu olarak tezahür edebilir. Gerçekten de bir yaralama, mala zarar verme veya öldürme fiili gerçekleşmediği sürece, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda korunan hukuki değer, kişilerin güvenli bir şekilde trafikte seyretme hakkından ibarettir. Trafiğin güvenliği, korunan hukuki değer olarak telakki edilirken, trafiğin bizatihi kendisi, yani trafik kurallarının geçerli olduğu somut yer, suçun konusudur. Suçun konusu bakımından trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu, konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile benzerlik göstermektedir. Burada koruma objesi ise o sırada trafikte seyir halinde olan araçlardaki sürücülerin yaşamı, vücut bütünlüğü ve mülkiyet haklarıdır.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere; trafik güvenliğini kasten veya taksirle tehlikeye sokma suçu, doktrinde ileri sürülen aksine konusuz bir suç değildir. Nitekim 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2'nci maddesinde "*hangi yerlerin*" Karayolları Trafik Kanunu'na tabi olduğu belirtilmiştir. Trafik terimi ise; "*Yayaların, hayvanların ve araçların karayolları üzerindeki hal ve hareketleri*" şeklinde tanımlanmıştır (2918 sayılı Kanun m. 3)³⁵.

³¹ BGH HRRS 2012 Nr. 75, Rn. 6. (<https://dejure.org/>, ET: 20.11.2024).

³² BGH HRRS 2004 Nr. 523, Rn. 7. (<https://dejure.org/>, ET: 20.11.2024).

³³ AYNURAL, Ömer Metehan: *Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/3)*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 37. Konunun trafik düzeni veya güvenliği olduğu yönündeki görüş için bkz. ÖNOK, s. 163.

³⁴ KEÇELİOĞLU, s. 452; DEMİRTAŞ, s. 146; AKBULUT, Berrin: "Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2014, Cilt 9, Sayı 25 (Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğu), s. 18.

³⁵ Diğer bir görüş ise, suçun konusunun trafik olduğu yönündedir. Bkz. AYNURAL, s. 38. Ancak Karayolları Trafik Kanunu'ndaki tanım dikkate alındığında, trafik kavramı fiil içerisinde mütalaa edilebilir. Zira trafik, kişilerin belirli bir yerdeki hal ve hareketleri şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca bkz. ÖNOK, s. 164.

TCK'nın 197'nci maddesinde düzenlenen parada sahtecilik suçunda, suçun konusunun üretilen, ülkeye sokulan, nakledilen, muhafaza edilen veya tedavüle koyulan sahte para olduğu belirtilmiştir³⁶. Halbuki para, merkez bankaları tarafından belirli miktarda altına karşılık gelmek üzere basılan kâğıt veya madeni şeydir. Sahte paranın üretilmesiyle, bu kâğıdın karşılığı olan değerden bilâ bedel yararlanılmakta veya yararlanılmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle para sahte olarak basıldığında, bu para, fiil aracı olup, suçun konusu, taklit edilen paradır. Suçun konusunun, fiile öngelen bir mevcudiyetinin olduğu kabul edilirse, fiil ile ortaya çıkan şey, suçun konusunu teşkil edemez. Diğer bir anlatımla sahtesi yapılmak için hazırlık yapılan hukuken geçerli ve tedavüldeki banknot (örneğin 200 Türk lirası), bu suçun konusunu teşkil eder³⁷.

Hakaret suçunda korunan hukuki değer kişinin şerefi, toplum içindeki saygınlığı olduğu noktasında fikir birliği vardır³⁸. Ancak suçun konusu söz konusu olduğunda, suçun yöneldiği, üzerinde işlendiği bir unsura ihtiyaç vardır.

Bu noktada ileri sürülen bir görüşe göre bu suçun konusu; mağdurun kendi bakış açısına göre algıladığı etik-ahlaki, bilişsel ve sosyal düzeydeki gerçek değeri üzerindeki idraktır. Bu bağlamda şeref koruması aynı zamanda gerçeğin korunması şeklinde bir kamusal menfaat de barındırır. Zira hakaret suçu, toplum nezdinde kişi hakkındaki gerçekte var olan değer yargısı üzerinde işlenmekte, kişiye biçilen etik-ahlaki değer aşağılanmaktadır. Bu cümleden olarak onur kavramının empirik boyutu, tarihsel olarak toplumun içerisinde bulunduğu sosyal yapıya göre değişikliğe uğramakta ve bu kavramın normatif ölçümü de buna bağlı olarak değişmektedir³⁹.

Şerefe karşı işlenen suçların tamamında, soyut nitelikte olan suçla korunan hukuki değer yanında, bir de normatif şekilde ölçüme tabi tutulan bir değerlendirme vardır. İşte bu değerlendirme, kamusal nitelikte olup, tıpkı sahtecilik veya adliye karşı işlenen suçlarda olduğu gibi işlenen fiil ile hukuken aykırı şekilde zedelenmektedir. Bu şekilde kişinin kendisi hakkındaki algısı ve toplum içerisindeki itibarı yanlış bir değerlendirmeye maruz kalmaktadır⁴⁰.

Hakaret suçunu düzenleyen 125'inci maddenin gerekçesinde de suçun oluşup oluşmadığının belirlenmesinde toplumsal telakkilerin dikkate alınacağı belirtilmiştir:

“Dikkat edilmelidir ki; davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Kişiyi onu toplum nazarında küçük düşürmek amacıyla yönelik olarak belli bir siyasî kanaatin isnat edilmesi hâlinde de hakaret suçu oluşur. Örneğin, bir kişiye ‘faşist’, ‘komünist’ veya ‘mürteci’ demekle, hakaret suçu işlenmiş olur. Bir kişiye yönelik söylenen sözün veya bulunulan davranışın o kişiyi küçük düşürücü nitelikte olup olmadığını tayin ederken, toplumda hâkim olan telâkkileri, örf ve âdetleri göz önünde bulundurmamak gerekir”.

Kanaatimizce suçun konusu, tıpkı neticenin aranmadığı suç tiplerinde olduğu gibi ceza normunda hareketin kendisine yönelmesinin aranması halinde suçun kurucu unsurunu teşkil eder. Bu durumda suçun konusu, hareketin kendisine yönelmesinin arandığı kişi, eşya veya soyut şeydir. Suçun konusunun mutlaka maddi nitelikte olması gerektiği yönündeki düşünceye iştirak etmiyoruz. Bu düşüncenin gerekçesi, özellikle hareketin belirli bir yere veya soyut bir şeye yönelmesinin arandığı suç tiplerinde mündemiçtir. Örneğin konut dokunulmazlığını ihlal suçunda hareket, mesken olarak kullanılan ve

³⁶ MERAKLI, Serkan: “Parada Sahtecilik Suçu (TCK m. 197)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2020, Cilt 26, Sayı 2, s. 751.

³⁷ EREM, s. 13. Aksi yönde bkz. ÖLMEZ, s. 81.

³⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 501; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 545; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, *Kişilere Karşı*, s. 243.

³⁹ FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch*, 66. Baskı, C.H. Beck, München, 2019, Vor. 185-200, s. 1342, Rn. 5a.

⁴⁰ AYDIN, Devrim: “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 881.

konut olarak nitelendirilebilecek taşınmaza yönelmektedir. Tehlikeye maruz bırakılan ise kişinin mesken içerisindeki huzur ve sükûnudur⁴¹. Soyut şey açısından verilebilecek örneklerden biri ise hakaret suçundaki “şeref”tir. Keza “sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme” suçundaki (m. 244) veridir. Bu gerekçeyle suçun konusunun dar bir şekilde anlaşılması gerektiğini kabul ediyoruz⁴². Buna karşılık özellikle ceza normunda hareketin yapılması neticesinde bir şeyin ortaya çıkması ve bu “üretme” şeklindeki davranışın tipik addedilmesi halinde, hareketin konusunun bulunmadığı söylenebilir. Örneğin 204’üncü maddede yer alan “sahte resmî belge düzenlemek” seçimlik hareketinde veya uyuşturucu veya uyarıcı madde üretmek (m. 188/1) suçunda hareketin konusu yoktur⁴³.

IV. SUÇUN KONUSUNUN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

Suç tanımının başlangıç noktası ve suçların ihdas amacı hukuki değerlerin korunmasıdır. Hukuki değerler, anayasa ile güvence altına alınan hak ve hürriyetler ile ceza hukukuyla korunmaya layık topluma ait menfaatlerdir⁴⁴.

Yaşama hakkı, kişi özgürlüğü ve mülkiyet gibi anayasalarda da güvence altına alınan hukuki değerler, bireye ait alt bir grup meydana getirirken, bireysel yanı bulunmayan hukuki değerler (örneğin Anayasal Düzen, Paranın Gerçek Değeri) genele ait (*Rechtsgüter der Gesamtheit*) hukuki değerler olarak kabul edilmektedir. Bu tür genele ait kabul edilen hukuki değerler dahi dolaylı yoldan bireyin haklarını koruma amacını matuftur⁴⁵.

Gerçekten de hukuki değerlerin sınıflandırılması ve alt gruplara ayrılması mümkündür. Örneğin aynı haklar ve buna bağlı olan diğer haklar (kullanma, yararlanma, zilyetliğin korunması gibi) mülkiyet hakkı altında toplanır. Her biri, ceza normunda yasaklanan davranışın belirlenmesinde ayrı bir rol oynar. Bu ayrımın önemi, meşru savunmada saldırının bir hakka yönelmiş olması, rızada kimin rıza gösterme yetkisinin bulunduğu ve ceza muhakemesinde mağdur veya suçtan zarar görenin belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır⁴⁶.

Suçla korunan hukuki değer, tipiklik içerisinde yer almamaktadır. Buna karşılık suçun konusu, suç tipinde arandığı takdirde suçun maddi unsurlarından birini teşkil eder. Bu nedenle iki kavramın ayrımı, önem arz eder.

Bir görüş, suçla korunan hukuki değer somut olmadığını kabul etmekle birlikte salt ideal kavramlar şeklinde de telakki edilemeyeceğini, sosyal anlamda varlığa sahip değerler olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple hukuki değer, suç teşkil eden fiil ile zarar veya tehlikeye maruz bırakılabilir. Örneğin sahtecilik suçlarında ispata yarayan belgeye duyulan güven, hakaret suçunda kişinin toplum içindeki saygınlığı, şerefi, sosyal bir gerçekliğe sahip olup tipik fiil ile efektif şekilde zarara uğratılabilir⁴⁷.

⁴¹ RENGIER, *BT II*, s. 294, Kn. 1.

⁴² Hareketin konusunu, objektif olarak algılanabilir bir gerçeklik şeklinde tarif eden ve bu suretle mutlaka maddi bünyeye sahip olması gerektiğini savunan görüş için bkz. SARITAŞ, s. 213. Tehdit suçunda kişinin iç huzurunun suçun konusunu teşkil ettiği yönünde bkz. ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024 (Özel Hükümler), s. 395

⁴³ *Maden* ise hareketin konusunu uyuşturucu madde olarak kabul etmekte, ancak haklı olarak tehlikeye maruz bırakılanın bu konu olmadığını belirtmektedir. Bkz. MADEN, s. 158.

⁴⁴ JESCHECK / WEIGEND, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 256; ÜNVER, s. 37.

⁴⁵ JESCHECK / WEIGEND, s. 259; WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht*, 3. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin, 1954, s. 4; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 231. Suçların koruduğu hukuki değerlerin tümünün bireye ait olduğu yönünde bkz. KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Genel Hükümler), s. 119.

⁴⁶ JESCHECK / WEIGEND, s. 259; BINDING, Karl: *Die Normen und ihre Übertretung eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Band I, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1872, s. 196; FREUND / ROSTALSKI, s. 106, Kn. 49.

⁴⁷ ROXIN / GRECO, s. 67, Rn. 66; WELZEL, s. 4; EVİK, Vesile Sonay: *Tehlike Suçları*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998, s. 31.

Bir müellife göre⁴⁸ ceza hukukuyla korunan hukuki değerlere, harici bir davranış ile saldırlamaz. Hukuki değere yönelik saldırı, ancak davranışa verilen anlam ile mümkündür. Fiil ceza hukuku, bir suçun ancak harici ve bir anlama sahip olayın gerçekleşmesini gerektirir. Bu nedenle harici davranışın yöneldiği kişi veya nesne (davranışın konusu: *Handlungsobjekt*), ceza hukuku ile korunan değerden ayrılmalıdır.

Jakobs'a göre suçun konusunun saldırı objesi olarak da ele alınabilmesi için konunun, kanun koyucu tarafından ilgili suç tipinde bir değer negatif şeklinde tanımlanmamış olması gerekir. Örneğin bir resmî belgenin (TCK m. 204) veya paranın (TCK m. 197) sahtesinin üretilmesi, kişi hakkında gerçeğe aykırı isnatta bulunulması (TCK m. 125) gibi suçlarda, davranışın konusu, bir değer negatiftir, yani gerçeğe aykırı beyandır. Bunun haricinde fiilin yöneldiği şey, saldırı objesidir. Örneğin görevi yaptırmamak için direnme suçunda suçun konusu (saldırı obje mi süje mi) kamu görevlisidir⁴⁹.

Suçla korunan hukuki değer, duyu organlarıyla algılanabilen bir kavram olmayıp, toplumsal düzenin anlam yüklediği refah, güvenlik ve var olmanın onuru şeklinde tezahür eden soyut değerlerdir. Tipik fiilin üzerinde gerçekleştirildiği konu ise davranış veya saldırı objesidir. Bu obje, bir kişinin hayatı, hakaret suçunda olduğu gibi sosyal değer, eşya, gerçek bir durum (zilyetlik) gibi farklı şekillerde belirebilir⁵⁰. Hukuki değer ve davranışın konusu arasında fikri değer ile bu değer tezahür ilişkisi mevcuttur. Ancak ikisi birbirinden farklıdır. Netice haksızlığı, suçun konusunun gerçek manada fiilden etkilenişinde yatmaktadır. İşlenen fiil ile hukuki değer yadsınabilir ve davranışın konusu biçiminde saldırıya uğrayabilir, ancak gerçek manada ihlal edilemez⁵¹.

Bu noktada karşımıza çıkan diğer bir kavram ise koruma objesidir (*Schutzobjekt*)⁵². Bu kavramı, hukuki değer konusu şeklinde sınıflandırmaya tabi tutan görüş de mevcuttur⁵³. Kavrama yüklenen anlam; tehlike veya zarar suçu ayırımında esas itibarıyla hareketin konusunun değil, hukuki değer koruma altına aldığı konunun maruz bırakılmasıdır. Böylece ceza normunda hareketin konusuna böyle bir fonksiyon yüklenirse dahi tehlike suçu-zarar suçu ayırımında bir çelişki hasil olmayacaktır⁵⁴. Bu bağlamda hareketin yönelmesinin arandığı konudan farklı olarak koruma objesi, hareketin yapılması veya yapılmamasına ilişkin yasakla suç tipinde özen talebine konu edilen şeydir. Klasik suç tiplerinde, örneğin kasten öldürme ve yaralama, belirli bir kişinin hayatı, belirli bir kişinin vücut bütünlüğü bu özen talebinin konusunu teşkil eder. Hareketin konusu ise belirli bir kişinin canlı vücududur⁵⁵.

Çocuk düşürme (TCK m. 99) ve çocuk düşürme (TCK m. 100) suçları söz konusu olduğunda, hareketin konusu her zaman anne karnındaki cenindir. Eğer koruma objesi yalnızca ceninin hayatı ise o zaman yalnızca ceninin öldürülmesi suç kapsamına girer; gebeliğin son bulması için ceninin anne karnında öldürülmesi ya da cenin henüz rahmin dışında yaşayamadığı için kürtajla öldürülmesi fark etmez. Bununla birlikte, koruma objesi hem ceninin hayatı hem de rahim içi varlığı ise, o zaman sadece cenin öldürülmesi değil, aynı zamanda ölüp ölmediğine bakılmaksızın rahimden erken atılması da cezalandırılabilir⁵⁶. Bu örnek hareketin konusu ile koruma objesi farkına ilişkin tanımlama bakımından önem arz eder.

Belgede sahtecilik suçunda, gerçek bir belgeyi gerçeğe aykırı şekilde değiştirmek, gerçek bir belgeyi bozmak veya yok etmek şeklindeki hareketlerin, gerçek bir belgeye yöneldiği hususunda bir şüp-

⁴⁸ JAKOBS, s. 29, Rn. 5.

⁴⁹ JAKOBS, s. 29, Rn. 5.

⁵⁰ JESCHECK / WEIGEND, s. 259; ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 130.

⁵¹ JESCHECK / WEIGEND, s. 260; KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 119.

⁵² WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 12, Kn. 42; ZIESCHANG, s. 170. Örneğin kişinin hatrasına hakaret suçunda, ölmüş kişinin de bir onuru olduğunu ve bu kişinin onurunun koruma objesi teşkil ettiğini belirten görüş için bkz. WELZEL, s. 227.

⁵³ ÜNVER, s. 133.

⁵⁴ DEMİRTAŞ, s. 147.

⁵⁵ OPPENHEIM, s. 161; KEÇELİOĞLU, s. 452.

⁵⁶ OPPENHEIM, s. 162.

he yoktur. Burada belgenin içerdiği irade beyanının sahihliği ve hukuken ihtiva ettiği delil olma vasfı zarar görmekte veya tehlikeye düşürülmektedir⁵⁷.

Bununla birlikte gerçeğe aykırı belge düzenleme suçunda, harekete takaddüm eden, ondan önce gelen ve hareketin yönelmesinin arandığı bir belge yoktur. Aksine hareket, gerçekliğe, diğer bir anlamıyla kamunun belirli yöndeki bir olguya duyduğu güvene yönelmektedir⁵⁸. Bir görüş, buradaki belgenin, suçun konusundan başka bir şey olmadığını ancak suçun korumaya aldığı objenin belge olmadığını belirtmektedir⁵⁹.

Birden çok evlilik suçunda, korunan hukuki değer aile düzenidir. Koruma objesi ise tek eşli evliliği kabul eden kamu düzenidir⁶⁰.

Örneğin *Wessels / Beulke / Satzger*, tehlike suçlarını tanımlarken, burada tehlikeye maruz bırakılanın, suçun maddi unsurları arasında yer alan koruma objesinden ibaret olduğunu belirtmektedir⁶¹. Benzer şekilde görevi yaptırmamak için direnme suçunda, hareketin yönelmesi gereken konuyu kamu görevlisi olarak tanımlayan bir müellif, görevin hukuka aykırı olması durumunda fiilin kanuni tipte yer alan koruma objesiyle karşılaşmaması sebebiyle suçun oluşmayacağını belirtmektedir⁶².

Koruma objesi kavramı, soyut nitelikteki korunan hukuki değer suçun konusu üzerinde belirlenmesi ve adeta müşahhas hale gelmesini ifade etmektedir. Normalde birbiriyle kesişim arz etmeyen bu iki kavram, ilgili suç tipinde korunan hukuki değer suçun konusu üzerinde tezahür etmesi ve onunla anlam kazanması halinde iç içe geçmekte ve suçun konusu, salt hareketin yöneldiği değil aynı zamanda suçla korunan obje haline gelmektedir. Örneğin kasten öldürme suçunda korunan hukuki değer yaşama hakkı iken, hukuki değer taşıyıcısı olan mağdurun yaşayan vücudu, bu hukuki değeri de barındırmakta ve mağdurun hayatının sonlandırılması ile bireye ait hukuki değer de zarara uğramaktadır⁶³.

Diğer bir tasnife göre; suç tipinde hareketin yöneldiği konu, yani hareketin konusu, suçun konusu ve suçla korunan hukuki değerden yalnızca hareketin konusu tipiklik açısından kurucu bir unsur teşkil eder. Bir bütün olarak suç teşkil eden fiilin zarar veya tehlikeye maruz bıraktığı yarar tipleri, suçun konusuna vücut verir. Hukuki değer ise ideal ve soyut bir kavram olarak ihlal edilebilir, ancak zarar veya tehlikeye maruz bırakılamaz⁶⁴. Aynı müellife göre her suçun bir konusu olmakla birlikte, kanuni tipte hareketin konusuna yer verilmemesi mümkündür. Örneğin suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüt üye olma suçunda (TCK m. 220/2), hareketin konusu suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüt iken suçun konusu kamu düzeni, barışı ve güvenliğidir. Buna karşılık hükümlünün veya tutuklunun kaçması suçunda (TCK m. 292) hareketin konusu yoktur⁶⁵.

Koruma objesini, bir fiilin cezalandırılmaya müstahak olmasını gerekçelendiren ve hukuki değere eş kabul eden görüş de mevcuttur. Buna göre hırsızlık suçunda fiil, başkasına ait taşınır eşyaya yönelir ancak koruma objesi, mülkiyet hakkının bir sonucu olarak eşya üzerinde dilediğince tasarruf edebilme

⁵⁷ YOKUŞ SEVÜK, Handan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 732; RENGIER, *BT II*, s. 335, Kn. 1; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 775.

⁵⁸ Burada suçun konusunun, gerçeğe aykırı olan ve hareket ile maddi bir hüviyet kazanmış irade beyanı olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. GROPP / SINN, s. 146, Rn. 23.

⁵⁹ OPPENHEIM, s. 159.

⁶⁰ WELZEL, s. 309. Evlilik kurumunun ciddiyeti ve tek eşliliğinde korunduğu yönünde bkz. ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 894.

⁶¹ WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 13, Kn. 43.

⁶² JAKOBS, s. 137, Rn. 65.

⁶³ GROPP / SINN, s. 513, Rn. 66.

⁶⁴ SARITAŞ, s. 147 vd.

⁶⁵ SARITAŞ, s. 148; DEMİRTAŞ, s. 149.

yetkisidir⁶⁶. Bir hukuki değer, hak olarak kişiye aidiyetini kabul ettiğimizde bu salt soyut bir değerden ibaret olmayacak, hukuk düzenince kişinin ceza hukuku anlamında korunan hukuki değeri talep etme yetkisini de barındıracaktır⁶⁷. Ceza normunda özen talebinin konusunu teşkil eden bu objenin tehlikeye düşürülmesi veya zarara uğratılması mümkündür. Yaşama hakkı, genel olarak Anayasa’da güvence altına alınmıştır. Bir kişiye saldırı olduğunda, bu kişi bakımından hem hayatının tehlikeye karşı korunması hem de ölümüne yol açacak bir sonraki aşamayı teşkil eden zarara karşı korunması gerekir. Bu sebeple müşahhas kişiye ait yaşama hakkı, koruma objesi olup, hukuki değerle bağlantılıdır⁶⁸.

Suçun konusuyla, fiil aracı farklı kavramlardır. Suçun işlenebilmesi için kullanılan araç, suçun konusu olmayıp, suçun konusu üzerinde işlenecek fiili kolaylaştırmak veya mümkün kılmak için kullanılan şeydir. Örneğin dolandırıcılık (TCK m. 158) suçunda suçun konusu, mağdurun fesada uğratılmış iradeye dayalı olarak teslim ettiği malvarlığı değeri iken, suçta kullanılan sahte belge veya bir bilgisayar programı, fiil aracı niteliğindedir⁶⁹.

Kanun koyucu, suçun konusunda olduğu gibi fiil aracına ilişkin nitelikli haller öngörebilir. Hırsızlık suçunun “adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılan eşya hakkında işlenmesi (m. 142/1-e)” konuya ilişkin nitelikli hal teşkil ederken, “taklit anahtar ya da diğer kilit açmaya yarayan alet kullanılarak işlenmesi (m. 142/2-d)”, fiil aracına ilişkin nitelikli haldir.

V. TEHLİKE SUÇU-ZARAR SUÇU AYRIMINDA SUÇUN KONUSUNUN FONKSİYONU

Failin hareketinin yöneldiği konu veya bir başka kabule göre suçla korunan hukuki değer (*Rechtsgut*) ya da koruma objesi (*Schutzobjekt*) üzerindeki etkisinin yoğunluğuna göre suçlar, tehlike ve zarar suçu ayrimına tabi tutulmuştur. Diğer bir anlatımla suçun işlenmesiyle ya bir tehlike ya da bir zarar meydana gelir⁷⁰.

Tehlike veya zarar şeklindeki etkinin, ne üzerinde husule geldiğinin ortaya koyulması, doğrudan suçun konusu ile ilgili bir sorun teşkil etmektedir. Zira Türk doktrininde genel kabul gören görüş, bu etkinin suçun konusu üzerinde ortaya çıktığını ileri sürmektedir⁷¹.

Kural olarak ceza kanunundaki suç tipleri, kasten işlenebilen, neticeli suçlardır. Ancak nüfusun artması, toplumun kalabalıklaşması, şehirlere göçün artması sebebiyle toplumsal düzenin korunması için çok sayıda tehlike suçu ihdas edilmeye başlanmış ve hukuki değerlerin koruma sahası, neticenin gerçekleşmesine ihtiyaç duyulmaksızın genişletilmiştir. Belirtelim ki tehlike suçlarının çok fazla ihdas edilmesi, ceza hukukunun son çare olması ilkesini ihlal etme riskini de doğurmaktadır. Zira salt fiilin cezalandırıldığı bu suç tiplerinde, netice haksızlığı aranmamakta, fiilin işlenmesiyle suç tamamlanmaktadır⁷².

Zarar, koruma objesi veya konu üzerinde hareketten ayrılabilen, insan tarafından algılanabilen ve gerçek bir kötüleştirmeye meydana getiren etkidir. Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere zararın mutlaka

⁶⁶ HARRO, Otto: *Grundkurs Strafrecht*, 7. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2004, s. 8, Kn. 42.

⁶⁷ MADEN, s. 159.

⁶⁸ ÜNVER, s. 128; KEÇELİOĞLU, s. 453.

⁶⁹ AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 434.

⁷⁰ WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 12, Kn. 40; DEMİRBAŞ, s. 266; KEÇELİOĞLU, s. 444.

⁷¹ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 398; AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 435; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 216, Kn. 359; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 220; ÜNAL, s. 165. Ayrıca bkz. KREY / ESSER, s. 95, Kn. 221.

⁷² Soyut tehlike suçlarını, “Basit Suç” (*schlichte Tätigkeitsdelikte*) olarak adlandıran görüş için bkz. KREY / ESSER, s. 96, Kn. 224; ÜNVER, s. 951. Doktrinde bir görüş, her suçta mutlaka bir neticenin bulunduğunu, zarar veya tehlikenin de neticenin tezahür şekilleri olduğunu ileri sürmektedir. Bizim de iştirak ettiğimiz görüş ise fiil haksızlığı ile netice haksızlığını ayırmakta ve sırf hareket suçlarında ve objektif cezalandırılabilme şartı niteliğinde somut tehlike aranan suçlarda netice bulunmadığını kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BULUT, s. 154; WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 9, Kn. 29.

ekonomik bir ölçüme tabi tutulabilmesi aranmaz. Kişinin sağlığının veya psikolojinin bozulması veya bir bilişim sistemindeki verinin kaybolması ya da bozulması da zarardır⁷³.

Tehlike ise yakın bir zarar ihtimali olup, zarar ile arasında basamak ilişkisi mevcuttur. Benzer bir ilişki tehlike suçları arasında da vardır⁷⁴.

Tehlike suçlarını üçe ayırmak mümkündür: (1) Soyut Tehlike Suçları, (2) Somut Tehlike Suçları, (3) Soyut-somut Tehlike Suçları.

Tehlikenin, tipik fiilin işlenmesiyle gerçekleştiğinin kabul edildiği soyut tehlike suçlarında, tehlike bir unsur olarak suç tanımında yer almaz. Kanun koyucu, hukuki değerın daha etkin korunabilmesi amacıyla cezalandırılabilirliği öne çekerek hareketin gerçekleştirilmesini yeterli görmektedir. Burada koruma objesi üzerinde meydana gelen yakın bir zarar ihtimali de aranmaz⁷⁵.

Somut tehlike suçlarında, tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği hususu, hâkim tarafından normatif şekilde belirlenir. Bu nedendir ki bazı müellifler, somut tehlikenin de zarar ihtimali şeklinde ortaya çıkan bir netice olarak ele alınması gerektiğini savunmakta ve bunu kastın kapsamında mütalaa etmektedir⁷⁶. Buna göre zarar, dışarıdan gözlemlenebilir bir netice iken, somut tehlike normatif değerlendirme ile tespit edilmesi gereken yakın zarar ihtimalidir⁷⁷.

Potansiyel veya soyut-somut tehlike olarak adlandırılan suç tiplerinde, somut tehlike suçlarındaki tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin normatif olarak hâkim tarafından belirlenmesi gerekmemekte, fakat fiilin cezalandırılabilmesi, en azından somut bir tehlikeyi gerçekleştirme potansiyelinin mevcudiyetine bağlanmaktadır. İhtiva ettiği bu özellik, potansiyel tehlike suçlarını, soyut tehlike suçları kategorisine sokmaktadır⁷⁸.

Tehlike veya zararın yöneldiği ya da üzerinde meydana geldiği kurumun niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Birinci görüş, kanuni tiplerle korunan hukuki değeri esas alarak, tipik fiilin hukuki değer üzerinde bir zarar meydana getirmesinin arandığı hallerde zarar suçunun, böyle bir zarar aranmaksızın korunan hukuki değerin tehlikeye maruz bırakılmasının yeterli görüldüğü suç tiplerinde ise tehlike suçunun oluşacağını kabul etmektedir⁷⁹. Örneğin dolandırıcılık suçunda, mağdurun uğradığı zarar hem suçun konusunu hem de zarara uğrayan mülkiyet hakkını oluşturmaktadır. Bu nedenle bazı suç tiplerinde suçun konusu ve korunan hukuki değer kesişebilmektedir⁸⁰.

Tehlike suçu ve zarar suçu ayırımında, bazı yazarlar suçun konusunun hareketten etkilenme derecesine göre nitelendirme yapmaktadır⁸¹. Bu görüşü kabul edenlere göre; işlenen suçla, hukuki değer ihlal edilir. Ancak bu ihlal, tehlike veya zarar şeklinde tezahür etmez. Tehlikeye maruz bırakılan veya zarara uğrayan, suçun konusudur. Bu görüşü savunanlarca soyut ve ideal kavramlar olarak telakki edilen hukuki değer, her suçta mevcut olup, suçun ihdas edilmesindeki esas gaye, hukuki değerlerin

⁷³ ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 221; RENGIER, *AT*, s. 55, Rn. 9.

⁷⁴ ZIESCHANG, Frank: *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, s. 22; DEMİRBAŞ, s. 267.

⁷⁵ AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 360; RENGIER, *AT*, s. 56, Rn. 11; ÜNAL, s. 259; HAKERİ, s. 166.

⁷⁶ Bir görüşe göre buradaki somut tehlike, suçun konusu üzerinde meydana gelen neticeden ibarettir. Bkz. KINDHÄUSER, Urs: *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989 (Gefährdung), s. 189; WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 13, Kn. 43. Somut tehlikenin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu yönünde Bkz. ÜNAL, s. 234. Zarar suçlarının mutlaka neticeli suç olması gerektiği yönünde bkz. ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 221; HAKERİ, s. 166.

⁷⁷ RENGIER, *AT*, s. 56, Kn. 10; ÜNAL, s. 34. *Demirbaş* ise somut tehlikeyi, gerçek zarar tehlikesi şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. DEMİRBAŞ, s. 267.

⁷⁸ WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 13, Kn. 45; AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 360; ROXIN / GRECO, s. 438, Rn. 124.

⁷⁹ ZIESCHANG, s. 23.

⁸⁰ ROXIN / GRECO, s. 66, Kn. 65; KINDHÄUSER, *AT*, s. 68, Kn. 20.

⁸¹ AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 435; ERSOY, Uğur: "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, Sayı 41, s. 33.

korunmasıdır. Bu nedenle her suç, bir hukuki değeri ihlal eder. Ancak hukuki değerın zarara veya tehlikeye uğratılması söz konusu değildir⁸².

Suçla korunan hukuki değerin, soyut ve sosyal bir anlamı olduğundan yalnızca ihlal edilebileceğini, zarara veya tehlikeye maruz bırakılamayacağını savunan görüş, tehlike suçu-zarar suçu ayırımında suçun konusunun hareketten etkileniş derecesine göre belirleme yapılabileceğini savunmaktadır. İdealar dünyasına ait olan hukuki değer, zarara uğratılamaz⁸³. Ancak bu görüşteki müelliflerden *Koca / Üzülmez*, tüketen norm-tüketilen norm ilişkisini açıklarken; “bazı normların koruduğu hukuki değerleri ortak bir şekilde korumak ve dolayısıyla bu değerlere zarar veren fiillere tek ceza öngörmek suretiyle” görünüşte içtima ilişkisinin tesis edildiğini belirtmektedir⁸⁴.

Özgenç’e göre; suçun konusu hareketin yöneldiği eşya veya şahsın fiziki yapısıdır. Suçun maddi unsurlarından olan konu ile fiilin ihlal ettiği soyut nitelikteki hukuki değer farklı kavramlardır. Kasten öldürme suçunda da suçla korunan hukuki değer, genel nitelikteki yaşama hakkı olup, suçun mağdurunun hayatı ise suçun konusunu teşkil eder⁸⁵.

Suçun konusunu dar anlamda suçun konusu ve mantıki konu (*Objekt im logischen Sinn*) şeklinde ikili ayrıma tabi tutan görüş de mevcuttur⁸⁶. Buna göre dış dünyada beş duyu organı ile algılanabilen ve maddi varlığa sahip şeyler, suçun dar anlamda konusunu, yani hareketin konusunu teşkil eder. Suçun mantıki konusu ise insan bilinci tarafından algılanabilen ve kendisine değer atfedilerek hareketin yönelmesinin kabul edildiği her şeydir⁸⁷. Bu tanıma göre salt geçmişteki değil, gelecekte gerçekleşebilecek olgular dahi kendisine bir anlam atfedilebildiği ölçüde suçun konusuna vücut verebilir. Bu müellif de hareketin konusu ile mantıki konunun aynı olmadığını savunmaktadır.

Krey / Esser’e göre, zarar suçları, doğal anlamda neticeli suçlar olup, hareketin konusu üzerinde gerçek anlamda bir zararın meydana geldiği suçlardır. Somut tehlike suçlarında ise tehlike, kişiye ait yaşama, mülkiyet, vücut dokunulmazlığı gibi hukuki değerler üzerinde ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde zarar suçu ve tehlike suçu arasında bir ayrıma gidilmektedir⁸⁸.

Bir müellife göre; soyut nitelikteki hukuki değerler, genel-geçer nitelikte olup doğrudan hareket ile zarar veya tehlikeye düşürülmezler. Örneğin yaşama hakkı, toplumsal açıdan idealar dünyasına ait bir değerdir. Ancak bu hakkın bir kişi özelinde ele alınması halinde, o kişinin hayatı tehlike veya zarara maruz bırakılabilecektir. İşte bu şekilde ceza hukuku ile bağlantı için az ya da çok idealize edilmiş değerlerin farklı seviyeleri tanımlanabilir⁸⁹.

Bu tanım için de müellif tarafından basamaklar öngörülmüştür. Birinci basamakta bir değer taşıyıcısından bağımsız tamamen soyut ve ideal, toplumun ceza hukuku ile korunmasını talep ettiği değer yer almaktadır. Değerlendirmenin odak noktasını ve değerın gerçek hayattaki somut karşılığını belirlemek için kriter buradaki değerdir. Ceza normunun korunmasıyla hukuki değer şeklini alan bu kurum, nedensellik bağı içerisinde bir zarara maruz bırakılamaz. Mülkiyet, yaşama hakkı ve irade hürriyeti, bu değerlerdendir⁹⁰.

⁸² ERSOY, s. 34.

⁸³ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 119.

⁸⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, *Genel Hükümler*, s. 563.

⁸⁵ ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, s. 220.

⁸⁶ OPPENHEIM, s. 79.

⁸⁷ OPPENHEIM, s. 79.

⁸⁸ KREY / ESSER, s. 96, Kn. 222.

⁸⁹ SUHR, s. 306.

⁹⁰ SUHR, s. 307.

İkinci aşamada bu değer, bir hukuki değer taşıyıcısına izafe edilir. Ceza hukuku salt hayatı korumaz. Ceza normundaki hayat, mülkiyet, irade hürriyeti vb. ise kişilere aittir⁹¹.

Üçüncü aşamada soyut nitelikteki hukuki değerın dış dünyaya ait kanuni tipte tanımlanan bir obje ile maddileştirilmesi söz konusudur⁹². Ceza Kanunu'nda yer alan birçok suç tipinde suçun konusu, hukuki değeri de temsil eder. Örneğın bir değer olan mülkiyet, hırsızlık suçundaki başkasına ait taşınır eşya ile; vücut dokunulmazlığı bir kişinin vücudu ile temsil edilir. Bu da korunan hukuki değer ile suçun konusunun; ide ve tezahürü şeklindeki tanımla örtüşmektedir. Buradaki tanıma uygun şekilde tezahür eden hukuki değerler, suçun konusu gibi zarar suçu veya tehlike suçu vasfının belirlenmesinde esas alınır⁹³.

Korunan hukuki değerin kişiye ait olması, ona bir talep hakkı verir. Bu talebin konusunun sonlandırılması ya da sınırlandırılması bir zarardır. Buna paralel şekilde kişiye ait ceza hukukuyla korunan menfaate ilişkin talep hakkının tehlikeye maruz bırakılması ise somut tehlike suçuna vücut verir⁹⁴. Soyut tehlike suçlarında ise suç tanımındaki hareketin yapılmasıyla tehlike gerçekleşmiş sayılmaktadır. Soyut tehlike suçlarında, kural olarak genele ait olmakla birlikte kişilere ait ceza hukukuyla korunan hukuki değerler de söz konusu olabilir. Bu çerçevede bir kişinin mülkiyetine veya zilyetliğine sahip olduğu eşyanın üzerinde, kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme hakkı, o malın rızası dışında elinden alınmasıyla sonlanmaktadır. Sonlanan şey, malın maddi varlığı değil, o mal üzerindeki kişiye bahşedilen haktır. Bu nedenle biz, hukuki değerin tamamen ideal nitelikte kişiler üstü bir kavram olduğu, zarar ve tehlikeye maruz bırakılmayacağı görüşüne iştirak etmiyoruz⁹⁵.

İştirak ettiğimiz görüşü destekleyen diğer bir hüküm de meşru savunmanın düzenlendiği 25'inci maddedir. Burada gerek kendisine gerekse de bir başkasına ait hakka yönelmiş saldırı ibaresi kullanılmıştır. Bu hükümlerle, hakkın saldırıya uğrayabileceği kabul edilmiş, ikinci fıkradaki zorunluluk haliyle de hak, yani hukuki değer açısından maruz kalınan tehlikeden bahsedilmiştir⁹⁶.

Bireye ait hukuki değerler ile genele ait hukuki değerler arasındaki fark da yukarıdaki kabulde yatmaktadır. Genele ait hukuki değerler aslında toplumu oluşturan her bir kişinin talep etme hakkının tek bir ifadesidir⁹⁷. Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, toplumdaki herkes tarafından talep edilebilir. Buna karşılık sağlıklı çevrenin konusunu teşkil eden küçük bir kara parçasına ya da suya bırakılan atıkla bu talep hakkı sadece o yerle sınırlı olarak kısıtlanmakta, sona ermemektedir. Bu da bu suç tiplerinin tehlike suçu olma vasfını beraberinde getirmektedir. Bu hususta somut bir örnek olarak 238'inci madde gösterilebilir. Burada suçun konusu; "kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinler"dir. Suçun konusunun ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olma şeklinde bir netice aranmıştır. Bununla birlikte bu suç, neticeli bir soyut tehlike suçudur⁹⁸.

Netice ile tehlike suçu-zarar suçu ayırımını karıştırmamak gerektiği kanaatindeyiz. Bir suç tipi, zarar suçu olmasına rağmen sırf hareket suçu niteliğinde düzenlenebilir. Netice ise hareketten ayrılabil-

⁹¹ SUHR, s. 307.

⁹² JAKOBS, s. 566, Rn. 17.

⁹³ SUHR, s. 307.

⁹⁴ MADEN, s. 159. Suçun konusunu, ceza normunun getirdiği yasak şeklinde ele alan bir müellif, hareketin konusu olarak adlandırdığımız terimi, tanımlamanın konusu (*Definitionobjekt*) şeklinde nitelendirmektedir. Buna göre normun ihlalden ibaret olan suç açısından konu, objektif nitelikteki hukukun/hakkın ihlalidir. Her suçla tehlikeye veya zarara maruz kalan ise normun öznesidir. Normun öznesi her zaman tanımlamanın konusu ile eşdeğer değildir. Bu nedenle suç dikkatli incelendiğinde birden fazla konunun varlığı ortaya çıkmaktadır. Şikâyet ve rıza gibi kurumların varlığı da buna işaret etmektedir. Bkz. OPPENHEIM, s. 150.

⁹⁵ ÜNVER, s. 948. Aksi yönde bkz. SARITAŞ, s. 145.

⁹⁶ KÜHL, Kristian: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Baskı, Vahlen, München, 2012, s. 249, Kn. 38.

⁹⁷ RENGIER, *BT II*, s. 1, Kn. 2. Burada belirli kişi veya kişi gruplarına ait hukuki değerleri, kişisel hukuki değerler, belirsiz kişilere ait hukuki değerleri ise genele ait hukuki değerler şeklinde tarif eden görüş de mevcuttur. Bkz. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, s. 144.

⁹⁸ Diğer bir görüş ise suçun konusunun, taahhüt edilen ve yerine getirilmeyen iş olduğunu, zorunlu eşya veya besinlerin yokluğunun objektif cezalandırılabilme şartı teşkil ettiğini belirtmektedir. Bkz. AKBULUT, *Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğu*, s. 16. Bir müellif buradaki önemli ölçüde azaltmanın, zarar olmadığını, bu nedenle konuya zarar verilmese dahi fiilin cezalandırıldığını belirtmektedir. Bkz. ORHAN, s. 109 vd. İfade edelim ki önemli ölçüde azaltmanın da bir zarar olduğunu mütalaa ediyoruz. Buna rağmen suç tipi, zarar suçu değildir.

len, suç tipinde aranması halinde tipikliğin kurucu unsurlarından birini teşkil eden ve dış dünyada algılanabilen ontolojik bir kavramdır. Örneğin kasten öldürme suçunun dayanak noktası, kişilerin yaşama hakkına ilişkin davranış normudur. Suç tipinde düzenlenen ise bu davranış normunun ihlalidir. Bu suç tipinde düzenlenen netice olan kişinin ölmesi, dış dünyada gözlemlenebilir, normdan bağımsız şekilde gerçekliğe sahip bir harici olaydır⁹⁹.

Konunun, suça teşebbüs bağlamında da ele alındığı görülmektedir. Teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin kabul edilen karma teoriyi esas alan müelliflerden bazıları, tamamlanmış suçun, hukuki değer korumaya aldığı vücut, yaşam, hareket hürriyeti gibi gerçek konular üzerinde etki doğurduğunu, teşebbüste ise soyut ve ideal manadaki hukuki değerlerin etkilenmesi sebebiyle failin cezalandırıldığı belirtilmektedir. Burada da hukuki değer objesi veya hukuki değer koruma objesi ve hukuki değer ayrımı yapılmıştır¹⁰⁰.

Son olarak AICK'nın "Tanımlar" başlıklı 184(h) maddesinde yer alan; "*bu kanun uygulanmasında cinsel davranış; ilgili hukuki değerler açısından ciddiyet arz eden davranışlardır*" şeklindeki düzenlemenin de görüşümüzü destekler nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Böylece suçla korunan hukuki değer olan cinsel özgürlüğün, müşahhas bir şahıs olan mağdur özelinde korumaya aldığı obje üzerinde tehlike meydana getirilmesi tanımlanmıştır¹⁰¹. Suça teşebbüs durumunda da belirli bir kişinin yaşamı veya vücut dokunulmazlığı, koruma objesi olarak tehlikeye düşürülmektedir.

VI. BAZI SUÇ TİPLERİ ÖZELİNDE TEHLİKE SUÇU-ZARAR SUÇU AYRIMININ İNCELEMESİ

Bu konu özelinde irdeleyeceğimiz suçlardan birincisi, hırsızlık suçudur. Yukarıda yer verilen teoriler ışığında hırsızlık suçu değerlendirilmelidir. Öncelikle hırsızlık suçunda korunan hukuki değer belirlenmeye çalışılacak, sonrasında suçun konusu açıklanıp bu suçta zarara uğratanın ne olduğu konusunda görüş beyan edilecektir.

TCK'nın 141'inci maddesinde hırsızlık suçu; "*Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir*" şeklinde düzenlenmiştir. AICK'nın 242'nci maddesinde ise zilyet (*Besitz*) veya fiili hâkimiyet (*Gewahrsam*) kavramı kullanılmaksızın "başkasına ait taşınır malın, kendisi veya üçüncü bir kişi lehine mülk edinmek amacıyla alınması"ndan bahsedilmiştir.

Her iki kanunda da suçun konusu olarak başkasına ait taşınır eşyadan bahsedilmiştir. Buna göre, hırsızlık suçunda alma hareketinin mutlaka başkasına ait taşınır mala yönelmesi gerekmektedir.

Alman doktrininde, suçun konusuna hasredilen "başkasına ait olma" sıfatında belirleyici kavramın mülkiyet olduğu ve buna bağlı olarak suçla korunan hukuki değer, mülkiyet hakkı şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰².

Gerçekten maddede geçen "*zuzueignen*" ibaresi, mülk edinmek maksadıyla anlamına gelmektedir. Buna atıfla gerek suçla korunan hukuki değer gerekse de suçun konusu olan "başkasına ait olma"nın belirlenmesinde Alman Medeni Kanunu'nun 903'üncü maddesinden hareket edilerek mülkiyetin esas alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre; zilyetliğin ve fiili hakimiyetin, mülkiyetin belirlenmesinde bağlanma noktası teşkil etmeyeceği, hukuki bir kavram olan mülkiyetin aksine fiili hakimiyetin, fiili bir durum arz ettiği bu nedenle de hem suçla korunan hukuki değer hem de suçun konusunu teşkil

⁹⁹ ÜNVER, s. 948. Bu tanıma yer vermekle birlikte yukarıdaki görüşü kabul etmeyen müellif, kişinin ölümünü zarar olarak tarif ettikten sonra davranış normuna aykırılığın da bir zarar olduğunu ancak bunun, zarar kavramından farklı olarak hukuki değer ihlali şeklinde tezahür ettiğini belirtmektedir. Bkz. KINDHÄUSER, *Gefährdung*, s. 133.

¹⁰⁰ WESSELS / BEULKE / SATZGER, s. 340, Kn. 930; FREUND / ROSTALSKI, s. 326, Kn. 10.

¹⁰¹ DEMİRTAŞ, s. 148.

¹⁰² MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht Besonderer Teil 2 Vermögensdelikte*, 3. Baskı, Springer, Berlin, 2015, s. 7.

eden başkasına ait olma kavramlarının, mülkiyet esas alınarak ortaya koyulabileceği ileri sürülmüştür¹⁰³. Bu kabulün iki sonucu bulunmaktadır. Birincisi, korunan hukuki değer, medeni kanunda düzenlenen zilyetlik veya hırsızlık suçu kapsamında mütalaa edilen fiili hakimiyet değil, mülkiyettir. İkinci sonuç ise suçun maddi unsurlarında tezahür etmektedir. Zira taşınır malın başkasına ait olması arandığından, suçun konusunu teşkil eden malın “başkasına ait olma” vasfı yoksa, hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Diğer bir anlatımla malik, zilyetten malı rızaya aykırı olarak aldığı anda, hırsızlık suçunun tipiklik unsuru oluşmaz¹⁰⁴.

Türk doktrinindeki görüşler de Alman doktriniyle benzer şekilde mülkiyet, zilyetlik ve her ikisinin beraber korunduğunu kabul eden karma görüş şeklinde üçe ayrılmaktadır¹⁰⁵.

Zilyetlik, tıpkı mülkiyet hakkı gibi hukuk düzeni tarafından tanınmış ve eşya ile kişi arasında ilişki tesis eden bir haktır. Elbette zilyetliğin temel şekli ile eşya üzerinde hakimiyet kurmak birbiriyle örtüşmektedir. Buna karşılık mirasçılarının zilyetliği kendiliğinden iktibas etmesi veya dolaylı zilyetlik hallerinde, kişinin eşya üzerinde doğrudan fiili hakimiyeti bulunmasa dahi kanundan kaynaklı olarak doğrudan zilyet sıfatını haiz olmaktadır¹⁰⁶. Bu ihtimallerde de hırsızlık suçunun işlenebileceğinin kabul edildiği düşünüldüğünde, zilyedin rızasını açıkça düzenleyen 141’inci maddenin koruduğu hukuki değer de zilyetlik olması lazım gelir. Burada malını kiraya veren veya başka bir suretle, örneğin rehin gibi, zilyetliği devreden malikin, zilyedin rızası olmaksızın malı alması halinde de hırsızlık suçu oluşacaktır.

Hırsızlık suçunun oluşması için aranan fiili hakimiyet ise, zilyetlikle örtüşmekle birlikte farklıdır. Hırsızlık suçunun oluşabilmesi için failin eşya üzerinde fiili hakimiyet kurması aranır. Örneğin mağdurun bulamayacağı şekilde suçun konusu olan eşyanın yine mağdura ait konut vesair bir yerde faile ait çanta, iç cep gibi bir yere saklanması halinde, fail tarafından yeni bir fiili hakimiyetin tesis edildiğini kabul etmek gerekir. Bu hakimiyet, yargı makamları tarafından somut olayın özelliklerine göre belirlenir¹⁰⁷.

TCK’nın 160’ıncı maddesinde düzenlenen suç da hırsızlık suçunda korunan hukuki değer noktasında yol göstericidir. Hırsızlık suçu ile kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (m. 160) arasındaki yegâne fark, ikincisinde mağdurun zilyetliğinin devam etmemesidir. Ancak zilyetlik failden kaynaklanmayan bir sebeple son bulmuştur¹⁰⁸. Buradan da ancak mağdurun zilyedinde bulunan eşyanın hırsızlık suçunun konusunu teşkil edebileceği ve buradaki zilyetlik kavramının da medeni hukuka göre belirleneceği sonucuna varmak gerekir¹⁰⁹.

Zilyetlik; bir şey üzerinde fiili hakimiyettir (TMK m. 973, BGB m. 854). Medeni Kanun’da, zilyetliğin devri dışında zilyetliğin sona ermesi düzenlenmemiş, yalnızca geçici olarak kesilmeye yer verilmiştir (m. 976). Alman Medeni Kanunu’nun 856’ncı maddesinde ise; “Zilyetlik, zilyedin şey üzerindeki fiili kontrolünü bırakması veya başka bir şekilde kaybetmesi ile sona erer” denilmiştir (BGB m. 856/1)¹¹⁰.

Hırsızlık suçunda yasaklanan “alma”nın; götürmek, zilyedin tasarruf yetkisini kullanmasını engelleyecek şekilde eşyayı uzaklaştırmak şeklinde anlaşılması gerektiğini savunan baskın görüş, fiili hakimiyetin (*der Gewahrsam*) suçun maddi unsurları içerisinde değil, götürmek kavramının kapsamının

¹⁰³ FISCHER, “§ 242”, s. 1743, Kn. 2; MITSCH, s. 7. Hırsızlık suçunda mütalaa edilen hakimiyet kavramının hukuki bir kavramdan ziyade fiili bir durum teşkil ettiğine ilişkin görüşlerin eleştirisi için bkz. CHUNG, Hao Feng: “Der bestohlene Dieb” - Diskussion über die Schutzgüter beim Diebstahl, Doktora Tezi, Regensburg, 2016, s. 56.

¹⁰⁴ CHUNG, s. 19.

¹⁰⁵ Hem zilyetliğin hem de mülkiyetin korunduğunu kabul eden görüş için bkz. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 560; KOCA / ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 675. Salt zilyetliğin korunduğunu kabul eden görüş için bkz. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı, s. 322.

¹⁰⁶ SERT SÜTÇÜ, Selin: “Dolaylı-Dolaysız Zilyetlik Kavramının Ayırt Edilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, Cilt 9, Sayı 1, s. 271.

¹⁰⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 702.

¹⁰⁸ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, Kişilere Karşı, s. 578.

¹⁰⁹ KILIÇ, Ahmet: “Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçu”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2018, Cilt 3, Sayı 2, s. 11.

¹¹⁰ MITSCH, s. 7.

belirlenmesinde rol oynayacağını belirtmektedir (Hakimiyet teorisi)¹¹¹. Bu şekilde hukuki değer taşıyıcısı ve aynı zamanda malik olan mağdurun, eşya üzerinde dilediği gibi tasarruf etme yetkisinin kaldırılıp kaldırılmadığı ortaya koyulacaktır¹¹².

Fiili hakimiyet ile zilyetliği ayıran görüşe göre, medeni kanunda düzenlenen zilyetlik, hukuki bir kavramdır ve zilyetliğin tanımı hırsızlık suçunda dikkate alınan fiili hakimiyetten farklıdır. Üç başlık altında ortaya koyulan bu farklar şunlardır: 1- Gerçek manada eşya üzerinde fiili hakimiyet kuran zilyet yardımcısı, medeni kanuna göre zilyet sayılmamaktadır, 2- Dolaylı zilyetlik halinde, kişi zilyet sayılmasına rağmen eşya üzerinde hakimiyeti yoktur, 3- Kişinin ölümü üzerine mirasçıların doğrudan zilyet sayılması da hırsızlık suçundaki fiili hakimiyeti bulunmayan kişinin, zilyet sayılabileceği örneklerdendir¹¹³.

Sonuç olarak bu suçla korunan hukuki değer, zilyetlik veya fiili hakimiyet değil, malikin bu eşya üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilme hakkıdır¹¹⁴. Ancak eski tarihli kararlarında Federal Mahkemenin de fiili hakimiyetin korunduğunu kabul ettiği görülmektedir¹¹⁵.

Türk doktrininde, hırsızlık suçuyla korunan hukuki değere ilişkin üç farklı yaklaşım vardır.

Birinci görüş, hırsızlık suçuyla korunan hukuki değer zilyetlikten ve zilyetliğin sağladığı haklardan ibaret olduğunu kabul etmektedir. TCK'nın 141'inci maddesinin metninde açıkça zilyedin rızasından bahsedilmesi, bu görüşün gerekçelerinden birini teşkil etmektedir. Hırsızlık suçuyla mülkiyetin korunduğunun kabulü halinde, hukuki değer sjujesi olan malik, zilyetliğini devrettiği, örneğin rehin olarak verdiği eşyayı zilyedin rızasına aykırı olarak alması halinde hırsızlık suçunun oluşmayacağını kabul etmek gerekecekti¹¹⁶. Ayrıca hem mülkiyetin hem de zilyetliğin korunduğunu kabul ettiğimiz takdirde ise zilyetliğin ve mülkiyetin farklı kişilere ait olduğu durumlarda bir fiil ile birden çok kişiye karşı suçun işlendiğini kabul etmek gerekecektir.

Yargıtay kararlarında ise hırsızlık suçuyla hem mülkiyetin hem de zilyetliğin korunduğu kabul edilmekte ancak bu iki hak karşı karşıya geldiğinde mülkiyete üstünlük tanınmakta ve malikin kendi malının hırsız olamayacağı belirtilmektedir¹¹⁷.

Hırsızlık suçunda hareketin yöneldiği, üzerinde işlendiği eşyanın zarara uğraması aranmaz. Fail, eşya üzerinde hırsızlık suretiyle kurduğu ve hukuken de devam ettirebildiği zilyetliği sürdürerek eşyayı düzgün bir şekilde muhafaza edebilir. Örneğin çaldığı saati çekmecesindeki koleksiyonuna ekleyen fail, suçun konusu üzerinde bir zarar meydana getirmemiştir. Bundan dolayı hırsızlığa, sırf hareket suçu denilmektedir. Görüldüğü üzere bazı suç tipleri açısından tehlike suçu - zarar suçu ayrımının, fiilin suçun konusu üzerinde meydana getirdiği etkiye göre yapılması her zaman isabetli sonuç vermemektedir. Hırsızlıkta suçun konusu, genellikle ne zarara ne de tehlikeye maruz bırakılmaktadır. Zarar verilen veya ihlal edilen, salt malikin veya zilyedin haklarını tasarruf yetkisidir¹¹⁸. Bu nedenledir

¹¹¹ RENGIER, Rudolf: *Strafrecht Besonderer Teil I*, 26. Baskı, C.H. Beck, München, 2024 (BT I), s. 12, Kn. 22.

¹¹² RENGIER, *BT I*, s. 12, Kn. 22.

¹¹³ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, *Kişilere Karşı*, s. 321; CHUNG, s. 11. Dolaylı zilyetlik halinde zilyet, eşya üzerindeki hakimiyetini başkası aracılığıyla kullanmasına rağmen, zilyet sayılmaktadır. Malını kiralayan kişinin mal üzerindeki zilyetliğinin devam etmesi buna örnektir. Bkz. SERT SÜTÇÜ, s. 264.

¹¹⁴ GROPP, Walter: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, Springer, Berlin, 2015, s. 133, Kn. 25.

¹¹⁵ Örnek olarak bkz. "Hırsızlık suçunun oluşması için başkasına ait bir mala zarar verilmesine gerek yoktur. Aksine bu suçla korunan hukuki değer, mülkiyet hakkı (das Eigentum) ve hakimiyettir (der Gewahrsam)" BGHSt 2 StR, 17.09.1980, 355/80, Kn. 16; BGH 26.07.1957- 4 StR 257/57. Ayrıca bkz. FISCHER, § 242, s. 1743, Kn. 2.

¹¹⁶ DÖNMEZER, Sulhi: *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 294, Kn. 276; YILDIZ, Ali Kemal, "Hırsızlık", *Özel Ceza Hukuku- Cilt IV- Malvarlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 13.

¹¹⁷ Yargıtay, CGK, T. 10.05.2016, E. 2014/159, K. 2016/257 (Karar metni ve ilgili görüşler için bkz. ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 535).

¹¹⁸ MADEN, s. 158. Bir görüşe göre, zarar suçlarında suçun konusu değer kaybına uğramaktadır. Buradaki zarar, parasal ölçüme tabi tutulan zarardan değil, fiilin yol açtığı kayıptan ibarettir. Hırsızlık suçunda suçun konusunun el değiştirmesiyle zararın oluştuğu kabul edilmektedir. Bkz. AKBULUT, *Genel Hükümler*, s. 436. *Alacakaptan* da somut fiilin kanuni tipe uygun sayılabilmesi için yalnızca tipte

ki zarar suçu olmasına rağmen, hırsızlık suçunda bir netice meydana gelmesi aranmaz. Failin yararlanmak kastıyla malı alması yeterlidir. Doktrinde buna, kesik neticeli suç da denmektedir¹¹⁹.

Tehlike suçu-zarar suçu bağlamında ele alınabilecek diğer bir suç da Anayasayı İhlaldir (TCK m. 309). Bazı suç tiplerinin koruduğu hukuki değerın arz ettiği özellikler gereği Kanun koyucu, cezalandırılmayı öne çekerek, teşebbüsü, tamamlanmış suç gibi cezalandırır¹²⁰. Rüşvet suçu veya Cumhurbaşkanına suikast suçlarında olduğu gibi anayasayı ihlal suçunda da failin teşebbüs aşamasına ulaşması, bizzat kanuni tipte düzenlenerek bir teşebbüs suçu ihdas edilmiştir. Bilindiği gibi bu tür suçlara teşebbüs mümkün değildir. Zira failin teşebbüs aşamasına ulaşması zaten tipe uygun davranışı teşkil etmektedir.

Anayasayı ihlal suçunda korunan hukuki değer; millet iradesine dayalı olarak kurulan anayasal rejimdir. Suçun konusu ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzendir¹²¹.

Esas itibarıyla bu suç tipi teşebbüs suçu olarak düzenlenmeseydi, gerek suçla korunan hukuki değer olan millet iradesine dayalı demokratik rejim, gerekse de bu rejimin Anayasası'nın öngördüğü düzen ihlal edilerek bir zarara uğratılmış olacaktı. Teşebbüs aşamasının tamamlanmış gibi cezalandırılması ve cebri davranışların konu bakımından elverişli olmasının aranması fiili soyut-somut tehlike suçu haline getirmiştir¹²².

TCK'nın 232'nci maddenin 1'inci fıkrasında; cebir veya tehdit kullanılmaksızın velayet yetkisi olmayan ana, baba veya üçüncü dereceye kadar kan hısmının çocuğu kaçırması veya alıkoyması suç olarak düzenlenmiştir. Burada kaçırma veya alıkoyma hareketinin yöneldiği konu, 16 yaşını bitirmemiş çocuktur. Korunan hukuki değer ise velayet ve vesayet yani çocuk üzerindeki tedip hakkıdır. Çocuğun kendi iradesiyle velayet hakkı elinden alınmış olan babası veya anası ile kalabileceği de düşünüldüğünde, suçla tehlikeye maruz bırakılan, suçun konusu değil, koruma objesi olarak kişi tarafından tasarruf edilebilir, kişiye ait bir hak olan velayet veya vesayet hakkıdır¹²³. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Gözaltına alınan, tutuklu veya hükümlünün kaçmasına imkân sağlama suçunda (TCK m. 294) hareketin yöneldiği konu, tutuklu veya hükümlüdür. Ancak tehlikeye düşen elbette konu değildir. Aksine suçun konusunu teşkil eden kişi, firar ederek -bir süreliğine de olsa- özgürlüğüne kavuşmaktadır¹²⁴.

Askeri Ceza Kanunu'nun 79'uncu maddesindeki; "kendisini askerliğe elverişsiz hale getirme" suçu, dar anlamda netice ile zararın kim üzerinde husule gelmesi gerektiği konusunda önemli bir örnektir. Bu suçla korunan hukuki değer, kişinin hem hak hem de bir yükümlülük teşkil eden askerlik görevinden, eşitlik ilkesine aykırı şekilde başkalarının zararına olarak kaçınmasının engellenmesidir¹²⁵. Hareketin yöneldiği obje, kişinin vücududur. Neticeli bir suç tipi olan 79'uncu maddede, kanuni tipte aranan netice, vücudun askerlik hizmeti için gerekli asgari özellikleri kaybedecek şekilde sakatlanması veya askerliğe yaramayacak hale getirilmesidir¹²⁶.

Burada korunan hukuki değer, kişinin vücut dokunulmazlığı değil, vatandaşların askerlik görevinin herkes tarafından eşit şekilde ifa edilmesi talebidir. Bu nedenle kişinin vücudu hem hareketin konusunu hem de koruma objesini teşkil etmektedir. Kişinin kendisini askerliğe elverişsiz hale getirme-

gösterilen modeliteye uygun olmasının yetmeyeceğini, ayrıca korunan hukuki değer açısından bir zarar veya tehlike meydana getirmeye elverişli olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. ALACAKAPTAN, s. 35.

¹¹⁹ BULUT, s. 171.

¹²⁰ KEÇELİOĞLU, s. 443.

¹²¹ ÖZGENÇ, İzzet: *Suç Örgütleri*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Suç Örgütleri), s. 267.

¹²² ÖZGENÇ, *Suç Örgütleri*, s. 275.

¹²³ OPPENHEIM, s. 18.

¹²⁴ FISCHER, "§ 120", s. 944, Kn. 2.

¹²⁵ DEĞİRMENCİ, Olgun: *Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 257.

¹²⁶ DEĞİRMENCİ, s. 258.

siyle tamamlanan suç ile zarara uğratan da bu hukuki değerdir. Görüldüğü gibi burada zarara uğratanın kişinin vücudu olduğu kabul edildiği takdirde, fail ve mağdur aynı suçta birleşmiş olacaktır.

SONUÇ

Suçun konusu, ceza normunda hareketin kendisine yönelmesinin arandığı, kişi, eşya veya soyut şeydir. Suçun konusunun mutlaka maddi nitelikte olması gerektiği kabulüne iştirak etmiyoruz. Bu kabulün gerekçesi, özellikle hareketin belirli bir yere veya soyut bir şeye yönelmesinin arandığı suç tiplerinde mündemiçtir. Örneğin konut dokunulmazlığını ihlal suçunda hareket, mesken olarak kullanılan ve konut olarak nitelendirilebilecek taşınmaza yönelmektedir. Soyut şey açısından verilebilecek örnekler ise hakaret suçundaki şeref ve sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçundaki (m. 244) veridir.

Kanuni tipte bir zarar veya somut tehlikenin belirli bir konu üzerinde gerçekleşmesi şeklinde somutlaştırma yapıldığı takdirde, bu insan, nesne veya soyut şeyin hem suçun konusu hem de koruma objesi olarak zarar veya tehlike suçuna ilişkin belirleyici fonksiyonu haiz olduğunu kabul etmekteyiz. Buna karşılık harekete takaddüm ederek onun kendisine yönelmesinin arandığı suçun konusu, mutlaka tehlike suçuzarar suçu ayrımında tehlikeye veya zarara maruz bırakılması gereken unsur olarak adedilmemelidir.

Her neticeli suç, bir zarar suçu iken her zarar suçu neticeli suç değildir. İşte suçun konusunun icra ettiği fonksiyonlardan biri de suçun kanuni tanımında yer alan neticenin üzerinde meydana gelmesinin aranmasıdır. Buna karşılık zarar veya tehlike etkisi, suçun konusu üzerinde tezahür edebileceği gibi suçun konusuyla koruma objesinin ayrıldığı hallerde, zarar veya tehlike suçun konusu üzerinde ortaya çıkmaz.

Suç tipinde konunun arandığı hallerde, suçun konusu, maddi unsurlardan biri olarak suçun oluşmasında kurucu bir unsur teşkil eder. Buna karşılık bazı suç tiplerinde neticenin aranmamasına benzer şekilde, istisnai de olsa konusu bulunmayan suçlar da düzenlenmiştir. Özellikle üretmek şeklindeki fiillerde, örneğin uyuşturucu madde üretme, sahte para üretme veya sahte belge düzenleme suçlarında hareketin konusunun olmadığını kabul ettiğimiz için tehlike suçuzarar suçu ayrımında korunan hukuki değerden ve koruma objesinden hareket edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: “Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2014, Cilt 9, Sayı 25, s. 7-28 (Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğu).
- AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Genel Hükümler).
- ALACAKAPTAN, Uğur: *İşlenemez Suç*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023 (Genel Hükümler).
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024 (Özel Hükümler).
- AYDIN, Devrim: “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 879-918.
- AYNURAL, Ömer Metehan: *Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/3)*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017.
- BAŞ, Eylem: *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- BINDING, Karl: *Die Normen und ihre Übertretung eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Band I, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1872.
- BULUT, İlhan: *Suçta Netice*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- CENDEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı Suçlar*, Cilt I, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Kişilere Karşı).
- CENDEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara, 2023 (Ceza Hukuku).
- CHUNG, Hao Feng: *“Der bestohlene Dieb” - Diskussion über die Schutzgüter beim Diebstahl*, Doktora Tezi, Universität Regensburg, Regensburg, 2016.
- DEĞİRMENCİ, Olgun: *Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- DEMİRTAŞ, Soner: *Tehlike Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- DÖNMEZER, Sulhi: *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- EREM, Faruk: “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1968, Cilt 25, Sayı 1, s. 11-33.
- ERSOY, Uğur: “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, Sayı 41, s. 27-64.
- ERYILDIZ, Hüsnü Sefa: “Yalan Yere Yemin Suçu (TCK m. 275)”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 12, Sayı 1, s. 575-642.
- EVİK, Vesile Sonay: *Tehlike Suçları*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998.
- FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch*, 66. Baskı, C.H. Beck, München, 2019.
- FREUND, Georg / ROSTALSKI, Frauke: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Baskı, Springer, Berlin, 2019.
- GROPP, Walter / SINN, Arndt: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Springer, Berlin, 2020.
- GROPP, Walter: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, Springer, Berlin, 2015.
- HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 30. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- HARRO, Otto: *Grundkurs Strafrecht*, 7. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2004.
- JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlin, 1983.
- JESCHECK, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Dunc-ker & Humblot, Berlin, 1996.
- KEÇELİOĞLU, Elvan: “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 25, Sayı 2, s. 433-464.

- KILIÇ, Ahmet: “Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçu”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2018, Cilt 3, Sayı 2, s. 1-35.
- KINDHÄUSER, Urs: *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989 (Gefährdung).
- KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2009 (AT).
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Genel Hükümler).
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Özel Hükümler).
- KREY, Volker / ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2016.
- KÜHL, Kristian: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Baskı, Vahlen, München, 2012.
- MADEN, Mehmet: “Korunması Amaçlanan Hukuki Değer”, ‘Suç Fiilinin Konusu’ ve ‘Suçun Mağduru’ Kavramları ve Bu Bağlamda ‘Zarar Suçu/Tehlike Suçu’ Ayrımı”, (Ed.) ÜSTÜN, Ü. Süleyman / ÇOBAN ATİK, Ayşegül / BAYRAKTAR, Tuğba: *Selçuk Hukuk Kongresi 2020*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 2020, s. 153-160.
- MERAKLI, Serkan: “Parada Sahtecilik Suçu (TCK m. 197)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2020, Cilt 26, Sayı 2, s. 726-776.
- MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht Besonderer Teil 2 Vermögensdelikte*, 3. Baskı, Springer, Berlin, 2015.
- OPPENHEIM, Lassa: *Die Objekte des Verbrechens*, Benno Schwabe, Basel, 1894.
- ORHAN, Uğur: *Suçun Maddi Konusu*, Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023.
- ÖLMEZ, Gökhan: *Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları*, Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2020.
- ÖNOK, Murat: “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Sayı 121, s. 157-202.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZGENÇ, İzzet: *Suç Örgütleri*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Suç Örgütleri).
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Genel Hükümler).
- RENGIER, Rudolf: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 16. Baskı, C.H. Beck, München, 2024 (AT).
- RENGIER, Rudolf: *Strafrecht Besonderer Teil I*, 26. Baskı, C.H. Beck, München, 2024 (BT I).
- RENGIER, Rudolf: *Strafrecht Besonderer Teil II*, 25. Baskı, C.H. Beck, München, 2024 (BT II).
- ROXIN, Claus / GRECO, Luis: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 5. Baskı, C.H. Beck, München, 2020.
- SALIGER, Frank / KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.): *Nomos-kommentar Strafgesetzbuch*, 6. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2023.
- SARITAŞ, Erkan: *Suçun Yapısında Hareketin Konusu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- SERT SÜTÇÜ, Selin: “Dolaylı-Dolaysız Zilyetlik Kavramının Ayırt Edilmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 9, Sayı 1, s. 259-289.
- ÜNAL, Osman Gazi: *Tehlike Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht*, 3. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin, 1954.
- WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 48. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2018.
- YILDIZ, Ali Kemal, “Hırsızlık”, *Özel Ceza Hukuku- Cilt IV- Malvarlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 6-7.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ZIESCHANG, Frank: *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.



Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Harcının Hak Arama Hürriyeti Bağlamında Değerlendirilmesi^(*)



*Evaluation of the Individual Application Fee to the
Constitutional Court in the Context of the Freedom to Claim Rights*

İsmail YAZICIOĞLU^(**)



Doktor Öğretim Üyesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Gamze Nur UÇAR



Araştırma Görevlisi

Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Uluslararası İlişkiler Bölümü Devletler Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Bireysel Başvuru,

Harçlar,

Bireysel Başvuru

Harcı,

Hak Arama Hürriyeti,

Sosyal Devlet.

Öz

Bu çalışmada, bireysel başvuru yolunun şekli şartlarından biri olan bireysel başvuru harcı, hak arama hürriyeti bağlamında incelenmiş ve bireysel başvuru yolunun harca tabi kılınmasının hak arama hürriyetine ihlal teşkil edip etmeyeceği hususu aydınlatılmaya çalışılmıştır. Bireysel başvuru yolunun 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 47. maddesinin 2. fıkrası ile başvuru harcına tabi kılınması, Anayasa Mahkemesinin dayanaksız veya kötü niyetli başvurular ile meşgul edilmemesi, yoğun iş yükünün Anayasa Mahkemesinin etkinliğini zedelememesi ve gerçekten hakkı ihlal edilen bireylerin hukuki süreçlerinin zamanında ve nitelikli kararlarla sonuçlanmasına araç olacağından bahisle gerekli görülmektedir. Diğer yandan ise bireysel başvuru harcı, bireysel başvuru yolunun temel hak ve özgürlükleri koruma amacıyla çelişme ve hak arama hürriyetini sınırlama yönleriyle eleştirilmektedir.

Bireysel başvuru yolunun ve Türk hukukunda düzenlenen yargı harçlarının anlam ve kapsamına yönelik kısa bir inceleme sonrasında ele alınan hak arama hürriyeti ve bireysel başvuru harcı ilişkisi değerlendirilmiştir; bu ilişkinin hassas bir dengeye muhtaç olması tespitini beraberinde getirmektedir. Bu dengenin tesisinde devletin bir kamu geliri olarak bireysel başvuru harcını elde etmedeki menfaatine karşılık, bireyin temel hak ve özgürlüğüne ulaşmadaki menfaati dikkate alınmalıdır. Çalışmada, Anayasa'nın benimsediği sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri gereği bireyin temel hak ve özgürlüğüne ulaşmadaki menfaatinin öncelenmesi ya da temel hak ve özgürlüğüne ulaşmadaki menfaat için kamu geliri alınmasının geciktirilmesi önerilmektedir. Bu çözümün mümkün olmaması halinde ise etkisi kuvvetlendirilmiş adli yardım kurumu ile her iki tarafın menfaatleri arasında denge kurulmalıdır.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 22.09.2024, Kabul Tarihi: 13.12.2024.

^(**) Sorumlu Yazar.

Keywords

*Individual Application,
Fees,
Individual Application
Fee,
Freedom to Claim
Rights,
Social State.*

Abstract

In this study, the individual application fee, which is one of the formal requirements of the individual application procedure, has been analyzed in the context of the freedom to claim rights with an attempt to clarify whether subjecting the individual application procedure to a fee would constitute a violation of the freedom to claim rights. Subjecting the individual application procedure to an application fee under paragraph 2 of Article 47 of the Law No. 6216 on the Establishment and Trial Procedures of the Constitutional Court is deemed necessary in order to prevent the Constitutional Court from being occupied with baseless or malicious applications, to prevent the heavy workload from harming the effectiveness of the Constitutional Court and to ensure that the legal processes of individuals whose rights have been violated are concluded with timely and qualified decisions. On the other hand, the individual application fee is criticized for contradicting the purpose of the individual application procedure to protect fundamental rights and freedoms and restricting the freedom to claim rights.

After a brief examination of the meaning and scope of the individual application procedure and the judicial fees regulated under Turkish law, the evaluation of the relationship between the freedom to claim rights and the individual application fee leads to the conclusion that this relationship needs a delicate balance. In establishing this balance, the state's interest in obtaining the individual application fee as a public revenue as well as the individual's interest in achieving his or her fundamental rights and freedoms must be taken into account. In accordance with the principles of social rule of law and equality adopted by the Constitution, it is suggested in the study that the interest of the individual in achieving fundamental rights and freedoms should be prioritised or the collection of public revenue should be delayed for the benefit of the individual in achieving fundamental rights and freedoms. If this suggestion is not possible, it is suggested that a balance should be struck between the interests of both parties through a strengthened legal aid institution.

GİRİŞ

2010 yılı Anayasa değişikliği ile hukuk sistemimize eklenen ve 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanan bireysel başvuru yolu, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasında olan herkese Anayasa Mahkemesine başvurma imkânı sağlamaktadır. Bireysel başvuru yolu, ikincil nitelikli olup, iç hukukta öngörülen idari ve yargısal yolların tüketilmesinden sonra kullanılabilir.

Bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında önem arz etmektedir. Temel hak ve özgürlükleri korumakla görevli olan devletin, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali iddialarını değerlendirebileceği bir imkân yaratması son derece gerekli ve isabetlidir. Kuşkusuz böyle bir yolun işletilebilmesi, birtakım usul ve esasa ilişkin hükümler çerçevesinde mümkün olabilir. Bu hükümler kapsamında gerçekleştirilen ön inceleme ve kabul edilebilirlik aşamaları, daha sonra da karar aşamaları ile bireysel başvuruda süreç tamamlanmaktadır. Çalışmanın da konusunu oluşturan başvuru harcı, bireysel başvuruda usule ilişkin şartlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bireysel başvuru harcının meşru temeli esasen yargılama hizmetinin genelinde geçerli olan yargılama giderleri düzenlemelerine dayanmaktadır. Bu giderlerden yargı harçları; anayasal bir özgürlük olan hak arama hürriyetini kullanan bireylerin bu yolla bireysel menfaat elde edeceği gerekçesine dayanarak, bireyleri aldıkları yargı hizmetinin maliyetine katılmaya mecbur kılan kamu geliri olarak ifade edilebilir¹. Yargı harçlarının varlığı ile yalnızca bireyleri aldıkları yargılama hizmetinin maliyetine dahil etmek değil, aynı zamanda hak arama hürriyetinin kötü niyetle kullanılmasının ve yargı organlarının iş yükünün makul olmayacak seviyelere yükselmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Yargı harçlarının uygulanmasında ekonomik açıdan güçlük çeken kişiler gözetilmekte ve bu kişilerin hak arama hürriyetlerini ekonomik bir kaygı olmadan kullanabilmeleri için adli yardım kurumu öngörülmektedir.

¹ PINAR, Burak: *Yargı ve İcra Harçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2009, s. 1-4.

Yargı harçlarının bireysel başvuru yolundaki görünümü ise bireysel başvuru harcı olarak ifade edilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında özel bir yeri olan bireysel başvuru yolunun harca tabi kılınması, genel olarak yargı harçlarının varlık gerekçeleri göz önünde bulundurularak desteklendiği gibi, hak arama hürriyeti bağlamında eleştirilere de tabi tutulmaktadır.

Bu çalışmada hak arama hürriyeti bağlamında tartışmalara yol açan bireysel başvuru harcı incelenmekte ve bireysel başvuru harcı ile hak arama hürriyeti ilişkisinin yeniden inşa edilmesi gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Bu noktada, bireysel başvuru yolunun temel hak ve özgürlüklerin korunmasında gerek birey gerek hukuk düzeni için ifade ettiği önem, devletin bireysel başvuru harcı ile elde edeceği kamusal gelir ve Anayasa Mahkemesinin iş yükü göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılmalıdır. Diğer yandan, bireysel başvuru harcı uygulamasına rağmen Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru sayısının az olmaması ve ekonomik açıdan güçlük çeken bireyler için öngörülen adli yardım kurumunun etkinliğinin sağlanamaması bireysel başvuru harcının tekrar gözden geçirilmesini zaruri kılmaktadır.

I. TÜRK ANAYASA YARGISINDA ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

1982 Anayasası'nda, 2010 yılında yapılan değişiklik ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru da bulunma yolu açılmıştır. Anayasa şikâyeti olarak da anılan bu yol², Anayasa'nın 2. maddesine göre insan haklarına saygılı, Anayasa'nın 5. maddesine göre ise temel hak ve özgürlükleri koruma amacı teminat altına alınan bir hukuk devleti açısından gerekli ve önemli bir adım olmuştur³. Anayasa'nın 148. ve 149. maddelerindeki düzenlemelerin yanında, bireysel başvuru yolunun usul ve esasına ilişkin hükümlere 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nde yer verilmiştir⁴.

Bireysel başvuru yolu; iç hukukun temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında bireylere tanıdığı son hukuki çare olup, Anayasa ve AİHS ile buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerle düzenlenen temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerce olağan kanun yollarının tüketilmesinin ardından kullanılabilir⁵. Dünyada örneklerini gördüğümüz bu yolu anayasal sistemlerine dahil eden ülkeler; Almanya, Avusturya, İspanya, Macaristan, Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, İsviçre, Belçika, Meksika, Brezilya, Arjantin başta olmak üzere bazı Latin Amerika ülkeleri, Doğu Avrupa ülkelerinin birçoğu ve Güney Kore olarak çeşitlenmektedir⁶.

Bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlüklerin anayasal düzeyde korunmasını ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) yapılacak başvuruların yükünü azaltmayı amaçlamaktadır⁷. Temel hak

² Etimolojik kökeni ve ortaya çıkışı göz önünde bulundurulduğunda karşılaştırmalı hukukta genellikle anayasa şikâyeti olarak adlandırılan bu yol için ülkemiz pozitif hukukunda bireysel başvuru kavramı kullanılmaktadır. Anayasa şikâyeti kavramı ve kullanımı ile ilgili bkz. ŞİRİN, Tolga: *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru); İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 5 vd.; ARMAĞAN, Servet: "Federal Almanya'da Anayasa Şikâyeti", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1971, Cilt 5, Sayı 7, s. 53 vd.; ALİFENDİOĞLU, Yılmaz: *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 50-53; KABOĞLU, İbrahim Ö.: *Anayasa Yargısı*, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000, s. 73-78; SABUNCU, Yavuz: "Federal Almanya'da Anayasa Şikâyeti", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1982, Cilt 37, Sayı 3, s. 139 vd. Bireysel başvuru kavramının kullanımı ile ilgili bkz. AYDIN, Öykü Didem: "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 15, Sayı 4, (Bireysel Başvuru), s. 125 vd.; AKYEL, Recai: "Bireysel Başvuru Yolu: Misyonu, Vizyonu ve Uygulanması", *Adalet Dergisi*, 2022, Sayı 68, s. 55 vd.; KARAMAN, Ebru: *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 34.

³ AYDIN, *Bireysel Başvuru*, s. 122.

⁴ AKYEL, s. 66.

⁵ AKYEL, s. 65; AYDIN, *Bireysel Başvuru*, s. 125.

⁶ KILINÇ, Bahadır: "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", *Anayasa Yargısı*, 2008, Cilt 25, s. 23; İBA, Şeref / KILIÇ, Abbas: *Anayasa Yargısı Dersleri*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 114.

⁷ AKYEL, s. 66-69; GÖZTEPE, Ece: "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, Sayı 95 (6216 Sayılı Kanun Kapsamında), s. 15.

ve özgürlüklerin korunması amacı bireysel başvurunun subjektif işlevi olarak değerlendirilirken, bireysel başvuru yoluyla hukuk düzeninin, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin korunması ve temel hak ve özgürlükler alanında anayasal içtihatların geliştirilmesi bu mekanizmanın objektif işlevi olarak ifade edilmektedir⁸.

Bireysel başvuru yolu ile sağlanan korumanın kapsamı hem Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrası hem de 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 1. fıkrasında, Anayasa'da güvence altına alınan ve ayrıca AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller⁹ kapsamında yer alan hak ve özgürlükler şeklinde açıklanmıştır. 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesine göre bireysel başvuru, Kanun'un 45. maddesi ile sınırı çizilen hak ve özgürlüklerden, güncel ve kişisel bir hakkın, kamu gücünü elinde bulunduran makamların işlem, eylem veya ihmali ile ihlal edildiği ileri sürülerek yapılabilmektedir. Bu noktada kanun koyucunun, kamu gücü kavramını daralttığı ve Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında düzenlendiği üzere yasama işlemleri ve düzenleyici işlemleri bireysel başvurunun kapsamı dışında bıraktığı görülmektedir. Aynı hükme göre, Anayasa Mahkemesi kararları ve Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvuruya konu olamamaktadır¹⁰.

6216 sayılı Kanun'un 46. maddesine göre başvuru hakkının; güncel ve kişisel bir hakkı başvuruya konu işlem, eylem veya ihmali ile etkilenen bireylere ve tüzel kişilik hakları ile sınırlı olarak özel hukuk tüzel kişilerine tanındığı belirtilmelidir. Kamu tüzel kişilerinin başvuru hakkı olmadığı gibi¹¹, yabancılara da münhasıran Türk vatandaşlarına tanınan haklara dair başvuru hakkı bulunmamaktadır.

Son olarak, bireysel başvurunun başvuru konusu ihlalin giderilebilmesi için öngörülen idari ve yargısal kanun yollarının tüketilmesinden sonra başvurulabilecek bir hak arama yolu olduğunu vurgulamak önemlidir. Kural olarak olağan kanun yollarının tüketilmesinin şart kılınması, bu yolun ikincil niteliğini göstermektedir¹². Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin korunması sadece Anayasa Mahkemesinin sorumluluğunda olmayıp, temel hak ve özgürlüklere yönelik ihlaller Anayasa Mahkemesine başvuruya gerek kalmadan giderilebilmelidir. Bu noktada başvuru yolunun sonuç almaya elverişli ve etkili olması gerekmektedir. Bu şekilde bir sonuç alınmazsa, bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği konu Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmelidir¹³.

Bireysel başvuru usulü ve incelemesine kısaca değinmek gerekirse başvuru, 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen kriterleri sağlayan bir başvuru dilekçesi ile mahkemeler veya

⁸ KILINÇ, s. 23. Anayasa Mahkemesi de kararlarında bireysel başvurunun objektif ve subjektif işlevlerine dikkat çekmiştir. Mahkeme objektif işlevi, "genel olarak Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerini yorumlamak ve bunların uygulanmasını gözetmek"; subjektif işlevi ise "bireysel başvuru yoluyla önüne gelen somut olayda anılan hükümlerin ihlal edilip edilmediğini incelemek, gerektiğinde başvurucu lehine giderime hükmetmek" şeklinde açıklamaktadır. Bkz. AYM, *K.V.*, B. No: 2014/2293, T. 01.12.2016, § 52; AYM, *F.N.G.*, B. No: 2014/11928, T. 21.06.2017, § 37; AYM, *İbrahim Er ve diğerleri*, B. No: 2019/33281, T. 26.01.2023, § 45.

⁹ Türkiye, AİHS'nin 1, 3, 6, 7, 8, 11, 13, 14, 15 nolu Ek Protokollerine imza ve onay süreçlerini tamamlama suretiyle taraf olmuştur. Türkiye'nin de taraf olduğu 2 ve 5 nolu Ek Protokoller ise Ek 11 nolu Protokolün yürürlüğe girmesi ile işlevini yitirmiştir. Ek 4 nolu Protokol Türkiye tarafından imzalanmış olup, onay belgesi tevdi edilmediği için yürürlüğe girmemiştir. Ek 9, 12 ve 16 nolu Protokoller ise Türkiye tarafından imzalanmış olup, henüz onaylanmadığı için yürürlüğe girmemiştir. Ek 10 nolu Protokol Türkiye tarafından imzalanmadığı gibi, Ek 11 nolu Protokol ile işlevsiz hale gelmiştir. Bkz. AÇIKGÜL, Hacı Ali: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokoller ile Getirilen Yenilikler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Sayı 48, s. 149.

¹⁰ GÖZTEPE, *6216 Sayılı Kanun Kapsamında*, s. 27-28.

¹¹ Anayasa Mahkemesi, *Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.* kararında, başvurunun kamuyla bağlantılı bir şirket olması nedeniyle başvuru ehliyetinin bulunup bulunmadığını değerlendirirken, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacağına ilişkin kuralın nasıl anlaşılması gerektiğini açığa kavuşturmuştur. Mahkeme, kamu tüzel kişilerinin birçok kamu gücü yetkisine sahip olduğunu ve bireysel başvurunun da temel hak ve özgürlüğün kamu gücü tarafından ihlali iddiasıyla yapıldığını belirterek davacı ve davalı sıfatlarının birleşmeyeceğinden bahisle "kendisine karşı başvuru yapılan kamu gücünün herhangi bir başvurunun başvurusu da olamaması" gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre kamu gücü, kamu tüzel kişilerini de kapsayan daha geniş bir kümeyi temsil eder. Dolayısıyla kamu gücü kavramı kapsamına dâhil edilebilecek kamu tüzel kişileri dışında kamuyla bağlantılı diğer tüzel kişiler de bireysel başvuru ehliyetine sahip olmamalıdır. Diğer bir deyişle, kamu gücü kavramının kapsamı kamu tüzel kişileri ile sınırlı değildir. Mahkemeye göre kamu tüzel kişisi olmayıp, kamuyla bağlantılı olan bir tüzel kişi, kamu gücü yetkileri kullanıyorsa veya kamu gücü yetkileri kullanmamakla birlikte kamu gücüne bağımlılığı ağır basıyorsa bireysel başvuru ehliyetine sahip olmamalıdır. Bkz. AYM, *Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.* (4), B. No: 2017/36186, T. 28.12.2022, § 56, 60, 61.

¹² AYDIN, *Bireysel Başvuru*, s. 148.

¹³ KILINÇ, s. 24-25; KÖKÜSARI, İsmail / GEDİK, Ömer: *Türk Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 232.

yurt dışı temsilcilikleri aracılığı ile yapılmalıdır. Aynı maddenin 2. fıkrasında başvurunun harca tabi olduğu; 5. fıkrasında ise başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren¹⁴ 30 gün içinde yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

Bireysel başvuru, 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün öngördüğü şekil şartlarına uygun bir şekilde yapılmalıdır. Kanun'a (m. 47/6) ve İç Tüzük'e (m. 66/1) göre, bu şartların arandığı ön inceleme aşamasında bir eksiklik tespit edilmesi halinde, eksikliğin giderilmesi için başvuru veya varsa vekiline 15 günü geçmemek üzere bir süre verilir. Ön inceleme sonucunda şekil şartlarında bir eksiklik tespit edilmemişse, dosya ilgili komisyona gönderilerek kabul edilebilirlik incelemesine tabi tutulmaktadır¹⁵. 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesi ışığında yapılan kabul edilebilirlik incelemesi sonucunda kabul edilebilir bulunan başvurular, Kanun'un 49. maddesine göre, esas hakkında incelenmesi yapılmak üzere bölümlere gönderilmektedir. En nihayetinde de Kanun'un 49. maddesi ile ana hatları çizilen esas hakkındaki inceleme sonucunda bölümler nihai karara ulaşmaktadır. Başvuru hakkının açıkça kötüye kullanımı mahiyetinde olduğu tespit edilen başvurular ise yaptırıma bağlanmıştır. 6216 sayılı Kanun'un 51. maddesine göre bu durumda başvuru aleyhine yargılama giderleri dışında disiplin para cezasına hükmedilebilecektir. Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 83. maddesinde başvuru hakkının açıkça kötüye kullanıldığı haller başvuru istismar edici, yanıltıcı ve benzeri nitelikteki davranışları şeklinde ifade edilmiştir¹⁶. İç Tüzük'e göre bunun tespiti halinde incelemenin her aşamasında başvuru reddedilecek ve başvuru aleyhine yargılama giderleri dışında disiplin para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilebilecektir. Kanun ve İç Tüzük hükümlerinden anlaşıldığı üzere, Mahkemenin disiplin para cezasına karar vermede takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak başvuru hakkının kötüye kullanılması durumunda başvurunun reddedileceği, İç Tüzük'ten farklı olarak Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Evrensel bir ilke olan hakkın kötüye kullanılması yasağı düşünüldüğünde, Kanun'da düzenlenmese de başvuru hakkını açıkça kötüye kullanan başvuru aleyhine yargılama giderleri dışında disiplin para cezasına karar vermede takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak başvuru hakkının kötüye kullanılması durumunda başvurunun reddedileceği, İç Tüzük'ten farklı olarak Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Evrensel bir ilke olan hakkın kötüye kullanılması yasağı düşünüldüğünde, Kanun'da düzenlenmese de başvuru hakkını açıkça kötüye kullanan başvuru aleyhine yargılama giderleri dışında disiplin para cezasına karar vermede takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak başvuru hakkının kötüye kullanılması durumunda başvurunun reddedileceği, İç Tüzük'ten farklı olarak Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Evrensel bir ilke olan hakkın kötüye kullanılması yasağı düşünüldüğünde, Kanun'da düzenlenmese de başvuru hakkını açıkça kötüye kullanan başvuru aleyhine yargılama giderleri dışında disiplin para cezasına karar vermede takdir yetkisi bulunmaktadır.

II. YARGI HARÇLARI VE HAK ARAMA HÜRRİYETİ

A. Türk Hukukunda Yargı Harçları

Harçlar, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun gerekçesinde “*fertlerin özel menfaatlerine ilişkin olarak, kamu kurumları ve hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında yaptıkları ödemeler*” olarak tanımlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu tanımdan yola çıkarak bir hizmetin harca tabi olmasının; kişilerin bir

¹⁴ Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya konu nihai kararın tebliğ alınma tarihinden önce öğrenildiğinin tespit edildiği durumlarda, başvuru süresinin bu tarihten itibaren başlatılması gerektiğine karar vermektedir. Mahkeme bir kararında, başvuru konusu nihai karar UYAP üzerinden okuyan başvuru avukatının başvuru süresinin bu tarihten itibaren işlemeye başlayacağını belirtmiştir. Söz konusu tarihten itibaren 30 gün içinde yapılmayan bireysel başvuru (sonradan gerçekleşen tebliğden itibaren 30 gün içinde yapılsa da) Mahkeme tarafından süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur. Bkz. AYM, *Hüseyin Aşkan*, B. No: 2017/15649, T. 21.07.2020, § 29, 30, 31. Mahkemenin yakın tarihli başka bir kararında, başvuru aleyhine yargılama giderleri dışında disiplin para cezasına karar vermede takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak başvuru hakkının kötüye kullanılması durumunda başvurunun reddedileceği, İç Tüzük'ten farklı olarak Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Evrensel bir ilke olan hakkın kötüye kullanılması yasağı düşünüldüğünde, Kanun'da düzenlenmese de başvuru hakkını açıkça kötüye kullanan başvuru aleyhine yargılama giderleri dışında disiplin para cezasına karar vermede takdir yetkisi bulunmaktadır.

¹⁵ ÇINAR, İbrahim / ÇINAR, Sinan: “Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2014, Sayı 4, s. 282.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru hakkının kötüye kullanıldığı halleri açıklarken şu ifadelerle yer vermiştir: “... Mahkemeyi yanıltmak amacıyla kasten gerçek olmayan maddi vakialara dayanılması veya bu nitelikte bilgi ve belge sunulması, başvurunun değerlendirilmesi noktasında esaslı olan bir unsur hakkında bilgi verilmemesi, başvurunun değerlendirilmesi sürecinde vuku bulan ve söz konusu değerlendirmeyi etkileyecek nitelikte yeni ve önemli gelişmeler hakkında Mahkemenin bilgilendirilmemesi suretiyle başvuru hakkında doğru bir kanaat oluşturulmasının engellenmesi, medeni ve meşru eleştiri sınırları saklı kalmak kaydıyla bireysel başvuru amacıyla bağdaşmayacak surette hakaret, tehdit veya tahrik edici bir üslup kullanılması ile söz konusu başvuru yolu kapsamında ihlalin tespiti ile ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin amaçla bağdaşmayacak surette içeriksiz bir başvuruda bulunulması durumunda, başvuru hakkının kötüye kullanıldığı kabul edilebilecektir.”. Bkz. AYM, S.Ö., B. No: 2013/7087, T. 18.09.2014, § 29.

¹⁷ DOĞANOĞLU, Ali Erdem: “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 67, Sayı 3, s. 541-542. POLAT GORAL, Betül: “Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2022, Cilt 28, Sayı 1, s. 260.

kamu kurumu ve hizmetinden yararlanmaları, kişilere kamu eliyle özel bir yarar sağlanması, kamu idaresinin kişilerin özel bir işiyle uğraşması koşullarına bağlı olduğunu ifade etmektedir¹⁸. Yargıtaya göre de harç, adli ve idari hizmetlerin masraflarını karşılamak amacıyla gerçek ve tüzel kişilerden alınmakta, harcın konusu olan hizmet, kamu hizmetinden ziyade kişilerin kendi menfaatini ilgilendirmektedir¹⁹.

Devletin vatandaşlara sunduğu asli kamu hizmetlerinden biri yargı hizmetidir. Yargı hizmetinden bireylerin hızlı, kolay ve etkili şekilde yararlanmaları, hukuk devleti ilkesi ve bu ilkeyi tamamlayan adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünün gereğidir²⁰. Diğer kamu hizmetleri gibi, yargı hizmetinin yürütülmesinin de belli bir maliyeti bulunmaktadır. Devlet tekelindeki yargı hizmetinin gerektirdiği giderlerin tamamının Hazine tarafından karşılanamaması ve hak arama özgürlüğünün kötüye kullanılmasının önlenmesi gibi sebeplerle giderlere, hak arama yoluna başvuranların katılımı zaruri kılınmakta ve böylelikle yargı harçları ortaya çıkmaktadır²¹. Bu anlamda yargı harçları; davaların açılması, yargılama işlemlerinin devam etmesi veya üst mahkemeye kanun yolu incelemesi talebinde bulunulması gibi yargı hizmetlerinden yararlanabilmek için yerine getirilmesi gereken bir ön koşuldur²².

Görüldüğü üzere, diğer harçlar gibi yargı harçlarında da bir kamu hizmetinden yararlanma yani karşılıklılık ölçütü öne çıkmaktadır²³. Bununla birlikte, karşılıklılık ölçütü verilen yargılama hizmetinin birebir karşılığı şeklinde anlaşılmalıdır. Zira içtihat oluşturma ve yargılama hizmetinin devletin tekelinde olduğu, yargılama giderlerinin büyük ölçüde devlet tarafından karşılanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu düşünceye göre, düşük miktarlarda belirlenen yargı harçları ile bir yandan karşılıklılık ölçütü sağlanmış olurken, diğer yandan ekonomik olarak güçsüz durumda olan bireylerin hak arama yollarının kolaylaştırılması sağlanacaktır²⁴. Bu anlamda yargı harçlarıyla, devletin adalet alanında yaptığı hizmete, hizmetten yararlanan kişilerin kısmî katkı sağlaması istenmektedir²⁵.

Türk hukukunda yargı harçları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) yargılama giderlerini düzenleyen 323. maddesi kapsamında yer almakta ve ayrı olarak 492 sayılı Harçlar Kanunu ile düzenlenmektedir. Harçlar Kanunu'nun 2. maddesi ile yargı harcına tabi kılınan işlemler ve harç miktar ve oranları bu Kanun'a bağlı (1) sayılı tarifede belirlenmiştir. Tarifenin (A) kısmında mahkeme harçları düzenlenmiş ve mahkeme harçlarının; "hukuk, ceza ve ticaret davalarıyla, idari davalarda ihtilafsız yargı konularında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularda ve icra tetkik mercilerinde" uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda söz konusu olabilecek harçlar, başvurma harcı, celse harcı, karar ve ilam harcı, temyiz, istinaf ve itiraz harçları, keşif harcı şeklinde belirlenmiştir²⁶.

Başvurma veya başvuru harcı; dava açılırken davacı tarafından veya diğer hallerde talepte bulunan tarafından peşin ödenen, "...hukuk, ceza ve ticaret davalarıyla, idari davalarda ihtilafsız yargı konularında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularda ve icra mahkemelerinde dilekçe veya tuta-

¹⁸ AYM, T. 31.03.1987, E. 1986/20, K. 1987/9; AYM, T. 14.02.1991, E. 1990/18, K. 1991/4; AYM, T. 01.11.2012, E. 2011/64, K. 2012/168.

¹⁹ Yargıtay, İBKG, T. 23.12.1976, E. 1976/11-7, K. 1976/6.

²⁰ TERCAN, Erdal / RÜZGARESEN, Cumhuriyet: "Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32'nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 14, Sayı 1-2, s. 138.

²¹ TERCAN / RÜZGARESEN, s. 139.

²² ERCAN, İbrahim / ARSLAN, Aziz Serkan: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması ile İlgili Ortaya Çıkan Bazı Meseleler ve Bunların Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 20, Sayı 2, s. 171.

²³ Harçların, bir kamu hizmetinden yararlanmaya karşılık alınmaları özelliğiyle vergilerden ayrıldığı, vergilerde ise kamu giderlerini karşılamak ve mali güce göre ödeme ölçütünün geçerli olduğu ifade edilmektedir. Diğer yandan, 1982 Anayasası'nın 73. maddesine göre harçlar, vergiler gibi kanunilik ilkesine tabidir. Bkz. PINAR, s. 1-2; PINAR, Burak / MERİÇ, Nedim: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 84, s. 201.

²⁴ GOTTWALD, Peter: "Medenî Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz", (Çev.) TAŞPINAR Sema, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 51, Sayı 1, s. 7.

²⁵ GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / TORAMAN, Barış / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 637.

²⁶ Anılan tarifede, yargı harçlarına (B) kısmı ile icra ve iflas harçları, (C) kısmı ile ticaret sicili harçları ve (D) kısmı ile diğer yargı harçları dahil edilmiştir.

nakla dava açma veya davaya müdahale, tevdi mahallin tayini...” taleplerinde bir defaya mahsus alınan maktu harçtır²⁷. Diğer bir mahkeme harcı olan celse harcı, hukuk ve ticaret mahkemeleri ve idari yargı mahkemelerinde “... *taraflar veya vekillerinin ertelenmesine sebebiyet verdikleri oturumlar için...*” alınan maktu harçtır²⁸. Mahkeme harçları arasında önemli bir yeri haiz olan karar ve ilam harçları ise; mahkemelerce 492 sayılı Kanun’a bağlı (1) sayılı tarifenin (A) kısmının III. bölümünde belirtilen nihai kararlar neticesinde alınan, konusu para ile değerlendirilebilen davalarda 492 sayılı Kanun’un belirlediği nispi oranlarda, konusu para ile değerlendirilemeyen davalarda ise aynı Kanun ile belirlenen maktu miktarla tespit edilen harçtır²⁹. Temyiz, istinaf ve itiraz harçları üzerinde durmak gerekirse, bu harçların ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı başvuru kanun yolları aşamalarında alınan başvuru harcı ile karar ve ilam harçları olduğunu belirtmek gerekecektir³⁰. Son olarak keşif harcını ise “*mahkemelerce re’sen veya istem üzerine verilen keşif veya tespit kararlarını yerine getirme*” için alınan maktu harç olarak tanımlamak mümkündür³¹.

Yargı harçları düzenlemelerine dair karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, Avrupa Konseyine üye ülkelerin uzmanlarından oluşan ve Avrupa’da adaletin etkinliğini ve işleyişini iyileştirme amaçlı çalışmalar yapan Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu’nun (CEPEJ) 2022 yılındaki raporu önemli veriler sunmaktadır. Rapora göre, Lüksemburg, İspanya ve İskoçya dışındaki ülkelerin çoğunda hukuk davaları için harç gerektiren hukuk sistemleri mevcuttur. Hatta Bulgaristan, Polonya, Portekiz, Hırvatistan, Sırbistan, Karadağ, Yunanistan, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi ve İsviçre’de ceza davaları için de yargı harcının bulunduğu tespit edilmiştir. Bununla birlikte, rapora göre; Belçika, Bosna Hersek ve Finlandiya’da yargı harçları davanın açılmasından sonraki bir aşamada ödenirken, Belçika’da aynı zamanda yargı harçlarının kararın verilmesinden sonra haksız çıkan tarafa yükletilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır. Fransa’da sadece belirli hukuki uyuşmazlıkların yargı harcına tabi olduğu belirtilmiştir³². Bu gibi örnekler yargı harçlarına dair uygulamaların değişkenliğini göstermektedir.

Yargı harçları ile ilgili üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise adli yardım kurumudur. Bir kamu hizmeti olan yargı hizmetinden bireylerin menfaat elde etmesine dayalı olarak birtakım yargılama giderlerine katılmasını mecburi kılan hukuk sistemleri; ekonomik imkanları kısıtlı ve hatta yoksul olan bireyler için hak aramayı imkânsız kılmamak, adaleti erişilebilir kılmak gayesiyle adli yardım kurumunu hukuk sistemine dahil etmiştir. Hukuk devleti ilkesi gibi sosyal devlet ilkesinin de anayasal bir ilke olarak benimsendiği ülkemizde adli yardım kurumu hukuk sistemine eklenerek, yargılama hizmetlerinin ekonomik güç eksenli olmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Kanun’un belirlediği şartlar çerçevesinde, yargılama ve takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme suretiyle geçimi zorlaşacak bireylere adli yardım imkânı sunan bu kurumun kanuni dayanağı; 6100 sayılı HMK’nin 334-340. maddeleri ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 176-181. maddelerinde yer almaktadır. Hukuk ve ceza mahkemeleri, icra takibi, idari yargı mercileri de dahil olmak üzere yargı hizmeti sunan makamlarda uygulanması mümkün olan bu kurum, yargılama giderlerinden geçici muafiyet imkânı tanımaktadır³³. Geçici muafiyetten, adli yardım sonucu bireylere sağlanan ekonomik faydanın akıbetinin, söz konusu dava veya takibin sonuna ertelenmesi anlaşılmalıdır³⁴.

²⁷ SAYAR, İbrahim Barış: *Adalet Erişim Hakkı Bağlamında Yargı Harçları*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 24.

²⁸ AKYOL ASLAN, Leyla: “Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 42.

²⁹ AKYOL ASLAN, s. 39-40.

³⁰ SAYAR, s. 44.

³¹ GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU, s. 640.

³² EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE: *European Judicial Systems CEPEJ Evaluation Report, 2022* (<https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279>, ET: 29.04.2024), s. 33.

³³ PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Ed.): *Pekcanitez Usul; Medeni Usul Hukuku, Cilt III*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2411.

³⁴ PEKCANITEZ / ÖZEKES / AKKAN / TAŞ KORKMAZ, s. 2431.

B. Hak Arama Hürriyeti

Magna Carta'dan itibaren, Kral *John*'un mahkemeleri yeniden düzenleme vaadi ile hukuk sahnesine çıktığı belirtilen hak arama hürriyeti, *Meech v. Hillhaven West, Inc.* (1989) kararında Montana Yüksek Mahkemesi tarafından, anayasa ve yasa hükümleri uyarınca, mahkemelerin herkese eşit şekilde erişilebilir olması ve yasa tarafından telafi edilebilecek her haksızlık karşısında hızlı bir çözüm sunulması gerekliliği şeklinde tanımlanmıştır³⁵. Mahkemeye erişim hakkını da kapsayan bu hürriyet, en genel anlamıyla bireyin bir iddiasını mahkeme önüne taşıması ve davasının mahkeme tarafından karara bağlanması imkânını içermekte; uluslararası insan hakları normları altında etkili ve meşru kabul edilecek adil ve tarafsız bir adalet sisteminin mevcudiyetini gerektirmektedir³⁶.

Hak arama hürriyeti, hukuk düzeni tarafından tanınan hak ve özgürlüklerin ihlali halinde kişilere hak arama yollarına başvurma imkânı sağlamakta ve ihkak-ı hak yasağının hukuk devletine getirisi olarak ifade edilmektedir³⁷. Hak arama hürriyeti ayrı ve bağımsız bir hak olmasının yanında, kişilerin sahip oldukları diğer temel hak ve hürriyetlerden tam anlamıyla yararlanmasını ve bunların korunmasını güvence altına almaktadır³⁸. AİHS'in 6. maddesi kapsamında değerlendirilen hak arama hürriyeti Anayasa'nın 36. maddesinde, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" şeklinde ifade edilmiştir. Madde, lafzında da anlaşılacağı üzere, bireylerin yargı makamları önünde hak arama hürriyetine sahip olduğunu düzenlemektedir. Bireylerin, yargı makamları dışında örneğin idari makamlar önünde de hak arama hürriyetine sahip olduğu muhakkaktır. Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir*" hükmünün bu amaca hizmet ettiği, hak arama hürriyeti bakımından Anayasa'nın 36. maddesini tamamladığı ve hatta ondan daha fazla güvence getirdiği doktrinde ifade edilmektedir³⁹. Yine 2001 yılı değişikliği ile Anayasa'nın 40. maddesine eklenen "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*" hükmünün de hak arama hürriyetini koruyan bir düzenleme olduğu belirtilmektedir⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda hak arama hürriyetinin yargısal başvuru yollarının yanında, idari ve siyasi başvuru yollarını kapsadığını ifade etmektedir⁴¹. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, hak arama hürriyeti bakımından sahip olunan en etkili yolun, kişilerin yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesi olduğunu belirtmektedir⁴². Gerçekten de çeşitli iddia ve kanıtlarla haklılığın ileri sürülebilmesi veya haksızlığın ortaya çıkabilmesi için en üstün korumayı dava yoluyla hak arama hürriyeti kişilere sağlamaktadır.

³⁵ SCHUMAN, David: "The Right to A Remedy", *Temple Law Review*, 1992, Cilt 65, s. 1200.

³⁶ FRANCIONI, Francesco: *Access to Justice As A Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2007, s. 64-79.

³⁷ KÖKÜSARI, İsmail: "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 15, Sayı 1, s. 165. Anayasa Mahkemesi de bir kararında "... insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir" diyerek hak arama hürriyetinin hukuk devletindeki önemine vurgu yapmıştır. Bkz. AYM, T. 19.09.1991, E. 1991/2, K. 1991/30.

³⁸ AYM, T. 02.11.2016, E. 2015/61, K. 2016/172, § 123; AYM, T. 18.10.2005, E. 2003/7, K. 2005/71; AYM, T. 17.01.2008, E. 2004/25, K. 2008/42; AYM, T. 14.01.2010, E. 2009/27, K. 2010/9; AYM, T. 18.01.2018, E. 2017/136, K. 2018/7, § 10; AYM, *Nevruz Bozkurt*, B. No: 2013/664, T. 17.09.2013, § 28; AYM, *Ali Abbas Yalman*, B. No: 2015/11456, T. 19.04.2018, § 29.

³⁹ TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 197; AYDIN, Mesut: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 61, Sayı 3, s. 5-6.

⁴⁰ İNCEOĞLU, Sibel: *Adil Yargılanma Hakkı; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4*, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2018, s. 41. AYM, T. 08.01.2009, E. 2004/69, K. 2009/6.

⁴¹ AYM, *Ali Abbas Yalman*, B. No: 2015/11456, T. 19.04.2018, § 30; AYM, *S.A.*, B. No: 2015/19664, T. 07.02.2019, § 39; AYM, *Yavuz Tekelioğlu*, B. No: 2015/10606, T. 26.12.2018, § 45; AYM, *Meral Özata Özgürol*, B. No: 2015/2326, T. 26.12.2018, § 43.

⁴² AYM, T. 18.06.2013, E. 2013/71, K. 2013/77; AYM, T. 18.10.2005, E. 2003/7, K. 2005/71; AYM, T. 28.04.2011, E. 2009/66, K. 2011/72; AYM, T. 18.01.2018, E. 2017/136, K. 2018/7, § 11; AYM, T. 22.05.2014, E. 2014/17, K. 2014/97; AYM, T. 28.01.2016, E. 2014/92, K. 2016/6, § 12; AYM, T. 30.10.2014, E. 2014/58, K. 2014/163; AYM, T. 17.01.2008, E. 2004/25, K. 2008/42; AYM, T. 21.01.2010, E. 2008/102, K. 2010/14; AYM, *Abdurrahman Akyüz*, B. No: 2012/620, T. 12.02.2013, § 18.

Anayasa'nın 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama hürriyeti, her şeyden önce "hukuki bir uyumsuzluğun bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne taşınması hakkını" kapsayan mahkemeye erişim hakkını içermektedir⁴³. Mahkemeye erişim hakkı AİHS'de açıkça düzenlenmemekle beraber, bu hakkın Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında olduğu AİHM tarafından kabul edilmiştir⁴⁴. AİHM, *Golder/Birleşik Krallık* kararında, yargılama esnasında sahip olunan usuli güvenceleri koruyan Sözleşme'nin 6. maddesinin, bu güvencelerden yararlanmayı mümkün kılan mahkemeye erişim hakkını korumamasının mümkün olmayacağını belirtmiş ve bu hakkın Sözleşme'nin 6. maddesinin doğasında yer aldığını vurgulamıştır⁴⁵.

Bireylerin mahkemeye erişimleri ve hak arama hürriyetlerini serbestçe kullanabilmeleri bakımından devletin birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır⁴⁶. Hak arama hürriyetini korumakla ve temin etmekle yükümlü olan devletin, bu hürriyet bağlamında negatif yükümlülüğü; bireylerin tüm hak ve özgürlükleri koruma aracı olan bu hürriyete saygı duyması, dokunmaması, kullanılmasını engellemesi, yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşürmemesi olarak ifade edilmektedir. Hak arama hürriyeti bağlamında devletin pozitif yükümlülüğü ise; bireylere hukuken tanınan hak ve özgürlüklerin ihlali halinde başvurabilecekleri yargısal koruma mekanizmalarını tesis etmek ve bu mekanizmaların etkililiğini sağlamaktır⁴⁷. Hak arama hürriyetine ilişkin pozitif yükümlülükler bununla sınırlı olmayıp, devletin hak arama hürriyetinin bireylerce kullanılmasını kolaylaştıracak yasal düzenlemeler gerçekleştirilmesi de pozitif yükümlülük kapsamında değerlendirilebilir.

Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyeti için özel bir sınırlama nedeni düzenlenmemiş olsa da Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi bunun mutlak ve sınırlandırılmayan bir hak olduğu düşünülemez. Zira hakkın doğasından kaynaklanan sınırları olabileceği gibi Anayasa'nın başka maddelerinde bulunan kurallara dayanarak da hakların sınırlandırılması söz konusu olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanımına ilişkin düzenlemeler hak arama hürriyetinin doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyar. Bu şekilde getirilecek sınırlamaların ise Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütlere uygun olması gerekir⁴⁸. Çalışma konumuzu ilgilendiren yargı harçları, hak arama hürriyetine yasal düzenlemeler yoluyla getirilen bir sınır olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sınırın anlaşılabilmesi için hak arama hürriyeti ve yargı harçları ilişkisi, konuya dair Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları doğrultusunda ele alınmalıdır.

C. Yargı Harçları ve Hak Arama Hürriyeti İlişkisi

Dünya genelindeki hukuk sistemlerinde yaygın olan yargı harçları uygulamasına toplumda adaletin sağlanması, yargı hizmetinin getirdiği yüksek maliyetin bireylerce karşılanması gerekleriyle yer

⁴³ AYM, T. 18.01.2018, E. 2017/136, K. 2018/7, § 11; AYM, T. 28.01.2016, E. 2014/92, K. 2016/6, § 12; AYM, T. 11.10.2023, E. 2020/76, K. 2023/172, § 18; AYM, T. 26.10.2023, E. 2020/73, K. 2023/181, § 34; AYM, T. 26.07.2023, E. 2023/43, K. 2023/141, § 10; AYM, T. 04.05.2023, E. 2019/93, K. 2023/87, § 146; AYM, T. 04.05.2023, E. 2023/54, K. 2023/90 § 13; AYM, T. 16.02.2023, E. 2022/104, K. 2023/28, § 10; AYM, T. 28.09.2022, E. 2021/107, K. 2022/109 § 14; AYM, T. 21.04.2022, E. 2021/119, K. 2022/48, § 33; AYM, T. 01.06.2022, E. 2022/10, K. 2022/72, § 23; AYM, T. 22.09.2021, E. 2021/37, K. 2021/63, § 17; AYM, T. 10.12.2020, E. 2016/144, K. 2020/75, § 190; AYM, T. 04.02.2021, E. 2019/89, K. 2021/10, § 69. Ayrıca bkz. EKİNCİ, Ahmet: "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 3, s. 824.

⁴⁴ AYM, *Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, T. 20.03.2014, § 36.

⁴⁵ AİHM, *Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, T. 21.02.1975, § 35, 36.

⁴⁶ AKTEPE ARTIK, Sezin: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 82. İnsan haklarının asli yükümlüsü olarak devletin, bireylerin hak ve özgürlüklerden yararlanmaları bakımından aktif olarak edimde bulunmasını gerektiren yükümlülükler pozitif yükümlülükler olarak adlandırılırken; hak ve özgürlüklerin kullanılmasına saygı gösterme, karışmama yönünde beliren kaçınma tutumu ise negatif yükümlülükler olarak adlandırılmaktadır. Bkz. GÜNEŞ, Ahmet M.: *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 150-151.

⁴⁷ KÖKÜSARI, s. 167, AİHM, *Agrokompleks/Ukrayna*, B. No: 23465/03, T. 06.10.2011, § 136; AYM, *Rabia Nur Yazıcı ve Selma Kocapıçak*, B. No: 2016/9528, T. 09.06.2020, § 68; AYM, T. 04.02.2021, E. 2019/89, K. 2021/10, §69.

⁴⁸ AYM, T. 18.06.2013, E. 2013/71, K. 2013/77; AYM, T. 01.11.2012, E. 2010/83, K. 2012/169; AYM, T. 30.05.2024, E. 2023/29, K. 2024/112, §25; AYM, T. 22.06.2023, E. 2022/134, K. 2023/116, § 20; AYM, T. 16.02.2023, E. 2022/135, K. 2023/30, § 30. Ayrıca bkz. İNCEOĞLU, s. 44.

verildiği ve bunun temelinde devletin benimsediği politik sistemin olmadığı ileri sürülmektedir. Yargı harçlarının haklılığına vurgu yapan bu görüş, hak arama hürriyeti ile yargı harçları arasında doğal olarak bir çelişki bulmamaktadır. Buna göre yargı harçları, hak arama hürriyetinin kötüye kullanılmaması, ciddi olmayan ve bir hak ihlaline karşılık gelmeyen olay ve olgular için yargıyı oyalamanın önüne geçme noktasında caydırıcı etki yaratması bakımından muhakeme kuralları gereği var olmalıdır⁴⁹. Benzer görüşte olan yazarlardan *Rüzgaresen* ise, bireyin şahsi bir menfaati sebebiyle ve kendi talebi doğrultusunda faydalandığı yargı hizmeti sebebiyle yaptığı harç ödemesinin makul olduğunu kabul etmektedir⁵⁰. Yargı harçlarının hak arama yollarına engel teşkil ettiği kişiler için adli yardım kurumunun etkililiğini savunan bu bakış açısı, bu kurumun hak arama hürriyeti önündeki engelleri kaldırdığını belirtmektedir⁵¹.

Diğer yandan, yargı harçlarının mahkemeye erişimin ve hak arama hürriyetinin amacı ile bağdaşmadığını, zira bu ekonomik engellerin bireyleri hak aramaktan alıkoyduğunu ileri süren karşıt görüşler de bulunmaktadır. Yargı harçları ekonomik olarak güçlü olmayan bireyler nezdinde hak arama hürriyetini kısıtlamada daha kuvvetli görünüm kazanırken, kimi zaman ekonomik olarak sorunu olmayan bireyler açısından dahi zorlayıcı olabilmektedir⁵². Bununla birlikte, yargı harçlarının olumsuz boyutunun adli yardım kurumu ile bertaraf edilebileceği görüşüne karşı, adli yardım kurumundan faydalanabilmenin çeşitli şartlara bağlı olduğu ve uygulamada bu kurumun önemli problemlerle karşı karşıya olduğu belirtilmektedir⁵³.

Hak arama hürriyetinin herkes tarafından serbestçe kullanılmadığı, mahkemeye erişimin ekonomik anlamda güçsüz bireylerce sağlanamadığı bir düzen, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Ancak sadece bu gerçeklikten hareketle yargı harçlarının hak arama hürriyetini ortadan kaldırdığı sonucuna ulaşılamayacaktır. Zira toplumsal adaletin sağlanması için alınan harçların yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olanlar bakımından hak arama hürriyeti önünde bir engel olmadığı, harcın alınmasında bir karşılıklılığın söz konusu olduğu ve bu harcın alınan yargı hizmeti için bir kamu geliri olarak yatırıldığı ifade edilmektedir⁵⁴. Yargılama giderlerini karşılayamayacak kişiler bakımından ise devletin sosyal devlet ilkesi gereği ihtiyaç duyulan düzenlemeleri hayata geçirebilmesi için bazı dava ve taleplere ilişkin muafiyet veya indirim uygulamaları öngörmesi gerekmektedir⁵⁵.

Öte yandan, devletin ortaya çıkışında, bireylerin güvenliklerini sağlamanın yanında, hak ve özgürlüklerini temin etme ve adaleti sağlama amaçlarının bulunduğu düşünüldüğünde, adalet arayışında olanların yargı harçları gibi ekonomik engellerle karşılaşması devletin ortaya çıkış amaçlarını sorgulandırılmaktadır. Ayrıca yargı harçlarının kimi davalar özelinde ulaştığı miktarlar yargılama giderlerini karşılayabilecek bireylerin dahi hak arama hürriyetlerini kullanma konusunda isteksiz kalmasına neden olabilir. Yargı harçları, adli yardım kurumunun etkinliğinin sağlanamadığı devletlerin hukuk sistemlerinde ise daha büyük sorunlara yol açabilir. Buna rağmen, yargı harçlarının yargı makamlarını haksız yere meşgul etme karşısındaki rolü yadsınamaz bir gerçeklik olsa da harç ve hak arama hürriyeti dengesinin sağlanması bu işlevden daha fazlasını gerektirmektedir.

⁴⁹ PINAR / MERİÇ, s. 199-200.

⁵⁰ RÜZGARESEN, Cumhur: "Medenî Yargılama Hizmetlerinin Bedelsiz Olmaması ve Nedenleri", *E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, 2010, Sayı 100 (<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=MEDEN%DD%20YARGILAMA%20H%DDZMETLER%DDN%DDN%20BEDELS%DDZ%20OLMAMASI%20ve%20NEDENLER%DD&kimlik=1276074491&url=ma-kaleler/cruzgaresen-1.htm>, ET: 10.05.2024).

⁵¹ GÖRGÜLÜ ERGENÇ, Funda: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2021, s. 139; TERCAN / RÜZGARESEN, s. 139.

⁵² TUNC, Andre: "The Quest For Justice", (Ed.) CAPPELLETTI, Mauro: *Access to Justice and The Welfare State*, Avrupa Üniversite Enstitüsü, Floransa, 1981, s. 318.

⁵³ SAYAR, s. 119-120.

⁵⁴ PINAR / MERİÇ, s. 199-201.

⁵⁵ PINAR / MERİÇ, s. 202.

Görüldüğü üzere, yargı harçları ve hak arama hürriyeti arasında hassas denge gerektiren bir ilişki mevcuttur. Yargı harçlarının miktarının yüksek tutulması yargılama hizmetlerinin devlet üzerindeki maliyetini hafifleterek mahkemelerin iş yükünü azaltmakta ve mahkemelerin etkinliğinin artması beklentisini güçlendirmekte iken, hak arama hürriyetine kavuşma noktasında ekonomik olarak güçlü ve yoksul bireyler arasında eşitsizliğin açılmasına sebep olmaktadır⁵⁶. Bu noktada yargı harçları ve hak arama hürriyeti ilişkisinin AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında nasıl ve hangi ilkeler üzerine kurulduğuna değinmek gerekmektedir.

D. Mahkeme Kararlarında Yargı Harçları ve Hak Arama Hürriyeti İlişkisi

Başvuru için yargı harcı şartı aramayan AİHM, mahkeme masraflarının teminatı olarak yargı harçlarının meşruluğunu kabul etmekle birlikte, yüksek miktarlı ve oranlı yargı harçlarının hak arama hürriyetinin ihlali olabileceğini belirtmektedir. AİHM'e göre, bireylerin mahkemeye erişim hakkına sınırlamalar getirilebilir ve bu hakkın sağlanmasında Devlet belli bir takdir marjına⁵⁷ sahiptir. Bununla birlikte, öngörülen sınırlamaların hakkın özünü sınırlayacak şekilde olmaması, sınırlamada meşru bir amacın bulunması ve kullanılan araçlarla ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılığın olması gerekir⁵⁸.

Bu noktada dikkat çeken kararlardan ilki *Kreuz/Polonya* kararıdır. İşletme açma talebi belediyece reddedilen başvuru *Kreuz*, bunun üzerine açtığı tazminat davası için talep edilen yargı harcından, ekonomik durumunu gerekçe göstererek muaf tutulmayı talep etmiş ancak başvurusunun bu talebi iç hukukta kabul görmemiştir. *Kreuz* tarafından yapılan başvuru sonucunda AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin yargılamaların ücretsiz olması sonucunu doğal olarak doğuramayacağını, yargı harçlarının hak arama hürriyetinin ihlali niteliği taşımasının her davanın kendi koşulları ışığında değerlendirilerek tespit edilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Mahkeme, her davanın bu noktada önem arz eden koşullarını; başvurusunun ödeme kabiliyeti, harcın ödenme miktarı, zamanı ve şekli olarak örneklendirmiştir. Yerel mahkemede açılan dava konusunun bir işletme açılması talebinin reddi olduğu ve "işletme açmak isteyen bireyin yargı harçlarını da ödeyebileceği" karşı tezini, incelemede ihlalin olmadığı noktasında yeterli ve ikna edici bulmaması da Mahkeme'nin konuya hassasiyetini göstermektedir. Bununla birlikte dikkat çeken bir diğer nokta, yargı harcının miktarındaki makullüğün tespitinde başvurusunun hak aradığı ülkedeki yıllık gelir gibi ekonomik şartların da dikkate alınmış olmasıdır. Son olarak, devletin yargılama hizmeti için yargı harcı almadaki faydası ile bireyin ihlal edilen hak ve özgürlüğü için hak arama yoluna başvurabilme faydası arasında söz konusu olay özelinde dengenin kurulamadığı Mahkeme tarafından tespit edilmiştir⁵⁹.

AİHM'in konuyla ilgili önem arz eden bir başka kararı ise *Yiğit/Türkiye* davasında verilmiştir. Başvuru olan Yiğit ailesinin, kızları E. Yiğit'in doğumu esnasında bulunduğunu iddia ettikleri ihmaller sebebiyle birtakım uzuvlarının yetisini kaybetmesi nedeniyle başlattıkları hukuki süreçte, yüksek miktarlı yargı harcı ödeme yükümlülüklerine karşı talep ettikleri adli yardım reddedilmiştir. Yiğit ailesinin kendisini avukat ile temsil ettirmesinden bahisle reddedilen adli yardım talebi, tarafların yargı harçlarını öde-

⁵⁶ ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansının Anayasaya Aykırılığı Sorunu", (Ed.) ALTAN, Alparslan / YILDIRIM, Engin / TERCAN, Erdal / TÜLEN, Hikmet / ÇOBAN, Ali Rıza: *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012, s. 448-449; ALANGOYA, Yavuz: "Anayasanın Medenî Usul Hukukuna Etkisi", *Milletlerarası Hukuk ve Milleterarası Özel Hukuk Bülteni*, 1981, Cilt 1, Sayı 2, s. 4.

⁵⁷ Takdir marjı (margin of appreciation) doktrini; ulusal yasama, yürütme ve yargı organlarının insan haklarının korunması ve sınırlandırılmasında takdir yetkisi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. DOĞAN, İlyas: *İnsan Hakları Hukuku*, 5. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2022, s. 420. AİHS ve Ek Protokollerde henüz yer almayan bu doktrin, AİHM içtihatları ile ortaya çıkmıştır. Mahkemenin, taraf devletlerin ulusal makamları tarafından yürütülen yargılama aşamasında bu makamlara atfettiği ancak sınırsız olmadığını vurguladığı takdir alanını gözeten doktrin; taraf devletin egemenlik yetkisine saygı, ikincillik ve kültürel farklılıklara saygı ilkelerine dayanmaktadır. Bkz. SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 176-188.

⁵⁸ AİHM, *Tolstoy Miloslavsky/Birleşik Krallık*, B. No: 18139/91, T. 13.07.1995, § 59.

⁵⁹ AİHM, *Kreuz/Polonya*, B. No: 28249/95, T. 19.06.2001.

yememesi ve davanın açılmamış sayılması ile sonuçlanmıştır⁶⁰. AİHM'e yapılan başvuru neticesinde, Mahkeme'nin; hak arama hürriyetinin devlete yüklediği pozitif yükümlülükler bağlamında devletin kullanabileceği araçları seçme serbestisi, daha doğru ifade ile takdir yetkisi olduğunu tespit etmesi önem arz etmektedir. Hak arama hürriyetine yargı harçları ile getirilen kısıtlamanın meşru amaca dayanması ve bu meşru amaç ile kısıtlama arasında orantılılığın bulunması şartlarının altının çizildiği kararda, *Kreuz/Polonya* kararında olduğu gibi bu orantılılık ilişkisinin tespitinde davaya özel koşullardan; başvuru- nün ödeme kabiliyetine, harcın talep edildiği aşamaya ve diğer özel şartlara dikkat çekilmiştir. Söz konu- su somut olayın incelenmesinde, olayların gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan asgari ücret miktarını da dikkate alan Mahkeme, başvuru- nün gelire sahip olmadığını belgelendirmelerine karşın adli yardım kurumundan yararlandırılmayarak dönemin asgari ücretinin dört katı tutarında harca tabi kılınmalarını orantılı bulmamış ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶¹.

Yargı harçlarıyla ilgili AİHM'in önüne gelen *Ülger/Türkiye* davası ise 492 sayılı Harçlar Kanu- nu'nun 28. maddesinin a bendindeki karar ve ilam harcının kalan kısmı ödenmedikçe ilgili taraflara mahkeme kararının verilmeyeceğini düzenleyen hükmün⁶² neden olduğu hak arama hürriyeti ihlalini konu edinmektedir. Kazanmış olduğu davada, ilama dayanarak icra takibi başlatmak istediği noktada dava yargılama harç ve giderlerinin ödenmediğinden bahisle ilamın kendisine verilmediğini ve böyle- ce hak arama hürriyetinin de ihlal edildiğini iddia eden başvuru- cu; yargı harç ve giderlerini ödemeye istekli olduğunu ve fakat ödeme kabiliyeti olmadığını da başvuru kapsamında öne sürmüştür⁶³. Mah- kemece yapılan inceleme neticesinde; yargı harçlarının hak arama hürriyeti bağlamında makul oluşu- nun tespitinde bireylerin ödeme kapasitesinin, davanın özel koşullarının, harcın ödendiği aşamanın dikkate alınması gerekliliği yinelenmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme devletin hak arama hürriyetine ilişkin pozitif yükümlülüğünün olduğuna vurgu yaparak, "...devletin, kararların uygulanması için hem hukuken hem de uygulamada etkin bir yöntem belirleme yönünde genel ya da özel her türlü uygun tedbiri alma yükümlülüğünden..." kaçınmaması gerektiğinin altını çizmiştir. Böylece yargı harçlarının hak arama hürriyetine ihlal teşkil edebileceği noktaların yalnızca mahkemeye başvuru ile sınırlı olma- dığı, aynı zamanda lehe olan bir mahkeme kararının icra edilebilmesi için ekonomik engel yaratan yargı harçlarının da hak arama hürriyetini sınırlayabileceği bu karar ile açığa çıkmaktadır⁶⁴.

Yargı harçları konusunda Anayasa Mahkemesinin, AİHM'e benzer bir yaklaşıma sahip olduğu gö- rülmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, AİHM'in yukarıda bahsi geçen kararlarına da atıf yapı- rak "*Kanun koyucunun yargı hizmetlerinin verilmesi karşılığında harç alınması biçiminde düzenleme yapma yetkisi bulunmakla birlikte, bunun Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında bulunan mahkemeye erişim hakkını engellememesi için, 'harcın miktarının makul olması', 'harcın alınmasında haklı bir ama- cın olması', 'ulaşılacak istenen amaç ile harç miktarı arasında orantı olması' ve 'ödeme gücü olmayan- lar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması' kriterlerine uyulması*" gerektiğini belirtmiştir⁶⁵.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında vergi, resim ve harç ile ilgili kanunlarda sosyal, ekono- mik, mali ve kültürel amaçlı birtakım muaflık, istisna ve indirimler getirilmesinin kanun koyucunun takdirine bağlı olduğunu, bu takdir yetkisi kullanılırken eşitlik ilkesi başta olmak üzere Anayasa'daki kurallara uygun hareket edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Önceki kararlar benzer şekilde yargı harç ve giderlerinin bir kamu hizmeti olan yargılama hizmeti karşılığında alınan meşru amaçlı bir araç oldu- ğunu, makul ve orantılı olması gerektiğini vurgulayan Mahkeme, ayrıca bu harçların varlık gerekçesi- nin de yine usul ekonomisi gereği bertaraf edilmesi gereken ciddi ve gerekli olmayan başvurular oldu-

⁶⁰ AİHM, *Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye*, B. No: 52658/99, T. 17.07.2007, § 4, 14, 16, 17.

⁶¹ AİHM, *Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye*, B. No: 52658/99, T. 17.07.2007, § 33, 34, 38, 39.

⁶² Söz konusu hüküm, daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bkz. AYM, T. 14.01.2010, E. 2009/27, K. 2010/9.

⁶³ POROY, Mehmet Akif: "Harçlar Kanunu'nun 28/A Maddesinin AİHM'nin Ülger / Türkiye Kararı ve Türk Yargısının Uygulanması İşliğinde Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 86, s. 430; TERCAN / RÜZGARESEN, s. 145.

⁶⁴ AİHM, *Ülger/Türkiye*, B. No: 25321/02, T. 26.06.2007.

⁶⁵ AYM, T. 20.10.2011, E. 2011/54, K. 2011/142.

ğunu belirtmiştir. Kararda, üst derece mahkemelerine başvuru için alınan harçların da aynı amacı taşıdığına ve bu mahkemelerin iş yükünün artmaması ve etkililiğini kaybetmemesi için yargı harçlarının meşru amacı olduğuna vurgu yapılmış, yargı harçlarının zorunlu olduğu hukuk düzeninde etkili bir adil yardım sistemine olan ihtiyacın da altı çizilmiştir⁶⁶.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruya konu olan bir olayda ise başvurucuların yerel mahkeme nezdinde açtığı davada, tespit edilen nispi harçların ekonomik olarak güçlük çeken başvurucular için ödenecek boyutta olması üzerine talep ettikleri adli yardım, avukat ile temsil edilmeleri gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucu iç hukuk yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan incelemede yargı harç ve giderlerinin, yargılama hizmetinin gerektirdiği maliyetlere kişilerce katılması mahiyetinde kanuni dayanağı ve meşru amacı olan araçlar olduğu, bu araçların hak arama hürriyetinin kötüye kullanılmaması için elverişli olduğu çıkarımlarında bulunulmuştur. Ayrıca Yüksek Mahkeme, hak arama hürriyetine sahip bireylerin yargı harç ve giderlerini davanın sonu yerine başında ödemesi zorunluluğunun da yine kötü niyetli başvuruların önüne geçmeyi amaçladığı tespitini yapmıştır. Adli yardım kurumunun, yargı harç ve giderlerinin olumsuz etkilerini giderme noktasında önemli bir araç olduğunu belirten Mahkeme, adli yardım şartlarını taşıyan başvurucuların talebinin reddedilmesinin, mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir⁶⁷.

Bu kararlardan anlaşıldığı üzere, AİHM ve Anayasa Mahkemesinin yargı harçları ve hak arama hürriyeti ilişkisi konusunda benzer bir yaklaşıma sahip olduğu söylenebilir. Yargı harçlarının hak arama hürriyetini zedelememesi için meşru amaca dayanması, ölçülü olması ve devletin yargı harçları ile elde edeceği menfaati bireyin hak arama hürriyetini kullanırken elde edeceği menfaate tercih etmemesi gerektiği çıkarımında bulunulabilir. Bu ilişkide aranan dengenin sağlanması için adli yardım kurumunun etkililiğinin önemi de sıkça vurgulanmaktadır. Yargı harçlarının takdir ve tespiti noktasında devletlerin yetkili olduğu hususu AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından tekrar edilmektedir. Yasama organınca takdir ve tespit edilecek bu araçların, sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri gözetilerek ve hak arama hürriyetinin gerektirdiği koruma dikkate alınarak belirlenmesi; yargı organlarınca, yargı harçlarının hak arama hürriyetini ihlal ettiği iddialarının her davanın kendi koşulları ışığında incelenmesinin ve karara bağlanmasının gerektiği ifade edilebilir.

Yargı harçları ve hak arama hürriyeti ilişkisini tüm yönleri bakımından değerlendirmek gerekirse öncelikle hak arama hürriyetinin demokratik hukuk devletinde ve temel hak ve hürriyetler içinde taşıdığı öneme dikkat çekilmelidir⁶⁸. Zira herhangi bir hakkın ihlal edildiğini iddia etmenin yolu hak arama hürriyetini kullanmaktan geçmektedir. Koruyucu, savunucu, yol gösterici niteliği ile temel hak ve hürriyetlerin teoriden ibaret kalmasının önünde duran hak arama hürriyetinin kamu menfaatleri karşısında korunması, münferit olarak hak arama hürriyetinin değil, bütün temel hak ve hürriyetlerin korunması yükümlülüğü ile eşdeğerdir⁶⁹.

Diğer yandan, yargı harçlarının varlığı ile mahkemelerin soyut ve teorik iddialardan ziyade somut, tazmin gerektiren davalar ile ilgileneceği, toplumsal kaynakların harcanmasına değmediği düşünülen, kazanma ihtimali düşük veya kazanılacak faydanın az olduğu davaların ortadan kaldırılacağı, davalı tarafların gereksiz taleplerle rahatsız edilmeyeceği, mahkemelerin iş yükünün artmayacağı, devlet hazinesinin gelir elde edeceği, kamunun yargı hizmetleri sunmaya aktardığı ekonomik kaynakların tahsisinin sürekliliğinin sağlanacağı ileri sürülmektedir. Dikkat çekmek gerekir ki sayılan gerekçelerden ilk üçünün tespiti son derece subjektif değerlendirmeler gerektirmektedir. Bu durumda, bir temel hak ve hürriyetin kaderi, yargı harçlarının belirlenmesinde kamusal menfaatin varlığını subjektif de-

⁶⁶ AYM, T. 01.11.2012, E. 2011/64, K. 2012/168.

⁶⁷ AYM, *Famiye Beğim ve Mehmet Tahir Beğim*, B. No: 2017/21882, T. 10/2/2021.

⁶⁸ MICHELMAN, Frank I.: "The Supreme Court And Litigation Access Fees: The, Right To Protect One's Rights-Part I", *Duke Law Journal*, 1973, Sayı 6, s. 1157.

⁶⁹ BAHADIR, Tuğçe: *Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 35-39.

ğerlendirme ile tespit eden bir grup yetki sahibinin tercihine terk edilecektir. Ayrıca ekonomik açıdan güçlü kimselerin soyut, kazanma ihtimali düşük veya gereksiz davalar açması üzerinde yargı harçlarının caydırıcı etki yaratması ihtimali düşüktür. Belirtilen amaçlarla yüklenen yargı harçları çoğunlukla, ekonomik açıdan güçsüz kimselerin hak ihlali iddialarını ilgili makamlar önüne taşıyamaması sonucuna hizmet edecektir⁷⁰. Son olarak, yargı harçlarının mahkemelerin iş yükü üzerinde düşürücü etki yarattığına ilişkin verilere ulaşmanın da son derece zor olduğu belirtilmelidir.

III. HAK ARAMA HÜRRİYETİ BAĞLAMINDA BİREYSEL BAŞVURU HARCİ

6216 sayılı Kanun'un 64. maddesinde, Anayasa Mahkemesine yapılacak başvurular, Mahkeme tarafından alınacak kararlar ve yapılacak işlemlerin harca tabi olmadığı düzenlenirken, bireysel başvurular bu hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır. Kanun'un 47. maddesinde ise bireysel başvuruların harca tabi olduğu açıkça düzenlenmiş ve harcın, bireysel başvuru yolunun şekli şartlarından biri olduğu belirtilmiştir. Buna göre, başvuru dilekçesine harcın ödendiğine dair belgenin de eklenmesi gerekmektedir. Bireysel başvuru harcı, Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 62. maddesine göre Maliye Veznelelerine yatırılmalıdır.

492 sayılı Harçlar Kanunu ile miktar ve oranı maktu olarak belirlenen bireysel başvuru harcı, 2011 yılı için 150,00 TL olarak düzenlenmiştir. Her yıl yeniden değerlendirme oranında tespit edilen bireysel başvuru harcının 2024 yılı için miktarı 3.518,70 TL olarak belirlenmiştir⁷¹. Bireysel başvuru yolu yalnızca başvuru harcına tabi olup, diğer giderler genel bütçeden karşılanmaktadır⁷². Bireysel başvuru harcını ödeme gücünden mahrum bireylere mahkemeye erişim hakkı ve hak arama hürriyetlerinin sınırlandırılmasına sebep olmaması için Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 62. maddesinin 2. fıkrası ile adli yardımdan yararlanma imkânı tanınmıştır. Buna göre, adli yardım talepleri genel hükümlere göre değerlendirilerek, başvuruların kabul edilebilirliğini inceleyecek Bölüm veya Komisyonlar tarafından karara bağlanacaktır. İç Tüzük'ün 59. maddesi, adli yardım talepli başvurularda, başvuru yolunun yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeler ile mevzuatta adli yardım talebinde bulunabilmek için öngörülen diğer belgelerin ya da onaylı örneklerinin başvuru formuna eklenmesini zorunlu kılmıştır.

Başvuru harcına karşılaştırmalı anayasa yargısı ekseninde bakıldığında ise her şeyden önce AİHM'e başvuru hakkının ücretsiz olarak tanındığını tekrarlamak gerekir. Bireysel başvuru yolunun en kapsamlı ve eski tarihli örneklerinden birini teşkil eden Almanya'da⁷³ da başvurunun ücretsiz olduğu görülmektedir⁷⁴. Bununla birlikte, başvurunun kötü niyetle yapıldığının anlaşılması halinde idari para cezasına yer verilerek, hak arama hürriyetinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir⁷⁵. Bireysel başvurunun ücretsiz olduğu diğer bir ülke olan İspanya'da, gereken maliyetlerin karşılanması veya kötü niyetli başvuruların yaptırıma bağlanması amacıyla başvuru yolunun ödeme yapmasına karar verilebilmektedir⁷⁶. Aynı şekilde Güney Kore'de de ücretsiz olan bireysel başvuru, talep edilen incelemenin gerektirdiği masrafin karşılanmasını gerektirmektedir⁷⁷. Bununla birlikte, Avusturya'da bireysel başvuru Türkiye gibi harca tabidir⁷⁸.

⁷⁰ MICHELMAN, Frank I.: "The Supreme Court And Litigation Access Fees: The, Right To Protect One's Rights-Part II", *Duke Law Journal*, 1974, Sayı 3, s. 558.

⁷¹ "Harçlar Kanununa Ek (1) Sayılı Tarife" için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=492&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (ET: 22.05.2024).

⁷² ÇINAR / ÇINAR, s. 274.

⁷³ GÖZTEPE, *6216 Sayılı Kanun Kapsamında*, s. 17.

⁷⁴ ŞİRİN, s. 475.

⁷⁵ KILINÇ, s. 37; KÖKSAL, Tuğçe Duygu: "Bireysel Başvuruda Avukatla Temsil: Sorunlar ve Öneriler", *Bireysel Başvuruda İş Yükü ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2022, s. 50.

⁷⁶ ARNWINE, Selin Esen: "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 52, Sayı 4, s. 265.

⁷⁷ KILINÇ, s. 37; SAYAR, s. 145-146.

⁷⁸ KILINÇ, s. 37.

6216 sayılı Kanun'da, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yaptığı iptal davası ve itiraz yolundan farklı olarak bireysel başvuru yolu harca tabi kılınmış, hak arama hürriyetinin kullanımına harç koşuluna bağlı olarak bir sınır getirilmiştir. Bireysel başvurunun asıl amacının Anayasa'da teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması ve ihlallerin giderilmesi olduğu düşünüldüğünde, bu durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Harç koşulunun hak arama hürriyetinin kullanımına yönelik makul bir sınırlama olup olmadığı ve bireysel başvuruda harca yer verilip verilmemesi ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, anayasa yargısındaki davalar objektif hukuk düzenini korumaya yönelik araçlar olarak görüldüğünden harca tabi tutulmamaktadır. Bireysel başvuruda ise kişilerin temel hak ve hürriyetlerini koruma amacı ön plana çıkmaktadır. Bu amacın da maddi bir değerle ölçülmesi mümkün olmayacağından harca yer verilmemelidir⁷⁹. Temel hak ve hürriyetlere yönelik ihlalleri önlemeye çalışırken, başvuru sahiplerine mali yük getirmenin bireysel başvuru kurumunun amacıyla bağdaşmadığı ifade edilmektedir⁸⁰. Bu yönüyle AİHM'e yapılan başvuruların da harca tabi olmadığı hatırlatılarak, yargılama için harç alınması uygulamasının insan hakları yargılamalarına yabancı bir durum olduğu vurgulanmaktadır⁸¹.

Bireysel başvurularda başvuru harcına yer verilebileceği görüşü ise genellikle Anayasa Mahkemesinin iş yükü yoğunluğunun engellenmesi düşüncesine dayanmaktadır⁸². Esasen bu düşünceye, 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin gerekçesinden anlaşıldığı üzere kanun koyucunun da sahip olduğu görülmektedir⁸³. Zira başvuru harcının bulunmaması halinde kişilerin bireysel başvuruyu araç haline getirebileceği ve ortaya çıkacak yoğun iş yükü nedeniyle gerçekten mağdur konumda olanların haklarına ulaşabilmelerinin gecikebileceği ifade edilmektedir⁸⁴. Başvuru harcının kötü niyetli başvuruları bertaraf ederek Mahkemenin zaman ve kaynaklarının tüketilmemesi, hakkı ihlal edilen bireylerin hak arama süreçlerinin sekteye uğratılmaması, dayanaksız ve kötü niyetli başvuruların yapılması halinde de sebep olunan giderlerin tazmin edilmesi için isabetli olduğu belirtilmektedir⁸⁵. Hatta Anayasa Mahkemesinin güncel iş yükü yoğunluğu karşısında başvuru harcının düşük kaldığını ve bireysel başvurunun kolay ulaşılabilir bir hak arama yolu olduğunu ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, bireysel başvuruların kabul edilmemesi halinde başvuru için ayrı bir harç ve ödeme de söz konusu olmadığı için iş yükü yoğunluğu azaltılmak isteniyorsa başvuru harcı önemli oranda artırılmalıdır⁸⁶.

Görüldüğü üzere, bireysel başvuru harcının yargılama hizmeti tekelinde olan devlet tarafından başvuru alınılmasında elde edilmesi beklenen faydalar, esasen diğer yargı harçlarının alınmasında güdülen amaçlardan farklı değildir. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi; kuruluşu, yapısı, görev ve

⁷⁹ GÖZTEPE, Ece: *Anayasa Şikayeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998 (Anayasa Şikayeti), s. 98; KARAMAN, s. 226.

⁸⁰ AKTEPE ARTIK, s. 86.

⁸¹ ŞİRİN, s. 475.

⁸² AYDIN, *Bireysel Başvuru*, s. 155; KARAMAN, s. 228-229.

⁸³ Bireysel başvuru harcının düzenlendiği 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin 2. fıkrasının gerekçesinde, "*Bireysel başvuru için başvurma harcının ödenmesi zorunlu tutularak, gereksiz başvurular ile Mahkemenin zaman ve emek kaybının önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Ekonomik durumu nedeniyle bu harcı karşılayamayacak olanların adli yardımdan yararlandırılmaları imkânı bulunduğundan, bu harcın bireylerin hak arama özgürlüğünü kısıtlamayacağı düşünülmektedir*" ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf> (ET: 28.05.2024).

⁸⁴ EFE, Metin: *Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 72.

⁸⁵ SAYAR, s. 145.

⁸⁶ ŞİMŞEK, Aydın: "Adli Yargı ve İnsan Hakları Denetimi", *Bireysel Başvuruda İş Yükü ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2022, s. 183. Kanaatimizce, başvuru harcı meselesine Mahkemenin iş yükü üzerindeki yaklaşımına bakıldığında, hâlihazırda başvuru harcı uygulanmasına rağmen Mahkemenin iş yükü fazladır. Harcın kaldırılması ile iş yükünün daha da artacağı ya da harcın miktarının artırılarak iş yükünün azaltılabileceği şeklindeki düşünceler asıl sorunun ıskalanmasına neden olmaktadır. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi, bireysel başvuru sayısı ve Mahkemenin iş yükünün fazla olmasının nedeni temel hak ve hürriyetlerin korunmasında sorunlar bulunmasıdır. Bkz. ÇİFCİ, Hasan Basri: "Bireysel Başvuru Harcının Artırılması Tartışması: Bireysel Başvuru Ne Kadar Bireysel?", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2023, Cilt 97, Sayı 4, s. 152.

yetkileri Anayasa tarafından belirlenmesi, temyiz mercii olmaması yönleriyle diğer yüksek mahkemelerden ayrılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu özel yapısı, Mahkeme'nin etkinliğinin ve yargı hizmetindeki kalitenin elden bırakılmamasını gerektirmektedir. Hal böyle iken, bireylerin iç hukukta Anayasa ile AİHS ve ek protokolleri tarafından düzenlenmiş temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarını ileri sürebilecekleri son mercii olan bu Mahkeme'nin, anayasal amaç ve ilkeler ile bireylere gereken korumayı sağlaması esastır. Bu koruma Mahkeme'nin dava yükü altında ezilmemesi ve gerekli iş gücü ve kaynağa sahip olması ile mümkündür. Bireysel başvuru harcının devlete sağlayacağı faydalara karşın, başvuru harcını ödeme imkânı olmayanların maruz kalacağı zarar arasında denge sağlayacak olan adli yardımın etkililiği ile sistemin işlerlik kazanabileceği ileri sürülmektedir⁸⁷.

AİHM de Türkiye'de bireysel başvuru yolunun uygulanmaya başladığı ilk yıllarda vermiş olduğu bir kararında, bireysel başvuru yolunun koşullarını inceleyerek Anayasa Mahkemesinin ulaşılabilirliği hakkında değerlendirmelerde bulunmuştur. Kararda, bireysel başvurularda adli yardımdan yararlanma imkânının bulunduğu belirtilerek, başvuru harcının bireysel başvuru yolunun ulaşılabilirliğini engelleyecek düzeyde aşırılık içermediği sonucuna varılmıştır⁸⁸.

Başvuru harcına olumlu bir perspektifin etkilerini barındıran bu görüşlere karşın, bireysel başvuru yolunun istisnai niteliği özelinde farklı bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmaktadır. Bireysel başvuru yolu, yargı harcına veya giderlerine tabi olan ve yerel mahkemede açılabilen herhangi bir dava olmayıp, hak sahiplerinin kamu gücünü elinde bulunduran makamlar tarafından ihlal edilen temel hak ve hürriyetlerine dair ihlalin ortadan kaldırılması veya tazmin edilmesi için iç hukukta öngörülen son hukuki yoldur. Bireysel başvuru yolunda, devletin diğer yargı hizmetlerinden farklı olarak başvuru harcından elde edilecek kamu geliri menfaati ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasından birey ve devlet tarafından elde edilecek menfaat arasında dengeyi sağlaması elzemdir. Zira, temel amacı temel hak ve özgürlükleri korumak olan bireysel başvuru yolunda, hem bireye hem de hukuk düzenine katkı sağlamayı amaçlayan bir yargı hizmetinin ücret karşılığında sunulması, devletin temel hak ve özgürlükleri koruma ve özellikle bireylerin hak arama hürriyetine erişmesi yönündeki yükümlülüklerini yerine getirmede ve bireysel başvuru yolunun amacı ile zıt düşüldüğü çıkarımlarına neden olmaktadır⁸⁹.

Diğer yandan, bireysel başvuru harcının Anayasa'nın 5. ve 10. maddeleri ile düzenlenen sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri bağlamında ortaya çıkardığı sorunlara da değinilmelidir. Sosyal devlet ilkesi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını talep etme noktasında ekonomik açıdan engellerle karşılaşmamasını gerektirmektedir⁹⁰. Temel hak ve hürriyetlerin anayasal düzeyde korunduğu bir hukuk devletinde, hak arama hürriyetinin varlığının diğer hak ve hürriyetlerin korunmasına da teminat sağladığı açıktır. Devlet, bazı başvuru mekanizmaları düzenleyip hayata geçirerek hak arama hürriyetinin bireylerce etkin kullanılabilmesini sağlamalı ve bu hürriyetin kullanılması önündeki engelleri ortadan kaldırarak pozitif yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Nitekim Anayasa'nın 5. maddesinde Devlete, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak ölçüde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma görevi verilmiştir. Dolayısıyla Devlet, hak arama hürriyetinin kullanımını güçleştiren ekonomik ve sosyal engelleri de kaldırmakla yükümlüdür⁹¹.

Bu noktada öne sürülen adli yardım kurumunun etkinliğinin tartışılabilir olmasının yanında, bu kurumun bireysel başvuru yolunda bireylerin hak arama mücadelelerinin ve mağduriyetlerinin devam

⁸⁷ GÖRGÜLÜ ERGENÇ, s. 139-140.

⁸⁸ AİHM, *Hasan Uzun/Türkiye*, B. No: 10755/13, T. 30.04.2013, § 58.

⁸⁹ KARAARSLAN, Abdulkadir: *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulü ve Uygulama Sorunları (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Başvuru Usulü ile Karşılaştırmalı Olarak)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 145; KARAMAN, s. 226.

⁹⁰ ÖZBEK, s. 465; PINAR / MERİÇ, s. 202.

⁹¹ AKBAL, Mehmet: "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, Sayı 93, s. 149; TAŞKIN, Alim: "Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alınma Zamanı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1999, Sayı 3, s. 834-836.

ettiği son aşamada işletilmesiyle, ekonomik olarak güçsüz bireylerin, ekonomik sorun yaşamayan bireylerle aynı düzeyde ve şartlarda hak arama hürriyetlerine kavuşacağını öne sürmek, gerçeği göz ardı etmektir. Nitekim öngörülen şartların sağlanması ile kabul edilen adli yardım talebi, yukarıda örneği görüldüğü üzere, bireylerin avukatla temsil edilmeleri gerekçeleriyle dahi reddedilebilmektedir. Bu durumun bireyler nezdinde yaratacağı güvensizliğin ve bireysel başvuru harcını ödeme imkânı olmayan bireyler açısından olumsuz etkilerinin, adli yardım kurumu ile bertaraf edileceği düşüncesi, mevcut düzenlemeler göz önüne alındığında tamamen gerçekçi görünmemektedir.

Bu tespitler doğrultusunda bireysel başvuru yolunda harca yer verilip verilmemesi ile ilgili değerlendirmede bulunmak gerekir. Diğer temel hak ve hürriyetler gibi hak arama hürriyetinin sınırlandırılması da Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler kullanılarak yapılabilir. Başvuru harcı, 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin 2. fıkrasında açıkça düzenlendiğinden kanuni dayanağa sahiptir ve kanunilik ölçütü çerçevesinde bir değerlendirme yapılamayacağı açıktır. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan diğer sınırlama ölçütleri çerçevesinde bireysel başvuru harcının hak arama hürriyetinin sınırlandırılmasındaki sınırı aşp aşmadığı incelendiğinde ölçülülük ve hakkın özü ölçütleri kullanılarak bir çıkarımda bulunulabilir. AİHM'in kararlarında yargı harçları ile asgari ücret arasındaki orantılılığı dikkate aldığı da düşünüldüğünde, 2024 yılı için belirlenen asgari ücretin yaklaşık yüzde yirmisine teka-bül eden bireysel başvuru harcının ölçülü olmadığı ve hakkın özüne dokunduğu, başvuru mali durumu ve somut olayın koşullarına göre söz konusu olabilir⁹². Diğer bir deyişle, sabit bir miktar olarak belirlenen başvuru harcı, bazı kesimlerin maddi nedenlerle başvuru yapmaktan vazgeçmesine neden olabilir⁹³. Venedik Komisyonu da başvuru harçlarının nispeten düşük tutulması ve başvuru mali durumuna göre azaltılabilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁴.

Kanaatimizce başvuru harcı ile ilgili somut olay veya başvuru özelinde yapılacak değerlendirmelerden daha fazlasına, yapısal bir çözüm yoluna ihtiyaç bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin birey ve hukuki düzen için ihtiva ettiği önem ve bireysel başvuru yoluna yüklenen anlam gereği, asıl olan başvuru harcına yer verilmemesidir. Zira başvuru harcının Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara aykırılık teşkil etmediği somut olaylarda dahi temel hak ve özgürlüklerin korunması amacı ile örtüşmediği söylenebilir. Ancak başvuru hakkının kötüye kullanılması, yargılama maliyetleri, bireysel başvuru yolunun hakları koruyucu işlevi, hakkının ihlal edildiğini düşünen ancak ekonomik sebeplerle hakkını aramaktan imtina eden kişilerin durumu göz önünde bulundurularak bir çözüm yolu üretilmelidir⁹⁵.

Bu noktada, Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'ndaki düzenlemelerden de⁹⁶ hareketle öncelikle bireysel başvuru harca tabi olmamalıdır. Ancak başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğindeki başvurular için yaptırım öngörülmelidir. Böylelikle bir yandan, temel hak ve özgürlüklere atfedilen koruma kuvvetlenerek, bireylerin hak arama hürriyetlerinin önündeki ekonomik engel ortadan kalkacak; diğer yandan Mahkemenin iş yükünün artması endişelerine karşı caydırıcılık oluşturulacaktır. Bu son durum, yani başvuru hakkının kötüye kullanılması, daha önce de belirtildiği gibi 6216 sayılı Kanun'un 51. maddesi ve Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 83. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre, başvuru hakkının açıkça kötüye kullanıldığının tespit edilmesi halin-

⁹² ŞİRİN, s. 476-477.

⁹³ EKİNCİ, Hüseyin: "Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım", (Ed.) ÇOBAN, Ali Rıza / GÜLENER, Serdar / SAĞLAM, Musa / EKİNCİ, Hüseyin: *Haşim Kılıç'a Armağan Cilt I*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015 (Bireysel Başvuru Harcı), s. 1390-1391.

⁹⁴ HARUTYUNYAN, Gagik / NUSSBERGER, Angelika / PACZOLAY, Peter: *Study on Individual Access to Constitutional Justice Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session*, Venedik, 2010, s. 33. *Efe*'ye göre ise her bir başvuru mali durumunun belirlenmesinin zorluğu ve bu durumun Anayasa Mahkemesine ayrıca bir iş yükü doğuracağı gerçeği karşısında mahkemeye erişim hakkını engellemeyecek sabit bir miktarın herkes için belirlenmesi daha uygun bir yoldur. Bkz. EFE, s. 73-74.

⁹⁵ EKİNCİ, *Bireysel Başvuru Harcı*, s. 1390.

⁹⁶ Bkz. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 34, 34a (<https://www.gesetze-im-internet.de/bverf/fg/>), ET: 15.06.2024). Ayrıca bkz. GÖZTEPE, *Anayasa Şikayeti*, s. 97-98; EFE, s. 73 (dn. 294).

de başvuru reddedilecek ve başvurucular için yargılama giderleri dışında disiplin para cezasına karar verilebilecektir. Ancak başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğindeki davranışların kapsamı ile ilgili Kanun'da bir düzenleme yapılmamış, İç Tüzük'te istismar edici, yanıltıcı ve benzeri nitelikteki davranışlar şeklinde oldukça genel ifadelerle yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin kararlarında ise başvuru hakkının kötüye kullanılması hallerinden örnekler verilmesi ve bu hallerin sınırlı sayıda görülmemesi doktrinde eleştirilere neden olmaktadır. Buna göre başvuru hakkının kötüye kullanılması hallerinin belirlenmesi konusunda Mahkemenin geniş bir takdir yetkisine sahip olması, hukuki öngörülebilirlik ilkesi ve hak arama hürriyeti bakımından sorun oluşturmaktadır. Dolayısıyla başvuru hakkının kötüye kullanılmasıyla ilgili düzenleme korunmalı, fakat kapsamı açık ve belirli hale getirilmelidir⁹⁷. Ücretsiz olarak yararlanılan bireysel başvurunun incelenmesi neticesinde hakkın kötüye kullanımının saptanmadığı ve fakat ihlalin de bulunmadığı durumlarda yargılama giderlerinin başvurucuya; ihlalin bulunduğu durumlarda ise yargılama giderlerinin Hazine'ye ait olması makul bir sonuçtur.

Bu öneri, kamu maliyesi ve Anayasa Mahkemesinin iş yükü ekseninde gerçekçi bulunmazsa, başvuru harcı adı altında olmasa da harcın alınma aşamasında değişiklik yapılması düşünülebilir. Bu durumda da bireysel başvuru ücretsiz olmalı ve başvuru hakkının kötüye kullanılması yaptırıma bağlanmalıdır. Ancak başvuru hakkı kötüye kullanılmamışsa ve ihlal de tespit edilmemişse, Mahkemenin iş yükünü artıran başvurucu, yargılama giderleri yanında ayrı bir harç ödemelidir. İhlalin varlığı halinde ise yükümlülük Hazine'ye ait olmalıdır.

Asıl olan bireysel başvuru harcı uygulamasından vazgeçilmesi veya alınma aşamasının yukarıda öne sürülen çerçevede değiştirilmesi ise de bu tercihin yapılmadığı durumda adli yardım kurumundan faydalanılması son ihtimal olarak görülmektedir. Dolayısıyla adli yardım kurumunun etkinliğinin artırılması oldukça önem arz etmektedir. Hiç geliri olmayan veya asgari ücretle çalışan bireyler düşünüldüğünde, asgari ücretin neredeyse beşte biri tutarına tekabül eden bireysel başvuru harcının belli kesimlerin hak arama hürriyetlerinin önünde engel teşkil ettiği açıktır. Bu engelin adli yardım kurumu ile ortadan kaldırılması, bireysel başvuru yolunda adli yardım kurumundan yararlanılmasının kolaylaştırılması ile mümkündür⁹⁸. Bireylerin HMK m. 336/2 gereği adli yardım talebinde bulunabilmesi için, dilekçesine ek olarak yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeleri sunması zorunludur. Bu belgelerin değerlendirilmesi ile karara bağlanan adli yardım talebi, herhangi bir belgenin eksikliği halinde reddedilebilmektedir. Temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylerin son çare olarak başvurdukları bireysel başvuru yolunda, adli yardım talebinde bulunabilmek için ilgili resmî kurumlardan temin edilmesi gereken bu belgeler bireyleri yeni bir külfetle karşı karşıya bırakmaktadır. Oysaki e-devlet, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) Bilişim Sistemi gibi dijitalleşmenin getirdiği yeniliklerin bulunduğu ülkemizde bireylerin çalışma durumu, gelir durumu, aktif ve pasif mal durumu bilgileri dijital ekranlar aracılığı ile ulaşılabilir durumdadır. Buna karşın, bireyleri resmî kurumlar aracılığıyla temin edecekleri belgeleri başvuru dilekçesi ile sunmaya zorlamanın makul gerekçesi bulunmamaktadır. Dijital sistemler yardımı ile ulaşılacak ve doğrulanacak bu bilgi ve belgelerin, bireylerce herhangi bir eksik kabul edilmeksizin temin edilmesi zorunluluğunun birey nezdinde doğuracağı külfet, bireyleri adli yardım talebinde dahi bulunmamaya sevk edebilecektir.

Bu yönüyle iyileştirilmesi gereken adli yardım sisteminin diğer bir aksak yanı da adli yardım talebinin bireysel başvuru yolunda değerlendirildiği Bölüm ve Komisyonlar için objektif değerlendirme kriterlerinin belirlenmemiş olmasıdır. Objektif değerlendirme kriterlerinin eksikliği, adli yardım talebinin kabulü noktasında bireyler açısından belirsizliğe ve güvensizliğe yol açabilmektedir. Hak arama hürriyetine erişimin bireysel başvuru harcı sebebiyle engellenmesinin önüne geçtiği düşünülen adli yardım sistemiyle, bilhassa bireysel başvuru yolu özelinde dikkate alınması gereken bu aksaklıkların telafi edilme-ye çalışılması sosyal devlet ilkesi gereği devletin sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir parçasıdır.

⁹⁷ DOĞANOĞLU, s. 570-572; POLAT GORAL, s. 270, 282, 296, 297.

⁹⁸ EKİNCİ, *Bireysel Başvuru Harcı*, s. 1420.

SONUÇ

Bireysel başvuru, hak ihlallerinin önlenmesini ve temel hak ve hürriyetlerin daha geniş düzeyde korunmasını sağlayan anayasal bir yoldur. Devletin, sosyal devlet ilkesi gereği diğer temel hak ve hürriyetler gibi hak arama hürriyetinin kullanılmasının önündeki engelleri de kaldırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Hak arama hürriyetini kullanarak bireysel başvuru yoluna giden bir kişi için başvuru harcı öngörülmesi, bu hürriyetin kullanılmasına yönelik bir sınırlamadır. Bireysel başvurunun, hak ihlallerinin önlenmesi ve temel hak ve hürriyetlerin daha geniş düzeyde korunmasının sağlanması amacıyla iç hukuktaki son çare olması, başvuru harcı düzenlemesinin sorgulanmasını gerektirmektedir. Bir görüş, yerel mahkeme sıfatı taşımayan yüksek mahkeme olarak Anayasa Mahkemesinin etkinliğinin sağlanması ve yargılama hizmetlerinin mali yükünün hafifletilmesi bakımından hak arama hürriyetinin anayasal sınırlandırma sınırlarını aşmayan bireysel başvuru harcının gerekliliğini savunmaktadır. Bununla birlikte, AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları ile benimsenen ilkeler göz önüne alındığında bireysel başvuru harcının, hak arama hürriyetinin anayasal sınırlarını aşp aşmadığının tespitinin sadece Anayasa'nın 13. maddesine dayanılarak yapılacak bir incelemeyle sınırlı kalmaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira hak arama hürriyetinin devlete yüklediği yükümlülük yalnızca negatif boyutla kalmayıp, bu özgürlüğün etkili şekilde kullanılmasını sağlama şeklinde pozitif boyuta da sahiptir.

Bu noktada Almanya'daki düzenlemelerden de esinlenerek önerilebilecek ideal yol bireysel başvurunun harçtan muaf tutulmasıdır. Anayasa Mahkemesinin iş yükünün artacağı endişelerine karşı başvuru hakkının kötüye kullanılmasını yaptırıma bağlayan 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'ndeki düzenlemeler, hangi davranışların kötüye kullanma anlamına geldiği açıkça belirlenerek muhafaza edilmelidir. Başvuru hakkının kötüye kullanılmadığı ve ihlalin de bulunmadığı başvurularda yargılama giderleri başvurucuya; ihlalin tespit edildiği başvurularda ise yargılama giderleri Hazineye yükletilmelidir. İş yükünün fazlalığı ve kamu maliyesine getirilecek yük düşünüldüğünde, harcın alınma aşamasının değiştirilmesi de bu öneriye alternatif olarak düşünülebilir. Bu son durumda da başvurunun ücretsiz olması ve başvuru hakkının kötüye kullanılması ile ilgili düzenlemeler mevcut olmalıdır. Ancak başvuru hakkının kötüye kullanılmadığı ve ihlalin de tespit edilmediği başvurularda, başvuru için yargılama giderleri dışında başvuru harcı adı altında olmasa da bir harç ödemesi öngörülmelidir. İhlalin tespit edildiği durumlarda ise sonuçlara Hazine katlanmalıdır. Böylelikle gerçekten hakkı ihlal edilen ve hukuki özen yükümlülüğünü yerine getirerek Mahkemeye başvuran bir kişi herhangi bir harç, ücret ödemediği sürece tamamlayacaktır.

Başvuru harcının kaldırılması, harcın alınma zamanının değiştirilmesi önerilerinin gerçekleşmesi halinde mevcut düzenlemeler bakımından yapılacak olan adli yardım kurumunun etkisinin güçlendirilmesidir. Adli yardım talebinin bireylerce sunulmasında, Anayasa Mahkemesinin dijital sistemin olanaklarından yararlanması ve bireylerin bu talep sebebiyle iş yükü altında bırakılmaması gerekmektedir. Ayrıca adli yardım talebinin değerlendirilmesi noktasında yetkili Bölüm ve Komisyonlar için objektif değerlendirme kriterlerinin düzenlenmesi, adli yardım kurumunu güçlendirecek ve hak arama hürriyeti önünde bireysel başvuru harcının engel olma riskini düşürebilecektir.

Katkı Oranı Beyanı:

Çalışmaya Dr. Öğr. Üyesi İsmail YAZICIOĞLU ve Arş. Gör. Gamze Nur UÇAR eşit oranda katkı sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÜL, Hacı Ali: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokoller ile Getirilen Yenilikler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Sayı 48, s. 109-150.
- AKBAL, Mehmet: “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, Sayı 93, s. 147-173.
- AKTEPE ARTIK, Sezin: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- AKYEL, Recai: “Bireysel Başvuru Yolu: Misyonu, Vizyonu ve Uygulanması”, *Adalet Dergisi*, 2022, Sayı 68, s. 53-92.
- AKYOL ASLAN, Leyla: “Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 32-52.
- ALANGOYA, Yavuz: “Anayasanın Medenî Usul Hukukuna Etkisi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1981, Cilt 1, Sayı 2, s. 1-4.
- ALİFENDİOĞLU, Yılmaz: *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- ARMAĞAN, Servet: “Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1971, Cilt 5, Sayı 7, s. 53-75.
- ARNWINE, Selin Esen: “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt 52, Sayı 4, s. 249-271.
- AYDIN, Mesut: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 61, Sayı 3, s. 1-37.
- AYDIN, Öykü Didem: “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 15, Sayı 4, s. 121-170 (Bireysel Başvuru).
- BAHADIR, Tuğçe: *Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÇINAR, İbrahim / ÇINAR, Sinan: “Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2014, Sayı 4, s. 263-310.
- ÇİFCİ, Hasan Basri: “Bireysel Başvuru Harcının Artırılması Tartışması: Bireysel Başvuru Ne Kadar Bireysel?”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2023, Cilt 97, Sayı 4, s. 143-154.
- DOĞAN, İlyas: *İnsan Hakları Hukuku*, 5. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2022.
- DOĞANOĞLU, Ali Erdem: “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 67, Sayı 3, s. 535-575.
- EFE, Metin: *Anayasa Mahkemesi Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- EKİNCİ, Ahmet: “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 3, s. 821-848.
- EKİNCİ, Hüseyin: “Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım”, (Ed.) ÇOBAN, Ali Rıza / GÜLENER, Serdar / SAĞLAM, Musa / EKİNCİ, Hüseyin: *Haşim Kılıç’a Armağan Cilt 1*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 1375-1423 (Bireysel Başvuru Harcı).
- ERCAN, İbrahim / ARSLAN, Aziz Serkan: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması ile İlgili Ortaya Çıkan Bazı Meseleler ve Bunların Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 20, Sayı 2, s. 165-180.
- EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE: *European Judicial Systems CEPEJ Evaluation Report*, 2022 (<https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279>, ET: 29.04.2024).
- FRANCIONI, Francesco: *Access to Justice As A Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2007.
- GOTTWALD, Peter: “Medenî Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz”, (Çev.) TAŞPINAR Sema, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 51, Sayı 1, s. 1-17.
- GÖRGÜLÜ ERGENÇ, Funda: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2021.

- GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / TORAMAN, Barış / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- GÖZTEPE, Ece: “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, Sayı 95, s. 13-40 (6216 Sayılı Kanun Kapsamında).
- GÖZTEPE, Ece: *Anayasa Şikâyeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998 (Anayasa Şikâyeti).
- GÜNEŞ, Ahmet M.: *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- HARUTYUNYAN, Gagik / NUSSBERGER, Angelika / PACZOLAY, Peter: *Study on Individual Access to Constitutional Justice Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session*, Venedik, 2010.
- İBA, Şeref / KILIÇ, Abbas: *Anayasa Yargısı Dersleri*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- İNCEOĞLU, Sibel: *Adil Yargılanma Hakkı; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4*, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2018.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: *Anayasa Yargısı*, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.
- KARAARSLAN, Abdulkadir: *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Usulü ve Uygulama Sorunları (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Başvuru Usulü ile Karşılaştırmalı Olarak)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KARAMAN, Ebru: *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- KILINÇ, Bahadır: “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı*, 2008, Cilt 25, s. 19-59.
- KÖKSAL, Tuğçe Duygu: “Bireysel Başvuruda Avukatla Temsil: Sorunlar ve Öneriler”, *Bireysel Başvuruda İş Yükü ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2022, s. 45-55.
- KÖKÜSARI, İsmail / GEDİK, Ömer: *Türk Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024.
- KÖKÜSARI, İsmail: “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 15, Sayı 1, s. 163-208.
- MICHELMAN, Frank I.: “The Supreme Court And Litigation Access Fees: The, Right To Protect One’s Rights-Part I”, *Duke Law Journal*, 1973, Sayı 6, s. 1153-1215.
- MICHELMAN, Frank I.: “The Supreme Court And Litigation Access Fees: The, Right To Protect One’s Rights-Part II”, *Duke Law Journal*, 1974, Sayı 3, s. 527-570.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansının Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, (Ed.) ALTAN, Alparslan / YILDIRIM, Engin / TERCAN, Erdal / TÜLEN, Hikmet / ÇOBAN, Ali Rıza: *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012, s. 443-505.
- PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Ed.): *Pekcanitez Usul; Medeni Usul Hukuku*, Cilt III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2383-2434.
- PINAR, Burak / MERİÇ, Nedim: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 84, s. 188-211.
- PINAR, Burak: *Yargı ve İcra Harçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.
- POLAT GORAL, Betül: “Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2022, Cilt 28, Sayı 1, s. 256-302.
- POROY, Mehmet Akif: “Harçlar Kanunu’nun 28/A Maddesinin AİHM’nin Ülger / Türkiye Kararı ve Türk Yargısının Uygulanması Işığında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, Sayı 86, s. 425-436.
- RÜZGARESEN, Cumhur: “Medenî Yargılama Hizmetlerinin Bedelsiz Olmaması ve Nedenleri”, *E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, 2010, Sayı 100 (<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=ME DEN%DD%20YARGILAMA%20H%DDZMETLER%DDN%DDN%20BEDELS%DDZ%20OLMAMASI%20ve%20NEDENLER%DD&kimlik=1276074491&url=makaleler/cruzgaresen-1.htm>, ET: 10.05.2024)

- SABUNCU, Yavuz: “Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1982, Cilt 37, Sayı 3, s. 139-152.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- SAYAR, İbrahim Barış: *Adalet Erişim Hakkı Bağlamında Yargı Harçları*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018.
- SCHUMAN, David: “The Right to A Remedy”, *Temple Law Review*, 1992, Cilt 65, s. 1197-1227.
- ŞİMŞEK, Aydın: “Adli Yargı ve İnsan Hakları Denetimi”, *Bireysel Başvuruda İş Yükü ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2022, s. 179-188.
- ŞİRİN, Tolga: *Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru); İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2004.
- TAŞKIN, Alim: “Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alınma Zamanı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1999, Sayı 3, s. 831-854.
- TERCAN, Erdal / RÜZGARESEN, Cumhuri: “Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32’nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 14, Sayı 1-2, s. 137-169.
- TUNC, Andre: “The Quest For Justice”, (Ed.) CAPPELLETTI, Mauro: *Access to Justice and the Welfare State*, Avrupa Üniversite Enstitüsü, Floransa, 1981, s. 315-359.



Güncel Yargıtay Kararları Işığında Önleme Araması Neticesinde Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Üzerine Bir Değerlendirme^(*)



An Evaluation on the Legality of Evidence Obtained as a Result of the Preventive Search in the Light of Current Supreme Court Decision

Fatih YURTLU



Doktor Öğretim Üyesi

Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Arama ve Elkoyma,
Adli Arama,
Önleme Araması,
Hukuka Aykırı Deliller,
Adil Yargılanma
Hakkı.

Öz

Çağdaş ceza muhakemesi sistemleri, insan haklarına uygun yöntemlerle maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlar. Bu nedenle kişilere isnat edilen fiillerin her şekilde sübuta erdirilmesi düşünülemez. Ceza muhakemesindeki klasik delil elde etme yöntemlerinden biri olan (adli) arama, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 116 ve devamında düzenlenmiştir. Bu tedbire şüpheli/sanığın yakalanması amacıyla başvurulabileceği gibi delil elde etme amacıyla da başvurulabilir. Ancak dikkat edilmelidir ki, arama yalnızca CMK'da düzenlenmiş değildir. Uygulamada sıkça başvuru alan bir diğer arama türü “önleme aramasıdır”. Önleme araması, başta 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (PVSK) olmak üzere birçok özel kanunda ayrıca düzenlenmiştir.

Özünde birbirinden farklı nitelikteki bu iki arama işlemi, özerk bir adli kolluk birimi bulunmaması nedeniyle ülkemizde aynı birimlerce ifa edilmektedir. Aynı birimler tarafından ifa edilmesi, bu iki arama türü arasındaki önemli farklılıkların gözden kaçırılmasına zemin hazırlamaktadır. Ancak koruma tedbiri niteliğindeki *adli arama* ile özünde idari tedbir olan *önleme araması*; şartları, niteliği ve amaçları bakımından birbirinden tamamen farklıdır. Bu sebeple her iki arama türünün birbiri yerine ikame edilmesi hukuken mümkün değildir.

Buna karşılık uygulamada iki arama türü arasındaki farklılıklar görmezden gelinmekte, çoğu olayda önleme araması adli aramaya eş değer kabul edilmektedir. Ne teorik ne de pozitif hukuki temeli bulunan bu durum, esasında fiili kolluk uygulamasından kaynaklanmaktadır. Bu fiili durumun bizatihi kendisinden daha tehlikelisi ise hukuka aykırı bu uygulamanın yargı organları tarafından kanıksanmış olmasıdır.

Bu çalışmamızda, uyuşturucu suçlarına ilişkin bir olay üzerinden “önleme araması neticesinde elde edilen delillerin hukuka uygunluğunu” tartışacağız. Bu hukuki problemi, güncel Yargıtay kararları üzerinden açıklayacak; konuya ilişkin tespit, görüş ve önerilerimizi teorik gerekçeleriyle ortaya koymaya çalışacağız.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 17.07.2024, Kabul Tarihi: 04.11.2024.

Bu çalışma, 24-26 Mayıs 2023 tarihinde Asos Congress 9. Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda tarafıma sunulan “Önleme Araması Neticesinde Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Üzerine Bir Değerlendirme” başlıklı bildirisinin “TÜBİTAK Doktora Sonrası Yurtdışı Araştırma Bursu (BİDEB-2219)” kapsamında Eberhard Karls Tübingen Üniversitesi'nde bulunduğum süre zarfında yapılan ek çalışmalarla genişletilmiş, güncellenmiş ve gözden geçirilmiş halinden oluşmaktadır.



Keywords

*Search and Seizure,
Judicial Search,
Preventive Search,
Illegal Evidence,
Right to Fair Trial.*

Abstract

The main purpose of criminal procedure is to reach the material fact (truth) without causing human rights violations. For this reason, it is unacceptable in modern criminal procedure systems to prove the crime with all methods. *The search protection measure* regulated in the 116th and subsequent articles of the Turkish Code of Criminal Procedure (TCCP) No. 5271 may be aimed at the capture of the suspect and the defendant or for the purpose of obtaining evidence. However, search measures are not only regulated in TCCP No. 5271. Another search measure, also called *preventive search*, is also regulated in some special laws, especially Article 9 of the Law of Police Powers No. 2559.

Since there is no separate judicial police organization in Turkish Republic, both judicial and preventive searches are carried out by the same police units. This situation brings the actual boundaries of judicial search and preventive search very close to each other. At this point, the debates on whether it is legal to use the evidence obtained as a result of the preventive search in criminal proceedings come to the fore. This discussion can be held on a sound basis, first, by clearly establishing the boundary between preventive searches and judicial searches. It is essential to clarify under what circumstances and conditions the evidence obtained in such incidents can be used in criminal proceedings.

In this study, we will explain the issue through a sample related with drug crimes. While presenting our findings and opinions regarding this fundamental debate through the plot of the sample Turkish Supreme Court decision, we will also try to benefit extensively from current similar judicial decisions on the subject.

GİRİŞ

Çağdaş ceza muhakemesi sistemleri, “*bir taraftan işlenen suçları cezalandırmak suretiyle toplum menfaatini korurken, bir taraftan da esasında suçsuz olup ithama maruz kalan kişilerin aklanmasını garanti altına almaya çalışır*”¹. Bu nedenle bir ceza uyuşmazlığının çözümünde şekli gerçeğe yetinilmez; maddi gerçeğe yani hakikate ulaşılması (*Wahrheit*) arzulanır². “*Bir suç işlendiği iddiasının ortaya konulması ve bu iddianın doğruluk payının araştırılması faaliyeti*” olan ceza muhakemesinin temel amacı³ maddi gerçeğe yani hakikate ulaşmaktır⁴. Buna karşılık günümüz hukuk devletlerinde, her ne pahasına olursa olsun hakikate ulaşılması da kabul edilmez⁵. Bir hukuk devletinde önemli olan; “*her ne şekilde olursa olsun hakikate ulaşmak değil, insan hakları ihlallerine neden olmadan, hukuka uygun vasıta ve yöntemlerle hakikate ulaşmaktır*”⁶. İnsan hakları ihlali yapılmaksızın hakikate ulaşabilmenin zorunlu ön koşulu ise ceza muhakemesinde kullanılan delillerin hukuka uygun olmasıdır⁷. Bu nedenle hem Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (m. 38, f. 6)⁸ hem de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK, m. 206, f. 2-a ve 217, f. 2)⁹; *işlendiği iddia olunan suçun her türlü delille değil, sadece hukuka uygun delillerle sübuta erdirilebileceğini* hüküm altına almıştır. Aksi halde, temel misyonu

¹ ROXIN, Claus / ARZT, Gunther / TIEDEMANN, Klaus: *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 5. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, s. 89 vd.; TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009, s. 6.

² GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 3; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 9.

³ Ceza muhakemesinin temel amacı, birden çok yan amacın bir araya gelmesinden müteşekkildir. Bu temel amaç ise “*usul kurallarına uygun hareket edilerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve böylece hukuki (toplumsal) barışın sağlanmasıdır*”. MURMANN, Uwe: *Prüfungswissen Strafprozessrecht*, 3. Baskı, C.H. BECK, München, 2015, s. 3, kn. 5.

⁴ KREY, Volker / HEINRICH, Manfred: *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2019, s. 6, kn. 20.

⁵ ROXIN, Claus / ACHENBACH, Hans / JÄGER, Christian / HEINRICH, Manfred: *Strafprozessrecht*, 17. Baskı, C. H. BECK, München, 2019, s. 1; JOECKS, Wolfgang / JÄGER, Christian: *Studienkommentar StPO*, 5. Baskı, C.H. BECK, München, 2022, s. 3, kn. 5; RANFT, Otfried: “*Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozeß*”, (Ed.) SEEBODE, Manfred: *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, s. 720-721, kn. I-II; KREY / HEINRICH, s. 6, kn. 20.

⁶ VOLK, Klaus / ENGLÄNDER, Armin: *Grundkurs StPO*, 10. Baskı, C.H. BECK, München, 2021, s. 3.

⁷ ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 27; ROXIN / ACHENBACH / JÄGER / HEINRICH, s. 1; GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 3.

⁸ “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*” (Anayasa m. 38, f. 6).

⁹ “*Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur:*

a) *Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse*” ... (CMK, m. 206/2).

“*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*” (CMK, m. 217/2).

bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak olan devlet organizasyonunun bizatihi kendisi bu hak ve özgürlükleri ihlal eden bir aygıt haline dönüşecektir. Tam da bu nedenle ceza muhakemesi ve anayasa hukuku arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır¹⁰. Kanunlarda yer alan koruma tedbirlerinin hemen her biri, anayasalarda ve uluslararası belgelerde yer alan temel hak ve özgürlüklerin ihlalini gerektirmektedir¹¹. Bu nedenle koruma tedbirleri mutlaka kanunla düzenlenmeli (*kanunilik ilkesi*) ve tedbirin yollandığı amaçla ihlal ettiği temel hak arasında makul bir denge bulunmalıdır (*orantılılık ilkesi*)¹². Şüphesiz ki bir hukuk devletinde, kamu gücünü kullanarak soruşturma yapmakla görevlendirilen makamların koruma tedbirlerine ilişkin bu hukuki düzenleme ve gerekliliklere azami ölçüde riayet etmesi gerekir.

Çalışmamızın esasını oluşturan arama, amacı ve işlevi bakımından “*adli arama (koruma tedbiri)*” ve “*önleme araması (önleme tedbiri)*” olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. İlgililerin yakalanması veya delil elde etmek amacıyla başvuru edilen *adli arama*; özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı başta olmak üzere birden fazla bireysel temel hak ve özgürlüğe müdahale niteliği taşımaktadır¹³. Temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesi nedeniyle çoğu Anayasal demokraside¹⁴ arama tedbiri sadece kanunlarla değil, doğrudan anayasalarla düzenlenmiştir¹⁵. Türkiye Cumhuriyeti (1982) Anayasası’nda da doğrudan düzenlenen arama koruma tedbirinin Türk hukukundaki temel kanuni düzenlemesi ise 5271 sayılı CMK m. 116. ve devamıdır¹⁶.

Aramanın diğer türünü oluşturan ve bir “*önleme tedbiri*” olarak ifade edebileceğimiz *önleme araması* ise “*suçun ya da potansiyel bir tehlikenin önlenmesi*” amacıyla başvuru edilen önleyici bir kolluk faaliyetidir. İdari nitelikte olmasına rağmen bu arama türünde de kişilerin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale edilmektedir. Dolayısıyla anayasal zorunluluk gereği önleme aramasına ilişkin düzenlemeler de mutlaka kanunla yapılmalıdır¹⁷. Bu anayasal zorunluluğun bir gereği olarak önleme araması çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir: 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) m. 9; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (JTGYK) m. 15/A; 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu (SGKK) ek m. 7; 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu (TSKİHK) m. 56/A gibi... Aslında arama dışındaki birçok koruma tedbiri bakımından da benzer duruma rastlanılmaktadır¹⁸. Örneğin, 5271 sayılı CMK’da ayrıntılı olarak düzenlenen iletişimin denetlenmesi¹⁹ bazı özel kanunlarda, o kanunlardaki özel amaçlarla sınırlı olmak kaydıyla *idari (önleme) dinleme* şeklinde icra edilebilmektedir. 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilâtı Kanunu (MİTK) m. 6, PVSK ek m. 7, JTGYK ek m. 5 gibi...

¹⁰ ROXIN / ACHENBACH / JÄGER / HEINRICH, s. 3; ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 93. vd.

¹¹ Örneğin; yakalama ve gözaltı kişi özgürlüğünü, elkoyma ve arama tedbirleri mülkiyet ve konut dokunulmazlığını, telekomünikasyon yoluyla yapılan denetlemeler ise iletişim özgürlüğünü (gizliliği) ihlal etmektedir. ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 93.

¹² KAHRAMAN, Recep: “Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 1, Sayı 79, s. 280.

¹³ ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 93.

¹⁴ Arama tedbiri, Türk Anayasası’nda olduğu gibi Alman Anayasası’nda da doğrudan ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir: “*Arama, ancak hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunların öngördüğü sair makamların kararı üzerine ve yalnızca kanunda yazılı usullerle yapılabilir.*” Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m. 13, f. 2.

¹⁵ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 340; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 242.

¹⁶ Koruma tedbiri olarak arama, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) m. 102* ve devamında düzenlenmiştir.

¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 13: “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*”

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m. 19, f. 1: “*Bu Anayasaya göre bir temel hakkın kanunla veya kanuna dayalı olarak sınırlandırıldığı durumlarda, kanunun sadece tek bir olaya ilişkin değil, genel nitelikte olması gerekir...*”.

¹⁸ Temel hukuki sorun, işlenen suçların aydınlatılması için ceza muhakemesi kanunlarında öngörülen koruma tedbirlerinin birçoğunun, aynı zamanda kolluk kanunlarında mevcut tehlikelerin önlenmesine yönelik ayrı birer idari tedbir olarak düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. SCHROEDER, Friedrich-Christian / VERREL, Torsten: *Strafprozessrecht*, 8. Baskı, C.H. BECK, München, 2022, s. 9, kn. 13.

¹⁹ Bir koruma tedbiri olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) 100a* maddesinde düzenlenmiştir.

Altını önemle çizmek gerekir ki söz konusu arama türlerini (adli ve önleme) birbirinden ayıran temel husus, yöneldikleri amaçtır. *Adli arama* CMK'da düzenlenmiştir ve amacı, delil elde etmek ya da şüpheli/sanığın yakalanmasından ibarettir. Buna karşılık sair kanunlarda düzenlenen *önleme aramalarının* delil elde etme gibi bir amacı yoktur. Önleme araması, ilgili kanunlardaki özel amaçlarla sınırlı olmak kaydıyla *suçun veya tehlikenin engellenmesine yöneliktir*. Yukarıda da vurguladığımız üzere, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıması nedeniyle kamusal makamlar tarafından elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, ancak bu işlemlerin usulüne uygun bir şekilde yapılmasıyla mümkündür. Aksi takdirde, temel hak ve hürriyetlerin korunması ile hakikatin ortaya çıkarılması arasındaki denge, ikincisi lehine bariz biçimde bozulacaktır. Bu nedenle arama neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, her şeyden önce aramanın kanuni şartlarına ve amacına uygun bir şekilde icra edilmesine bağlıdır.

Tüm bu genel açıklamalar ışığında, önleme aramasıyla elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağı hususu önemli bir hukuki problemi oluşturmaktadır. Bu hukuki problemi tartışıp, makul ve tutarlı bir çözüm önerisi getirebilmek amacıyla uygulamada sıklıkla karşılaşılan uyuşturucu madde suçlarına ilişkin örnek bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı seçmiş bulunmaktayız. Çünkü arama tedbirlerine ilişkin yapılan bu temel ayırım (adli arama/önleme araması), özellikle uyuşturucu ve kaçakçılık suçlarının uygulamasında çok daha önemli bir hal almaktadır. Bu suçlara ilişkin uygulamada, çoğu zaman tedbirlere ilişkin bu temel ayırım görmezden gelinmekte; tabiri caizse her iki arama türü birbirine alternatif kabul edilmektedir. Dahası, adli arama ve önleme aramasına ilişkin bu temel farklılıkların göz ardı edilmesi, uyuşturucu ve kaçakçılık suçlarına ilişkin yargılamalarda istisna olmaktan çıkarılarak neredeyse kural halini almıştır. Bu hatalı uygulama yani iki arama türünün birbirine alternatif olarak kabul edilmesi, CMK'nın temel hak ve özgürlükler bakımından öngördüğü koruyucu mekanizmaların bertaraf edilmesine neden olmaktadır.

Ezcümle; önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının mümkün olup olmadığının net bir şekilde ortaya konulması, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve dolayısıyla da ceza adaleti bakımından oldukça önemlidir. Vurgulamak gerekir ki bu durum sadece ceza adaletinin sağlanması bakımından değil, hukuk devleti ilkesi bakımından da oldukça önemlidir. Ceza adaleti ve hukuk devleti ilkesi bakımından oldukça önemli gördüğümüz bu hususu, çalışmamız kapsamında örnek bir Yargıtay kararı üzerinden tartışacağız. Bu tartışmalar esnasında yalnızca teorik açıklamalarla yetinmeyip, konuya ilişkin benzer yargı kararlarından da geniş ölçüde yararlanacağız. Böylece konuyu salt teorik açıdan ele almakla kalmayacak, uygulamada ortaya çıkan güncel sorunları tespit edip bunlara yönelik çözüm önerileri sunma fırsatı yakalayacağız.

I. İNCELEME KONUSU OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun T. 05.03.2019, E. 2016/359, K. 2019/160 künyeli kararına konu olay özetle şu şekilde gerçekleşmiştir:

“Yakalama tutanağına göre 05.09.2014 tarihinde saat 21.00 sıralarında kimliğini vermek istemeyen bir şahıs; ... plakalı, beyaz renkli, kapalı kasa kamyonette bulunan bir erkek ve bir kadın şahsın uyuşturucu hap getirip piyasaya sürdükleri ve halen Şarköy ilçesinde oldukları şeklinde ihbarda bulunmuştur. Kolluk tarafından yapılan araştırmalarda, söz konusu aracın aynı gün saat 22.50 sıralarında Cumhuriyet Mahallesi İnönü Caddesi'ndeki ... Bar isimli işyerinin 50 metre ilerisinde park halinde olduğu ve içerisinde iki kişinin bulunduğu tespit edilmiştir. Bu tespit üzerine kolluk görevlileri aracın yanına gitmiş, araç içerisindeki kişilere polis kimliklerini göstermiş ve akabinde kimlik kontrolü yapmıştır. Yapılan kontrollerde, araç sürücüsün A isimli şahıs, sağ ön koltukta oturanın da B isimli şahıs olduğu anlaşılmıştır. Ardından Şarköy Sulh Ceza Hakimliği'nin 14.08.2014 tarihli önleme arama-

sı kararına istinaden araçta ve ilgililerin üzerinde arama yapılmıştır. Yapılan aramada; B'nin sütyeni içerisine sıkıştırılmış iki adet şeffaf poşet, buruşturulmuş kâğıt parçası içerisine toplam 78 adet uyuşturucu nitelikte tablet ve 13 adet çarşaf diye tabir edilen sarma kâğıdı ele geçirilmiştir.

Arama sonrası yapılan incelemelerde, Şarköy Sulh Ceza Hakimliği'nin 14.08.2014 tarihli önleme araması kararının olay tarihi ve yerini kapsadığı görülmüştür. Bunun üzerine savcılık makamı tarafından iddianame düzenlenerek kamu davası açılmış ve ilgililerin yargılamalarına devam olunmuştur”.

II. YARGILAMA MAKAMLARININ OLAYA İLİŞKİN GÖRÜŞLERİ

Somut uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi olarak görev yapan Ağır Ceza Mahkemesi; A ve B hakkında, “uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (TCK m. 188, f. 3)” sekiz yıl dört ay hapis ve seksen Türk lirası adli para cezasına ve el konulan eşyaların müsaderesine karar vermiştir. Verilen mahkûmiyet hükmü, savunma makamı tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz makamı olarak dosyayı görüşen Yargıtay 20. Ceza Dairesi; öncelikle 2559 sayılı PVSK m. 9’da düzenlenen önleme aramasının kimlere uygulanabileceği üzerinde durmuştur. Buna göre önleme araması “ancak bir suç işlenmesinin veya tehlikenin önlenmesi amacıyla” yapılabilir. Dolayısıyla önleme aramasının muhatapları sadece “suç şüphesi altında bulunmayan kişiler” olabilir. Bu nedenle aramanın muhatapları bakımından hali hazırda bir suç şüphesi ortaya çıkmışsa artık PVSK hükümlerince önleme araması değil, CMK m. 116 uyarınca adli arama yapılmalıdır. Yargılama konusu olayda, sanıklar A ve B bakımından ortada bir suç şüphesi bulunduğundan adli arama prosedürü işletilmelidir. Buna rağmen olayda adli arama prosedürü işletilmek yerine ilgililer üzerinde önleme araması yapılmış, yapılan bu önleme araması sonucunda elde edilen deliller de sanıkların mahkûmiyetinde kullanılmıştır. Bu uygulama ise açıkça hukuka aykırıdır. Bu gerekçelerle temyiz makamı olan Yargıtay 20. Ceza Dairesi, “Dosyada faillerin cezalandırılmasını sağlayan delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğinden hükme esas alınamayacağı; dosyada sanıkların mahkûm olmasını sağlayacak başkaca delil de bulunmadığından, sanıklar hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulmasını” hukuka aykırı bularak mahkûmiyet hükmünü bozmuştur.

Ceza Dairesi’nin “bozma” kararına katılmayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise aşağıdaki gerekçelerle bu karara itiraz etmiştir:

1. Somut uyuşmazlıkta her ne kadar PVSK hükümlerince önleme araması yapılmış olsa da sanıklar yargılamanın hiçbir aşamasında “yapılan aramanın hukuka aykırı olduğunu” ileri sürmemişler. Dolayısıyla ceza dairesinin ortaya koymuş olduğu bu hukuki gerekçe tek başına hükmün hukuka aykırı olduğunu göstermez ve bozulmasını gerektirmez.
2. Önleme araması neticesinde elde edilen delillerin somut olayda kullanılması hukuka aykırı kabul edilse dahi bu durum bir “mutlak hukuka aykırılık” halini değil ancak “nispi hukuka aykırılık” halini oluşturur. Buna karşılık sanıklar yargılamanın tüm aşamalarında istikrarlı bir şekilde ikrarda bulunmuş, bir diğer ifadeyle, üzerlerine atılı suçu işlediklerini açıkça kabul etmişlerdir. Bu sebeple, önleme araması neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilerek hükme esas alınamasa bile yargılamanın tamamı boyunca “istikrarlı bir şekilde yapılan ikrar” mahkûmiyet için yeterlidir.

Başsavcılığa göre 20. Ceza Dairesi’nin “bozma kararı” bu iki temel gerekçeyle hukuka aykırıdır ve bu karardan dönülmesi gerekir.

Başsavcılığın itirazı üzerine dosyayı değerlendiren Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), aşağıdaki gerekçelerle Başsavcılığın itirazını yerinde bulmuş ve Ceza Dairesi’nin hükmünü bozmuştur:

Her şeyden önce yargılama konusu olayda yapılan ihbar somut nitelikte değildir. Dosya kapsamında yapılan ihbarda, *kişilerin adları veya eşkalleri* açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle ihbara konu kişileri “*şüpheli*” olarak addedip CMK m. 116 uyarınca adli arama kararı alınması hukuken mümkün değildir. Buna karşılık somut olayda yapılan aramayı yer ve zaman bakımından kapsayan, işlem öncesi alınmış bir “*önleme araması kararı*” mevcuttur. Sonuç olarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre “*arama işleminin yapıldığı yer ve zamanı kapsayan, hâkim tarafından verilmiş bir önleme araması kararı neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilemez ve bu nedenle ceza yargılamasında kullanılmasında bir mahzur bulunmamaktadır*”²⁰.

III. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

Somut olayda tarafımızca tespit edilen ve çözülmesi gereken temel hukuki problemler şu şekildedir:

1. Önleme araması sonucu elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir mi? Kullanılabilirse, hangi durum ve şartlar altında kullanılabilir?
2. Usulüne uygun olarak alınmış *önleme araması kararına* rağmen, bu kapsamda yapılan aramalar sırasında ortaya bir suç şüphesi çıkarsa ne şekilde hareket edilmelidir? Bu ihtimal dâhilinde, buldukları yer bilinen ancak açık kimlikleri bilinmeyen şüpheli altındaki kişiler bakımından *adli arama kararı* alınabilir mi/alınması gerekir mi?
3. Önleme araması neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edildiği takdirde, savunma makamının bu hukuka aykırılığı yargılamanın hiçbir aşamasında ileri sürmemesi delillerin hükmünde kullanılmasına olanak sağlar mı?
4. Arama neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edildiği takdirde, sanıkların yargılama boyunca ısrarlı bir şekilde *suçlarını ikrar etmeleri* mahkûmiyet için yeterli midir?

IV. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞLERİMİZ

Çalışmamızın başında da ifade ettiğimiz üzere, ceza muhakemesinin temel amacı; hakikate (maddi gerçeğe) ulaşarak, isnat edilen suç fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediğini açıklığa kavuşturmaktır²¹. Bununla beraber çağdaş muhakeme sistemlerinde, her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşılması kabul edilmez²². Çağdaş ceza muhakemesi sistemlerinde esas olan, hukuka uygun bir şekilde maddi gerçeğe ulaşılması ve böylece adaletin tesis edilmesidir²³. Çünkü bir hukuk devletinde gerçek adalet ancak bu şekilde sağlanabilir²⁴.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe hukuka uygun vasıtalarla ulaşabilmenin temel enstrümanlarının başında ise *koruma tedbirleri* gelmektedir. Kişilerin birden fazla temel hak ve hürriyetini ihlal etmesi nedeniyle çoğu zaman doğrudan Anayasalarla düzenlenen koruma tedbirleri²⁵; “*ceza muhakemesinin temel prensiplere ve hukuka uygun bir şekilde yürütülebilmesi, delil elde edilmesi veya elde*

²⁰ Yargıtay CGK’nin konuya ilişkin genel yaklaşımı için bkz. Yargıtay, CGK, T. 05.03.2019, E. 2016/379, K. 2019/159; Yargıtay, CGK, T. 05.03.2019, E. 2016/1162, K. 2019/152 (Yargıtay Karar Arama). Bir diğer olayda YCGK, şüpheli görülüp durdurulan kişilerin çantalarının aranmasını PVSK 4/A kapsamında değerlendiremeyeceğine hükmetmiştir. Bu kapsamda Yargıtay CGK yargılamaya konu olayda; CMK ya da PVSK hükümlerince herhangi bir arama kararı olmaksızın kolluk tarafından kişilerin çantalarının açılmasını ve bunun sonucunda bulunan uyuşturucu maddeleri *hukuka aykırı delil* olarak değerlendirmiş, bu delillerin hükmeye esas alınmayacağına karar vermiştir. Bkz. Yargıtay, CGK, T. 05.03.2019, E. 2017/910, K. 2019/154 (Yargıtay Karar Arama).

²¹ KRAMER, Bernhard: *Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, 9. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2021, s. 12; kn. 13; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 6; ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 89.

²² ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 28. Baskı, C.H. BECK, München, 2014, s. 169, kn. 19; MURMANN, s. 3-4, kn. 5; JOECKS / JÄGER, s. 38, kn. 188; KRAMER, s. 13, kn. 13a.

²³ YENER / HAKERİ, s. 9.

²⁴ HEINRICH, Bernd / REINBACHER, Tobias: *Examinatorium Strafprozessrecht*, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2021, s. 15.

²⁵ ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 93 vd.

*edilen delillerin korunması amacıyla geçici olarak başvurulabilen zorlayıcı işlemlerdir*²⁶. Diğer bir tanıma göre koruma tedbirleri; “*ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi, muhakeme sonunda bir yaptırıma hükmedilmesi halinde ilgili yaptırımın kâğıt üzerinde kalmayıp infazının sağlanabilmesi ve nihayetinde, hüküm için gerekli delillerin elde edilebilmesi amacıyla hükümden önce başvuru ve bazı temel haklara müdahale niteliği taşıyan zorlayıcı işlemlerdir*”²⁷. Temel hak ve özgürlükler bakımından bu denli önemli olması nedeniyle zorlayıcı nitelikteki bu tedbirlerin birtakım ortak özellikleri taşıması da gerekir. Koruma tedbirlerinin ortak özellikleri doktrinde; “*kanunilik, geçicilik, araç olma, gecikmesinde tehlike, görünüşte haklılık, ölçülülük ve bir karara dayanma*” şeklinde ifade edilmektedir²⁸. Dolayısıyla koruma tedbiri niteliğindeki arama işlemi bakımından da bu ortak özelliklerin bulunması gerekir. Aslında tüm koruma tedbirlerine ilişkin genel nitelikteki bu özellikler, arama koruma tedbiri bakımından CMK m. 116 ve devamında somutlaştırılmıştır. Bu nedenle aramanın CMK hükümlerine uygun olması halinde koruma tedbirlerine ilişkin bu ortak özelliklere de riayet edilmiş olacaktır. Ancak aynı şeyi PVSK ve diğer kanunlarda düzenlenen *önleme aramaları* bakımından söylemek mümkün değildir. Çünkü ilgili kanunlarda düzenlenen aramalar, her şeyden önce birer koruma tedbiri değildir ve bu nedenle bir suç soruşturması/kovuşturmasına yönelik delil elde etme amacıyla uygulanamaz.

Önemle vurgulamamız gerekir ki çalışmamızın konusunu oluşturan arama; ceza muhakemesinde yalnızca teorik açıdan değil, pratik açıdan da oldukça önemli bir yer işgal etmektedir. Özellikle uyuşturucu madde ve kaçakçılık suçları söz konusu olduğunda, arama neticesinde elde edilen deliller çoğu zaman şüpheli ve sanığın olası mahkûmiyetinin temel dayanağını oluşturmaktadır. Benzer durum, silah bulundurma gibi zilyetlik suçları²⁹ bakımından da geçerlidir. Öyle ki saydığımız suç tipleri söz konusu olduğunda, arama neticesinde elde edilen delillerin varlığına rağmen sanıkların beraat etmesi pratikte çok zor, hatta imkânsız görünmektedir. Bu suç tiplerine ilişkin yargılamalarda ceza muhakemesindeki ispat yükümlülüğü adeta yer değiştirmekte, iddia makamının sanıkların suçluluğunu şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlaması temel prensibi bir kenara bırakılmakta ve tabiri caizse “*sanıklar kendilerini aklama mecburiyetinde*” kalmaktadır. Bu yaklaşım ise her şeyden önce *silahların eşitliği ilkesi*³⁰ ve *adil yargılanma hakkıyla* çelişecektir.

Arama tedbiriyle alelade bir hak değil; konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, kişi özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı gibi önemli nitelikte birden çok temel hak ihlal edilmektedir³¹. Önemli nitelikteki birden fazla temel hakka müdahalesi nedeniyle arama, birçok demokratik ülke anayasasında doğrudan ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir³². Niteliği itibariyle klasik bir koruma tedbiri olan arama, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 116 ve devamında yer almaktadır. CMK’ya göre arama;

²⁶ TURİNAY, Faruk Yasin: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 70, Sayı 2, s. 483.

²⁷ ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 527; ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 287.

²⁸ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 291-294; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 528.

²⁹ Zilyetlik suçları doktrinde; “*belirli bir şeyin zilyetliğinin yani bir şeyi elinde bulundurmanın cezalandırıldığı suç tipleri*” olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda, çalışmamıza konu kararda yer alan *uyuşturucu madde bulundurma suçları* da tipik birer zilyetlik suçu olarak kabul edilmektedir. Bkz. KAZAKER BOZKURT, Gözde: “Zilyetlik Suçları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 27, Sayı 3, s. 305, 299.

³⁰ “*Silahların eşitliği ilkesi*” özünde iki unsurun gerçekleşmesini hedeflemektedir: Birincisi, muhakemenin adil yönetimi sonucunda adaletli bir hükme varılması; ikincisi, insan onurunun korunması. ÜNAL, Ertuğrul: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 32.

³¹ CENTEL / ZAFER, s. 423.

³² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 20, f. 2: “*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercii yazılı emri bulunmadıkça; kimse üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili mercii kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar*”.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, m. 13, f. 2: “*Arama işlemleri yalnızca hâkim kararı, gecikmesinde tehlike bulunması halinde kanunların öngördüğü diğer mercilerin kararı üzerine ve ancak kanunlarda yazılı usulde yapılabilir*”.

şüpheli veya sanığın yakalanmasına yönelik olabileceği gibi delil elde etmeye yönelik de olabilir. Bu genel açıklamalar ışığında şunu net bir şekilde ifade edebiliriz; arama neticesinde elde edilecek delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, her şeyden önce arama işleminin geçerli bir karara dayanmasına ve hukuka uygun icra edilmesine bağlıdır. Geçerli bir karara dayanmayan, geçerli bir karara dayanmasına rağmen hukuka aykırı bir biçimde icra edilen aramalar neticesinde elde edilen deliller otomatikman hukuka aykırı olacaktır³³. Hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde kullanılması ise hem Anayasa (m. 38, f. 6) hem de CMK (m. 106, f. 2-a ve m. 217, f. 2) hükümlerince yasaklanmıştır³⁴. Hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde kullanımına ilişkin Yargıtayın genel görüşü de aynı yöndedir³⁵. Buna karşılık, Yargıtayın konuya ilişkin genel yaklaşımıyla görüşümüz şu noktada ayrışmaktadır: Yargıtay birçok somut olayda, PVSK ya da CMK hükümlerince geçerli bir arama kararının varlığını, elde edilen delillerin hukuka uygun addedilmesi için yeterli görmektedir. Buna karşılık biz, arama neticesinde elde edilen delillerin hukuka uygun addedilip ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için kural olarak CMK uyarınca bir “*adli arama kararı*” istinaden yapılmasını zorunlu görmekteyiz. PVSK veya sair özel kanunlar uyarınca alınmış bir önleme araması kararına istinaden yapılan aramalar neticesinde elde edilen deliller ise yalnızca istisnai ve zorunlu hallerde ceza muhakemesinde kullanılmalıdır. Kısacası, yapılan arama neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağı net bir şekilde ortaya konulması gerekir. Bu husus salt teorik bir tartışma olmanın çok ötesinde, birçok somut olayda ceza adaletinin sağlanması bakımından da oldukça önemlidir.

³³ YENER / HAKERİ, s. 396.

³⁴ “30.11.2014 tarihinde Evren Mahallesi, İstiklal Caddesi üzerinde bulunan Beydağı Züccaciye adlı iş yerinde kaçak sigara satışı yapıldığına dair edinilen bilgi üzerine, sivil giyimli polis memurlarının adı geçen iş yerine giderek sanıktan bir paket Prestige marka kaçak sigara istedikleri; sanığın adı geçen kaçak sigarayı görevlilere sattığı ve devamında kolluk görevlilerinin kendilerini tanıtırak sanığa iş yerinde başka kaçak eşya bulunup bulunmadığını sordukları, sanığın da iş yerindeki masanın çekmecesinde çıkarttığı 158 paket kaçak sigarayı kolluk görevlilerine rızaen teslim ettiğine dair tutanak düzenlendiği, Birleşen dosyada ise 18.09.2014 tarihinde Evren Mahallesi, İstiklal Caddesi üzerinde bulunan Beydağı Züccaciye adlı iş yerinde kaçak sigara satışı yapıldığına dair edinilen bilgi üzerine sivil giyimli polis memurları adı geçen iş yerine giderek sanıktan bir paket Prestige marka kaçak sigara istedikleri; sanığın adı geçen kaçak sigarayı görevlilere sattığı ve devamında kolluk görevlilerinin kendilerini tanıtırak sanığa iş yerinde başka kaçak eşya bulunup bulunmadığını sordukları sırada tezgâhın alt kısmında siyah poşet içerisinde kaçak sigaraları gördükleri ve poşet içerisindeki 205 paket kaçak sigaranın sanık tarafından kolluk görevlilerine rızaen teslim edildiğine ilişkin tutanağa bağlandı, Olaylarda; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yerleşik içtihatları uyarınca CMK’nın 139. maddesi dışındaki suçlar yönünden kolluk görevlilerinin CMK’nın 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda ve genel yetkileri ile görevleri kapsamında, suç ve failini belirlemek ve suçla ilgili delil toplamak için suça azmettirmeksizin veya teşvik etmeksizin bilgi toplayabilmeleri mümkün ise de; CMK’nın 160 ve devamı maddeleri uyarınca kolluk görevlilerine nöbetçi Cumhuriyet savcısınca verilmiş yazılı veya sözlü bir talimat olmaksızın ve sanığın kaçak sigara satmaya yönelik iradesini ortaya koyan bir tespit de bulunmadığı aşamada her iki olayda da doğrudan iş yerine gidip Prestige marka sigara satın almak istediklerini söylemek suretiyle, bir anlamda sanığı suça teşvik ederek dava konusu kaçak sigaraları ele geçirmeleri hukuka uygun olmadığı gibi, sanığın iş yerinde kaçak sigara sattığına ilişkin gelen ihbar üzerine mahkemece verilmiş usulüne uygun bir arama kararı da bulunmadığı, yine söz konusu işlemlerin gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet savcısı tarafından da verilmiş bir yazılı arama izninin de bulunmadığı, suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe oluşması halinde, suç yerinde delillerinin kaybolmasını önleyecek biçimde gerekli tedbirleri alan kolluk görevlisi derhal Cumhuriyet savcısını haberdar edip verilen talimat doğrultusunda hareket etmelidir. Kendi inisiyatifli ile arama niteliğinde işlem yapması, suç şüphesi altındaki kişinin yasal haklarını hatırlatmadan ikrara zorlaması, Adli ve Önleme Araması Yönetmeliğinin 8/f bendindeki ‘Rızaen arama’ hükmün Danıştay’ın 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 E., 2007/948 sayılı kararı ile iptal edilmesi karşısında hukuki dayanağın kalmadığı bu nedenle iş yerindeki suç delillerinin tespiti ve teslimine ilişkin rızanın hukuken geçerli olmadığı kabulünün gerektiği, bu nedenle ilk bakışta görülemeyecek şekilde sanığın iş yerinde bulunan masanın çekmecesinde ve tezgâhın altındaki siyah poşetten ele geçirilen kaçak sigaraların yasak delil niteliğinde olduğu ve CMK’nın 217. maddesine aykırı olan bu delilin de hükme esas alınmayacağı kabul edilmelidir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire bozma ilamının kaldırılmasına ve hukuka aykırı deliller dışlandı-ğında sanığın yüklenen suçu işlediğine dair mahkûmiyetine yeterli delil bulunmaması sebebiyle Yerel Mahkeme hükmünün onanmasına, karar verilmelidir. Çoğunluk görüşüne katılmayan üç Ceza Genel Kurulu Üyesi; gerçekleştirilen işlemlerin hukuka uygun olduğu düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.” Yargıtay, CGK, T. 14.02.2024, E. 2023/7-522, K. 2024/65 (Yargıtay Karar Arama).

³⁵ “09.07.2014 tarihinde Güzeşli Mahallesi, İstasyon Caddesi üzerinde yer alan tüttüncü dükkânında kaçak sigara satıldığına dair gelen ihbar üzerine, adı geçen iş yerine giden kolluk görevlilerinin kendilerini tanıttıktan sonra sanığa iş yerinde kaçak sigara satın satmadığını sordukları, sanığın da kendisi için aldığı belirterek toplam 12 karton kaçak sigarayı rızaen kolluk görevlilerine teslim ettiği olayda; Sanığın iş yerinde kaçak sigara sattığına ilişkin gelen ihbar üzerine mahkemece verilmiş usulüne uygun bir arama kararı olmadığı gibi, gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet savcısı tarafından da verilmiş bir yazılı arama izni ya da Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması nedeniyle kolluk amirince verilmiş yazılı arama emri bulunmadığı, iş yerindeki suç delillerinin tespiti ve teslimine ilişkin rızanın hukuken geçerli olmadığı kabulünün gerektiği, bu nedenle usulüne uygun yazılı arama emri veya adli arama kararı bulunmaksızın iş yerinde yapılan arama sonucunda ele geçirilen kaçak sigaraların yasak delil niteliğinde olduğu ve CMK’nın 217. maddesine aykırı olan bu delilin de hükme esas alınmayacağı kabul edilmelidir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmelidir. Çoğunluk görüşüne katılmayan altı Ceza Genel Kurulu üyesi; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmesi gerektiği görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.” Yargıtay, CGK, T. 03.04.2024, E. 2023/7-373, K. 2024/155 (Yargıtay Karar Arama).

Bu genel açıklamalar ışığında, konumuza ilişkin çözülmesi gereken ilk hukuki problem: “*Önleme araması sonucunda elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir mi? Kullanılabilirse hangi durumlarda ve hangi sınırlamalarla kullanılabilir?*” şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

A. Önleme Araması Sonucu Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Kullanılması

Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle gerek PVSK m. 9 gerekse sair mevzuata göre yapılan *önleme aramaları* neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması kural olarak mümkün değildir. Aksi takdirde, CMK’nın aramaya ilişkin ortaya koyduğu hukuki güvencelerin hiçbir anlamı kalmayacak; amaçları tamamen farklı olan *önleme araması* ile *adli arama* birbirine eşdeğer kabul edilmiş olacaktır. Böyle bir kabul ise “*ceza muhakemesi kanunlarında arama koruma tedbirine neden ihtiyaç duyulduğu*” sorusunu akıllara getirecektir. Ancak, özellikle YCGK kararlarıyla yön verilen yerleşik uygulama bu yönde şekillenmiş görünmektedir. Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre *kural, önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi; istisna ise kullanılmamasıdır*. Yargıtayın konuya ilişkin içtihadının büyük oranda yerleşik bir hal aldığını ifade etmek gerekir. Dolayısıyla yüksek mahkemenin konuya ilişkin genel yaklaşımı hem teorik hem de pratik açıdan önemli sorunlar barındırmaktadır.

Yargıtayın konuya ilişkin genel yaklaşımı, her iki arama türünün çoğu zaman birbirini ikame edebileceği yönündedir. İki arama türünün yalnızca kanuni şartları bakımından birbirinden ayrıldığını, dolayısıyla kanuni şartların oluştuğu durumlarda yapılan önleme aramasının da bir delil elde etme yöntemi olduğunu kabul etmek hukuken mümkün değildir. Bu iki arama türü arasındaki temel fark, yöneldikleri amaçtır. Bu temel farklılığı görmezden gelerek, Yargıtay uygulamasında olduğu gibi iki arama türünün sadece kanuni şartları bakımından birbirinden ayrıştığını kabul etmek hatalı sonuçlar doğuracaktır.

Bu gerekçelerle Yargıtayın konuya ilişkin yerleşik uygulaması isabetli değildir. Her şeyden önce bu iki arama türünün amaçları birbirinden farklıdır³⁶. Özünde idari nitelikte bir uygulama olan *önleme araması*, potansiyel suçun ya da tehlikenin engellenmesi amacıyla yapılır³⁷. Önleme araması, adli aramadan farklı olarak *bir suç işlendiği şüphesi* üzerine değil ancak *suç işlenme ihtimali* üzerine başvurulacak idari bir kolluk faaliyetidir. Bu nedenle önleme araması ancak *suçun icra hareketlerine başlanmadan önce (hazırlık hareketleri aşamasında) potansiyel suç faillerini caydırmak veya engellemek amacıyla yapılabilir*³⁸. Dolayısıyla önleme aramasının muhatapları, çoğu zaman bir suçun icra hareketlerine henüz başlamış değildir. Önleme aramasına muhatap kişilerin fiilleri, olsa olsa bir suçun *hazırlık hareketi* olabilir; *icra hareketi* değil. Modern suç teorilerinde ise kural olarak *hazırlık hareketleri cezalandırılmaz*³⁹. Kısacası, adından da açıkça anlaşılacağı üzere önleme araması yalnızca “*potansiyel bir*

³⁶ “*Arama, amacına göre adli arama ve önleme araması olarak ikiye ayrılmaktadır. Arama şüpheli veya sanığı ya da bir delili elde etme amacıyla yapılabileceği gibi, bir suçun işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek amacıyla da yapılabilir. Birinci tür aramaya adli arama, ikinci tür aramaya ise önleme araması denilmektedir. Bu itibarla arama hem koruma, hem de önleme tedbidir. Her iki tür arama arasında ortak özellikler bulunmakla birlikte hukuki nitelikleri, tâbi oldukları kanuni düzenlemeler ve kapsamları bakımından önemli farklılıklar da bulunmaktadır*”. Bkz. Yargıtay, CGK, T. 03.04.2024, E. 2023/7-373, K. 2024/155 (Yargıtay Karar Arama). Yargıtay Ceza Genel Kurulunun güncel tarihli bu kararında, önleme araması ve adli aramaya ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler yer almaktadır. Dolayısıyla Yargıtayın 2024 yılında vermiş olduğu bu ve benzer kararlarında, çalışmamız kapsamında eleştirdiğimiz hatalı uygulamadan dönülmesine yönelik olumlu yönde sinyaller verildiğini müşahade etmekteyiz.

³⁷ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 19. maddesinde önleme araması şu şekilde tanımlanmıştır:

“Önleme araması;

a) Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması,

b) Suç işlenmesinin önlenmesi,

c) Taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir”.

³⁸ CENTEL / ZAFER, s. 431.

³⁹ ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 501; YURTLU, Fatih: “Terör Suçlarıyla Mücadelede Yeni Konsept: Önalın Suçları - BGH Kararları Işığında Almanya Örneği”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 29, Sayı 3, s. 2176-2177.

*tehlikenin veya suçun önlenmesi amacıyla yapılabilir*⁴⁰. Bu nedenle önleme araması adli arama gibi işlenmiş bir suça yönelik *delil elde etme yöntemi* değil, yalnızca potansiyel suç veya tehlikeyi önlemek amacıyla başvurulabilecek idari bir kolluk faaliyetidir. Uyuşturucu madde ya da ruhsatsız silah bulundurma gibi zilyetlik suçları söz konusu olduğunda, kişilerin üzerlerinde bu yasak maddelerle yakalanması hallerinde suçun icra hareketleri çoktan başlamıştır. Bu nedenle söz konusu olaylar bakımından başvurulacak arama türü önleme araması değil, “*adli arama*” olmalıdır. Bu tip olaylarda, yalnızca ani ve kendiliğinden gelişen durumlarda önleme aramasına istinaden arama yapılabilir ve bu şekilde elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir.

Buna karşılık adli arama; bir suç işlendiği şüphesi üzerine yapılan, tamamen adli bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Adli aramanın düzenlendiği CMK m. 116’da: “*Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir*” denilerek⁴¹ adli aramanın şartları ve niteliği gösterilmiştir⁴². Esasında CMK’da düzenlenen diğer koruma tedbirleriyle arama koruma tedbirinin amacı temelde örtüşmektedir: Ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılarak, insan hakları ihlallerine neden olmaksızın maddi gerçeğe ulaşılmasına yardımcı olmak. Fakat aramanın amacı, “*şüpheli/sanığın ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi*” olarak Kanun’da özelleştirilmiş ve somutlaştırılmıştır⁴³.

Tüm bu açıklamalar ışığında, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılacak şeylerin kural olarak CMK’nın ilgili maddelerince (116 vd.) alınan ve uygulanan (*adli*) *arama kararına* istinaden elde edilmesi esastır. Bu tespitimizin mefhumu muhalifinden, *önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının kural olarak mümkün olmadığı* sonucu çıkarılmalıdır.

Kural bu olmakla beraber, usulüne uygun olarak alınmış bir *önleme araması* kararına istinaden yapılan aramalar neticesinde elde edilen delillerin *istisnai durumlarda* ceza muhakemesinde kullanılabilmesini de kabul etmek gerekir. Özellikle kendiliğinden gelişen ve adli arama kararı alınmasının mümkün/gerek olmadığı durumlarda, usulüne uygun olarak yapılan önleme araması neticesinde elde edilen delillerin istisnai bir şekilde ceza muhakemesinde kullanılması mümkündür. Örneğin, usulüne uygun olarak alınmış bir önleme araması kararına istinaden yapılan mutad kontroller sırasında, bir kişinin üzerinde ruhsatsız silah veya uyuşturucu madde bulunmuştur. Bu durumda, söz konusu maddeler muhafaza altına alınarak durum derhal Cumhuriyet savcısına bildirilmiş ve onun emir ve talimatına göre hareket edilmiştir. İşte bu tip durumlarda, önleme aramasına istinaden ele geçirilen materyallerin ceza muhakemesinde kullanılması istisnai olarak kabul edilmelidir.

Elbette ki bu durum, yani önleme aramasında elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, bir istisna olduğundan geniş değil dar yorumlanmalıdır. Hakeza somut olayın gelişiminden, sürecin kendiliğinden gelişmediği ve kolluk birimlerince “*kurgulandığının*” anlaşıldığı durumlarda da önleme aramasına istinaden elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması mümkün değildir. Örneğin kolluk; kendisine yapılan isimsiz ihbarlar neticesinde bir kimseyi kamuya açık alanlarda uzun süre takibe alır. Bu takip sırasında kişinin uyuşturucu madde alıp sattığı tespit edilir ancak herhangi bir müdahalede bulunulmaz; ta ki takip edilen kişinin yüklü miktarda uyuşturucu maddeyle şehir dışından dönmekte olduğu tespit edilene kadar. Bunun üzerine önceden alınmış önleme araması kararına istinaden kişi şehir girişinde durdurulur ve uyuşturucu maddelere el konulur. Bu olay örgüsünde “*kendiliğinden*

⁴⁰ YENER / HAKERİ, s. 377.

⁴¹ Arama koruma tedbiri Alman CMK (StPO) m. 102 ve devamında 5271 sayılı CMK’dakine benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu hükme göre suç delillerinin elde edilmesi ya da aranan kişilerin yakalanması amacıyla kapalı alanlarda ya da üçüncü kişiler nezdinde arama yapılabilir. HALLER, Klaus / CONZEN, Claus: *Das Strafverfahren*, 8. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2018, s. 568, kn. 1203.

⁴² Adli arama, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 5. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “*Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir*”.

⁴³ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 341.

gelişen” bir durum söz konusu değildir. Kolluk tarafından uzun süredir takip edilen bu kişi bakımından açıkça “*kurgulanmış*” bir durum söz konusudur. Kurguya dayanan bu tip durumlarda, önleme aramasına istinaden elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması mümkün olmamalıdır.

Hakeza bu istisnai durumlarda dikkat edilmesi ve aşılması gereken önemli bir çizgi daha vardır. Bu çizgi, aslında incelememiz kapsamında tartışılması ve çözülmesi gereken ikinci hukuki problemi oluşturmaktadır:

Usulüne uygun olarak verilmiş karara istinaden yapılan önleme araması sırasında somut bir suç şüphesi ortaya çıkarsa, aramaya devam edebilmek için ayrıca bir adli arama kararı alınması gerekir mi?

B. Önleme Araması Sırasında Somut Suç Şüphesinin Ortaya Çıkması

Yukarıda da vurguladığımız üzere, niteliği ve amacı itibariyle önleme araması ancak suç şüphesi ortaya çıkana kadar başvurulabilecek idari nitelikte bir tedbirdir. Bu nedenle önleme araması sırasında suç şüphesi ortaya çıkarsa, bu andan itibaren artık adli arama prosedürünün işletilmesi gerekir. Suç işlendikten sonra yapılacak aramaların CMK m. 116’ya göre yapılması hususunda hiçbir kuşku yoktur. Önleme araması sırasında kolluğun somut bir suç şüphesiyle karşılaşması halinde derhal Cumhuriyet savcısını olaydan haberdar edip, onun emir ve talimatlarına göre işlemlere devam etmesi gerekir. Bu yol işletilmeyip, önceden alınan önleme araması kararına istinaden işlemlere devam edilmesi elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirecektir. Bu nedenle somut suç şüphesinin ortaya çıkmasına rağmen devam edilen önleme araması neticesinde elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılmaz. Böyle bir durumda, geçerli bir önleme araması kararı söz konusu olduğundan, elde edilen delillerin mutlak olarak “*hukuka aykırı*” olduğu iddia edilemez ise de bir *kullanma yasağının* kabulü gerekir.

Bununla beraber önleme aramasının doğal akışında ve kendiliğinden gelişen durumlarda elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması ise mümkündür. Örneğin, öncesinde herhangi bir ihbar veya bilgiye dayanmaksızın belirli bölgede yapılan mutlak uygulama sırasında, kişiler üzerinde yapılan kaba üst araması neticesinde uyuşturucu madde bulunmuştur. Uyuşturucu madde bulunması üzerine kolluk görevlileri durumu derhal Cumhuriyet savcısına bildirmiş, savcının emir ve talimatlarına göre soruşturma işlemleri yürütülmüştür. Böyle bir ihtimalde, kişiler üzerinde önleme araması neticesinde bulunan uyuşturucu maddenin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması elbette mümkündür. Ancak üzerlerinde uyuşturucu madde ele geçirilmesinden sonra, kişilerin giysileri içinde, araçlarında ya da ikametlerinde arama yapılması gerekiyorsa artık bu işlemlerin mutlaka CMK hükümlerince, bir başka ifadeyle, adli arama şeklinde yapılması gerekir.

Tüm bu genel açıklamalar ışığında, incelemediğimiz somut olay bakımından önemli bir nüans göze çarpmaktadır. Somut olayda A ve B hakkında daha önceden yürütülen bir soruşturma bulunmaması birlikte kolluğa yapılan ihbarda özel nitelikte bilgiler de yer almaktadır. Bu kapsamda, uyuşturucu hap satan kişilerin *bir erkek ve bir kadın oldukları*, içinde buldukları aracın *renge, plaka bilgileri ve modeli* ihbarda açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla ihbarda yer alan bu açık bilgilere rağmen kolluğun Cumhuriyet savcısını olaydan haberdar ederek adli arama kararı almadan, önceden verilmiş *önleme araması kararına istinaden işlem yapması* hukuka uygun değildir. İnceleme konusu olay örgüsünde “*kendiliğinden gelişen*” bir durum da söz konusu değildir. Somut olayda kolluğa yapılmış ayrıntılı bir ihbar söz konusudur. Dolayısıyla bu ihbarla birlikte soruşturmaya başlangıç şüphesinin oluştuğunun kabulü gerekir. Bu olayda mevcut durumun kolluk tarafından derhal Cumhuriyet savcısına bildirilmesi, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatlarına göre hareket edilmesi gerekirdi (CMK m. 160 ve 161). Böylece Cumhuriyet savcısının gerek gördüğü takdirde adli arama dahil ceza soruşturması için gerekli delil tespit yöntemlerine başvurabilmesinin önü de açılmış olurdu.

İfade etmeye çalıştığımız tüm bu gerekçelerle Yargıtay CGK’nın hükmüne esas teşkil eden “*söz konusu olaya ilişkin yapılan ihbarın somut olmadığı, ilgililerin adı, eşkali ve yerini içermediği, bu*

nedenle de 5271 sayılı CMK hükümlerince adli arama kararı alınmasının mümkün/şart olmadığı” görüşünü isabetli bulmuyoruz. Çünkü dosyadaki ihbar bilgilerinden (aracın plaka ve model bilgileri) yola çıkılarak CMK m. 116 uyarınca adli arama kararı verilmesi hem hukuken hem de fiilen mümkün görünmektedir.

Bir adli arama kararının hangi bilgileri içermesi gerektiği CMK m. 119, f. 2’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre arama kararında; “aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya açıkça gösterilir”. Kanun koyucunun aramaya ilişkin bu düzenlemede farklı bir ibareyi değil, “aranılacak kişi” ibaresini kullanmasının bilinçli bir tercih olduğunu kabul etmek gerekir. Kanaatimizce, adli arama kararı verilebilmesi için şüphelilerin açık kimliklerinin bilinmesi şart olmayıp, eşkâllerinin ve diğer kimselerden ayırt edilmelerini sağlayacak bilgilerin bilinmesi yeterli kabul edilmelidir. Bu kapsamda, somut olaydaki gibi plaka bilgisi, modeli, rengi ve muhtemel konumu bilinen bir motorlu aracın içerisinde bulunan kişilere yönelik CMK m. 116 uyarınca arama kararı çıkarılması mümkündür. Üstelik somut olaydaki bu durum “gecikmesinde sakınca bulunan hal” kabul edilerek Cumhuriyet savcısının emriyle de adli arama yapılabilecektir. Tüm bu hukuki imkânlara rağmen kolluk tarafından adli arama kararına başvurulmadan önleme araması yapılması hukuka aykırıdır. Bu şekilde elde edilen delillerin de değerlendirme yasağı kapsamında kaldığını ve dolayısıyla da ceza muhakemesinde kullanılamayacağını kabul etmek gerekir.

Bir an için bu yaklaşımımızın hatalı olduğunu ve Yargıtay CGK’nın belirttiği üzere açık kimliği bilinmeyen şahıslar bakımından adli arama kararı verilmesinin mümkün olmadığını kabul edelim. İnceleme konusu karardan, arama yapan kolluk görevlilerinin öncelikle ihbara konu aracın yanına gidip kimlik kontrolü yaptıkları anlaşılmaktadır. Kolluk görevlilerinin yaptıkları bu işlem, teknik olarak PYSK m. 4/A⁴⁴ kapsamında “durdurma ve kimlik sormadır”. Kolluğun araç içindeki kişilere yönelik “durdurma ve kimlik sorma” işlemi uygulamasıyla birlikte artık ilgililerin açık kimlikleri tespit edilmiştir. Dolayısıyla somut olay bakımından adli arama kararı verilememesinin temel dayanağı olarak gösterilen “ihbara konu kişilerin açık kimliklerinin bilinmemesi” gerekçesi de bu an itibarıyla ortadan kalkmış olacaktır. Bu nedenle somut olaya ilişkin böyle bir kabulde dahi ihbara konu şahısların açık kimliklerinin öğrenilmesiyle beraber CMK uyarınca adli arama kararı alınması gerekirdi⁴⁵.

⁴⁴ “Durdurma ve kimlik sorma

Madde 4/A:

Polis, kişileri ve araçları;

a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla durdurabilir.

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfîlik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.

Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir”.

⁴⁵ “Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; 16.12.2014 tarihinde saat 18.00’da Narkotik Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü görevlilerince; ‘Kel Seydi’ olarak tanınan ...’nin ... Mahallesi ... Caddesindeki ikametinin önündeki sokakta 06.00-11.00 saatleri arasında eroin sattığı yönünde bilgi alınması üzerine bu konuya ilişkin aynı tarihte tutanak tutulduğu, yapılan araştırma neticesinde ...’nin TC kimlik nolu, M. ve Z. oğlu, doğumlu, Adana nüfusuna kayıtlı olduğu ve mahallesi ... Caddesi no: 201/3 ... adresinde ikamet ettiğinin öğrenildiği, görevlilerce 17.12.2014 günü saat 06.00 sıralarında sanığın ikameti olan E. Caddesi civarında tertibat alındığı, saat 06.30 sıralarında ikametinden çıkarak evinin önündeki kaldırımda bekleyip on dakika kadar etrafı gözetleyen sanığın, fiziki takip yapmakta olan görevlileri fark edip, üzerinde bulundurduğundan şüphe edilen uyuşturucu maddeleri yok edeceğinin değerlendirilmesi üzerine yanına gidildiği ve yapılan kaba üst aramasında montunun sol iç cebindeki sigara paketi içerisinde 8 paket eroinin ele geçirilerek muhafaza altına alındığı olayda; kollukça alınan ilk bilgiler ile yapılan araştırma sonucu sanığın kimliğine ve uyuşturucu madde sattığı iddia edilen ikamet adresine ilişkin edinilen bilgilerin uyumlu olması, kolluğun bilgiyi aldığı zaman ile sanığın uyuşturucu madde sattığı iddia edilen saatler arasındaki süre, ayrıca suç şüphesini oluşturan bilgilerin elde edildiği aşamada suçüstü halinin mevcut olmaması, bu durumda kolluk görevlilerinin suçla ilgili edindikleri bilgileri 5271 sayılı CMK’nun 2/e, 158, 160, 161 ve 164. maddeleri uyarınca derhal Cumhuriyet savcısına bildirip bu konuda adli arama kararı talep etmeleri ve Cumhuriyet savcısından alacakları talimat doğrultusunda işlem yapmaları gerektiğinden, adli arama kararı alınmadan yapılacak arama işleminin ve bu arama sonucu ele geçirilecek uyuşturucu maddenin hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olacağı, suçun maddi konusu ve delili olan uyuşturucu maddenin hukuka aykırı yöntemle elde edilmesi durumunda ise hükme esas alınamayacağı ve buna bağlı olarak suçun unsurlarının

Ezcümle, somut suç şüphesinin ortaya çıkmasıyla beraber önleme araması işlevini yitirir ve adli arama zorunluluğu oluşur. Dolayısıyla bu andan itibaren yapılacak tüm iş ve işlemlerin CMK hükümlerince yapılması gerekir. Şartları oluştuğunda adli aramaya başvurulması; kolluğun takdir yetkisinde olan ihtiyari bir husus değil, hukuki bir zorunluluktur. Somut suç şüphesinin ortaya çıkmasıyla beraber CMK uyarınca adli arama hükümlerinin uygulanması hukuki bir mecburiyettir⁴⁶. Hakeza incelememize konu somut olayda “*gecikmesinde sakınca bulunan bir hal*” söz konusu olup, Cumhuriyet savcısının kararıyla da adli arama yapılabilir (CMK m. 119, f. 1-ilk cümle)⁴⁷. Dahası, somut olay bakımından gerçekleştirilen işlem sokakta yani kamuya açık bir alanda olduğundan, Cumhuriyet savcısına ulaşılmıyorsa kolluk amirinin yazılı emriyle de adli arama yapılabilecektir. Tüm bu ihtimaller mümkün olmasına rağmen adli arama kararı alınmayıp önleme aramasına istinaden işlemlere devam edilmesi, CMK’nın öngördüğü tüm hukuki güvencelerin keyfi olarak bertaraf edilmesi anlamına gelmektedir. Somut olayda kendiliğinden gelişen bir durum söz konusu olmadığı gibi, adli arama kararı alınmasına engel hukuki veya fiili bir durum da yoktur. Bu sebeple somut olay bakımından önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması açık bir hukuka aykırılık oluşturmaktadır⁴⁸.

Somut olayda konuyla bağlantılı olarak tartışılması gereken bir diğer husus ise kolluk tarafından uygulanan “*durdurma ve kimlik sorma*” işleminin hukuki şartları ve niteliğidir. Durdurma ve kimlik sormayı düzenleyen PYSK m. 4/A-6’da, durdurma ve kimlik sorma işlemi sonrasında ortaya çıkabilecek tehlike hallerinde nasıl hareket edileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre:

“Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, ... Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir”⁴⁹.

oluşmayacağı gözetildiğinde, yerel mahkemeye sanığın üzerinin aranması için CMK’nun 116 ve devamı maddelerine uygun olarak alınmış bir ‘adli arama kararı’ olup olmadığının araştırılması ve sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma sonucu hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu kabul edilmelidir”. Yargıtay, CGK, T. 28.02.2017, E. 2016/800, K. 2017/120 (Yargıtay Karar Arama).

⁴⁶ ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku Uygulama Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 128.

⁴⁷ Arama tedbiri bakımından “*gecikmesinde sakınca bulunan durum*” kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi ve tartışma için bkz. KAZAKER, Gözde: “Adli Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2015, Sayı 27, s. 160 vd.

⁴⁸ “Adli arama kararı gerektiren bir olayda önleme araması kararına dayanılarak ya da koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan arama hukuka aykırıdır. Böyle bir arama sonucu bulunan deliller suçun maddi konusu ‘hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olacağından’, Anayasa’nın 38’inci maddesinin altıncı fıkrası ile 5271 sayılı Kanun’un 206’ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi, 217’inci maddesinin ikinci fıkrası, 230’uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve 289’uncu maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi uyarınca hükme esas alınmaz. Bu itibarla; Suça konu uyuşturucu maddenin naklinde kullanılacak aracın açık plakası ve markası ile araçta hangi şekilde zula oluşturularak nakledileceği belirtilmek suretiyle istihbari bilgi alındığı, aracın kullanılacağı güzergah üzerinde uygulana noktası oluşturularak durdurulduğu ve suça konu uyuşturucu maddenin istihbari bilgide belirtilen şekilde ele geçirildiği olayda; suçüstü halinin varlığından söz edilemeyeceği dikkate alındığında, 5271 sayılı Kanun’un ikinci maddesinin (e) bendi, yine aynı Kanun’un 161’inci maddesi ve 2259 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun ek 6’ncı maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısına derhal olayın haber verilip yazılı emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine devam edilmesi ve sanığın kullandığı araçta 5271 sayılı Kanun’un 116’ncı ve 119’uncu maddeleri uyarınca arama yapılması gerektiği halde önleme arama kararı ile yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu ve bu arama ile elde edilen delilin yasak delil niteliğinde olup hükme esas alınmayacağı dikkate alınarak, mahkumiyetine yeterli başkaca delil bulunmayan sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi hukuka aykırı görülmüştür”. Yargıtay, 10. CD, T. 25.01.2024, E. 2023/5371, K. 2024/893 (Yargıtay Karar Arama).

⁴⁹ İlgili düzenlemenin ilk halinde yer alan “*kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir*” hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bkz. AYM, T. 04.05.2017, E. 2015/41, K. 2017/98 (Kararlar Bilgi Bankası).

Kanaatimizce bu kanuni düzenleme, kollukça durdurulan şahısların üzerlerinde veya araçlarında silah/patlayıcı gibi tehlikeli maddelerin tespit edilmesi hallerine ilişkindir. Dolayısıyla bu hüküm, suç oluştursa dahi tehlikeli (silah veya sair patlayıcı, yaralayıcı) maddeler dışında kalan durumları kapsamaz. Madde metninde açıkça “kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir” ifadesinin kullanılması da bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Sonuç olarak, PVSK m. 4/A-6’daki bu özel düzenlemenin uyuşturucu bulundurma ve kaçakçılık gibi suçları kapsamadığını kabul etmek gerekir.

Altını önemle çizmek gerekir ki bu düzenleme, silah ve patlayıcı materyaller söz konusu olduğunda dahi kolluğa ilgili şahısların üzerlerindeki elbiseleri çıkarma yetkisi vermemektedir⁵⁰. Buna karşılık yargılama konusu olayda, sanıkların mahkûm olmasını sağlayan temel delil niteliğindeki uyuşturucu madde “kadın şahsın sütyeni içerisinde” bulunmuştur. Dolayısıyla somut olaydaki arama işlemi, adli arama hükümlerince yapılmadığı gibi PVSK m. 4/A’da düzenlenen “durdurma ve kimlik sorma” hükümleriyle bağdaşmaz. Olaydaki kolluk uygulaması “durdurma ve kimlik sorma” işleminin sınırlarını da aşmıştır. Yargıtay CGK da benzer bir olaya ilişkin kararında; *önleme araması kararına istinaden yapılan kaba üst araması neticesinde kişiler üzerinde uyuşturucu madde ele geçirilmesini hukuka uygun kabul etmesine rağmen, diğer bir şüphelinin kasık bölgesinde yapılan arama neticesinde uyuşturucu madde ele geçirilmesini hukuka aykırı bulmuştur*⁵¹.

Açıklamaya çalıştığımız tüm bu gerekçelerle Yargıtay CGK’nın “somut olay bakımından adli arama kararı verilmesinin hukuken mümkün olmadığı/gerek olmadığı ve bu nedenle önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının hukuka uygun olacağı” yönündeki tespitini isabetli bulmuyoruz. Dahası Yargıtay CGK’nın ulaştığı sonuç, somut olaydaki *uyuşturucunun kadın şüphelinin sütyeni içerisinde bulunması* nedeniyle bizzat Yargıtay CGK’nın önceki içtihatlarıyla da çelişmektedir⁵².

⁵⁰ Elbette ki bu görüşümüz, kişinin üzerinde bulunan tehlikeli maddelerin hali hazırda bir saldırı amacıyla kullanılma ihtimalinin olmadığı durumlarda geçerlidir. Eğer kişilerin kıyafetlerinin içine sakladıkları tehlikeli maddelerin patlatılması gibi bir durum söz konusuysa artık “görevin ifası ya da meşru müdafaa hukuka uygunluk nedenleri” kapsamında zor/silah kullanılması mümkündür.

⁵¹ “Sanık ...’ın üzerinde yapılan arama işleminin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesine gelince; hukuka uygun olarak yapılan arama sonucunda sanık ...’in elindeki poşette uyuşturucu madde ele geçirilmesi, sanık ... ile birlikte yakalanan ve sanık ...’in kardeşi olan inceleme dışı sanık ...’nin, yakalandığı anda ele geçirilen üç paket hâlindeki esrarları sanık ...’in satmaları için kendilerine verdiğini kolluk görevlilerine beyan etmesi ve sanık ...’in pantolonunun içinde hayalarının üzerinde yapılan aramanın, kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek ve silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyadan arındırmak amacıyla kişiler üzerinde yapılabilecek yoklama düzeyini aşan nitelikte ve orantısız olduğunun anlaşılması karşısında; usulüne uygun olarak verilmiş arama kararı veya yazılı arama emri olmaksızın sanık ...’in pantolonunun içinde hayalarının üzerinde yaptıkları arama sonucu elde ettikleri suç konusu uyuşturucu maddenin hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil niteliğindeki olduğu ve bu delilin hükme esas alınmayacağı, dolayısıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın sanık ... ile ilgili yapılan arama işleminin hukuka uygun olduğuna ilişkin itirazının yerinde olmadığı kabul edilmelidir”. Yargıtay, CGK, T. 25.09.2018, E. 2015/1071, K. 2018/365 (Yargıtay Karar Arama).

⁵² YCGK benzer bir başka olayda; arama yapılan kişi hakkında daha önceden başlatılmış bir soruşturma olduğundan bahisle CMK m. 116’ya göre karar alınmadan yapılan arama ve neticesinde ele geçirilen uyuşturucu maddeyi hukuka aykırı delil kabul etmiştir: “Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; suç şüphesi nedeniyle haklarında soruşturma başlatılan ve mahkemelerden alınan iletişimin tespiti, dinlenilmesi ve kayıt altına alınması kararları doğrultusunda takip edilmekte olan sanıklar ... ve ...’nin, gerçekleştirilen telefon görüşmelerinden 05.07.2011 tarihinde ... ilçesi, ... Mahallesi, ... Sokak No: 3 sayılı yerde bulunan ikamete uyuşturucu madde getireceklerinin değerlendirilerek aynı gün saat 10.00 sıralarında bahsi geçen yere intikal eden kolluk görevlilerince gerekli tertibatın alınarak adı geçen şahısların beklenilmeye başlandığı, saat 11.35 sıralarında sanıklar ... ve ...’nin ... Sokağa girdiklerinin, sanık ...’nin elinde turuncu renkli bir poşet bulunduğunun, aynı sokak içerisindeki No: 3 sayılı bina önüne gelen sanıkların çevrelerini tedirgin şekilde kontrol ettiklerinin görülmesi üzerine görevlilerce yanlarına gidilip polis tanıtma kartlarının gösterilmesini takiben poşet içerisinde ne olduğunun sorulduğu, sanıkların tedirgin hareketler sergileyerek çelişkili cevaplar vermeleri üzerine sanıklardan ...’nin elinde bulunan poşet içerisinde aranması sonucunda, 3 parça bez ve şeffaf naylona sarılı vaziyette suç konusu eroinin ele geçirildiği olayda; Sanıklar ... ve ... hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan başlamış ve yürütülmekte olan bir soruşturmanın bulunduğu, suç şüphesi nedeniyle takip altında olan sanıkların tespit edilen telefon görüşmelerinden hareketle fiziki takiplerinin yapılarak suç konusu uyuşturucu maddeler ile yakalandıkları, somut olayda suçüstü hâlinin varlığından söz edilemeyeceği dikkate alındığında; 5271 sayılı CMK’nın 2/e, 161 ve 2559 sayılı PVSK’nın Ek 6. maddeleri uyarınca derhal Cumhuriyet savcısına olayın haber verilip Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine devam edilmesi ve CMK’nın 116 ve 119. maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri veya mahkemenin alınacak adli arama kararı uyarınca sanıkların üzeri ve eşyalarının aranabileceği, sanık ...’nin elinde bulunan eşya niteliğindeki poşete ilişkin gerçekleştirilen arama işleminin ise usulüne uygun verilmiş bir yazılı arama emri veya adli arama kararı bulunmaksızın gerçekleştirildiği, bu durumun açıkça hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucunda elde edilen suç konusu uyuşturucu maddenin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğindeki bulunması nedeniyle Anayasanın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK’nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınmayacağı gözetilmelidir.” Yargıtay, CGK, T. 14.10.2021, E. 2018/232, K. 2021/469 (Yargıtay Karar Arama).

C. Önleme Araması Neticesinde Elde Edilen Deliller Hukuka Aykırı Kabul Edilmesine Rağmen Bu Hukuka Aykırılığın Savunma Makamlarınca İleri Sürülmemesi

Çalışmamız kapsamında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ilgili Ceza Dairesi'nin kararına itiraz gerekçelerine de kısaca değinmek gerekir. Bu durum, somut olay bakımından tespit ettiğimiz üçüncü hukuki problemi oluşturmaktadır:

“Yapılan önleme araması neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilse dahi, bu hukuka aykırı durumun yargılama sırasında savunma makamlarınca ileri sürülmemesi mahkûmiyet hükmünü hukuka uygun hale getirir mi?”

İnceleme konusu olaya ilişkin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ilk itiraz gerekçesi; *“olayda her ne kadar PVSK uyarınca yapılan önleme aramasına istinaden uyuşturucu maddeler ele geçirilmiş ise de yargılamanın tüm aşamaları boyunca sanıkların hiçbiri aramanın hukuka aykırı olduğu iddiasını gündeme getirmemiştir. Bu nedenle tek başına bu gerekçeyle önleme aramasıyla ele geçirilen delillerin hukuka aykırılığı kabul edilemez”* şeklindedir.

Başsavcılık tarafından ileri sürülen bu gerekçe esasında *“hukuka aykırı deliller”* konusuna ilişkindir. *Hukuka aykırı deliller* ya da *delillerin hukuka aykırılığı* olarak ifade edilen bu durum, ceza muhakemesi hukukunda güncelliğini koruyan, oldukça geniş kapsamlı ve dinamik bir tartışma alanını oluşturmaktadır⁵³. Oldukça teknik ve geniş kapsamlı olması nedeniyle bu teorik tartışmanın ayrıntılarına çalışmamız kapsamında girmemiz mümkün değildir. Bununla beraber somut olayda Başsavcılık tarafından ileri sürülen bu hususu, gerekçeleri aşağıda açıklanacağı üzere isabetli bulmadığımızı vurgulamak gerekir.

Usulüne uygun yapılan bir önleme araması neticesinde elde edilen deliller *hukuka aykırı* olarak nitelendirilmeyebilir. Çünkü bu tip durumlarda kanuni düzenlemeye istinaden alınmış ve uygulanmış bir (önleme) arama kararı mevcuttur. Ancak şimdiye kadar ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz üzere, adli arama kararı alınması gereken bir yerde önleme aramasıyla elde edilen deliller bakımından en azından *bir değerlendirme yasağı* söz konusudur. Önleme aramasına istinaden ele geçirilen deliller, sadece kendiliğinden gelişen ve adli arama kararı alınmasının mümkün olmadığı hallerde *istisnai olarak* ceza muhakemesinde kullanılabilir. İncelemeye konu somut olay bakımından ise kendiliğinden gelişen ve adli arama kararı alınmasını hukuki/fiili olarak imkânsız kılan bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla yargılamaya konu olayda, önleme aramasına istinaden elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması mümkün değildir.

Vurgulamak gerekir ki, olay yeri ve tarihini kapsayan bir önleme araması kararı bulunması, yapılan her işlemi hukuka uygun hale getirmez. Önleme aramasının amacı, suç işlenmesinin ve tehlikenin önlenmesidir, işlenmiş bir suçun delillerini toplamak değil. Bu nedenle yapılan işlemi yer ve zaman bakımından kapsayan bir önleme araması kararının şeklen olması, arama kararında yer alan süre içerisinde ilgili yerde yapılan tüm arama işlemlerini hukuka uygun hale getirmez. Yapılan işlemin hukuka uygun addedilebilmesi için *araç ile amacın da uyumlu olması gerekir*. Bu husus idare hukukundaki *“usul saptırması”* kavramına benzemektedir. Çünkü aslında adli arama kararına istinaden yapılması gereken bir işlem, kanunlarda farklı amaçlar için düzenlenmiş önleme aramasına istinaden yapılmaktadır. Kanaatimizce bu durum açık bir hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Bu hukuka aykırı durumun, yargılama süresince savunma makamları tarafından ileri sürülmemesi de verilen hükmü hukuka uygun hale getirmeyecektir. Hukuka aykırı bir delilin ceza muhakemesinde kullanılması, mutlak bir hukuka aykırılık halidir (CMK m. 289/1-i). Bu düzenleme yalnızca hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilleri değil; delil kullanma yasaklarını da kapsamaktadır. Örneğin, tanık-

⁵³ GÜLŞEN, Recep: “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 2, s. 228.

lıktan çekinebilecek kişi bu hakkını sonradan kullandığında önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz (CMK m. 210, f. 2)⁵⁴. Dolayısıyla tanıklıktan çekinen kişinin önceki ifadelerine dayanılarak bir mahkûmiyet hükmü kurulduğunda, bu durumun savunma makamı tarafından ileri sürülmemesi verilen hükmü hukuka uygun hale getirmez⁵⁵. Kısacası, kullanılması yasak olan bir delilin hükme esas alınması halinde, bu hukuka aykırılığın savunma makamı tarafından yargılama sırasında öne sürülüp sürülmemesi vardığımız sonucu değiştirmez. Dolayısıyla YCGK kararında ifade edildiği üzere, “*muhakeme sürecinde ilgili arama sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğuna yönelik savunma makamı tarafından herhangi bir itirazda bulunulmaması*” da verilen hükmün hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır.

D. Arama Neticesinde Elde Edilen Deliller Hukuka Aykırı Kabul Edilmesine Rağmen Yargılama Boyunca Sanıkların İstikrarlı Bir Şekilde İkrarda Bulunması

İnceleme konusu olaya ilişkin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ikinci itiraz gerekçesi şu şekildedir:

“Kaldı ki bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı olarak kabul edilse dahi olayda ‘mutlak hukuka aykırılıktan’ değil ancak ‘nispi hukuka aykırılıktan’ bahsedilebilir. Dolayısıyla da her ne kadar arama neticesinde ele geçirilen delillerin mahkûmiyet için kullanılmayacağı kabul edilse dahi, yargılamanın birçok aşamasında suçlarını ikrar eden sanıkların bu ikrarlarına dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır”.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ileri sürdüğü bu gerekçe, esasında “*delillerin uzak etkisiyle*” bağlantılıdır⁵⁶. Başsavcılık özette; “*önleme aramasına istinaden elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu ve bu nedenle mahkûmiyete esas alınamayacağı kabul edilse dahi, sanıkların yargılama boyunca istikrarlı bir şekilde suçlarını ‘ikrar’ etmeleri mahkûmiyet için yeterlidir*” sonucuna varmıştır. Ancak başsavcılığın bu yaklaşımına teorik açıdan katılmamız mümkün değildir. Çünkü somut olay örgüsü bir bütün olarak incelendiğinde, “*önleme araması neticesinde şüpheliler üzerinde uyuşturucu madde bulunmamış olsaydı, şüpheliler çok büyük ihtimalle suçlarını ikrar etmek durumunda kalmayacaklardı*” sonucuna varılmaktadır. Yani şüphelilerin mahkûmiyetine esas alınacak suç ikrarı hukuka aykırı bir uygulama sonucu elde edilen delillere dayanmaktadır⁵⁷. Bu nedenle mahkûmiyete esas teşkil eden ikrar delili de önceki hukuka aykırı delilin (aramanın) doğrudan bir sonucudur ve “*zehirli ağacın meyveleri de zehirlidir*” prensibi uyarınca “*ikrar*” delili de hukuka aykırı kabul edilmelidir⁵⁸. Sonuç olarak; başsavcılığın ifade ettiği üzere, söz konusu durum bir nispi hukuka aykırılık olarak kabul edilse dahi somut olayda muhakemenin sonucunu doğrudan etkilemiş görüldüğünden verilen hükmü hukuka aykırı hale getirecektir.

E. Yeni Bir Kolluk Uygulaması: “Kişilerin Sokakta Durdurularak Üzerlerinde Suç Unsuru Bulunup Bulunmadığının Sorulması”

Konuyla bağlantılı olarak kolluk birimleri tarafından son yıllarda geliştirilen ve dikkat çekmek istediğimiz bir husus daha bulunmaktadır. Son yıllarda, özellikle uyuşturucu madde bulundurma suçları

⁵⁴ TURHAN, Faruk: “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı - Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 28, Sayı 3, s. 1399; ÖZTÜRK, Mustafa Kağan / TULAY, Muhammed Emre: “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilme Yasası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 179, s. 1340.

⁵⁵ TURHAN, s. 1415.

⁵⁶ “*Zehirli ağacın meyveleri de zehirlidir doktrini / Fruit of the poisonous tree doctrine*” olarak ifade edilen Amerikan Hukuku kökenli bu yaklaşım, günümüzde Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de kabul görmektedir. Bkz. BEULKE, Werner / SWOBODA, Sabine: *Strafprozessrecht*, 15. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2020, s. 387, kn 744.

⁵⁷ GÜLŞEN, s. 238

⁵⁸ Ceza yargılamasında hukuka aykırı delillerin uzak etkisine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AKYÜREK, Güçlü: “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Sayı 101, s. 61 vd.

bakımından geliştirilen bu kolluk uygulamasının yargı kararlarına da yansıdığı görülmektedir⁵⁹. Kolluk birimleri asayiş sağlamaya yönelik devriye faaliyetleri kapsamında, “kendilerine göre şüpheli” gördükleri “tipleri” sokak ortasında durdurup kimlik kontrolü yapmakta ve bu kişilere “üzerlerinde suç oluşturan unsur bulunup bulunmadığını” sormaktadır. Üzerinde bir suç unsuru bulunan (genellikle uyuşturucu madde) kimseler de “kendiliğinden ve rızaen” bu suç unsurlarını çıkarıp kolluğa teslim etmektedir. Bu şekilde elde edilen suç unsurlarına ilişkin kolluk tutanaklarında “suç oluşturan maddenin şüpheli tarafından tamamen rızaya dayalı olarak teslim edildiği” kayıt altına alınmakta ve rızaen teslim edilen bu deliller bakımından artık herhangi bir arama emri/kararına ihtiyaç duyulmamaktadır⁶⁰. Bu şekilde herhangi bir arama kararı alınmaksızın/olmaksızın elde edilen deliller, özellikle uyuşturucu madde suçlarında çoğu zaman mahkûmiyet hükmünün temel delilini/gerekçesini oluşturmaktadır.

Kolluk birimlerince geliştirilen ve yargı kararlarına doğrudan yansıyan bu uygulamanın da hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz. Kolluk uygulaması tarafından geliştirilen ve kötüye kullanılmaya oldukça müsait olan bu yeni metotla sadece CMK hükümleri değil, aynı zamanda PVSK hükümleri de görmezden gelinmektedir. Esasında kolluğun burada yaptığı işlemin hukuki karşılığı “durdurma ve kimlik sormadır (PVSK m. 4/A)”. Ancak altını önemle çizmek gerekir ki PVSK m. 4/A düzenlemesi kolluğa, muhatap kişilere “üzerlerinde suç unsuru oluşturan bir şeyin olup olmadığını sorma” gibi bir yetki vermemektedir. Kaldı ki kolluk tarafından durdurulup Genel Bilgi Taraması (GBT)⁶¹ yapılan bir kimsenin, baskı altında olmadığı ve üzerindeki uyuşturucu maddeyi tam bir irade serbestisi içinde kolluğa “rızaen” teslim ettiğini söylemek de gerçekçi değildir ve hayatın olağan akışıyla bağdaşmaz⁶². Bir an için durdurma ve kimlik sormaya ilişkin kanuni düzenlemelerin kolluğa böyle bir yetki verdiğini, dolayısıyla da kolluk tarafından böyle bir uygulama yapılabileceğini kabul edelim. O zaman kolluk görevlilerinin bu kimseye öncelikle “susma hakkının olduğunu, üzerinde suç oluşturan bir materyal bulursa dahi bunu vermek zorunda olmadığını (çünkü aksi halde nemo tenetur ilkesine ve dolayısıyla da Anayasa’ya aykırılık gündeme gelebilecektir), talep etmesi halinde müdafî yardımından derhal faydalanabileceği” gibi kanuni haklarını hatırlatması gerekir. Bu uygulamaya ilişkin yargı kararları incelendiğinde, bu şekilde işlem yapılan kişilere kanuni haklarının hatırlatılmasının gerekli olup olmadığına yönelik herhangi bir tartışmaya rastlanılmamaktadır.

Tüm bu gerekçelerle özellikle uyuşturucu madde suçları bakımından ortaya çıkan görece yeni sayılabilecek bu kolluk uygulamasının da hukuka aykırı olduğu, bu yöntemle elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bu tip durumlarda gerçekleştirilen

⁵⁹ “14.07.2014 tarihli olay tutanağına göre; saat 22.00 sıralarında durumundan şüphelenilerek durdurulan sanığın yapılan sorgulamasında aranan şahıslardan olmadığını anlaşıldığı, üzerinde suç unsuru bulunup bulunmadığı sorulduğunda sanığın eşofman cebinden çıkardığı suça konu uyuşturucu maddeyi kendi rızası ile görevlilere teslim ettiğinin belirtildiği, sanığın da savunmasında tutanak içeriğini doğruladığı, uyuşturucu maddenin sanık üzerinde herhangi bir arama yapılmadan sanık tarafından teslim edildiği, dolayısıyla ayrıca bir arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasına gerek bulunmadığı, suçun delili ve konusunu oluşturan suç konusu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği ve sanığın eyleminin sübut bulunduğu...” Yargıtay, 10. CD, T. 15.02.2024, E. 2021/4860, K. 2024/16031 (Yargıtay Karar Arama).

⁶⁰ “1. Dosya kapsamından anlaşıldığı üzere; dosya içerisinde önleme araması kararı bulunmadığı ve Cumhuriyet savcısına, tüm uyuşturucu maddeler ele geçirildikten sonra haber verilip talimatların alındığı dikkate alınarak, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun 9uncu maddesine göre olay yeri ve tarihini kapsayacak nitelikte ‘önleme araması kararı’ ya da ‘adli arama kararı’ veya ‘Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri’ bulunup bulunmadığının araştırılarak varsa aslı veya onaylı bir örneğinin getirilmesinden sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilerek hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,

2. ‘1’ numaralı bozma nedeni uyarınca yapılacak araştırma neticesinde, önleme araması kararının bulunmadığının tespiti halinde; sanığın kolluk görevlilerince ilk durdurulduğu aşamada kendi rızası ile teslim ettiği 2 paket uyuşturucunun hukuka uygun ele geçirildiği anlaşılsa da devamında sanığın üzerinin detaylı bir şekilde aranması neticesinde 21 paket daha uyuşturucu ele geçirilmesi sırasında önleme araması kararı ya da adli arama kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri olmadan gerçekleştirildiğinden, söz konusu 21 paket uyuşturucunun hukuka aykırı şekilde ele geçirilmiş olduğu ve bu delilin hükme esas alınmayacağı anlaşıldığından...” Yargıtay, 10. CD, T. 24.04.2024, E. 2022/5611, K. 2024/17870 (Yargıtay Karar Arama).

⁶¹ “Genel bilgi toplama (GBT), polis ve jandarma tarafından haklarında yakalama emri, tutuklama kararı yahut yurt dışına çıkış yasağı düzenlenmiş olan kişilerin kayıtlarını tutmak suretiyle yakalanmalarını sağlamak ve yakalanmış olsalar da haklarında yargı yerlerince kovuşturma yürütülenlere ilişkin kayıtların işlenmek suretiyle istihbari bilgi toplamak amacıyla yürütülen sistemidir.” Bkz. OSMANOĞLU, Bilal: “Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerine Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2020, Cilt 26, Sayı 2, s. 948.

⁶² Hâkim veya Cumhuriyet savcısının emri olmadan “rızaen” yapılan aramaların da hukuka aykırı olacağı hususunda aynı yönde görüş ve değerlendirmeler için bkz. GÜLŞEN, s. 241.

kolluk uygulaması, yargı kararlarına yansıdığı üzere bir “durdurma ve kimlik sorma” işlemi değildir. Çünkü yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere PVSK m. 4/A’da düzenlenen “durdurma ve kimlik sorma” düzenlemesi kolluğa “kişilerin üzerinde bir suç unsuru bulunup bulunmadığını denetleme/sorma” yetkisi vermemektedir. Burada esasen “arama kararına” istinaden yapılabilecek bir işlem, kanuni dayanaktan yoksun bir şekilde fiili olarak gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla böyle bir uygulama neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması mümkün değildir ve kanaatimizce hükmü hukuka aykırı hale getirecektir.

SONUÇ

Arama sonucu elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, kural olarak bu işlemin CMK uyarınca alınmış bir *adli arama* kararına istinaden ve usulüne uygun şekilde yapılmasıyla mümkündür. Bir başka ifadeyle PVSK ve diğer özel kanun hükümlerince yapılan önleme aramasıyla elde edilen deliller, kural olarak ceza muhakemesinde kullanılamaz. Kanaatimizce, bu durum ceza muhakemesi bakımından doğrudan bir delil yasağı oluşturmada da en azından bir *değerlendirme yasağı* oluşturmaktadır. Çünkü CMK hükümleri, bireyler bakımından önleme aramasını düzenleyen özel kanun hükümlerine nazaran daha kapsamlı güvenceler sağlamaktadır. İki farklı arama türünün yöneldiği amaçlar da birbirinden oldukça farklıdır. Ancak bu genel yaklaşım, önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde hiçbir şekilde kullanılamayacağı şeklinde de anlaşılmalıdır.

CMK uyarınca adli arama kararı verilmesini gerektirecek bir şüphe veya durumun oluşmadığı, kendiliğinden gelişen olaylarda, geçerli bir karara istinaden usulüne uygun olarak yapılmış *önleme araması* neticesinde elde edilen deliller de ceza muhakemesinde kullanılabilir. Ancak adli aramaya istinaden elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının kural, bu durumun, yani önleme aramasına istinaden elde edilen delillerin kullanılmasının ise istisna olduğunu unutmamak ve mevcut hukuk uygulamasına bu şekilde yön vermek gerekir.

Buna karşılık ani ve kendiliğinden gelişen durumlar söz konusu olduğunda, olayın vardığı nokta itibarıyla bir suç şüphesi ortaya çıkabilir. Bu tip durumlarda, suç şüphesinin ortaya çıkmasıyla birlikte derhal önleme aramasına son verilmeli, Cumhuriyet savcısı olaydan haberdar edilmeli ve ondan gelecek talimatlarına göre işlemlere devam edilmelidir⁶³. Bu uygulama sayesinde kollukla muhatap olan kişi teknik anlamda “*şüpheli*” sıfatını alacak ve sadece arama tedbiri bakımından değil CMK’nın şüpheliler bakımından öngördüğü tüm hukuki güvencelerden yararlanacaktır. Bununla beraber ilgili kimse CMK’nın “*şüpheliler*” bakımından getirdiği yükümlülüklerle de katlanmak zorunda kalacaktır. CMK m. 119 düzenlemesinde yer alan; “...*gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri ara-*

⁶³ “Önleme aramasındaki amaç güvenliğin sağlanması ve muhtemel tehlikelerin ortadan kaldırılması esasına dayanmaktadır. Yapılan arama güvenliği sağlamaktan çok delil elde etmeyi hedeflemekte ise, adli aramanın varlığı kabul edilmelidir. Delil elde etmek amacıyla yapılan arama adli aramadır ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak yerine getirildiğinde hukuka uygun nitelik taşıyabilecektir. Kişinin üstü, yanında taşıdığı çanta, arabası, evi ve işyeri özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamına giren yerlerden olup, Anayasa’nın 13. Maddesine uygun olarak, İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin 2. Fıkrası, Anayasa’nın 20. ve 21. Maddelerinin 2. Fıkralarında belirtilen kapsamda kanunla sınırlanabilir. Hiç kimse, keyfi olarak bir başkasının üzerine, evini, işyerini ve kullandığı aracı arayamaz. Böyle bir arama TCK’nın 120. Maddesinde öngörülen suçu oluşturacağı gibi, bu aramadan elde edilen deliller de hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır. Anayasa’nın 38. Maddesinin 6. Fıkrasına göre hukuka aykırı deliller, hiçbir yargılama türünde bireyin aleyhine kullanılamaz. Somut olayda, kolluk görevlileri tarafından suç işlediği şüphesi dahi oluşmadan, Cumhuriyet savcısına bile haber verilmeden delil elde etmek amacıyla, arama yapılarak delil elde edildiği anlaşılmıştır. Suç şüphesinin ortaya çıkmasından sonra 5271 sayılı CMK kuralları uygulanması gerektiğinden, arama işleminin önceden alınmış bulunan önleme araması kararına göre değil CMK’nın 116. - 119. Maddelerindeki düzenlemeler uyarınca verilmiş adli arama kararına dayanarak arama yapılması gereklidir.” Yargıtay, 10. CD, T. 14.03.2024, E. 2024/374, K. 2024/16540, Ek Gerekeçli Karşı Oy (Yargıtay Karar Arama).

Belirtmek gerekir ki karşı oy gerekçesinin devamında Yargıtayın yerleşik içtihatlarına paralel olarak *önleme aramasının adli arama yerine geçebileceğine* yönelik açıklamalara yer verilmiştir: “Suç tarihini ve yerini kapsayan Önleme Araması kararı ya da CMK’nın 116. - 119. maddelerindeki düzenlemeler uyarınca verilmiş Adli Arama kararı veya Yazılı arama emri bulunup bulunmadığı araştırılmalı, yoksa beraat kararı verilmesi gerektiği görüşünde olduğundan...” Yargıtay, 10. CD, T. 14.03.2024, E. 2024/374, K. 2024/16540, Ek Gerekeçli Karşı Oy (Yargıtay Karar Arama).

ma yapabilirler” hükmünün temel amacı da bu tip acele ve kendiliğinden gelişen durumlara yönelik olsa gerektir. Bir başka ifadeyle kendiliğinden ve ani olarak gelişen işler bakımından bir suç şüphesi ortaya çıktığında, kamuya açık alanlarda Cumhuriyet savcısına, savcıya ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirine CMK tarafından adli arama kararı/talimatı verme yetkisi tanınmıştır. Bu yetkiye rağmen hala ve ısrarla önleme aramasına istinaden iş ve işlemlere devam edilmesi kanunu dolanmak anlamına gelir ki bu da açık bir hukuka aykırılık oluşturur⁶⁴. Kısacası, önleme aramasının amacı suç delillerine ulaşmak olmadığı gibi, önleme araması kararı kolluğa her durum ve olayda kişilerin üzerlerini, araçları arama yetkisi de vermemektedir.

2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın sistematığına getirilen eleştirilerden bir tanesi de “*mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndan (CMUK) farklı olarak 5271 sayılı CMK'nın arama ve elkoyma tedbirlerinde kolluğun yetkilerini azaltarak Cumhuriyet savcısına aktarmasıdır*”. Bu yöndeki eleştiriler, 5271 sayılı CMK'nın kanunlaşma sürecinde özellikle üst düzey kolluk yetkilileri tarafından sıkça dile getirilmiş; bu eksikliğin suçlulukla mücadeleyi olumsuz yönde etkileyeceği, hatta imkânsız kılacağı ifade edilmiştir⁶⁵. Çağdaş ceza muhakemesi sistemlerinin amacı göz önüne alındığında, bu eleştirilerin teknik olarak bir geçerliliği olmadığı aşikârdır. Çünkü ceza muhakemesinin amacı, suçun ve suçluluğun önlenmesine indirgenemez. Suçun ve suçluluğun önlenmesi genel olarak maddi ceza hukukunun dolayısıyla da ceza kanunlarının amacı olabilir. Ceza muhakemesi ise *bir suçun işlendiği iddiasının doğruluğunun araştırılması faaliyeti olup; suç işlenmeden önce değil, işlendikten sonra uygulanacak kuralları kapsar*. Kısacası, ceza muhakemesi kanunlarının doğrudan suç ve suçlulukla mücadele etme gibi bir amacı yoktur. Dolayısıyla 5271 sayılı CMK'nın kanunlaşma sürecinde ileri sürülen “*arama ve elkoymaya ilişkin kolluğa geniş yetkiler verilmemesinin suçlulukla mücadeleyi olumsuz etkilediği*” yönündeki eleştirilere katılmamız mümkün değildir. Tam tersine, 5271 sayılı CMK'nın aramaya ilişkin karar yetkisini kural olarak hâkime, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı ve kolluk amirine vermesi, soruşturmanın hukuka uygun yürütülmesi temel amacıyla daha uyumlu görünmektedir⁶⁶. Hatta arama tedbiri için bu şekilde kademe- li olarak bir yetkilendirme yapılması, koruma tedbirlerinin ortak özelliği “*ölçülülük*” bakımından da isabetli görünmektedir. Ezcümle, Türk ceza hukuku teori ve uygulaması bakımından elde edilen *bu kazanımların, zaman zaman toplumda oluşan güvenlik algısına kurban edilmemesi gerekir*.

Şüphesiz ki ceza muhakemesinde kolluk da önemli bir süjedir⁶⁷ ve özellikle soruşturma evresinin yürütülmesinde savcılığın yardımcı organı olarak önemli görevler üstlenmektedir⁶⁸. Gerek Türk ceza

⁶⁴ Yargıtay CGK'nın aksine Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin bu tip durumlarda yapılan önleme aramalarının hukuka aykırı sayılması gerektiği yönünde kararları vardır: “*Adli arama kararı gerektiren bir olayda önleme araması kararına dayanılarak ya da koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan arama hukuka aykırıdır. Böyle bir arama sonucu bulunan deliller suçun maddi konusu 'hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş' olacağından, Anayasa'nın 38inci maddesinin altıncı fıkrası ile 5271 sayılı Kanun'un 206ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi, 217inci maddesinin ikinci fıkrası, 230uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve 289uncu maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi uyarınca hükme esas alınmaz. Bu itibarla; Sanıklar ... hakkında iletişimin tespiti tedbiri uygulanması sonucu sanıklar ...'nın 02.03.2012 tarihinde sanık ... ve sanıklar ... ve ...'nin 11.03.2012 tarihinde temyiz dışı sanık ... kuryeliğinde Gaziantep'ten İstanbul'a uyuşturucu madde nakledecekleri değerlendirilerek, istihbari çalışma sonucu kurye olarak kullanılan ... ve ...'nin açık kimlik bilgilerinin, suçta konu uyuşturucu maddelerin Gaziantep'ten İstanbul'a naklinde kullanılacak yolcu otobüslerinin açık plakalarının ve otobüslerin bağlı olduğu turizm şirketlerinin belirlendikleri, bu bilgiler ışığında uygulama noktasında durdurulan yolcu otobüslerinde yakalanan ... ve ...'da uyuşturucu maddelerin ele geçtiği olaylarda; Suçüstü halinin varlığından söz edilemeyeceği dikkate alındığında, 5271 sayılı Kanun'un 2inci maddesinin (e) bendi, yine aynı Kanun'un 161inci maddesi ve 2259 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 6ıncı maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısına derhal olayın haber verilip emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine devam edilerek ... ve ...'nin üzerinde ve eşyalarında 5271 sayılı Kanun'un 116ıncı ve 119uncu maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısından alınan yazılı arama emri veya adli arama kararı ile arama yapılması gerektiği halde önleme arama kararı ile yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu ve bu arama ile elde edilen delillerin yasak delil niteliğinde olup hükümlere esas alınmayacağı anlaşıldığından, sanıkların 02.03.2012 ve 11.03.2012 tarihli eylemleri sabit kabul edilerek mahkumiyetlere esas alınması hukuka aykırı görülmüştür”. Yargıtay, 10. CD, T. 07.02.2024, E. 2023/14721, K. 2024/15754 (Yargıtay Karar Arama).*

⁶⁵ ÖZTÜRK / ERDEM, s. 574-576.

⁶⁶ GÜLŞEN, s. 238; KAZAKER, s. 154-155.

⁶⁷ Alman doktrininde ceza muhakemesi bakımından savcılık ve kolluk ilişkisi “*kolları olmayan bir baş (Kopf ohne Hände)*” aforizmasıyla açıklanmaktadır. Bu yaklaşıma göre kolluk gücü olmayan bir savcılık teşkilatı “*kolları olmayan bir baş*” gibidir. KREY / HEINRICH, s. 84, kn. 300.

⁶⁸ SCHROEDER / VERREL, s. 9, kn. 13.

muhakemesi gerekse mehzaz Alman ceza muhakemesi sistemi, ceza muhakemesi süreçlerinde kolluğa önemli görev ve yetkiler vermiştir⁶⁹. İki kanun arasındaki temel fark ise; Türk sisteminde ayrı bir adli kolluk teşkilatı olmamasına rağmen⁷⁰ Alman sisteminde müstakil bir adli kolluk teşkilatının bulunmasıdır. Eyaletlere göre farklı isimleri ve organizasyon yapıları olmakla birlikte hemen hemen tüm Alman eyaletlerinde tarihsel arka plana sahip ayrı bir adli kolluk teşkilatının olduğu ifade edilmektedir⁷¹. Temelinde basit bir idari organizasyon farklılığı gibi görünen bu durum, ceza muhakemesine doğrudan sirayet etmektedir. Bu yansımanın kendini somut olarak gösterdiği önemli alanlardan biri de *arama tedbiridir*. Hem adli hem idari (önleme) arama kararları aynı kolluk birimleri tarafından yerine getirildiğinden, iki arama türü arasındaki fark uygulamada çoğu zaman kaybolmakta ya da bilinçli/bilinçsiz şekilde görmezden gelinmektedir. İşin daha vahim tarafı ise bu durumun yargı uygulaması tarafından kanıksanmış olmasıdır. Çalışmamız çerçevesinde incelediğimiz 2024 yılı öncesine ait hemen hemen tüm kararlarında Yargıtay, *önleme aramasıyla adli aramanın aynı fonksiyona sahip ve aynı amaca matuf olduğu* yönünde içtihat geliştirmiştir. Bu yaklaşıma göre “*bir olayı yer ve tarih itibariyle kapsayan önleme araması kararı bulunduğu durumlarda artık adli arama kararına gerek kalmamaktadır*”. Bu yaklaşımın pratikteki sonucu ise şu şekilde karşımıza çıkmaktadır: Kolluk birimleri, ellerinde bulunan önleme araması kararına istinaden tüm adli işlemleri yapabilecek ve tüm işlemler tamamlandıktan sonra Cumhuriyet savcısını durumdan haberdar edebilecektir. Uygulamanın kanıksadığı bu durum ise kolluğu soruşturmanın yöneticisi yapmakta, Cumhuriyet savcısını ise tüm olaylar tamamlandıktan sonra haber verilmesi yeterli olan “*bir bildirim makamına*” indirgemektedir. Bu yaklaşım her şeyden önce “*soruşturma evresinin yetki ve sorumlusunu Cumhuriyet savcısı olarak*” kabul eden 5271 sayılı CMK’nın genel sistematığıyla çelişmektedir. Ceza muhakemesinin soruşturma evresini yürütmekle görevlendirilen Cumhuriyet savcısı; “*hukuk formasyonundan geçmiş*”⁷², soruşturma iş ve işlemlerinin hukuka uygun yürütülmesi ve böylece hakikatin ortaya çıkarılmasını sağlamakla görevli kamusal iddia makamıdır⁷³. Cumhuriyet savcısının temel görevi her ne pahasına olursa olsun suç iddiasının araştırılması değil, suç isnadının doğruluğunun hukuka uygun yöntemlerle araştırılmasıdır. Bu nedenle ceza soruşturmalarının baştan sona Cumhuriyet savcılıklarınca yürütülmesi basit bir usul kuralı olmanın çok ötesinde olup, Anayasalarca güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından da hayati bir fonksiyona sahiptir.

Yargıtayın genel yaklaşımına göre sadece istisnai hal ve durumlarda önleme araması işlevini yitirmekte ve yalnızca bu tip durumlarda adli arama kararına başvurulması gerekmektedir. Ancak çalışmamızda ayrıntılı olarak gerekçelendirmeye çalıştığımız üzere olması gereken bunun tam tersidir: “*Esas olan, adli arama kararı çerçevesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması;*

⁶⁹ Alman ceza muhakemesi sisteminde polis teşkilatının temel görev ve yetkileri Alman CMK m. 163’te düzenlenmektedir. HALLER / CONZEN, s. 63, kn. 115; KRAMER, s. 84, kn. 106a. Bu genel düzenlemeye ek olarak, kanunun başka maddelerinde de kolluğun özel nitelikteki görev ve yetkilerine rastlanmaktadır. Örneğin Alman CMK’sı “*şüphelinin kimlik tespiti (StPO 163b), fiziki kimliğin tespiti (StPO 81a), muhafaza altına alma (StPO 94)*” gibi tedbirler bakımından kolluğa önemli yetki ve görevler vermiştir. ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 126-127; BEULKE / SWOBODA, s. 212, kn 407.

⁷⁰ Adli Kolluk 5271 sayılı CMK’nın 164. maddesinde şu şekilde tanımlanmış ve görevleri belirtilmiştir:

“*Madde 164 - (1) Adli kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.*

(2) *Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir.*

(3) *Adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir*”.

⁷¹ Ayrı bir adli kolluk teşkilatı olmasının Almanya’daki diğer kolluk görevlilerinin konuya ilişkin sorumluluklarını tamamen ortadan kaldırmadığı vurgulanmaktadır. ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 127.

⁷² “*Suçun işlenmesiyle bozulan kamu düzenini onarmak için maddi gerçeğe ulaşılmasının, ancak bu uyumsuzluğun şahıs itibariyle tarafı olmayan kamu görevlileri tarafından sağlanabileceği esas alındığında tahkik sisteminin özellikleri ön plana çıkmaktadır. Buna göre, maddi gerçeğe ulaşılmasında, hukuk eğitimi almış savcıların hazırladığı iddianame çerçevesinde yine hukuk eğitimi almış hâkimlerin re’sen delil toplama yetkisini haiz olarak yargılamayı yürütmesi esası benimsenmiştir*”. ÜNAL, s. 19.

⁷³ Alman ceza muhakemesi sisteminde, ceza soruşturması yetkisinin kolluğa değil Cumhuriyet savcısına verilmesinin temel gerekçesinin de tam olarak bu olduğu ifade edilmektedir. KRAMER, s. 84, kn. 106a.

istisna olan, önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasıdır”. Aksinin kabulü halinde, CMK’da bir koruma tedbiri olarak aramaya neden ihtiyaç duyulduğunu açıklamak pek mümkün olmayacaktır. CMK’da aramaya ilişkin özel kanunlardaki hükümlere atıf yapmakla yetinilmesi mümkün iken kanun koyucu bu yöntemi tercih etmemiş; tam tersine CMK’da arama (koruma) tedbirine özel ve ayrıntılı olarak yer vermiştir. Kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunmasının temel nedeni ise “*ceza muhakemesinde delil olarak kullanılacak şeylerin bu hükümlere dayanılarak yapılacak aramalarla yani adli aramayla elde edilmesinin*” amaçlanmasıdır.

İncelememize konu Yargıtay kararındaki olay özetle şu şekilde cereyan etmiştir: Kimliğini vermek istemeyen bir kimse; *plakası, rengi, türü* bildirilen bir kamyonette bulunan biri erkek biri kadın iki kişinin uyuşturucu madde getirip Şarköy ilçesinde piyasaya sürdüğü yönünde kolluğa ihbarda bulunmuştur. Bu ihbar üzerine kolluk görevlileri tarafından yapılan araştırmalarda, ihbara konu aracın belirtilen yere yakın bir konumda bulunduğu tespit edilmiştir. Kolluk tarafından önce araçtaki kişilere kimlik kontrolü yapılmış, ardından önceden var olan önleme araması kararına istinaden kişilerin üstleri ve araçları aranmıştır. Yapılan aramada; kadın şüphelinin sütyeni içerisine sıkıştırılmış iki adet şeffaf poşet, buruşturulmuş kâğıt parçası içerisine toplam 78 adet uyuşturucu nitelikte tablet ve 13 adet çarşaf diye tabir edilen sarma kâğıdı ele geçirilmiştir. Arama sonrası yapılan incelemelerde, Şarköy Sulh Ceza Hâkimliğinin önleme araması kararının olay tarihi ve yerini kapsadığı görülmüştür. Bunun üzerine savcılık makamı tarafından iddianame düzenlenerek kamu davası açılmış ve ilgililerin yargılamalarına devam olunmuştur.

Yargılama neticesinde iki kişi hakkında uyuşturucu madde imal ve ticareti suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmuş; ancak hüküm “*adli arama kararına istinaden yapılması gereken bir aramanın önleme araması kararıyla yapıldığı*” gerekçesiyle Yargıtay Ceza Dairesi tarafından bozulmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Ceza Dairesinin bozma yönündeki kararına itiraz etmiş; Yargıtay Ceza Genel Kurulu başsavcılığın itirazını kabul ederek Ceza Dairesinin *bozma* yönündeki kararını kaldırmıştır.

Yargılama konusu kararda olduğu gibi benzer birçok olayda kolluk birimleri, 5271 sayılı CMK hükümlerini fiilen bertaraf edecek şekilde, bilinçli ya da bilinçsiz olarak tüm adli işlemleri PVSK hükümlerince yapmakta; tabiri caizse CMK’yı görmezden gelmekte veya arkadan dolanmaktadır. Bu yaklaşımın bir hukuk devletinde kabul görmesi mümkün değildir. Önemle altını çizmemiz gerekir ki, bu hukuka aykırı ve hatalı uygulamanın devam etmesinde yargı organlarının katkısı da azımsanmayacak kadar çoktur.

İncelememize konu olayda da görüldüğü üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu, isabetli olmayan fiili ve hukuki gerekçelerle kolluğun bu hatalı uygulamasını hukuka uygun kabul etmekte, tabiri caizse bu uygulamayı meşrulaştırmaktadır⁷⁴. Hukuken kabul edilmesi mümkün olmayan bu hatalı uygulamaların yüksek yargı makamları tarafından “*hukuka uygun*” adedilmek suretiyle ceza muhakemesinde kullanılmasının önünün açılması, söz konusu hatalı uygulamalara devam etme konusunda kolluğa ışık tutmakta ve adeta kolluğu cesaretlendirmektedir. Hâlbuki bu uygulamaların hukuka aykırı olduğu yargı organları tarafından net bir şekilde ortaya koyulup, bu şekilde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılamayacağı hususunda tutarlı bir içtihat geliştirilse, kolluk birimlerinin de en azından bir noktadan sonra bu hatalı uygulamalardan vazgeçeceği ve 5271 sayılı CMK’nın getirdiği güvencelere uygun hareket edeceği kuvvetle umulur⁷⁵. Kanaatimizce,

⁷⁴ Yargıtay CGK bir diğer kararında; haklarında iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı olan ve bu tedbir uygulanarak araçları tespit edilen kişilerin içinde buldukları aracın durdurulması suretiyle kimlikleri tespit edilen kişilerin “*CMK’ya göre adli arama kararı almadan önceden çıkarılan önleme aramasına dayanılarak aranmasını*” ve bu şekilde elde edilen delilleri hukuka uygun kabul etmiştir. Yargıtay, CGK, T. 19.03.2019, E. 2016/707, K. 2019/220 (Yargıtay Karar Arama).

⁷⁵ Hukuk sistemimizde “*delil yasakları*” olarak ifade edilen bu kavram Anglo-Amerikan hukuk sisteminde “*dışlama kuralı*” olarak ifade edilmektedir. ÖZTÜRK / TULAY, s. 1340. Delil yasaklarının amacı Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde insan hak ve hürriyetlerini korumak iken Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde kolluğu disiplin altına almaktır. GÜLŞEN, s. 237. Kanaatimizce, ülkemizin de içinde bulun-

olması gereken şekilde yön verilecek doğru ve hukuka uygun bir uygulama kolluk birimlerinin de yararına olacaktır. Çünkü bu sayede yaptıkları uygulamalar neticesinde karşılaşabilecekleri muhtemel idari/adli isnatlara karşı kolluk birimleri de kendilerini hukuken koruma altına almış olacaktır.

Tüm bu tespitlerimize rağmen incelememize konu kararda da olduğu gibi *önleme aramasına istinaden yapılan işlemler neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması*, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından *kural olarak hukuka uygun* kabul edilmektedir⁷⁶. Yargıtay CGK'nın konuya ilişkin yaklaşımı ayrıntılı olarak tahlil edildiğinde, ilgili kararların birçoğunda “*CMK'ya göre adli arama kararı ya da PVSK'nın 9. maddesine göre önleme araması kararının alınması gerekirken*” ibaresinin kullanıldığı⁷⁷ görülmektedir. Yargıtayın yerleşik hal alan bu ifadesinden *her iki arama türünün birbirine alternatif* yani aynı amaca matuf kabul edildiği anlaşılmaktadır⁷⁸. Konuya ilişkin kanaatimiz; bu yaklaşımın hukuka aykırı olmasının ötesinde, kolluğun CMK hükümlerini dolanması veya görmezden gelmesi için bir yol oluşturduğu yönündedir. Çalışmamızda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere bu iki arama türü, yani adli ve idari arama; amaçları, şartları ve sonuçları bakımından birbirinden tamamen farklı olup, birbirinin alternatifi değildir⁷⁹. Hele ki Alman ceza muhakemesi sisteminden farklı olarak ayrı bir adli kolluk teşkilatının olmadığı Türk ceza muhakemesi sistemi açısından, Yargıtay CGK'nın bu yönde istikrar kazanmaya yüz tutmuş içtihadını gözden geçirmesi ve değiştirmesinin çok daha faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Tam bu noktada altını çizmemiz gerekir ki bazı güncel kararlarında Yargıtay, eleştirdiğimiz konuya ilişkin içtihadını olumlu yönde değiştirmeye başlamış görünmektedir⁸⁰. Yüksek Mahkeme'nin son dönemlerde vermiş olduğu bazı kararlarda, *önleme araması ile adli aramanın amaç ve nitelik bakımından birbirinden tamamen farklı olduğu* açıkça vurgulanmaktadır. Yargıtayın güncel kararlarında yaptığı bu tespitler, çalışmamız kapsamında eleştirdiğimiz yerleşik uygulamadan vazgeçileceği yönünde kuvvetli bir beklenti oluşturmaktadır

duğu Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde delil yasalarının temel amacı insan hak ve hürriyetlerini korumak ise de ikincil ve önemli bir amacının da kolluğu disiplin altına almak olduğu kabul edilmelidir.

⁷⁶ Yargıtay, CGK, T. 19.03.2019, E. 2016/707, K. 2019/220; Yargıtay, CGK, T. 07.02.2017, E. 2016/1054, K. 2017/56 (Yargıtay Karar Arama).

⁷⁷ “A. Kolluk görevlilerinin devriye görevini ifası sırasında, park halinde bulunan 34 RR **** plakalı aracın yanına kontrol amaçlı gidilmesi üzerine, sanığın aracın sürücüsü koluğunda yakalandığı ve aracın sağ ön koluğunda bulunan çanta içerisinde suça konu uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği olayda, dosya içerisinde hiçbir arama kararının bulunmadığı dikkate alınarak, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 9'uncu maddesine göre olay yeri ve tarihini kapsayacak nitelikte 'önleme araması kararı' veya 5271 sayılı Kanun'un 116'ncı, 117'inci ve 119'uncu maddelerine uygun şekilde alınmış 'adli arama kararı' ya da 'yazılı arama emri' bulunup bulunmadığının araştırılarak varsa aslı veya onaylı bir örneğinin dosya içine getirilmesi...”, Yargıtay, 10. CD, T. 28.12.2023, E. 2022/3494, K. 2023/11782 (Yargıtay Karar Arama).

⁷⁸ Yargıtay, CGK, T. 16.05.2019, E. 2016/71, K. 2019/433; Yargıtay, CGK, T. 05.03.2019, E. 2017/910, K. 2019/154 (Yargıtay Karar Arama).

⁷⁹ Bu durum bir YCGK kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “*Amacına göre ise; suçların önlenmesine yönelik yapılan ve suç şüphesi altında olmayan kişilerle ilgili olan önleme araması, ceza muhakemesinin gayesine erişilmesi maksadıyla suç delillerinin elde edilmesi ya da suçlunun tespitine yönelik olarak suç işlendiğinden şüphelenilen kişinin ya da üçüncü bir kişinin planlı bir şekilde araması olan adli arama olmak üzere iki farklı kategoride mütalaa edilmektedir*”. Yargıtay, CGK, T. 25.11.2014, E. 2014/166, K. 2014/514 (Yargıtay Karar Arama).

⁸⁰ Yargıtay, 10. CD, T. 25.01.2024, E. 2023/5371, K. 2024/893 (Yargıtay Karar Arama); Yargıtay, CGK, T. 03.04.2024, E. 2023/7-373, K. 2024/155 (Yargıtay Karar Arama).

KAYNAKÇA

- AKYÜREK, Güçlü: “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Sayı 101, s. 61-82.
- BEULKE, Werner / SWOBODA, Sabine: *Strafprozessrecht*, 15. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2020.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- GÜLŞEN, Recep: “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 2, s. 227-251.
- HALLER, Klaus / CONZEN, Claus: *Das Strafverfahren*, 8. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2018.
- HEINRICH, Bernd / REINBACHER, Tobias: *Examinatorium Strafprozessrecht*, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2021.
- JOECKS, Wolfgang / JÄGER, Christian: *Studienkommentar StPO*, 5. Baskı, C.H. BECK, München, 2022.
- KAHRAMAN, Recep: “Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 1, Sayı 79, s. 275-301.
- KAZAKER BOZKURT, Gözde: “Zilyetlik Suçları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 27, Sayı 3, s. 295-344.
- KAZAKER, Gözde: “Adli Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2015, Sayı 27, s. 145-168.
- KRAMER, Bernhard: *Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, 9. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2021.
- KREY, Volker / HEINRICH, Manfred: *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2019.
- MURMANN, Uwe: *Prüfungswissen Strafprozessrecht*, 3. Baskı, C.H. BECK, München, 2015.
- OSMANOĞLU, Bilal: “Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerine Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2020, Cilt 26, Sayı 2, s. 946-979.
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ÖZTÜRK, Mustafa Kağan / TULAY, Muhammed Emre: “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilme Yasağı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 179, s. 1339-1353.
- RANFT, Otfried: “*Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozeß*”, (Ed.) SEEBODE, Manfred: *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, s. 719-736.
- ROXIN, Claus / ACHENBACH, Hans / JÄGER, Christian / HEINRICH, Manfred: *Strafprozessrecht*, 17. Baskı, C. H. BECK, München, 2019.
- ROXIN, Claus / ARZT, Gunther / TIEDEMANN, Klaus: *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 5. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.
- ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 28. Baskı, C.H. BECK, München, 2014.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian / VERREL, Torsten: *Strafprozessrecht*, 8. Baskı, C.H. BECK, München, 2022.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku Uygulama Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009.
- TURHAN, Faruk: “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı - Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 28, Sayı 3, s. 1383-1427.

- TURİNAY, Faruk Yasin: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 70, Sayı 2, s. 475-541.
- ÜNAL, Ertuğrul: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- VOLK, Klaus / ENGLÄNDER, Armin: *Grundkurs StPO*, 10. Baskı, C.H. BECK, München, 2021.
- YURTLU, Fatih: “Terör Suçlarıyla Mücadelede Yeni Konsept: Önalın Suçları - BGH Kararları Işığında Almanya Örneği”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 29, Sayı 3, s. 2169-2208.



Türk-Fransız Hukukunda Yağma Suçu ve İstatistik Bilgilerle Suçun Sosyoekonomik Yönü^(*)



*Crime of Extortion in Turkish-French Law and Socio-Economic Aspects of the
Crime with Statistical Information*

Hamide ŞAHİN SUBAŞI^()**



Hâkim, Doktora Öğrencisi
Limoges Üniversitesi

Zekai GENÇ



Doktor Öğretim Üyesi
Üsküdar Üniversitesi Mühendislik ve Doğa Bilimleri Fakültesi
Adli Bilimler Bölümü

Tanıl Mehmet BAŞKAN



Doktor Öğretim Üyesi
Yeni Yüzyıl Üniversitesi Adli Bilimler Fakültesi
Adli Bilim Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Cebir,
Malvarlığına Karşı
Suçlar,
Tehdit,
Yağma,
Yağma Suçu.

Öz

Yağma suçu, hırsızlık suçunun cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesiyle oluşan birden fazla suçu bünyesinde barındıran bileşik bir suçtur. Bileşik bir suç olan yağma suçunun cezalandırılması ile birden fazla hukuki yarar korunmaktadır. Yağma suçunun cezalandırılması ile başta mülkiyet hukuku olmak üzere, kişi özgürlüğü, vücut ve cinsel dokunulmazlık korunmaktadır.

Yapılan bu çalışmada, hem 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş hem de Fransız Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş yağma suçu iki ülke hukuk sisteminde mukayese edilmeye çalışılmıştır. Birinci bölümde genel olarak yağma suçu ve kanun koyucu tarafından korunan hukuki yarar ele alınmış, ikinci bölümde yağma suçunun unsurlarına, suçun özel görünüş biçimlerine, suçun nitelikli hallerine yer verilmiş, üçüncü bölümde suçun soruşturma ve kovuşturma yöntemlerine değinilmiştir. Her bölümün sonunda Fransız hukuk sistemindeki duruma da değinilerek Türk hukuk sistemi ile mukayese gerçekleştirilmiştir.

Ayrıca, dördüncü bölümde 2 ayrı Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 2021 yılında yağma suçu iddiası ile gelmiş ve karara bağlanmış 100 dosya üzerinden, sanıkların yaşı, sosyoekonomik durumları, sanık ya da mağdurlar tarafından yargılama sırasındaki beyanlarına göre sanıkların bağımlılık durumları ve suçun kime karşı işlendiği bilgileri ile ilk derece mahkemesince verilen kararlar da açıklayıcı istatistik yöntemi kullanılarak değerlendirilmeye çalışılmıştır.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 07.05.2024, Kabul Tarihi: 16.09.2024.

^(**) Sorumlu Yazar.

Keywords

*Crimes Against Assets,
Extortion,
Extortion Crime,
Violence,
Threat.*

Abstract

Extortion is a combined crime involving more than one offense, that consists of committing theft crime by using violence or threat. More than one legal interest is protected by the punishment of extortion, which is a combined crime. In particular property law personal liberty, bodily integrity and sexual inviolability are protected by the punishment of extortion crime.

Within the context of this study, the comparison of extortion crime that is enacted both in Turkish Penal Code No. 5237 and French Penal Code is intended. In the first section, the crime of extortion in its general terms and legal interest protected by the legislator; in the second section, the elements of extortion crime, the specific occurrences of crime, the qualified forms of crime; in the third section, investigation and prosecution methods are discussed. At the end of each section, the comparison between Turkish and French legal systems is carried out while mentioning the situation in the French legal system.

Furthermore, in the fourth section, the judgments rendered by the court of first instance are intended to be evaluated by using statistics method on the following data: age of defendants, their socioeconomic situation, their existing addictions according to their or victims' declarations during the trial and information about against whom the crime was committed. The stated evaluation process has been implemented over the judgments rendered by the assize court in 2021 on 100 cases of which the perpetrators were prosecuted for extortion crime.

GİRİŞ

Hukuk devleti olmanın temel gereği, bireysel hakların hukuki güvence altına alınmış olmasıdır. Anayasamızda bireylere hukuki güvencenin sağlanması için temel hak ve özgürlükler düzenlenmiş ve anayasal olarak da bu haklar koruma altına alınmıştır. Bu haklardan birisi de insanoğlunun neredeyse var olduğundan beri sahip olduğu mülkiyet hakkıdır. Hukuki düzenin sağlanmasında mülkiyet hakkı tartışmasızdır. Ceza kanunumuz ile de korunan bu hak en çok yağma suçlarında karşılığını bulmaktadır. Yağma suçu malvarlığına yönelik en çok işlenen suçlardan birisidir ve hukuk düzeniyle de kişilerin malvarlıklarını koruma yönünde düzenlemeler yapılarak mülkiyet hakkı ve diğer kişi özgürlükleri koruma altına alınmış ve kişilerin başvurabilecekleri yasal yollar belirtilmiştir. Yağma suçu, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) ve Fransız Ceza Kanunu'nda malvarlığına karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiştir.

Bireylerin mülkiyet hakkını doğrudan etkileyen yağma suçunun, Fransız ve Türk hukuk sistemindeki yeri, yasal düzenlemeler, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında incelenmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca Ağır Ceza Mahkemesinde yağma iddiası ile açılmış bulunan 100 dava dosyası üzerinden sanıkların yaşı, ekonomik durumu, taraflarca mahkeme huzurunda verilen beyanlara dayalı olarak sanıkların bağımlılık durumları, suçun kimlere karşı işlendiği hususları açıklayıcı istatistik yöntemi ile araştırılmış ve bu istatistik bilgiler ışığında suçun sosyolojik boyutları üzerinde durulmaya da çalışılmıştır.

I. YAĞMA SUÇUNA GENEL BAKIŞ

Ceza hukukunda prensip olarak birden fazla suçun ihlali birden fazla cezayı gerektirir. Ancak bazı durumlarda her suçtan ayrı ayrı ceza verilmesi kuralının dışına çıkmaktadır. TCK madde 42'de bileşik suç; "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz*"¹ şeklinde tanımlanmıştır.

Kanunda, bağımsız bir şekilde suç olarak düzenlenen bir eylem, başka bir suçun temel şekline veya nitelikli haline ilişkin unsuru oluşturuyorsa bileşik suçtan bahsedilir. Yani birden fazla hareketten oluşan suç bileşik suç denilmektedir².

¹ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

² DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2*, 15. Baskı, Der Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 651-658; AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin: "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 61, Sayı 1, s. 50.

5237 sayılı TCK da iki ayrı suç tipine yer verilmiştir. Bunlar; malın yağması (TCK m. 148/1) ve senedin yağmasıdır (TCK m. 148/2). TCK madde 148/1 klasik yağma olarak nitelendirilen yağma suçunun basit halini, TCK madde 148/2 ise yağma suçunun özel işleniş hali olarak kabul edilen senedin yağması suçunu düzenlemiştir. Yağma suçunun nitelikli unsurları TCK madde 149/1’de düzenlenirken, 149/2’de yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. TCK madde 150’de ise “*Daha az cezayı gerektiren hal*” düzenlenerek bu madde ile maddenin ilk fıkrasında bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanılması halinde, tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı, 150/2’de yağmaya konu olan malın değerinin azlığı nedeni ile cezada yapılacak indirim düzenlenmiştir.

A. Genel Olarak

Yağma suçu öğretide cebir veya tehdit yoluyla işlenen hırsızlık suçu olarak da tanımlanmaktadır³. Cebir ve tehdit unsuru yağmanın unsuru niteliğinde bulunduğundan yağma suçu bileşik suçun tipik örneğidir. Yağma suçunun tamamlanabilmesi için kullanılan cebir veya tehdidin etkisiyle mağdur malın alınmasına karşı koyamamalıdır. Kullanılan cebir veya tehdit kişinin malı vermesine veya malın alınmasına elverişli olmalıdır. Cebir ve tehdit sırf mağdurun daha hassas yapısı nedeni ile malı teslim etmeye veya alınmasına neden olmuşsa bu durumda yağma suçundan söz edilemeyecek, fiilin hırsızlık suçu olarak nitelendirilmesi gerekecektir⁴. Hırsızlık suçuna konu malın geri alınmasını önlemek amacıyla yönelik olarak kullanılan cebir veya tehdit, ayrı suçların oluşmasına neden olacak, bu durumda, gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir⁵.

Yağma suçu, amaç ve araç hareketlerden oluşan çok hareketli bir suçtur. Fail önce malı alabilmek için araç hareketlerden cebir veya tehdidi kullanır, daha sonra cebir veya tehdidin etkisi ile mağdurdan malın alınması veya tesliminin sağlanması ile suç tamamlanır⁶.

B. Korunan Hukuki Yarar

Yağma, başkasının zilyetliğindeki taşınabilir malı, zilyedinin rızası olmaksızın, faydalanmak amacıyla cebir veya tehdit kullanarak bulunduğu yerden almak veya zilyedin malı kendisine teslim etmesini sağlamaktır. Yağma suçunda korunan hukuki yarar bir taraftan mal varlığı iken diğer taraftan kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığıdır⁷. Kanun koyucu birden çok hukuki değerden malvarlığı hakkına öncelik verip korumak istediği için Türk Ceza Kanunu’nda yağma suçu malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Nitekim yağma suçundaki cebir veya tehdit ile hedeflenen bir malı almak olduğu için korunan hukuki değer de ağırlıklı olarak malvarlığıdır.

C. Türk ve Fransız Hukuk Sisteminde Yağma Suçunun Ana Hatları ile Mukayesesi

Yağma suçunun basit ve nitelikli halleri, Fransız Ceza Kanunu’nun 312-1, 312-9 maddelerinde düzenlenmiştir⁸.

Fransız Ceza Kanunu’nda da yağma suçu malvarlığına karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Basit yağma, geniş kapsamıyla bir eşyanın cebir veya herhangi bir tür tehdit sonucunda zorla alın-

³ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümleri*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 679.

⁴ ARTUÇ, Mustafa: *Mal Varlığına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 279.

⁵ Türk Ceza Kanunu Tasarısı, TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen 148 maddenin gerekçesinden alınmıştır (<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, ET: 02.10.2022).

⁶ BALCI, Fidan / ÖZTÜRK, Seyithan: *Hırsızlık Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 701-703.

⁷ ARTUÇ, s. 286.

⁸ legifrance.gouv.fr (Fransız Kanunları ve Yargıtay Kararlarının yer aldığı Fransız resmi internet sitesi), Code Pénal Français (Fransız Ceza Kanunu).

ması biçiminde tanımlanmıştır⁹. Fransız Ceza Kanunu yağmanın basit halini düzenleyen madde 312-1'de yağma suçu; cebir veya tehditle mağdura aleyhine olacak bir belgeyi, taahhütname ya da feragat ilişkin herhangi bir belgeyi imzalatırmak ya da mağdura ait malı elde etmek olarak tanımlanmıştır. Yağma suçunun basit hali 7 yıl hapis cezası ve 100.000 avro para cezası şeklinde müeyyidelendirilmiş olup, suçun nitelikli halleri tek tek maddenin devam eden fıkralarında cezaları ile birlikte düzenlenmiştir¹⁰.

Yağma suçunu hırsızlık ve şantaj suçundan ayıran en önemli özellik, yağma suçunda mağdura yönelik cebir ya da tehdit kullanılarak onun huzurunu kaçırmak suretiyle suçun işlenmesidir. Bazı hukukçulara göre suçun oluşması için mağdurun huzurunun kaçırılmasının yanında mağdurdaki malın alınarak mağdurun fakirleşmesine de sebebiyet vermek önemli iken, uygulayıcılar arasında suçun oluşması için unsurlarının oluşması yeterli olup, mağdurdan malın alınmış bulunması ve sanıkta ve mağdurda zenginleşme ya da fakirleşme aranmamaktadır¹¹.

Aşağıda suçun unsurları ve nitelikli halleri incelenirken Fransız Ceza Kanunu'nda düzenlenen her bir nitelikli hal tek tek açıklanmaya çalışılacaktır.

II. YAĞMA SUÇUNUN UNSURLARI VE ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ İLE SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

A. Yağma Suçunun Unsurları

1. Suçun Maddi Unsurları

a. Konu

Yağma suçunun konusu başkasına ait olan taşınır malın alınmasıdır. Taşınmaz mallar yağma suçunun konusunu oluşturmamaktadır, ancak tapuda devir yapılmaksızın taşınmaz malın teslimi mümkün olmadığından cebir veya tehditle tapuda devir işlemi yapılarak fail ya da başkasının adına devir işlemi yapılması halinde devredilen taşınmaz mal olmayıp, taşınmaz mülkiyetini geçiren tapu senedi olacağından bu durumda yağma suçunun konusu TCK 148/2 de yer alan senedin yağması olacaktır¹². Nitekim Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 28.03.2012 tarih ve 2011/23997 Esas, 2012/6081 Karar sayılı kararı ile tehditle tapuda devir yapılması eylemini senedin yağması suçu kapsamında değerlendirdiği görülmektedir¹³. Yargıtay'ın bu görüşünün yerleşik içtihat haline geldiği farklı kararlar ile de görülmektedir¹⁴.

b. Fail

Bu suç fail bakımından özgü bir suç olmayıp, herkes tarafından işlenebilen genel bir suçtur¹⁵.

c. Mağdur

Yağma suçunda suçun mağduru herkes olabilir, mağdur cebir veya tehdit karşısında malı vermeye ya da teslim etmeye zorlanan kişidir¹⁶. Ancak suçun araç hareketi olan cebir veya tehdit kişinin irade özgürlüğünün ihlali olduğu için mağdurun kendisine yönelen hareketleri algılaması gerekmektedir. Örneğin tehditle işlenen yağma suçunda, tehdidin yöneldiği kişinin yaşının küçük olması, akıl hastası veya başka bir engelinin (sağır-dilsizlik gibi) bulunması nedeni ile kendisine yönelen tehdidi anlayacak durumda bulunmaması halinde, tehdidin malın alınmasına yönelik olduğu kabul edilmeyecek ve

⁹ OLLARD, Romain / ROUSSEAU, François: *Droit Pénal Spécial*, CPI Firmin Didot, Paris, 2015, s. 346.

¹⁰ *Code Pénal Français* (Fransız Ceza Kanunu) madde 312/1-9.

¹¹ DREYER, Emmanuel: *Droit Pénal Spécial*, 3. Baskı, Ellipses, Paris, 2016, s. 438.

¹² ARTUÇ, s. 288.

¹³ Yargıtay, 6. CD, T. 28.03.2012, E. 2011/23997, K. 2012/6081 (Yargıtay Karar Arama).

¹⁴ Yargıtay, 6. CD, T. 16.03.2016, E. 2013/25694, K. 2016/1854 (Yargıtay Karar Arama).

¹⁵ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 728-752.

¹⁶ ÖZEN, Mustafa: *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Özel Hükümler), s. 606.

failin eylemi hırsızlık olarak nitelendirilecektir. Türk Ceza Kanunu madde 149/1-e’de belirtilen suçun kendini savunamayacak durumda olan mağdura karşı işlenmesi hali cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Ancak buradaki mağdur kendisine yönelen tehdidi algılamakta, ancak kendisini savunamamaktadır¹⁷.

d. Fiil

Yağma suçunun fiil unsurunu “cebir veya tehditle, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmak” oluşturmaktadır. Yağma suçu araç ve amaç fiillerinden oluşan çok hareketli bir suçtur¹⁸. Malın teslimi için fail tarafından mağdura yönelen cebir veya tehdit araç unsurunu, failin cebir veya tehdit unsurunu kullanmak suretiyle malı alması ise amaç unsurunu oluşturmaktadır.

aa. Araç Fiiller

aaa. Cebir, Cebir Karinesi ve Cebir Unsurunun Adli Tıbbi Tespiti

Sözlük anlamı bir kimsenin isteğinin aksine bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlanmasıdır¹⁹.

Cebir karinesi TCK madde 148/3’te düzenlenmiştir. Madde metnine göre mağdurun herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi cebir olarak kabul edilmiştir. Mağdura sprey sıkarak ya da içeceğine uyku ya da uyuşturucu madde konularak etkisiz hale getirilmesi durumlarında da cebir karinesi gerçekleşmiş sayılacaktır²⁰.

Cebir ile mağdurun fizik gücü ile iradesi etkilenmek istenilmektedir. Cebirin gerçekleşmesi için failin zor kullanması gerekir ancak kullanılan gücün az veya çok olmasının bir önemi bulunmamaktadır²¹. Kullanılan cebir mevcut direnmeyi kırmaya yönelik olabileceği gibi gelecekte meydana gelme ihtimali olan direnmeye yönelik de olabilir²².

TCK madde 148/1 niteliğinde cebirden bahsedilebilmesi için mağdur veya yakınına yönelik vücut dokunulmazlığı üzerinde fiziki bir gücün, maddi kuvvetin kullanılması gerekmektedir²³.

Cebir kelimesinden, mağdurun bedeninde az veya çok hissedilen her türlü²⁴ fiziksel acı, mağdurun sağlığının, algılama yeteneğinin bozulması akla gelmektedir. Yağma suçunun unsurlarından biri olan cebirin mağdurda meydana getirdiği zararın tespiti için uygulamada mağdurlardan sağlık kuruluşundan rapor alınmakta, yargılama sürecinde olayın hemen akabinde alınan raporların yanı sıra Adli Tıp Kurumu’ndan da kati rapor alınmaktadır. Alınan bu raporlar mahkeme sürecini de etkilemektedir. Nitekim Yargıtay 6. CD. 06.03.2017 tarih, 2014/1946 Esas, 2017/652 Karar sayılı ilamı ile “...’nın sanık ... ve oğulları tarafından darp edildiğini ileri sürmesi karşısında; dosya arasında mevcut geçici adli rapor ve katılanın Adana Devlet Hastanesinde gördüğü tedavi evrakları ile birlikte Adli Tıp Kurumu’na sevk edilip meydana gelen yaralanmaların kaza mı yoksa darp neticesinde mi oluşacağı hususunda kati rapor aldırılması ... ve neticesine göre, eylemin kaza değil, darp olduğunun belirlenmesi halinde ve bu sonuca göre ... karar verilmesi” şeklinde karar vererek Adli Tıptan alınan kati raporun önemini vurgulamıştır²⁵. Buradan hareketle cezada, ciddi bir artışa neden cebir unsurunun adli tıbbi açıdan tes-

¹⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 756-767.

¹⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 728-752.

¹⁹ YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1992, s. 154.

²⁰ ARSLANTÜRK, Mustafa: *İcrasından İnfazına Bütün Yönleriyle Yağma Suçu*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 56-61.

²¹ GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Pratik Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 646.

²² ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 680-695.

²³ ÜZÜLMEZ, İlhan: *Yeni Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 40.

²⁴ BAŞKAN, Tanıl Mehmet / DÜNDAR, Hakan: *Forensic Identification of Force and Violence Components at Usurpation Within Istanbul During 1996 to 1998, Proceeding*, Yıllık Toplantı, Sayı 21-26, Nevada, Şubat 2000.

²⁵ Yargıtay, 6. CD, T. 06.03.2017, E. 2014/1946, K. 2017/652 (Yargıtay Karar Arama).

pitinin hem suçun oluşması hem de ispatlanması açısından büyük önem taşıdığı unutulmamalıdır. Özellikle soruşturma aşamasında erozyon, hipokromi gibi basit düzeyde olan cebrin iz ve hasarlarının adli tıbbi açıdan tespiti sağlanmalıdır.

bbb. Tehdit

TCK madde 148/1 de dolaylı olarak tanımlanan tehdit; bir kişiye yönelik gelecekte bir kötülüğün yapılacağı bildirilerek o kişinin iç huzurunun ve irade hürriyetinin ortadan kaldırılmasıdır.

Tehdidin, mağdura veya yakınının hayatına, vücut dokunulmazlığına veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceğinden veya mal varlığı itibariyle büyük bir zarara uğratılacağından söz edilerek yapılmış olması gerekmektedir. Yağma suçunda tehdidin yöneleceği değerler TCK'nın 148. maddesinde sayılmıştır. Yapılan tehdit hayata, vücut veya cinsel dokunulmazlığa ya da mal varlığına yönelik olmalıdır. Tehdit kanun maddesinde sayılan değerler dışında bir değere yönelik ise yağma suçu oluşmayacak, suçun oluşma durumuna göre hırsızlık, şantaj ya da hakaret gibi başka suçlar oluşabilecektir. Tehdide konu olan söylemler mağdurun kendisine karşı olabileceği gibi; bir yakınına da yönelmiş olabilir. Yakınlık kavramından ne anlaşılacağı konusunda öğretide farklı görüşler vardır, bir görüşe göre; üçüncü dereceye kadar kan ve sıhri hısımlar kabul edilirken, başka bir görüşe göre yakınlık kavramı akraba şeklinde anlaşılacağı gibi akraba olmayan kişileri de kapsamaktadır²⁶.

Tehdidin mağdurun yüzüne karşı ya da onun duyabileceği şekilde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir²⁷. Cebirden farklı olarak tehditte geleceğe yönelik manevi baskı ve korkutma vardır. TCK madde 148'de de belirtildiği gibi fail ya da fail adına hareket eden kişi tarafından mağdurun kendisinin veya yakınının hayatına, cinsel veya vücut dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratılacağı bildirilerek korkutulması gerekmektedir. Yargıtay 6. Ceza Dairesi 23.11.2021 tarih, 2021/1165 Esas, 2021/17993 Karar sayılı ilamında da "...ile görüşeceğiz" kelimesi tehdit olarak kabul edilmiş ve suçun unsurlarının oluştuğu kabul edilmiştir²⁸. Ancak mağdurun aşırı korkak ya da evhamlı biri olması nedeni ile korkuya kapılıp malı faile teslim etmesinde yağma suçu oluşmayacak, suçun işlenme durumuna göre hırsızlık suçu oluşabilecektir. Örneğin, uzun boylu iri yarı yapılı birine yönelik kısa boylu, çelimsiz bir failin başkaca herhangi bir tehdit unsuru kullanmaksızın sadece yüksek sesle "*ben bunu alıyorum ha*" şeklinde nara atması karşısında bu sesteki etkilenip malı veren mağdura karşı yağma suçu oluşmayacaktır²⁹.

bb. Amaç Fiiller

aaa. Malın Yağması

Yağma suçunda failin amacı malı mülk edinmeye yönelik olmalıdır. Araç ve amaç hareketleri arasında bir bağın bulunması gerekmektedir. Çok hareketli olan yağma suçunda bir malın alınmasına yönelik olan cebir veya tehditte bulunulması hareketlerinden sonra malın da alınması gerekir. Bazı görüşlere göre zor kullanma ile malın alınması arasında objektif bir nedensellik bağı aranırken bazı görüşlere göre subjektif bağın olması yeterli görülmektedir³⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) 02.07.2020 tarihli, 2018/6-125 Esas, 2020/341 Karar sayılı ilamında da içindeki bilgilere bakılmak üzere cebir ile alınan cep telefonunda, malın sahiplenme kastı ile alınmasını suçun oluşması için ara-mamış, yararlanmanın sadece ekonomik menfaat değil aynı zamanda bilgi edinmeyi de kapsadığını kabul etmiştir³¹.

²⁶ ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 617-634.

²⁷ ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 617-634.

²⁸ Yargıtay, 6. CD, T. 23.11.2021, E. 2021/1165, K. 2021/17993 (Yargıtay Karar Arama).

²⁹ ARSLANTÜRK, s. 56-61.

³⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 728-752.

³¹ Yargıtay, CCGK, T. 02.07.2020, E. 2018/6-125, K. 2020/341: "*başından beri içerisindeki fotoğraflarla mesajlara bakıp ertesi gün iade etmek üzere söz konusu cep telefonunu zorla aldığı kabul eden sanığın, telefonu aldığı sırada mağdurun başına anahtarlıkla vurduğu*

Kanaatimizce de kullanılan cebir veya tehdidin malın alınmasına ya da geri alınmasına yönelik olması durumunda yağma suçu oluşacaktır. Ancak fail hırsızlık ile malı aldıktan sonra bulunduğu ortamdaki uzaklaşmak ya da malı almak değil kendisini korumak amacıyla cebir ya da tehdit kullanırsa bu durumda yağma suçu değil, hırsızlık, tehdit veya yaralama suçu oluşacaktır.

bbb. Senedin Yağması

TCK 148/2’de tanımlanmış olan senedin yağması da yağma suçunun bir türü olduğundan suçun unsurları aynıdır. Yalnızca senedin yağması suçunda, suçun konusu senettir. Senet, borç doğurucu veya mevcut olan bir borcu ortadan kaldırıcı, kısacası düzenleyen kişi aleyhine mali yükümlülükler getiren belgedir. Senedin yağması suçunu klasik yağma suçundan ayıran en önemli özellik; yağma suçunun konusu taşınır mal iken senedin yağması suçunda suçta konu mal taşınmaz mal da olabilmektedir³².

Senedin mağdurun malvarlığını zarara uğratması gerekir. Geçersiz bir senedi cebir veya tehditle imzalatmak bu kapsama girmeyecektir. Ancak ileride senet haline gelebilecek bir belgeyi imzalatmak ya da kişiyi açığa imza atmaya zorlamak halinde senedin yağması suçu oluşacaktır.

Fail ile mağdur arasında önceden var olan hukuki bir ilişki nedeni ile failin, alacağını tahsil etmek amacıyla mağdurdan cebir veya tehdit kullanarak senet alması durumunda, fail senedin yağması suçundan değil TCK 150/1 maddesinde tanımlanan suçtan cezalandırılacaktır. Nitekim Yargıtay 6. CD 04.02.2015 tarih, 2012/22861 Esas, 2015/11926 Karar sayılı ilamında; “*sanığın katılana verdiği 750 TL paranın 550 TL’sini tahsil edememesi nedeni ile suç tarihinde gündüzleyin katılanın çalıştığı işyerine, üzerinde bulundurma ruhsatlı tabancası olduğu halde giderek, borç verdiği paranın ödenmesi konusunda katılanla konuştuğu, katılanın o anda parasının olmadığını beyan etmesi üzerine kendisine ait araç içinde silah doğrulttuğu katılana boş senet imzalattığı olayda, sanığın eyleminin 5237 sayılı yasanın 150. Maddesi yollamasıyla aynı kanununun 106/2-a ve 6136 sayılı Yasanın 13/1 maddesindeki suçları oluşturduğu kabul edilmiştir*”³³.

e. Netice

Yağma suçu, sırf hareket suçu olduğu için netice hareket gerçekleştiği an suç da gerçekleşmiş kabul edilmektedir. Haksız menfaatin elde edildiği ve zararın gerçekleştiği anda suç tamamlanmış sayılmaktadır.

2. Suçun Manevi Unsuru

Yağma suçu kasten işlenen bir suç olup taksirle işlenmesi mümkün değildir. Kast, cebir veya tehditle başkasına ait malın alınmasına ya da teslimine yönelik olmalıdır. Bu nedenle yağma suçunda fail, malın alınmasını veya teslimini sağlamak için mağdura yönelik bilerek ve isteyerek cebir veya tehdide başvurmuştur. Failin başından itibaren hareketi, malı almak veya malın teslimini sağlamak amacıyla. Örneğin, başkasına ait bir malı tahrip etmek amacıyla hareket edilmiş olması durumunda yağma suçu oluşmayacaktır³⁴.

na yönelik ikrarı ve telefonun sanığın gösterdiği aracın altında ele geçirilmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde suçta konu telefonun sahibinin elinden cebir kullanılmak suretiyle alındığının sabit olduğu, yağma suçunun oluşması için suçta konu malın sahiplenme kastıyla alınmasının şart olmadığı, yararlanmanın sadece ekonomik menfaati değil aynı zamanda bilgi edinmeyi de kapsadığı, içinde bulunduğumuz çağda cep telefonlarının birer bilgisayar mahiyetinde olup içerilerindeki bilgiye ulaşma, bilginin değiştirilmesi ya da yok edilmesinin de yararlanma kastını ortaya koyduğu, somut olayda söz konusu telefonun fotoğrafları silmek amacıyla geçici olarak kullanılması kastıyla alınması durumunda da faydalanma kastı gerçekleştiğinden yağma suçunun oluşacağı göz önünde bulundurulduğunda sanığa atılı nitelikli yağma suçunun tüm unsurları itibarıyla oluştuğunun kabulü gerekir.” (Yargıtay Karar Arama).

³² GÖKCAN / ARTUÇ, s. 848.

³³ BALCI / ÖZTÜRK, s. 704-716.

³⁴ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 401.

3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Yağma suçunda tanımlanan cebir veya tehditle malın alınması ile hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmiş olur. Ancak hukukun izin verdiği herhangi bir durumda ihlal edilmişse bu durumda hukuka uygunluktan bahsedilebilecektir. Bunlar hukuka uygunluk sebepleri olan meşru müdafaa, hakkın kullanılması ve görevin ifası gibi durumlardır. Meşru müdafaa durumu sık karşılaşılan bir durum değildir, ancak kişi kendisini savunmak için karşısındaki kişinin malını elinden almak üzere cebir veya tehditte bulunuyorsa yağma suçu oluşmayacaktır. Örneğin kendisini vuracak kişinin elinden cebir kullanarak silahın alınması durumunda yağma suçundan bahsedilemeyecektir. Yine kolluk görevlisinin görevini ifa ederken kişinin üzerinde bulunan silahı cebir kullanarak alması durumu da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu gibi durumlarda fiil hukuka uygun hale gelecektir³⁵. Zorunluluk durumunda da hukuka uygunluk sebebinden bahsedilebilecektir. Ancak zorunluluk haline ulaşmayan ihtiyaç nedeni ile yağma yapılması durumunda hem hukuka uygunluk nedeni kabul edilmeyecek hem de cezada herhangi bir indirim yapılmayacaktır³⁶.

Yağma suçunun bir hakkın kullanılması için işlenmesi durumu hukuka uygunluk nedeni sayılmamıştır. Nitekim kişinin alacağını tahsil amacı ile yağma suçunu işlemesi durumunda TCK m. 150/1'de "*Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*"³⁷ hükmüne yer verilmiştir.

4. Türk ve Fransız Hukuk Sistemlerinin Suçun Genel Görünüş Yönüyle Mukayesesi

Fransız Ceza Kanunu m. 312/1'de yağma suçunun basit hali düzenlenmiş olup buna göre; "*Yağma; şiddet, şiddet tehdidi veya baskıyla bir imzayı, taahhüdü veya feragati, bir sırrın ifşasını, parayı, değeri veya herhangi bir malı elde etmektir. Yağma, yedi yıl hapis ve 100.000 Avro para cezasıyla cezalandırılır*"³⁸ şeklindedir.

Bazı Fransız hukukçular yağma suçunda tanımlanan bir taahhüdün veya feragatin ya da sırrın ifşasında mağdurun aleyhine bir durum gerçekleşmediğinde, ortada maddi bir zarar oluşmadığı için suçun unsurlarının oluşmadığını, bu nedenle faile ceza verilmemesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Ancak Fransız Yargıtay Ceza Dairesi vermiş olduğu kararlarda suçun maddi ve manevi unsurları gerçekleştiğinde maddi zararın oluşup oluşmadığına bakılmaksızın faile ceza verilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir³⁹.

Fransız hukuk sisteminde de suçun genel tanımı ve suçun maddi ve manevi unsurları Türk hukuk sistemi ile benzer niteliktedir. Suç failin mağdura yönelen cebir veya her türlü tehdit sonrasında malın ya da mağdurun aleyhine olacak şekilde düzenlenen belgenin alınması ya da mağdurun herhangi bir sırrının açığa çıkartılması ile oluşmaktadır.

Yine Türk hukuk sisteminde olduğu gibi Fransız hukukunda da suçun faili ve mağduru bakımından özellik arz etmemekte olup herkes bu suçun faili ya da mağduru olabilmektedir. Ancak suçun nitelikli hallerinden suçun kırılğan gruba karşı işlenmesi halinde, meydana gelen cebrin değerlendirilmesini mağdurun durumuna göre (mağdurun yaşı, kırılğan grupta olup olmadığı, cinsiyeti) hâkim tarafından somut olaya göre takdir edilmektedir⁴⁰.

Fransız hukuk sisteminde de Türk hukuk sisteminde olduğu gibi suç taksirle değil kasıtlı işlenebilen bir suç olmakla suçun konusunu maddi değeri olan taşınabilir mal ve senet oluşturmaktadır. Gayrimenkul-

³⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 728-752.

³⁶ ARTUÇ, s. 318.

³⁷ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

³⁸ <https://www.legifrance.gouv.fr/code.penal> (ET: 01.11.2022).

³⁹ MALABAT, Valérie: *Droit Pénal Spécial*, Dalloz, Paris, 2018, s. 474.

⁴⁰ RASSAT, Michele-Laure: *Droit Pénal Spécial- Infractions du Code Pénal*, Dalloz, 2018, s. 246.

ler yağma suçunun konusunun dışında kabul edilmektedir. Ancak, Fransız hukuk sisteminde, Türk hukuk sisteminden farklı olarak mağdura cebir veya tehdit uygulanarak mağdurun sırrının açığa çıkartılması da yağma suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak açığa çıkartılacak sırrın sadece şantaj kapsamında değil özel bir hukuk objesi olması veya ticari değer taşıması suçun unsurlarından sayılması için önem arz etmektedir. Suçun oluşabilmesi için sırrın açığa çıkması ile mağdurun yalnızca manevi olarak değil maddi anlamda da bir kayba uğraması gerekmektedir. Örneğin kişinin bir malın üretimine ilişkin sırrı, ticari sır niteliğinde bilginin açığa çıkartılması gibi. Bazı Fransız ceza hukukçuları tarafından bu durum eleştirilmiş ve maddi değeri olmasa da kamuya mal olmamış olsa da aile sırrının ya da kişinin özel yaşamına ilişkin sırrın ortaya çıkartılmasının da yağma suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, aksi durumun ceza hukukunun temel ilkesi olan ceza hukukunda yorum yasağının ihlali niteliğinde olduğu savunulmuştur⁴¹.

B. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

TCK'nın 35. maddesinde düzenlenmiş olan teşebbüs, "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*" şeklinde tanımlanmıştır. Neticesi harekete bitişik suç olan yağma suçuna teşebbüs mümkündür. Yağma suçunda failin, cebir veya tehditle mağdurun elinden malı almaya başlaması ancak elinde olmayan nedenlerle malı alamaması ve malın mağdurun zilyetliğinde kalmaya devam etmesi durumunda suça teşebbüs söz konusu olacaktır.

Fail cebir veya tehdide rağmen malı alamamışsa suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılmaktadır. Nitekim Yargıtay 6. CD. 15.09.2022 tarih 2022/5065 Esas, 2022/11544 Karar sayılı ilamında "...27.03.2021 tarihinde bu kez gündüz vakti sanığın yine aynı konuta gelerek mağdura 'bana para bul lan' şeklinde sözler sarf ettiği, mağdurun para bulamayacağını söylemesi üzerine sanığın 'anani avradını sinkaf ederim' şeklinde sözler söyleyerek cebinden çıkarttığı bıçağı mağdura doğru salladığı ve 'bununla senin canını alacağım, senin anani avradını, karını sinkaf ederim' şeklinde sözler söylemek suretiyle olay yerinden ayrıldığı, bu itibarla sanık hakkında nitelikli yağma ve nitelikli yağmaya teşebbüs suçlarından kurulan hükümlerde herhangi bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmıştır"⁴² şeklinde karar vererek mağdurda bulunan ve cebir veya tehdit kullanılarak alınmak istenen malın elde olmayan sebeplerle failin zilyetliğine geçmemesi durumunu yağmaya teşebbüs olarak kabul etmiştir.

Yağma suçunda, hırsızlık suçunun aksine failin malı egemenlik alanına sokması gerekli değildir, malın mağdur tarafından kendisine yönelen cebir veya tehdit karşısında faile vermesi ile suç tamamlanır. Bu nedenle failin malı alıp kaçarken yakalanması ve malın mağdura teslim edilmesi durumunda suça teşebbüs değil tamamlanmış yağma suçu oluşacaktır⁴³.

2. İştirak

TCK madde 37-41 arasında düzenlenen suça iştirak hükümleri yağma suçunda da uygulanır. Ayrıca yağma suçuna özgü iştirak hükümleri bulunmamaktadır. TCK madde 37 faillik, madde 38 azmetirme, madde 39 yardım etme hükümlerini düzenlemiştir.

Suçun işlenmesi sırasında bir kişinin diğer kişi ile birlikte suçun tamamlanmasında birlikte hakimiyet kurmaları durumunda TCK'da madde 37'de belirtilen faillik durumu söz konusu olacaktır.

Örneğin faillerden biri mağduru cebir veya tehdit kullanarak etkisiz hale getirirse, diğer fail de mağdurun malını alsa, her iki fail de suçun işlenişinde birlikte hareket ettikleri için yağma suçunun da müşterek faili olacaklardır. Ancak birbirinden bağımsız olarak hareket eden iki kişide iştirak

⁴¹ OLLARD / ROUSSEAU, s. 348.

⁴² Yargıtay, 6. CD, T. 15.09.2022, E. 2022/5065, K. 2022/11544 (Yargıtay Karar Arama).

⁴³ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 389.

hükümleri uygulanmayacaktır. Örneğin bir kadına cinsel saldırıda bulunmak için cebir kullanan kişi amacına ulaştıktan sonra oradan geçen başka birisi kendinde olmayan kadının kolyesini almış olsa bu durumda iki kişi arasında iştirak hükümleri uygulanmayacaktır⁴⁴.

Müşterek faillikte iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir:

- Failler arasında birlikte suç işleme kararı bulunması,
- Suçun işlenişi üzerinde birlikte hakimiyet kurulması.

Failler suçun tamamlanması için birbirlerinin icrai hareketlerini tamamlıyorsa TCK madde 37’de söz konusu olan müşterek faillik söz konusu olacaktır ve her biri fail olarak suçtan sorumlu olacaktır⁴⁵. Kişinin sadece suçun işlendiği yerde bulunması durumunda müşterek faillikten bahsedilemeyecektir. Yargıtay’ın yerleşik görüşü de bu yöndedir⁴⁶.

Azmettirme, suçu işleme fikri olmayan bir kişi üzerinde başkası tarafından suç işleme fikrinin oluşturulmasıdır⁴⁷. Azmettirmede önemli olan suç işlenmeden önce failde düşüncenin oluşmasına neden olmaktır. Suç işlendikten sonra failin yağmaladığı malı ondan almak azmettirme olarak değerlendirilmeyecek, suç eşyasına konu olan malı satın almak ya da kabul etmek ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçlarını oluşturacaktır⁴⁸.

Yardım eden kişi ise suçun icrasına katkıda bulunmakla birlikte suçu gerçekleştirmeyen kişidir.

TCK madde 39/2 maddesindeki düzenlemeye göre yardım etme maddi yardım ve manevi yardım olarak ikiye ayrılmaktadır: (1) Maddi yardım; suçun işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun icrasını kolaylaştırmak için maddi yardımda bulunmaktır. (2) Manevi yardım ise; suç işlemeye teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, suçun işlenmesinden sonra yardım edeceği yönünde vaatte bulunmak ve suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek şeklindedir.

Yardım etmeyi müşterek faillikten ayıran en önemli unsur, kişinin suçun işlenmesi anında fiil üzerinde hakimiyetinin bulunmamasıdır⁴⁹.

3. İçtima

Bileşik suç TCK m. 42’de “*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Maddeye göre biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni oluşturduğu hallerde tek fiil sayılan suçlar bileşik suç sayılacak ve bu tür suçlara içtima hükümleri uygulanmayacaktır. Yağma suçu da, cebir veya tehditle işlenen hırsızlık suçu olduğundan bileşik bir suçtur. Ancak faile yalnızca yağmadan ceza verilip ayrıca cebir veya tehditten ceza verilmez⁵⁰. Ancak yağma suçu işlenirken mağdurun yaralanması neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış yaralama kapsamında kalması durumunda faile ayrıca TCK madde 87 gereğince yaralamadan ceza verilecek, basit yaralama durumu oluşursa yağma suçunun cebir unsurunun içinde kalacak ayrıca yaralamadan ceza verilmeyecektir.

Yine yağma suçunun konutta, iş yerinde ya da eklentilerinde işlenmesi durumunda da ayrıca konut dokunulmazlığını ihlalden ceza verilmeyecek, yağma suçunun nitelikli hallerinden olan TCK madde 149/1-d maddesi uyarınca konutta yağma suçundan ceza verilecektir⁵¹.

⁴⁴ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 768-769.

⁴⁵ BALCI / ÖZTÜRK, s. 932-939.

⁴⁶ Yargıtay, 6. CD, T. 02.02.2021, E. 2019/222, K. 2021/1451 (Yargıtay Karar Arama).

⁴⁷ ARSLANTÜRK, s. 175-178.

⁴⁸ ARTUÇ, s. 325.

⁴⁹ Yargıtay, CGK, T. 05.04.2016, E. 2015/6-681, K. 2016/179 (Yargıtay Karar Arama).

⁵⁰ BALCI / ÖZTÜRK, s. 939-953.

⁵¹ ÖZEN, Mustafa: *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler-I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023 (Özel Hükümler-I), s. 881-884.

Zincirleme suç ise TCK'nın 43. maddesinde düzenlenmiş olup madde metnine göre zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için; failin suç işleme kararının bulunması, değişik zamanlarda aynı kişiye karşı suçun birden fazla işlenmesi ya da aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi gerekmektedir. Yağma suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı TCK m. 43/3'te düzenlenmiştir. Bu nedenle yağma suçu, suç işleme kararı ile aynı zamanda değişik kişilere karşı da işlense, farklı zamanlarda da işlense fail birbirinden bağımsız olarak iki yağma suçundan cezalandırılacaktır. Yerleşik Yargıtay kararlarında da failin birden fazla kişiye yönelik tek bir malı alma kastı ile hareket etmesi durumunda tek bir yağma suçundan cezalandırılması, birden fazla kişiye karşı birden fazla malı almak için cebir veya tehditte bulunması durumunda ise gerçek içtima kurallarının uygulanarak mağdur sayısına göre cezalandırılması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır⁵².

C. Türk ve Fransız Hukuk Sistemlerinin Suçun Özel Görünüş Yönüyle Mukayesesi

Fransız Ceza Kanunu madde 312/9'da "*İşbu bölümde öngörülen suçlara teşebbüs, aynı cezalara tabidir*"⁵³ şeklinde yağma suçunun teşebbüs aşamasında kalması halinde de suçun tamamlanması ile verilecek aynı cezanın tayin edileceği düzenlenmiş olup, kanun metninde Türk Ceza Kanunu'nda yer verildiği gibi herhangi bir indirim yapılması düzenlenmemiştir.

Yağma suçu teşebbüs aşamasında kalsa dahi yapılan eylem suç teşkil ettiğinden ve kanun metninde teşebbüs aşamasında kalması halinde de aynı cezaların verileceği açık bir şekilde belirtildiğinden herhangi bir indirim yapılmaksızın faile ceza verilmesi Fransız hukukçuları tarafından da kabul görmüştür. Ancak mağdurun maruz kaldığı eylem karşısında direnmesi sonucu eylemin sona ermesi, olay başlar başlamaz kolluk kuvvetleri tarafından müdahale edilmesi sonucu failin gözüaltına alınması ve mağdurun aleyhine olacak imzayı atması için mağdurun cebir veya tehdide maruz kalması ancak mağdur herhangi bir imza atmadan faile müdahale edilmesi hallerinde kovuşturma usullerinde değişiklik olabilmekte ve bu gibi durumlarda takipsizlik kararı verilebilmektedir⁵⁴.

Fransız Ceza Kanunu'nda yağma suçlarında etkin pişmanlık hali de ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak madde 312/6- 3.ve 4. cümlesinde organize yağma suçuna başlık olarak "*Madde 312/6 ile öngörülen biçimde organize örgüt bünyesinde yağma fiilini işlemeye teşebbüs eden kişiler, idari veya adli makamı öncesinde uyararak suçun gerçekleşmesini önlemiş veya mevcutsa diğer failerle katılanların kimliklerinin tespitini sağlamış ise cezadan muaftır. Organize örgüt biçiminde yağmanın faili veya katılanı, idari veya adli makamı öncesinde uyararak fiilin durmasını veya neticesinde adam ölmesini veya sürekli sakatlığı önlemiş veya mevcutsa diğer failerle katılanların kimliklerinin tespitini sağlamış ise özgürlüğü sınırlandırıcı cezasında yarı yarıya indirim yapılır*"⁵⁵ şeklinde düzenleme yapılarak organize örgüt şeklinde gerçekleştirilen yağma suçunu işleme kastı olan failerden birinin kolluk güçlerini haberdar ederek yağma suçunun oluşmasını engelleme ve diğer failerin kimliğini açığa çıkarması durumunda kişiye yağmadan ceza verilmemektedir, ayrıca, yine organize örgüt şeklinde işlenen yağma suçunu önceden makamlara bildirerek yağma suçunun durmasını veya yağma sonucunda mağdurun ölmesini veya sürekli sakat kalmasını önleyen, varsa diğer failerin de kimliklerinin tespit edilmesini sağlayan fail hakkında verilen hapis cezasının yarı oranında indirilmesi düzenlenmiştir⁵⁶.

⁵² Yargıtay, 6. CD, T. 17.04.2019, E. 2019/319, K. 2019/2508; Yargıtay, 6. CD, T. 14.02.2019, E. 2016/4721, K. 2019/959; Yargıtay, 6. CD, T. 08.11.2021, E. 2021/23116, K. 2021/17298 (Yargıtay Karar Arama).

⁵³ <https://www.legifrance.gouv.fr/codepenal> (ET: 09.11.2021).

⁵⁴ RASSAT, s. 249.

⁵⁵ <https://www.legifrance.gouv.fr/> (ET: 02.11.2022).

⁵⁶ DREYER, Emmanuel: *Droit Pénal Spécial*, Lextenso, Paris, 2020 (2020), s. 199-200.

Fransız Ceza Kanunu'nda şu şekilde düzenleme yapılmıştır:

“312/3: Yağma, öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişi üzerinde sekiz gün veya daha fazla süreyle tam işgörmezliğe yol açacak biçimde şiddet uygulanması halinde on beş yıl hapis cezasıyla ve 150.000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.

312/4: Yağma, öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişi üzerinde organ kaybına veya sürekli sakatlığa yol açacak biçimde şiddet uygulanması halinde yirmi yıl hapis cezasıyla ve 150.000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.

312/6: Organize örgüt olarak işlenen yağma, yirmi yıl hapis cezası ve 150.000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.

Bu şekilde işlenen yağma öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişi üzerinde organ kaybına veya sürekli sakatlığa yol açacak biçimde şiddet uygulanması halinde fil otuz yıl hapis cezasıyla ve 150.000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.

312/7: Yağma, öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişinin ölümüne yol açacak biçimde şiddet; işkence veya barbarlık eylemleri uygulanması halinde müebbet hapis cezasıyla ve 150.000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.”⁵⁷.

Fransız Ceza Kanunu'ndan da anlaşılacağı üzere, Fransız hukuk sisteminde yağma suçu bileşik bir suç olduğu ve cebir suçun unsurlarından olduğu için yağma suçunu gerçekleştirirken meydana gelen yaralama eylemi ağır nitelikte olsa da faile ayrıca yaralamadan ceza verilmemekte, Türk hukuk sisteminde olduğu gibi içtima hükümleri uygulanmamaktadır. Fransız hukuk sisteminde yağma suçu neticesinde mağdurda organ kaybına veya sürekli sakatlığa yol açacak biçimde yaralama meydana gelmesi ya da yağma suçu nedeni ile mağdurun 8 gün veya daha fazla çalışma kaybına maruz kalması sonucunda suçun nitelikli halleri uygulanmakta olup faile 15 ve 20 yıllık hapis cezası ve 150.000 Avro para cezası öngörülmüş, Türk hukuk sisteminde olduğu gibi bu gibi durumlarda faile yağmadan ayrı yaralamadan ayrı ceza verilmesi düzenlenmemiştir⁵⁸.

Fransız Ceza Kanunu madde 312/7'de ise fail tarafından yağma eylemi öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişinin ölümüne yol açacak biçimde cebir, işkence eylemlerinin uygulanması halinde faile müebbet hapis cezası ve 150.000 avro para cezası verilmesi düzenlenmiştir. Nitekim Fransız Yargıtay Ceza Dairesi 19.12.2017 tarih, 17-86.032 sayılı kararında emekli karı koca olan mağdurların evine girerek mağdurlardan para alabilmek amacıyla 86 yaşındaki mağdur ...'nin ellerini bağlayıp büfeye bağladıkları ve eziyet ederek yaraladıkları, mağdur ...'nin olay sonrasında büfe kenarına bağlı şekilde ölü bulunması olayında, her ne kadar maktulün vücudundaki yaralanmalar ile ölüm arasında illiyet bağı olmadığı anlaşılrsa da ölüm olayının yağma suçu sonrasında gerçekleştiği anlaşıldığından sanıklar hakkında Fransız Ceza Kanunu madde 312/7 maddesi gereği müebbet hapis cezası ve para cezası ile cezalandırılmalarını onamıştır⁵⁹.

D. Suçun Nitelikli Halleri

TCK madde 149 da yağma suçunun nitelikli halleri sayılmıştır.

Suçun nitelikli halleri aşağıda tek tek açıklanmaya çalışılacaktır. Yağma suçunda nitelikli hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda cezada artırım yapılacak, birden fazla nitelikli halin var olması durumunda TCK madde 61 gereğince alt sınırdan makul seviyede uzaklaşılarak temel ceza belirlenecektir.

⁵⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/> (ET: 02.11.2022).

⁵⁸ PRADEL, Jean / DANTI JUAN, Michel: *Droit Pénal Spécial*, 7. Baskı, Cujas, Paris, 2017, s. 620.

⁵⁹ Fransız Yargıtayının 19.12.2017 tarihli ve 17-86.032 sayılı kararı (https://www.legifrance.gouv.fr, ET: 30.11.2022).

1. Suçun Silahla İşlenmiş Olması

Silah terimi TCK madde 6/1-f maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılan her türlü kesici delici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa dahi fiilen saldırı ve savunmada kullanmaya elverişli şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler sayılmıştır.

Yağma suçu bakımından silahın nitelikli hal olarak kabul edilmesinin nedeni silahın mağdur üzerinde yarattığı korkutucu etki ve suçun işlenmesini kolaylaştırmasıdır⁶⁰. Sırf failin üzerinde silahın bulunması yeterli değildir, fail suçun icrai hareketleri sırasında silahı kullanmalıdır. Bu nitelikli halin gerçekleşmesi için silahın mutlaka gerçek olması aranmaz, gerçeğe benzemesi ve korkutucu etkisinin olması yeterlidir⁶¹. Korkutucu etkisinden faydalandığı durumlarda; sopa, taş, köpek, kırık şişe ve flüt Yargıtay tarafından da silah olarak kabul edilmiş ve yağma suçunun silahla işlenmesi şeklindeki nitelikli halin varlığı kabul edilerek TCK madde 6'da sayılan saldırı ve savunmaya elverişli tüm maddeleri silahtan saymıştır⁶².

2. Suçun Kişinin Kendisini Tanınmayacak Bir Hale Koyması Suretiyle İşlenmesi

Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale getirmesi durumu, failin kendini tanınmayacak hale getirerek dış görünüş bakımından kendisine benzetelemeyecek hale sokması ve teşhisini olanaksızlaştırma durumudur. Örneğin failin yüzünde değişiklik yapması, yüzünü kapatması, mağdura imzasız mektup göndermesi⁶³, yüzüne kar maskesi takması, erkek olan failin kadın kıyafeti giymesi durumu gibi haller yağma suçunun bu nitelikli hali kapsamındadır⁶⁴. Fail kendisini tanınmayacak hale sokarak mağdur tarafından tanınmayacağından, kaçmasının rahat olacağından emin olmakta ve böylece daha rahat bir şekilde bu suçu işlemektedir. Zira tanınmayacak haldeki kişiye karşı mağdurun da savunması olanaksız, etkisiz ya da gecikmiş olacaktır. Suçun bu halinin nitelikli kabul edilmesindeki neden de mağdurun kendisini savunamayacak halde olması ve failin teşhisi ve ele geçirilmesindeki güçlüktür.

Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda faillerden birinin kendisini tanınmayacak hale getirmesi durumunda diğer failer hakkında da suçun nitelikli hali uygulanacaktır⁶⁵. *Tezcan/Erдем/Önok*'a göre; suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda faillerden birisi kendini tanınmayacak hale getiriyorsa diğer failer bunu biliyorsa onlar hakkında da bu nitelikli hal uygulanmalı, diğer failer bu durumu bilmiyorsa uygulanmamalıdır⁶⁶. *Dönmezer/Zafer/Çakmut*'a göre ise; sadece kendisini tanınmayacak hale getiren fail hakkında bu nitelikli hal uygulanmalıdır⁶⁷. Yargıtay'ın görüşü de faillerden birinin kendisini tanınmayacak hale getirmesi durumunda suçun nitelikli halinin diğer sanıklar hakkında da uygulanması yönündedir⁶⁸. Yine Yargıtay, failin yüzü görülebiliyor ve tamamen tanınması engellenmiyorsa bu nitelikli halin uygulanamayacağı görüşündedir⁶⁹.

⁶⁰ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 685-692.

⁶¹ GÖKCAN / ARTUÇ, s. 860.

⁶² Yargıtay, 6. CD, T. 22.09.2021, E. 2020/2435, K. 2021/14080; Yargıtay, 6. CD, T. 25.05.2021, E. 2020/2298, K. 2021/9606; Yargıtay, 6. CD, T. 19.02.2020, E. 2018/3114, K. 2020/644; Yargıtay, 6. CD, T. 03.06.2014, E. 2012/6219, K. 2014/11031; Yargıtay, 6. CD, T. 22.04.2014, E. 2011/20816, K. 2014/8168; Yargıtay 6.CD, T. 17.06.2014, E. 2011/21553, K. 2014/12660; Yargıtay, 6. CD, T. 03.02.2020, E. 2019/337, K. 2020-299 (Yargıtay Karar Arama).

⁶³ Yargıtay, 6. CD, T. 20.03.2014, E. 2011/19880, K. 2014/4836 (Yargıtay Karar Arama): "Yakınanın kapısının önüne, kendi adını belirtmeden veya kim olduğuna dair bir ifade kullanmadan imzasız mektup bırakıp tehdit ederek para isteyen sanığın eyleminin, 5237 sayılı TCK'nın 149/1-b maddesindeki suçu oluşturduğu düşünülmeden, anılan yasanın 148. Maddesi ile hüküm kurulması".

⁶⁴ ARSLANTÜRK, s. 175-178.

⁶⁵ BALCI / ÖZTÜRK, s. 716-719.

⁶⁶ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 459.

⁶⁷ CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 360.

⁶⁸ Yargıtay, 6. CD, T. 17.09.2019, E. 2019/1919, K. 2019/4351 (Yargıtay Karar Arama): "Yağma suçunun işlenmesi sırasında mağdurların üzerini arayan kimliği belirsiz sanıklardan birinin yüzünde maske olduğunun anlaşılması karşısında; yağma eylemini silahla, birden fazla kişi tarafından birlikte, geceleyin ve kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle işleyen sanıklar hakkında 5237 sayılı yasanın 149. Maddesinin 1. Fıkrasının (a,c,h) bendlerinin yanı sıra (b) bendi ile de uygulama yapılması gerektiğinin gözetilmemesi".

⁶⁹ Yargıtay, 6. CD, T. 09.02.2009, E. 2008/12206, K. 2009/1660 (Yargıtay Karar Arama): "Sanığın olay sırasında başında bulunan şapkanın siperliğini göz hizasında olduğu ve yüzünün görülebilecek durumda bulunduğu anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK'nın 149/1 maddesinin (b) bendinin uygulama koşulunun oluşmadığı gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması".

3. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde TCK madde 149/1-c bendindeki nitelikli hal uygulanır. Bu halin nitelikli hal sayılmasının sebebi, failler için birlikte hareket etmenin suçun işlenmesini kolaylaştırması, mağdur üzerinde daha fazla korkutucu etki bırakmasıdır. Bu nitelikli hali düzenleyen madde gerekçesinde, birden fazla kişi arasında müşterek faillik ilişkisinin bulunması gerektiği belirtilmiştir⁷⁰.

Yargıtay iştirak iradesinin bulunması durumunda suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi nitelikli halini kabul etmiş⁷¹, iştirak iradesinin bulunmaması durumunda bu nitelikli halin uygulanmayacağını kabul etmiştir⁷².

4. Suçun Yol Kesmek Suretiyle Ya da Konutta, İşyerinde veya Bunların Eklentilerinde İşlenmesi

Suçun yol kesmek suretiyle ya da konutta, iş yerinde veya bunların eklentilerinde işlenmesi halinde nitelikli halin uygulanmasındaki amaç kişilerin seyahat özgürlüğü ve özel hayatın geçtiği alanların zorla ihlal edilmesinin önlenmesidir. Yol kesmekten kasıt yolun araç ve insan geçişine engel olacak hale getirilmesidir. Yargıtay CGK 26.11.1973 tarih, 1973/346 Esas, 1973/733 Karar sayılı ilamında yol kesmeyi “*insanların geleceği bulunan her türlü yolda bulunan veya gizlenerek gelen geçenleri bir mal teslim veya o malın kendisince alınmasına zorunlu kılmak*” olarak tanımlamaktadır. Fail yoldan geçerken mağdurun da tesadüfen oradan geçerken yağma suçunun işlenmesi durumunda bu nitelikli hal oluşmayacaktır.

Konut binayı da içine alan geniş bir alana sahiptir, konutun geçici ya da sürekli kullanılmasının, mutlaka taşınmaz mal olmasının bir önemi yoktur, apartman katı, kulübe, çadır, otel odası, kaptan ve tayfaların oturdukları kabinler, kayıklar, tren kompartımanları, karavan vb. gibi alanları konut olarak kabul etmek gerekmektedir. Bir yerin konut olarak kabul edilmesi için bu yönde özgülendiğinin, yani dış dünyadan ayrı tutulduğunun dışardan bakıldığında da anlaşılması gerekir. Konutun eklentisi de konut kavramı içine alınmakta ve kanun maddesinde de suçun nitelikli halleri içerisinde sayılmaktadır⁷³.

Suçun bu nitelikli halinin oluşması için mağdurun konuta veya işyerine hukuka uygun olarak girip girmemesi önem arz etmemektedir. Fail ve mağdurun ortak yaşam alanı olan konutta da bu suçun işlenmesi durumunda yine nitelikli yağma suçuna ilişkin TCK madde 149/1-d maddesi uygulama alanı bulacaktır. Yargıtay 6. Ceza Dairesi 23.06.2021 tarih, 2020/2714 Esas, 2021/12173 Karar sayılı ilamında; sanığın müşteki olan annesini evde buldukları sırada tehdit ederek kolunda bulunan bileziği alma olayında TCK madde 149/1-d maddesinin uygulanması yönünde karar vermiştir. Yine Yargıtay 6 Ceza Dairesi 18.02.2020 tarih, 2018/292 Esas, 2020/639 Karar sayılı ilamında sanık ve mağdurun birlikte yaşadıkları konutta suçun işlenmesine rağmen bu nitelikli halin uygulanmamasını bozma nedeni yapmıştır.

Konutta yağma suçu genellikle aile içinde yaşanmaktadır, bu durumlarda da yağmaya konu olan eşya ailenin ortak eşyası ya da eşlerin ya da birlikte yaşayan kişilerin birbirlerine aldıkları mallar olabilmektedir. Bu gibi durumlarda uygulayıcı tarafından öncelikle yağmaya konu olan malın kime ait olduğu ya da ailenin ortak malı olup olmadığı araştırılmalıdır. Nitekim Yargıtay 6. Ceza Dairesi de 17.02.2022 tarih ve 2021/25266 Esas, 2022/1910 Karar sayılı ilamında suça konu olan malın kime ait olduğunun tespit edilmesini ve sonuca göre karar verilmesi gerektiği düşüncesi ile dosyayı bozmuştur⁷⁴.

⁷⁰ ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 641.

⁷¹ Yargıtay, 6. CD, T. 08.04.2014, E. 2012/452, K. 2014/6489 (Yargıtay Karar Arama).

⁷² Yargıtay, 6. CD, T.01.06.2021, E. 2020/117, K. 2021/10374 (Yargıtay Karar Arama): “*oluş ve dosya içeriğine göre; müştekinin sanık ...'yi yakalamaya çalışması üzerine sanık ...'nin müştekiyi ittirmesiyle eylemin sanık ...yönünden yağmaya dönüştüğü, sanıklar ..., ve ...'nin ise yağmaya dönüşen bu eyleme katıldıklarına dair her hangi bir delil ya da bulgu bulunmadığı anlaşılması karşısında sanık ... hakkında TCK'nın 149/1-c maddesi uygulanamayacağından*”.

⁷³ ÖZBEK, s. 666.

⁷⁴ Yargıtay, 6. CD, T. 17.02.2022, E. 2021/25266, K. 2022/1910 (Yargıtay Karar Arama).

5. Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi

Malı elinde bulunduran zilyedin “kendisini savunamayacak durumda olması”, yaş küçüklüğü, yaşlılık durumu, akıl hastalığı, ağır hastalık hali, engelli olma hali gibi nedenlerle malı yeterince koruyamaması anlamına gelmektedir. Mağdur olan kişinin fail tarafından bu duruma getirilmesine gerek yoktur. Mağdurun içinde bulunduğu durumdan faydalanarak failin yağma suçunu işlemiş olması suç nitelikli hale getirmektedir. Mağdurun kendisini alkol alarak, ilaç kullanarak vb. savunmasız hale getirmesi halinde de savunmasızlığı bizzat mağdur oluşturmuş olsa dahi suçun bu nitelikli hali uygulanacaktır⁷⁵. Ancak fail tarafından mağdur savunmasız hale getirilirse savunmasız hale getirme eylemi yağma suçunun maddi unsuru olan cebir unsuru içerisinde sayılacağından suçun, “*beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunana karşı yağma*” nitelikli hali oluşmadığından TCK madde 149/1-e maddesi uygulanmayacaktır⁷⁶. Nitekim Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir⁷⁷. Yine beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye herhangi bir cebir veya tehdit uygulanmadan elinde bulunan malın alınması halinde yağma suçu oluşmayacak, hırsızlık suçu oluşacaktır.

Yargıtay 6. Ceza Dairesinin genel görüşüne göre, 12 yaşından küçük çocuklar kendisini savunamayacak durumda kabul edilmekle birlikte, yine anılan dairenin ileri yaşlarda örneğin 85 ve 90 yaşlarındaki mağdurlar hakkında ya da felçli hasta ya da 17 yaşındaki sağır ve dilsiz mağdurlar hakkında mahkemece kendisini savunamayacak durumda olup olmadığı yönünde doktor rapor alınmadan ve mahkemece gözlem yapılmadan karar verilmemesi yönünde görüşleri bulunmaktadır⁷⁸.

6. Var Olan veya Varsayılan Suç Örgütlerinin Oluşturdukları Korkutucu Güçten Yararlanılarak İşlenmesi

TCK madde 149/1-f maddesindeki bu nitelikli halin uygulanması için failin gerçekten bir örgüte üye olması aranmamaktadır. Örgütün korkutucu gücü ile mağduru etkilemesi ve yağma suçunu işlemesi maddenin uygulanması için yeterlidir⁷⁹. Fail mağdurun savunmasını etkisiz hale getirmek için var olan ya da varsayılan bir örgüt adına hareket ettiğini ya da örgütün bu eylemi yaptırdığını ima etse dahi bu nitelikli halin unsuru oluşacaktır. Ancak failin toplum tarafından tanınan suça bulaşmış kişi olarak tanınmasından faydalanarak ya da kendisini böyle tanıtmaları sonucu yağma suçunu işlemesi halinde bu nitelikli hal gerçekleşmeyecektir⁸⁰.

7. Suç Örgütüne Yarar Sağlamak Maksadıyla İşlenmesi

Suçun bu nitelikli hali TCK madde 149/1-g maddesinde düzenlenmiş olup, bu nitelikli halin gerçekleşmesi için TCK madde 220’de düzenlenen tanıma uygun bir suç örgütünün varlığı gerekmektedir. Kanun tanımından da anlaşılacağı üzere; kanunların suç olarak kabul ettiği fiillerin işlenmesi amacıyla örgüt kurmak veya yönetmek ile bu amaçla kurulmuş örgüte üye olmak, işlenmesi amaçlananlardan ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır. Bu suç örgütünün terör amacıyla veya başkaca bir suç işlemek amacıyla kurulmuş olması önemli değildir. *Doğan Soyaslan, Mustafa Özen, Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz*’e göre suçun tamamlanması için örgüte yarar sağlanmış olması gerekli değildir, para gerçekte örgüte gitmemiş olabilir ancak suç örgütü adına yarar sağlamak amacı ile failin cebir veya tehditle malı alması, örgüte aidat ödettirilmesi veya bağışta bulunmaya zorlanması suçun bu nitelikli hali için yeterlidir⁸¹.

⁷⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 610.

⁷⁶ ARTUÇ, s. 360.

⁷⁷ Yargıtay, 6. CD, T. 03.12.2018, E. 2016/205, K. 2018/7492 (Yargıtay Karar Arama).

⁷⁸ Yargıtay, 6. CD, T. 02.02.2021, E. 2019/1834, K. 2021/1554; Yargıtay, 6. CD, T. 11.12.2018, E. 2018/882, K. 2018/8003; Yargıtay, 6. CD, T. 27.04.2016, E. 2016/144, K. 2016/3532 (Yargıtay Karar Arama).

⁷⁹ ÖZEN, *Özel Hükümler-I*, s. 891-899.

⁸⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, s.756-767.

⁸¹ SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 436-439; ÖZEN, *Özel Hükümler-I*, s. 891-899; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 708.

8. Suçun Geceleyin İşlenmesi

Yağma suçunun bu nitelikli hali TCK madde 149/1-h bendinde düzenlenmiştir. Bu halin nitelikli olarak kabul edilmesindeki amaç mağdurun karanlıkta kendisine yönelen cebir veya tehdit karşısında daha fazla korkuya kapılması ve kendisini savunmasının zorlaşması, ayrıca bu suçun gece işlenmesi durumunda mağdurun ya da tanıklık yapacak kişilerin faili teşhis etmekte zorlanmasıdır.

Gece vaktinden ne anlaşılması gerektiği TCK madde 6/1-e fıkrasında tanımlanmış olup, “gece vakti” deyiminden, güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman diliminin anlaşılacağı belirtilmiştir. Bu nitelikli halin varlığının kabulü için suçun maddi unsurlarından olan cebir veya tehdit unsuru veya malın alınması unsurlarından herhangi birisinin “gece” sayılan bir zaman diliminde gerçekleştirilmiş olması yeterli kabul edilmektedir⁸². Bu nitelikli halin uygulanması için gece vaktinin tespiti de önem arz etmektedir. Öncelikli olarak suçun işlendiği saat tespit edilmeli sonrasında o saat diliminin gece olup olmadığı belirlenmelidir. Uygulamada gece vakti belirlenirken yıllık olarak hesaplanan 698 sayılı Kanuna göre yetkili ve sorumlu kurum olan Boğaziçi Üniversitesi Kandilli Rasathanesi ve Deprem Araştırma Enstitüsü’nden alınan bilgiler Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden paylaşılarak, uygulayıcıların UYAP üzerinden ulaşması sağlanmıştır⁸³. Yargıtay da gece vaktinin tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir⁸⁴.

Yağma suçunun unsuru olan cebir veya tehdidin gece başlaması ya da malın gece alınması bu nitelikli halin uygulanması için yeterlidir. Her iki hareketin de mutlaka gece işlenmesi aranmamaktadır⁸⁵.

Yağma suçunun işlendiği zaman dilimi tam olarak tespit edilemediği durumlarda “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereği suç gündüz vakti gibi işlenmiş kabul edilir ve bu nitelikli hal uygulanmaz⁸⁶.

E. Türk ve Fransız Hukuk Sisteminin Suçun Nitelikli Halleri Bakımından Mukayesesi

Fransız Ceza Kanunu madde 312/2 ve devamı fıkralarda suçun nitelikli halleri sayılmıştır:

“Yağma suçu, aşağıdaki hallerde on yıl hapis ve 150.000 avro para cezasıyla cezalandırılır:

312/2: 1. Fiilin öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişi üzerinde sekiz gün veya daha fazla süreyle tam iş görmezliğe yol açacak biçimde cebir uygulanması,

2. Yaşa, hastalığa, engele, fiziksel veya psikik bir soruna veya gebeliğe bağlı olarak kırılğan grupta olduğu bilinen veya bilinmesi gereken bir kişiye karşı işlenmesi,

3. Mülga

4. Tanınmamak için bilinçli olarak yüzünü tamamen veya kısmen gizlemiş bir kişi tarafından işlenmesi,

⁸² TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 528.

⁸³ Portal.uyap.gov.tr (ET: 19.10.2022).

⁸⁴ Yargıtay, 6. CD, T. 08.04.2010, E. 2006/14460, K. 2010/3878 (Yargıtay Karar Arama): “sanığı ve suç ortağının aşamalarda anlatımları, yakınının kolluktaki ifadesi ve tutanaklar ile güneşin 05.47’de doğduğunun anlaşılmasına göre; suçun işlendiği zaman dilimi duruksamaya yer bırakmayacak biçimde saptandıktan sonra sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 6/1-e maddesi aracılığıyla aynı yasanın 149. Maddesinin 1. Fıkrasının (h) bendiyle uygulama yapıp yapılmayacağı tartışılmadan ve suçun gece saat 1-2 sıralarında işlendiğine ilişkin kanular karar yerinde gösterilmeden, yazılı biçimde hüküm kurulması”.

⁸⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ s. 756-767; ARTUÇ s. 365.

⁸⁶ BALCI / ÖZTÜRK, s. 750.

5. Eğitim veya öğretim kurumlarında veya öğrencilerin giriş çıkışları esnasında ya da bu sürelerle çok yakın bir zamanda, bu kurumların civarlarında işlenmesi,

312/3: Yağma, öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişi üzerinde sekiz günden fazla süreyle tam iş göremezliğe yol açacak biçimde cebir uygulanması halinde on beş yıl hapis cezasıyla ve 150.000 avro para cezasıyla cezalandırılır.

İşbu maddeyle öngörülen ihlal için, madde 132-23'ün güvenlik periyoduna ilişkin ilk iki fıkrası uygulanır.

312/4: Yağma, öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişi üzerinde organ kaybına veya sürekli sakatlığa yol açacak biçimde şiddet uygulanması halinde yirmi yıl hapis cezasıyla ve 150.000 avro para cezasıyla cezalandırılır.

İşbu maddeyle öngörülen ihlal için, madde 132-23'ün güvenlik periyoduna ilişkin ilk iki fıkrası uygulanır.

312/5: Yağma, silahla veya silah tehdidiyle, izne tabi veya taşınması yasak bir silahı taşıyan bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde otuz yıl hapis ve 150.000 avro para cezasıyla cezalandırılır.

İşbu maddeyle öngörülen ihlal için, madde 132-23'ün güvenlik periyoduna ilişkin ilk iki fıkrası uygulanır.

312/6: Organize örgüt olarak işlenen yağma, yirmi yıl hapis cezası ve 150.000 avro para cezasıyla cezalandırılır.

Bu madde kapsamında işlenen yağma öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişi üzerinde organ kaybına veya sürekli sakatlığa yol açacak biçimde şiddet uygulanması halinde fiil otuz yıl hapis cezasıyla ve 150.000 avro para cezasıyla cezalandırılır.

Bu madde kapsamında işlenen yağmanın silahla veya silah tehdidiyle, izne tabi veya taşınması yasak bir silahı taşıyan bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde fiil müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır.

İşbu maddeyle öngörülen ihlal için, madde 132-23'ün güvenlik periyoduna ilişkin ilk iki fıkrası uygulanır.

312/6 ile öngörülen biçimde organize örgüt bünyesinde yağma fiilini işlemeye teşebbüs eden kişiler, idari veya adli makamı öncesinde uyararak suçun gerçekleşmesini önlemiş veya mevcutsa diğer failerle katılanların kimliklerinin tespitini sağlamış ise cezadan muaftır.

Organize örgüt biçiminde yağmanın faili veya katılanı, idari veya adli makamı öncesinde uyararak fiilin durmasını veya neticesinde adam ölmesini veya sürekli sakatlığı önlemiş veya mevcutsa diğer failerle katılanların kimliklerinin tespitini sağlamış ise özgürlüğü sınırlandırıcı cezasında yarı yarıya indirim yapılır.

312/7: Yağma, öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişinin ölümüne yol açacak biçimde şiddet; işkence veya barbarlık eylemleri uygulanması halinde ömür boyu hapis cezasıyla ve 150.000 avro para cezasıyla cezalandırılır.

İşbu maddeyle öngörülen ihlal için, madde 132-23'ün güvenlik periyoduna ilişkin ilk iki fıkrası uygulanır.

318/8: *Şiddet fiillerinin takip ettiği yağma, bir failin veya hükümlünün firar etmesini veya cezalandırılmamasını kolaylaştırmak için şiddet uygulanan yağma, madde 312-2, 312-3, 312-4, 312-6 ve 312-7 kapsamında değerlendirilir.*

312/9: *İşbu bölümde öngörülen suçlara teşebbüs, aynı cezalara tabidir.*

*İşbu bölümde öngörülen suçlar için madde 311-12 hükümleri uygulanır*⁸⁷.

Fransız Ceza Kanunu'nda suçun nitelikli halleri tek tek sayılmış ve her bir nitelikli hal durumunda verilecek cezalar da ayrı ayrı her bir bentte belirtilmiş olup, Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi cezanın alt ve üst sınırı değil suçun oluşması halinde hükmedilecek net ceza miktarı kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Genel hatları ile nitelikli haller Türk Ceza Kanunu'nda belirlenenler ile benzerlik göstermektedir, ancak gerek hapis cezası gerekse para cezalarının fazla oluşu Türk Ceza Kanunu'ndan ayrılmaktadır.

Ayrıca Fransız Ceza Kanunu madde 312/2'de kırılğan grubun içinde “*gebe olduğu bilenen ya da bilinmesi gereken kişiye karşı işlenmesi*” hali birebir kanun maddesine alınarak, bu dönemde kendisine karşı yönelen herhangi bir cebir veya tehdit karşısında kendisini korumakta güçlük çekecek olan kişi de bizzat kanun metni ile koruma altına alınmıştır. Yine kırılğan grup alanına somut olayın durumuna göre; mağdur, cinsiyetinden, etnik kökeninden, milletinden dolayı ırkçı ya da dini bir ayırım nedeni ile yağma suçuna maruz kalmışsa bu madde hükmü içerisinde değerlendirilmektedir. Yargı kararları ve hukukçuların görüşleri de bu yöndedir⁸⁸. Nitekim, Fransız Yargıtay Ceza Dairesi 23.06.199 tarih, 98-84.158 sayılı kararında; yağmanın nitelikli hallerinden biri olan suçun kırılğan gruba karşı işlenmesine ilişkin somut olayda; 64 yaşında bulunan mağdurun ne şekilde bir savunmasızlık halinin bulunduğu ve kırılğan gruba girip girmediği hususunun yeterince araştırılmadan yetersiz gerekçe ile sanığa 10 yıl hapis cezası ve para cezası verilmesini bozma nedeni yapmıştır⁸⁹.

Türk ceza hukuku sistemi ve Fransız ceza hukuku sistemi kendini savunamayacak durumda olan kişiye karşı işlenen nitelikli yağma suçunda gerekli araştırmaların yapıldıktan sonra mahkeme gözlemi ve gereklilik durumunda mağdur hakkında rapor alınarak sanık hakkında nitelikli yağma suçundan mahkumiyet hükmü kurulmasını uygun bulmaktadır.

Fransız Ceza Kanunu'nda suçun gece vakti işlenmesi hali nitelikli haller arasında sayılmamıştır. Ancak suçun eğitim öğretim kurumlarında ya da bu kurumların yakınında ve okul giriş çıkışı saatlerinde işlenmesi hali de suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

F. Neticesi Sebebiyle Cezanın Arttırılmasını Gerektiren Durum

1. Türk Ceza Kanunu Madde 149/2'de Düzenlenen Durum

Yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebi ile ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumu TCK madde 149/2'de düzenlenmiş olup bu hallerin gerçekleşmesi durumunda ayrıca yaralama suçundan da faile ceza verileceği belirtilmiştir. Yağma suçunun cebir uygulanarak işlenmesi durumunda, yaralama eyleminin TCK madde 86 kapsamında kalması durumunda (basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek durumda olan yaralanmalar) bu kapsamda olan yaralama yağma suçunun cebir unsuru içinde bulunacağından ayrıca yaralamadan ceza verilmeyecektir.

Uygulamada yağma suçunun işlenmesi esnasında oluşan yaralama fiilinin TCK madde 86 kapsamında kalan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralama mı yoksa TCK madde 87 kapsamında kalan neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış bir yaralama mı olup olmadığı alınacak olan adli tıp raporu

⁸⁷ Code Pénal Français (Fransız Ceza Kanunu) (<https://www.legifrance.gouv.fr/>, ET: 10.11.2021).

⁸⁸ PRADEL / DANTI JUAN, s. 620, DREYER, 2020, s. 442.

⁸⁹ Fransız Yargıtay Ceza Dairesinin 23.06.199 tarihli ve 98-84.158 sayılı kararı (<https://www.legifrance.gouv.fr/jurisprudencejudiciaire>, ET:10.11.2021).

ile belirlenecektir⁹⁰. Ayrıca mahkemece TCK madde 87 kapsamında kaldığı anlaşılan yağmaya bağlı yaralamalarda ayrıca ceza verilebilmesi için kamu davası açılan iddianame ile failin TCK madde 87 kapsamında da ayrıca cezalandırılması talep edilmiş olmalıdır. Nitekim bu şekilde açılmamış bulunan kamu davaları sonucunda verilen hükümler Yargıtay kararları ile bozulmaktadır. Yargıtay 6. Ceza Dairesi 25.11.2019 tarih, 2017/2809 Esas, 2019/5770 Karar sayılı ilamı bu kapsamda verilmiş bir karardır⁹¹.

2. Türk ve Fransız Hukuk Sisteminde Neticesi Sebebiyle Cezanın Arttırılmasını Gerektiren Hallerin Mukayesesi

Fransız Ceza Kanunu madde 312/3, 312/4, 312/6-2 ve 312/7’de neticesi sebebi ile ağırlaşmış haller ve bu durumda hükmedilecek cezalar düzenlenmiştir. Buna göre;

“312/3: Yağma, öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişi üzerinde sekiz günden fazla süreyle tam iş göremezliğe yol açacak biçimde cebir uygulanması halinde on beş yıl hapis cezasıyla ve 150.000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.

312/4: Yağma, öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişi üzerinde organ kaybına veya sürekli sakatlığa yol açacak biçimde şiddet uygulanması halinde yirmi yıl hapis cezasıyla ve 150.000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.

312/6: Bu madde kapsamında işlenen yağma öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişi üzerinde organ kaybına veya sürekli sakatlığa yol açacak biçimde şiddet uygulanması halinde fiil otuz yıl hapis cezasıyla ve 150.000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.

312/7: Yağma, öncesinde, esnasında veya sonrasında bir kişinin ölümüne yol açacak biçimde şiddet; işkence veya barbarlık eylemleri uygulanması halinde ömür boyu hapis cezasıyla ve 150.000 Avro para cezasıyla cezalandırılır”⁹².

Türk hukuk sisteminde, bileşik bir suç olan yağma suçunun unsurlarından biri olan cebrin mağdurda basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek düzeyde kalması halinde yağma suçundan cezaya hükmedildiği için ayrıca yaralamadan cezaya hükmedilmezken TCK madde 87 kapsamında yaralama gerçekleşmesi halinde faile ayrıca yaralamadan ceza verilmesi TCK madde 149/2’de düzenlenmiştir. Ancak Fransız Ceza Kanunu m. 312/3, 312/4, 312/6-2 ve 312/7’nci maddelerde yağma sonucunda mağdurda 8 gün veya daha fazla iş göremezlik, organ kaybına veya sakatlığa neden olacak yaralama fiilin gerçekleşmesi durumunda 15-20 yıl arasında değişen hapis cezası verilmesini düzenlemiştir. Yağma sonucunda ölüm meydana gelmesi halinde ise müebbet hapis cezası verilmesi düzenlenmiş olup, ayrıca faile yağmadan ceza verilmemektedir.

G. Şahsi Cezasızlık ve Daha Az Cezayı Gerektiren Haller

Şahsi cezasızlık sebebi, failin belirli kişisel özellikleri nedeni ile hiç ceza almaması ya da cezasında indirim yapılması durumudur⁹³. Şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepleri düzenleyen TCK madde 167’de yağma ve nitelikli yağma suçu bu cezasızlık sebebi dışında sayıldığından yağma suçlarında şahsi cezasızlık halleri uygulanmamaktadır⁹⁴.

⁹⁰ ADLİ TIP KURUMU: *Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi*, 2019 (<https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-06-19.pdf>, ET:08.10.2021).

⁹¹ Yargıtay, 6. CD, T. 25.11.2019, E. 2017/2809, K. 2019/5770 (Yargıtay Karar Arama).

⁹² *Code Pénal* (Fransız Ceza Kanunu) (<https://www.legifrance.gouv.fr/>, ET:10.11.2021).

⁹³ ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 681-684.

⁹⁴ 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

Yağma suçunun cezasını azaltan iki neden TCK madde 150’de düzenlenmiş bulunmaktadır. Bir hukuki alacağın tahsili nedeni ile yağma suçunun işlenmiş olması ve suça konu olan malın değerinin azlığı bu madde kapsamında cezayı azaltan nedenlerdir.

1. Suçun Bir Hukuki İlişkiye Dayanan Alacağın Tahsili Amacıyla İşlenmesi

Kişinin hukuki alacağını tahsil etmesi amacıyla mağdura karşı cebir veya tehdit kullanması durumunda yalnızca yaralama ya da tehdit suçundan ceza verilir, faile ayrıca yağma suçundan ceza verilmez. Hukuki ilişki kavramından anlaşılması gereken; hukuk düzeni tarafından korunan, geçerli kabul edilen hukuka uygun olan işlem ve taraflar arasındaki ilişkidir. Alacaktan anlaşılması gereken ise geniş yorum yapılarak yalnızca para alacağı olarak düşünülmemeli mal alacağı da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Hukuki alacak ya da mal ile tahsili gerçekleştirilmek için yağma yapılan malın değerinin eşit olması aranmamakta, ancak yağmaya konu mal ile alacak para ya da malın orantılı olması aranmaktadır⁹⁵. TCK’nın 150. maddesinde sözü edilen “hukuki ilişkiye dayanan alacak” kavramı hukuki anlamda bir edimle yükümlü olan borçlunun şahsına karşı alacaklının kullandığı haktır. Alacak hakkı malvarlığına ilişkin, geçici, şahsa bağlı ve nispi bir yararlanma hakkıdır. Alacak hakkı herkese karşı değil sadece borçluya karşı ileri sürülebildiği, sınırlı sayıda ve belirli kişiler arasında söz konusu olduğu için nisbi bir haktır. Borç ilişkisinden doğan haklar sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için fail ile mağdur arasında alacak hakkı doğuran herhangi bir hukuksal ilişkinin bulunması gereklidir. Bu hukuki ilişkinin, ilgili Kanunda belirtilen şekil şartına uygun olarak kurulmuş olması zorunlu olmayıp hukuk düzenince kabul edilebilir meşru bir ilişki olması yeterlidir. Dolayısıyla TCK’nın 150. maddesi ancak, mağdurun söz konusu hukuki ilişkiye taraf olan borçlu, failin ise alacaklı olması durumunda uygulanabilecektir⁹⁶.

Bu maddenin uygulanabilmesi için fail ile mağdurun arasında geçerli bir hukuki ilişkinin bulunması gerekmektedir. Ayrıca failin hukuki ilişkinin tarafı olması da aranmaktadır. Yakını ya da arkadaşının alacağını tahsil amacı ile bu suçun işlenmesi durumunda bu madde hükümleri uygulanmayacaktır. Yine meşru olmayan bir alacak nedeni ile de bu suçun işlenmesi halinde madde hükmü uygulama alanı bulmayacaktır.

Nitekim CGK, 04.07.2022 tarih 2022/6-193 Esas, 2022/508 Karar sayılı ilamı ve daha birçok kararında alacağın tahsili amacıyla gerçekleştirilen yağma eyleminde mağdur ve fail arasındaki hukuki ilişkinin varlığının yanı sıra alacak tutarı ile yağmaya konu olan malın değerinin orantılı olmasını aramakta aksi takdirde TCK 150/1 maddenin uygulanma imkanının bulunmadığı yönündedir⁹⁷.

2. Suçun Konusunu Oluşturan Malın Değerinin Az Olması

Malın değerinin az olması durumu TCK’nın madde 150/2 fıkrasında düzenlenmiş olup, yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

Yağma suçunun teşebbüs aşamasında kalması durumunda bu madde hükmü uygulanmayacaktır, zira teşebbüs aşamasında kalan suçta mal henüz alınmamıştır ve alınmayan malın da değer azlığı durumu tartışma konusu olmayacaktır⁹⁸.

⁹⁵ BALCI / ÖZTÜRK, s. 932-939.

⁹⁶ ÖZBEK, Veli Özer: *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 669.

⁹⁷ Yargıtay, CGK, T. 04.07.2022, E. 2022/6-193, K. 2022/508 (Yargıtay Karar Arama): “sanıklar tarafından işletildiği belirtilen söz konusu taksi durağının giderinin ne kadar olacağını araştırılması, gerekirse bu hususta bir bilirkişi görevlendirilmesi ve bunun sonucuna göre mağdurlardan alındığı iddia olunan para ile söz konusu gider arasında orantı olup olmadığı ve bu hâliyle sanıklar hakkında TCK’nın 150. maddesinin 1. fıkrasının uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekirken, eksik araştırma ile karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.”

⁹⁸ ÖZEN, *Özel Hükümler-I*, s. 899.

Yargıtay bu hükmü uygularken failin daha fazlasını alma durumu varken daha azını alıp almamasına göre değerlendirmektedir⁹⁹.

Kanun metninde “indirilebilir” kelimesi kullanılarak, kanun koyucu tarafından değer azlığı durumu hâkimin takdir yetkisine bırakılmış olup, somut olayın özelliğine göre uygulayıcı bu durumu neden uyguladığını ya da uygulamadığını gerekçesinde belirtmek durumundadır¹⁰⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 26.02.2019 tarih, 2019/120 Esas, 2019/135 Karar sayılı ilamında 12 yaşında olan mağdurun gün boyu çalışıp kazandığı 15 TL’nin, sanık tarafından mağdurun boş bir binaya götürülerek bıçakla mağduru tehdit edip alınması olayında; her ne kadar 15 TL’nin değerinin az olduğu kabul edilse de mağdurun yaşı, gün boyu çalışıp bu tutarı kazanmış olması ve yoğunluğunun göstergesi olarak kabul etmiş ve TCK madde 150/2’de belirtilen değer azlığı indiriminin uygulanmamasını yerinde bulmuştur¹⁰¹.

H. Türk ve Fransız Hukuk Sisteminde Şahsi Cezasızlık ve Daha Az Cezayı Gerektiren Hallerin Mukayesesi

Fransız Ceza Kanunu madde 312/9:

“İşbu bölümde öngörülen suçlara teşebbüs, aynı cezalara tabidir.

İşbu bölümde öngörülen suçlar için madde 311-12 hükümleri uygulanır.”¹⁰².

Şahsi cezasızlık halleri Fransız Ceza Kanunu madde 311/12 düzenlenmiştir:

“Aşağıdaki durumlarda kişiye ceza verilmez;

1- Üstsoy veya altsoydan birine karşı,

2- Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşler hakkında

Bu madde aşağıdaki durumlarda geçerli olmayacaktır:

(a) Hırsızlık, mağdurun kimlik belgelerine, yabancı kişinin oturma belgesine veya ödeme/telekomünikasyon araçları gibi mağdurun günlük yaşamı için gerekli olan nesnelere veya belgelerle ilgili olduğunda,

(b) Fail, mağdura atanmış olan vasi, kayyım veya aile temsilcisi olarak koruma görevi için yetkili makamlarca atanmış kişi ise,”¹⁰³.

Fransız Ceza Kanunu madde 312/9 suça teşebbüsü düzenleyen madde sonunda; bu bölümde öngörülen suçlar için hırsızlık suçunda uygulanan şahsi cezasızlık hallerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu haller; suçun alt ve üst soya karşı işlenmesi, ayrı yaşamayan ya da idari makamlarca ayrılığına karar verilmeyen eşe karşı işlenmesi durumlarıdır. Suçun işlenmesi ile mağdurun ödeme araçları ya da kimlik, oturma belgesi gibi şahsına özel belgelerin zarar görmesi durumunda ya da mağduru korumak amacı ile yetkili makamlarca atanan vasi, kayyım veya aile temsilcisi tarafından bu suçun işlenmesi durumunda şahsi cezasızlık hallerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu’nda şahsi cezasızlık hallerini düzenleyen TCK madde 167’de bu maddenin özellikle yağma ve nitelikli yağmada uygulanmayacağı vurgulanırken, Fransız Ceza Kanunu’nda yağma suçunu düzenleyen 312/9

⁹⁹ Yargıtay, CGK, T. 04.12.2018, E. 2018/92, K. 2018/606 (Yargıtay Karar Arama): “özülenmiş iradeleri mağdurdaki paranın teslimine değil, sadece 10 TL’ye yönelik olan sanıkların suç tarihine göre mağdurdan daha fazla para talep edebilecekken daha azı ile yetinmeleri, yağma eylemine konu sigaranın suç tarihindeki bedeli, işlenen fiilin ağırlığı ve bu eylemin mağdur üzerindeki etkisi gözetildiğinde suça konu malın değerinin az olduğu kabul edilerek sanıkların TCK’nın 150/2 maddesi gereğince cezalarında indirimine gidilmesi gerekmektedir.”

¹⁰⁰ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 692-695.

¹⁰¹ Yargıtay, CGK, T. 26.02.2019, E. 2019/120, K. 2019/135. ARTUÇ, Mustafa / GÖKCAN, Hasan Tahsin: *Pratik Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 876.

¹⁰² Fransız Ceza Kanunu madde 312/9 (<https://www.legifrance.gouv.fr/>, ET:10.11.2021).

¹⁰³ Fransız Ceza Kanunu madde 311/12 (<https://www.legifrance.gouv.fr/>, ET: 11.11.2021).

madde sonunda şahsi cezasızlık hallerine atıfta bulunarak bu bölümde işlenen suçlara karşı şahsi cezasızlık hallerinin istisnaları ile birlikte uygulanacağı belirtilmiştir.

Fransız Hukuk sistemi 1972 yılından önce alacağın tahsili amacı ile yağma suçunun işlenmesi durumunu “*amino lucri*” yani gayrimeşru bir menfaat elde etmek için hareket etmeyip, alacaklı olan failin kendisine borcu olan kişiyi ödeme yapması için basitçe tehdit ettiğinden ve de yağma suçunu işlemekle failin mal edinme ya da zenginleşme gibi bir amacı olmadığından bu durumlarda yağma suçunun oluşmadığı kabul edilmekteydi. Ancak 1972 yılında yapılan değişikliklerle bu durum kaldırılmış olup alacağın yasal yollardan tahsili cihetine gidilmesi gerektiği savunulmuş ve yağma suçunun oluşması sonucunda ortada bir alacağın varlığı söz konusu olsa dahi herhangi bir indirim yapılmaksızın failin cezalandırılması düzenlenmiştir. Bu husus bazı hukukçular tarafından yağma suçunun unsurlarından biri olan malın alınması ve zenginleşme aracı olarak suçun işlenmediği, failin alacağını tahsil amacı ile suçun işlendiği gerekçesi ile eleştirilmiş ancak çoğunlukta olan hukukçuların görüşü kanun metninde yapılan değişikliklerle alacağın tahsili amacıyla yapılan yağmada ceza verilmemesi uygulamasının kaldırılmasını suçun unsurları gerçekleştiğinden ve alacaklının alacağını yasal ve meşru zeminde de tahsil edebileceği gerekçesi ile yerinde bulmaktadır¹⁰⁴.

III. YARGILAMANIN USULÜ YÖNÜ

A. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Yağma suçunun, gerek TCK madde 148/1’de düzenlenen basit hali, 148/2’de düzenlenen senedin yağması hali, gerekse de TCK madde 149’da belirtilen suçun nitelikli hallerinin soruşturulması Cumhuriyet Başsavcılığınca re’sen yapılır. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi değildir. Yağma suçunun cezasının alt sınırı TCK m. 148/1’de 6 yıldan başladığından, soruşturma ve kovuşturma aşaması Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) müdafî atanmasını düzenleyen 150. maddesi gereği sanığa müdafî atanmadan yapılamaz. Bu suçun kovuşturma aşamasının yapılacağı mahkeme Ağır Ceza Mahkemesi olduğu için; suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde sanık yargılama aşamasında tutuklu bulunabilir ve bu tutukluluk süresi CMK madde 102/2 maddesi uyarınca en çok 2 yıl olup, bu süre zorunlu durumlarda 3 yıla uzatılabilir. Bu tutukluluk süresine kanun yolunda geçen süreler dahil değildir¹⁰⁵.

B. Türk ve Fransız Hukuk Sisteminde Soruşturma ve Kovuşturma Usulünün Mukayesesi

Fransız ceza hukuk sistemi de soruşturma ve kovuşturma usulleri yönünden Türk hukuk sistemi ile benzerlik göstermektedir. Ancak yağma suçunda tutukluluğa ilişkin süreler Fransız Ceza Usul Kanunu madde 145/2’de en çok 4 yıl olarak düzenlenmiş olup zorunlu durumlarda da 4 yıla kadar daha uzatılabileceği düzenlenmiştir¹⁰⁶.

IV. İLK DERECE (AĞIR CEZA) MAHKEMESİNCE YARGILAMASI TAMAMLANMIŞ 100 DOSYA ÜZERİNDEN YAPILAN İSTATİSTİK BİLGİLER

Yağma suçu iddiası ile kamu davası açılan Gaziantep 4. ve 5. Ağır Ceza Mahkemelerince 2021 yılında yargılaması yapılarak karara bağlanan 100 dosya incelenmiş olup açıklayıcı istatistik yöntemi kullanılarak aşağıdaki şablonlarda belirtildiği şekilde bilgilere ulaşılmıştır¹⁰⁷. İncelenen dosya sayısı 100 olup, bazı dosyalarda sanıkların sayısı birden fazla olduğu için 126 sanık üzerinden istatistik bilgi

¹⁰⁴ OLLARD / ROUSSEAU, s. 349-351.

¹⁰⁵ GÖKCAN / ARTUÇ, s. 845.

¹⁰⁶ *Code de Procédure Pénal* (Fransız Ceza Usul Kanunu) (<https://www.legifrance.gouv.fr/>, ET: 11.11.2021). *AJ Pénal, Actualité Juridique Pénal*, Dalloz, Sayı 9, Eylül, 2021, s. 429.

¹⁰⁷ Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından 10.03.2022 tarih ve 93586998/5478/12265 sayılı yazı ile dosya inceleme izni alınmıştır.

çalışması yapılmıştır. Yine bazı dosyalarda mağdur sayısı da birden fazla olduğundan 100'ün üzerinde mağdur bilgisi üzerinden istatistik çalışma yapılmıştır¹⁰⁸.

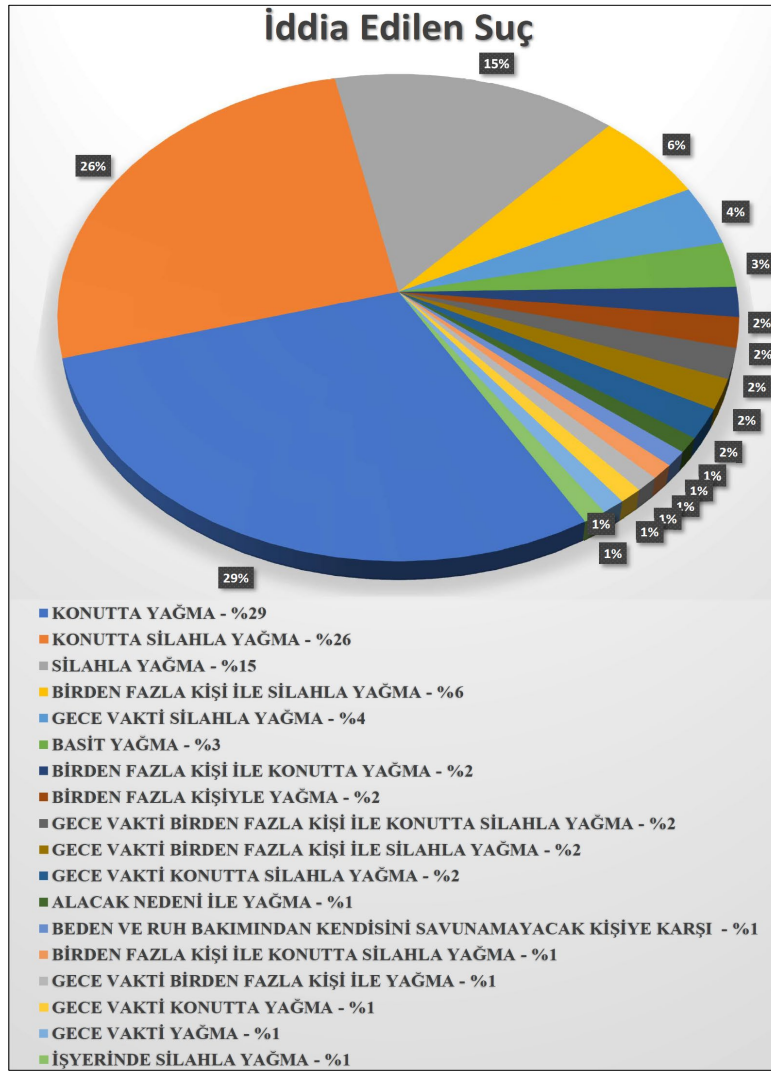
Sanıkların bağımlılık durumuna ilişkin verilere, duruşmada sanık ve sanıkları yakinen tanıyan mağdurların beyanı üzerinden ulaşılmıştır.

Sanıkların ekonomik durumuna ilişkin verilere ise sanıkların duruşmadaki beyanı üzerine ulaşılmıştır.

Yargılama sonucunda ilk derece mahkemesince verilen kararlara da değinilmiş olup, bu kararların tamamı henüz kesinleşmemiştir.

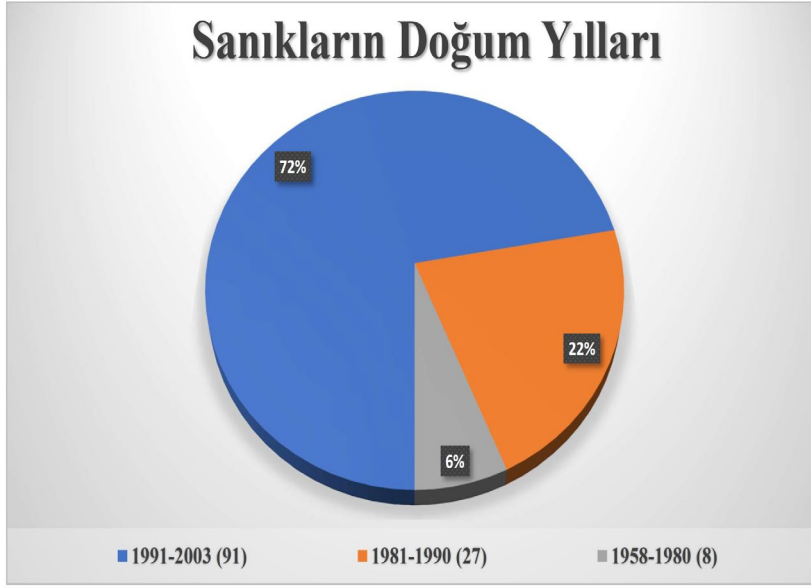
A. Bulgular

1. Yağma Suçu Oluşturduğu İddia Edilen Eylemler



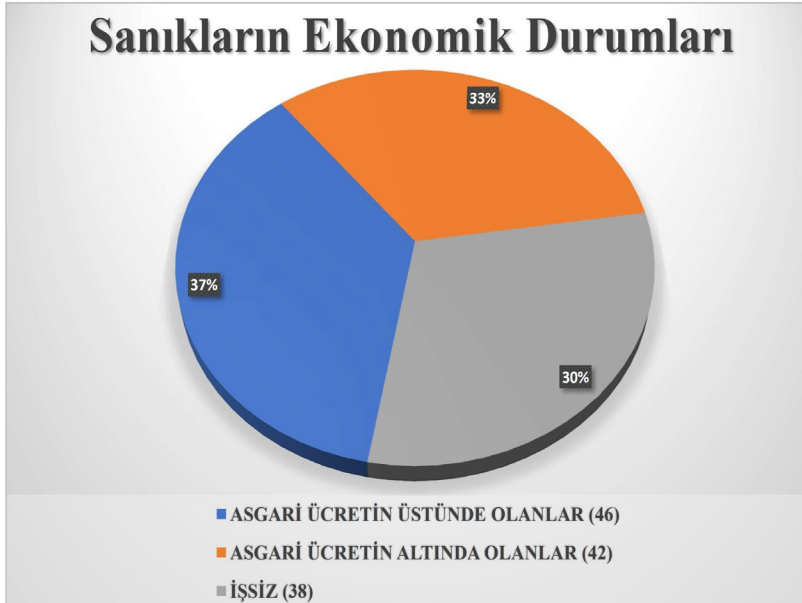
¹⁰⁸ ŞAHİN SUBAŞI, Hamide: *Fransız ve Türk Hukuk Sisteminde Yağma Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, Üsküdar Üniversitesi Bağımlılık ve Adli Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023, s. 55.

2. Sanıkların Yaşı



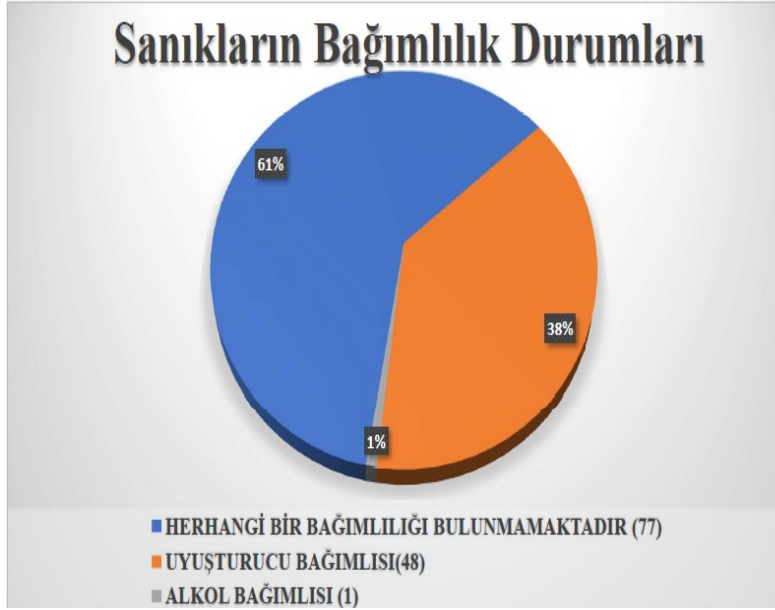
Şablonda TCK 149/1-c maddesi, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi iddiası ile açılan kamu davası dosyaları da mevcut olduğundan, incelenen dosya sayısı 100 ancak bulgulara konu sanık sayısı 126'dır.

3. Sanıkların Ekonomik Durumu



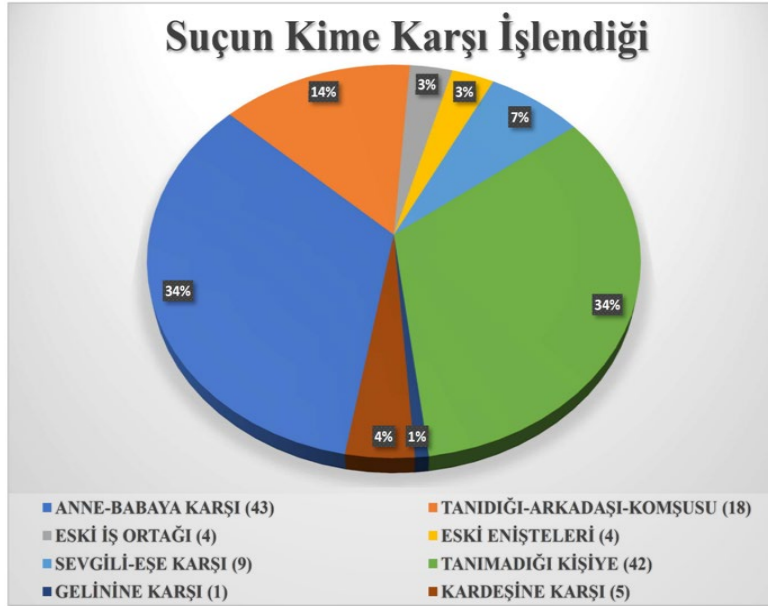
Şablonda TCK 149/1-c maddesi, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi iddiası ile açılan kamu davası dosyaları da mevcut olduğundan, incelenen dosya sayısı 100 ancak bulgulara konu sanık sayısı 126'dır.

4. Sanıkların Bağımlılık Durumları



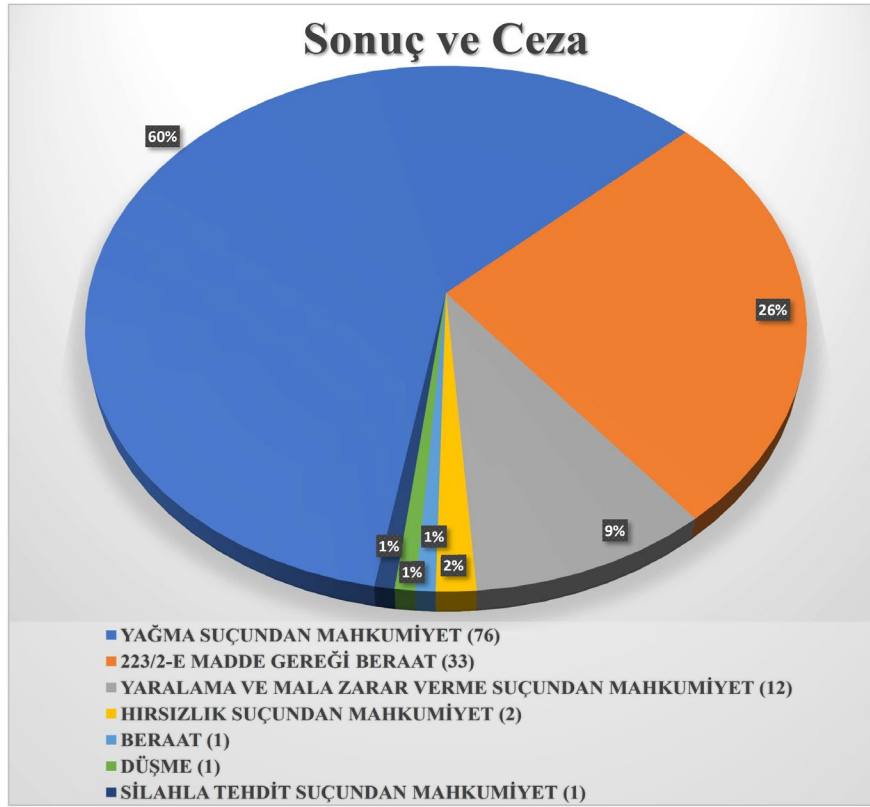
Şablonda TCK 149/1-c maddesi, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi iddiası ile açılan kamu davası dosyaları da mevcut olduğundan, incelenen dosya sayısı 100 ancak bulgulara konu sanık sayısı 126'dır.

5. Suçun Kime Karşı İşlendiği



İncelenen 100 dosyada bulunan 126 mağdur üzerinden istatistik çalışma gerçekleştirilmiştir.

6. Sonuç ve Verilmiş Olan Ceza



B. Bulguların Tartışılması

Yağma suçu iddiası ile açılan kamu davasında ilk derece mahkemesince yargılaması bitirilmiş olan 100 dosya üzerinden yapılan incelemede; yağma suçlarına ilişkin davaların %97'sinin nitelikli yağma, %3'ünün basit yağma iddiası ile açıldığı, yine yağma suçlarının %58'inin konutta meydana geldiği ve %26'sının TCK madde 6 kapsamında silahtan sayılan bir alet (silah, bıçak, sopa) silahla işlendiği, %1'inin alacak nedeni ile yağma iddiası ile açıldığı görülmektedir.

Yağma suçu ile açılan davalardaki fiillerin çoğunluğu konutta veya işyerinde meydana gelmektedir. 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı yasanın 64. maddesiyle yapılan değişiklikten önce de konut veya işyerinden söz edilmiş, ancak bunların eklentilerinden bahsedilmemiştir. Kanun maddesine değişiklikle birlikte “eklentileri” ibaresi eklenmiş ve böylece yapılan değişiklik sonrasında işlenen suçların konut veya işyerinin “eklentilerinde” işlenmesi halinde de TCK m. 149/1-d'de belirtilen suçun nitelikli hali uygulanacaktır. Ancak 28.06.2014 tarihinden önce eklentilerde işlenen suçlarda bu madde hükmü uygulanmayacaktır¹⁰⁹.

Nitekim değişiklik öncesinde verilmiş olan 27.01.2009 tarih, 2008/6-203 Esas, 2009/3 Karar sayılı CGK kararında; apartman merdivenlerinde gerçekleştirilen yağma suçunun ilk derece mahkemesince TCK m. 148/1 maddesi kapsamında basit yağma suçu olarak değerlendirilmesi isabetli bulunmuştur¹¹⁰. Değişiklik sonrasında Yargıtay 6. Ceza Dairesi 12.05.2016 tarih, 2016/2278 Esas, 2016/4192 Karar sayılı ilamında mağdurun ikamet ettiği apartmanın muhafaza edilen ve umuma açık olmayan giriş demir kapısının önünde yağma suçuna maruz kalması olayında TCK 149/1-d maddesinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir¹¹¹.

¹⁰⁹ GÖKCAN / ARTUÇ, s. 862.

¹¹⁰ Yargıtay, CGK, T. 27.01.2009, E. 2008/6-203, K. 2009/3 (Yargıtay Karar Arama).

¹¹¹ Yargıtay, 6. CD, T. 12.05.2016, E. 2016/2278, K. 2016/4192 (Yargıtay Karar Arama).

İnsanların yerleşmek ve barınmak amacıyla kullandıkları mesken veya benzeri yapıların kullanım amaçlarından herhangi birini tamamlayan yapılara eklenti denilmektedir. Kişilerin konutlarında hissettikleri huzur ve güveni eklentilerinde de hissetmeyi beklemleri hayatın olağan akışına uygundur. Bu nedenle suçun konut veya işyerinin eklentisinde işlenmesi halinde nitelikli halin uygulanacağı şeklinde düzenleme yapılması kanaatimizce yerinde bir uygulama olmuştur.

Yapılan yargılamalarda dinlenen 126 (birden fazla kişi tarafından işlendiği iddia edilen dosyalar nedeni ile sanık sayısı 100'den fazladır) sanığın %72'sinin 18-30 yaş arasında, %22'sinin 30-40 yaş arasında, %6'sının 40 yaş üzeri oldukları, yine sanıkların duruşma esnasındaki beyanlarına göre 2021 yılında, %33'ünün gelirin asgari ücretin altında, %37'sinin geliri asgari ücretin üzerinde, %30'unun da işsiz bireyler olduğu gözlemlenmiştir.

Sanıkların %94'ünün 40 yaş altında genç bireyler olduğunun tespit edildiği istatistik bilgisi ile yine sanıkların toplamda %63'ünün asgari ücret seviyesinde ya da hiç geliri olmayan bireyler oluşu, ekonomik seviyeleri düşük bireylerin ve genç olmalarını da avantaj olarak kullanarak malvarlığına yönelik olan bu suçu işlediklerini akla getirmektedir.

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde, birden fazla kişiden anlaşılması gereken iki veya daha fazla kişiyle suçun işlenmesidir. Bu durumun nitelikli hal sayılmasının nedeni birden fazla kişinin mağdurda daha çok korku ve paniğe neden olarak kendisini savunmasının zorlaşması ve faillerin suç işleme kararının birbirlerinden de güç alarak başarıya ulaşmasıdır¹¹². Nitekim, incelenmiş olan dosyalarda da görüleceği üzere dosyaların %15'i birden fazla kişi ile işlendiği iddia edilen yağma suçundan oluşmaktadır. Kanaatimizce azımsanmayacak düzeyde olan bu oran, sanıkların birlikte hareket ederek birbirlerinden güç alıp yağma suçunu işlediklerini göstermektedir. Bu nedenle, kanun koyucu tarafından birden fazla kişi ile suçun işlenmesi durumunun suçun nitelikli hallerinden sayılmasının yerinde bir uygulama olduğu düşüncesindeyiz.

Sanıkların ya da sanıkları tanıyan mağdurların duruşmadaki beyanlarına göre, sanıkların %61'inde herhangi bir bağımlılık durumu bulunmamakla birlikte, sanıkların %38'inin uyuşturucu bağımlısı, %1'inin de alkol bağımlısı olduğu gözlemlenmiştir. Diğer yandan, bulgularda incelenen dosyaların %39'unda sanıkların bağımlı birey olması, sanıkların önemli bir kısmının bağımlı oldukları maddeyi satın alabilmek üzere söz konusu fiilleri işlemiş olabileceğinin de değerlendirmeye alınması gerektiğini göstermektedir.

TCK'nın 6/1-f maddesine göre silah deyiminden, ateşli silâhlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler ve son olarak da yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal ve biyolojik maddeler anlaşılmalıdır. Bulgulara baktığımızda incelenen dosyaların %26'sının silahla işlendiği anlaşılmakta ve sanıkların silahın korkutucu gücünden faydalandığını göstermektedir.

Mağdurların; %34'ü sanığın annesi/babasının, %34 sanığın tanımadığı kişilerin, %14 sanığın komşusu/arkadaşı/mahalleden tanıdığı, %7'si sanığın sevgilisi/eşinin, %4'ü sanığın kardeşinin, %3'ü eski eniştesinin, %3'ü eski iş ortağının, %1'i sanığın gelininin olduğu gözlemlenmiştir. Mağdurların %49'unun sanığın aile bireyi, %14'ünün sanığın tanıdığı olduğu bulgusu bu suçların daha çok tanıdıklara karşı işlendiğini göstermektedir. Yağma suçunun malvarlığına yönelik bir suç olması hususu da göz önüne alındığında sanıkların kendi malvarlıklarını arttırmak için malvarlığı olduğunu bildikleri kişilere karşı bu suçu işlediklerini göstermektedir. Ayrıca sanıkların daha çok tanıdıkları kişiye karşı bu suçu işlemelerinin arkasında “nasıl olsa tanıdık, şikayetinden vazgeçer ve ceza almam” düşüncesinin de olabileceği akla gelmektedir.

¹¹² KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 768.

Yargılamanın sonucuna ilişkin bulgular bölümüne bakıldığında ise; dosyaların %60'ında yağma suçundan ceza verildiği, %26'sının delil yetersizliğinden (CMK madde 223/2-e) beraat ettiği, %9'unda suç vasfı değişerek yaralama ve mala zarar verme suçundan ceza verildiği, %2'sine hırsızlık suçundan ceza verildiği, %1'ine şahsi cezasızlık nedeni ile düşme verildiği, %1'ine silahla tehdit suçundan ceza verildiği, %1'ine suçun vasıfları oluşmadığından (CMK 223/2-a maddesi gereğince) beraat verildiği gözlemlenmiştir.

SONUÇ

Son yıllarda yaşanan çarpık kentleşme, ekonomik gelir düzeyinde yaşanan düşüş ve bunlarla birlikte artan işsizlik oranlarıyla birlikte malvarlığına yönelen suç oranları da artış göstermektedir.

İnceleme konumuzu oluşturan yağma suçları, malvarlığına yönelen suçlar içinde gerek unsurları gerekse de cezası bakımından mağduru ve faili en çok ilgilendiren suçlardan birisidir. Bu suçun işlenmesi ile birlikte mağdurun hem mülkiyet hakkı hem de kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığı hakları ihlal edilmektedir. Sanık yönü ile bakıldığında ise yağma suçunun basit halinin olduğu durumlarda hapis cezasının 6-10 yıl arasında değiştiği, nitelikli hallerin varlığında ise hapis cezasının 10-15 yıl arasında olduğu ve söz konusu cezaların oldukça ağır olması dikkat çeken hususlardır.

Mukayeseli hukuk çerçevesinde incelediğimiz Fransız hukuk sisteminde de yağma suçunun önem arz ettiği ve ülkemizde olduğu gibi, ceza kanununda malvarlığına karşı suçlar başlığı altında yer bulunduğu görülmektedir. Bununla birlikte, Fransız hukuk sisteminde yağma suçlarında hapis cezası ile birlikte sanığın ciddi miktarlarda para cezasına da mahkûm edildiği gözlemlenmiştir. Kanaatimizce, malvarlığına yönelik olan bir suçta, sanığa hapis cezasının yanı sıra para cezası da verilmesi suçun işlenmesinin caydırıcılığını arttırmaktadır.

Yağma suçları her ne kadar hem kişi özgürlüğüne hem de malvarlığına yönelik ihlal niteliğinde olsa da bunların her iki hukuk sisteminde de malvarlığına yönelik suçlar başlığı altında bulunması, bu suçun daha çok mağdurun malvarlığına yönelik olduğunu göstermektedir.

Fransız hukuk sisteminde yağma suçunun içine kişilerin mal varlığı değeri olan şahsi sırlarının cebir veya tehditle açığa çıkartılması durumunun da yağma suçunun kapsamına alınmış olması yerinde bir uygulama olmuştur, zira; kişilerin ticari sırları ya da malvarlığı değeri olan aile sırlarının da ortaya çıkartılması mağdurların malvarlığına zarar vermekte ve bu durum fail tarafından cebir veya tehditle yapılmaktadır. Kanaatimizce böyle bir uygulamanın Türk hukuk sistemine de getirilmesi yerinde bir uygulama olabilecektir.

Fransız Ceza Kanunu'nda suçun nitelikli halleri ayrı ayrı cezalandırılmış olup, ceza miktarı alt ve üst sınır olarak belirlenmeyerek temel cezanın hesaplanmasında hâkime takdir yetkisi tanınmamış, suçun unsurlarının oluşması durumunda verilecek hapis cezası ve para cezası net olarak belirtilmiştir.

Fransız Ceza Kanunu madde 312/2 fıkra 2'de suçun nitelikli halleri arasında "suçun gebe olan kadına karşı işlenmesi" hali doğrudan yer bularak gebelik halinde gerek fiziksel gerekse de psikolojik olarak kendisini savunamayacak olan kadın koruma altına alınmıştır. Böyle bir düzenlemenin Türk Ceza Kanunu'nda da yer bulması yerinde bir uygulama olacaktır.

Yine Fransız Ceza Kanunu'nda nitelikli haller arasında sayılan "suçun eğitim veya öğretim kurumlarında veya öğrencilerin giriş çıkışları esnasında ya da bu sürelerle çok yakın zamanda, bu kurumların civarlarında işlenmesi" hali ile de gerek kamu güvenliği gerekse de çocukların bu suça maruz kalmamaları sağlanmaya çalışılmıştır. Bu düzenlemeye de Türk Ceza Kanunu'nda yer verilerek okul döneminde olan çocukların bu suçtan korunmaya çalışılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

Fransız Ceza Kanunu'nda yağma suçunun işlenmesi esnasında mağdurda vücutta kırık olacak şekilde yaralanma meydana gelmesi ya da yağma suçu esnasında ölüm gerçekleşmesi durumunda 15-20

yıl ya da müebbet hapis cezasına hükmedildiği, sanığa ayrıca yağma suçundan da ceza verilmeyerek, yağma suçunun diğer suçlar beraberinde topluca cezaya bağlanması cihetine gidildiği görülmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nda ise bu durumların oluşması halinde sanığa hem yaralama/öldürme suçlarından ceza verilmekte, hem de yağma suçundan ceza verilmektedir. Bu hallerin varlığında ortaya çıkan durum yağma suçunun çok ötesinde olduğundan hem yağma hem de meydana gelen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama ya da öldürme suçundan ceza verilmesi kanaatimizce gerek mağdur gerekse kamu vicdanı yönünden daha yerinde bir uygulamadır.

Yine Türk Ceza Kanunu madde 150/1'de düzenlenen alacağın tahsili amacıyla yapılan yağmada sanığın tehdit ya da yaralamadan cezalandırılması şeklindeki düzenleme, Fransız Ceza Kanunu'nda yer bulmamıştır. Kanaatimizce alacağın tahsili amacıyla işlenen yağma suçunda daha az cezayı gerektiren tehdit ya da yaralama suçundan ceza verilmesi kanunilik ilkesinin ihlali niteliğindedir. Zira; alacağın tahsili amacı ile yağmada kanunda tanımlanmış bulunan yağma suçunun unsurları gerçekleşmiş olup aslında yağma suçu meydana gelmiştir, ancak sanık ve mağdur arasında daha önceden bulunan hukuki bir alacak nedeni ile hukuki alacak davasına söz konusu olacak bir meselenin ceza hukuku kapsamına alınarak, suçu işleyen sanığa daha az cezaya hükmedilmesi hakkaniyet ve hukuk devleti ilkesine ters düşmektedir. Bu konuda Ceza Kanunumuzda düzenleme yapılması durumunda, bahse konu sebebe dayalı olan yağma suçlarının azalacağı kanaatindeyiz.

Yine inceleme konumuz olan 100 dosya üzerinden baktığımızda sanıkların çoğunun genç olduğu, yine çoğu sanığın işsiz, çoğunun da gelirin asgari ücret civarında olduğu, sanıklarının neredeyse yarısının (%39'unun) bağımlı bireyler olduğu gözlemlenmiştir.

Yapılan inceleme sonucunda sanıkların çoğunun genç, sosyoekonomik düzeyi düşük ve bağımlı bireyler olduğu gözlemlenmiştir. Dosyadaki sanıklar üzerinden yapılan bu değerlendirme bizi yağma suçuyla mücadele edilmesi yanında aynı zamanda özellikle genç bireylerin ekonomik seviyesinin yükseltilmesi ve uyuşturucu ile mücadele edilmesi gerektiği gerçeği ile karşı karşıya getirmiştir. İncelenen dosyaların verilerinden de ulaşıldığı üzere, özellikle konutta işlenen yağma suçlarında sanıkların mağdurların esasen en çok güvenmeleri gereken (çocukları, eşi ya da kardeşi gibi) kişiler olduğu gözlenmektedir. Ayrıca mağdurların büyük bölümü, bu suça en güvende hissetmeleri gereken yerde, yani kendi ikametlerinde maruz kalmaktadır. Yine konutta işlenen yağma suçlarında suçun ispatı konusunda da tereddütler yaşandığından, “*şüpheden sanık yararlanır ilkesi*” gereğince bazı dosyalar delil yetersizliğinden beraatle sonuçlanmaktadır.

İncelediğimiz yağma suçları ve somut olaylara ilişkin dava dosyalarından da anlaşılacağı üzere, özellikle malvarlığına yönelik yağma suçu ile mücadele için öncelikle gerek uyuşturucu ile mücadele gerekse sosyoekonomik seviyenin yükseltilmesi için yapılacak olan mücadelenin aynı zamanda yağma suçunu önleyici ve azaltıcı amaca da hizmet edeceği düşünülmektedir.

Katkı Oranı Beyanı:

Çalışmaya Hamide ŞAHİN SUBAŞI %40, Dr. Öğr. Üyesi Zekai GENÇ %30 ve Dr. Öğr. Üyesi Tanıl Mehmet BAŞKAN %30 oranında katkı sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- ADLİ TIP KURUMU: *Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi Rehberi*, 2019 (<https://www.atk.gov.tr/tckyaralama24-06-19.pdf>, ET:08.10.2021).
- AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin: "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 61, Sayı 1, s. 43-67.
- ARSLANTÜRK, Mustafa: *İcrasından İnfazına Bütün Yönleriyle Yağma Suçu*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ARTUÇ, Mustafa / GÖKCAN, Hasan Tahsin: *Pratik Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ARTUÇ, Mustafa: *Mal Varlığına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- BALCI, Fidan / ÖZTÜRK, Seyithan: *Hırsızlık Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- BAŞKAN, Tanıl Mehmet / DÜNDAR, Hakan: *Forensic Identification of Force and Violence Components at Usurpation Within Istanbul During 1996 to 1998, Proceeding*, Yıllık Toplantı, Sayı 21-26, Nevada, Şubat 2000.
- CENDEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2*, 15. Baskı, Der Kitabevi, İstanbul, 2022.
- DREYER, Emmanuel: *Droit Pénal Spécial*, 3. Baskı, Ellipses, Paris, 2016.
- DREYER, Emmanuel: *Droit Pénal Spécial*, Lextenso, Paris, 2020 (2020).
- GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Pratik Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- MALABAT, Valérie: *Droit Pénal Spécial*, Dalloz, Paris, 2018.
- OLLARD, Romain / ROUSSEAU, François: *Droit Pénal Spécial*, CPI Firmin Didot, Paris, 2015.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümleri*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÖZBEK, Veli Özer: *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- ÖZEN, Mustafa: *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Özel Hükümler).
- ÖZEN, Mustafa: *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler-I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023 (Özel Hükümler-I).
- PRADEL, Jean / DANTI JUAN, Michel: *Droit Pénal Spécial*, 7. Baskı, Cujas, Paris, 2017.
- RASSAT, Michele-Laure: *Droit Pénal Spécial- Infractions du Code Pénal*, Dalloz, 2018.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ŞAHİN SUBAŞI, Hamide: *Fransız ve Türk Hukuk Sisteminde Yağma Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, Üsküdar Üniversitesi Bağımlılık ve Adli Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- ÜZÜLMEZ, İlhan: *Yeni Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1992.



Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler Halinde İşçinin İtiraz Hakkı^(*)



Right to Objection of Employee in Case of Structural Changes in Trading Companies

Yusuf AKMAN



Araştırma Görevlisi Doktor
Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

İtiraz Hakkı,
Birleşme,
Bölünme,
İşyerinin Devri,
Kıdem Tazminatı.

Öz

4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işyeri devirlerinde işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden işyerini devralan işverene geçer. İşçilerin iş sözleşmelerinin devrine itiraz hakları yoktur. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca ise, ticaret şirketlerinde yapısal değişiklik halinde işçilerin iş sözleşmelerinin geçişine itiraz hakları vardır. İsviçre ve Türk hukukunda itiraz hakkının kullanılması iş sözleşmesini sona erdirir. Alman hukukunda ise itiraz hakkını kullanan işçi eski işverene geri döner. Türk Ticaret Kanunu'nda ayrıca bir işçi tanımı yapılmadığından iş sözleşmesine dayanarak iş gören tüm işçilerin itiraz haklarının olduğu kabul edilmelidir. İtiraz hakkı bakımından Kanun'da önemli eksiklikler söz konusudur. İtirazın şekli, bilgilendirme yükümlülüğü, itirazdan feragat ve itiraz hakkını kullanan işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı bu eksikliklerden bazılarıdır. İtirazın yazılı şekilde yapılması gerekir. İşverenin işçiyi bilgilendirmesi ve itiraz hakkının bilgilendirme anından itibaren doğduğu kabul edilmelidir. İtirazdan hakından feragat, devir ile ilgili işçiyi bilgi verilmesinden itibaren mümkündür. İtirazda bulunan işçi Kanun'daki diğer şartları da sağlaması durumunda kıdem tazminatına hak kazanmalıdır.

Keywords

Right to Object,
Merger,
Split,
Transfer of Workplace,
Severance Pay.

Abstract

In workplace transfers within the scope of the Labor Law No. 4857, the employment contracts of the employees are automatically transferred to the employer who takes over the workplace. Workers have no right to object to the transfer of their employment contract. According to the Turkish Commercial Code No. 6102, in case of structural changes in commercial companies, employees have the right to object to the transfer of their employment contracts. In Swiss and Turkish Law, exercising the right to object terminates the employment contract. In German Law, the employee who exercises his right of objection returns to his former employer. Since there is no separate definition of employee in the Turkish Commercial Code, it should be accepted that all employees working on the basis of an employment contract have the right to object. There are significant deficiencies in the Turkish Commercial Code No. 6102 in terms of the right of objection. Some of these deficiencies include the form of the objection, the obligation to inform, waiver of objection, and whether the employee who exercises the right to object will be entitled to severance pay. The objection must be made in written form. It should be accepted that the employer must inform the employee and the right to object arises from the moment of notification. Waiver of the right of objection is possible from the moment the employee is informed about the transfer. The employee who makes an objection should be entitled to severance pay if he/she meets the other conditions in the law.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 23.08.2024, Kabul Tarihi: 02.12.2024.

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu'nda¹ (İŞK) işyerinin devri başlıklı 6'ncı maddesinde düzenleme altına alınmamış olan işçinin iş sözleşmelerinin yeni işverene geçişine itiraz hakkı, ticaret şirketlerinde yapısal değişiklikleri ile sınırlı olmak üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda² (TTK) hüküm altına alınmıştır. Bu yönüyle TTK m. 178 iş hukuku açısından getirdiği yeniliklerden dolayı önem arz etmektedir. Zira 4857 sayılı Kanun kapsamındaki devirlerde iş sözleşmesinin devri açısından rızası dikkate alınmayan işçiler, ticaret şirketlerinde yapısal değişiklikler halinde sözleşme devirlerini engelleyebilecek konumda bulunacaktır. Ancak her ne kadar düzenlemenin amacının yerinde olduğu söylenebilirse de madde metninin içeriksel açıdan eksik kaldığını ifade etmek yerinde olacaktır.

Kanun koyucu söz konusu hüküm açısından mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun (*Obligationenrecht*, OR) 333'üncü maddesini esas almıştır. TTK m. 178'de tam ve kısmi bölünmede hizmet sözleşmesini ilgilendiren hususlara yer verilmiştir. Maddede birleşme ve tür değiştirme ile ilgili herhangi bir ifade yer almamıştır; ancak TTK'nın tür değiştirme ile alakalı 190. maddesi ve birleşme ile alakalı 158. maddesi aynı kanunda yer alan TTK m. 178'e atıf yapmıştır. Dolayısıyla itiraz hakkı bir bakıma tüm yapısal değişiklik çeşitleri açısından işçilere tanınmıştır.

TTK m. 178'de kıdem tazminatı hakkında herhangi bir ifadeye yer vermemesi öğretideki tartışmaların ana konularından birisidir. Ayrıca devir halinde itirazın hangi şekilde ve ne kadarlık bir sürede yapılması gerektiğini yanı sıra işverenin ihbar yükümlülüğünün süresinin belirtilmemesi önemli bir eksiliktir. İsviçre hukukunda eleştirilen OR Art. 333 hükmünün içerdiği eksikliklere rağmen doğrudan düzenleme altına alınması Türk hukukunda da önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda çalışmamızda, Türk hukukunun yanı sıra İsviçre ve Alman hukuku açısından da itiraz hakkına ilişkin düzenlemelere değinilecek, yukarıda değinilen eksikliklerin giderilmesine ilişkin öğretideki görüşler değerlendirilecektir.

I. İŞYERİNİN DEVRİ

İşin yapıldığı yer, işçinin iş sözleşmesine göre çalıştığı yer gibi anlamlara da gelen işyerinin işverenlerin anlaşması neticesinde devri mümkündür. 4857 sayılı İş Kanunu, bir bütün olarak işyerinin devrinin yanı sıra işyerinin bir bölümünün de çeşitli nedenlerden dolayı el değiştirmesine cevaz vermektedir. Söz konusu el değiştirme hali iş hukukunda “işyerinin veya bir bölümünün devri” olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir kavram olarak “işyeri veya bir bölümünün devri” 4857 sayılı İş Kanunu'na kadar diğer iş kanunlarında düzenleme altına alınmamış olup, bu Kanun'la birlikte işyeri veya bir bölümünün³ devri kurumu iş hukuku mevzuatına kazandırılmıştır.

İşyerinin işverenin özgür iradesi ile devrine ilişkin herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu durum girişim ve sözleşme özgürlüğünün bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır⁴. İşyerinin devri ile devrolan işyerindeki iş sözleşmeleri, kural olarak, tarafların iradesinden bağımsız bir şekilde yeni herhangi bir sözleşme yapmaya gerek kalmaksızın devralan işverene geçer ve devralan işveren ile işçiler arasında varlığını sürdürür (İŞK m. 6/1)⁵. 4857 sayılı Kanun'da işyeri devri sonucu iş sözleşmelerinin

¹ 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmî Gazete.

² 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

³ *Centel*'e göre, bir bütün oluşturan işyerinin, bölümlere ayrılarak ne şekilde devredileceği konusu gizemini korumaktadır. Bundandır ki, Kanun'da kullanılan “işyerinin bir bölümü” tabiri, anlatılmak istenen kavramdan uzaktır. Bkz. CENTEL: “Tankut, İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde Fiziki Mekan”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2008, Sayı 9, s. 8.

⁴ EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, 7. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2016, s. 112.

⁵ DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İşyerinin Devri Çerçevesinde “İşyeri” ve “İşyeri Bölümü” Kavramları”, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Kadir Has Üniversitesi Sempozyum Yayını*, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, 2009, s. 132; SÜZEK, Sarper: “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı 2013, s. 312; ULUCAN, Devrim: “İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni İle Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2009, Sayı 14, s. 36; BAYSAL, Ulaş: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinin Devri Halinde Devreden İşverenin Birlikte Sorumluluğu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2012, Sayı 25, s. 54-55; ÖZKARACA, Ercüment: “İşyerinin Devri Halinde İşverenlerin Sorumlulukları”, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler Kadir Has Üniversitesi Sempozyum*, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, 2009, s. 170; AKI, Erol: “İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi”, *Sicil*

devrinde işçilerin bu konudaki rızası önemsenmemiş,^{6,7} sözleşmelerin devrinin kanun gereği gerçekleştiği esas alınmış (İşK m. 6/1)⁸ ve böylece işçinin yanı sıra işyerinin devri işlemine taraf olan işverenlerin iradeleri de dikkate alınmamıştır⁹.

İşyeri devri işlemi, sadece devre konu yerin satışı suretiyle değil, bilakis bu yerin kiralaması veya miras kalması gibi nedenler sonucu da gerçekleşebilir. Kanun'da işyerinin “*bir hukuki işleme dayalı olarak devrinin*”nin mümkün olacağına belirtilmesi, devrin satışın yanı sıra kira, miras, özelleştirme vb. şekillerde de ortaya çıkabileceğine işaret eder¹⁰. Ayrıca satış işlemine olduğu gibi kesin olarak veya kiralama işlemine olduğu gibi geçici süreyle devir işlemi yapılabilir¹¹.

Kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin hakkı ve ihbar tazminatı gibi işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklar işçinin devreden işverenin yanında işe başladığı tarih esas alınarak belirlenir (İşK m. 6/2)¹². Söz konusu hüküm devir anında ve devrolan işyerinde devam eden iş sözleşmeleri için geçerli olup, devir öncesi sözleşmesi sona ermiş işçinin devirden sonra ve devralan işverenle yapılmış olan iş sözleşmelerini kapsamaz¹³.

Devreden ve devralan işverenlerin müteselsil sorumluluğu yalnızca devirden önce doğmuş ve devir anında ödenmesi gereken borçlardan ibaret olup, devreden işveren devir tarihinden sonra doğacak bir borçtan sorumlu tutulamaz (İşK m. 6/3). Devralan ve devreden işveren aralarında anlaşarak devir işleminin sonuçları nedeniyle işçilik haklarını kısıtlayamaz. Gerçekten, devir işlemi sırasında devreden ile devralan işveren arasında sorumsuzluk anlaşması tarafları bağlasa da işçi açısından herhangi bir hüküm ifade etmez¹⁴. Buna ek olarak, kanun koyucunun öngördüğü birlikte sorumluluk süresi iki yıldır (İşK m. 6/3)¹⁵. İki yıllık süre devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlulukları bakımından hüküm ifade eder. Zira devralan işverenin sorumluluğu devreden işveren döneminde doğmuş alacakların zamanaşımı süresi boyunca devam eder¹⁶. İki yıllık süre nispi emredici nitelikte olup, işçi lehine artırılabilir¹⁷.

İş Hukuku Dergisi, 2013, Sayı 29, s. 8; DULAY, Dilek: “İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri”, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2011, Sayı 32, s. 1373 vd.

⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion, Ankara, 2022, s. 264; SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 204 (İş Hukuku); ULUCAN, s. 36; DULAY, s. 1380; NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku*, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 150. İşyerinin devri halinde hizmet akitlerinin de otomatik olarak devralan işverene geçmesi, işyerindeki iş gücünün işyerinin ayrılmaz ve onu tamamlayan bir unsuru olmasının sonucudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHLANAN, Fevzi: “İşverenin Değişmesi - İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları”, *TÜHİS*, 2000 - 2001, Cilt 16, Sayı 4-5, s. 17

⁷ Söz konusu hüküm ticari işletmelerin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi bakımından geçerlilik arz etmez. Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer (TTK m. 178/1).

⁸ İş sözleşmeleri devir sonucunda otomatik olarak devralan işverene geçer. İşçinin devralan işverenin yanında çalışmak istememesi durumunda iş sözleşmesini feshetmesi gerekir. Bkz. EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 187; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 264; AKI, s. 9; NARMANLIOĞLU, s. 154; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 112.

⁹ İşyerinin devri çalışma koşullarında değişiklik sayılmaz. SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 204.

¹⁰ ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 35. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 105; SÜMER, Haluk Hadi: *İş Hukuku*, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 25; NARMANLIOĞLU, s. 150; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 265; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 203; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 112.

¹¹ ŞAHLANAN, s. 15; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 203; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 112; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 141; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 265; DOĞAN YENİSEY, s. 132; AKI, s. 5; SÜMER, s. 26; NARMANLIOĞLU, s. 151; SÜZEK, s. 313.

¹² BAŞBUĞ, Aydın / YÜCEL BODUR, Mehtap: *İş Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 105; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 206-207; SÜMER, s. 26; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 188; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 142; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 113; NARMANLIOĞLU, s. 154; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 267; DULAY, s. 1384.

¹³ ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 142; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 271; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 207; DULAY, s. 1381.

¹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 273.

¹⁵ *Akı*'ya göre, bu hüküm alacaklıların haklarını korumak için, “devreden ve devralan işverenlerin iki yıl müteselsilen ve müştereken sorumlu tutulmaları” suretiyle hüküm altına alınmıştır. Bkz. AKI, s. 8.

¹⁶ ÖZKARACA, s. 354; BAŞBUĞ / YÜCEL BODUR, s. 106; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 113. Zamanaşımı süresi beş yıl olup, devralan işveren bu süre boyunca sorumlu olmaya devam eder. Bkz. SÜMER, s. 26.

¹⁷ ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 143; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 273.

İşyerinin devri, devralınan sözleşmelerin sona erdirilmesi için geçerli neden olarak kabul edilmez (İşK m. 6/5). Devralan işverenin işyeri veya işletmelerinde gideceği teknolojik değişimler nedeniyle işçi fazlalığı ortaya çıkması gibi durumlar fesih bildirimini işçinin geçerli neden olarak değerlendirilecektir. Hem işveren hem işçi gerek devir anında gerek devirden sonraki bir süreçte haklı bir sebebin varlığı halinde iş sözleşmelerini derhal sona erdirebilecektir.

II. TİCARET ŞİRKETLERİNDE YAPISAL DEĞİŞİKLİKLER: BİRLEŞME, BÖLÜNME VE TÜR DEĞİŞTİRME

A. Birleşme

Ticaret şirketlerinde yapısal değişimlerden birisi olan birleşme, birleşmeye taraf olan şirketler arasında yapılan birleşme sözleşmesi uyarınca¹⁸, birleşmede yer alan birden fazla şirketin aralarından birinin veya yeni kurulan bir şirketin bünyesinde toplanmaları, bünyesinde birleşilen şirketin ya da yeni kurulan şirketin dışında kalan şirket yahut şirketlerin tasfiyesiz sona ermesi şeklinde gerçekleşir¹⁹. Gerçekten 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre, “Şirketler, bir şirketin diğerini devralması, teknik terimle ‘devralma şeklinde birleşme’ veya yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri, teknik terimle ‘yeni kuruluş şeklinde birleşme’ yoluyla birleşebilirler.” (TTK 136/1, a, b). “Birleşme, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşir. Birleşme sözleşmesi 141 inci maddenin ikinci fıkrası anlamında ayrılma akçesini de öngörebilir.” (TTK 136/3). “Birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün hâlinde devralır. Birleşmeyle devrolunan şirket sona erer ve ticaret sicilinden silinir.” (TTK 136/4).

Birleşmeyi oluşturan unsurları; malvarlıklarının birleşmesi²⁰, birleşme sonucu şirketlerin malvarlıkları bakımından külli halefiyet ilkesinin uygulama alanı bulması²¹, devrolunan şirketin mal varlığının bir bütün halinde devralınması ve devrolunan şirketin tasfiyeye girmeksizin sona ermesi²² ve üyelik haklarının devam etmesi²³ olarak ifade etmek mümkündür²⁴. Belirtilen unsurları bir arada barındır-

¹⁸ Birleşme sözleşmesinin yazılı olarak yapılması bir geçerlilik koşuludur. Sözleşmeye yönelik genel kurul kararının varlığının gerekmesi nedeniyle (şirketin sona erme sebebi olduğundan) birleşme sözleşmesi geciktirici koşula bağlı bir sözleşmedir. Bkz. PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 229-230.

¹⁹ TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 681; ŞENER, Oruç Hami: *Teorik ve Uygulamalı Ticaret Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 124; POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 121; GÖKTÜRK, Kürşat, “Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Sayı 1-2, s. 635. FREY, Martin: “Art. 3”, Baker & McKenzie (Hrsg): *SHK - Stämpflis Handkommentar*, 2. Baskı, Zürich 2015, s. 27; VON DER CRONE, Hans Caspar / GERSBACH, Andreas / KESSLER, Franz J. / VON DER CRONE, Brigitte / INGBER, Karin: *Das Fusionsgesetz*, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2017, s. 25; BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: *Şirketler Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2021, s. 67; BOZKURT, Tamer: *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 547. Birleşme kararı iradi bir işlem olarak kabul edilir. Bkz. AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 523. Birleşme, ancak birleşmeye taraf olan kişilerin bu yönde bir karar alması sonucu gerçekleşebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SUSUZ, Kağan: SUSUZ, Kağan: “Md. 134-158”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 203.

²⁰ Birleşmeye hakim olan ilkelerden birisi olan malvarlığının devamlılığı ilkesi, malvarlığının birleşmesi ile aynı anlamdadır. Bkz. SUSUZ, s. 211.

²¹ Devrolan şirketin malvarlığı adeta otomatik olarak devralan şirkete geçer. Bireysel varlıkların devirler için gereken şekli işlemler birleşme işlemi gerektirmez. Bkz. VOGEL, Alexander / HEIZ, Christoph / BEHNISCH, Urs R. / SIEBER, Andrea / OPEL, Andrea: “Art. 3 Grundsatz”, KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta / AMSTUTZ, Marc / WOLF, Stephan / FANKHAUSER, Roland (Hrsg.), OFK - Orell Füssli Kommentar, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Baskı, Orell Füssli, Zürich, 2017, s. 89. Ayrıca bkz. PULAŞLI, s. 208; VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / VON DER CRONE / INGBER, s. 24; TEKİNALP, s. 685; POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 129; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 68; SUSUZ, s. 214.

²² PULAŞLI, s. 209; VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / VON DER CRONE / INGBER, s. 25. *Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel*’e göre, malvarlığını bütünüyle devreden şirketin varlığını sürdürmemesi artık kaçınılmaz hale gelir. Malvarlığının bulunmaması tasfiyeyi de gereksiz hale getirir. Tasfiyesiz sona erme külli halefiyet ilkesi ile de uyumluluk gösterir. Bkz. VOGEL / HEIZ / BEHNISCH / SIEBER / OPEL, OFK, Art. 3 Grundsatz, s. 95. Benzer yönde bkz. FREY, *SHK FUS*, Art. 3, s. 30-31. *Susuz*’a göre, birleşmede tasfiye sürecinin olmaması, sona eren şirketlerin tasfiye sürecine girmesinin bir istisnası olarak ifade edilir. Bkz. SUSUZ, s. 212.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, s. 208; FREY, *SHK FUS*, Art. 3, s. 28; VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / VON DER CRONE / INGBER, s. 24; VOGEL / HEIZ / BEHNISCH / SIEBER / OPEL, OFK, Art. 3 Grundsatz, s. 95; SUSUZ, s. 209-210.

mayan işlem ve süreçler, birleşmeye benzemekle birlikte hukuki manada birleşmeden bahsedilmesi söz konusu olmaz. Bu anlamda, tüzel kişilikleri ve malvarlıkları birleşmeyen ve işletme devri şeklinde gerçekleşen devirler birleşme olarak kabul edilemez²⁵.

Birleşme iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlar; “devralma şeklinde birleşme” ve “yeni kuruluş şeklinde birleşme” olarak ifade edilebilir. Devralma şeklinde birleşmelerde, devralan şirketin varlığı devam eder²⁶ ve bunun yerine devrolunan şirket yahut şirketler ticaret sicilinden silinir²⁷. Yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde ise, birleşmeye katılan bütün şirketler birleşmek suretiyle yeni bir ticaret şirketi oluşturur²⁸ ve birleşme işlemi tamamlandığında yeni şirketi oluşturan şirketler ticaret sicilinden silinir²⁹. Birleşmenin meydana geldiği bu iki tür için de aynı hukuki sonuçlar meydana gelir ve böylece aynı hükümlerin uygulanması yoluna gidilir³⁰.

B. Bölünme

Bölünme, ortaklıkların malvarlıklarını kısmen yahut tamamen kendilerinden ayırarak tasfiyesiz olarak ve bir bütün halinde olmak üzere başka ortaklıklara devretmeleri işlemidir³¹. Bölünen ortaklık kısmen ve tamamen bölmek suretiyle malvarlığını devralan ortaklığa devreden ortaklığı, devralan ortaklık ise bölünen ortaklığın bölünme neticesinde ortaya çıkan malvarlığını bir bütün olarak elde eden ortaklığı ifade eder³².

Ticari ortaklıklar; tam veya kısmi şekilde, oranların korunduğuna veya korunmadığına göre, tek ortaklı yavru ortaklık elde etmeye yönelik veya devralma ve yeni kuruluş biçiminde bölünebilir³³. Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve iki veya daha fazla ticari ortaklığa devredilir³⁴. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap eder³⁵. Böylece bölünen ortaklık tasfiye edilmeksizin sona erer³⁶. Kısmi bölünmede, ortaklığa ait malvarlığının bir kısmı yeni

²⁴ ŞENER, s. 124; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 68; SUSUZ, s. 204. Birleşmede bütün malvarlığının devri suretiyle mali süreklilik sağlanır ve üyeliğin sürekliliği, devrolan şirketin tasfiyesiz sona ermesi ve bu sürecin birleşme sözleşmesinde düzenlenmesi gibi karakteristik unsurlar bulunur. Bkz. VOGEL / HEIZ / BEHNISCH / SIEBER / OPEL, *OFK*, Art. 3 Grundsatz, s. 89; FREY, *SHK FUS*, Art. 3, s. 28.

²⁵ BAHTIYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 14. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2020, s. 63; GÖKTÜRK, s. 636.

²⁶ VOGEL / HEIZ / BEHNISCH / SIEBER / OPEL, *OFK*, Art. 3 Grundsatz, s. 96; BOZKURT, s. 548; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 69; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 533. Devralan şirketin ortaklıklarında ya da sermayesinde değişiklik meydana gelebilir ancak tüzel kişiliğin türünde herhangi bir değişiklik ortaya çıkmaz. Bkz. PULAŞLI, s. 211.

²⁷ BAHTIYAR, s. 63; FREY, *SHK FUS*, Art. 3, s. 32; PULAŞLI, s. 211; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 534; BOZKURT, s. 548; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 69; GÖKTÜRK, s. 637; VOGEL / HEIZ / BEHNISCH / SIEBER / OPEL, *OFK*, Art. 3 Grundsatz, s. 96; ŞENER, s. 124; TEKİNALP, s. 681; POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 124; SUSUZ, s. 206. Uygulamada birleşmelerin neredeyse tamamı devralma yoluyla birleşme şeklinde gerçekleşmektedir. Bkz. VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / VON DER CRONE / INGBER, s. 26.

²⁸ VOGEL / HEIZ / BEHNISCH / SIEBER / OPEL, *OFK*, Art. 3 Grundsatz, s. 97; SUSUZ, s. 208; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 68; BOZKURT, s. 548; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 533; FREY, *SHK FUS*, Art. 3, s. 33. Bu tür birleşmelerde devrolan şirketlerin sayısının birden fazla olması gerekmektedir. Bkz. POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 124.

²⁹ GÖKTÜRK, s. 637; ŞENER, s. 125; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 534; SUSUZ, s. 208; BOZKURT, s. 548; BAHTIYAR, s. 63. Devralma şeklindeki birleşmede şirketlerden en azından birisi, malvarlığını taşımaksızın hâlihazırdaki şekilde bunlara sahip olmaya devam eder, yeni kuruluş şeklinde birleşmelerde birleşmeye katılan şirketlerin her biri malvarlıklarını yeni kurulan şirkete taşırlar. Bkz. VOGEL / HEIZ / BEHNISCH / SIEBER / OPEL, *OFK*, Art. 3 Grundsatz, s. 97.

³⁰ ŞENER, s. 125. Birleşme türlerine uygulanacak işlemler farklılık arz etse bile, doğrudukları sonuçlar benzerlik göstermektedir. Bkz. AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 534.

³¹ BAUEN, Marc / BERNET, Robert: *Schweizer Aktiengesellschaft, Aktienrecht - Fusionsrecht - Börsenrecht - Steuerrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 2007, s. 295; HANSELMANN, Petra: “Art. 29”, (Hrsg): MCKENZIE, John / BAKER, Russell, *SHK - Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz*, 2. Baskı, Zürich 2015, s. 257; TEKİNALP, s. 724; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 551; BOZKURT, s. 576; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 80. Bölünmeyi tanımlarken mevcut tanımlar ile yetinilmemesi gerekir. Zira tam ve kısmi bölünmenin farkları kavramsal yapıdan kaynaklanır. Bkz. POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 169.

³² TEKİNALP, s. 725.

³³ POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 172 vd.

³⁴ BAUEN / BERNET, s. 295; HANSELMANN, *SHK FUS*, Art. 29, s. 259; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 558; TEKİNALP, s. 726; BOZKURT, s. 580; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 80. Bölünme sonucu bölünen ortaklığın malvarlığı külli halefiyet yoluyla devralan ortaklığa geçer. Bkz. ŞENER, s. 139.

³⁵ TEKİNALP, s. 726; PULAŞLI, s. 303; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 80; ŞENER, s. 139; HANSELMANN, *SHK FUS*, Art. 29, s. 259.

³⁶ HANSELMANN, *SHK FUS*, Art. 29, s. 259; BAHTIYAR, s. 70; BAUEN / BERNET, s. 295. Tam bölünmede yeni kuruluş şeklinde birleşme işleminin metod olarak tersi bir durum ortaya çıkmaktadır. Bkz. PULAŞLI, s. 303; HANSELMANN, *SHK FUS*, Art. 29, s. 257.

kurulan veya var olan bir ortaklığa devredilir³⁷. Malvarlığını devreden ortaklık sona ermez³⁸. Tam bölünmeye benzer şekilde, kısmi bölünen şirket ortakları da devrolan malvarlığına ilişkin hakları iktisap eder³⁹. Tam veya kısmi bölünen ortaklığın devralan ortaklıkta pay oranlarını koruması (devralan ortaklıkta pay tahsis edilmesi) durumunda oranların korunduğu, bunun tersinin olduğu hallerde oranların korunmadığı bölünmeden bahsedilir⁴⁰. Tek ortaklı yavru şirket kurmada, bölünen şirket devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığı olarak devralan şirketlerde pay ve hak elde ederek yavru şirketini oluşturur⁴¹. Bu şekilde bir bölünme ancak kısmi bölünmede meydana gelebilir⁴². Devralmaya ilişkin bölünmede ortaklığın malvarlığının bir bölümü devredilmek suretiyle bölünme gerçekleşir iken, yeni kuruluş şeklinde bölünme ortaklığın bir kısmının mevcut bir ortaklığa değil, yeni kurulacak ortaklığa devredilmesi şeklinde ortaya çıkar⁴³.

C. Tür Değişirme

Tür değişirme, kanunda yer alan tiplerden birine uygun olarak kurulmuş bir şirketin diğer bir tipe yahut bir ticari işletmenin ticaret şirketine dönüştürülmesidir⁴⁴. Bu dönüştürme işleminde şirketler tasfiye sürecine girmezler⁴⁵. Tür değiştiren şirketler ekonomik bağımsızlıklarını korurlar⁴⁶. Tür değiştiren şirketler hukuki varlıklarını da kesintisiz bir biçimde korumaya devam ederler⁴⁷. Bu anlamda bir tür değiştirmeden söz edebilmek için eski türdeki şirketin malvarlığı bütünlüğünü muhafaza etmesi ve ekonomik devamlılığını sürdürmesi gereklidir⁴⁸.

Tür değişirme; “biçim değiştirci tür değişirme” ve “yeni kuruluş yoluyla tür değişirme” olmak üzere iki şekilde yapılabilir⁴⁹. Biçim değiştirci tür değişirme, şirketin tüzel kişiliğini kaybetmediği, yalnızca kimi işlemler sonucu şeklini değiştirerek başka türde bir şirket haline geldiği tür değişirme çeşididir⁵⁰. Bu işlemde eski şirketin feshi ve yerine yenisinin kurulması, malvarlığı devri yahut külli halefiyet unsurları vuku bulmaz⁵¹. Biçim değiştirci tür değiştirmede, şirketin tüzel kişiliği son bulmakta yalnız bazı işlemler sonucu şeklini değiştirerek başka türde bir şirket haline gelmektedir⁵². Ör-

³⁷ ŞENER, s. 139; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 81; TEKİNALP, s. 726; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 558; BOZKURT, s. 580; BAUEN / BERNET, s. 295; HANSELMANN, *SHK FUS*, Art. 29, s. 260.

³⁸ TEKİNALP, s. 726; BAUEN / BERNET, s. 295; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 81; HANSELMANN, *SHK FUS*, Art. 29, s. 260. Bölünen şirketin devrolunan malvarlığı oranında sermayesi azalır. Bkz. ŞENER, s. 139.

³⁹ BAHTİYAR, s. 70; HANSELMANN, *SHK FUS*, Art. 29, s. 260; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 81; ŞENER, s. 139; BAUEN / BERNET, s. 295.

⁴⁰ TEKİNALP, s. 727 vd.; BOZKURT, s. 582; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 559. Oranın korunduğu bölünmelerde, pay sahipliğinin devamlılığı ilkesi sayesinde, oranların korunması sağlanır. Bkz. PULAŞLI, s. 306.

⁴¹ TEKİNALP, s. 728.

⁴² POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, s. 175; BAUEN / BERNET, s. 295.

⁴³ PULAŞLI, s. 304-305; BAUEN / BERNET, s. 295; BOZKURT, s. 581-582.

⁴⁴ KUNZ, Peter V.: “Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht - Blicke zurück und nach vorne”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2004, s. 805; VOGT, Hans-Ueli: “Fusion und Umwandlung nach dem neuen Fusionsgesetz, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht”, *ZBGR*, 2004, Sayı 85, s. 161; KIRAN, Süleyman: “Md. 180-190”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 553; ŞENER, s. 154-155; PULAŞLI, s. 354; TEKİNALP, s. 745; VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / VON DER CRONE / INGBER, s. 318; BOZKURT, s. 598; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 573.

⁴⁵ TEKİNALP, s. 745; VOGT, s. 161; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 90; BOZKURT, s. 599; KIRAN, s. 555; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 580.

⁴⁶ BAHTİYAR, s. 73; VOGT, s. 161; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 90; KIRAN, s. 553; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 578.

⁴⁷ ŞENER, s. 155; VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / VON DER CRONE / INGBER, s. 318; KUNZ, s. 805; VOGT, s. 161; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 90; BOZKURT, s. 599.

⁴⁸ PULAŞLI, s. 354.

⁴⁹ KUNZ, s. 805; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 91. Her iki tür değişirme biçiminde de tür değiştiren ortaklığın tüzel kişiliğinin, hukuki ilişkilerin ve pay sahiplerinin payının korunması halleri mevcuttur. Bkz. BAUEN / BERNET, s. 298; VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / VON DER CRONE / INGBER, s. 319.

⁵⁰ ŞENER, s. 157; TEKİNALP, s. 746; BAUEN / BERNET, s. 299; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 90; KIRAN, s. 556.

⁵¹ BAUEN / BERNET, s. 299; TEKİNALP, s. 746; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 90; KIRAN, s. 556.

⁵² TEKİNALP, s. 746; BAUEN / BERNET, s. 299; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 90; KIRAN, s. 556.

neğin, bir anonim şirketin limited şirkete dönüşmesinde olan durum böyledir⁵³. Yeni kuruluş yoluyla tür değiştirmede, devredilen şirket tür değiştirme işlemlerinden sonra ticaret sicilinden silinmektedir⁵⁴. 6102 sayılı Kanun'un, tür değişikliği anlamında biçim değiştirici tür değiştirmeyi benimsediği ifade edilebilir⁵⁵.

III. İŞÇİNİN İTİRAZ HAKKI

A. Genel Olarak

İşyerini devralan ve devreden işverenler işçilerin herhangi bir hukuki sorun çıkmadan çalışmaya devam etmesini, işçiler ise özellikle kıdem kaybı açısından çalışmanın kesintiye uğramamasını⁵⁶, ancak diğer yandan da çalışma koşullarının kökten değişmemesini isterler. İşte bu noktada itiraz hakkı, işyeri devri neticesinde sözleşmelerin devralana geçmesinin engellenebilmesi ile tarafların menfaatlerinin dengelenmesini sağlayabilir⁵⁷. Öte yandan iş sözleşmesinin tarafları arasında kişisel hukuki ilişki kurma özelliğini ihtiva etmesi ve bunun sonucu işçinin kişisel olarak işverene bağlılığı, ona istemediği iş ilişkisini dayatmama sonucunu da doğurur⁵⁸. Diğer bir ifadeyle, işçi sözleşme ortağını seçme konusunda özgür olmalıdır⁵⁹.

İşçinin itiraz hakkı, bir bakıma bu olumsuzlukları ortadan kaldırmaya hizmet eder. İtiraz hakkı işçi açısından işveren değişikliğini, devralan işveren açısından da daha sonra iş sözleşmesinden doğacak haklardan doğacak sorumluluğu önler⁶⁰. Kanun koyucu bu amaçla ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi veya tür değiştirmesinde yapısal değişikliğe uğrayan şirketlerde çalışan işçilerin itiraz hakkını kullanabileceğine ilişkin düzenlemeleri TTK m. 178 ve devamında kanunlaştırmıştır.

İtiraz hakkına ilişkin düzenlemenin 4857 sayılı Kanun'da yer alması ve Kanun kapsamında olan tüm işyeri devirlerinde işçinin itiraz etme hakkının bulunması daha isabetli olurdu. Ticaret şirketlerindeki yapısal değişiklikleri, "itiraz hakkı" anlamında, İş Kanunu kapsamında olan işyeri devirlerinden ayıran özelliğin ne olduğunun sorgulanması gerekir. Ticaret şirketlerinde çalışan işçilerle bu yapıdaki bir işyerinde çalışmayan işçilerin korunmaya değer menfaatleri arasında nasıl bir farklılığın bulunduğu belirsizdir⁶¹.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda (*Obligationenrecht*, OR) işyerinin devri hükümleri Art. 333 maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Maddeye göre, işyeri devri ile işyerinde bulunan iş sözleşmeleri tüm hak ve

⁵³ TEKİNALP, s. 746.

⁵⁴ VOGT, s. 162; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 90; KIRAN, s. 558; TEKİNALP, s. 747. *Pulaşlı*'ya göre, bu biçimdeki bir tür değiştirmenin tasfiyesiz tür değiştirme ile bağlantısı söz konusu değildir ve bunun bir tür değiştirme olduğunun kabulü mümkün değildir. PULAŞLI, s. 354.

⁵⁵ BAHTİYAR, s. 73; KIRAN, s. 559.

⁵⁶ STREIFF, Ullin / VON KAENEL, Adrian / RUDOLPH, Roger: *Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2012, s. 825.

⁵⁷ STREIFF / KAENEL / RUDOLPH, s. 825. İtiraz hakkı ile işçinin iş sözleşmesinin kendi iradesi dışında devredilmesinin önüne geçilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SIMON, Stefan: "UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang", SEMLER, Johannes / STENGEL, Arndt / LEONARD, Nina (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz: UmwG, Beck'sche Kurz-Kommentare*, 5. Baskı, C.H.BECK, 2021, Rn. 49.

⁵⁸ HAMACHER, Anno: "InsO § 128 Betriebsveräußerung", NERLICH, Jörg / ROMERMANN, Volker (Hrsg.): *Beck'scher Kommentar, Insolvenzordnung (InsO) / Insolvenzrecht (InsR)*, 47. Baskı, C.H.BECK, 2023, Rn. 27; STAEHELIN, Andreas: "Art. 333a", SCHMID, Jörg (Hrsg.), *ZK - Zürcher Kommentar*, 5. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2014, s. 55; REHBINDER, Manfred / STOCKLI, Jean-Fritz: "Art. 333", HAUSHEER, Heinz / WALTER, Hans Peter (Hrsg.), *BK - Berner Kommentar*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Zürich, 2014, s. 86.

⁵⁹ SCHREIBER, Christoph: "BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang", SCHULZE, Reiner / DORNER, Heinrich / EBERT, Ina (Hrsg.), *Nomos Handkommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Baskı, Nomos, 2021, Rn. 6.

⁶⁰ HAMACHER, BECK, InsO § 128 Betriebsveräußerung, Rn. 27.

⁶¹ Öğretide de söz konusu durum eleştirilmiştir. *Bir görüşe göre*, yapısal değişiklik sonucu değil de, örneğin kira gibi bir hukuki ilişki sonucu devredilen işçilerin TTK m. 178'deki gibi korunmuyor oluşunun haklı bir gerekçesi yoktur. Bkz. ALP, s. 71. *Diğer görüşe göre*, işçi için önemli olan çalıştığı işyerindeki çalışma koşullarıdır. İşçinin çalışma koşullarının değişmediği bir ihtimalde itiraz hakkının varlığı da gereksizdir. Dolayısıyla TTK m. 178 kapsamında salt yapısal değişiklik nedeniyle itiraz hakkının kanunlaştırılması yerinde olmamıştır. Bkz. EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 201.

borçları ile işyeri veya işletmeyi devralan işverene geçer. Kendiliğinden gerçekleşen devir işlemi ancak işçinin itirazı ile engellenebilir⁶². Bu halde iş sözleşmesi veya sözleşmeleri yeni işverene geçmez ve eski işverende kalmaya devam eder⁶³. İtiraz hakkı işyeri devirlerinin yanı sıra, ticaret şirketlerindeki yapısal değişikliklerinde de kullanılabilir⁶⁴. Zira İsviçre kanun koyucusu, İsviçre Birleşme Kanunu (*Fusiongesetz*, FusG) Art. 27 hükmünde ticaret şirketlerinde yapısal değişiklikler halinde OR Art. 333 hükümlerinin uygulanacağına dair atf yaparak, işçilerin itiraz hakkının ticaret şirketlerinin yapısal değişikliklerinde de mevcut olduğunu açıkça ifade etmiştir. Alman Medeni Kanunu'nda (*Bürgerlichen Gesetzbuch*, BGB) ise, işyeri devirlerinde hak ve yükümlülükler BGB § 613a maddesinde düzenlenmiş ve maddenin altıncı fıkrasında işçilerin devre itiraz edebilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir⁶⁵.

İşçilerin iş sözleşmelerinin işyeri devri sonucunda devredilmesi ve devir nedeniyle itiraz hakkını kullanmasının farklı kanunlarda düzenlenmesi öğretide tartışma konusu olmuştur. *Bir görüşe göre*, öncelikle iş hukukunu ve işçileri ilgilendiren bu durumun İş Kanunu yerine Türk Ticaret Kanunu'nda yer alması doğru olmamıştır. Ayrıca 6102 sayılı Kanun'da yer alan hükümlerin “özel kanun” şeklinde yorumlanması da mümkün değildir. Kaldı ki İş Kanunu'nda yer alan düzenlemelere benzer düzenleme TBK m. 428'de mevcuttur. Bu bağlamda TBK m. 428 uygulama bakımından öncelik arz eder⁶⁶. *Diğer görüşe göre*, bir açıdan Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemenin özel hüküm olarak kabul edileceği diğer açıdan ise İş Kanunu'nun iş ilişkileri bakımından özel kanun olduğu ifade edilebilirse de TTK m. 178'in özel kanun hükmü olduğu ve öncelikle uygulanacağı söylenebilir. Zira kanun koyucu TBK m. 428'de yer alan düzenlemeyi de dikkate almayı TTK'da yeniden bir düzenleme yapmış ve dolayısıyla bu hükümlerin öncelikli uygulanması hususunda iradesini ortaya koymuştur⁶⁷. *Bir diğer görüşe göre*, TTK m. 178 ve devamı İşK m. 6'ya göre sonraki özel kanun niteliğindedir. Söz konusu hükümler sadece ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi ile sınırlı olmak üzere öncelikli olarak uygulanmalıdır⁶⁸. Bize göre de kanun koyucunun TTK m. 178'deki hükümlerinin içeriğini İş Kanunu'nda değil de ayrı ve özel olarak farklı Kanun'da düzenlediği dikkate alınır, bu Kanun'un (TTK m. 178) uygulanmasına öncelik verdiği sonucu çıkarılabilir.

B. Türk Ticaret Kanunu m. 178 ve Karşılaştırmalı Hukukta Yer Alan İtiraz Hakkı Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler

1. İtirazı Yapacak Kişi veya Kişiler ile İtirazın Muhtevası

Ticaret şirketlerinin yapısal değişikliğe uğraması sonucu iş sözleşmeleri kendiliğinden devredilen ve bunun neticesinde devralan şirkette çalışmaya devam etmek durumunda kalacak işçiler itiraz hakkını kullanabilir⁶⁹. TTK m. 178'de yer alan işçi ifadesi için 4857 sayılı Kanun'a atf yapılmamıştır. Dolayısıyla kapsamında olunan Kanun fark etmeksizin iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin itiraz hakkını kullanabileceği ifade edilebilir⁷⁰.

⁶² ETTER, Boris / STUCKY, Marcel: “Art. 333b”, ETTER, Boris / FACINCANI, Nicolas, SUTTER, Reto (Hrsg.): *SHK - Stämpflis Handkommentar*, 2021, s. 523

⁶³ ETTER / STUCKY, *SHK*, Art. 333b, s. 523.

⁶⁴ STAEHELIN, ZK, Art. 333a, s. 55.

⁶⁵ Kanun koyucunun işçilere itiraz hakkını tanınmasının, işçilerin çalışmaya zorlanmasının insan onuru ve iş seçme özgürlüğü ile bağdaşmaması nedenleriyle gerçekleştiği söylenebilir. Bkz. MULLER-GLOGE, Rudi: “BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang”, SACKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERG, Bettina (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Baskı, C.H.BECK, 2023, Rn. 104.

⁶⁶ EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 198-202.

⁶⁷ ALP, s. 56-58.

⁶⁸ ASTARLI, Muhittin: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı”, *Çalışma ve Toplum*, 2013, Cilt 1, Sayı 36, s. 85. Benzer yönde bkz. KAYIK AYDINALP, Aslı: *İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017, s. 82-83; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 146; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 213; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m.178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2013, Sayı 29, s. 37.

⁶⁹ MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 111.

⁷⁰ Benzer yönde bkz. KAYIK AYDINALP, s. 161.

İşyerinin devrinin söz konusu olduğu birleşme ve bölünmede, yapısal değişikliğin türü fark etmeksizin işçilerin devre itiraz hakkının var olduğu kabul edilmelidir. Tür değiştirme açısından ise farklı bir sonuç ortaya çıkar. Zira tür değiştirmede işyeri devri işlemi gerçekleşmez, işçilerin iş sözleşmelerinin devri de söz konusu olmaz. Kaldı ki TTK m. 190'da özel olarak itiraz hakkına değil, genel olarak TTK m. 178'a bir atıf mevcuttur. Bu bağlamda tür değiştiren şirkette çalışan işçilerin itiraz hakkının bulunmadığı sonucuna varılabilir.

İtiraz hakkının toplu şekilde kullanılmasına hukuki engel yoktur. Ayrıca yapısal değişiklik sonucu devralan işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri devredilmez, ticaret şirketlerinin yapısal değişikliği onların işi ifa ettikleri işvereni değiştirmez, bu nedenle söz konusu işçiler itiraz hakkına sahip değildir⁷¹.

İşçinin sessiz kalması itiraz olarak nitelendirilemez⁷². İtiraz hakkı feshe karşılık gelmediğinden gerekçelendirilmesi gerekmez⁷³. İtiraz için gerçekliğe dayanan bir nedenin varlığı da şart değildir⁷⁴. Bu açıdan işçinin devre rıza göstermeme isteği yeterli kabul edilir. İşçinin haklı nedeni olsa bile bunu itiraz metninde belirtmemesi önem arz etmez⁷⁵. İşçinin metin içerisinde itiraz ifadesini kullanması gerekli değildir⁷⁶. İşçinin ifadelerinden sözleşmesinin yeni işverene geçmesini istemediğinin anlaşılması yeterlidir⁷⁷.

2. İtirazın Yönelileceği Kişinin Belirlenmesi

İşçinin itiraz hakkını kullanmak suretiyle iş sözleşmesinin devralan işverene geçmesini önlemesi bu doğrultuda bir eylemde bulunmasına bağlıdır⁷⁸. Eylemin istenilen hüküm ve sonuçları doğurması, hem istenilen sonuca hem doğru kişiye yöneltilmesi neticesinde mümkün olabilir. Sonuç olarak, itiraz süresinin başlaması ve itirazın geçerli olabilmesi için doğru kişiye yöneltilmesi gerekir⁷⁹.

TTK m. 178'de itirazın kime yönelileceği hususu yer almamıştır. Bu açıdan işçi tereddütte kalabilecek ve belki bu durum itiraz süresinin kaçırılmasına dahi neden olabilir. İtirazın muhatabının kim olacağına yönelik Türk hukukunda çeşitli görüşler öne sürülmüştür. *Bir görüşe göre*, itirazın muhatabı bakımından işçinin seçim hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Devralan veya devreden işverenlerden birine yapılacak itiraz yeterli olur⁸⁰. *Bu görüşe eklemeye yapan bir görüşe göre*, itirazın muhatabı devre ilişkin bilgilendirmenin kimin tarafından yapıldığından bağımsız olarak işverenlerden herhangi biri olabilir⁸¹. *Diğer görüşe göre*, işçinin itirazı tanıdığı işverene veya her iki işverene birden yöneltilmesi seçenekler arasında yer alsada bu konudaki en uygun çözüm Alman hukukunda kabul edilen itirazın yönelileceği kişiyi işçinin tercihine bırakmaktır⁸².

⁷¹ Birleşmeden devralan işyerindeki işçilerin de etkilenmesi mümkün iken, onlara itiraz hakkının verilmemesi dikkate değer bir durumdur. Bkz. WILDHABER, Isabelle, *Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen*, Schulthess Verlag, Zürich, 2011, s. 169.

⁷² MULLER-GLOGE, MUNCH, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 118. İtiraz hakkının örtülü olarak kullanılabilmesine ilişkin görüşler için bkz. ASTARLI, s. 89; KAYIK AYDINALP, s. 150.

⁷³ FACINCANI, Nicolas / SUTTER, Reto: "Art. 333", ETTER, Boris / FACINCANI, Nicolas / SUTTER, Reto (Hrsg.): SHK - Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag, Zürich, 2021, s. 502; MULLER-GLOGE, MUNCH, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 115; HAMACHER, BECK, InsO § 128 Betriebsveräußerung, Rn. 28; SIMON, BECK, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 55; STAEHELIN, ZK, Art. 333a, s. 55; WILDHABER, s. 169; REHBINDER / STOCKLI, BK, Art. 333, s. 89; ASTARLI, s. 89.

⁷⁴ SCHREIBER, HAND, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 6; ASTARLI, s. 89.

⁷⁵ WILDHABER, Isabelle: "Kapitel 20 Umstrukturierungen / I. - II. / A. - C.", PORTMANN, Wolfgang / VON KAENEL, Adrian (Hrsg.), Praxis Kommentar, *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 2018, s. 836.

⁷⁶ MULLER-GLOGE, MUNCH, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 118; HAMACHER, BECK, InsO § 128 Betriebsveräußerung, Rn. 28.

⁷⁷ MULLER-GLOGE, MUNCH, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 115. İtiraza ilişkin iradenin açıkça ifade edilmesi gerekmektedir. Bkz. SIMON, BECK, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 56.

⁷⁸ FACINCANI / SUTTER, SHK, Art. 333, s. 502; SCHREIBER, HAND, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 6.

⁷⁹ WILDHABER, s. 174.

⁸⁰ ASTARLI, s. 90. Aynı görüşte bkz. ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 145.

⁸¹ KAYIK AYDINALP, s. 152.

⁸² ALP, s. 63.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda itirazın muhatabı hakkında bir hüküm olmasa da İsviçre Birleşme Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan çalışanların korunması prensibinden, işçilerin hem devreden hem devralan işverenlere itiraz hakkını yöneltebileceği sonucunu ortaya çıksa da⁸³, İsviçre hukukunda çeşitli görüşler öne sürülmüştür. *Bir görüşe göre*, öğretide farklı görüşler yer alsa da devirden önce veya devirden sonra itirazın somut işverene yapılması yerinde olur⁸⁴. *Diğer görüşe göre*, itiraz hakkının kullanılması her iki işvereni de ilgilendirir, ancak itirazın ikisine birden yapılması işçi için zorluk yaratabilir. Dolayısıyla itiraz işverenlerden birine yapılmalı, itiraz yapılan işveren diğerine bilgilendirmede bulunmalıdır⁸⁵. *Bir diğer görüşe göre*, çeşitli ihtimaller sayılabilirse bile, en mantıklı çözüm işçinin itirazın yöneltileceği kişiyi seçme hakkına sahip olmasıdır⁸⁶. Alman hukukunda ise, itirazın hem eski hem yeni işverene yapılabileceği kabul edilmektedir⁸⁷.

Bize göre, daha sonra da ifade edeceğimiz üzere, bilgilendirme yükümlülüğünden ve işçilik alacaklarından müteselsilen sorumlu olan işverenlerin, itiraz hakkının sonuçlarına da birlikte katlanacağı açıktır. Her iki işveren itiraz süreci içerisinde aktif olarak yer aldığından, işçinin her iki işverene de itiraz hakkını yöneltmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekir. Ayrıca itiraz hakkını etkili şekilde kullanmak isteyen işçinin, itirazı hâlihazırdaki (somut) işverene yöneltmesinin daha doğru olacağı da söylenebilir⁸⁸.

3. Devir Hakkında İşçinin Bilgilendirilmesi

İşçilerin bilgilendirmesi, tüm koşulları değerlendirip buna göre itiraz hakkını kullanılmasında büyük önem arz etmektedir⁸⁹. İşçiler ancak usulüne uygun bir bilgilendirme neticesinde itiraz hakkını kullanıp kullanmayacağına karar verebilir ve bu hakkın kullanılması sonucunda alacağı önlemleri belirleyebilir⁹⁰.

İşçilere verilecek bilginin içeriği itiraz hakkını kullanmasında etkili olmakla birlikte, bu hakkın kullanılmasını kolaylaştıran bir yönünün de bulunması gerekir⁹¹. Bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi işveren değişikliğini engellemez, ancak yükümlülük değişiklikten sonra da devam eder⁹². Bilgilendirmenin yapısal değişiklikten önce yapılması yerinde olur⁹³. İşveren değişikliğinden önce bilgilendirme yapılmamışsa, değişiklikten sonra yapılmak suretiyle bu konudaki eksiklik giderilebilir⁹⁴. İtiraz hakkının sonuçlarına ilişkin bilgi eksikliği olan bir işçinin sırf bu nedenle bilgilendirme yükümlülüğünün usulüne uygun yapılmadığını öne sürmesi işverenin söz konusu yükümlülüğü yerine getirmede anlamına gelmez⁹⁵.

⁸³ WILDHABER, s. 175.

⁸⁴ FACINCANI / SUTTER, *SHK*, Art. 333, s. 502. Benzer yönde bkz. STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, s. 852.

⁸⁵ STAEHELIN, *ZK*, Art. 333a, s. 56. İtiraz hakkı konusunda diğerini bilgilendirmeyi, işverenler açısından sözleşmeden doğan yan edim yükümlülüğü olarak ifade etmek mümkündür. Bu şekilde işçi kendi etki alanında bulunmayan işlemlerin belirsizliklerinden de kurtulmuş olmaktadır. Bkz. WILDHABER, s. 175.

⁸⁶ WILDHABER, s. 174.

⁸⁷ WILLEMSSEN, Heinz Josef / LEMBKE, Mark: "Die Neuregelung von Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang", *NJW*, 2002, s. 1160; HAMACHER, *BECK*, InsO § 128 Betriebsveräußerung, Rn. 28; SCHREIBER, *HAND*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 6. Devreden ve devralan işverenlerin bu konuda birbirlerini bilgilendirmeleri kendi sorumluluklarındadır. Bkz. SIMON, *BECK*, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 58.

⁸⁸ İtiraz hakkının kime yönelteceği belirlenirken devir tarihi esas alınmamalıdır. Zira işçi çoğu zaman devrin hangi tarihte tamamlandığını tespit edememektedir. Devir tarihindeki belirsizliklerin de bu konuda işçiye yüklenmesi gerekmektedir. Bkz. WILDHABER, s. 174-175.

⁸⁹ VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / VON DER CRONE / INGBER, s. 649.

⁹⁰ STAEHELIN, *ZK*, Art. 333a, s. 65; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, s. 851.

⁹¹ MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 109.

⁹² SCHREIBER, *HAND*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 7.

⁹³ STAEHELIN, *ZK*, Art. 333a, s. 65. Bölünme halinde yapısal değişiklikten önce bilgilendirme yapılmalıdır. Bkz. VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / VON DER CRONE / INGBER, s. 649.

⁹⁴ SCHREIBER, *HAND*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 7. Devre ilişkin bilgiler tamamlanmadan işçi devre onay verdiğini beyan ederse bunu geçerli bir rıza olarak kabul etmek gerekir. Bkz. STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, s. 851.

⁹⁵ MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 109.

Bilgilendirme yükümlülüğünden devreden ve devralan işveren müteselsil olarak sorumludur⁹⁶. Bu anlamda taraflardan birinin işçi veya işçileri bilgilendirmesinin diğerinin yararına olduğu kabul edilir⁹⁷. Ayrıca işçi itirazını işverenlerden birine yöneltirse, itirazın yapıldığı işverenin diğer işvereni bu konu hakkında bilgilendirmesi gerekir⁹⁸. Bilgilendirme yükümlülüğü devirden önce yerine getirilmezse yükümlülüğün sona erdiği kabul edilmez, bilakis yükümlülük devirden sonra da devam eder⁹⁹.

Bilgilerin kapsamı için objektif bilgi düzeyi ile değil, aksine tarafların sahip olduğu sübjektif bilgilerin varlığına dayanarak çözüme gidilmelidir¹⁰⁰. Bu anlamda bilgileri işçiye sağlayan taraf açısından bilgilerin doğru oluşu, yükümlülüğün yerine getirilmesi için yeterli olarak kabul edilmelidir¹⁰¹. Bilgilerin doğru oluşu için işçilere verildiği anın da önemi vardır¹⁰². O an için doğru olan bilginin devirden uzun bir süre sonra ve değişen koşullara göre anlamını yitirmesi, bilginin doğruluğunu etkilememelidir. Çalışanların bilgilendirilmesini bir bilgi beyanı olarak sınıflandırmak gerekir. Bu anlamda bilgi, bir irade beyanı olarak yorumlanamaz¹⁰³.

Ticaret şirketlerinin bölünmesinde sadece bölünen şirketin çalışanları değil, ayrıca devralan şirketin çalışanlarının da devirden etkilenmesi söz konusu olabilir. Devralınma amacıyla bölünen şirket sadece bölünme olgusu hakkında işçileri bilgilendirilmesi yeterli değildir. Her ne kadar pozitif düzenleme mevcut değilse de BGB § 613a/V hükmüne benzer şekilde, Türk hukuku açısından da bölünme nedenlerinin ve bölünmenin hukuki, ekonomik ve sosyal olarak sonuçlarının işçilere bildirilmesinin kabulü gerekir¹⁰⁴. Bu içeriğe sahip olan bilgileri destekleyici öncelikli olarak mali ve ticari nedenlere yer verilmesi düşünülebilir¹⁰⁵. Bilgilendirmenin içeriğinde; yeni işverenin ekonomik durumu, işyerinde organizasyonel değişikliğe gitmesinin söz konusu olabileceği veya toplu iş sözleşmesinin uygulanmasına devam edileceği gibi hususların bulunmasının yerinde olacağı ifade edilebilir¹⁰⁶. Yapısal değişikliğin hangi ekonomik amaçla yapıldığının işçilere bildirilmesinin önemi yoktur¹⁰⁷.

İsviçre hukukunda bilgilendirmenin içeriğini devrin; sebebi, hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçları oluşturmaktadır¹⁰⁸. Bilgilendirme yükümlülüğünün özel bir şekilde yapılacağına ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nda herhangi bir kanun hükmü yoktur¹⁰⁹. Bu bağlamda bilgilendirme sözlü veya yazılı şekilde yapılabilir¹¹⁰. İsviçre Birleşme Kanunu uyarınca ticaret şirketlerinde yapısal değişiklik halinde

⁹⁶ MUCKL, Patrick: "Rechtsfolgen einer fehlerhaften Unterrichtung des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang - BAG", *NZA 2005*, 1302, s. 396; SCHREIBER *HAND*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 7; MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 111; HAMACHER, *BECK*, InsO § 128 Betriebsveräußerung, Rn. 28.

⁹⁷ MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 111; SCHREIBER *HAND*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 7.

⁹⁸ WILLEMSSEN / LEMBKE, s. 1160.

⁹⁹ WILLEMSSEN / LEMBKE, s. 1163.

¹⁰⁰ SCHREIBER, *HAND*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 7; MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 111. Bilginin içeriğinde daha sonradan meydana gelen değişiklikler, onun yanlış veya eksik verildiği anlamına gelmez. Bkz. MUCKL, s. 396.

¹⁰¹ MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 111. Eksik veya yetersiz bilgi ile itiraz hakkı kullanılırsa, itiraz hakkının geçersiz olduğu kabul edilebilir. Bkz. MUCKL, s. 396.

¹⁰² WILLEMSSEN / LEMBKE, s. 1163; SCHREIBER, *HAND*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 7.

¹⁰³ MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 112.

¹⁰⁴ VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / VON DER CRONE / INGBER, s. 648.

¹⁰⁵ REHBINDER / STOCKLI, *BK*, Art. 333, s. 104.

¹⁰⁶ STAEHELIN, *ZK*, Art. 333a, s. 65; REHBINDER / STOCKLI, *BK*, Art. 333, s. 104.

¹⁰⁷ MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 107.

¹⁰⁸ STAEHELIN, *ZK*, Art. 333a, s. 65. İsviçre Şirketlerin Çalışanlarını Bilgilendirme ve Yönetime Katılma Hakkında Kanun'un (Mitwirkungsgesetz, MitwG) 9'uncu maddesi uyarınca işverenin bilgi vermekle yükümlü olduğu söylenebilir. Bkz. REHBINDER / STOCKLI, *BK*, Art. 333, s. 104.

¹⁰⁹ REHBINDER / STOCKLI, *BK*, Art. 333, s. 104.

¹¹⁰ STAEHELIN, *ZK*, Art. 333a s. 65. Bilgilendirme yükümlülüğü ancak doğru bilgilerin işçilere iletilmesi ve işçilerin bu bilgileri rahatça anlaması sonucunda amacına ulaşır. Bu nedenle karmaşık durumların yer aldığı bir işyeri devrinde bilgilerin işçilere yazılı şekilde iletilmesi doğru olur. Bkz. REHBINDER / STOCKLI, *BK*, Art. 333, s. 105.

bilgilendirme doğrudan işçiye değil, eğer işyerinde işçi temsilciliği varsa bu kuruma yapılması gerekir (FusG Art. 28/1)¹¹¹.

Alman hukukunda işverenlerin işçileri bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu BGB § 613a/V maddesinde düzenlenmiştir¹¹². Buna göre önceki ya da sonraki işverenin; devirden etkilenen işçiyi devirden önce olmak kaydıyla¹¹³, devrin planlanan zamanı ya da tarihi, devrin neden yapıldığı, devrin işçileri açısından ortaya çıkabilecek hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçları ve işçiler için planlanan tedbirler hakkında yazılı şekilde¹¹⁴ bilgilendirmesi gerekmektedir¹¹⁵.

Türk hukuku bakımından ise, TTK m. 178'de bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmemesi isabetsiz olmuştur. Bilgilendirmenin yapılması itiraz hakkının kullanılacağı an bakımından başlangıç kabul edileceğinden yazılı olarak yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Ayrıca bilgilendirmenin iş sözleşmelerinin devrinden önce yapılması işçi açısından daha faydalı olacaktır. Böylece itirazın işçiler tarafından yapılıp yapılmayacağı, yeni işverenin yanında çalışmadan önceki aşamada açıklığa kavuşturulması sağlanacaktır.

4. İtirazın Hukuki Niteliğinin ve Şeklinin Belirlenmesi

İtiraz hakkı, varması gerekli bir irade beyanı olarak kabul edilir¹¹⁶. Tek taraflı olarak yapılan itiraz, bağlayıcı bir irade beyanıdır¹¹⁷. Yeni bir hukuki durumun ortaya çıkmasının veya mevcut hukuki durumun şekillendirilmesinin bir irade beyanı ile gerçekleşmesi yenilik doğuran haklar sayesinde mümkün olmaktadır¹¹⁸. Bu anlamda itiraz hakkı yenilik doğuran haklar arasında yer alır¹¹⁹. Bozucu yenilik doğuran haklar, hak veya hukuki ilişkiyi kullanılmalarıyla birlikte ortadan kaldırırlar¹²⁰. İtiraz hakkı, kullanılması ile taraflar arasındaki iş sözleşmesini sona erdirir. Bu nedenle itiraz hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu söylenebilir¹²¹.

Aşağıda da ifade edeceğimiz üzere Alman hukukunda itiraz hakkının kullanımı farklı sonuçlar ortaya çıkarır. Bu anlamda itiraz hakkı geleceğe etkili sonuçlar doğuran yenilik doğuran hak olarak kabul edilse de geçmişe etkili sonuç çıkarabildiği için, Alman hukukunda itiraz hakkının geleceğe etkili sonuçlar doğuran yenilik doğuran hakların özelliklerine zıt bir muhtevaya sahip olduğu ifade edilmektedir¹²².

Kanunda itiraz hakkının şekline ilişkin düzenlemenin yer almaması önemli eksikliklerdir. Söz konusu eksiklik öğretide eleştiri konusu olmuştur. *Bir görüşe göre*, TBK m. 12'den hareketle itirazın şekli önemli değildir. İtirazın yazılı, sözlü veya zımni olarak yapılmasında bir sakınca yoktur¹²³. *Diğer gö-*

¹¹¹ REHBINDER / STOCKLI, *BK*, Art. 333, s. 104.

¹¹² Uygulamada devir hakkında bilgilendirmenin devirden bir ay önce yapılması tavsiye edilmektedir. Ancak işverenlerin en geç devir esnasında bilgilendirmeyi yapması gerekir. Bkz. WILLEMSSEN / LEMBKE, s. 1163.

¹¹³ BGB § 613/VI maddesinden işçilerin sözleşmelerinin devrinden önce bilgilendirilmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir. Böylece işçilerin itiraz kararları henüz eski işveren için iş gördükleri sırada netleşebilir. Bkz. MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 113.

¹¹⁴ *Willemsen/Lembke*'ye göre, daha sonra ortaya çıkabilecek sorunları ortadan kaldırmak amacıyla bilgilendirmenin yazılı şekilde yapılması işverenlerin yararına olacaktır. Bkz. WILLEMSSEN / LEMBKE, s. 1160. Alman kanun koyucusu BGB § 613/V hükmünde işçilerin yazılı şekilde bilgilendirilmesini öngörmüştür. Bunun nedeni olarak bilgilendirme yükümlülüğünün ispat ve kanıt fonksiyonu değil, bilgi ve belgeleme işlevlerinin ön planda olması gösterilebilir. Bkz. MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 112.

¹¹⁵ Eksik bilgilendirme vb. itirazların önüne geçebilmek için işverenlerin BGB § 613a/V'de yer alan konular hakkında işçilere eksiksiz bilgi vermesi yerinde olacaktır. Bkz. WILLEMSSEN / LEMBKE, s. 1160.

¹¹⁶ FACINCANI / SUTTER, *SHK*, Art. 333, s. 502; MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 115; SCHREIBER, *HAND*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 6; STAEHELIN, *ZK*, Art. 333a, s. 56.

¹¹⁷ SIMON, *BECK*, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 55.

¹¹⁸ EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt: III*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 96.

¹¹⁹ SCHREIBER, *HAND*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 6.

¹²⁰ EREN / DÖNMEZ, s. 100.

¹²¹ Benzer yönde bkz. ALP, s. 61; KAYIK AYDINALP, s. 141.

¹²² HAMACHER, *BECK*, InsO § 128 Betriebsveräußerung, Rn. 28.

¹²³ ASTARLI, s. 89.

rüşe göre, yazılı ve sözlü itiraz yeterli olmakla birlikte ispat kolaylığı açısından itiraz hakkının yazılı olarak kullanılması yerinde olacaktır¹²⁴. *Bir diğer görüşe göre*, itirazın şekli için İşK m. 109'dan hareketle yazılılık şartının aranması gerektiği ifade edilebilir. Yazılılık şartını geçerlilik koşulu değil, ispat kolaylığı olarak anlamak gerekir¹²⁵.

İsviçre hukukunda da konu tartışmalıdır. *Bir görüşe göre*, itiraz herhangi bir şekle tabi değildir. İtiraz bir fesih olmadığından feshe ilişkin şekil kuralları burada uygulanmaz¹²⁶. *Diğer görüşe göre*, işçinin sessiz kalması öğretide devralan işverende çalışmaya devam edeceği anlamında yorumlanmakla birlikte, ispat açısından çalışanın itiraz hakkını yazılı şekilde bildirmesi daha isabetlidir¹²⁷. Alman hukukunda ise, itiraz için yazılı şekil koşulu aranmıştır¹²⁸. Öğretide elektronik formun da yazılılık şartını yerine getirebileceği haklı olarak ifade edilmiştir¹²⁹.

Bize göre, Alman hukukuna benzer şekilde Türk hukukunda da itirazın yazılı şekilde yapılması aranmalıdır. Çalışma koşullarında değişiklik için dahi yazılı bildirim ve yazılı cevabın bulunması ve bunların belirli süre aralığında yapılmasının arandığı bir hukuk sistematığında, itiraz sonucu iş sözleşmesi sona erecek işçiler için sözlü beyanın yeterli görülmesi yerinde değildir. Dolayısıyla yazılı şeklin geçerlilik koşulu olduğunun Kanun'da yer almamasının isabetsiz olduğu söylenebilir.

Fesihte olduğu gibi, itirazın da bir kere yapıldıktan sonra tek taraflı olarak geri alınabilmesi mümkün değildir¹³⁰. İtiraz ancak tarafların ortak iradeleri sonucu ortadan kaldırılabılır¹³¹. Alman hukukundaki bir görüşe göre, işverenin işçiyi bilgilendirme zamanı bu açıdan önem taşımaz. Şöyle ki, işverenin bilgilendirmede bulunmadığı bir zamanda işçi itiraz hakkını kullanırsa ve işveren hakkın kullanılmasından sonra işçiyi bilgilendirirse, işçi geç bilgilendirme nedeniyle yaptığı itirazdan geri dönmeyebilir¹³². Bize göre, itirazın yapılmasının yanı sıra doğru bilgilendirme sonucu belki de yapılmayacak olması da aynı önemdedir. İşverenlerin doğru bilgilendirmede bulunması işçinin çekincelerini ortadan kaldırılabılır. Bu bağlamda, olması gereken hukuk açısından, Türk hukukunda itirazın ancak usulüne uygun bir bilgilendirme sonucu yapılabileceğinin ve bu tarihten önce yapılan itirazların geçersiz olacağını kabulü gerekir.

5. İtirazın Hangi Sürede Yapılacağı Sorunu

İtiraz hakkının zamanında yapılması sözleşmenin yeni işverene geçmesini engelleyebilir¹³³. Ancak TTK 178'deki ifade esas alındığında ise, belirli bir süre dahi olsa sözleşmenin devralan işveren ile devam edeceği ihtimali söz konusu olmaktadır. Gerçekten *Alp*'e göre, itiraz hakkı sözleşmenin devralan işverene geçmesinden sonra kullanılmışsa veya birleşme veya bölünme işlemleri devam ederken kullanılmış ancak kanuni bildirim süresi dolmadan devir işlemi gerçekleşmişse, iş sözleşmesi bir süre dahi olsa devralan işverende devam etmiş olur¹³⁴.

¹²⁴ ALP, s. 63.

¹²⁵ KAYIK AYDINALP, s. 150.

¹²⁶ FACINCANI / SUTTER, *SHK*, Art. 333, s. 502. Benzer yönde bkz. WILDHABER, s. 169; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, s. 852.

¹²⁷ WILDHABER, s. 169. Benzer yönde bkz. STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, s. 852.

¹²⁸ SIMON, *BECK*, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 56; KIEL, Heinrich: "KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen", ASCHEID, Reiner / PREIS, Ulrich / SCHMIDT, Ingrid (Hrsg.): Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 6. Baskı, C.H.BECK, 2021, Rn. 497a; SCHREIBER, *HAND*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 6.

¹²⁹ SIMON, *BECK*, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 56.

¹³⁰ MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 115; KIEL, *GROß*, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen, Rn. 497a.

¹³¹ İşçinin itiraz hakkını kullanması öncesinde çalıştığı işvereni ile itirazın iptali konusunda anlaşması tek başına yeterli olmaz. Bkz. MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 115.

¹³² MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 115.

¹³³ SIMON, *BECK*, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 50.

¹³⁴ ALP, s. 65.

İşçinin itiraz hakkı süresi içerisinde bu hakkı kullanmaması ise sözleşmesinin devreden işverene geçişine neden olur¹³⁵. Ancak işçinin itirazı hangi süre aralığında yapacağı ne TTK m. 178'de ne de kanuni düzenleme için esas alınan OR Art. 333'te hüküm altına alınmıştır. İtiraz hakkına ilişkin birçok hususta olduğu gibi süre konusu da Kanunda düzenlenmeyerek öğretideki tartışmaları beraberinde getirmiştir. *Bir görüşe göre*, işçi dürüstlük kuralı çerçevesinde makul süre içerisinde itiraz hakkını kullanmalıdır¹³⁶. *Diğer görüşe göre*, İşK m. 22 hükmü itirazın süresi bakımından uygulanabilir. Bu süre yeterli olmakla birlikte, işçinin bu süre içerisinde sessiz kalması ve itiraz etmemesi örtülü kabul olarak değerlendirilmelidir¹³⁷. *Bir diğer görüşe göre*, öğretide ileri sürülen altı günlük süre oldukça kısa olmakla birlikte, İşK m. 15/1'in esas alınması halinde de deneme süresinin iki aylık bir süreye tekabül etmesi nedeniyle itiraz süresinin çok uzun olacağı ifade edilebilir. Bu nedenle Alman Medeni Kanun'u esas alınarak bir aylık itiraz süresinin öngörülmesi yerinde olacaktır¹³⁸. *Diğer bir görüşe göre ise*, İşK m. 20'de belirtilen işe iade dava açma süresi (şimdi işe iade talebiyle arabulucuya başvurma) olan bir aylık sürenin itiraz hakkı bakımından uygulanabilir olduğu söylenebilir. Ancak bunun için yasal düzenlemenin varlığı gerekmektedir¹³⁹.

İsviçre hukukunda da konu tartışmalıdır. *Bir görüşe göre*, öğretide bir aylık süre fikrinin öne sürülmesine rağmen işveren tarafından işçileri itiraz hakları için dürüstlük kuralı çerçevesinde daha az veya daha fazla bir sürenin belirlenebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir¹⁴⁰. *Diğer görüşe göre*, işçinin itiraz için düşünme süresi için son tarihi işveren belirleyebilir. Bu bağlamda işverenin çalışan temsilcilerini veya işçileri bilgilendirdiği tarihten itibaren bir veya iki haftalık süre düşünmek için yeterli olabilir¹⁴¹. *Bir diğer görüşe göre*, öğretide çoğunluk görüş olan bir aylık sürenin basit işyeri devirlerinde çok uzun, karmaşık işlemlerin bulunduğu bir devir işleminde ise çok kısa olabileceği ifade edilmektedir. Bu nedenle, itiraz süresi somut olaya ve dürüstlük kuralına göre belirlenmelidir¹⁴². İsviçre hukukundaki çoğunluk görüşe göre ise, bir aylık deneme süresi itiraz hakkı bakımından da uygulama alanı bulur¹⁴³.

Alman hukukunda itiraz süresi BGB § 613a/VI'de bir ay olarak hüküm altına alınmıştır. Buna göre, itirazın süresi § 613a/V maddesindeki esaslara uymak suretiyle işçinin bilgilendirildiği tarihten itibaren başlar¹⁴⁴. İşverenler arasında yapılacak devir işlemlerinin tarihi bu anlamda önem arz etmez¹⁴⁵. İşçilerin iş sözleşmelerinin devralan işverene geçiş tarihi, itirazın başlangıç tarihini etkilemez¹⁴⁶. Eğer bilgilendirme doğru yapılmamış ise, bir aylık sürenin geçmesi itiraz hakkının kaybedilmesine neden olmaz¹⁴⁷. Bu anlamda devirden sonra dahi itirazın yapılabilmesi mümkün olur¹⁴⁸.

¹³⁵ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, s. 851.

¹³⁶ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 214. Benzer yönde bkz. ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 145.

¹³⁷ ALP, s. 62-63.

¹³⁸ ASTARLI, s. 92.

¹³⁹ KAYIK AYDINALP, s. 150.

¹⁴⁰ FACINCANI / SUTTER, *SHK*, Art. 333, s. 503.

¹⁴¹ MUELLER, Martin L.: "Sonderprobleme des Betriebsübergangs, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung", *ARV-DTA*, 2022, Sayı 3, s. 242.

¹⁴² STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, s. 851.

¹⁴³ STAEHELIN, *ZK*, Art. 333a, s. 55.

¹⁴⁴ MUCKL, s. 395; MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 119; SCHREIBER, *HAND*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 6; SIMON, *BECK*, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 57. *Kiel*'e göre, işçi ancak bilgilendirme ile işveren değişikliğinin sonuçlarını değerlendirebilir. O halde itirazın da bilgilendirme sonucu başlayacağını ifade etmek yerindedir. Bkz. KIEL, *GROß*, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen, Rn. 497a. *WILLEMSSEN / LEMBKE*'e göre, işçilerin devir hakkında kendiliğinden genel bilgiye sahip olması itiraz hakkının bir aylık süresini başlatmaz. Bkz. *WILLEMSSEN / LEMBKE*, s. 1160.

¹⁴⁵ MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 119.

¹⁴⁶ MULLER-GLOGE, *MUNCH*, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 120.

¹⁴⁷ HAMACHER, *BECK*, InsO § 128 Betriebsveräußerung, Rn. 28a; SIMON, *BECK*, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 57; KIEL, *GROß*, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen, Rn. 497a; *WILLEMSSEN / LEMBKE*, s. 1160.

¹⁴⁸ MUCKL, s. 395; *WILLEMSSEN / LEMBKE*, s. 1160. Alman hukukunda bilgilendirmenin yanlış veya eksik yapılması ya da hiç yapılmaması ile ilgili olarak çeşitli görüşler öne sürülmüştür. *Kiel*'e göre, işverenler tarafından doğru bilgi yapılmaması veya bilgilerde eksiklik bulunması durumunda süresiz itiraz hakkından bahsedilebilir. Bkz. KIEL, *GROß*, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen, Rn. 497a. *Muckl*'a göre, bilgilendirmenin eksik, yanlış veya hiç yapılmaması sadece devir sonrasında yapılmasından kaynaklanıyorsa, bir aylık süre bu tarihten itibaren

Bize göre, her halükârda itiraz hakkı için kesin bir son tarihin belirlenmesi gerekmektedir¹⁴⁹. Genel olarak bildirim sürelerinin esas alındığı itiraz hakkı düzenlenmesinde itiraz hakkının süresi açısından yine “kanuni bildirim süreleri” dikkate alınabilirdi. Öğretide *Kayık Aydınalp*, bir örnek olarak sunduğu bu hususa, işçilerin hangi süreye tabi olacağını tespit edememesi ve artırılmış bildirim süreleri nedeniyle çekince koymuştur¹⁵⁰.

İtirazın hakkının süresi kadar hangi anda başlayacağını da belirlenmesi şarttır. Kural olarak itiraz süresini kaçırın işçinin artık itiraz hakkını kullanamayacağını kabul etmek gerekir. İtiraz hakkının kullanılabilmesi için ana ilişkin Türk ve İsviçre hukukunda farklı görüşler öne sürülmüştür. *Bir görüşe göre*, işçi devri öğrendiği veya öğrenmesi gereken andan itibaren itiraz hakkını kullanabilir¹⁵¹. *Diğer görüşe göre*, itiraz süresi çalışanın devri öğrenmesi ile başlar. Eğer bilgilendirme eksik şekilde yapılmışsa itiraz hakkı devir sonrasında da devam eder. İşçinin itiraz süresini kusuruyla geciktirmesi ihtimaline karşın itiraz hakkını derhal kullanması yerinde olabilir¹⁵². *Bir diğer görüşe göre*, itiraz hakkının süresinin bilgilendirme prosedürünün yerine getirilmesi sonucu işçinin devri öğrendiği ya da en geç yapısal değişikliğin gerçekleştiği andan itibaren başladığı kabul edilmelidir¹⁵³. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında itiraz hakkı süresinin, işçinin devir sözleşmesini öğrendiği veya en geç devir işleminin fiilen gerçekleştiği tarihte başlayacağı ifade edilmektedir¹⁵⁴.

Bize göre, öncelikle Kanun’da işçinin devir hakkında bilgilendirilmesi aranmalıdır. Bilgilendirme tarihinin devirden önce veya sonra olması mümkündür. Doğru ve eksiksiz bilgilerin işçilere verilmesi ile itiraz etme hakkı da doğmuş olur. Fakat bu yönde bir düzenleme yapılmaması durumunda işçi ancak işveren tarafından keyfi olarak bilgilendirilmesini bekleyecek veya bir şekilde kendi çabalarıyla devir hakkında bilgi edinecek ve itiraz süresi de bu tarihten itibaren başlayacaktır. “İşçinin öğrenme olgusunun” ne şekilde ispatlanacağı ise müphemdir¹⁵⁵. Öte yandan, sürenin işlemlerini ve işçinin devre ilişkin bilgi sahibi olduğunu ispatlamak isteyen işverenlerin her halükârda işçiyi bilgilendirme ihtiyacı hissedebileceği de söylenebilir.

TTK m. 178’de itiraz süresi hakkında hüküm bulunmaması tarafların aralarında anlaşmak suretiyle itiraz süresini iş sözleşmesi yaparken veya toplu iş sözleşmelerinde düzenleyebileceği düşüncesini akla getirmektedir. Bize göre, Kanun’da bunu engelleyici bir hüküm bulunmaması nedeniyle, eğer belirttiğimiz görüş doğrultusunda bir düzenleme yapılmayacaksa, tarafların aralarında anlaşarak itiraz süresini belirleyebileceği söylenebilir. İşverenin itiraz süresini yönetim hakkı çerçevesinde tek taraflı olarak takdir etmesinin mümkün olmayacağı düşüncesindeyiz.

Diğer açıdan işçiye de düşünmesi açısından yeterli sürenin verilmesi gerekir. Tarafların anlaşması durumunda alt sınır olarak kanuni bildirim süreleri esas alınabilir. İşçinin düşünme süresi devralan işvereni de etkileyeceğinden üst sınır çok uzun olacak şekilde belirlenmemelidir. Bu bağlamda üst sınır olarak devir tarihinden sonra kanuni bildirim sürelerini aşmayacak şekilde bir sürenin belirlenmesi söz konusu olabilir.

başlar. Bu durumda gecikmeli bir bildirim yapılmış kabul edilir. İtiraz süresi gecikmeli bildirimden sonraki bir aylık süre çerçevesinde sınırlanabilir. Bunun haricinde itiraz süresine katı bir üst sınır belirlemek söz konusu olmaz. MUCKL, s. 395. *Willemsen/Lembke*’ye göre, kanun lafzından da anlaşılacağı üzere metinde belirtilen bir aylık sürenin haricinde farklı bir süre sınırı bulunmamaktadır. Ancak eksik ve yanlış bilginin olduğu hallerde, dürüstlük kuralı itiraz süresinin üst sınırını oluşturur. Bu anlamda genel bir üst sınır yerine, somut olayın özelliklerine göre ve dürüstlük kuralı çerçevesinde bir üst sınır belirlenebilir. WILLEMSSEN / LEMBKE, s. 1160.

¹⁴⁹ WILDHABER, *PRAXIS*, Kapitel 20 Umstrukturierungen / I. - II. / A. - C., s. 836.

¹⁵⁰ Bkz. KAYIK AYDINALP, s. 150.

¹⁵¹ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 214. İşçinin itiraz süresinin işveren veya “kanun” tarafından belirlenmesi durumunda, işçi bilgilendirilmesinden itibaren itiraz hakkını kullanabilir. Bkz. STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, s. 851.

¹⁵² WILDHABER, *PRAXIS*, Kapitel 20 Umstrukturierungen / I. - II. / A. - C., s. 836.

¹⁵³ VON DER CRONE / GERSBACH / KESSLER / VON DER CRONE / INGBER, s. 310.

¹⁵⁴ Bkz. STAEHELIN, *ZK*, Art. 333a, s. 55.

¹⁵⁵ İşçinin öğrenme anı olarak yeni işverenden talimat aldığı ana denk gelen tarih esas alınabilir. Bkz. WILDHABER, *PRAXIS*, Kapitel 20 Umstrukturierungen / I. - II. / A. - C., s. 836.

6. İtiraz Hakkından Vazgeçme

Feragat, hak sahibinin hakkının değiştirmeksizin veya devretmeksizin yahut yeni bir hak meydana getirmeksizin geleceğe dönük olmak üzere sona erdirilmesi olarak ifade edilebilir. Kural olarak feragat, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı ile yapılabilir¹⁵⁶. Acaba işçinin itiraz hakkından da feragat etmesi mümkün müdür?

Türk ve İsviçre hukukunda bu soruya farklı cevaplar verilmiştir. *Bir görüşe göre*, itiraz hakkından vazgeçme mümkündür. İşçi yazılı veya sözlü olarak itiraz hakkından vazgeçtiğini işverene bildirebilir¹⁵⁷. *Diğer görüşe göre*, feragat örtülü olarak yapılabilirse dahi bunun başka olgularla desteklenmesi gerekir. Örneğin, işçinin rekabet yasağına ilişkin bir sözleşme yapması itiraz hakkından örtülü feragat ettiği anlamına gelebilir¹⁵⁸. *Bir diğer görüşe göre*, işçinin itiraz hakkını kullanmayacağından devirden önce işverene bildirmesi mümkündür, bu halde işçi itiraz hakkı doğduğu anda artık bu hakkı kullanamaz¹⁵⁹. Genel olarak İsviçre hukuku açısından ise, eğer işçi itiraz hakkı süresince susmuş ve iş görmeye devam etmişse, itiraz hakkından zımnen feragat ettiği varsayılır ve böylece iş sözleşmesinin devralan işverene geçmesine rıza gösterdiği sonucuna varılır¹⁶⁰.

Bize göre de itiraz hakkının işçinin tek taraflı beyanı ile ortadan kaldırılabilmesi mümkündür¹⁶¹. Feragatin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık olması gerekir¹⁶². Feragatin yazılı olarak yapılması gerekmez, ancak ispatını kolaylaştırmak amacıyla yazılı yapılması yerinde olur¹⁶³. İşveren itiraz hakkını tek taraflı olarak ortadan kaldıramaz veya itiraz hakkının süresini kısaltamaz¹⁶⁴. Ayrıca toplu iş sözleşmelerinde yer verilecek bir hüküm ile de itiraz hakkı ortadan kaldırılamaz¹⁶⁵.

Feragatin ne zaman yapılacağı da önem arz eder. Buna ilişkin Alman hukukundaki bir görüşe göre, bu husus ancak iş sözleşmeleri ile söz konusu olabilir ve iş sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme olması halinde yapılan itirazın sonuç doğurmayacağı söylenebilir¹⁶⁶. İsviçre hukukundaki bir görüşe göre ise, itiraz hakkına ilişkin hüküm emredici olduğundan itiraz hakkından bu hak doğmadan önce vazgeçme söz konusu olamaz¹⁶⁷.

Türk hukuku bakımından itiraz hakkından feragatin devir işleminin başladığı andan itibaren yapılması gerekir¹⁶⁸. Zira iş sözleşmelerinin devri ve ödünç iş ilişkisi gibi iş hukuku kurumlarında işçinin onayı devir anında istenir iken, bir bakıma onay anlamına gelen itiraz hakkından feragatin devir öncesi mümkün olacağını ifade etmek yerinde olmaz. Aksi görüşteki bir görüşe göre ise, iş sözleşmesi yapılırken veya daha sonradan eklenecek bir kayıtla bu haktan vazgeçmek mümkün olabilir¹⁶⁹.

¹⁵⁶ GÜMÜŞ, Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1177.

¹⁵⁷ ASTARLI, s. 93.

¹⁵⁸ KAYIK AYDINALP, s. 154.

¹⁵⁹ REHBINDER / STOCKLI, *BK*, Art. 333, s. 88-89.

¹⁶⁰ STAEHELIN, *ZK*, Art. 333a, s. 56; WILDHABER, *PRAXIS*, Kapitel 20 Umstrukturierungen / I. - II. / A. - C., s. 836; REHBINDER / STOCKLI, *BK*, Art. 333, s. 88; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, s. 852. Öte yandan İsviçre hukukunda feragatin bilgilendirme yükümlülüğüne dahil olup olmadığına ilişkin görüş belirten *SIMON*'a göre, bilgilendirme yükümlülüğünün feragat açısından da dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin içtihat henüz olmasa da işveren tedbir amaçlı feragat öncesi işçiyi bilgilendirmelidir. Bkz. *SIMON, BECK, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang* Rn. 59. Benzer yönde bkz. *KIEL, GROß, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen*, Rn. 497a.

¹⁶¹ Benzer yönde bkz. *SIMON, BECK, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang*, Rn. 59.

¹⁶² Benzer yönde bkz. *SIMON, BECK, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang*, Rn. 59.

¹⁶³ Benzer yönde bkz. *SIMON, BECK, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang*, Rn. 59.

¹⁶⁴ Benzer yönde bkz. *SIMON, BECK, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang*, Rn. 59.

¹⁶⁵ Benzer yönde bkz. *SIMON, BECK, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang*, Rn. 59; ASTARLI, s. 93.

¹⁶⁶ Benzer yönde bkz. *SIMON, BECK, UmwG § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang*, Rn. 59.

¹⁶⁷ STAEHELIN, *ZK*, Art. 333a, s. 56.

¹⁶⁸ KAYIK AYDINALP, s. 153.

¹⁶⁹ ASTARLI, s. 93.

7. İtiraz Hakkının Kullanılması Durumunda İş Sözleşmesinin Hangi İşverende Devam Edeceği Problemi

TTK m. 178 uyarınca işçinin işyerinin devri işlemleri bittikten sonra (itiraz süresi de dolduktan sonra) iş sözleşmesinin geçişine itiraz etmesi durumunda itiraz, sözleşmenin devralan işverene geçmesini engellemez. Devirle birlikte sözleşme artık devralan işverene geçmiş kabul edilir. İşçinin itiraz hakkının kullanılması ile iş sözleşmesi kanun gereği sona erer¹⁷⁰. Feshe benzemesine rağmen itiraz hakkına fesih beyanına ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olmaz¹⁷¹. Tıpkı belirli süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi işveren kanuni işten çıkarma süresi içerisinde ancak haklı bir nedenin varlığı halinde iş sözleşmesini feshedebilir¹⁷².

TTK m. 178’de itiraz neticesinde iş sözleşmelerinin hangi süre sonunda sona ereceği hakkında “kanuni işten çıkarma süresi” esas alınmıştır. Kanun’daki ifadeden kanuni bildirim sürelerini anlamak gerekir. Burada taraflarca iş veya toplu iş sözleşmelerinde kararlaştırılan bildirim sürelerinin uygulanmayacağı ifade edilebilir. Türk hukukunda işçinin devralan işverene geçişi ve iş sözleşmesinin devralan işverende devam etmesi durumunda tarafların hak ve borçlarının da varlığını sürdüreceğinin amaçlandığı söylenebilir.

İsviçre hukukunda iş sözleşmelerin geçişi ve tarafların borçlarının devam etmesi açısından farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Bir görüşe göre*, eğer işçiye devir sonrasında sarkacak şekilde bir düşünme süresi verilmişse, başlangıçta iş sözleşmesinin devralan işverene geçtiği kabul edilse de işçiye verilen süre sona erinceye kadar iş sözleşmesi askıdadır¹⁷³. *Diğer görüşe göre*, işçi bazı durumlarda iş sözleşmesinin devralan işverene geçişini engelleyemez. Devirden sonraki sürece sarkan itiraz süresinin olduğu bir ilişkide, işçi kısa bir süreliğine de olsa iş sözleşmesinin devredilmiş olduğuna katlanmak zorunda kalır¹⁷⁴.

Alman hukukunda ise itiraz hakkı sonrası ortaya çıkan sonuçlar daha farklıdır. Alman kanun koyucusu iş sözleşmelerinin sona ermesini değil, aksine devam etmesi yöntemini benimsemiştir. Buna göre işçi iş sözleşmesinin geçişine itiraz ederse ve itiraz işyeri devrinden önceki döneme rastlarsa, iş sözleşmesi devralan işverende kalır. Eğer itiraz hakkı kullanımı devralma tarihinden sonraki bir tarihte kullanılırsa, bu halde de sözleşme sona ermez. İşçinin iş sözleşmesi devreden işverende kalmaya devam eder. Bu anlamda itiraz hakkının geleceğe yönelik sonuç doğuran bir yenilik doğuran hak olma özelliğinden sapma gözükür. Devreden işveren işe geri dönen işçinin iş sözleşmesini sırf devir işlemi nedeniyle sona erdiremez. Ancak işverenin işletmesel nedenlerle iş sözleşmesini feshetme hakkının saklı olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁵. Bir görüşe göre bu durumda devralan işverenle devam eden iş sözleşmesi kusurlu/fiili iş ilişkisi (*das fehlerhafte/faktische Arbeitsverhältnis*) çerçevesinde ele alınmalı ve geleceğe dönük sona erme hükümleri uygulanmalıdır¹⁷⁶.

Bize göre, Türk hukuku bakımından kanun koyucunun itiraz hakkının devam ettiği, ancak sözleşme devrinin gerçekleştiği dönemde tarafların temel borçlarının askıda kalacağını hüküm altına almaması isabetli olmuştur. Yeni işveren hakkında bilgi sahibi olmak isteyen işçinin gerçek bilgilere en yakın olduğu an belki de ancak yeni işverenin emir ve talimatları altında işini yerine getirdiği an olabilir. İşçi işyerindeki somut operasyonel değişiklikleri, işverenin yönetim şeklini veya işyeri uygulamalarını ancak bu aralıkta değerlendirebilir.

¹⁷⁰ ALP, s. 63; REHBINDER / STOCKLI, BK, Art. 333, s. 89.

¹⁷¹ REHBINDER / STOCKLI, BK, Art. 333, s. 89. *Alp’e göre*, itiraz hakkının fesih bildirimi ile aynı anlama gelip gelmediğine ilişkin İsviçre öğretisindeki görüşlerin peşinen kabulü doğru değildir. Zira Türk hukuku açısından itiraz hakkının fesih bildirimi olarak değerlendirilmesi düşünülebilir. Bkz. ALP, s. 67.

¹⁷² WILDHABER, s. 168.

¹⁷³ REHBINDER / STOCKLI, BK, Art. 333, s. 86.

¹⁷⁴ MUELLER, s. 240.

¹⁷⁵ MUCKL, s. 397.

¹⁷⁶ MULLER-GLOGE, MUNCH, BGB § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang, Rn. 122.

C. Tartışmalı Bir Husus: Kıdem Tazminatı

İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için işçinin en az bir yıllık kıdemini bulunmasının yanı sıra iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermesi gerekmektedir. İtiraz hakkının kullanılması neticesinde iş sözleşmesinin sona ermesi hali halen yürürlükte olan 1475 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesinde kıdem tazminatına hak kazandıran bir sona erme biçimi olarak hüküm altına alınmamıştır. TTK'da da kıdem tazminatına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle öğretide çeşitli görüşler öne sürülmüştür. *Bir görüşe* göre, kıdem tazminatı için kanunda boşluk bulunmaktadır. Bu anlamda iş mahkemeleri iş hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde bu boşluğu doldurmalıdır. Mevcut boşluk işçilerin kıdem tazminatı alması gerektiği yönünde yapılacak bir yöntemle doldurulmalıdır¹⁷⁷. *Diğer görüşe göre*, işçinin itiraz hakkı ile iş sözleşmesi işçi tarafından değil esasen kanun gereği sona ermektedir. Kıdem tazminatına hak kazanma bakımından kanun boşluğu olduğu söylenebilir. Boşluk 1475 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendine kıyas yapılması yoluyla doldurulabilir¹⁷⁸.

Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davalı şirketlerden birisi diğeri ile devralma yoluyla birleşmiştir. Buna istinaden, devralan işyerindeki işçi iş sözleşmesinin devrine rıza göstermemiş ve böylece itiraz hakkını kullanmıştır. İşçi kanuni bildirim süreleri boyunca devreden işverenin yanında çalışmaya devam etmiştir. Davalılardan kıdem tazminatı talebinde bulunan işçinin bu talebi yerel mahkeme tarafından haklı görülmüş ve davacı lehine kıdem tazminatına hükmedilmiştir. Davalılar kararı temyiz etmiş, Yargıtay davalıların temyiz gerekçesini haklı bulmuş ve kararın bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay'a göre, her ne kadar itiraz hakkı TTK m. 178 çerçevesinde kullanılsa da işyeri devrine ilişkin genel hüküm İşK m. 6'dır. Dolayısıyla devir işçi açısından haklı neden olmadığından, kıdem tazminatına hak kazanılamayacaktır¹⁷⁹.

Kararı incelediğimizde, Yargıtay kararında itiraza fesih anlamı yüklediği gözükmektedir. Kararda işçinin "*fesih bildiriminde bulunduğu*" ifadesini kullanılmış ve bu anlamlandırma sonucunda feshin kimin tarafından yapıldığı esas alınmıştır. İtirazın kullanılması, işçi tarafından yapılan bir bildirimli fesih olarak kabul edilmiş ve işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağına hükmedilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, itiraz ve fesih birbirine benzemekle birlikte aynı kavramlar değildir. Dolayısıyla itiraz hakkının kullanımı feshin kullanımı gibi değerlendirilmemelidir. İtirazın iş sözleşmesini kanun gereği sona erdirdiği, işçi tarafından yapılan bir bildirimli fesih olmadığı ve dolayısıyla kıdem tazminatına hak kazandıracığı kabul edilmez.

SONUÇ

İşK m. 6'da özellikle vurgulanan işyeri veya bir bölümünün devri dolayısıyla iş sözleşmelerini feshetmek isteyen işçilerin sırf işyeri devrini haklı sebep gösteremeyecekleri ifadesi, itiraz hakkı ile sınırlı da olsa işçi lehine evrilmiştir. Bu sınır, TTK'da yer alan itiraz hakkı yalnızca ticareti şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirmesinde kullanılabilmesi, ticaret şirket hüviyetine sahip olmayan işyerlerinde çalışan işçilerin bu haktan yararlanamaması şeklinde ortaya çıkar. Her ne kadar bu hakkın kapsamı dar olsa da olması gereken hukuk gereği yeni bir düzenleme ile ticaret şirketleri dışındaki işyerlerinde kullanılabilir hale getirilmelidir. Gerçekten, kanun koyucunun Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ve iş ilişkilerine getirdiği yeniliklerden biri olan itiraz hakkı kavramını kanunlaştırırken birtakım eksiklikler bıraktığı aşikârdır. Kanun'da işçiye itiraz hakkı tanınmakla birlikte bu hakkın ne zaman doğacağı, hangi sürede kullanılacağı, itirazın içeriği, hangi muhataba yöneltileceği ve ne şekilde düzenleneceği belirtilmemiştir. Bu eksiklikler İşK m. 6'da yapılacak bir değişiklikle giderilebilir.

¹⁷⁷ ALP, s. 67. Benzer görüşteki *Astarlı*'ya göre, hakim boşluğu amaca uygun yorum yaparak doldurmalıdır. Dolayısıyla işçi kıdem tazminatına hak kazanmalıdır. ASTARLI, s. 96. Benzer yönde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 279.

¹⁷⁸ SÜZEK, *İş Hukuku* s. 215-216.

¹⁷⁹ Yargıtay, 9. HD, T. 10.12.2018, E. 2015/28060, K. 2018/22719 (Lexpera, ET: 10.02.2024).

İş sözleşmelerinin sona ermesinde hak kazanılacak kıdem tazminatına, itiraz hakkının kullanılması halinde kazanılıp kazanılmayacağı hususu müphemdir. Yargıtay'a göre itiraz hakkını kullanan işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. İtiraz hakkının kullanımı sonucu sözleşmenin sona ermesi kanun gereğidir. Kanun itiraz sonucu sözleşmenin sona erme tarihini kanuni bildirim sürelerinin sonu olarak belirlese de itiraz işçi yahut işveren feshi değildir. İşçi kanunun kendisine tanıdığı bir hak nedeniyle, fesih halinde hak kazanacağı alacaklardan itiraz sebebiyle mahrum kalmamalıdır.

KAYNAKÇA

- AKI, Erol: “İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2013, Sayı 29, s. 5-12.
- ASCHEID, Reiner / PREIS, Ulrich / SCHMIDT, Ingrid (Hrsg.): *Kündigungrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, 6. Baskı, C.H.BECK, 2021 (Yazar, GROß).
- ASTARLI, Muhittin: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı”, *Çalışma ve Toplum*, 2013, Cilt 1, Sayı 36, s. 69-106.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- BAHTİYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- BAŞBUĞ, Aydın / YÜCEL BODUR, Mehtap: *İş Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- BAUEN, Marc / BERNET, Robert: *Schweizer Aktiengesellschaft, Aktienrecht - Fusionsrecht - Börsenrecht - Steuerrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 2007.
- BAYSAL, Ulaş: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinin Devri Halinde Devreden İşverenin Birlikte Sorumluluğu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2012, Sayı 25, s. 54-60.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: *Şirketler Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2021.
- BOZKURT, Tamer: *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018.
- CENTEL, Tankut: “İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde Fiziki Mekan”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2008, Sayı 9, s. 5-9.
- ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 35. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İşyerinin Devri Çerçevesinde “İşyeri” ve “İşyeri Bölümü” Kavramları”, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, Kadir Has Üniversitesi Sempozyum Yayını, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi, 2009, s. 128-168.
- DULAY, Dilek: “İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri”, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2011, Sayı 32, s. 1373-1393.
- EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra: *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt: III*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ETTER, Boris / FACINCANI, Nicolas / SUTTER, Reto (Hrsg.): *SHK - Stämpflis Handkommentar, Der Einzelarbeitsvertrag (EAV) unter Einbezug der Art. 319-355 OR sowie Art. 361/362 OR*, Stämpfli Verlag, Zürich, 2021 (Yazar, SHK).
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- GÖKTÜRK, Kürşat: “Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Sayı 1-2, s. 631-662.
- GÜMÜŞ, Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- HAUSHEER, Heinz / WALTER, Hans Peter (Hrsg.): *BK - Berner Kommentar*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Zürich, 2014. (Yazar, BK)
- KAYIK AYDINALP, Aslı: *İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.
- KIRAN, Süleyman: “Md. 180-190”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal: *Şirketler Hukuku Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 550-608.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta / AMSTUTZ, Marc / WOLF, Stephan / FANKHAUSER, Roland (Hrsg.): *OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Baskı, Orell Füssli, Zürich, 2017 (Yazar, OFK).
- KUNZ, Peter V.: “Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht - Blicke zurück und nach vorne”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2004, s. 802-814.
- McKENZIE, John / BAKER, Russell (Hrsg.): *SHK - Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Zürich, 2015. (Yazar, SHK)

- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 7. Baskı, Lykeion, Ankara, 2022.
- MUCKL, Patrick: “Rechtsfolgen einer fehlerhaften Unterrichtung des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang - BAG”, *NZA*, 2005, 1302, s. 395-397.
- MUELLER, Martin L.: “Sonderprobleme des Betriebsübergangs, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung”, *ARV-DTA*, 2022, Sayı 3, s. 237-250.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- NERLICH, Jörg / ROMERMANN, Volker (Hrsg.): *Beck'scher Kommentar, Insolvenzordnung (InsO) / Insolvenzrecht (InsR)*, 47. Baskı, C.H.BECK, 2023 (Yazar, BECK).
- ÖZKARACA, Ercüment: “İşyerinin Devri Halinde İşverenlerin Sorumlulukları”, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler Kadir Has Üniversitesi Sempozyumu*, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, 2009, s. 169-226.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- PORTMANN, Wolfgang / VON KAENEL, Adrian (Hrsg.): *Praxis Kommentar, Fachhandbuch Arbeitsrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 2018 (Yazar, PRAXIS).
- PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Şerhi*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- SACKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERG, Bettina (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Baskı, C.H.BECK, 2023 (Yazar, MUNCH).
- SCHMID, Jörg (Hrsg.), *ZK - Zürcher Kommentar*, 5. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2014 (Yazar, ZK).
- SCHULZE, Reiner / DORNER, Heinrich / EBERT, Ina (Hrsg.): *Nomos Handkommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Baskı, Nomos, 2021 (Yazar, HAND)
- SEMLER, Johannes / STENGEL, Arndt / LEONARD, Nina (Hrsg.): *Umwandlungsgesetz: UmwG, Beck'sche Kurz-Kommentare*, 5. Baskı, C.H.BECK, 2021 (Yazar, BECK).
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m.178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2013, Sayı 29, s. 24-39.
- STREIFF, Ullin / VON KAENEL, Adrian / RUDOLPH, Roger: *Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2012.
- SUSUZ, Kağan: “Md. 134-158”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 310-370.
- SÜMER, Haluk Hadi: *İş Hukuku*, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SÜZEK, Sarper: “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Özel Sayı s. 311-330.
- SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021 (İş Hukuku).
- ŞAHLANAN, Fevzi: “İşverenin Değişmesi - İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları”, *TÜHİS*, 2000-2001, Cilt 16, Sayı 4-5, s. 14-24.
- ŞENER, Oruç Hami: *Teorik ve Uygulamalı Ticaret Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- ULUCAN, Devrim: “İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni İle Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2009, Sayı 14, s. 34-45.
- VOGT, Hans-Ueli: “Fusion und Umwandlung nach dem neuen Fusionsgesetz, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht”, *ZBGR*, 2004, Sayı 85, s. 141-169.
- VON DER CRONE, Hans Caspar / GERSBACH, Andreas / KESSLER, Franz J. / VON DER CRONE, Brigitte / INGBER, Karin: *Das Fusionsgesetz*, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2017.
- WILDHABER, Isabelle: *Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen*, Schulthess Verlag, Zürich, 2011.
- WILLEMSSEN, Heinz Josef / LEMBKE, Mark: “Die Neuregelung von Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang”, *NJW*, 2002, s. 1159-1165.



Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Bankaya Sigortacı Aleyhine Dava Açma Zorunluluğu Yüklenebilir mi?*



Can the Bank be Obligated to File a Lawsuit Against the Insurer in Disputes Arising from a Credit-Linked Life Insurance Contract?

Sefa ER



Tetkik Hâkimi, Doktor
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Anahtar Kelimeler

*Sigorta Poliçesi,
Krediye Bağlı Hayat
Sigortası,
Değiştirilebilir-
Değiştirilemez Lehtar,
Sigorta Bedeli
Üzerindeki Rehin
Hakkı,
Rizikonun
Gerçekleşmesi.*

Öz

Ticari hayatın ve iktisadi ilişkilerin gelişimiyle bağlantılı olarak bankacılık işlemlerinde ve özellikle de kredi kullanımında ciddi oranda artış görülmektedir. Bankalar tarafından kullanılan kredilerdeki bu artış kredinin geri ödenmemesi riskine ilişkin bazı teminat yöntemlerinin geliştirilmesine yol açmıştır. Hayat sigortası sözleşmesinin özel bir türü olan krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi de kredinin geri ödenmemesi riskine karşı geliştirilen teminat yöntemleri arasında yerini almaktadır. Kredi kullanımının artmasıyla bağlantılı olarak krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinin sayısında ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda önemli oranda artış yaşanmıştır. Buna bağlı olarak sigortalının (kredi alanın) ölümü üzerine sigorta bedeli üzerinde hak sahibi olan bankanın sigortacıdan sigorta bedelini talep etmemesi veya talep etmesine rağmen sigortacının herhangi bir nedenle ödemeyi reddetmesi durumunda, bankanın sigorta bedelinin tahsiline yönelik olarak sigortacı aleyhine dava açmak yerine, kredi alanın (sigortalının) mirasçıları aleyhine takip başlattığı veya dava açtığı görülmektedir. Yargıtay ise bankanın sigorta sözleşmesindeki konumunu dikkate almadan kredi alanın (sigortalının) mirasçılarına başvurabilmesi için öncelikle sigortacı aleyhine dava açarak tüm yolların tüketilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir. Bu çalışmada Yargıtay kararları ve bankanın krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesindeki konumu dikkate alınarak sigortacı aleyhine dava açmaya zorlanıp zorlanamayacağı hususu üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Keywords

*Insurance Policy,
Credit-Linked Life
Insurance,
Changeable-
Irrevocable
Beneficiary,
The Right of Pledgee
on Insurance Claim,
Having a Risk.*

Abstract

Depending on the development of economic life and commercial relations, there has been a significant increase in banking transactions and especially in credit usage. This increase in loans provided by banks has led to the development of some collateral methods regarding the risk of non-repayment of loans. A special type of life insurance contract, the credit-linked life insurance contract, is among the collateral methods developed for this purpose and frequently used. As credit usage increases, there has been a significant increase in the number of credit-linked life insurance contracts and disputes arising from these contracts. In the event that the bank, which is entitled to the insurance amount upon the death of the insured (debtor), does not apply to the insurer or if payment is not made for any reason despite applying, the bank files a lawsuit against the heirs of the debtor instead of filing a lawsuit against the insurer for the collection of the insurance amount. The Supreme Court states that in order to apply to the debtor's heirs, it is mandatory to first file a lawsuit against the insurer and exhaust all means. This study will attempt to focus on whether the Supreme Court decisions and the bank's position in the credit-based life insurance contract can be forced to file a lawsuit against the insurer.

(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 04.11.2024, Kabul Tarihi: 04.01.2025.

GİRİŞ

Kredi kuruluşları kredi sözleşmeleri kapsamında kullandıkları kredilerin ödenmemesi ihtimalini gözeterek kredi alandan çeşitli teminatlar almaktadır. Bu teminatlardan birini de krediye bağlı hayat sigorta sözleşmesi oluşturmaktadır. Kredi kuruluşu kredi alanla yaptığı kredi sözleşmesinde kredi alanın riziko şahsı gösterilerek ölümüne karşı hayat sigortası sözleşmesi yapılmasını şart koşmakta ve bu sözleşmede kendisinin değiştirilemez lehtar olarak belirtilmesini veya sigorta bedeli üzerine alacak rehni oluşturarak kendisinin dain-i mürtehin¹ olarak gösterilmesini istemektedir². Zira kredi alanın (borçlunun) ölümü halinde kredi kuruluşu, doğrudan hayat sigortası sözleşmesine başvurarak bakiye kredi borcunu doğrudan sigortacıdan tahsil edebilecektir. Diğer teminat yöntemlerine kıyasla alacağın daha çabuk tahsil edilebilecek olması yönünden krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi çok daha elverişli görülmektedir.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi, kredi alanın ölmesi durumunda kredi sözleşmesinden kaynaklanan bakiye kredi borcunun kredi kuruluşuna ödenmesini temin eden özel bir hayat sigortası türüdür³. Bu hayat sigortası kapsamında riziko şahsı olarak gösterilen kredi alanın ölmesi halinde, kredi alanın borcu sigorta sözleşmesi gereğince sigortacı tarafından karşılanmakta; böylece kredi alanın mirasçuları bakiye kredi borcunu ödemekten de kurtulmaktadır⁴. Öte yandan çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmakla birlikte krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde bazen kredi alanın ölüm rizikosuna ek olarak iş göremezlik, işsizlik veya hastalık gibi rizikolarının teminat kapsamına alındığı da görülmektedir. Anılan rizikoların da teminat kapsamına alındığı krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde ölüm haricinde belirtilen rizikoların gerçekleşmesi durumunda sigortadan bizzat kredi alan ve varsa dain-i mürtehin faydalanacaktır.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi hakkında mevzuatta herhangi bir özel düzenleme bulunmamakta olup hâlihazırda müstakil bir krediye bağlı hayat sigortası genel şartı dahi mevcut değildir. Bu itibarla krediye bağlı hayat sigortası sözleşmeleri, uygulamada hayat sigortası sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler ve özellikle hayat sigortası sözleşmesi genel şartları gözetilerek düzenlenmektedir. Dolayısıyla tüm sigorta türleri için ortak olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1401 vd. genel hükümleri ile hayat sigortalarına ilişkin TTK'nın 1487 vd. özel hükümlerinin yanında 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun ilgili hükümlerinin de krediye bağlı hayat sigortaları bakımından uygulanması söz konusu olacaktır.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesini de kapsayacak şekilde kredi kuruluşları tarafından verilen bireysel kredilerle bağlantılı olan zorunlu veya ihtiyari sigorta ürünlerinin sunumunda birlik ve güvenilirliği sağlamak, ilgililerin hak ve menfaatlerini korumak ve verilecek hizmete ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği⁵ (BKBSUY) çıkarılmıştır. Bu Yönetmelikte, sigorta teminat tutarı ve süresine, sigorta sözleşmesinin yenilenmesine, katılım sertifikası ve poliçenin verilmesine ve içeriğine, kredi kuruluşunun sözleşmenin yapılmasından önceki safhada kredi alanı bilgilendirme yükümlülüğüne dair bazı düzenlemeler ile

¹ Arapçada "dain" ibaresi "borç veren kimse"; "mürtehin" ibaresi ise "rehin alan kimse" anlamındadır. Bu iki ibareden oluşan birleşim ise "rehinli alacaklı kimse" veya "rehin alacaklısı" anlamında kullanılmaktadır. Bkz. ATAMER, Kerim: "Zarar Sigortalarında Sigortalıdan Başka Kişilerin Tazminat Üzerindeki Hakları", (Ed.) ARKAN, Sabih: *Ticaret Hukuku ve Yargı Kararları Sempozyumu XXIX- Bildiriler Tartışmalar*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016, s. 97.

² AMASYA, Serap: "Sigorta Poliçelerine Konulan Dain-i Mürtehin Kaydının Etkisi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 205, s. 1418; TAŞKIN, Melda: *Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 148.

³ HEISS, Helmut: "Art 150 bis 171", LANGHEID, Theo / WANDT, Manfred (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 1, §§1-99, VVG-InfoV*, 3. Baskı, C.H.Beck, München, 2024 (Yazar, MüKoVVG) N. 14; SCHNEIDER, Winfried-Thomas: "Art 150 bis 171", PRÖLSS, Erich / MARTIN, Anton (Hrsg.): *Versicherungsvertragsgesetz: VVG*, 32. Baskı, C.H.Beck, München, 2024 (Yazar, Versicherungsvertragsgesetz), N. 24-27b; YONGALIK, Aynur: *Hukuki Açından Kredi Hayat Sigortası*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2002, s. 7; TAŞKIN, s. 12.

⁴ HEISS, *MüKoVVG*, Art. 150-171, N. 14; SCHNEIDER, *Versicherungsvertragsgesetz*, Art. 150-171, N. 24; YONGALIK, s. 23.

⁵ 13.03.2015 tarihli ve 29294 sayılı Resmî Gazete.

bireysel kredilerle bağlantılı sigortalara ilişkin bazı kavramların tanımlarına yer verilmiştir. Yönetmelikte yer verilen tanımlardan birini de “*kredi kuruluşu*” kavramı oluşturmaktadır. BKBSUY’nin 4/1-f maddesi gereğince kredi kuruluşu; “*Türkiye’de faaliyet gösteren ve kredi sağlayan banka, finansman şirketi ve benzeri kredi kullandırmaya yetkili diğer kuruluşları*” ifade eder. Uygulamada sıklıkla krediye bağlı hayat sigortası sözleşmeleri bakımından kredi kuruluşu olarak bankalar karşımıza çıktığı için bu çalışmada kredi kuruluşları yerine banka kavramı kullanılmıştır⁶.

Öte yandan krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi genellikle tüketici işlemi niteliğindeki kredi sözleşmeleri gereğince düzenlenmektedir⁷. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (TKHK) 2. maddesinde tüketici işlemi, sigorta sözleşmelerini de kapsayacak şekilde tanımlanması nedeniyle tüketici işlemi niteliğindeki krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerine bu Kanun hükümleri ve ilgili tüketici mevzuatı da uygulanacaktır. Hemen belirtilmelidir ki kredi ile bağlantılı sigortalar ve dolayısıyla krediye bağlı hayat sigortası sözleşmeleri, en yoğun olarak tüketici kredisi sözleşmeleri gereğince düzenlenmekte ise de tüketici işlemi niteliğinde olmayan kredi sözleşmeleri kapsamında da borca teminat sağlamak amacıyla düzenlenmesi mümkündür.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi uygulamada; sabit, azalan veya değişir sigorta bedelli olarak yapılmaktadır⁸. Bu sigorta sözleşmesi, ilk olarak klasik hayat sigortası sözleşmesinde olduğu gibi sabit bedelli olarak yapılmıştır⁹. Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi sabit bedelli olarak yapıldığında, sigorta bedeli sözleşme süresi boyunca değişmemekte; rizikonun gerçekleştiği tarihte bakiye kredi borcundan artan kısım sigortalının mirasçılara ödenmektedir¹⁰. Buna karşılık krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi azalan bedelli olarak yapıldığında sigorta bedeli, önceden kesin olarak belirlenmiş bir taksit planı çerçevesinde düzenli bir şekilde azalmaktadır¹¹. Azalan bedelli krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde riziko gerçekleştiğinde, bakiye kredi borcunun ödenmesinden sonra sigortalının mirasçılara ödenmesi gereken bir miktar kalmamaktadır¹². Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi değişir bedelli olarak yapıldığı durumda ise sigorta bedeli sigorta süresi içinde değişmekte; bakiye borcun durumuna göre sigorta bedelinde değişiklik yapılmaktadır¹³. Değişir bedelli krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi ile azalan bedelli krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi prim miktarındaki avantaj ve sigorta bedeli noktasında benzerlik gösterse de azalan bedelli krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde bakiye kredi borcu ödendikten sonra sigortalının mirasçılara ödenmesi gereken bir miktar kalmazken; değişir bedelli krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde bakiye kredi borcu ödendikten sonra az da olsa sigortalının mirasçılara ödenmesi gereken bir miktarın kalma ihtimali bulunmaktadır.

BKBSUY’nin 10/1 maddesi; “*Kredi bağlantılı yapılan meblağ sigortalarının kredi kalan borç tutarıyla uyumlu olmasını teminen; sigorta teminat tutarları, sigorta konusuna dâhil olan anapara ile faiz ve benzeri fer’i yükümlülükler de dikkate alınarak, yıllık azalan tutarlı veya aylık, üç aylık gibi kredi borcu ödeme periyoduna bağlı azalan tutarlı şekilde belirlenir*” şeklinde düzenleme içermektedir. TKHK’nın 29/2 maddesi gereğince de tüketici işlemi niteliğindeki krediye bağlı hayat sigorta sözleşmesinin sigorta bedelinin, “*kredi borcunun geri ödenme teminatını sağlama amacıyla, meblağ*

⁶ “5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda mevduat bankaları, katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankaları kredi kullandırmaya yetkili kılınmış ve banka kavramının ise mevduat bankaları, katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade ettiği belirtilmiştir. Ayrıca bankalar dışında 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu gereğince finansal kiralama ve finansman şirketleri de kredi vermeye yetkilidir.”. Dolayısıyla “kredi kuruluşu” kavramı bankalar (mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları) ile finansal kiralama ve finansman şirketlerini ifade etmektedir.

⁷ YONGALIK, s. 29.

⁸ TAŞKIN, s. 20.

⁹ TAŞKIN, s. 20.

¹⁰ TAŞKIN, s. 21.

¹¹ YONGALIK, s. 48; TAŞKIN, s. 21.

¹² SCHNEIDER, *Versicherungsvertragsgesetz*, Art. 150-171, N. 25; TAŞKIN, s. 21.

¹³ YONGALIK, s. 54; TAŞKIN, s. 21.

sigortalarında kalan borç tutarıyla ve vadesiyle uyumlu olması gerekir". Görüldüğü üzere bu düzenlemeler gözetildiğinde krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinin kredi borcunun vadesi ve bakiye borç tutarı ile uyumlu ve azalan bedelli şekilde yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde azalan bedelli şekilde yapılarak sigorta bedeli bakiye kredi borcuyla uyumlu olacağı için sigortalının mirasçılara ödenmesi gereken bir miktar söz konusu olmayacaktır.

Kredi kullanımının artmasına bağlı olarak krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinin sayısı da artmış; özellikle rizikonun gerçekleşmesi üzerine bankaların sigortacıdan sigorta bedelini talep etmesi veya talep etmesine rağmen sigortacının herhangi bir nedenle ödemeyi reddetmesi durumunda, bankanın sigorta bedelinin tahsiline yönelik olarak sigortacı aleyhine dava açmak yerine, kredi alanın (sigortalının) mirasçılara aleyhine takip başlattığı veya dava açtığı görülmektedir. Bankalar krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde ister lehtar isterse dain-i mürtehin olsun riziko gerçekleştikten sonra, bankaların sigorta bedelini sigortacıdan talep etmesi kanuni bir zorunluluktur. Buna karşılık bankanın talebinin sigortacı tarafından bazı sebepler ileri sürülerek reddedilmesi durumunda bankanın herhalde sigortacı aleyhine sigorta bedeline yönelik dava açmasının zorunlu olup olmadığı tartışılması gereken bir husustur. Zira Yargıtay, istikrar kazanmış kararlarında dürüstlük kuralından hareketle; banka sigorta sözleşmesinde ister lehtar isterse dain-i mürtehin olsun bankanın kredi alanın (sigortalının) mirasçılara başvurabilmesi için öncelikle sigortacı aleyhine dava açarak tüm yolların tüketilmesi gerektiğini, bunun kredi alacağı için sigortalının mirasçılara aleyhine dava açılabilmesinin ön şartı olduğunu belirtmektedir¹⁴. Hem dürüstlük kuralının hem de hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasında aşırı davranılmaması, bu kuralların ikinci derecede uygulanması gerekliliği ve hiç kimsenin kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamayacağı kuralı gözetildiğinde bu çalışmada bankanın krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesindeki konumu dikkate alınarak sigortacı aleyhine dava açmaya zorlanıp zorlanamayacağı hususu üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

I. KREDİYE BAĞLI HAYAT SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE SÖZLEŞMEYLE İLGİLİ KİŞİLER

TTK'nın 1401. maddesinde sigorta sözleşmesi; "*sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşme*" şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre sigorta sözleşmesinin bir tarafında "*sigortacı*" yer alırken; diğer tarafında "*sigorta ettiren*" yer almaktadır.

Sigortacı, sigortacılık mevzuatı hükümleri çerçevesinde kurulmuş olan ve sigorta sözleşmesinde belli bir prim karşılığında rizikoyu üstlenen kişidir¹⁵. Sigortacılık Kanunu'nun 2/1-p maddesi gereğince; "*Sigorta şirketi: Türkiye'de kurulmuş sigorta şirketi ile yurt dışında kurulmuş sigorta şirketinin Türkiye'deki teşkilâtını*" ifade eder. Aynı Kanun'un 3/1 maddesi gereğince de; "*Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması şarttır*". Sigorta sözleşmelerinde genellikle sigorta ettiren ile sigortacı arasındaki sözleşmenin kurulması sigorta aracılığı ile sağlanmaktadır¹⁶. Sigorta sözleşmelerinde sigortacının tarafında yer alan ve onun adı ve hesabına hazırlık işlemlerini yapan veya sigorta sözleşmesinin kurulmasını sağlayan sigorta aracısı ise sigorta acentesidir¹⁷. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 4/1-u maddesi

¹⁴ Bu çalışmada yer verilen bölge adliye mahkemelerinin kararları ile Yargıtay kararlarına UYAP Bilişim Sistemi'nden ulaşılmıştır.

¹⁵ ULAŞ, Işıl: *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 14; BOZKURT, Tamer: *Sigorta Hukuku*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 18; KAYIHAN, Şaban / BAĞCI, Ömer: *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2019, s. 133; LOOSCHELDERS, Dirk: "Art. 1", *MiKoVVG*, N. 6.

¹⁶ AYDIN, Sevgican: *Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Halinde Sigortacının Hakları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 93.

¹⁷ YAZICIOĞLU, Emine / ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra: *Sigorta Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 50; YAZICIOĞLU, Emine: *Sigorta Aracıları Hukuku 1*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 105.

gereğince bankalar; “*Sigorta acenteliği ve bireysel emeklilik aracılık hizmetleri*” faaliyetlerini gerçekleştirebilirler. Uygulamada genel olarak kredi alanın sigorta ettiren olduğu krediyeye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde kredi alan, ayrıca sigortacının acentesi konumunda olan banka ile sözleşme yapmaktadır. BKBSUY’nin 13/1 maddesi gereğince; “*Krediyeye bağlantılı sigortalarda; kredi kullananın sigorta yaptırmak istemesi hâlinde, istediği sigorta şirketinden sağladığı, kredi tutarı ve süresiyle uyumlu ve dain-i mürtehini kredi kuruluşu olan sigorta poliçesi kredi kuruluşu tarafından kabul edilmek zorundadır. Sigorta sözleşmesine veya kredi sözleşmesine sigortanın belirli bir sigorta şirketine yaptırılmasına ilişkin konan her türlü şart hükümsüzdür*”. Dolayısıyla kredi alan, krediyeye bağlı hayat sigortası sözleşmesini sigortacının acentesi sıfatıyla kredi kullandığı banka ile yapabileceği gibi bir başka sigorta şirketinin acentesi ile de yapabilecektir.

Sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren, sigortacı ile sözleşme yapan ve prim ödeme borcu altına giren kişiyi ifade etmektedir¹⁸. Krediyeye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde ise genellikle sigorta ettiren sıfatı, ya bankaya ya da kredi alana ait olmaktadır¹⁹. Sigorta ettiren sıfatı ister bankaya ister kredi alana ait olsun uygulamada, her iki durumda da prim borcu ek bir kredi sözleşmesi ile kredi alandan tahsil edilmektedir²⁰. Dolayısıyla krediyeye bağlı hayat sigortası sözleşmesi, banka tarafından kredi alan sigortalı gösterilerek düzenlenebileceği gibi kredi alan tarafından kendisi sigortalı gösterilerek de düzenlenebilmektedir²¹. Kredi alanın sigorta ettiren olduğu durumda sigorta sözleşmesi ya sigortacının acentesi sıfatıyla bankayla yapılmakta ya da bir başka acente aracılığıyla akdedilmektedir. Ancak sigorta ettiren sıfatı banka veya kredi alana ait olduğu her iki durumda da “*sigortalı*” sıfatı kredi alana, “*lehtar*” sıfatı ise bankaya ait olmaktadır. Öte yandan krediyeye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde banka lehtar sıfatını taşımasa dahi sigorta bedeli üzerinde alacak rehni tesis ederek dain-i mürtehin sıfatını kazanmaktadır.

TTK’nın 1490/1 maddesi; “*sigorta ettiren, kendisinin veya başkasının hayatını, ölüm veya hayatta kalma ihtimallerine karşı sigorta ettirebilir*” hükmünü haizdir. Bu maddede bahsedilen hayatı sigorta edilecek kişi için TTK’nın 1490/2 maddesinde “*sigortalı*” ifadesi kullanılmıştır. Esasındaki buradaki “*sigortalı*” ifadesi zarar sigortalarındaki lehine sigorta sözleşmesi yapılan kimseden farklı olarak “*riziko şahsı*” anlamına gelmektedir²². Öte yandan gerek Hayat Sigortası Genel Şartları’nda gerekse de BKBSUY’de kullanılan “*sigortalı*” kavramı, TTK ile paralel olarak, hayatı sigorta edilecek kişiyi ifade etmektedir. Hayat sigorta sözleşmelerinde tüzel kişiler yönünden gerçek kişilere özgü hayatta kalma veya ölüm gibi rizikolarının meydana gelmesi söz konusu olamayacağı için sigortalı ancak gerçek kişi olabilecektir. Krediyeye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde, sigorta ettiren banka veya kredi alan olabileceksede sigortalı daima kredi alan borçludur. Sigorta ettirenin kredi alan olduğu durumda ölüm ihtimaline karşı kendi hayatı üzerine; banka olduğu durumda ise kredi alanın hayatı üzerine yapılan bir hayat sigortası sözleşmesi söz konusu olmaktadır.

TTK’nın 1493/1 maddesi gereğince sigorta ettiren, bir gerçek veya tüzel kişi lehine sigorta sözleşmesi yapabilir; ancak sözleşmenin geçerli kabul edilebilmesi için lehine sigorta sözleşmesi yapılan kişinin (lehtarın), sigortalının hayatının devam etmesinde menfaatinin bulunması gereklidir²³. Bu halde lehine hayat sigortası sözleşmesi yapılan ve riziko gerçekleştiğinde sigorta bedeli üzerinde hak sahibi

¹⁸ ÜNAN, Samim: *Hayat Sigortası Sözleşmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998 (Hayat Sigortası), s. 19; KABUKÇUOĞLU ÖZER, Dilek: *Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2014, s. 96; LOOSCHELDERS, *MüKoVVG*, Art. 1, N. 51; ARMBRÜSTER, Christian: “Art. 1”, *Versicherungsvertragsgesetz*, N. 149.

¹⁹ HEISS, *MüKoVVG*, Art. 150-171, N. 14.

²⁰ YONGALIK, s. 92; TAŞKIN, s. 20.

²¹ YONGALIK, s. 29; TAŞKIN, s. 19.

²² ŞENOCAK, Kemal: *Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009 (Hayat Sigortası) s. 47; HEISS, *MüKoVVG*, Art. 150, N. 1; SCHNEIDER, *Versicherungsvertragsgesetz*, Art. 150, N. 2; TAŞKIN, s. 109; ÜNAN, *Hayat Sigortası*, s. 25; KABUKÇUOĞLU ÖZER, s. 106.

²³ Alman hukukunda riziko şahsının hayatı üzerine bir başka şahsın sigorta yaptırabilmesi için, bu kişinin riziko şahsının hayatının devam etmesinde korunmaya değer bir menfaat aranmamaktadır (VVG §150). Bkz. HEISS, *MüKoVVG*, Art. 150, N. 7; SCHNEIDER, *Versicherungsvertragsgesetz*, Art. 150, N. 4.

olan kişi lehtar olarak adlandırılmaktadır²⁴. BKBSUY'nin 4/1-g maddesi gereğince lehtar; “sigorta sözleşmesine taraf olmamakla beraber lehine sigorta sözleşmesi yapılan ve riskin gerçekleşmesi hâlinde kural olarak sigorta tazminatını sigortacıdan isteme hakkına sahip olan gerçek veya tüzel kişi veya kişileri” ifade eder. Sigorta ettirenin lehtar tayin etme yetkisi (ve tayin ettiği lehtar hakkında değişiklik yapma yetkisi) tek taraflı, yenilik doğuran ve varması gerekli bir irade beyanıdır²⁵.

TTK'nın 1493/7 maddesi gereğince; “sigortacıdan edimi istem ve tahsil yetkisi, aksi kararlaştırılmadıkça, lehtara aittir”. Bu nedenle sigorta ettirenin kredi alan veya banka olması fark etmeksizin, krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde banka, genellikle lehtar olarak atanmaktadır. Lehtar olarak atanmadığı durumda ise banka sigorta bedeli üzerinde alacak rehni tesis etmekte ve böylece sözleşmede dain-i mürtehin olarak yer almaktadır.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde rizikonun gerçekleşmesi, başka bir deyişle kredi alanın (sigortalının) ölmesi üzerine bankanın sigortacıdan sigorta bedelini talep etmesi, bankanın bu sözleşmede lehtar ya da dain-i mürtehin olmasına göre farklılık göstermektedir.

II. BANKANIN LEHTAR OLDUĞU DURUMDA SİGORTA BEDELİNİ TALEP HAKKI

A. Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesinde Lehtar Kavramı

TTK'nın 1493. maddesi gereğince hayat sigortası sözleşmelerinde sigorta ettirenin, kendisi harici başka bir kişiyi lehtar olarak gösterdiği durumda üçüncü kişi lehine sözleşme söz konusudur. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 129. maddesi gereğince; “kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir.” Üçüncü kişi lehine sözleşmede lehtarın sigortacıdan ifayı talep edemediği, edimin ifasının lehtara yapılmasını sadece sigorta ettirenin isteyebildiği durumlarda “eksik üçüncü kişi yararına sözleşme”; lehtarın sigortacıdan edimin ifasını talep edebildiği durumlarda ise “tam üçüncü kişi yararına sözleşme” söz konusudur²⁶. Bu itibarla TTK'nın 1493/7 maddesi gereğince aksi kararlaştırılmadıkça sigortacıdan edimi tahsil ve istem yetkisi lehtara ait olduğundan sigorta ettirenin kendisinden başka bir kişinin lehtar olarak atandığı durumda tam üçüncü kişi yararına sigorta sözleşmesi söz konusu olmaktadır²⁷.

Bununla birlikte sigorta ettirenin kendisinden başkasının lehtar olduğu durumda sigortacıdan edimi tahsil ve talep yetkisinin lehtara ait olmasının aksinin kararlaştırılması halinde eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilmesi gerekir²⁸. Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinin eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olarak yapıldığı durumda lehtarın sigorta bedeli üzerindeki hakkı kaldırılmakta, sadece lehtarın sigorta bedelinin sigortacıdan doğrudan talep ve tahsil yetkisi sınırlandırılmaktadır²⁹. Zira krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinin eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olarak yapıldığı durumda sigorta bedelini talep yetkisi sigorta ettirende olsa da, sigorta ettiren ifanın kendisine yapılmasını talep edememekte; ancak lehtar olarak belirlediği kişiye ifanın yapılmasını isteyebil-

²⁴ CAN, Mertol: *Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı) Cilt I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 175; ARSEVEN, Haydar: *Sigorta Hukuku: Ana Prensipler- Genel Hükümler*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1987, s. 73; KENDER, Rayegân: *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 243; ÜNAN, *Hayat Sigortası*, s. 29; KABUKÇUOĞLU ÖZER, s. 130;

²⁵ ÜNAN, Samim: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt 3*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Sigorta Hukuku C. 3), s. 58; AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 337; ORBAY ORTAÇ, Nurdan / ÇAKIR, Ayşe: “Hayat Sigortası Sözleşmelerinde Lehtar Atanmasına İlişkin Yorum Kuralları”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 2, s. 271; ŞENOCAK, *Hayat Sigortası*, s. 47.

²⁶ BRAMBACH, Marko: “Art 159”, RÜFFER, Wilfried / HALBACH, Dirk / SCHIMIKOWSKI, Peter (Hrsg.): *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2020 (Yazar, VVG), N. 2; HEISS, *MüKoVVG*, Art. 159, N. 8; ŞENOCAK, *Hayat Sigortası*, s. 44.

²⁷ BOZER, Ali: *Sigorta Hukuku*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1965, s. 359; ŞENOCAK, *Hayat Sigortası*, s. 24; HEISS, *MüKoVVG*, Art. 159, N. 8.

²⁸ KABUKÇUOĞLU ÖZER, s. 354; ŞENOCAK, *Hayat Sigortası*, s. 136.

²⁹ KABUKÇUOĞLU ÖZER, s. 354; ŞENOCAK, *Hayat Sigortası*, s. 136.

mektedir. Riziko gerçekleşip sigortalı vefat ettiğinde ise sigorta ettiren ifanın lehtara yapılmasını talep etmediği sürece lehtar doğrudan talepte bulunamamaktadır. Ayrıca sigorta ettiren ifanın lehtara yapılmasını talep etse dahi sigorta bedelinin hiç ödenmemesi veya eksik ödenmesi durumunda lehtarın sigortacı aleyhine dava ve talep hakkı bulunmayacaktır. Bu kapsamda kredi alanın sigorta ettiren olduğu durumda kredi alan aynı zamanda sigortalı olacağından ve ölüm gerçekleştiğinde sigorta ettirenin mirasçılarının sigortacıdan lehtara ödeme yapmasını talep etmesi çok mümkün olmadığından krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinin eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olarak yapılması uygulamada tercih edilen bir yöntem değildir.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde bankanın lehtar atanabilmesi için TTK'nın 1490/1 maddesi gereğince, kredi alanın hayatının devamında menfaatinin bulunması gerekir³⁰. Bu kapsamda kredi borcunun ödenmesi kredi alanın (sigortalının) hayatta olmasına bağlı olduğundan lehtar olarak atanan bankanın, kredi alanın hayatının devamında maddi menfaati bulunmaktadır³¹. Ancak bankanın bu menfaati bakiye kredi borcuna karşılık gelen miktar kadardır. Başka bir deyişle krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde banka lehtar olarak atanmış ise lehtarın kredi alanın hayatının devamındaki menfaati bakiye kredi borcu kadar olup fazlası yönünden menfaati bulunmamaktadır. Zira TTK'nın 1491/2 maddesi; "*Ödenecek bedelin lehtarın maddi menfaatinden daha fazla olduğu durumlarda, aşan kısım sigortalının lehine yapılmış sayılır*" hükmünü haizdir. Bu durumda sigorta bedeli bakiye kredi borcundan fazla ise kalan sigorta bedeli yönünden sigortanın sigortalı lehine yapıldığı kabul edilecektir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere uygulamada krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi azalan teminatlı şekilde yapıldığı için sigorta bedeli bakiye kredi borcuyla uyumlu olacağından fazla kısım söz konusu olmayacaktır.

Lehtarın atanması ve değiştirilmesinin düzenlendiği TTK'nın 1493/2 maddesi gereğince sigorta ettiren atadığı lehtarı sigortacıya bildirmek zorundadır. Eğer lehtar, sigortacıya bildirilmemiş ise sigortacı iyiniyetle yaptığı ödeme ile borcundan kurtulur (TTK m. 1493/3). Genel olarak lehtar ataması sözleşme kurulurken yapılmakta ise de eğer sözleşmeyle lehtar atanmamışsa daha sonra atanabileceği gibi atanan lehtarın değiştirilmesi de mümkündür³². Öte yandan sigorta ettiren tarafından lehtar tayin edilmediği hallerde lehtarın belirlenmesi TTK'nın 1494/2 maddesi ile düzenlenen yorum kuralı gereğince tespit edilecektir. TTK'nın 1494/2 maddesi; "*Ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortalarda lehtar belirtilmemişse, sözleşmenin sigorta ettirenin mirasçıları lehine, yaşama ihtimaline karşı yapılmış sigortalarda ise sigortalı lehine yapıldığı kabul olunur*" hükmünü haizdir³³. Buna göre ölüme bağlı hayat sigortası sözleşmeleri bakımından sigorta ettiren ve sigortalının aynı kişi olduğu durumda sigortalının ölümü halinde sigorta bedeli üzerinde doğal olarak sigorta ettirenin mirasçıları lehtar olacak; sigorta ettiren ile sigortalının farklı kişiler olması durumunda ise sigortalının ölümü halinde sigorta ettiren henüz hayatta olacağından kendisi lehtar kabul edilecektir³⁴. Neticede hayat sigortası sözleşmeleri bakımından sigorta ettiren ile sigortalı aynı ya da farklı kişiler olsa da her halükarda sigorta sözleşmesi yapılırken sigorta bedeli üzerindeki tasarruf yetkisi sigorta ettirene ait olacaktır³⁵.

TTK'nın 1493/4 maddesi gereğince sigorta ettirenin lehtar ataması, iki farklı şekilde yapılmaktadır. Sigorta ettiren, atadığı lehtarı daha sonra değiştirebilecek ise değiştirilebilir lehtar ataması; aksine

³⁰ ÜNAN, *Sigorta Hukuku C. 3*, s. 226.

³¹ ÜNAN, *Sigorta Hukuku C. 3*, s. 226.

³² HEISS, *MüKoVVG*, Art. 159, N. 1; SCHNEIDER, *Versicherungsvertragsgesetz*, Art. 159, N. 1.

³³ TTK'nın 1494/2 maddesinin gerekçesinde "...Uygulamada bazen özellikle de ölüm ihtimaline karşı yapılan hayat sigortalılarında, lehtarın tayin edilmediği görülmekte ve sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişi olması halinde sigorta tazminatının kime ödeneceği problemi yaşanmaktadır. Bu nedenle maddenin ikinci fıkrası ile yine bir yorum kuralı getirilerek ölüm rizikosuna karşı yapılan sigortada lehtar tayin edilmemişse, sözleşmenin sigorta ettirenin mirasçıları lehine yaşama ihtimaline karşı yapılan sigortada ise sigortalı lehine yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir." ifadesine yer verilmiştir. Bkz. TTK m. 1494 gerekçesi, (<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>, ET: 15.10.2024).

³⁴ ORBAY ORTAÇ / ÇAKIR, s. 274; ÜNAN, *Sigorta Hukuku C. 3*, s. 104 vd.

³⁵ ÜNAN, *Sigorta Hukuku C. 3*, s. 81.

atadığı lehtarını değiştirme hakkından vazgeçerek lehtarını değiştiremeyecek ise değiştirilemez lehtar atanması söz konusu olacaktır³⁶. Değiştirilebilir lehtar atanmasının nasıl yapılacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak değiştirilemez lehtar atanmasında; “*Sigorta ettiren, değiştirme hakkından vazgeçtiğini sigorta poliçesine yazdırmakla beraber sigorta poliçesini lehtara teslim etmişse, o kişiyi değiştiremez*” (TTK m. 1493/4).

Değiştirilebilir lehtar atanmasında sigorta bedeli üzerindeki tasarruf hakkı halen sigorta ettirendedir. Zira lehtar, sigorta bedeli üzerindeki tasarruf hakkına ancak sigortalının ölümü halinde sahip olacaktır. Dolayısıyla rizikonun gerçekleşmesinden önce sigorta ettiren, bir başka kişiyi lehtar olarak atayabilir, atadığı lehtarını geri alabilir, lehtarın alacağına yönelik hakkını kısıtlayabilir, hatta sigorta alacağını devredebilir veyahut da sigorta bedeli üzerinde alacak rehni tesis edebilir³⁷. Değiştirilemez lehtar atanmasında ise rizikonun gerçekleşmesi şartıyla lehtar, sigorta bedeli üzerindeki tasarruf hakkını atama işlemiyle birlikte kazanmaktadır. Dolayısıyla değiştirilemez lehtar atanmasıyla birlikte sigorta ettiren sigorta bedeli üzerindeki tasarruf hakkını kaybeder; sigorta bedelini başkasına devredemez veya sigorta bedeli üzerinde alacak rehni tesis edemez³⁸.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde genel olarak banka, değiştirilemez lehtar olarak atanmaktadır. Esasında bankanın sigorta ettiren olduğu durumda kendisini değiştirilemez lehtar olarak atanmasının çok önemi olmayacaktır. Hatta bankanın sigorta ettiren olduğu durumda lehtar atanmasa dahi TTK'nın 1494/2 maddesi gereğince lehtar olarak zaten sigorta ettiren kabul edilmektedir. Değiştirilemez lehtar atanması kredi alanın aynı zamanda sigorta ettiren olduğu durumda önem arz etmektedir. Zira sigorta ettiren, başlangıçta banka olarak belirlediği lehtarını değiştirerek bankanın sigorta bedeli üzerindeki beklentisini bertaraf edebilecektir. Bu nedenle uygulamada kredi alanın sigorta ettiren olduğu durumda başlangıçta atanan lehtarın sonradan değiştirilme ihtimalini ortadan kaldırmak için banka değiştirilemez lehtar olarak atanmaktadır³⁹.

B. Lehtar Olarak Atanan Bankanın Sigorta Bedeline Yönelik Dava Açma Zorunluluğu

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde sigortalı vefat ettiğinde sigorta bedelini sigortacıdan talep hakkı değiştirilemez lehtara ya da riziko gerçekleştiğinde lehtar olarak gözüken kişiye, lehtar atanmamış ise sigorta ettirene aittir. Sigorta ettiren ve sigortalının aynı kişi olduğu durumda ise sigortalının ölümü halinde sigorta bedeli üzerinde doğal olarak sigorta ettirenin (sigortalının) mirasçıları lehtar olacağı için talep hakkı mirasçılara ait olacaktır⁴⁰. Bu itibarla krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde sigorta ettiren ister banka olsun isterse kredi alan olsun lehtar olarak atanan banka, riziko gerçekleşince sigortacıdan sigorta bedelini talep edebilecektir. Özellikle kredi alanın sigorta ettiren olduğu ve bankanın lehtar olarak atandığı krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi, tam üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği taşıdığından sigorta bedelini sadece lehtar olarak atanan banka talep edebilir.

Bankanın sigorta ettiren olduğu krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde banka lehtar olarak sigortacıdan sigorta bedelini talep ettiği durumda, sigortacı sözleşmeden kaynaklanan tüm savunmalarını bankaya karşı da ileri sürebilecektir. Yine üçüncü kişi yararına sözleşmede, borçlunun hukuki durumu, alacaklı yerine üçüncü kişiye ifada bulunması nedeniyle ağırlaşmayacağından, kredi alanın sigorta ettiren olduğu ve bankanın lehtar olarak atandığı krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde

³⁶ ERIŞ, Gönen: *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 1384; ÜNAN, *Sigorta Hukuku C. 3*, s. 84 vd.; ŞENOCAK, *Hayat Sigortası*, s. 66 vd.; CAN, s. 187; TAŞKIN, s. 145.

³⁷ ORBAY ORTAÇ / ÇAKIR, s. 272; ÜNAN, *Sigorta Hukuku C. 3*, s. 84.

³⁸ HEISS, *MüKoVVG*, Art. 159, N. 9; ORBAY ORTAÇ / ÇAKIR, s. 272; ÜNAN, *Sigorta Hukuku C. 3*, s. 84.

³⁹ Bankanın değiştirilemez lehtar olarak atanacağı krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi poliçe özel şartlarında özellikle belirtilmektedir. Bu hususta sözleşme yapılırken verilen aydınlatma metni ile sigorta ettiren uyarılmaktadır. Örneğin “...*Bu katılım sertifikasında Türkiye İş Bankası A.Ş.'nin kredi kullandıran şubesi, sigortalının tam ve kalıcı sakatlığı halinde veya ölümü anındaki bakiye, kredi borcu ve bu borca ait faiz ve masrafların toplamını geçmemek kaydı ile... dönülemez şekilde lehtar tayin edilmiştir...*” bkz. https://www.anadoluhayat.com.tr/Documents/Sigortalar/BilgilendirmeMetni/KDS-Bilgilendirme_Metni_TC.pdf (ET: 15.10.2024).

⁴⁰ ORBAY ORTAÇ / ÇAKIR, s. 274; ÜNAN, *Sigorta Hukuku C. 3*, s. 104 vd.

bankanın sigortacıdan sigorta bedelini talep ettiği durumda sigortacı sözleşmeden kaynaklanan savunmalarını, örneğin sigortalının ölümünün poliçede teminat kapsamında olmadığı gibi savunmaları sözleşmenin tarafı olmayan bankaya da ileri sürebilir⁴¹. Zira lehtar olarak atanan bankanın sigorta bedeli üzerindeki hakkının kaynağını sigorta ettirenle sigortacı arasındaki sözleşme oluşturmaktadır⁴².

TTK'nın 1412. maddesi gereğince; “*kanunda sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda, sigortadan haberi olması şartı ile sigortalının, temsilci söz konusu ise temsilcinin, can sigortalarında da lehtarın bilgisi ve davranışı da dikkate alınır*”. Buna göre sigorta ettiren ile sigortalının farklı olduğu sigorta ettirenin banka olduğu durumda sigortalının bilgisi ve davranışı da dikkate alınacaktır. Dolayısıyla bankanın sigorta bedelini talep ettiği durumda sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğünü ihlali veya sigortalının ölümünün poliçede teminat kapsamında olmadığı gibi savunmalar sigortacı tarafından ileri sürülebilecektir. Böyle bir durumda bankanın, sigorta bedeline ulaşmak için icra takibi yapması veya dava açması da gerekebilir. Zira sigortalının mirasçılarının sigorta bedeline ulaşmak için veya sigorta bedelinin bankaya ödenmesini talep etmek için “*dava takip yetkisi*”⁴³ bulunmamaktadır.

Hemen belirtmelidir ki krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde lehtar olan banka, sözleşmeye dayanarak sigortacıdan talepte bulunmaktadır. Sigorta ettirenin kredi alan olduğu durumda lehtar (banka) sözleşmenin tarafı olmadığı için sözleşme öncesi kusur sorumluluğuna (culpa in contrahendo) dayanarak talepte bulunması da mümkün değildir. Örneğin sigorta ettirenin kredi alan olduğu durumda riziko, sigortacının sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle teminat dışında kalmışsa ve bankanın talebi bu nedenle reddedilmişse; sigorta ettiren, aydınlatma yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağını veya teminat dışında kalan rizikoyu teminat kapsamına alacağını ileri sürerek sigortacı aleyhine genel hükümler kapsamında dava açması mümkündür.

III. BANKANIN DAIN-İ MÜRTEHİN OLDUĞU DURUMDA SİGORTA BEDELİNİ TALEP HAKKI

A. Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesinde Dain-i Mürtehin Kavramı

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinin aynı zamanda teminat işlevi görmesi için bankanın ya lehtar olarak atanması ya da poliçede dain-i mürtehin olarak yer alması gerekmektedir⁴⁴. Gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olaya bağlanan alacakların da alacak rehni ile teminat altına alınabileceği gözetildiğinde krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde bankanın dain-i mürtehin olarak yer alması, sigorta bedeli üzerinde banka lehine alacak rehni bulunduğu anlamına gelmektedir⁴⁵. Zira BKBSUY'nin 4/1-a maddesinde dain-i mürtehin kavramı; “*kredinin geri ödenmeme riskini ortadan kaldırmak amacıyla yaptırılan sigortalarda, riskin gerçekleşmesi üzerine ödenecek olan tazminat tutarından birinci derecede alacaklı olan gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır.

⁴¹ AKYOL, Şener: *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 210.

⁴² AKYOL, s. 210.

⁴³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 53. maddesi gereğince dava takip yetkisi; talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olup kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir. Dava takip yetkisi kural olarak çekişmeli hakkın sahibine ve ihtilafli maddi hukuk ilişkisinin taraflarına aittir. Bazı durumlarda ise bu yetki, dava konusu maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayan kişilere de ait olabilir. Bu durumda bağımsız dava takip yetkisi söz konusudur. Bağımsız dava takip yetkisi, yetkinin kaynağına göre kanuni dava takip yetkisi ve iradi dava takip yetkisi olarak ikiye ayrılmaktadır. Kanuni dava takip yetkisinde bu yetki, hakkın veya çekişmeli hukuki ilişkinin dışındaki üçüncü kişiye bizzat kanun tarafından tanınmaktadır. Hukukumuzda çeşitli kanunlarda kanuni dava takip yetkisinin tanındığı hâllere rastlamak mümkündür. Dava takip yetkisine sahip olanlardan her biri diğerinden bağımsız olarak bu yetkiyi kullanabilme imkânına sahip ise paralel (veya yarışan) dava takip yetkisi; dava takip yetkisi sadece bir kişiye verilmiş ise münhasır dava takip yetkisi söz konusudur. TTK'nın 1493/7 maddesinde sigortacıdan edimi tahsil ve istem yetkisinin lehtara ait olduğu belirtildiğinden dava takip yetkisi sadece lehtara aittir ve sigortalının mirasçılarının dava takip yetkisi bulunmamaktadır. Bkz. AKİL, Cenk: “Dava Yetkinliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 36, s. 1-20.

⁴⁴ TAŞKIN, s. 145.

⁴⁵ ÜNAN, Samim: “Sigorta Alacağının Güvence İşleviyle Bağlantılı Bazı Sorunlar”, (Ed.) OKTAY ÖZDEMİR, Saibe / ALTOP, Atilla / ARKAN SERİM, Azra: *Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan*, Cilt II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020 (Bazı Sorunlar), s. 1831; AMASYA, s. 1433.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde bankanın poliçede dain-i mürtehin olarak yer alması hiçbir şekilde bankayı doğrudan doğruya rehin alacaklısı haline getirmemekte; sadece daha önce sigorta bedeli üzerinde tesis edilen rehinin sigortacıya bildirilmesi anlamına gelmektedir⁴⁶. Dolayısıyla sigorta poliçelerinde dain-i mürtehin kaydının bulunması, tek başına sigorta bedeli üzerinde rehin hakkı tesis etmeye yeterli olmadığından, kurucu değil açıklayıcı bir etkiye sahip olmaktadır⁴⁷. Başka bir deyişle banka ile kredi alan arasında sigorta bedeli üzerinde kurulmuş geçerli bir alacak rehni sözleşmesi yoksa sigorta poliçesinde bankanın dain-i mürtehin olarak belirtilmesi banka lehine sigorta bedeli üzerinde herhangi bir hak sağlamayacaktır⁴⁸.

Zarar sigortalarında sigorta tazminatı üzerindeki sınırlı aynı hak, TTK'nın 1456. maddesinde düzenlenmişken; hayat sigortalarında sigorta bedeli üzerindeki alacak rehnine ilişkin bir düzenleme TTK'da yer almamıştır. Bu itibarla hayat sigortalarında sigorta bedeli üzerindeki alacak rehni söz konusu olduğundan Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) alacaklar ve diğer haklar üzerindeki rehne ilişkin 954 ilâ 961. maddeleri uygulanacaktır⁴⁹.

TMK'nın 955/1 maddesi gereğince; “*senede bağlanmış olan veya olmayan alacakların rehni için rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve senede bağlı alacaklarda senedin teslim edilmesi gerekir*”. Buna göre senede bağlanmış olsun veya olmasın alacaklar üzerinde rehin kurulabilmesi için öncelikle dain-i mürtehin olarak gösterilecek kişi ile alacak üzerinde rehin tesis edecek kişi arasında yazılı bir rehin sözleşmesinin yapılması gerekir. Doğması muhtemel alacakların rehnedilmesi durumunda muhtemel alacak üzerindeki rehin hakkı rehin sözleşmesinin yapıldığı zaman kurulmuş olur; ancak bu rehin sözleşmesi hükümlerini alacağın doğması ile doğurur⁵⁰. Dolayısıyla banka ile kredi alan arasında yapılan muhtemel sigorta bedeli üzerine kurulan rehin hakkı, rehin sözleşmesiyle kurulmuş olur; sonuçlarını ise rizikonun gerçekleşmesinden sonra gösterir⁵¹. Uygulamada krediye bağlı hayat sözleşmelerinde sigorta bedeli üzerinde banka lehine ayrı bir rehin sözleşmesi yapılmamakta; kredi sözleşmesinde veya ekinde yer alan bir şart ile kredi alanın hayat sigortası yaptırması ve bankanın poliçede dain-i mürtehin olarak gösterilmesi kararlaştırılmaktadır⁵². Kredi alan ile banka arasında muhtemel sigorta bedeli üzerinde ayrı bir alacak rehnine yönelik sözleşme kurulmasa dahi kredi sözleşmesinde yer alan bu şekildeki ifadelerden sigorta bedeli üzerinde geçerli bir alacak rehni kurulduğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁵³.

Azalan bedelli krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde sigorta ettirenin banka olduğu durumda lehtar atanmamış olsa da lehtar atanmasına ilişkin yorum kuralı gereğince sigorta ettiren (banka) lehtar

⁴⁶ ŞENOCAK, Kemal: “İpotekli Gayrimenkulün Sigortalanması Halinde Alacaklının Hukuki Durumu”, *Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 8, Sayı 32, Prof. Dr. Necip Orta'n'a Armağan, (Alacaklının Hukuki Durumu), s. 1103; ÜNSAL, Oğuzhan: *Sigortalı Eşyalar Üzerinde Rehin Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 94; ÜNAN, *Sigorta Hukuku C. 3*, s. 59; AMASYA, s. 1432.

⁴⁷ ÜNAN, *Bazı Sorunlar*, s. 1822; AMASYA, s. 1432; ÜNSAL, s. 94; ŞENOCAK, *Alacaklının Hukuki Durumu*, s. 1103.

⁴⁸ ÜNAN, *Sigorta Hukuku C. 3*, s. 57; AMASYA, s. 1432; ŞENOCAK, *Alacaklının Hukuki Durumu*, s. 1103.

⁴⁹ TTK'nın 1456. maddesine benzer bir düzenleme, eski hale getirme koşulu içeren sigorta sözleşmelerine ilişkin olarak Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (VVG) § 94'de yer almaktadır. Ancak hayat sigortası sözleşmelerinde sigorta bedeli üzerine rehin hakkı tesisiniyle ilgili VVG'de hüküm yer almamaktadır. Hayat sigortalarında sigorta bedeli üzerinde rehin tesisine yönelik alacak rehnine ilişkin Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) § 1281 vd. uygulanmaktadır. Bkz. SCHÄRTL, Michael: “Art 1281”, HAU, Wolfgang / POSECK, Roman (Hrsg.): *BeckOK BGB*, 71. Baskı, C.H.Beck, München, 2024 (Yazar, BeckOK BGB), N. 1; STAUDINGER, Ansgar, *MüKoVVG*, Art. 94, N. 17.

⁵⁰ AMASYA, s. 1434; TAŞKIN, s. 149.

⁵¹ MAKARACI BAŞAK, Aslı: *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 211; AMASYA, s. 1443.

⁵² “...Müşteri, kredi taksitleri ve krediden doğan her türlü borç tamamıyla geri ödeninceye kadar her türlü tehlikelere / rizikolara karşı dilediği bir sigorta şirketi nezdinde Hayat Sigortası yaptırmayı/yapılmasını, sigorta prim ve diğer masrafları kendisi tarafından karşılamak üzere yapılacak Hayat Sigorta Poliçesini Bankaya devretmeyi, daha önce sigorta yapılmış olması ve bu sigortanın vade, tutar ve diğer özelliklerinin krediyile uyumlu olması halinde ise sigorta poliçelerini Bankaya bir zeyilname ile devretmeyi, kredi vadesinden önce süresi biten sigortalardan poliçe yenilemelerinin kendisi tarafından düzenli olarak yapılarak poliçe vade tarihinden önce Banka'ya iletileceğini, Banka'nın, vade tarihinde yenilenmeyen poliçeler için yenilemeleri herhangi bir sigorta şirketine yaptırmaya yetkili olduğunu, mevcut/yapılacak/yenilenecek tüm sigorta poliçelerinin üzerinde Banka'nın dain-i mürtehin olarak gösterileceğini kabul ve taahhüt eder...” bkz. <https://www.ziraatbank.com.tr/tr/Contracts/KrediBaglantiliSigortalaraIliskinSozlesme.pdf> (ET: 15.10.2024).

⁵³ MAKARACI BAŞAK, s. 211; TAŞKIN, s. 149.

olarak kabul edilecek olduğundan bankanın ayrıca dain-i mürtehin olarak yer almasının bir anlamı olmayacaktır. Aynı şekilde sigorta ettiren (banka) kendisini lehtar olarak atasa dahi aynı alacak üzerinde kendisi lehine alacak rehni kurması ve dain-i mürtehin olarak yer alması mantıklı da değildir. Zira lehtar sıfatı ile sigorta bedeli üzerinde hak sahibi olan bankanın, zaten kendisine ait olan bir alacak üzerinde kendi lehine alacak rehni tesis etmesi bankaya dain-i mürtehin sıfatını da kazandırmayacaktır.⁵⁴. Bununla birlikte sabit veya değişir bedelli krediyeye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde sigorta ettirenin banka olduğu durumda banka lehtar olarak atanmış olsa dahi bankanın bakiye borçtan fazla kısım için menfaati olmayacağından artan kısım sigortalı lehine yapılmış olacak ve bu kısım yönünden bankanın dain-i mürtehin olması anlamlı olacaktır. Dolayısıyla kredi sözleşmesinde kredi alan tarafından banka lehine sigorta bedeli üzerinde alacak rehni tesis edilmesi durumunda sabit veya değişir bedelli krediyeye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde aynı zamanda lehtar olan bankanın bakiye borçtan artan kısım yönünden dain-i mürtehin olması mümkündür.

Azalan bedelli krediyeye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde sigorta ettirenin kredi alan olduğu durumda banka lehtar olarak atanmışsa kredi alanın riziko gerçekleşmeden önce lehtarını değiştirme hakkı bulunduğu bankanın dain-i mürtehin olarak yer almasında yararı bulunmaktadır. Hatta sigorta ettiren lehtarını değiştirmese dahi sigorta bedeli üzerinde tasarruf hakkı kendisinde olduğundan bir başka kişiyi dain-i mürtehin olarak atama ihtimali de bulunmaktadır. Buna karşılık banka değiştirilemez lehtar olarak atanmışsa artık değiştirilemeyeceğinden ve muhtemel sigorta bedeli üzerinde tek hak sahibi olduğundan, bankanın bir de dain-i mürtehin olarak yer alması anlamlı değildir.⁵⁵. Bununla birlikte sabit veya değişir bedelli krediyeye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde banka değiştirilemez lehtar olarak atanmış olsa dahi bankanın bakiye borçtan fazla kısım için dain-i mürtehin olması mümkündür. Öte yandan banka değiştirilemez lehtar olarak atanmakla sigorta bedeli üzerinde tasarruf hakkına sahip olduğundan bir başka kişi lehine bu alacak üzerinde alacak rehni tesis edebilir ve bu kişiyi de dain-i mürtehin olarak sigortacıya bildirebilir. Bu durumda sigorta bedelini talep hakkı değiştirilemez lehtar olan bankaya değil dain-i mürtehin olarak belirlediği kişiye aittir.

B. Dain-i Mürtehin Olarak Belirlenen Bankanın Sigorta Bedeline Yönelik Dava Açma Zorunluluğu

Uygulamada genellikle krediyeye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde kredi alanın sigorta ettiren olduğu durumda kredi alanın mirasçıları lehtar olarak atanmışsa banka dain-i mürtehin olarak belirlenmektedir.⁵⁶. Dolayısıyla sigorta poliçesine banka lehine dain-i mürtehin kaydı konularak sigorta bedeli üzerinde alacak rehni tesis edildiği sigortacıya bildirilmekte ve dain-i mürtehin olarak belirtilen banka, sigorta bedeli üzerinde öncelik hakkına ve tahsil yetkisine sahip olmaktadır.⁵⁷. Hemen belirtilmelidir sigorta poliçesinde dain-i mürtehin kaydının bulunduğu durumlarda alacak rehnine ilişkin hükümler uygulanacak olup öncelikli olarak dain-i mürtehinin sigorta bedelini 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) hükümleri kapsamında paraya çevrilmesini talep etmesi gerekecektir. Ancak uygulamada banka ile kredi alan arasında yapılan kredi sözleşmesinde sigorta bedeli üzerinde banka lehine alacak rehni tesis edilmekte ve bu bedelin tahsili konusunda bankaya yetki tanınmaktadır.⁵⁸. Dolayısıyla dain-i mür-

⁵⁴ TAŞKIN, s. 150.

⁵⁵ TAŞKIN, s. 150.

⁵⁶ Banka ile kredi alan arasında akdedilen kredi sözleşmelerinde genellikle bu yönde hüküm yer almaktadır. Örneğin; "...*Sigorta sözleşmesinden doğan tazminatın Müşteri'ye ait olması halinde bu tazminatın tamamı, Müşteri'nin Bankaya karşı doğmuş ve doğacak borçlarının teminatını oluşturmak üzere Bankaya rehinlidir...*" bkz. https://www.ing.com.tr/F/Documents/pdf/Hakkimizda/Hizmet_ve_Kredi_Sozlesmeleri/Genel_Kredi_Sozlesmesi.pdf (ET: 15.10.2024).

⁵⁷ ERDEM, Mehmet: "Sigorta Poliçesinde Kredi Veren Banka Lehine Konulan Daini Mürtehin Kayıtlarının Yorumlanması", (Ed.) ALTAY, Sıtkı Anlam / AYOĞLU, Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya: *Prof. Dr. H. Ercüment Erdem'e Armağan*, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 634; ÜNLÜTEPE, Mustafa: "Sınırlı Ayni Hak Sahiplerinin Sigorta Tazminatı Üzerindeki Hakları", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 9, Sayı 17, s. 168; ÜNAN, *Bazı Sorunlar*, s. 1822; KAYIHAN / BAĞCI, s. 141.

⁵⁸ "...*Sigorta sözleşmelerinden doğan tazminatlar dain-i mürtehin hakkı olan Banka'ya ödenir. Sigorta şirketince belirlenen tazminat tutarına Müşteri itiraz ettiği takdirde, kendisine verilecek bir süre içinde Müşteri tazminat tutarını Banka'ya öderse, sigorta poliçesinin*

tehine sigorta bedelini tahsil yetkisinin verildiği durumlarda İİK hükümleri kapsamında rehlin paraya çevrilmesi yoluna başvurulmasına gerek bulunmayacaktır⁵⁹.

TMK'nın 961/2 maddesi gereğince; “*rehin kendisine ihbar edilmiş olan borçlu, borcunu asıl alacaklıya veya rehin alacaklısına ancak diğerinin onayıyla ödeyebilir*”. Başka bir deyişle bankanın dain-i mürtehin olduğu krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde sigortacı, lehtara (sigortalının mirasçısına) ancak dain-i mürtehinin (bankanın) onayı ile ödeme yapabilecek; benzer şekilde dain-i mürtehin (bankaya) de lehtarın (sigortalının mirasçılarının) onayı ile ödeme yapabilecektir. Ancak TMK'nın 961. maddesi emredici bir düzenleme olmadığından dain-i mürtehin (bankaya) tahsil yetkisinin tanınması durumunda lehtarın (sigortalının mirasçılarının) iznine de gerek kalmayacak dain-i mürtehin (banka) tek başına alacağı talep edebilecektir⁶⁰.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde dain-i mürtehinin (bankanın) sigorta bedelini talep etmesi üzerine sigortacı, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tüm def'ileri dain-i mürtehin (bankaya) karşı da ileri sürebilir⁶¹. Zira sigortacı kredi veren ile kredi alan arasındaki rehin sözleşmesinin tarafı olmadığından hakkaniyete uygun olarak sigortacının korunması ve rehin nedeniyle hukuki durumunun kötüleşmemesi gerekir⁶². Örneğin sigorta sözleşmesinden doğan prim alacağı bulunduğu takdirde sigortacı bunu dain-i mürtehin (bankaya) karşı ileri sürebilir⁶³ ve prim alacağı ödenmesi gereken sigorta bedelinden indirilebilir (TTK m. 1431/5). Yine sigorta bedelinin zamanaşımına uğraması durumunda sigortacı, zamanaşımı def'ini dain-i mürtehin (bankaya) karşı ileri sürebileceği gibi rizikonun teminat kapsamında olmadığını veya sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle tazminat ödeme borcunun ortadan kalktığını da savunabilir. Dain-i mürtehinin (bankanın) başvurusu üzerine sigortacının sigorta sözleşmesinden kaynaklanan def'iler nedeniyle sigorta bedelini ödemediği veya kısmen ödediği durumda dain-i mürtehin (banka) kanuni dava takip yetkisi kapsamında dava açma hakkına sahip olacaktır⁶⁴.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde sigortalının ölmesi halinde sigorta bedeli üzerinde dain-i mürtehin olan bankanın talep hakkı öncelikli olarak bulursa da lehtarın (sigortalının mirasçıla-

den doğan haklar Banka tarafından Müşteri'ye devredilir. Aksi halde Banka dain-i mürtehin hakkı nedeniyle tazminat tutarını sigorta şirketinden tahsil etmeye ve Müşteri'den olan her türlü alacaklarına kısmen veya tamamen mahsup etmeye yetkilidir...” bkz. <https://www.vakifbank.com.tr/documents/duyurular/kredi-genel-sozlesme.pdf> (ET: 15.10.2024).

⁵⁹ ŞENER, Oruç Hami: “Bankanın Rehinli Alacaklı Sfatına Sahip Olduğu Adi Alacak Rehnine Rehnin Borçluya İhbarı ve İhbarın Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 11, Sayı 2, s. 219; DEMİRSATAN, Barış: “Medenî Kanuna Göre Senede Bağlanmamış Alacak Rehni Kapsamında Rehinli Alacaklının Paraya Çevirme Bakımından Olanakları”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 7, Sayı 1, s. 177; MAKARACI BAŞAK, s. 302.

⁶⁰ ŞENER, s. 222; DEMİRSATAN, s. 177.

⁶¹ MİSİLİ, Sinan: “Türk Hukukunda Sınırlı Aynı Hak ile Takyit Edilmiş Malın Sigortalanması ve Sigortacının Sınırlı Aynı Hak Sahiplerine Karşı Borçları”, (Ed.) ARKAN, Sabih: *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015, s. 657; ÜNAN, *Bazı Sorunlar*, s. 1835; ULAŞ, s. 175. Bkz. Yargıtay, HGK, T. 20.12.2022, E. 2021/416, K. 2022/1767. “...Davacı (dain-i mürtehin) banka davalılar hakkında icra takibi başlatmadan ve dava açmadan önce, dava dışı sigorta şirketine yazılı olarak başvurmuş ise de davalıların mirasbırakılan borçlu müteveffanın doğru beyan yükümlülüğünü ihlal ettiği ve kendisindeki hastalığı gizlediği gerekçesiyle sigorta şirketi tarafından kendilerine ödeme yapılmaması üzerine doğrudan davalılar aleyhine icra takiplerine başlayıp, nihayetinde eldeki davalıyı açmıştır...”.

⁶² ŞENER, s. 239.

⁶³ ÜNAN, *Bazı Sorunlar*, s. 1813.

⁶⁴ Yargıtay, 4. HD, T. 05.04.2023, E. 2021/19445, K. 2023/5010. “...Davacı vekili dava dilekçesinde; davalı tarafından Kasko Sigorta Poliçesi ile sigortalanan ve davacının rehin alacaklı olduğu aracın 16.02.2019 tarihinde hasara uğradığını belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 5.100,00 TL hasar onarım bedelinin kaza tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiş, 22.11.2020 tarihli islah dilekçesi ile talebini 49.522,55 TL'ye yükseltmiştir... Uyuşmazlık Hakem Heyeti'nin yukarıda tarih ve sayılı belirtilen kararı ile davacının aracın dain-i mürtehin sıfatı ile alacaklı olduğu ve öncelikli talep hakkına sahip olduğu, hasar tespiti amacıyla alınan uzman bilirkişi raporunda aracın toplam hasar bedelinin KDV hariç 41.968,26 TL olarak tespit edildiği gerekçesi ile başvurunun kabulü ile araçta tespit edilen KDV dahil 49.522,55 TL tazminatın 05.10.2020 tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir... İtiraz Hakem Heyeti'nin yukarıda tarih ve sayılı belirtilen kararı ile ... davalının itirazının reddine karar verilmiştir... İtiraz Hakem Heyeti'nin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur... Tarafların iddia, savunma ve dayandıkları belgelere, uyuşmazlığın hukuki nitelendirilmesi ile uygulanması gereken hukuk kurallarına, dava şartlarına, yargılamaya hâkim olan ilkelere, ispat kurallarına ve temyiz olunan kararda belirtilen gerekçelere, davacı şirketin davaya konu araç üzerinde rehin hakkı bulunmasına, buna göre dain-i mürtehin sıfatını haiz davacının onayı bulunmaksızın kasko poliçesi tarafı olan dava dışı sigortalı şirket yetkilisi tarafından 04.03.2019 tarihinde yapılan feragat beyanının geçerli olmamasına, davaya konu zararın poliçe teminatı kapsamında bulunmasına, uzman bilirkişi raporunun denetime elverişli ve yeterli bulunmasına, avans faizine hükmedilmesinin doğru bulunmasına göre davalı vekilinin ... temyiz itirazları yerinde görülmemiştir...”.

rının) sigorta bedeli üzerindeki hakkı asıl alacaklı olarak devam etmekte, sadece sigorta bedeli üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılmaktadır⁶⁵. Zira TMK'nın 961/1 maddesi gereğince; özenli bir yönetim, rehnedilmiş alacağın muacceliyetinin ihbarını ve tahsil edilmesini gerekli kılıyorsa lehtar bu işlemleri yapabilir; dain-i mürtehin de lehtar bu işlemlerin yapılması konusunda zorlayabilir. Bu düzenlemedeki tahsil yetkisi, sigortacıdan sigorta bedelini tahsil edilmesi anlamında değil, sigortacıya karşı sigorta bedelinin talep edilmesi için gerekli tüm işlemlerin yapılması ve dolayısıyla dava açılması anlamındadır⁶⁶.

TMK'nın 961/2 maddesi gereğince rehin kendisine ihbar edilmiş olan sigortacı, sigorta bedelini lehtara veya dain-i mürtehinine (bankaya) ancak diğerinin onayıyla ödeyebilir. Özellikle lehtarın sigorta bedeli için başvurduğu durumda dain-i mürtehinin (bankanın) onayı ifa aşamasına ilişkin bir durumdur⁶⁷. Dain-i mürtehinin (bankanın) onayının ifa aşamasında söz konusu olduğu gözetildiğinde lehtarın da dava takip yetkisinin dain-i mürtehinle (bankayla) birlikte bulunduğu ve lehtarın sigorta bedeline ilişkin sigortacı aleyhine açacağı dava için onayın şart olmadığı kabul edilmelidir. Başka bir deyişle krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde banka sadece dain-i mürtehin olarak yer alsın ve sigortalının ölümü halinde sigorta bedeli üzerinde talep hakkı öncelikli olarak bulunsun da lehtarın da sigorta bedeli üzerindeki hakkı asıl alacaklı olarak devam ettiğinden dain-i mürtehinle birlikte paralel dava takip yetkisi bulunmaktadır⁶⁸. Dolayısıyla dain-i mürtehinin (bankanın) sigorta bedeli için talepte bulunduğu durumda sigortacının bazı sebepler ileri sürerek talebi reddetmesi veya kısmen kabul etmesi halinde lehtarın da sigortacı aleyhine dava açma hakkı bulunmaktadır. Ancak lehtar (sigortalının mirasçıları) tarafından açılan bu davada sigorta bedelinin dain-i mürtehinine (bankaya) verilmesi talep edilmelidir⁶⁹.

Öte yandan sigortalının mirasçıları (lehtar) tarafından sigorta bedelini dain-i mürtehinine ödemeye yanaşmayan sigortacı aleyhine paralel dava takip yetkisi kapsamında açılan davada sigorta bedelinin kendisine verilmesini istediği durumda da mahkemece dain-i mürtehinin hakları korunacak şekilde

⁶⁵ ÇONGAR, Mustafa Halil: "Sınırlı Aynı Hak Sahibinin İzninin (TK 1456/2) Malikin Sigorta Tazminatının Tahsili Talebiyle Açacağı Davaya Etkisi Meselesi- Yargıtay'ın Dava Şartı Yorumuna İlişkin Bir Değerlendirme", (Ed.) KAYA, Arslan / ARICI, M. Fatih / SÖNMEZ, Numan Sabit / TOKCAN, Pelin / EVLEK, Müge / KOÇAK, Mahmut Arif: *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 243; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: "Rehin Alacaklısının Sigorta Tazminatı Üzerindeki Hakları", (Ed.) OKTAY ÖZDEMİR, Saibe / ALTOP, Atilla / ARKAN SERİM, Azra: *Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan*, Cilt II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 1428; ÜNAN, *Bazı Sorunlar*, s. 1822; ÜNLÜTEPE, s. 173; ÜNSAL, s. 120; MİSİLİ, s. 649.

⁶⁶ ÜNAN, *Bazı Sorunlar*, s. 1824; ŞENER, s. 215; OKTAY ÖZDEMİR, s. 1328.

⁶⁷ ÇONGAR, s. 227.

⁶⁸ ÜNAN, *Bazı Sorunlar*, s. 1822; ÜNLÜTEPE, s. 173; ÜNSAL, s. 120; ÇONGAR, s. 243; OKTAY ÖZDEMİR, s. 1428; MİSİLİ, s. 649.

⁶⁹ Yargıtay, 4. HD, T. 22.12.2021, E. 2021/3324, K. 2021/10830, "...Davacılar vekili; davacıların murisinin dava dışı bankadan 28/05/2013 tarihinde kullandığı kredi nedeniyle davalı sigorta şirketi ile vefat teminatı 36.750,00 TL olan hayat sigortası yaptığını, davacıların murisinin 14/10/2013 tarihinde ölümü üzerine ödeme talebinde bulunulmasına rağmen ödeme yapılmadığını belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla davacıların murisinin çekmiş olduğu kredinin hayat sigortası teminatı kapsamında kaldığını ve davalının vefat teminatının tamamından sorumlu olduğunun kabulü ile kredi alacaklısı Akbank A.Ş. Antakya Şubesine ödenmesi gereken kredi tutarının tamamının davalıya ödetirilmesine, davanın bankaya ihbarına karar verilmesini talep etmiştir... Mahkemece, Akbank A.Ş.'nin bu davada taraf olmadığı ve davanın tarafı olmayan bir kişi hakkında lehe veya aleyhe hüküm kurulmasının da mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava, hayat sigortası sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir... mahkemece, dain mürtehin sıfatına haiz bankadan davaya muvafakat edip etmediği sorulmuş, dava dışı banka ise yazı cevabında toplam (kredi borcunun) 65.855,09 TL olduğu ve tazminat bedelinin davacılar tarafından ödenmesi şeklinde kurulacak hükme muvafakatları bulunmadığını bildirilmiştir. Sigorta poliçesinin dava dışı banka tarafından açılan krediye teminat olarak düzenlendiği durumda, kredi borcu ödenmemiş ise sigorta bedelini talep hakkı öncelikle bankaya ait olup, somut uyuşmazlıkta, davacılar tazminatın, alacaklı bankaya ödenmesini talep ederek murisin bankaya olan borcunu kapatma iradesini ortaya koymuşlardır. Buna göre, davacıların talebinin, poliçe teminat bedelinin taraflarına ödenmesi değil de, kredi borcunun bankaya ödenmesi şeklinde olduğu, ...gözetildiğinde mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmektedir...". Yargıtay, 4. HD, T. 11.10.2022, E. 2021/19592, K. 2022/11912. "...Davacı vekili, ...32.841,84 TL'nin lehtarlar (davacı müvekkillerine), 34.467,16 TL'nin ihbar olunan banka Finansbank A.Ş.'ne (dain-i mürtehinine) ödenmesini istemiştir... Mahkemece, yapılan yargılama sonucunda, davanın kabulüne davacılar tarafından kredi borcuna mahsuben kredi verilen bankaya ödenen 32.841,84 TL'nin davalıdan alınarak davacılar miras hisseleri oranında verilmesine, tazminatın geri kalan tutarı olan 34.467,16 TL'nin tazminat üzerinde öncelik hakkı olan kredi veren banka Finansbank A.Ş.'ne davalı tarafından ödenmesine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerekçelere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalı vekilinin yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan kararın ONANMASINA...".

hüküm kurulabilmesi mümkün olmalıdır⁷⁰. Zira alacak rehne ilişkin hükümler gereğince sigorta bedeli lehtara ancak dain-i mürtehinin (bankanın) onayıyla ödenecek olması karşısında bu husus taleple bağıllık ilkesinin kanuni istisnasını oluşturur. Ancak Yargıtay, dain-i mürtehinin hareketsiz kalması üzerine sigorta bedelinin tahsili için sigortalının mirasçıları tarafından sigortacı aleyhine açılan davalarda dain-i mürtehinin (bankanın) onayının bulunmadığı veya bu onay sonradan tamamlanmadığı takdirde davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir⁷¹. Oysa Yargıtayın bu uygulaması ile ortaya çıkan durum hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açmaktadır. Zira Yargıtay uygulaması neticesinde dain-i mürtehin de rehne konu asıl alacağına kavuşamamakla birlikte rehnedenden de onay yüzünden sigorta alacağına dair açtığı davada amacına ulaşamamaktadır⁷². Kanaatimizce uygulamadaki sorunların çözülmesi adına, dain-i mürtehinin (bankanın) onayı ifa aşamasına ilişkin bir durum olduğundan mahkeme, sigorta bedelinin varlığını tespit etmişse bu miktarı sigortalının mirasçıları adına gelir getiren bir hesaba yatırılmasına ve bu hesap üzerinde dain-i mürtehin (banka) lehine bloke konulmasına da karar verebilir.

IV. BANKANIN SİGORTA BEDELİNE YÖNELİK DAVA AÇMA ZORUNLULUĞUNA İLİŞKİN YARGITAY UYGULAMASI

Yukarıda da detaylı olarak bahsedildiği üzere krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinde sigorta ettiren ister banka isterse kredi alan olsun banka, ya lehtar olarak atanmakta ya da dain-i mürtehin olarak belirlenmektedir. Böylece riziko gerçekleştiğinde banka, kredinin ödenmeyen kısmı için sigortacıya öncelikli olarak başvurma ve sigorta bedelini talep etme hakkı kazanmaktadır. Bankanın sigortacıya lehtar veya dain-i mürtehin sıfatını kullanarak başvurması üzerine birçok kez sigortalının, beyan yükümlülüğünün ihlal edildiği veya rizikonun teminat kapsamında olmadığı gibi bazı nedenlerle ödemeyi reddettiği görülmektedir. Böyle bir durumda ise banka sigortacıdan sigorta bedelini doğrudan tahsil edemediği için ayrıca dava yoluna başvurmamakta, sigortalının mirasçıları aleyhine bakiye kredi borcunun tahsili için takip ya da dava yoluna başvurmaktadır⁷³. Öte yandan sigortalının talebi reddet-

⁷⁰ Alman hukukunda alacak rehne ilişkin hükümler rehne konu asıl alacağın (örneğin bankanın kredi alacağının) muaccel olup olmamasına göre farklı düzenlenmiştir. Bu durumda rehne konu alacak muaccel olmamışsa sigortacı dain-i mürtehinine ve lehtara birlikte ödeme yapabilir veya taraflardan birisi sigorta bedelinin bir bırakma yerine tevdi edilmesini veyahut da müşterek bir banka hesabına yatırılmasını isteyebilir. Buna karşılık rehne konu asıl alacak muaccel olmuş ise dain-i mürtehinine kanun gereğince tanınan tahsil yetkisi kapsamında sigortacı ancak dain-i mürtehinine rehinden alma hakkına sahip olduğu tutara eşit bir ödeme yapabilir; dain-i mürtehinin hareketsiz kalması durumunda lehtar da sigortacıdan dain-i mürtehinine ifada bulunulmasını talep edebilir. Bkz. SCHÄRTL, *BeckOK BGB*, Art. 1282, N. 1-8.

⁷¹ Yargıtay, 11. HD, T. 14.01.2019, E. 2018/5654, K. 2019/286. "...Dairemizin yerleşik uygulamaları uyarınca bu durumda, T.C. Ziraat Bankası A.Ş.'nin rehin hakkı bulunduğu, sigortadan tazminat talep etme hakkı da öncelikle ona ait olup, sigortalı ancak lehine rehin verilen alacaklının açık muvafakatini almak şartıyla ve kendi menfaati de zedelendiği takdirde tazminat isteme hakkına sahip olur (14.06.2010 gün ve 2009/430-6814 E.K., 12.10.2012 gün ve 2011/8534-16045 E.K., 08.03.2013 gün ve 2012/4175-4580 E.K.). Buna göre itiraz hakem heyetince, asıl dava ve talep hakkına sahip dava dışı bankadan alınmış, açılan davaya muvafakat veya icazetleri olduğuna dair gerekli belgeyi sunması için davacı tarafa süre verilmesi ve bu usuli eksiklik tamamlandığı takdirde için esasına girilmesi gerekirken, davacının aktif taraf sıfatının (husumet) varlığına ilişkin olan ve itiraz hakem heyetince re'sen göz önünde bulundurulması gereken bu yönünde durulmadan yazılı şekilde uyumsuzluğun esasına girilerek ve anılan poliçeye dayalı bir şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...". Yargıtay, 4. HD, T. 19.10.2022, E. 2022/6958, K. 2022/12601. "...poliçe üzerinde mürtehin kaydı olduğu da dikkate alınarak, dava dışı rehin hakkı sahibi banka tarafından, davacının açtığı davaya kayıtsız şartsız muvafakat verilip verilmediğinin sorulması; muvafakat verilmediği takdirde, davacının dava açma hakkının ve aktif dava ehliyetinin bulunmadığı dikkate alınıp, dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılığın değerlendirme ve eksik incelemeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir...". Yargıtay, 17. HD, T. 18.10.2020, E. 2019/6681, K. 2020/5311. "...davaya konu özel konut sigorta poliçesinde, dava dışı bankanın dain mürtehin sıfatı ile hak sahibi olduğu görülmüş olup, davacının sigorta poliçesine dayanarak tazminat talebinde bulunabilmesi için dain mürtehinin bu konuda açık muvafakatinin alınması gerektiği gözetilerek bu hususta araştırma yapılması konusunda Dairemizce dosya mahkemesine geri çevrilmiştir. Mahkemece, ilgili bankaya yazılan müzekkereye verilen cevapta; dava dışı bankanın rehinli alacağının ve mürtehin kaydının devam ettiği, 22.939,39 TL borç bulunduğu, muvafakatlerinin bulunmadığı, şeklinde cevap verildiği görülmüştür. Bu durumda dava dışı rehin hakkı sahibi banka tarafından, davacının açtığı davaya muvafakat verilmediğinden, davacının dava açma hakkının ve aktif dava ehliyetinin bulunmaması nedeniyle, dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmesi gerekirken...".

⁷² ÇONGAR, s. 227.

⁷³ Yargıtay, 3. HD, T. 25.10.2023, E. 2023/1080, K. 2023/2907. "...taraflar arasındaki uyumsuzluğun, davalıların murisinin kullanmış olduğu tüketici kredisinden kaynaklandığı, sigorta poliçesi incelendiğinde davacı bankanın poliçede daini mürtehin olduğunun anlaşıldığı, davacı bankanın öncelikle poliçeden kaynaklanan hakkına dayanarak poliçe düzenleyen Türkiye Hayat ve Emeklilik A.Ş. hakkında hukuki yollara başvurarak tüm hukuki yolları tüketmesi ve sonuç alınamaması halinde davalı mirasçılara yönelmesi gerekirken, sigorta şirketinin menfi yanıtına karşı hukuki yollar davacı banka tarafından tüketilmeden doğrudan davalı mirasçılara karşı takip yapması ve dava açması usul ve yasaya aykırı olduğundan açılan davanın HMK'nın 114/1-h ve 115 inci maddeleri gereğince dava şartı yokluğu nedeniyle, usulden reddine...".

mesi üzerine sigortalının mirasçıları tarafından sigortacı aleyhine açılan davalarda da bankanın dain-i mürtehin sıfatıyla geçerli kabul edilen onayı vermediği görülmektedir⁷⁴.

Uygulamada çoğu kez bankanın lehtar veya dain-i mürtehin sıfatını kullanarak sigortacıya başvurusu ve sigortacının da bazı nedenlerle ödemeyi reddetmesi üzerine banka tarafından sigortacı aleyhine değil de sigortalının mirasçıları aleyhine bakiye kredi borcunun tahsili için takip ya da dava yoluna başvurulduğu görülmektedir. Böyle bir durumda Yargıtayca; bankanın elinde hayat sigortası poliçesi gibi kolayca alacağını tahsil etme imkânı varken sigortacının ödeme talebini geri çevirdiğinden bahisle poliçe limiti kapsamında kalan alacağı için icra takibi başlatması veya dava açmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı, bankanın alacağını öncelikle sigortacıdan tahsil etme yoluna başvurusunun zorunlu ve sigortalının mirasçıları hakkında dava açılabilmesinin ön şartı olduğu, aksine bankanın alacağı için varisleri takip etmesinin sigorta hukukunun temel ilkelerine ve sigorta yapılmasının amacına aykırılık oluşturacağı gibi sigorta yapılmasına duyulan güven ve itimadı da zedeleyeceği, dolayısıyla kredi verenin talebinin sigortacı tarafından tamamen veya kısmen reddedilmesi halinde bankanın sigortacıya karşı dava açarak ve gerekirse sigorta bedelinin ödenmesi için tüketilmesi gerekli tüm yollar tüketilerek olumlu bir netice alınmaması halinde sigortalının mirasçılarına başvurulması gerektiği, banka tarafından sigortacı aleyhine açılmış ve olumsuz neticelenmiş bir dava bulunmadığından sigortalıların mirasçılarına açılan davaların erken açılan dava niteliğinde olduğu gerekçesiyle davaların usulden reddi gerektiği belirtilmektedir⁷⁵. Yine sigortacı tarafından sigorta bedelinin ödenmesi talebinin reddedilmesi üzerine banka tarafından sigortalının mirasçıları aleyhine yapılan icra takibinin kesinleşmesi üzerine sigortalının mirasçıları tarafından açılan menfi tespit veya istirdat davasında da Yargıtay aynı gerekçelerle menfi tespit veya istirdat davasının kabulüne karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte Yargıtay'ın görüşü bu yönde olmakla birlikte bazı bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlarda farklı uygulamaların olduğu; bu itibarla bazı bölge adliye mahkemelerince sigorta bedeli talebi reddedilen bankanın sigortacı aleyhine dava açmadan da sigortalının mirasçıları aleyhine dava açabileceği yönünden kararlar verilirken⁷⁶; bazı bölge

⁷⁴ Yargıtay, 17. HD, T. 24.02.2021, E. 2021/1437, K. 2021/1871. "...sigorta ettiren (dain-i mürtehin) Finansbank A.Ş.'ye davaya ve ödemeye muvafakatinin bulunup bulunmadığı sorulduğunda; muvafakatının olmadığını bildirmiş ve mahkemece de buna istinaden; davacıların talebinin muvafakat verilmemiş olduğundan reddine karar verilmiştir...".

⁷⁵ Yargıtay, HGK, T. 20.12.2022, E. 2021/(19)11-416, K. 2022/1767. "...Somut olayda, krediye bağlı hayat sigortası poliçesinin dain ve mürtehini bankadır. Rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, bankanın poliçe teminatı kapsamında kalan bakiye kredi alacağını, öncelikle sigorta şirketinden tahsil için gerekli yollara gitmesi gerekir. Davacı banka davalılar hakkında icra takibi başlatmadan ve dava açmadan önce, dava dışı sigorta şirketine yazılı olarak başvurmuş ise de davalıların mirasbırakanı olan borçlu müteveffanın doğru beyan yükümlülüğünü ihlal ettiği ve kendisindeki hastalığı gizlediği gerekçesiyle sigorta şirketi tarafından kendilerine ödeme yapılmaması üzerine doğrudan davalılar aleyhine icra takiplerine başlayıp, nihayetinde eldeki davaları açmıştır. Oysa ki açıklandığı üzere, krediye bağlı hayat sigortalılarında, sigorta bedelinin asli alacaklısı olan kredi kuruluşunun, sigorta bedelinin ödenmesi yönündeki talebinin tamamen veya kısmen reddedilmesi hâlinde, sigorta şirketine karşı dava açmak ve gerekirse (sigorta bedelinin ödenmeme gerekçesinin çok defa riziko şahsı ile ilgili bir sebebe dayandırılması karşısında) sigorta bedelinin ödenmesi için tüketilmesi gerekli tüm yolların tüketilmesi, olumlu bir sonuç alınmaması hâlinde mirasçılara başvurulması gerekir...". Yargıtay, 3. HD, T. 29.03.2022, E. 2021/9243, K. 2022/2835. "...tüketici kredisi sözleşmesine istinaden, murisin kredi kullandığı, davacı banka tarafından kullanılan krediye teminat oluşturmak üzere hayat sigortası yapıldığı, ... tarihli hayat sigorta poliçesinde "sigorta ettiren" ve "dain-i mürtehin" olarak davacı bankanın; "sigortalı" olarak ise kredi borçlusunu davalılar murisinin gösterildiği, kredi borçlusunu murisin ölümüyle birlikte, davacı banka tarafından kredi alacağının tahsili amacıyla davalı mirasçılar aleyhine icra takibi başlatıldığı, davalıların itirazı üzerine takibin durdurulduğu, eldeki davanın ise takibe vaki itirazın iptali istemiyle açıldığı... davacı banka tarafından kredi alacağının tahsiline yönelik sigorta şirketine karşı tüm hukuki yollar tüketilmeden, kredi borçlusunun mirasçıları olan davalılara karşı bu aşamada takip başlatılmayacağı, bu nedenle davacının eldeki davayı açmakta hukuki yararının bulunmadığı...". Yargıtay, 3. HD, T. 11.05.2022, E. 2022/3223, K. 2022/4460. "...tüketici işlemi niteliğindeki banka kredileri nedeniyle, hayat sigortası yapılmış olması durumunda, bankanın poliçe limitleri dahilinde kalan kredi alacağını öncelikle sigorta şirketinden tahsil etmesi zorunludur. Bu husus, banka tarafından tüketicinin mirasçıları (halefleri) hakkında dava açılabilmesinin ön şartıdır...". Yargıtay, 13. HD, T. 10.02.2020, E. 2017/639, K. 2020/1772. "...Kredi kullanan tüketici adına yapılan hayat sigortası poliçesi mevcutsen, bankanın tüketicinin ölümü nedeniyle, tüketicinin mirasçılarından ödenmeyen bakiye kredi alacağının tahsili için dava açması veya icra takibi başlatması, sigorta hukukunun temel ilkelerine ve sigorta yapılmasının amacına aykırılık oluşturacağı gibi sigorta yapılmasına duyulan güven ve itimadı da zedeler. Bu nedenle banka alacağını öncelikle sigorta poliçesinden tahsil etmelidir...". Aynı yönde bkz. Yargıtay, 13. HD, T. 24.10.2019, E. 2016/14694, K. 2019/10458; Yargıtay, 13. HD, T. 18.03.2019, E. 2016/26289, K. 2019/3448.

⁷⁶ Bursa BAM, 7. HD, T. 29.05.2019, E. 2018/1757, K. 2019/586. "...Borçlu krediyi kullanırken hayat sigortası yaptırmış, düzenlenen sigorta poliçesinde davacı banka dain-i mürtehin olarak gösterilmiştir. Davacı, hayat sigortası poliçesinde dain-i mürtehin olarak yer almakta olup, bu sıfatı ödenecek miktardan öncelikle banka alacağını tahsil etme hakkını sağlamaktadır. Davacı bankanın seçimlik hakkı söz konusu olup bu hakkın, davacı bankanın mutlaka önce sigorta şirketine dava açması gerektiği şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Davacı banka kredi bedelinden ödenmeyen bakiye kısmını tahsil için kredi alanın mirasçılarına ya da sigorta şirketine başvurma konusunda seçimlik hakka sahip olup, bu hakkını mirasçılardan yana kullanmıştır. Sigorta şirketi ile davacı banka ayrı tüzel kişiler

adliye mahkemelerince ise Yargıtay kararları doğrultusunda bankanın sigortacı aleyhine dava açması ve bu davanın olumsuz sonuçlanmasının bankanın sigortalının mirasçılara karşı açacağı davada ön şart olarak görülmektedir⁷⁷. Hatta Bursa Adliye Mahkemesinin kendi daireseleri arasındaki bu yöne ilişkin uyuşmazlık Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 10.04.2023 tarihli ve 2023/856 Esas, 2023/1011 Karar sayılı kararı ile Yargıtay'ın istikrar kazanan kararları doğrultusunda giderilmiştir.

Yargıtay'ın anılan kararlarında bankanın sigorta sözleşmesindeki konumu dikkate alınmadan, başka bir deyişle bankanın lehtar mı yoksa dain-i mürtehin mi olduğu tespit edilmeden, dürüstlük kuralından hareketle, her durumda aynı yönde kararlar verildiği görülmektedir. Oysa sadece dürüstlük kuralından hareket etmek her zaman hakkaniyetli sonuçlara yol açmaz. Zira TMK'nın 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen dürüstlük kuralının tamamlayıcısı olarak ikinci fıkrada hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiş; hukuk düzeninin bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını korumayaacağı ifade edilmiştir. Bu itibarla hakkaniyete ulaşılabilmesi ve hukuki güvenliğin söz konusu olabilmesi için hem dürüstlük kuralının hem de hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasında aşırı davranılmaması, bu kuralların ikinci derecede uygulanması gerektiği gözetilmelidir⁷⁸. Dolayısıyla sigorta sözleşmesinde bankanın lehtar veya dain-i mürtehin olup olmadığı tespit edilerek somut olayın özelliklerine göre bankanın sigortacı aleyhine dava açmadan sigortalının mirasçılara aleyhine dava açıp açamayacağı belirlenmelidir. Başka bir deyişle hem dürüstlük kuralının hem de hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasında aşırı davranılmaması, bu kuralların ikinci derecede uygulanması gerekliliği ve hiç kimsenin kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamayacağı kuralı gözetildiğinde bankanın krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesindeki konumu dikkate alınmadan her durumda bankayı sigortacı aleyhine dava açmaya zorlamak bankanın alacak ve rehinden kaynaklanan haklarının kullanımının önüne geçilmesi anlamına gelecektir⁷⁹.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde banka lehtar konumunda ise TTK'nın 1493/7 maddesi gereğince sigortacıdan edimi istem ve tahsil yetkisi, aksi kararlaştırılmadıkça lehtara aittir. Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi tam üçüncü kişi lehine sözleşme olarak akdedildiğinden aksi kararlaştırılmamakta; sadece lehtar sigortacıdan edimi istem ve tahsil yetkisine sahip olmaktadır. Rizikonun gerçekleşmesinden sonra lehtar, değiştirilebilir lehtar olarak atansa da artık değiştirilemeyeceğinden bankanın değiştirilebilir lehtar veya değiştirilemez lehtar olarak atanmasının bir anlamı olmamaktadır. Böyle bir durumda sigorta bedelini sigortacıdan sadece lehtar olan banka talep etmekte; sigortalının mirasçılarının hiçbir şekilde sigorta bedelini talep hakkı bulunmamaktadır. Sigortalının mirasçılarının talep hakkı sadece kredi borcundan artan miktar varsa buna yönelik olabilmektedir.

olup, sigorta şirketi tarafından herhangi bir nedenle bankaya ödeme yapılmaması, davalıların mirasçılarının borcundan kaynaklanan ve yasal mirasçı sıfatları nedeniyle doğan sorumluluklarından kurtarmaz. Ancak ödeme yapmaları halinde, sigorta şirketine rücu hakkını verir...”

⁷⁷ Bursa BAM, 14. HD, T. 20.10.2022, E. 2022/11, K. 2022/217. “...mürisin davacı bankadan kredi kullanımı sırasında kredinin teminatı olarak bankanın dain-i mürtehin hakkı olan kredi vadesi ile uyumlu uzun süreli hayat sigortasını imzaladığı, bankanın sigorta şirketine yaptığı başvuru üzerine sigorta şirketinin mürisin beyan yükümlülüğünü yerine getirmediğinin tespit edilmesi nedeniyle sigorta tazminatı ödemesinin mümkün olmadığı bildirildiği, kredi veren bankanın talebi ile tüketici tarafından yaptırılan hayat sigortası, tüketicinin kendi isteğiyle yaptığı bir sigorta olmayıp, bankanın talebi üzerine kredi alacağına teminat oluşturmak üzere yapılan bir sigorta olduğu, sigorta poliçesinde, tüketici sigortalı, banka lehtar ve sigorta poliçesini düzenleyen sigorta şirketi olduğu, rizikonun gerçekleşmesi halinde, bankanın poliçe teminatı kapsamında kalan bakiye kredi alacağını, öncelikle sigorta şirketinden tahsil etmesi gerekeceği, bu hususun banka tarafından tüketicinin mirasçılara (halefleri) hakkında dava açılabilmesinin ön şartı olduğu...”

⁷⁸ Yargıtay, HGK, T. 24.06.2021, E. 2017/1-1270, K. 2021/846. “...Dürüstlük kuralı ve buna bağlı hakkın kötüye kullanılması yasağı, hukukun her alanında daima dikkate alınması gereken bir temel hukuk ilkesi olmakla beraber karşılaşılan her hukukî uyuşmazlığın bu ilkeden yola çıkılarak çözülmeye çalışılması da doğru bir yaklaşım değildir. Nitekim, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 25.01.1984 tarih ve 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı kararında, TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının amacı, hâkime özel ve istisnai hâllerde (adaletle uygun düşecek şekilde) hüküm verme olanağını sağlamak şeklinde açıklanmıştır. Anılan kararda, bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu, gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukukî yolların kapalı olduğu hâllerde, bu hükmün uygulama alanı bulacağı ve olağanüstü bir imkân sağlayarak, haksızlığı düzeltici, yasadaki kuralları tamamlayıcı fonksiyonunu yerine getireceği ifade edilmiştir...”

⁷⁹ KÜÇÜK, Damla: “Tüketicie Yönelik Haksız Uygulamaların Önlenmesi İçin Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği'yle Getirilen Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 2, s. 261.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde banka lehtar olarak sigortacıya başvurmuş; sigortacı da bazı sebepler ileri sürerek talebi tamamen veya kısmen reddetmiş ise her durumda bankaya, sigortacı aleyhine dava açma zorunluluğu yüklemek gerekir. Zira bankanın somut olaya göre sigortacı aleyhine açılacak davada sonuç alamayacağı bariz şekilde ortada ise bankayı dava açmaya zorlamak hakkaniyete de aykırı olacaktır⁸⁰. Özellikle lehtar tarafından muhtemel sigorta bedeli alacağı sigortalının mirasçılara devredilmiş ise bankanın hakkını kötüye kullandığından bahsedilmeyecektir. Başka bir deyişle bankanın sigorta bedelini ödemeye yanaşmayan sigortacı aleyhine dava açmaması her durumda bankanın hakkını kötüye kullandığını anlamına gelmemelidir. Ancak lehtar olan banka ile sigortacı aynı grup şirketleri arasında yer alıyorsa veya lehtar olan banka hem dava açmıyor hem de muhtemel sigorta bedelini sigortalının mirasçılara devretmeye yanaşmıyor ise hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilir⁸¹.

Öte yandan krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde banka sadece dain-i mürtehin olarak yer alsın ve sigortalının (kredi alanın) vefatı sonrasında sigorta bedeli üzerinde talep hakkı öncelikli olarak bulunsun da lehtarın da sigorta bedeli üzerindeki hakkı asıl alacaklı olarak devam ettiğinden dain-i mürtehinle birlikte paralel dava takip yetkisi bulunmaktadır⁸². Başka bir deyişle dain-i mürtehinin sigorta bedeli için talepte bulunduğu durumda sigortacının bazı sebepler ileri sürerek talebi reddetmesi veya kısmen kabul etmesi halinde lehtarın da sigortacı aleyhine dava açma hakkı bulunmaktadır. Lehtar tarafından açılan bu davada yukarıda da detaylı olarak bahsedildiği üzere lehtar sigorta bedelinin dain-i mürtehinine verilmesini veya ifa aşamasında dain-i mürtehinin onayı alınarak kendisine verilmesini isteyebilir.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde lehtarın da sigorta bedeli üzerindeki hakkı devam ettiğine göre her durumda dain-i mürtehinine sigortacı aleyhine dava açılmasına ilişkin zorunluluk yüklemek gerekir⁸³. Dain-i mürtehinin yükümlülüğü sadece İİK'nın 45. maddesi gereğince rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurması, tahsil yetkisi bulunuyorsa öncelikle sigortacıdan talepte bulunmasıdır. Zira dain-i mürtehin bankanın talebi sigortacı tarafından reddedilirse banka ödenmeyen bakiye kredi alacağını sigorta bedelinden mahsup etmek için sigortacıya karşı dava açabileceği gibi, bu alacağını sigortalının mirasçılardan da talep edebilecektir. Bu nedenle bankanın dain-i mürtehin olarak yer aldığı krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde, banka ile sigortacı aynı grup şirketi olsa dahi dain-i mürtehinin talebi sigortacı tarafından reddedilmişse bankanın herhalde sigortacı aleyhine dava açmamasını hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmemek gerekir.

Tahsil yetkisi bulunan dain-i mürtehinin İİK'nın 45. maddesi gereğince öncelikle sigortacıdan talepte bulunması yasal zorunluluktur. Dolayısıyla dain-i mürtehin olarak sigortacıya başvurmayan bankanın sigortalının mirasçıları aleyhine takip yapamaması ve dava açamaması gerekir. Öte yandan sigortacı tarafından talebi reddedilen bankanın herhalde sigortacı aleyhine dava açmaması hakkın kötü-

⁸⁰ KÜÇÜK, s. 260.

⁸¹ Yargıtay, 11. HD, T. 12.04.2017, E. 2015/14557, K. 2017/2081. "...Dava, davacılar murisinin kullandığı kredinin bakiye borcunun hayat sigortası poliçesi kapsamında ödenmesi talebine dayalı menfi tespit istemine ilişkin olup, mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Davalı Türkiye İş Bankası hayat sigortası poliçesinde daini mürtehin olarak yer almaktadır. Mahkemece, mümeyyiz davalıya davaya muvafakat edip etmediği sorulmuş, davalı da davaya muvafakat etmediği yönünde cevap vermiştir. Ancak, davacılar murisinin kredi borcunun poliçe kapsamında sigorta şirketinden tahsili konusunda davalı/alacaklı Türkiye İş Bankası'nın hareketsiz kalması ve açılan davaya da muvafakat etmemesi, Türkiye İş Bankası ile davalı Sigorta Şirketi olan Anadolu Hayat Emeklilik A.Ş.'nin aynı sermaye grubuna dahil olduğu gözetildiğinde TMK'nın 2. maddesine aykırıdır...".

⁸² ÜNAN, *Bazı Sorunlar*, s. 1822; ÜNLÜTEPE, s. 173; ÜNSAL, s. 120; ÇONGAR, s. 243; OKTAY ÖZDEMİR, s. 1428; MİSİLİ, s. 649.

⁸³ Yargıtay, 11. HD, T. 12.04.2017, E. 2015/14557, K. 2017/2081. "...Dava, davacılar murisinin kullandığı kredinin bakiye borcunun hayat sigortası poliçesi kapsamında ödenmesi talebine dayalı menfi tespit istemine ilişkin olup, mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Davalı Türkiye İş Bankası hayat sigortası poliçesinde daini mürtehin olarak yer almaktadır. Mahkemece, mümeyyiz davalıya davaya muvafakat edip etmediği sorulmuş, davalı da davaya muvafakat etmediği yönünde cevap vermiştir. Ancak, davacılar murisinin kredi borcunun poliçe kapsamında sigorta şirketinden tahsili konusunda davalı/alacaklı Türkiye İş Bankası'nın hareketsiz kalması ve açılan davaya da muvafakat etmemesi, Türkiye İş Bankası ile davalı Sigorta Şirketi olan Anadolu Hayat Emeklilik A.Ş.'nin aynı sermaye grubuna dahil olduğu gözetildiğinde TMK'nın 2. maddesine aykırıdır. Bu durumda, davacının talebinin sigorta tazminatının tahsiline ilişkin olmayıp menfi tespit istemine ilişkin olduğu da dikkate alınarak işbu davayı açabileceğinin ve davalı Türkiye İş Bankası'nın işbu davaya muvafakat etmemesinin sonuca etkili olmadığı kabulü gerekir...".

ye kullanılması olarak kabul edilemez ise de lehtar sıfatı ile sigortalının mirasçıları tarafından açılan davaya onay vermeyen dain-i mürtehin bankanın ayrıca sigortalının mirasçıları aleyhine dava açması hakkın kötüye kullanılması olarak görülebilir. Zira mevcut uygulama gözetildiğinde lehtar tarafından açılan davada bankanın onayı olmadan davanın esasına girilmesi, sigorta bedelinin mirasçılara veya bankaya ödenmesine karar verilmesi mümkün görülmemektedir. O halde her somut olayda dain-i mürtehin olan bankanın hakkını kötüye kullanıp kullanmadığı araştırılarak sonuca gidilmelidir.

Hemen belirtilmelidir ki Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararlarında istikrarlı olarak, banka eğer sigorta sözleşmesinde sigortacının acentesi olarak hareket etmişse sigortacının artık lehtar veya dain-i mürtehin olan bankaya karşı, sigortalının (kredi alanın) hastalığını gizlediği için beyan yükümlülüğünün ihlal edildiği gibi savunmalarda bulunamayacağı belirtilmektedir⁸⁴. Oysa TTK'nın 1412. maddesi gereğince; sigorta ettirenin banka olduğu veya bankanın sigortacının acentesi olarak hareket ettiği durumda sigortalının bilgisi ve davranışı da dikkate alınacak; sigortacının sigortalının sözleşme öncesi sağlık durumuyla ilgili beyan yükümlülüğünü ihlali savunması ileri sürülebilecektir. Başka bir deyişle sigortacının veya acentesinin TTK'nın 1442. maddesinde belirtilen; cayma hakkının kullanılmasından açıkça veya zımnen vazgeçmesi veya cevapsız bırakıldığı halde sözleşmenin yapılması durumları hariç, sadece sigorta sözleşmesinin acente sıfatıyla banka tarafından düzenlenmiş olması sigortacının, beyan yükümlülüğünün ihlalini ileri sürerek cayma veya fesih gibi haklarını kullanmasına engel olmaz⁸⁵.

SONUÇ

Bankalar tarafından kullanılan kredilerde, meydana gelen artışa bağlı olarak, kredinin geri ödenmemesi riskine ilişkin bazı teminat yöntemlerinin geliştirilmesine ihtiyaç duyulmuştur. Hayat sigortası sözleşmesinin özel bir türü olan krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi, bu ihtiyaç karşısında geliştirilen ve uygulamada sıklıkla kullanılan teminat yöntemleri arasına girmiştir. Bu kapsamda banka kredi alanla yaptığı kredi sözleşmesinde kredi alanın riziko şahsı gösterilerek ölümüne karşı hayat sigortası sözleşmesi yapılmasını şart koşmakta ve bu sözleşmede kendisinin değiştirilemez lehtar olarak atanmasını veya sigorta bedeli üzerine alacak rehni oluşturarak kendisinin dain-i mürtehin olarak gösterilmesini istemektedir.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesi hakkında hem TTK, hem de Sigortacılık Kanunu'nda herhangi bir özel düzenleme bulunmamakta olup hâlihazırda ayrı bir krediye bağlı hayat sigortası genel şartı da mevcut değildir. Bu nedenle uygulamada, krediye bağlı hayat sigortası sözleşmeleri, hayat sigortası sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler ve hayat sigortası sözleşmesi genel şartları kapsamında düzenlenmektedir. Ancak krediyle olan bağlantısı nedeniyle krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinin, hayat sigortası sözleşmesinden farklı olarak sabit, azalan veya değişir sigorta bedelli olarak yapıldığı görülmekle birlikte BKBSUY'nin 10/1 maddesi ve TKHK'nın 29/2 maddesi gereğince krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinin kredi vadesi ve bakiye borç tutarı ile uyumlu ve azalan bedelli şekilde yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde azalan bedelli

⁸⁴ Yargıtay, 3. HD, T. 10.04.2023, E. 2023/856, K. 2023/1011. "...Sigorta şirketi, lehtar konumunda olduğundan bankaya karşı tüketicinin sağlık sorunları olduğunu, örneğin, kalp hastası veya kanser hastalığını gizlediğini ileri süremez... Bu nedenle, bankanın elinde hayat sigortası poliçesi gibi kolayca alacağını tahsil etme imkanı varken, sigortacının ödeme talebini geri çevirdiği şeklindeki bir gerçekleyle, poliçe limiti kapsamında kalan alacağı için icra takibi başlatması veya dava açması TMK 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Bu nedenle krediye bağlı hayat sigortalarında, sigorta bedelinin asli alacaklı olan kredi kuruluşunun, sigorta bedelinin ödenmesi yönündeki talebinin tamamen veya kısmen reddedilmesi hâlinde, sigorta şirketine karşı dava açarak ve gerekirse (sigorta bedelinin ödenmeme gerekçesinin çok defa riziko şahsı ile ilgili bir sebebe dayandırılması karşısında) sigorta bedelinin ödenmesi için tüketilmesi gerekli yolları tüketerek, olumlu bir netice alınamaması hâlinde mirasçılara başvurusu gerekir...". Yargıtay, 3. HD, T. 11.05.2022, E. 2022/3223, K. 2022/4460. "...Rizikonun gerçekleşmesi halinde, bankanın poliçe teminatı kapsamında kalan bakiye kredi alacağını, öncelikle sigorta şirketinden tahsil etmesi gerekir. Sigorta şirketi lehtar konumunda olduğundan, bankaya karşı tüketicinin sağlık sorunları olduğunu, örneğin, kalp hastası veya kanser hastalığını gizlediğini ileri süremez. Çünkü, sigorta poliçesini düzenleyen, sigorta şirketinin kendisi veya yetkili acentesidir. Bankanın elinde hayat sigortası poliçesi gibi kolayca alacağını tahsil etme imkanı varken, sigortacının ödeme talebini geri çevirdiği şeklindeki bir gerçekleyle, poliçe limiti kapsamında kalan alacağı için icra takibi başlatması veya dava açması TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur...".

⁸⁵ KÜÇÜK, s. 260.

şekilde yapılarak sigorta bedeli bakiye kredi borcuyla uyumlu olacağı için sigortalının mirasçılarına ödenmesi gereken bir miktar söz konusu olmayacaktır.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmelerinin sayısında meydana gelen artış birçok uyuşmazlığa sebep olmuş; özellikle rizikonun gerçekleşmesi üzerine bankaların sigortacıdan sigorta bedelini talep etmemesi veya talep etmesine rağmen sigortacının herhangi bir nedenle ödemeyi reddetmesi durumuyla karşılaşmıştır. Böylece bankanın sigorta bedelinin tahsiline yönelik olarak sigortacı aleyhine dava açmak yerine, kredi alanın (sigortalının) mirasçıları aleyhine dava açıp açamayacağı tartışması ortaya çıkmıştır. Zira Yargıtay, istikrar kazanmış kararlarında dürüstlük kuralından hareketle; banka sigorta sözleşmesinde ister lehtar isterse dain-i mürtehin olsun bankanın kredi alanın (sigortalının) mirasçılara başvurabilmesi için öncelikle sigortacı aleyhine dava açarak tüm yolların tüketilmesi gerektiğini, bunun kredi alacağı için sigortalının mirasçıları aleyhine dava açılabilmesinin ön şartı olduğunu belirtmektedir. Oysa hem dürüstlük kuralının hem de hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasında aşırı davranılmaması, bu kuralların ikinci derecede uygulanması gerekliliği ve hiç kimsenin kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamayacağı kuralı gözetildiğinde bankanın krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesindeki konumu dikkate alınmadan her durumda bankayı sigortacı aleyhine dava açmaya zorlamak bankanın alacak ve rehinden kaynaklanan haklarının kullanımının önüne geçilmesi anlamına gelecektir.

Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde banka lehtar konumunda ise TTK'nın 1493/7 maddesi gereğince sigortacıdan edimi istem ve tahsil yetkisi, aksi kararlaştırılmadıkça lehtara aittir. Krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde banka lehtar olarak sigortacıya başvurmuş; sigortacı da bazı sebepler ileri sürerek talebi tamamen veya kısmen reddetmiş ise her durumda bankanın hakkını kötüye kullandığından bahisle sigortacı aleyhine dava açma zorunluluğu yüklememek gerekir. Zira bankanın somut olaya göre sigortacı aleyhine açılacak davada sonuç alamayacağı bariz şekilde ortada ise bankayı dava açmaya zorlamak hakkaniyete de aykırı olacaktır. Ancak lehtar olan banka ile sigortacı aynı grup şirketleri arasında yer alıyorsa veya lehtar olan banka hem dava açmıyor hem de muhtemel sigorta bedelini sigortalının mirasçılara devretmeye yanaşmıyor ise böyle bir durumda hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilir.

Öte yandan krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde banka sadece dain-i mürtehin olarak yer alsın ve sigortalının (kredi alanın) vefatı sonrasında sigorta bedeli üzerinde talep hakkı öncelikli olarak bulunsun da lehtarın da sigorta bedeli üzerindeki hakkı asıl alacaklı olarak devam ettiğinden dain-i mürtehinle birlikte paralel dava takip yetkisi bulunmaktadır. Başka bir deyişle dain-i mürtehinin sigorta bedeli için talepte bulunduğu durumda sigortacının bazı sebepler ileri sürerek talebi reddetmesi veya kısmen kabul etmesi halinde lehtarın da sigortacı aleyhine dava açma hakkı bulunmaktadır. Lehtar tarafından açılan bu davada sigorta bedelinin dain-i mürtehinine verilmesi veya ifa aşamasında dain-i mürtehinin onayı alınarak kendisine verilmesi istenebilir. Dolayısıyla krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde lehtarın da sigorta bedeli üzerindeki hakkı devam ettiğine göre her durumda dain-i mürtehinine sigortacı aleyhine dava açılmasına ilişkin zorunluluk yüklememek gerekir. Dain-i mürtehinin yükümlülüğü sadece İİK'nın 45. maddesi gereğince rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurması, ayrıca tahsil yetkisi bulunuyorsa bu yetkiye dayanarak sigortacıdan talepte bulunması yeterlidir. Bu nedenle bankanın dain-i mürtehin olarak yer aldığı krediye bağlı hayat sigortası sözleşmesinde, banka ile sigortacı aynı grup şirketi olsa dahi dain-i mürtehinin talebi sigortacı tarafından reddedilmişse bankanın herhalde sigortacı aleyhine dava açmamasını hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmemek gerekir. Ancak sigortacı tarafından talebi reddedilen bankanın herhalde sigortacı aleyhine dava açmaması hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilemez ise de lehtar sıfatı ile sigortalının mirasçıları tarafından açılan davaya onay vermeyen dain-i mürtehin bankanın ayrıca sigortalının mirasçıları aleyhine dava açması hakkın kötüye kullanılması olarak görülebilir. Zira mevcut uygulama gözetildiğinde lehtar tarafından açılan davada bankanın onayı olmadan davanın esasına girilmesi, sigorta bedelinin mirasçılara veya bankaya ödenmesine karar verilmesi mümkün görülmemektedir.

KAYNAKÇA

- AMASYA, Serap: “Sigorta Poliçelerine Konulan Dain-i Mürtehin Kaydının Etkisi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 205, s. 1415-1451.
- AKİL, Cenk: “Dava Yetkinliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 36, s. 1-20.
- AKYOL, Şener: *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- ARSEVEN, Haydar: *Sigorta Hukuku: Ana Prensipler- Genel Hükümler*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1987.
- ATAMER, Kerim: “Zarar Sigortalarında Sigortalıdan Başka Kişilerin Tazminat Üzerindeki Hakları”, (Ed.) ARKAN, Sabih: *Ticaret Hukuku ve Yargı Kararları Sempozyumu XXIX- Bildiriler Tartışmalar*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016, s. 87-105.
- AYDIN, Sevgican: *Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali ve İhlal Halinde Sigortacının Hakları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- BOZER, Ali: *Sigorta Hukuku*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1965.
- BOZKURT, Tamer: *Sigorta Hukuku*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- CAN, Mertol: *Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı) Cilt I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÇONGAR, Mustafa Halil: “Sınırlı Ayni Hak Sahibinin İzninin (TK 1456/2) Malikin Sigorta Tazminatının Tahsili Talebiyle Açacağı Davaya Etkisi Meselesi- Yargıtay’ın Dava Şartı Yorumuna İlişkin Bir Değerlendirme”, (Ed.) KAYA, Arslan / ARICI, M. Fatih / SÖNMEZ, Numan Sabit / TOKCAN, Pelin / EVLEK, Müge / KOÇAK, Mahmut Arif: *Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu IV*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 211-253.
- DEMİRSATAN, Barış: “Medenî Kanuna Göre Senede Bağlanmamış Alacak Rehni Kapsamında Rehinli Alacaklının Paraya Çevirme Bakımından Olanakları”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 7, Sayı 1, s. 161-185.
- ERDEM, Mehmet: “Sigorta Poliçesinde Kredi Veren Banka Lehine Konulan Daini Mürtehin Kayıtlarının Yorumlanması”, (Ed.) ALTAY, Sıtkı Anlam / AYOĞLU, Tolga / YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya: *Prof. Dr. H.ERCÜMENT ERDEM’e Armağan*, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 633-661.
- ERİŞ, Gönen: *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- HAU, Wolfgang / POSECK, Roman (Hrsg.): *BeckOK BGB*, 71. Baskı, C.H.Beck, München, 2024 (Yazar, BeckOK BGB).
- KABUKÇUOĞLU ÖZER, Dilek: *Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2014.
- KAYIHAN, Şaban / BAĞCI, Ömer: *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Umutepe Yayınları, Kocaeli, 2019.
- KENDER, Rayegân: *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KÜÇÜK, Damla: “Tüketiciye Yönelik Haksız Uygulamaların Önlenmesi İçin Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği’yle Getirilen Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 2, s. 243-267.
- LANGHEID, Theo / WANDT, Manfred (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 1, §§1-99, VVG-InfoV*, 3. Baskı, C.H.Beck, München, 2024 (Yazar, MüKoVVG).
- MAKARACI BAŞAK, Aslı: *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- MİSİLİ, Sinan: “Türk Hukukunda Sınırlı Ayni Hak ile Takyit Edilmiş Malın Sigortalanması ve Sigortacının Sınırlı Ayni Hak Sahiplerine Karşı Borçları”, (Ed.) ARKAN, Sabih: *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015, s. 615-670.

- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Rehin Alacaklısının Sigorta Tazminatı Üzerindeki Hakları”, (Ed.) OKTAY ÖZDEMİR, Saibe / ALTOP, Atilla / ARKAN SERİM, Azra: *Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan*, Cilt II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 1399-1429.
- ORBAY ORTAÇ, Nurdan / ÇAKIR, Ayşe: “Hayat Sigortası Sözleşmelerinde Lehtar Atanmasına İlişkin Yorum Kuralı”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2023, Cilt 9, Sayı 2, s. 269-284.
- PRÖLSS, Erich / MARTIN, Anton (Hrsg.): *Versicherungsvertragsgesetz: VVG*, 32. Baskı, C.H.Beck, München, 2024 (Yazar, Versicherungsvertragsgesetz).
- RÜFFER, Wilfried / HALBACH, Dirk / SCHIMIKOWSKI, Peter (Hrsg.): *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2020 (Yazar, VVG).
- ŞENER, Oruç Hami: “Bankanın Rehinli Alacaklı Sıfatına Sahip Olduğu Adi Alacak Rehininde Rehin Borçluya İhbarı ve İhbarın Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 11, Sayı 2, s. 195-250.
- ŞENOCAK, Kemal: *Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009 (Hayat Sigortası).
- ŞENOCAK, Kemal: “İpotekli Gayrimenkulün Sigortalı Halinde Alacaklının Hukuki Durumu”, *Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 8, Sayı 32, Prof. Dr. Necip Ortan'a Armağan, s. 1087-1133 (Alacaklının Hukuki Durumu).
- TAŞKIN, Melda: *Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ULAŞ, Işıl: *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- ÜNAN, Samim: *Hayat Sigortası Sözleşmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998 (Hayat Sigortası).
- ÜNAN, Samim: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Cilt 3*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Sigorta Hukuku C. 3).
- ÜNAN, Samim: “Sigorta Alacağının Güvence İşleviyle Bağlantılı Bazı Sorunlar”, (Ed.) OKTAY ÖZDEMİR, Saibe / ALTOP, Atilla / ARKAN SERİM, Azra: *Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan*, Cilt II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 1809-1850 (Bazı Sorunlar).
- ÜNLÜTEPE, Mustafa: “Sınırlı Aynı Hak Sahiplerinin Sigorta Tazminatı Üzerindeki Hakları”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 9, Sayı 17, s. 151-198.
- ÜNSAL, Oğuzhan: *Sigortalı Eşyalar Üzerinde Rehin Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021.
- YAZICIOĞLU, Emine / ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra: *Sigorta Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- YAZICIOĞLU, Emine: *Sigorta Aracıları Hukuku 1*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- YONGALIK, Aynur: *Hukuki Açıldan Kredi Hayat Sigortası*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2002.



Vergi Hukukunda Tahakkuk Kavramı, Benzer Kavramlardan Farkı ve Hukuki Niteliği^(*)



*The Concept of Accrual in Tax Law, The Differences from
Similar Concepts and Its Legal Characteristics*

Aşlı ELVAN KATIÇ



Araştırma Görevlisi

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mali Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Tahakkuk,
Kesinleşme,
Muacceliyet,
İhtiyati Tahakkuk,
İdari İşlem Teorisi.*

Öz

Vergi borcunun tahakkuku, vergilendirme sürecinde yer alan ve Türk vergi hukukuna özgü olduğu kabul edilen bir safhadır. Tarh ve tebliğ edilen verginin ödenmesi gereken aşamaya gelmesine karşılık gelen tahakkuk aynı zamanda vergi borcunun vadesinin belirlenmesi, gecikme faizinin hesaplanması ve ziyaa uğratılan verginin tespiti hususları bakımından önem taşımaktadır. Çalışmamızda tahakkuk öncelikle sözlük anlamlarıyla ele alınmış, tahakkukun farklı disiplinlerdeki karşılıklarına yer verilmiştir. Tahakkukun gerçekleşme anı ve vergilendirme sürecindeki rolü, benzer kavramlarla kıyaslanması suretiyle tespit edilmeye çalışılmıştır. Öğretide sıklıkla tahakkukla bağdaştırılan kavramlar olan kesinleşme ve muacceliyet ile tahakkuk arasındaki farklar ortaya koyulmuştur. Tahakkuk aşaması ile bir güvence önlemi olarak ihtiyati tahakkuk muamelesi bir arada ele alınmıştır. Son olarak, idari işlem teorisi bağlamında tahakkukun bir idari işlem niteliğinde olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmıştır.

Keywords

*Accrual,
Finalization,
Maturity,
Precautionary Accrual,
Administrative
Procedure Theory.*

Abstract

Accrual of tax debt is a stage in the taxation process and is considered to be specific to Turkish tax law. Accrual, the stage at which the tax levied and notified reaches the stage at which it must be paid, is also important in terms of determining the due date of the tax debt, calculation of the interest of default and determination of the tax loss. In our study, accrual is primarily discussed with its dictionary definitions and its equivalents in different disciplines. The moment of accrual and its role in the taxation process are tried to be determined by comparing it with similar concepts. The differences between finalization and maturity, which are concepts frequently associated with accrual in the doctrine have been presented. The accrual stage and precautionary accrual treatment as a safeguard measure are discussed together. Finally, in the context of the administrative procedure theory, it is tried to determine whether accrual is an administrative procedure or not.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 04.11.2024, Kabul Tarihi: 08.01.2025.

GİRİŞ

Tahakkuk, vergi mevzuatında pek çok temel kanunda yer verilen bir kavramdır. Verginin tahakkuku 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun¹ (VUK) 22. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre “*Verginin tahakkuku, tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesidir.*”. VUK'ta tahakkukun tanımı da dahil olmak üzere tahakkuk fişi esasına ve vergilerin tahakkuk usulüne ilişkin hükümler mevcuttur. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da² (AATUHK) ise ihtiyati tahakkuk müessesesi düzenlenmekte ve amme alacaklarının tahakkukundan söz edilmektedir³.

Vergi borcunun ne zaman tahakkuk ettiğinin tespit edilebilmesi; vergi borcunun ödeme zamanının belirlenmesi, gecikme faizinin hesaplanması ve vergi ziyaının tespiti hususları bakımından oldukça önemlidir. Özel ödeme zamanlarının düzenlendiği VUK'un 112. maddesinde ikmalen, re'sen veya idarece tarh olunan vergilerin taksit zamanları kısmen veya tamamen geçtikten sonra tahakkuk etmesi halinde geçmiş taksitlerin tahakkuk tarihinden başlayarak bir ay içinde ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Bahsedilen olasılıkta ilgili vergilerin vadesi tahakkuk anı esas alınarak tespit edilmiştir. Aynı hükümde ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilip dava konusu yapılmaksızın kesinleşen vergiler bakımından uygulanacak gecikme faizinin hesaplanması da tahakkuk anına bağlı olarak belirlenmiştir. Buna göre söz konusu vergiler için kendi kanunlarında belirtilen, tarhiyatın ilgili bulunduğu normal vade tarihi ile son tarhiyatın tahakkuk tarihi arasındaki süreler için ay kesirleri dikkate alınmaksızın gecikme faizi uygulanmaktadır. Gecikme faizinin hesaplanmasında esas alınacak zaman aralığının sonu ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergilerin tahakkuk tarihine karşılık gelecek şekilde belirlenmiştir. Son olarak VUK'un 341. maddesinde vergi ziyayı, verginin tahakkuku ile ilişkilendirilmiştir. Vergi ziyayı, mükellef veya vergi sorumlusunun vergilendirmeye ilişkin ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi dolayısıyla verginin zamanında tahakkuk ettirilememesi veya eksik tahakkuk ettirilmesi şeklinde tanımlanmıştır.

Vergi hukukunda tahakkukun önemi bu şekilde özetlenebilecek olmakla birlikte vergilendirme sürecinde tahakkuk ile benzerlik gösteren farklı aşamalar ve işlemler de karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda vergi borcunun kesinleşmesi, muacceliyeti ve ihtiyati tahakkuk müessesesinin ayrıca ele alınması şarttır. Vergilendirme sürecinde vergi borcunun tahakkuku, kesinleşmesi ve muacceliyeti çoğunlukla farklı anlarda gerçekleşmektedir. Söz konusu kavramlara kanun koyucu tarafından farklı sonuçlar bağlanmıştır. Bunun yanında tahakkuk vergilendirme sürecinde yer alan bir aşama iken ihtiyati tahakkuk ise vergi icra hukukuna ait bir müessesedir. Verginin tahakkukunun benzer kavramlardan farkının ortaya koyulabilmesi ve hukuki niteliğinin anlaşılabilmesi bakımından VUK'ta yer alan tanım yardımcı olsa da tek başına yeterli değildir. Tahakkukun hukuki niteliğinin ortaya koyulabilmesi amacıyla tahakkukun öncelikle sözlük anlamlarıyla ele alınması ve farklı disiplinlerdeki karşılıklarına yer verilmesi gerekmektedir.

I. SÖZLÜK ANLAMLARI VE FARKLI DİSİPLİNLERDEKİ KARŞILIKLARIYLA TAHAKKUK KAVRAMI

Tahakkuk, vergi hukukunun yanı sıra muhasebe ve bütçe disiplinlerinde de yeri olan bir kavramdır. Muhasebe ve bütçe ile yakın ilişki içerisinde olan vergi hukuku bağlamında tahakkukun hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi için bu disiplinlerdeki karşılığının da kavranması şarttır. Ancak her şeyden önce günlük hayatta sık karşılaşılan bir sözcük olmayan tahakkukun sözlük anlamlarıyla ele alınması faydalı olacaktır.

¹ 12.01.1961 tarihli ve 10705 sayılı Resmî Gazete.

² 28.07.1953 tarihli ve 8469 sayılı Resmî Gazete.

³ Tahakkuk sözcüğü VUK'ta yetmiş yedi, AATUHK'da yirmi dört, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda otuz iki, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda otuz dokuz, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nda altı yerde karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında VUK'un verginin terkinine ilişkin 155. maddesinde zararın tahakkukundan, tüccarlar için sınıf değiştirmenin koşullarını düzenleyen 179 ve 180. maddelerinde sınıf değiştirmeye ilişkin şartların tahakkukundan, işletme hesabına ilişkin 194. maddesinde ise alacakların tahakkukundan söz edilmektedir. Daha sonra “Sözlük Anlamlarıyla Tahakkuk Kavramı” başlığında da açıklanacağı üzere bu hükümlerde tahakkuk ifadesinin “gerçekleşme” anlamında kullanıldığı açıktır.

A. Sözlük Anlamlarıyla Tahakkuk Kavramı

Tahakkuk sözcüğü dilimize Arapçadan geçmiş olup hakikat sözcüğü ile aynı kökten, “hakk” kökünden türetilmiştir⁴. Tahakkuk bir şeyin hakikat olarak ortaya çıkması⁵, hakikat haline gelmesi⁶, hakiki olduğunun, gerçekliğinin ortaya çıkması⁷ şekillerinde tanımlanmaktadır. Başka bir ifadeyle tahakkuk bir şeyin doğru olanının, aslının ortaya çıkmasıdır⁸.

“Tahakkuk etme” ifadesi tabii bir olayın gerçekleştiği ortaya koyulurken kullanılabileceği gibi hukuki bir olayın meydana geldiği, örneğin özel hukuk kapsamında bir borç ilişkisinin ortaya çıktığı belirtilirken de kullanılabilir⁹. Ancak tahakkuk kavramı hukukumuzda özel hukuktan doğan borç ilişkilerinden ziyade kamusal nitelikteki borç ilişkilerine ait bir kavram olarak kullanılmaktadır¹⁰. Örneğin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nda¹¹ (KMYKK) kamu gelirlerinin ve kamu giderlerinin tahakkukuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Tahakkuk sözcüğünün aynı zamanda kesinleşme anlamına geldiği ifade edilmiş olsa da¹² tahakkuk eden şeyin her zaman kesin ve değiştirilemez bir gerçekliği yansıttığı kabul edilemez. Çalışmanın konusu bağlamında vergilerin tahakkuku ve kesinleşmesiyle ilgili olarak yapılacak açıklamalar bakımından önem taşıyan bu hususun bu aşamada da vurgulanmasında fayda vardır. Sonuç olarak, sözlüklerde yer alan tanımlar ve yapılan açıklamalar ışığında tahakkuk bir şeyin mevcut koşullar altında doğru, hakiki olduğu kabul edilebilecek biçimde gerçekleşmesi, ortaya çıkması şeklinde tanımlanabilir.

B. Diğer Disiplinlerde Tahakkuk Kavramı

Çalışmamızda tahakkuk esas olarak vergi hukuku bağlamında ele alınacaktır. Bununla birlikte tahakkuk yalnızca vergi hukukunda yeri olan bir kavram değildir. Tahakkukun muhasebe, devlet muhasebesi ve bütçe hukukunda da birtakım karşılıkları bulunmaktadır.

1. Muhasebe Sisteminde Tahakkuk Esası

Muhasebe; bir örgütün kaynaklarının oluşumunu, kullanılma şeklini, yapılan işlemler neticesinde söz konusu kaynaklarda meydana gelen artış veya azalışları ve örgütün mali açıdan durumunu açıklayacak bilgiler üreten ve bunları ilgili kişi veya kuruluşlara ileten bir “bilgi sistemi”dir¹³. Muhasebede tahakkuk kavramı, gelir ve giderlerin “gerçekleşmesi” anlamına karşılık gelecek biçimde kullanılmaktadır.

Muhasebeye ilişkin temel kavramlardan biri olan dönemsellik bir gereği olarak örgütlerin gelir ve giderlerinin dönemlerle ilişkilendirilmesinde uygulanan esaslar nakit esas ve tahakkuk esasıdır. Tahakkuk esasına göre gelir ve giderler tahsil edildikleri dönem ile değil, tahakkuk ettikleri yani gerçekleştikleri dönem ile ilişkilendirilir¹⁴.

⁴ SEYİDOĞLU, Halil: *Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük*, 3. Baskı, Güzem Can Yayınları, İstanbul, 2002, s. 592.

⁵ NAZİMÂ, Ali / REŞAD, Faik: *Mükemmel Osmanlı Lügati*, 2. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2005, s. 482.

⁶ ŞAFAK, Ali: *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 4. Baskı, Selim Kitabevi, Ankara, 2002, s. 553.

⁷ PARLATIR, İsmail: *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, 2. Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara, 2009, s. 1606.

⁸ NAZİMÂ / REŞAD, s. 118.

⁹ TAŞDELEN, Aziz: “Vergi Alacağıın Tahakkuku: Bir Aşama Ve Bir İşlem”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 56, Sayı 1, s. 281.

¹⁰ TAŞDELEN, s. 281.

¹¹ 24.12.2003 tarihli ve 25326 sayılı Resmî Gazete.

¹² YELBAŞI, Cengiz: *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Sim Matbaacılık, Ankara, 2014, s. 598; PARLATIR, s. 1606.

¹³ SEVİLENGÜL, Orhan: *Genel Muhasebe*, 19. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s. 3.

¹⁴ Örneğin aralık ayında yapılan üç aylık kira ödemesi, ödemeyi yapan tarafından bir aylık kısmı cari yılda, kalan iki aylık kısmı takip eden yılda gider olarak yazılır. SEVİLENGÜL, s. 589. Buna paralel olarak GVK’nın 72. maddesine göre gelecek yıllara ait olup peşin tahsil edilen kiralar ilgili buldukları yılların geliri sayılırlar. Bir döneme ait olan, yani o dönemde gerçekleşmiş olan gelirin tahsili gelecek dönemlerde yapılacak olsa da gerçekleşme (tahakkuk) ilkesi gereği gerçekleştiği dönemin geliri olarak kaydedilmelidir. Aynı durum gerçekleşmiş ancak ödenmiş giderler bakımından da geçerlidir. BENLİGİRAY, Yılmaz / ERDOĞAN, Nurten: *Genel Muhasebe*, 5. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2020, s. 275-279.

2. Bütçe Hukukunda ve Devlet Muhasebesinde Tahakkuk Esası

Devlet bütçesinin yürütülmesi ve uygulanmasında gelirler toplanır, giderler yapılır, gelir gider dengesi sağlanır ve hesapların kayıtları tutulur. Hesap kayıtlarının tutulması, devlet muhasebesi uygulaması ile gerçekleştirilir¹⁵. Devlet muhasebesinde nakit esaslı ve tahakkuk esaslı muhasebe yöntemleri uygulanmaktadır. Nakit esaslı yöntemde nakit akışının fiilen gerçekleştiği dönemde kayıtların yapılması söz konusu iken tahakkuk esaslı sistemde gelir ve giderler doğdukları yılın hesaplarına kaydedilir¹⁶.

Devlet muhasebesi geçmişte, yalnızca bütçe döneminde tahsil edilen gelirlerin tahsil edildikleri yılda, yapılan giderlerin ise ödendikleri yılda kaydedilmesi ile sınırlıydı. Yeni kamu mali kontrol yönetimi¹⁷ ile benimsenen tahakkuk esaslı muhasebe sistemi, bütçe tarafından kavranamayan, maddi ve maddi olmayan duran varlıklara ek olarak kayıt dışı bütçe işlemlerinin ve devletin muhtemel yükümlülüklerinin kavranması ve muhasebeleştirilebilmesine katkı sağlar¹⁸.

C. Vergi Hukukunda Tahakkuk Kavramı

1. Gelirin Elde Edilmesinde Tahsil ve Tahakkuk Esasları

Çalışmanın bu bölümünde tahakkuk kavramı daha ziyade vergilendirme sürecinde yer alan bir aşama olarak ele alınacak olsa da tahakkuk kavramının vergi hukukundaki karşılığı bununla sınırlı değildir. Muhasebe sisteminde tahsil ve tahakkuk esaslarına ilişkin kısaca verilen bilgilerin yanında, gelir vergisinde vergiyi doğuran olay olan gelirin elde edilmesi bakımından geçerli olan bu esaslara ayrıca değinilmesinde fayda vardır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda¹⁹ (GVK) gelirin elde edilmesinin neye karşılık geldiğine ilişkin genel bir tanım bulunmamasıyla birlikte her bir gelir unsuru bakımından vergiyi doğuran olayın saptanabilmesi için “doğma”, “ödeme”, “tahsil”, “tahakkuk” ve benzeri ifadelerle yer verilmektedir²⁰. Öğretide ise gelirin elde edilmesi meselesi muhasebe kavramlarından yararlanılarak tahsil ve tahakkuk esaslarıyla açıklanmaktadır²¹.

Ekonomik anlamda kişilerin satın alma güçlerinde ortaya çıkan artışlar, hukuki açıdan malvarlığındaki artışlara karşılık gelir. Bu artışlar birtakım ekonomik değerlerin fiilen malvarlığına dahil olması şeklinde gerçekleşebileceği gibi bir alacak hakkının doğması suretiyle de meydana gelebilir. İşte tahsil ve tahakkuk esasları da malvarlığında meydana gelebilecek bu farklı artış biçimlerini yansıtır²². Tahsil esasına göre gelirin nakit, ayın veya bir hak olarak kişinin malvarlığına dahil olması gerekli iken tahakkuk esasına göre bir alacak hakkının doğmuş olması ve gelirin ödenmesi gereken safhaya gelmesi gelirin elde edilmiş sayılması bakımından yeterlidir²³. GVK'nin hükümleri incelendiğinde gelirin elde edilmesi bakımından kural olarak tahsil esasının benimsendiği, ticari ve zirai kazançların elde edilmesinde ise tahakkuk esasının geçerli olduğu ifade edilebilir²⁴.

¹⁵ KALENDEROĞLU, Mahmut: *Kamu Maliyesi - Bütçe ve Borçlanma*, 17. Baskı, Agon Bilgi Akademisi, Ankara, 2017, s. 279.

¹⁶ ERCAN, Hüseyin: “Tahakkuk Esaslı Devlet Muhasebe Sisteminin Yeni Kamu Mali Yönetimi Açısından Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 39, s. 990.

¹⁷ 5018 sayılı KMYKK'nın 51. maddesine göre kamu gelir ve giderleri tahakkuk ettikleri mali yılın hesaplarında gösterilir.

¹⁸ ERCAN, s. 989.

¹⁹ 06.01.1961 tarihli ve 10700 sayılı Resmî Gazete.

²⁰ ÖNCEL, Mualla / ÇAĞAN, Nami / KUMRULU, Ahmet / GÖKER, Cenker: *Vergi Hukuku*, 33. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2024, s. 308.

²¹ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 310.

²² ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 311.

²³ ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE, Mehmet / GERÇEK, Adnan: *Türk Vergi Sistemi*, 19. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2022 (Türk Vergi Sistemi), s. 7-8.

²⁴ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 310.

2. Verginin Tahakkuku

Geniş anlamda vergi hukukunun kapsamına dahil edilebilecek bir kavram olan tahakkuk, sözlük anlamlarına da uygun düşecek biçimde verginin gerçekleşmesi²⁵, verginin miktarının ne kadar olduğunun ortaya çıkması ve bu miktarın kesinleşmesi²⁶ şekillerinde tanımlanmaktadır. Tekrar ifade etmek gerekir ki verginin miktarının kesinleşmesinden anlaşılması gereken söz konusu miktarın sonradan değiştirilmesi mümkün olmayacak biçimde ortaya çıkması değil; vergilendirme sürecinin takip eden aşamalarının yürütülmesine imkân tanıyacak derecede kesinlik kazanması, bir başka anlatımla vergi borcunun belirginleşmesidir.

Verginin konusu, vergiyi doğuran olay, mükellef, matrah, oran, tarh, tahsil, yaptırımlar vb. unsurlar ile birlikte tahakkuk da vergilendirmenin temel öğelerindedir²⁷. Verginin kanunla koyulmuş sayılması yani verginin kanuniliği ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi için verginin tüm öğelerinin kanunla saptanmış olması şarttır. Konu, vergiyi doğuran olay, mükellef, matrah ve oran gibi kurucu temel öğelerin yanında vergiden doğan ödev ve usul ilişkilerinin de kurucu temel öğeleri tamamlar şekilde kanunla düzenlenmesi gerekir²⁸. Dolayısıyla verginin tahakkukunun da verginin temel öğelerinden biri olarak kanunla düzenlenmesi şarttır.

Öğretide verginin tahakkukunun diğer hukuk sistemlerinde yer almayan, hukukumuzda özgü bir aşama olduğu²⁹, farklı dillerde verginin tahakkukunun tam bir karşılığının bulunmadığı ve farklı hukuk sistemlerinde böyle bir aşamaya yer verilmemiş olmasının Türk vergi hukukunun zenginliğini ve terminolojimizin sahip olduğu çeşitliliği ispat etmek bakımından önemli bir kanıt olduğu kabul edilmektedir³⁰. Bununla birlikte öğretide, 213 sayılı VUK'un kaynağı kabul edilen³¹ 1977 tarihli Alman Vergi Usul Kanunu'nun 220. maddesinde tahakkuk kavramına yer verildiği ancak kavrama ilişkin herhangi bir tanımın kanun koyucu tarafından yapılmadığı; Alman öğretisinde tahakkukun vergi borcunun mükelleften talep edilebileceği, mükellefin de edimi ifa ile yükümlü olduğu zaman noktasına karşılık geldiği de ifade edilmiştir³². 1977 tarihli Kanun'un 220. maddesinin başlığında yer alan Almanca "*Fälligkeit*" ifadesinin tahakkuk mu yoksa son ödeme tarihi, yani vade anlamını mı taşıdığı ise Alman öğretisinde ilgili kavrama yüklenen anlam da göz önünde bulundurulduğunda bir başka tartışmanın konusu olmaya adaydır³³.

Hukukumuzda, VUK'un 22. maddesinde verginin tahakkukuna ilişkin bir tanıma yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre verginin tahakkuku, tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesidir. Söz konusu kanuni tanımda tahakkuk, vergilendirme sürecinde bir aşama olarak

²⁵ YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 924.

²⁶ ŞAFAK, s. 553.

²⁷ Anayasa Mahkemesi bir norm denetimi kararında tahakkuku da vergilendirmenin temel öğeleri arasında saymıştır. AYM, T. 15.10.2009, E. 2006/124, K. 2009/146 (Norm Kararlar Bilgi Bankası).

²⁸ GÜNEŞ, Gülsen: *Verginin Yasallığı İlkesi*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 134. Güneş, vergiyi kurucu temel öğeleri konu, vergiyi doğuran olay, mükellef, matrah ve oran olarak tespit etmiştir. Bununla birlikte tarh, tebliğ, tahakkuk, sona erme, değerlendirme, mükellefin ödevleri, mükelleflerin denetlenmesi, vergi uyumsuzlukları ve cezai yaptırımlar ise Güneş tarafından vergisel ödev ve vergisel usul ilişkilerini düzenleyen temel öğeler olarak ele alınmıştır. GÜNEŞ, s. 137-150.

²⁹ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 131.

³⁰ TUNCER, Selahattin: *Kamu Maliyesi*, 2. Baskı, Yalkın Ofset Matbaası, İstanbul, 1971 (Kamu Maliyesi), s. 198. Tahakkuk aşaması diğer hukuk sistemlerinde hukukumuzda var olduğu anlamda yer almıyor olsa da tahakkuk sözcüğünün farklı dillerde karşılığı bulunmaktadır. İngilizcede vergilendirme alanında tahakkuk "*accrual*" sözcüğü ile ifade edilmektedir. Bu sözcük vergiye tabi gelirin elde edilip edilmediği bakımından geçerli olan tahakkuk esasının açıklanmasında kullanılmaktadır. BLACK, Henry Campbell: *Law Dictionary*, 6. Baskı, West Publishing, Minnesota, 1990, s. 21. Fransızca da tahakkuk "*constatation*" sözcüğü ile ifade edilmekte olup "gerçekliğini gösterme, meydana çıkarma" şeklinde tanımlanmaktadır. TUNCER, *Kamu Maliyesi*, s. 198. <https://www.fransizcasozluk.net/> (ET: 30.10.2024).

³¹ MUTLUER, M. Kamil: "Vergi Usul Kanunu'nun Şumülü", *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, 1969, Cilt 5, Sayı 2, s. 303. 5432 sayılı VUK'un hazırlık çalışmalarında esas alınan ve bu esnada Almanya'da yürürlükte olan kanun 1919 tarihli İmparatorluk Vergi Usul Kanunu'dur (*Reichsabgabenordnung*). Almanya'da şu an yürürlükte olan 1977 tarihli Vergi Usul Kanunu'nda (*Abgabenordnung*) eski kanundaki temel anlayış takip edilmiştir. Günümüzde yürürlükte olan 213 sayılı VUK da 5432 sayılı eski VUK'a dayanarak hazırlanmıştır. Dolayısıyla 1977 tarihli Alman Vergi Usul Kanunu'nun 213 sayılı Kanun sistemine dolaylı olarak kaynak oluşturduğu söylenebilir. BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: *Vergi Ödevi İlişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü (Hukuk Devleti Bakış Açısıyla)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 26-27.

³² BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 387-388.

³³ İlgili Alman Vergi Usul Kanunu hükmü için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/_220.html (ET: 30.10.2024).

ele alınmaktadır. İlerleyen kısımlarda detaylı olarak açıklanacağı üzere verginin tahakkuku, vergi mükellefinin borcunu ödeme yükümlülüğünün başladığı ana karşılık gelmektedir.

3. Türk Vergi Hukukunda Verginin Tahakkuku

Tahakkukun sözlük anlamlarına ve genel olarak verginin tahakkukuna değinilmesinin ardından farklı olasılıklar göz önünde bulundurulmak suretiyle hukukumuzda vergilerin hangi şekillerde tahakkuk ettiğinin ele alınmasında fayda vardır.

a. Tarh Yöntemlerine Göre Verginin Tahakkuku

Tarh ve tebliğ edilen verginin ödenmesi gereken safhaya gelmesini ifade eden tahakkuk; mükellefin beyanı üzerine tarh edilen vergilerde, idare tarafından tarh edilen vergilerde ve tahakkuku tahsile bağlı vergilerde farklı anlarda gerçekleşmektedir.

VUK hükümleri bakımından kural olarak tahakkukun hukuki varlık kazanması, öncesinde tarh işleminin tesis edilmesine ve tebliğine bağlıdır. Beyannameye dayanılarak tarh edilen vergilerde müstakil bir tebliğ işlemi yer almasa da tahakkuka bağlı biçimde tebliğ yerine geçen işlemler tesis edilir. Bununla birlikte beyannameye dayanmayan tarh usullerinde tebliğ işleminin de ayrıca gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir³⁴.

VUK'un 25. maddesine göre beyana dayanan vergiler, mükellefin beyanı üzerine tarh edilir ve tahakkuk fişinin düzenlenmesi ile tahakkuk eder. Bu tür vergilerde tarh işlemi ile tahakkukun bir arada gerçekleşmesi tahakkuka ayrı bir idari işlem niteliği kazandırmaz³⁵. Bununla birlikte tahakkuk fişinin beyana dayanan tarh işleminin şekli görünümü olduğu söylenebilir³⁶. Tahakkuk, verginin ödenmesi gereken bir aşamaya gelmesi ile maddi anlamda gerçekleşir. Bir idari işlem niteliğinde olan tahakkuk fişinin düzenlenmesi sonucunda ise vergi şekli anlamda tahakkuk etmiş olur. Bu süreçte tahakkuk fişinin düzenlenmesi, maddi anlamda tahakkukun idari işleyiş bakımından hukuki bir işleme dönüştürülmesi amacına hizmet eder³⁷. Tahakkuk fişinin beyana dayalı tarhiyatın şekli bir unsuru olduğunun bir diğer göstergesi de VUK sistematığı içindeki yeridir. Tahakkuk fişi esasının düzenlendiği VUK'un birinci kitabının ikinci kısmı "Tarh ve Tahakkuk Usulü" başlığını taşımaktadır. Kanun'un bu kısmında usule ilişkin bir işlem olan tahakkuk fişi esasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

İkmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergilerde ise tarh ve tahakkuk aşamaları arasındaki ayırım, beyana dayalı vergilere göre daha belirgindir. VUK'un 34. maddesine göre bu yollarla tarh edilen verginin vergi mükellefine bir ihbarname ile tebliğ edilmesinin ardından³⁸ vergi mükellefi tebliği izleyen günden itibaren 30 gün içinde dava açmaz ise mükellefin borcu kabul ettiği varsayılır ve vergi borcu tahakkuk eder. Tarh edilen vergiye karşı dava açılması olasılığında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun³⁹ (İYUK) 27. maddesinin 4. fıkrası gereği yürütme kendiliğinden duracağından⁴⁰

³⁴ AKIN BASA, Yeliz Neslihan: *Vergi Hukukunda Tahakkuk*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 91.

³⁵ KARAKOÇ, Yusuf: *Genel Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 232.

³⁶ AKIN BASA, s. 259. *Candan*, tahakkuk fişini tebliğe ilişkin bir işlem olarak ele almaktadır. CANDAN, Turgut: *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 357-358.

³⁷ TAŞDELEN, s. 286-287.

³⁸ İdari işlemlerin şekil unsuru bakımından sakat olmaması için şekil koşullarına uyulması büyük önem arz etmektedir. VUK'un 30. maddesinde ihbarnamenin muhteviyatında yer alması gereken unsurlar sayılmış olmakla birlikte Kanun'un 108. maddesi gereği esasa etkili olmayan şekil hatalarının yapılmış olması işlemin hükümsüz sayılmasını gerektirmez. ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 128.

³⁹ 20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁰ İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar. Bunun bir sonucu olarak, kural olarak bir idari işleme karşı dava açılması o işlemin yürütülmesini durdurmaz. Ancak vergi yargısında ise genel kural dava açılmasının tahsil işlemlerini durdurması olup ilk derece aşamasında ayrıca yürütmenin durdurulması talebinde bulunulması gerekmez. GERÇEK, Adnan: "Yürütmenin Durdurulması Müessesesinin Vergileme İşlemleri Üzerindeki Etki ve Sonuçları", *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, 2002, Sayı 41, s. 123. Bunun sebebi vergilendirme sürecinde tarh ve tebliğ aşamasında yapılan idari işlemlerin denetiminin sağlanması ve tahsil aşamasına geçilmeden önce mükelleflerin haklarının korunmasıdır. GERÇEK, s. 135. Açıklanan sebeplerle tarh işleminin her koşulda hukuka uygunluk karinesinden yararlanmadığını belirtmek gerekir.

davanın karara bağlanmasına kadar verginin tahakkuku ertelenir. Tarh edilen vergiye karşı dava açılması olasılığında, ilk derece mahkemesinin vergi mükellefi aleyhine karar vermesi halinde vergi tahakkuk eder⁴¹.

VUK'un 378. maddesinin 2. fıkrasına göre mükellefler beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı kural olarak dava açamazlar. Ancak İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrasına göre vergi beyannamesinin ihtirazi kayıtla verilmesi halinde mükellefin kendi beyanı üzerine tarh edilen vergiye karşı dava açması mümkündür. Fakat bu durumda açılan dava tahsil işlemi durdurmamaktadır. Dolayısıyla ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergilere karşı açılan davaların aksine bu durumda verginin tahakkukunun mahkeme kararına kadar ertelenmesi söz konusu olmamaktadır⁴². Bir başka deyişle ihtirazi kayıtla verilen beyannamede gösterilen matrah üzerinden tarh edilen vergi, tarh edildiği anda tahakkuk etmektedir⁴³.

b. Uzlaşma Halinde Vergi Cezalarının Tahakkuku

Süresi içinde yapılan uzlaşma talebi tarh edilmiş olan, uzlaşma kapsamındaki vergi cezalarının tahakkukunu önlemektedir⁴⁴. 7524 sayılı Kanun⁴⁵ ile vergi aslı uzlaşma kapsamından çıkarıldığından, vergi cezaları uzlaşmaya varılması ile tahakkuk etmiş olur⁴⁶.

VUK ek madde 6'ya göre uzlaşma tutanakları kesin olup mükellefin üzerinde uzlaşılan ve tutanağa geçirilen hususlar hakkında herhangi bir hukuki başvuru olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla uzlaşmanın sağlanması halinde tahakkuk eden vergi cezaları aynı zamanda kesinleşmiş olur. Vergi aslı uzlaşmaya konu olamayacağı için söz konusu kesinleşme yalnızca üzerinde uzlaşılan vergi cezası tutarlarına ilişkindir⁴⁷.

Uzlaşmaya varılamaması halinde ise mükellefin ek 7. madde kapsamında dava açma hakkı saklıdır. Bu durumda vergi cezalarının tahakkuku bakımından daha önce yapılan açıklamalar geçerli olacaktır.

c. Kanun Yolundan Vazgeçme Halinde Tahakkuk

VUK'un 379. maddesine göre vergi veya ceza ihbarnamesine karşı açılan davalarda, vergi mahkemesince ve bölge idare mahkemesince verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurma imkânı olan mükellefin kanun yolundan vazgeçerek vergi borcunun kanunda belirlenmiş kısmını süresinde ödemesi halinde bu tutarlardan %20 oranında indirim yapılmaktadır. Bunun için mükellefin kanun yoluna başvuru süresi içerisinde, kanun yolundan vazgeçtiğine ilişkin bir dilekçeyi ilgili vergi dairesine vermesi şarttır. Söz konusu dilekçenin verildiği tarih itibarıyla herhangi bir işleme gerek olmaksızın vergi ve cezalar tahakkuk eder. Mükellef kanun yoluna başvurmadan vazgeçtiği için tahakkuk eden vergi ve cezalar aynı zamanda kesinleşmiş olur. Zira mükellef kanun yolundan vazgeçtiğinde vergi idaresi de ihtilafı sürdürmez, mükellefin istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurusu durumunda başvurusu incelenmez.

d. Tahakkuku Tahsile Bağlı Vergilerde Durum

Damga vergisi ve eğlence vergisinin örnek olarak gösterilebileceği tahakkuku tahsile bağlı vergilerde VUK'un 24. maddesine göre verginin tahsili, tahakkuku da içine alır. Bu tür vergilerde tahsil

⁴¹ KARAKOÇ, s. 234-235.

⁴² ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 132.

⁴³ İhtirazi kayıtla beyan edilen matrah üzerinden vergi tarh edilmesi ve tarh edilen verginin tahakkuk etmesi İYUK'un 27. maddesi kapsamında yürütmenin durdurulmasının talep edilmesine engel değildir. Yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi halinde tahakkuk etmiş olan verginin tahsil işlemleri duracaktır. KARAKOÇ, s. 234.

⁴⁴ KANETİ, Selim / EKMEKÇİ, Esra / GÜNEŞ, Gülsen / KAŞIKCI, Mahmut: *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 460.

⁴⁵ 02.08.2024 tarihli ve 32620 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁶ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 133.

⁴⁷ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 133.

aşamasından önce tarh veya tahakkuk aşamalarının yer alması teknik olarak düşünülemez⁴⁸. Verginin tahsili ile vergi borcu sona erer. Bununla birlikte tahakkuku tahsile bağlı bir vergi zamanında tahsil edilemediğinde, verginin tahsil edilebilmesi için mükellefe bir vergi ihbarnamesi tebliğ edilerek verginin tahakkuk etmesinin sağlanması gerekmektedir⁴⁹.

II. VERGİNİN TAHAKKUKUNUN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

A. Verginin Tahakkuku ve Kesinleşmesi

Daha önce değinildiği üzere, tahakkuk etme kavramı “kesinleşme” biçiminde de tanımlanmış olsa da bir verginin tahakkuk etmesi ile kesinleşmesinin farklı aşamalara karşılık geldiği öğretide sıklıkla kabul edilmiştir⁵⁰.

Yargılama hukukuna ait bir kavram olan kesinleşme; bir hukuki olay, fiil veya işleme karşı olağan bir hukuki başvuruda bulunma imkânının bulunmamasını ifade eder. Vergi hukuku bağlamında verginin kesinleşmesi, tarh edilen vergiye karşı başvurulabilecek olağan kanun yollarının tüketilmesi anlamına gelir⁵¹. Verginin tahakkuku ise henüz kesinleşmemiş olan vergi borcunun ödenebilecek aşamaya gelmesidir. Tahakkuk eden vergi miktarı, bu miktara karşı başvurulabilecek olağan bir hukuki yol kalmadığı zaman kesinleşmiş olur. Dolayısıyla tahakkuk ilke olarak kesinleşmeden önceki bir aşamaya karşılık gelir. Kesinleşmiş bir vergi borcunun aynı zamanda tahakkuk etmiş olduğu söylenebilecekken tahakkuk etmiş vergi borcunun kesinleşmiş olması şart değildir⁵².

Vergi borcunun tahakkuk etmesi ile kesinleşmesinin farkı net olmakla birlikte kimi zaman bu aşamalar aynı anda gerçekleşebilmekte, kimi zamansa tahakkuk eden vergi borcunun kesinleşmesi uzunca bir vakit alabilmektedir. Örneğin vergi mükellefinin kendisi adına ikmalen tarh edilen vergiye karşı tebliği izleyen günden itibaren otuz günlük dava açma süresini hareketsiz kalarak geçirmesi durumunda bu sürenin dolmasıyla birlikte vergi tahakkuk eder ve mükellefin başvurabileceği başkaca bir hukuki yol kalmamış olduğundan aynı zamanda vergi borcu kesinleşmiş olur⁵³. Söz konusu ikmalen tarh işlemine karşı süresi içinde dava açılmış olması olasılığında ise İYUK’un 27. maddesinin 4. fıkrası gereği yürütme kendiliğinden duracağından, verginin tahakkuku ilk derece mahkemesinin davayı ret kararına kadar ertelenecektir. Vergi mahkemesinin mükellefin iddiasını kabul etmesi durumunda ise vergi tahakkuk etmeyecektir⁵⁴. Vergi mahkemesinin davayı reddetmesi durumunda verginin kesinleşmesi, ilk derece mahkemesinin kararına karşı olağan kanun yollarına başvuru olanağının bulunmaması ya da kanun yollarına süresi içinde başvurulmaması neticesinde gerçekleşebilir⁵⁵. Bununla birlikte mükellef tarh işleminin ve mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu kanısındaysa süresi içinde kanun yollarına başvurabilir. Kanun yollarına başvurursun ya da başvurmasın, vergi mahkemesi tarafından davası reddedilip vergi borcu tahakkuk eden mükellefin kural olarak vergi borcunu ödemesi gerekir⁵⁶. Zira İYUK’un 52. maddesi gereği kanun yollarına başvurulması, başvuru mahkemesinin bu yönde bir kararı olmadığı sürece mahkeme kararlarının yürütülmesini durdurmaz. Vergi mahkemesinin kararı üzerine tahakkuk eden vergi borcu mükellef tarafından ödenmiş olsa dahi kanun yolları henüz tüketil-

⁴⁸ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 133.

⁴⁹ KARAKOÇ, s. 240.

⁵⁰ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 132-133; KARAKOÇ, s. 236; KANETİ / EKMEKÇİ / GÜNEŞ / KAŞIKCI, s. 206-207; ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE, Mehmet / GERÇEK, Adnan: *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2020 (Vergi Hukuku), s. 215; TAŞKAN, Yusuf Ziya: “Vergi Borcunun Tahakkuku ve Kesinleşmesi”, *Vergi Sorunları Dergisi*, 2005, Sayı 200, s. 157.

⁵¹ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 132-133.

⁵² ŞENYÜZ / YÜCE / GERÇEK, *Vergi Hukuku*, s. 215.

⁵³ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 132-133.

⁵⁴ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 132.

⁵⁵ KARAKOÇ, s. 236-239.

⁵⁶ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 132.

mediği için kesinleştiğinden söz edilemez. Kanun yollarına başvurulduğunda, Bölge idare mahkemesine yapılan istinaf veya Danıştay'a yapılan temyiz başvurusunun reddedilmesi sonucunda olağan kanun yollarının tüketilmesiyle birlikte vergi borcunun kesinleşmesi söz konusu olacaktır⁵⁷.

Öğretide verginin tahakkukunun verginin kesinleşmesi ile aynı anlama geldiğine ilişkin görüşler de mevcuttur⁵⁸. *Tuncer*'e göre hukuki anlamda verginin tahakkuku “*Verginin hazırlanan hesapların yetkili bir memurun kararına dayanarak belirli bir tutarı ihtiva eden kesin bir para borcu haline gelmesidir.*”. *Tuncer* tahakkuka ilişkin VUK'un 22. maddesinde yer alan tanımın bilimsel açıdan eksik ve hatalı olduğu görüşündedir. Çünkü hukuki anlamda tahakkuk, tarh edilen vergiye ilişkin tüm uyumsuzlukların çözümlenerek verginin kesin ve nihai şeklini almasıdır. Ancak uygulamada kanun yollarına başvurulsa dahi, yani vergi borcu kesinleşmemiş olsa dahi ilk derece mahkemesi kararına göre vergi tahakkuk etmekte ve tahsili mümkün duruma gelmektedir. Zira ilk derece mahkemesinin mükellefin davasını reddetmesi ile tarh işleminin gerçeği yansıttığına yönelik belirtiler kuvvetlenmekte ve mahkeme kararı tarh işlemi lehine adeta bir karine oluşturmaktadır⁵⁹. *Tuncer*'e göre uygulamanın aksine bilimsel açıdan olağan kanun yollarının tüketilmesi ile vergi kesin ve nihai şeklini almış, tahakkuk etmiş sayılmaktadır⁶⁰. Ancak kesinleşme ile tahakkuk aynı anlama karşılık geldiği veya vergi borcunun kesinleştiği anda tahakkuk etmiş sayılması gerektiği görüşlerine katılmak mümkün değildir. Zira kesinleşme ve tahakkuk farklı hukuki amaçlara hizmet eden müesseselerdir.

Sözlük tanımlarından hareketle bir şeyin ve çalışmanın konusu bağlamında verginin, tahakkuk etmesi veya gerçek olması, kesin olduğu anlamına gelmez. Gerçek kabul edilen, bir başka deyişle doğru olan doğru olduğu varsayılan, bir durum olarak var olan⁶¹ şeyin yanlışlığı, aslında var olmaması gerektiği sonradan anlaşılabilir. Vergi borcu bakımından da durum benzer şekildedir. Vergi idaresinin tek taraflı bir işlemi niteliğindeki tarh işlemi vasıtasıyla ham hali ortaya çıkarılan vergi borcu, vergi mükellefinin dava açmaması ya da ilk derece mahkemesinin kararı neticesinde somutlaşmakta, tahakkuk etmekte, ödenmesi gereken aşamaya gelmektedir. Vergi mükellefi tarafından ödeme yapıldıktan sonra kanun yolları aşamasında ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygunluğunun denetlenmesi, mükellefin lehine karar verilmesi mümkündür⁶². Ancak bu durum, ilk derece mahkemesi kararının o an için somut bir gerçekliği yansıtmıyor olmadığını yani verginin tahakkuk etmemiş olduğunu öne sürmeyi gerektirmez.

Vergi borcunun kesinleştiği zaman tahakkuk etmesi çoğu zaman vergi borcunun tahsilinin gecikmesi ile sonuçlanacaktır. Tam aksine, vergi borcunun herhangi bir yargısal denetimden geçmeden önce tahakkuk etmesi ise vergi mükellefi aleyhine bir durum yaratacaktır. Ancak mevcut uygulamamızda olduğu üzere vergi borcunun, mükellefin itirazı bulunmadığında veya ilk derece mahkemesi kararının ardından tahakkuk etmesi hem vergi idaresi hem de mükellef adına dengeli ve makul bir

⁵⁷ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 132-133.

⁵⁸ *Sayar*'a göre verginin tahakkuku ile kesinleşmesi aynı anlama gelmekte olup mükellefin tarh edilen vergiye karşı idari ve yargısal çözüm yollarına başvurmamasının ardından meselenin incelenip karara bağlanması ile vergi tahakkuk eder. Tahakkuk kısaca tarh edilen ve mükellefe tebliğ edilen vergi borcunun kesinleşerek tahsil aşamasına geçilmesidir. SAYAR, Nihad S.: *Kamu Maliyesi Cilt: 1 - Kamu Gider ve Gelirleri Prensipleri*, 4. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1970, s. 92. *Sayar*'a göre verginin teorik olarak tahakkuk etmiş olması için itiraz sürelerinin veya itiraz süreçlerinin sona ermiş olması, verginin itiraz kabul edilmeyecek, kesin bir duruma girmiş olması gerekmektedir. SAYAR, s. 157. *Pelin*, tahakkuku verginin memurlar tarafından hesaplanması işleminin, yani tarh işleminin ardından verginin kesinlik kazanması olarak tanımlamıştır. *Pelin*'e göre tahakkuk, tebliğ ile sona eren tarh işleminden daha geniş bir kapsama sahip olup vergi borcunun itiraz neticelerinden geçmesi ile sona eren bir muameledir. PELİN, İ. Fazıl: *Finans İlimi ve Finansal Kanunlar*, 2. Baskı, Güven Basımevi, İstanbul, 1942, s. 238-240. *Yılmaz* tahakkuku verginin kesinleşerek ödenmesi gereken safhaya gelmesi olarak tanımlamakta, tahakkuk ve kesinleşme ifadelerini birbirine karşılık gelecek şekilde kullanmaktadır. Bunun yanında, verginin ikmalen, re'sen veya idarece tarh edildiği hallerde mükellefin başvuru haklarını kullanması olasılığında verginin daha sonraki aşamalarda kesinleşeceği de *Yılmaz* tarafından ifade edilmiştir. AKGÜL YILMAZ, Gülay: *Kamu Maliyesi*, 4. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 180.

⁵⁹ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 132.

⁶⁰ TUNCER, Selahattin: *Vergi Hukuku ve Uygulaması*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003 (Vergi Hukuku ve Uygulaması), s. 148. Benzer şekilde *Taşkan* da VUK'un 22. maddesinde yer alan tanımın tahakkukun gerçekleşme anını belirlemek ve kesinleşme ile farkını ortaya koymak bakımından eksik olduğunu vurgulamaktadır. TAŞKAN, s. 165.

⁶¹ <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 30.10.2024).

⁶² ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 132.

çözüm yoludur. Sonuç olarak verginin tahakkukunun ve kesinleşmesinin farklı aşamalara karşılık geldiği, vergi borcunun yeterince olgunlaştığı aşamada tahakkuk ederek ödenebilecek duruma geldiği, bu aşamadan sonra ise kesinleştiği kabul edilmelidir.

B. Verginin Tahakkuku ve Vergi Borcunun Muacceliyeti

Muacceliyet bir borcun vadesinin, ecelinin gelmiş olması; hemen ödenmesi gereken bir safhada olması şekillerinde tanımlanmaktadır⁶³. Muacceliyet kamusal nitelikteki borç ilişkilerini de yakından ilgilendiren bir kavram olsa da hukukumuzda daha ziyade özel borç ilişkilerinin bir aşaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Vergi borcunun ne zaman muaccel olduğuna ilişkin açıklamaların yapılmasından önce özel hukuk ilişkilerinden doğan borçların muaccel olmasının ne anlama geldiğine ve söz konusu borçların ne zaman muacceliyet kazandığına kısaca değinilmesinde fayda vardır.

Özel hukuk bağlamında bir borcun ifasının alacaklı tarafından talep edilebilir hale geldiği an, borcun muaccel olduğu andır. Borcun ifa edilmesi için bir vadenin tayin edilmediği hallerde borç kural olarak doğumu anında muaccel olur. Vadeli borçlarda ise vadenin dolmasıyla birlikte borç muaccel olur, dolayısıyla vadeli borçların ifası bu ana kadar talep edilemez⁶⁴. Bir başka ifadeyle ifa zamanının belirlenmemiş olması halinde borçlar doğdukları anda, ifa zamanının belirlenmiş olması halinde ise bu zamanın gelmesiyle birlikte muaccel olur ve ifası alacaklı tarafından talep edilebilir.

VUK'un 19. maddesine göre devletin vergi alacağı, mükellef bakımından ise vergi borcu; vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın meydana gelmesi veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar. Vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi ile vergi borcunun doğduğu kabul edilebilecek olsa da vergi borcunun ödenmesi gereken aşamaya gelmesi, yani muaccel olması bakımından bu tek başına yeterli değildir. Özel borç ilişkilerinden farklı olarak vergi hukukuna özgü biçimde ödenecek borç miktarının netleşmesi, verginin gerçekleşmesi yani tahakkuk etmesi için bir sürece ihtiyaç vardır. Bu süreçte tarh aşamasında yapılan hesabın doğruluğunun ve başkaca bir maddi hata bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir⁶⁵. Ancak en önemlisi de VUK'un 20. maddesinde bir idari işlem olarak tanımlanan verginin tarhının diğer idari işlemler gibi yetki, sebep, şekil, konu ve amaç unsurları bakımından hukuka uygun olup olmadığının bu süreçte ele alınabilecek olmasıdır. Hak arama hürriyetinin de bir gereği olarak Anayasa'nın 125. maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Tahakkuk aşaması da tarh işleminin hukuka uygun olarak tesis edilip edilmediğinin denetlenebilmesi bakımından bir hukuki güvence sağlar. Dolayısıyla kural olarak özel hukukta borç doğumu ile birlikte ödenebilecek aşamaya gelse yani muacceliyet kazansa dahi⁶⁶ vergi borcunun ancak tahakkuk ettikten sonra ödenebilmesi mümkündür.

Tekrar ifade etmek gerekir ki, muacceliyet kavramı daha çok özel borç ilişkileri bağlamında ele alınsa da kamusal nitelikteki borç ilişkileri bakımından da geçerlidir. AATUHK'un muhtelif hükümlerinde⁶⁷ kamu borçlarının muacceliyetinden söz edilmektedir. Ancak mevzuatta vergi borcunun ne zaman muacceliyet kazandığına ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bir kamu borcu niteliğinde olan vergi borcunun ne zaman tahakkuk ettiğine ve kesinleştiğine ek olarak ne zaman muaccel olduğuna ilişkin de ayrıca bir tespit yapılması gerekmektedir.

AATUHK'un 37. maddesinde özel kanunlarına ya da bu hükme göre ödeme süresi belirlenen kamu alacakları için ödeme süresinin son gününün vadeye karşılık geldiği ve kamu borçlusunun borcunu

⁶³ <https://sozluk.adalet.gov.tr/Muaccel> (ET: 24.12.2024).

⁶⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 313.

⁶⁵ NADAROĞLU, Halil: *Kamu Maliyesi Teorisi*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 247.

⁶⁶ OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 313.

⁶⁷ Tahsil edilen amme alacaklarının reddine ilişkin 23. madde hükmü, amme alacağının teciline ilişkin 48 ve 48/A maddeleri hükümleri, paraya çevirmeye ilişkin 74. madde hükmü, haczin kaldırılmasına ilişkin 74/A maddesi hükmü, gayrimenkul malların satışına ilişkin 93 ve 94. madde hükümleri.

vadesinden önce de ödeyebileceği hüküm altına alınmıştır. VUK'un 111. maddesinde de bu hükme paralel olarak vergi borcunun kanunlarında gösterilen süreler içinde ödeneceği ve vergi borçları için ödeme süresinin son gününün verginin vadesine karşılık geldiği düzenlenmiştir⁶⁸. Vergi borcunun ödenmesi için vergi mükellefine tanınan ödeme süresi ile borcun vadesi kanunlarda düzenlenmiş olmakla birlikte, borcun ne zaman muaccel hale geldiği halen açıklanmaya muhtaçtır.

Öğretide vergi borcunun tahakkukunun, bu borcun muaccel hale gelmesi sonucunu doğurduğu öne sürülmüştür⁶⁹. Vergi borcunun muaccel olduğu, yani tahakkuk ettiği ana, vergi mükellefinin borcunu ödeyebilmesi için bir ödeme süresi eklendiği, bu sürenin temerrüdün sonuçlarının doğmasına engel olduğu, ödeme süresinin son gününün ise verginin vadesine karşılık geldiği kabul edilmiştir⁷⁰. Bu görüş doğrultusunda vergi mükellefine tanınan ödeme süresi esnasında, borç daha önceki tahakkuk aşamasında muaccel hale gelmiş olsa da mükellef temerrüde düşmeyecek⁷¹ ancak ödeme süresinin son gününden, yani vadeden sonra ödeme yapılması halinde bir gecikmeden söz edilecektir.

Vergi hukukunda muacceliyet, özel hukukta kabul görmüş tanımlar yardımıyla açıklanabilir⁷². Vergi borçlarının ödenmesi için borcun tahakkukundan sonra mükellefe bir ödeme süresi tanınmış olması, özel borç ilişkilerinde borcun ifa edilmesi gereken zamanın bir ân değil bir süre olarak tayin edildiği haller ile benzerlik gösterir. Vergi borcunun ifa edilmesi gereken zaman aralığı da çoğunlukla verginin tahakkuku anında başlar ve kanunda belirlenen, vadenin dolması ile sona eren süre boyunca devam eder⁷³. Bu hallerde, hem özel borç ilişkilerinde hem de vergi borcu ilişkisinde borçlunun belirlenen sürenin dolmasından önce borcunu ifa etmesi aynı zamanda hem mümkün hem de gereklidir. Böyle bir ilişkide borcun muacceliyeti borçluya tanınan sürenin dolmasına bağlıdır⁷⁴. Belirlenen bu sürenin dolmasının ise vadeye karşılık geldiği tartışmasızdır. Dolayısıyla özel hukuktan doğan borç ilişkilerinde olduğu gibi vergi borcu ilişkisi bakımından da vade tarihinde borcun muaccel hale geldiği kabul edilmelidir.

Vergi borcunun tahakkuk ettiği anda muacceliyet kazandığı görüşüne katılmak mümkün değildir. Vergi borcu tahakkuk ettiğinde yani ödenmesi gereken safhaya geldiğinde vergi mükellefi kendisine tanınan ödeme süresi içinde borcunu ödeyebilecektir. Verginin tahakkuku anında vergi borcunun vergi idaresince talep edilebilir hale geldiği söylenemez⁷⁵. Çünkü ancak vergi borcunun muaccel olması yani vadesinin gelmesi halinde alacaklı vergi idaresi söz konusu borcun ödenmesini talep edebilir hale gelecektir⁷⁶.

Bir borcun ifasının talep edilebilir olması, alacaklının borçludan edimi yerine getirmesini isteme yetkisine sahip olduğu anlamına gelir. Vadeye bağlı borçlarda vadeden önce de borç mevcut olsa da talep hakkı

⁶⁸ AATUHK'un 37. maddesinin 2. fıkrasına göre özel kanunlarında ödeme zamanları belirlenmemiş kamu alacakları Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek olan usule göre yapılan tebliğden itibaren bir ay içinde ödenir. Vergiler bakımından özel ödeme zamanları için ayrıca bkz. VUK md. 112.

⁶⁹ Vergi hukukunda borçlar hukukundan farklı olarak ödeme zamanının belirlenmesi bakımından borç ilişkisinin taraflarının iradesinin geçerli olmadığı da ayrıca vurgulanmıştır. ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 153-154. Vergi borcunun muacceliyeti meselesi öğretide pek fazla tartışma konusu yapılmamış olmakla birlikte Şenyüz, Yüce ve Gerçek, takas işlemine ilişkin açıklamalarında borcun muaccel olmasının vadesinin gelmiş olmasına bağlamıştır. ŞENYÜZ / YÜCE / GERÇEK, *Vergi Hukuku*, s. 222. Karakoç ise takas işleminde mükellefin alacağının muaccel olması şartına ilişkin açıklamalarında, mükellefin idareden olan alacağının kesinleşmesi durumunda vadesi gelmemiş olsa dahi muaccel olma bakımından gerekli koşulun sağlandığını kabul ederek örtülü olarak muacceliyet ile vadeyi ilişkilendirmiştir. KARAKOÇ, s. 374-375; NAS, Adil: "Vergi Hukukunda Ödeme Zamanları ve Ödeme Zamanlarına Uyumunun Hukuki Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Sayı 12, s. 208.

⁷⁰ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 154.

⁷¹ Bir borç ilişkisinde borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi halinde borçlu temerrüde düşmüş sayılır. OĞUZMAN / ÖZ, s. 459.

⁷² ÇİTİL, Bünyamin: "Özel Hukukta Muacceliyet ve Temerrütün Vergi Hukukundaki Takas ve Tahsille Mukayesesi", *Sayıştay Dergisi*, 2018, Sayı 109, s. 189.

⁷³ Örneğin VUK'un 112. maddesinin ilk fıkrasına göre ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergiler taksit süreleri geçtikten sonra tahakkuk etmişse, geçmiş taksitler tahakkuk tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir. Bu durumda ödeme yapılması için tahakkuk tarihinden itibaren vergi mükellefine bir ay süre tanınmış olur. Bir aylık sürenin dolması ile borcun vadesi de dolmuş olacaktır.

⁷⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 313-314.

⁷⁵ Aksi yönde görüş için bkz. SABAN, Nihal: *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 160; KANETİ / EKMEKÇİ / GÜNEŞ / KAŞIKÇI, s. 203.

⁷⁶ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 153.

ancak vadeyle doğar. Borçlu vadeden önce borcunu ifa ederse, talep hakkı doğmadan borç ödenmiş olur⁷⁷. Tahakkuk eden vergi borcu bakımından da durum benzerdir. AATUHK'un 37. maddesine göre vergi borçları özel kanunlarında belirlenmiş olan zamanlarda ödenir ve ödeme süresinin son günü borcun vadesine karşılık gelir. Söz konusu borcun vadesi gelmeden önce vergi idaresi tarafından derhal ödeme yapılmasının talep edilebilmesi mümkün değildir. Ancak vergi mükellefi AATUHK'un 37. maddesi hükmü gereği rızaen borcunu vadesinden önce ödeyebilir. Dolayısıyla tahakkuk, borcun talep edilebilir hale gelmesinden yani muaccel olmasından ziyade vergi mükellefine kanunda tanınan ödeme süresinin başlangıcına denk gelir.

Vergi borcunun vergi idaresi tarafından cebren tahsil edilebilmesi için borcun vadesinin gelmesine rağmen vergi mükellefi tarafından rızaen ödeme yapılmamış olması gerekir⁷⁸. Beyana dayalı olarak tarh edilen vergilerde tahakkuk eden vergi borcunun vadesinin gelmesi ile borç muaccel olur ve ödeme yapmayan vergi mükellefi temerrüde düşer⁷⁹. Buna karşılık ikmalen, re'sen ve idarece tarh edilen ve tahakkuk eden vergi borçlarının muacceliyet kazanması için vergi ihbarnamesinin tebliği tek başına yeterli değildir. Bu hallerde muacceliyet bakımından AATUHK'un 37. maddesinin ikinci fıkrasında anılan vade bildirimini belirleyici olacaktır⁸⁰. Özetle vergi borcunun tahakkuku anında değil, vadesi geldiği anda muaccel olduğunun kabul etmek ve tahakkuk ile muacceliyet kavramları arasındaki ayrımı netleştirmek gerekir.

C. Verginin Tahakkuku ve Bir Güvence Önlemi Olarak İhtiyati Tahakkuk

İhtiyati tahakkuk AATUHK'un birinci kısmının, amme alacaklarının korunmasına ilişkin 2. bölümünde düzenlenir. Kanun'un ihtiyati tahakkuk başlıklı 17. maddesinde belirli şartların varlığı halinde vergi dairesi müdürünün yazılı talebi üzerine defterdar ve/veya vergi dairesi başkanı⁸¹ tarafından mükellefin henüz tahakkuk etmemiş vergi ve resimlerinden Maliye Bakanlığı⁸² tarafından tespit ve ilan edilecek olanların ve bunlara ilişkin zam ve cezaların derhal tahakkuk ettirilmesi konusunda yazılı bir emir verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Kamu alacaklarının tahsilini güvence altına alan önlemlerden biri olan ihtiyati tahakkuk, diğer önlemlerden farklı olarak yalnızca vergiler için uygulanır⁸³. Tahakkuk etmemiş bir vergi alacağının tahsilinin tehlikeye girmesi halinde takdiri olarak bu güvence önlemine başvurulabilir⁸⁴.

İhtiyati tahakkuk, defterdar veya vergi dairesi başkanının yazılı emrine yani icrai bir karara dayanan bir idari işlemdir⁸⁵. İhtiyati tahakkuk niteliği itibarıyla tarh işlemini de içinde barındıran bir tasarruftur⁸⁶. Vergilendirme sürecinde yer alan tahakkuk aşaması ise ihtiyati tahakkuktan farklı olarak kendisinden ayrı bir tarh işlemini takip eder. Bunun yanında tahakkuk, ihtiyati tahakkukun aksine idari işlem olma niteliğini haiz değildir.

⁷⁷ Alacaklının talep hakkını kullanması borcun ifasını talep etmesinin yanında bu talep yerine getirilmediğinde dava açılması ve cebri icra yoluna başvurulmasını de kapsar. OĞUZMAN / ÖZ, s. 14-16.

⁷⁸ KARAKOÇ, s. 529.

⁷⁹ ÇİTİL, s. 190.

⁸⁰ ÇİTİL, s. 190-191. *Çitil*, ikmalen, re'sen ve idarece tarh edilen vergilerde vergi mükellefinin borçlu sıfatına sahip olabilmesi için vergi incelemesi neticesinde mükellefe ihbarname tebliğ edilmesinin tek başına yeterli olmadığını, söz konusu ihbarnamenin içeriğinde borcun vadesinin yer almadığını, dolayısıyla borçluluğun bu aşamada yalnızca bir "iddia" düzeyinde olduğunu, ihbarnamenin tebliği üzerine tarh edilen vergilere karşı açılan davada yürütmenin İYUK'un 27. maddesinin 4. fıkrası uyarınca kendiliğinden dumasının da bunun bir göstergesi olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak *Çitil*, bu yolla tarh edilip tahakkuk eden vergi borcunun muacceliyet kazanması için AATUHK'un 37. maddesinin ikinci fıkrasına göre vade bildirimini yapılması ve ilgili sürenin dolması gerektiğini öne sürmektedir. ÇİTİL, s. 190-194.

⁸¹ 03.07.2024 tarihli ve 161 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile 01.09.2024 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere vergi dairesi başkanlıkları kapatılmıştır. Bunlar, buldukları ilin ismi ile defterdarlık ünvanı almış olup Gelir İdaresi Başkanlığına bağlı olarak mevcut görevlerine devam edeceklerdir.

⁸² 10.07.2018 tarihli ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Hazine Müsteşarlığı ile Maliye Bakanlığı birleştirilerek Hazine ve Maliye Bakanlığı adını almıştır.

⁸³ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 208.

⁸⁴ KARAKOÇ, s. 516-517.

⁸⁵ ŞENYÜZ / YÜCE / GERÇEK, *Vergi Hukuku*, s. 358; ÇELİK, S. Binnur: *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 82.

⁸⁶ ÇELİK, s. 83.

İhtiyati tahakkukun sonucu, mükellefin henüz tahakkuk etmemiş vergi, resim ve bunlara bağlı olan zam ve cezaların derhal tahakkuk ettirilmesi ve tahakkuk ettirilen miktar üzerinden ihtiyati haciz uygulanmasıdır. Bununla birlikte ihtiyati tahakkuk neticesinde kesin bir vergi borcu ortaya çıkmamaktadır. İhtiyati tahakkuk işlemi neticesinde tahakkuk eden kamu alacağı, gerçek ve son tahakkuk gerçekleştikten sonra ortadan kalkmakta, geçici bir özellik taşımaktadır⁸⁷.

III. VERGİ HUKUKUNDA TAHAKKUKUN HUKUKİ NİTELİĞİ

İdarenin vergi alması, birbirini izleyen birden çok işlemin yapılmasıyla gerçekleşen bir neticedir⁸⁸. Dolayısıyla tahakkukun hukuki niteliğine ilişkin açıklamaların yapılmasından önce vergilendirme sürecinde yer alan diğer işlemlerin ve aşamaların hukuki niteliklerinin de kısaca ortaya koyulmasında fayda vardır.

Her şeyden önce vergilendirme sürecinin başlayabilmesi, konusu, matrahı ve oranları kanunda belirlenmiş olan bir verginin mükellef aleyhine belirli bir borç olarak tecelli edebilmesi için bu mekanizmayı harekete geçirecek bir olaya yani vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesine ihtiyaç vardır⁸⁹. Vergiyi doğuran olay vergilendirme işleminin, daha açıklayıcı bir ifadeyle işlemler silsilesinin sebep unsurunu oluşturur⁹⁰. Vergiyi doğuran olay tamamen idare dışında gerçekleşmekle birlikte vergi borcunun ödetilmesine ilişkin idari işlemlerin yer aldığı süreci başlatır⁹¹.

VUK'un 19. maddesi hükmüne göre vergiyi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın gerçekleşmesi veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar. Vergiyi doğuran olay, bir diğer adıyla mükellefiyeti doğurucu hadise verginin türüne göre bir maddi veya hukuki fiil, hukuki durum veya işlem olarak ortaya çıkabilir⁹². Örneğin gelir vergisinde gelirin elde edilmesiyle vergiyi doğuran olay gerçekleşmiş olur. Bir ticaret erbabının satıcı sıfatıyla bir hukuki işlem niteliğinde olan satış sözleşmesine taraf olması durumunda, alacak hakkının doğumu ile birlikte tahakkuk eden satış bedeli kadar gelir elde ettiği kabul edilir. Zira GVK'da ticari ve zirai kazançların "elde edilmesi" bakımından tahakkuk esası kabul edilmekte, borç ifa edilmemiş olsa dahi alacak hakkının doğması gelirin elde edilmesi bakımından yeterli sayılmaktadır⁹³. Ele alınan örnekte olduğu gibi vergi borcunun doğumu bir hukuki işlem sonucunda meydana geliyor olabilir. Bununla birlikte vergiyi doğuran olay bir hukuki işlemin yapılması neticesinde ortaya çıkabilecek olsa da onun kendi başına bir işlem niteliğinde olmadığı kabul edilmelidir.

Vergilendirme sürecinde vergi idaresinin rolü de göz önünde bulundurulduğunda pek çok idari işlem karşımıza çıkmaktadır. VUK'un 20. maddesi hükmüne göre verginin tarihi vergi alacağının vergi dairesi tarafından hesaplanarak alacağın miktarı itibarıyla tespit edildiği bir idari işlemdir. Vergi borcunun tebliği uygulamaya ilişkin idari işlemlerdendir⁹⁴. Verginin tahsili de vergilendirme sürecinde yer alan ayrı bir idari işlemdir⁹⁵.

⁸⁷ ÇELİK, s. 82-83.

⁸⁸ ÖZAY, İl Han: *Gümrükte Yönetim*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 641.

⁸⁹ FEYZİOĞLU, Bedi Necmeddin: "Mükellefiyeti Doğurucu Vakıa", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1952, Cilt 7, Sayı 1, s. 52.

⁹⁰ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 107.

⁹¹ ÖZAY, s. 641-642.

⁹² FEYZİOĞLU, s. 58.

⁹³ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 313.

⁹⁴ KARAKOÇ, s. 223; ÖZAY, s. 643. Teyit edici idari işlemlerden olan tebligat işlemi, kendisinden önce yapılan bir işlemi takip eden, onu teyit eden, onu hatırlatan işlemlerdendir. İcrai nitelikte bir işlem değildir. GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku Cilt 1*, 3. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2019, s. 816-817.

⁹⁵ VUK'un 23. maddesinde yer alan tanım göre tahsil verginin kanuna uygun biçimde ödenmesidir. Bu tanım tahsilin bir idari işlem mi yoksa eylem mi olduğunu açık biçimde ortaya koyamamaktadır. ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 134. Tahsil aşamasında vergi mükellefinin ödemede bulunması eyleminin karşısında vergi dairesinin ödemeye ilişkin belgeleri düzenleme biçiminde bir yazılı işlemi mevcut olur. İdarenin bu yazılı işlemi vergi borcunun sona erdiğini ispatlayan bir "eylem-işlem" niteliğindedir. KARAKOÇ, s. 242.

Bu aşamada vergilendirme sürecinde yer alan işlemlerin zincir işlem ve ayrılabilir işlem kuramları bakımından da değerlendirilmesinde fayda vardır. Zincir işlemler, nihai bir idari işlemin oluşturulabilmesi amacıyla birbiri ardına gelen işlemlerdir. Zincir işlemi oluşturan halka işlemler nihai işlemin aşamaları olarak kabul edilir⁹⁶. Bununla birlikte zincir işlemin halkalarının nihai işlemin bir parçası, bir unsuru olduğu ve halka işlemlerde var olduğu düşünülen hukuka aykırılıkların yalnızca nihai işleme karşı açılacak davada öne sürülebileceği görüşleri zamanla terk edilmiş ve ayrılabilir işlem kuramı ön plana çıkmıştır⁹⁷. Kesin ve yürütülmesi gereken nihai idari işlem ortaya çıkana kadar, biri diğerinin sebep unsuru olan bir dizi zincir işlem yapılabilir. Ayrılabilir işlem kuramına göre söz konusu işlemde zincirden ayrılabilen halkalar, nihai işlemde bağımsız olarak davaya konu edilebilir⁹⁸. Zincirden ayrılabilmenin koşulu ise son halkadan, yani nihai işlemde bağımsız olarak hukuk düzeninde bir değişiklik meydana getirebilme kabiliyetidir. Söz konusu işlemlerin, kendisini takip eden işlemlerin sebep unsuru olmaktan başka sonuçlarının da bulunması gerekir⁹⁹.

Zincir işlemlere örnek vermek gerekirse; cebren tahsil aşamasında ihtiyati tahakkuk, ihtiyati haciz, teminat, ödeme emrinin düzenlenmesi, haciz, satış veya teminatın paraya çevrilmesi birer idari işlem olarak bir zincirin halkaları görünümünde gerçekleşir. Burada nihai işlem tahsildir¹⁰⁰. Daha somut bir örnekle, AATUHK'a göre ödeme emrinin düzenlenebilmesi için tahakkuk etmiş ancak vadesinde ödenmemiş bir kamu alacağının varlığı, haciz işleminin tesis edilebilmesi için usulüne uygun tebliğ olunmuş bir ödeme emri, haczedilen malın satışının yapılabilmesi için ise usulüne uygun yapılmış bir haciz işleminin bulunması gerekir. Bu durumda tarh işlemi¹⁰¹ ödeme emrinin, ödeme emri haczin, haciz ise satışın sebebinin oluşturan zincirlerdir. Her bir işlem zincirden ayrılarak bağımsız biçimde idari davaya konu edilebilir¹⁰².

Sonuç olarak vergilendirme sürecinde yer alan her bir aşama gibi verginin tahakkukunun da hukuki niteliğinin, bir idari işlem niteliğinde olup olmadığının irdelenmesi ve gerekçeleriyle ortaya koyulması gerekmektedir. Bunun için öncelikle bir idari işlemin taşıması gereken niteliklerin ele alınması şarttır.

A. İdari İşlemin Tanımı ve Özellikleri

İdari işlem en temel tanımıyla idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarıdır¹⁰³. İdari işlemlerin en temel iki unsuru idarenin yaptığı bir irade açıklamasının bulunması ve buna bağlanan bir hukuki sonucun mevcut olmasıdır¹⁰⁴. İdarenin bir hukuki işlemine idari işlem olma vasfını kazandıran, onu özel hukuk işlemlerinden ayıran asıl nokta ise idari işlemin kamu gücü ayrıcalıklarına dayanmasıdır¹⁰⁵.

İdari işlemlerin ayırt edici özelliklerinin icrailik, re'sen icra edilebilirlik ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanma olduğu kabul edilmiştir. İdari işlemin icrai nitelikte olması, idarenin tek taraflı

⁹⁶ SEZGİNER, Murat: *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 56-57.

⁹⁷ SEZGİNER, s. 57.

⁹⁸ CANDAN, s. 90.

⁹⁹ Örneğin ödeme emrinin düzenlenmesinin tek sonucu haciz işleminin uygulanması değildir. Ödeme emrinin bunun dışında mal bildiriminde bulunmaya zorlanma, tazyik hapsi uygulanması gibi bağımsız sonuçları da vardır. CANDAN, s. 91.

¹⁰⁰ AĞAR, Serkan: "Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem - II", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, Sayı 68 (II), s. 387.

¹⁰¹ CANDAN, s. 90; AĞAR, II, s. 387. Metinde yer alan "tarh işlemi" ifadesi esasında Candan tarafından "tahakkuk" şeklinde kullanılmıştır. Ancak aynı hususa değinirken yine Candan'a atıfta bulunan AĞAR'ın tercih ettiği yoldan esinlenilerek bu ifadenin "tarh işlemi" olarak değiştirilmesi uygun görülmüştür. Zira tahakkukun bir idari işlem olmadığı ve zincirden ayrılabilen bir işlem olduğu kabul edilerek idari davaya konu edilemeyeceği görüşünü benimsemekteyiz.

¹⁰² CANDAN, s. 90.

¹⁰³ Bununla birlikte idarenin her işleminin idari işlem niteliğinde olmadığı ve özel hukuk tüzel kişilerince gerçekleştirilen birtakım işlemlerin de idari işlem niteliğinde olduğu unutulmamalıdır. GÖZLER, s. 759.

¹⁰⁴ GÖZLER, s. 719.

¹⁰⁵ GÖZLER, s. 763. Kamu gücü ayrıcalıkları; tek yanlı işlemler yapma yetkisi, re'sen icra, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma, kamu alacaklarının ayrı bir usulle tahsili, bir uyumsuzluğun idari yargıya tabi olması gibi idarenin sahip olduğu ayrıcalıklardır. GÖZLER, s. 98-99.

olarak açıkladığı irade beyanının karşı tarafın rızasına gerek olmaksızın hukuki sonuç doğurabilmesi demektir¹⁰⁶. İdari işlemin re'sen icra edilebilir olması ise idarenin aldığı kararı başka bir mekanizmaya ihtiyaç duymaksızın bizzat kendisinin icra edebilmesi yani kararın hukuki sonuçlarını maddi sonuçlara dönüştürebilmesidir¹⁰⁷. İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması ise tek yanlı olarak idare tarafından alınan kararın bir yargı kararı ile iptal edilene kadar hukuka uygun olduğunun varsayılması ve kararın gereklerinin icrasına devam edilmesidir¹⁰⁸.

Bir hukuki işlemin idari işlem olup olmadığının ortaya koyulması, o işlem bakımından uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ve söz konusu işlemde doğacak uyuşmazlıkların çözümü bakımından önem taşır. Her şeyden önce idari işlemler özel hukuka değil idare hukukuna tabidir. Bunun yanında bir idari işleme ilişkin bir uyuşmazlık söz konusuysa bu uyuşmazlık idari yargının görev alanına girer¹⁰⁹.

B. Vergi Hukukunda Tahakkukun İdari İşlem Teorisi Bağlamında Hukuki Niteliği

Vergilendirme sürecinde yer alan aşamalardan biri olan ve VUK'un 22. maddesinde "*Tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken safhaya gelmesi*" şeklinde tanımlanan tahakkukun, tarh ve tahsil işlemlerinin aksine ayrı bir idari işlem niteliği taşımadığı kabul edilmektedir¹¹⁰. Çünkü tahakkuk vergi borcunun ödenecek aşamaya geldiğini ifade eden bir durum, bir saptamadır¹¹¹. Tahakkuk aşaması kendiliğinden gerçekleşen bir olgu olan "ödeme durumuna gelme"yi ifade eder¹¹². Tahakkuk bir aşama olarak, vergi idaresi veya vergi mükellefi herhangi bir işlem yapmasa dahi gerçekleşen "pasif" bir süreçtir¹¹³. Dolayısıyla tahakkuk vergilendirme sürecinde yer alan işlemlerden biri olmayıp esasen hiçbir idari muameleye veya tasarrufa gerek olmaksızın kendiliğinden gerçekleşen bir olgudur¹¹⁴.

VUK'un 20. maddesinde verginin tarhının vergi alacağının vergi kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak söz konusu alacağı miktar itibarıyla tespit eden bir "idari muamele" olduğu vurgulanmıştır. 22. maddede yer alan tahakkuka ilişkin tanımda böyle bir tespit bulunmaması da tahakkukun bir idari işlem değil, kendiliğinden gerçekleşen bir durum olduğunun anlaşılması bakımından önem arz eder. Ayrıca ilgili hüküm halihazırda tahakkuk işleminin mahiyetini açıkça göstermektedir¹¹⁵. Buna göre "*Verginin tahakkuku, tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir 'safhaya' gelmesidir.*". Kanun koyucu tarafından "ödenmesi gereken safhaya gelme" ifadesinin tercih edilmesi, bu durumun kendiliğinden gerçekleştiğine işaret eder. Kimi zaman karşılaşılan "verginin tahakkuk ettirilmesi" ifadesi ise bu aşamanın idare tarafından girilen bir işlem neticesinde meydana geldiği izlenimini uyandırmakta olan hatalı bir ifade biçimidir¹¹⁶. Buna ek olarak tahakkukun tarh ve tahsil ile birlikte bir işlem olarak zikredilmemesi gerekir. Tahakkuk ile birlikte kullanılması gereken ifadeler daha ziyade aşama, safha olmalıdır.

¹⁰⁶ Ancak idarenin her türlü işlemi icrai nitelikte değildir, ilgililerin hak ve yükümlülükleri üzerinde doğrudan bir etki göstermez. Bir idari işlemin icrai nitelikte olmamasının en önemli sonucu bu işlemlere karşı iptal davası açılmasının mümkün olmamasıdır. GÖZLER, s. 777-778.

¹⁰⁷ GÖZLER, s. 779.

¹⁰⁸ GÖZLER, s. 781.

¹⁰⁹ GÖZLER, s. 764.

¹¹⁰ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 131; BİLİCİ, Nurettin / SABAN, Nihal / ÜYÜMEZ, Mustafa Erkan / BAŞARAN YA-VAŞLAR, Funda / BAYRAKLI, Hasan Hüseyin / YALTI, Billur: *Vergi Hukuku*, 3. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2015, s. 52; ŞENYÜZ / YÜCE / GERÇEK, *Vergi Hukuku*, s. 211-212; KARAKOÇ, s. 232; OKTAR, S. Ateş: *Vergi Hukuku*, 12. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 133; SABAN, s. 160; ULUATAM, Özhan / METHİBAY, Yaşar: *Vergi Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 1999, s. 122; TAŞKAN, s. 159.

¹¹¹ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 131.

¹¹² KIZILOT, Şükrü / ŞENYÜZ, Doğan / TAŞ, Metin / DÖNMEZ, Recai: *Vergi Hukuku*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 180.

¹¹³ BATI, Murat: *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 224.

¹¹⁴ AĞAR, Serkan: "Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem - I", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 67 (I), s. 299-300.

¹¹⁵ NADAROĞLU, s. 247.

¹¹⁶ VUK'un vergi ziyasına ilişkin 341. maddesi başta olmak üzere toplam 8 farklı hükmünde "verginin tahakkuk ettirilmesi" ifadesine rastlanmaktadır. Bunun yanında Kanun'un 111. ve mükerrer 49. maddelerinde "tahakkuk işlemi" ifadesi kullanılmıştır.

Öğretide sıklıkla kabul edilen görüşün aksine tahakkuku bir idari işlem olarak ele alan görüşler de mevcuttur¹¹⁷. Bir görüşe göre hukuki anlamda tahakkuk, hazırlanan hesapların yetkili bir memurun kararıyla belirli bir tutarı ihtiva eden kesin bir para borcuna dönüşmesidir. Yetkili memurun icrai nitelikteki kararı ile vergi borcu doğmuş, devletin vergi alacağı belirli ve tahsil edilmesi gereken duruma gelmiş olur. Söz konusu görüşe göre tahakkuk kavramı tarhtan daha geniş bir kavramdır. Tarh bu süreçte tahakkuk icrai kararını hazırlayan bir işlem olarak yer alır¹¹⁸. Bir başka görüşe göre ise tahakkuk, idare bakımından bir alacak, özel kişiler bakımından ise bir borç doğuran idari ve icrai bir işlemdir. İdare, tahakkuk idari işlemi ile vergi alacağını hesaplar¹¹⁹.

Her şeyden önce tahakkukun gerçekleşmesi idari işlemlerin bir irade açıklaması olması niteliğiyle uyuşmaz. Tahakkuk bazı koşullarda tamamıyla vergi mükellefinin tarh edilen vergiye karşı dava açıp açmamasına dayalı olarak, kendiliğinden ortaya çıkan bir sonuçtur¹²⁰. İdarenin bu hususta bir beyanı, hatta beyan edilebilecek bir iradesi söz konusu değildir. Tahakkuk icrai niteliğe de sahip değildir. İcrai niteliğe sahip olan işlem, tahakkuktan önceki aşamada gerçekleştirilen tarh işlemidir. Tarh işlemi ile vergi borcu mükellefin bu yönde bir iradesi olup olmadığına bakılmaksızın vergi idaresi tarafından hesaplanır.

Tahakkukun kamu gücü ayrıcalığına dayandığı da söylenemez¹²¹. Çünkü tahakkuk idarenin tek yanlı işlem yapma yetkisine dayanılarak gerçekleştirilen bir işlem değil, vergi mükellefinin tarh işlemine karşı dava açmaması veya dava açması halinde ilk derece mahkemesinin davayı ret kararı üzerine kendiliğinden meydana gelen bir durumdur. Tahakkukun re'sen icrası mümkün değildir. Tahakkuk eden borcun ancak vadesinde ödenmemesi halinde idarenin cebri icra yöntemlerine başvurması mümkündür. Benzer biçimde tek başına tahakkuk eden borç hakkında değil, tahakkuk etmesine rağmen vadesinde ödenmeyen borç hakkında kamu alacaklarına özgü usulle tahsilat gerçekleştirilebilir.

Tahakkukun tespit edici bir idari işlem veya idarenin zımni bir kararı olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Öncelikle tahakkuk, tarh işlemine dayanıyor olsa da sırf bu yüzden tespit edici bir işlem olduğu söylenemez¹²². Vergi alacağının doğumu vergiyi doğuran olaya bağlıdır. Tahakkuk değil tarh işlemi vergiyi doğuran olay ile ortaya çıkan vergi borcunun miktarını bildiren, tespit edici bir işlemdir¹²³. Tahakkuk kendiliğinden gerçekleştiği için idarenin zımni kararı da sayılamaz. Çünkü zımni bir karardan söz edilebilmesi için bir başvurunun bulunması ve idarenin bu başvuru üzerine sessiz kalması gerekir. Tahakkuk bakımından ise böyle bir sürecin işlediğinden söz edilemez¹²⁴. Zımni kararlarda idare iradi biçimde hareket-siz kalıp susarken¹²⁵ tahakkukta idarenin iradesinin dahi varlığından söz edilemez.

Tahakkukun bir idari işlem niteliğinde olmadığı, idari işlem tanımına uygun düşmediği ve idari işlemin niteliklerine sahip olmadığı düşünüldüğünde öğretilerdeki bahsedilen görüşlere katılmak mümkün değildir. Sonuç olarak tahakkuk verginin kesinleşmesinden ve muaccel olmasından farklı olarak hukuk sistemimizde var olan kendine özgü bir aşamadır. Bu aşamada vergi borcu, yeterince olgunlaştığı, belirginleştiği varsayımıyla kesinleşmesinden önce ödenebilecek aşamaya gelir. Vergi idaresinin vergi borcu kesinleşmeden önce alacağına kavuşabilmesi ve vergi mükellefinin de bu aşamadan önce hukuki yollara başvuru imkânının bulunması göz önünde bulundurulduğunda tahakkukun varlığı gerekli ve kıymetli bir aşama olduğu rahatlıkla söylenebilir.

¹¹⁷ *Gözler*, subjektif idari işlemler arasında tarh ve tahakkuk işlemlerini saymış, tarhla birlikte tahakkuku da bir idari işlem olarak kabul etmiştir. GÖZLER, s. 789. *Candan*, tahakkuku tahsile bağlı vergilerde tahakkuk işleminin hukuka aykırılığının saptanarak iptalinden bahisle tahakkuku bir idari işlem olarak nitelendirmiştir. CANDAN, s. 229.

¹¹⁸ TUNCER, *Vergi Hukuku ve Uygulaması*, s. 147-149; TUNCER, *Kamu Maliyesi*, s. 198-199.

¹¹⁹ GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman: *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 992.

¹²⁰ TAŞKAN, s. 159.

¹²¹ TAŞKAN, s. 159.

¹²² TAŞKAN, s. 159.

¹²³ ÖNCEL / ÇAĞAN / KUMRULU / GÖKER, s. 109.

¹²⁴ TAŞKAN, s. 159.

¹²⁵ GÖZLER, s. 799.

SONUÇ

Vergilendirme sürecinde yer alan bir aşama olan tahakkuk, tarh ve tebliğ edilen verginin ödenmesi gereken safhaya gelmesidir. Vergi borcunun ödeme zamanının belirlenmesi, tahsil edilecek gecikme faizi tutarının hesaplanması, ziyaa uğratılan verginin tespiti gibi hususlar verginin tahakkuku ile bağlantılıdır. Dolayısıyla verginin tahakkukunun benzer kavramlardan farkının ortaya koyulması verginin hangi anda tahakkuk ettiğinin doğru biçimde tespit edilmesi önem taşımaktadır.

Vergi idaresinin ve mükellefin sahip olduğu haklar göz önünde bulundurulduğunda Türk vergi hukukunda borcun kesinleşmesinden ayrı olarak bir tahakkuk aşamasına da yer verilmiş olması oldukça yerindedir. Tahakkuk eden vergi borcu aleyhine başvurulabilecek herhangi bir hukuki yol kalmadığında yani olağan kanun yolları tüketildiğinde borç kesinleşmiş olur. Mükellefin tarh edilen vergi borcuna karşı dava açma yoluna başvurması halinde, vergi borcu çoğunlukla kesinleşmesinden önceki bir aşamada tahakkuk eder. Mükellef bakımından, tarh edilen vergiye karşı yargısal yollara başvurulduğunda ilk derece mahkemesinin kararına kadar vergi borcu tahakkuk etmez, ödenmesi gereken safhaya gelmez. Vergi idaresi bakımından değerlendirme yapıldığında ise kanun yollarının tüketilip vergi borcunun kesinleşmesi beklenmeden vergi borcu tahakkuk eder. Bu sayede idarenin alacağına geç kavuşmasının önüne geçilmiş olur. Vergi borcunun tebliği ile kesinleşmesi arasında yer alan tahakkuk aşamasında yeterince olgunlaştığı kabul edilen vergi borcu, hukuki bir denetimden geçtikten sonra fakat çoğunlukla kesinleşmesinden önce ödenebilecek aşamaya gelmektedir. Bu faydalı işlevi dolayısıyla tahakkukun kesinleşmeye karşılık gelmesi gerektiğine yönelik görüşlere katılmak mümkün değildir.

Mevzuatta vergi borcunun muacceliyetine tahakkuk ve vadeden ayrı olarak yer verilmiştir. Ancak tahakkuk ve vadenin aksine mevzuatta muacceliyete ilişkin herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Vergi borcunun ne zaman muacceliyet kazandığı öğretide tahakkuk veya vade yardımıyla açıklanmaktadır. Ancak kanun koyucu ayrı ayrı tahakkuk, vade ve muaccel olma ifadelerine yer vermeyi tercih ettiğine göre, bunlara hangi anlamı yüklediğini de açıklamalıdır. Fikrimizce vergi borcu vadesinde muaccel olmaktadır. Ancak gerek vadeye gerekse tahakkuka karşılık gelsin, birbiri ile aynı anlama gelen iki farklı kavramın birbirinden ayrı olarak kullanılması yerinde değildir. AATUHK’da vergi borcunun ne zaman muaccel olduğuna yani vergi idaresi tarafından talep edilebilir hale geldiğine ilişkin açık bir tanımın yapılmasına ihtiyaç vardır.

Yapılan açıklamalar doğrultusunda kesinleşme ve muacceliyetten farklı bir kavram olarak tahakkukun, vergi borcunun mevcut koşullar altında doğru, hakiki olduğu varsayılabilir biçimde ortaya çıkarak ödenmesi gereken safhaya gelmesi şeklinde tanımlanması mümkündür. Tahakkuka ilişkin çözümlenmesi gereken bir diğer mesele ise, tahakkukun idari işlem niteliğini haiz olup olmadığıdır.

Vergi icra hukukuna ait bir kurum olan ihtiyati tahakkukun bir idari işlem olduğu açıktır. Ancak vergilendirme sürecinde vergi borcunun tahakkuku idarenin bir işlemi üzerine değil, kendiliğinden gerçekleşen bir aşamadır. Mevzuatta ve öğretide karşılaşılan “tahakkuk ettirme”, “tahakkuk işlemi” ve benzeri ifadeler, tahakkukun idari işlem olduğu yönünde yanlışlığa düşülmemesi bakımından kullanılmaması arzu edilebilecek olan ifadelerdir.

İdari işlem teorisi bağlamında değerlendirildiğinde, tahakkukun idarenin iradesinden bağımsız olarak gerçekleştiği, bir irade açıklamasının bulunmadığı görülmektedir. Aksine, mükellefin dava açmama yönündeki iradesine veya ilk derece mahkemesinin kararına göre vergi tahakkuk etmektedir. Bunun yanında tahakkuk icrai niteliğe sahip değildir, kamu gücü ayrıcalıklarına dayanmaz. İdari işlemlerin bu niteliklerini taşımadığı için tahakkukun tespit edici bir idari işlem veya idarenin zımni bir kararı olduğu söylenemez. Tahakkukun idari işlem olmamasının sonucu ise idari işlemlerin aksine tek başına verginin tahakkukuna karşı dava açılmayacak olmasıdır. Ancak ve ancak tahakkuk etmiş veya tahsil edilmiş bir vergi borcu terkin edildiğinde tahakkukun hukuki sonuçları ortadan kalkacaktır.

KAYNAKÇA

- AĞAR, Serkan: “Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem - I”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 67, s. 285-316 (I).
- AĞAR, Serkan: “Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem - II”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, Sayı 68, s. 360-392 (II).
- AKGÜL YILMAZ, Gülay: *Kamu Maliyesi*, 4. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2013.
- AKIN BASA, Yeliz Neslihan: *Vergi Hukukunda Tahakkuk*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2023.
- BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: *Vergi Ödevi İlişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü (Hukuk Devleti Bakış Açısıyla)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- BATI, Murat: *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BENLİGİRAY, Yılmaz / ERDOĞAN, Nurten: *Genel Muhasebe*, 5. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2020.
- BİLİCİ, Nurettin / SABAN, Nihal / ÜYÜMEZ, Mustafa Erkan / BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda / BAYRAKLI, Hasan Hüseyin / YALTI, Billur: *Vergi Hukuku*, 3. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2015.
- BLACK, Henry Campbell: *Law Dictionary*, 6. Baskı, West Publishing, Minnesota, 1990.
- CANDAN, Turgut: *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ÇELİK, S. Binnur: *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ÇİTİL, Bünyamin: “Özel Hukukta Muacceliyet ve Temerrütün Vergi Hukukundaki Takas ve Tahsille Mukayesesi”, *Sayıştay Dergisi*, 2018, Sayı 109, s. 183-202.
- ERCAN, Hüseyin: “Tahakkuk Esaslı Devlet Muhasebe Sisteminin Yeni Kamu Mali Yönetimi Açısından Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 39, s. 983-1000.
- FEYZİOĞLU, Bedi Necmeddin: “Mükellefiyeti Doğurucu Vakıa”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1952, Cilt 7, Sayı 1, s. 52-89.
- GERÇEK, Adnan: “Yürütmenin Durdurulması Müessesesinin Vergileme İşlemleri Üzerindeki Etki ve Sonuçları”, *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, 2002, Sayı 41, s. 117-138.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman: *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2012.
- GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku Cilt 1*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- GÜNEŞ, Gülsen: *Verginin Yasallığı İlkesi*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- KALENDEROĞLU, Mahmut: *Kamu Maliyesi - Bütçe ve Borçlanma*, 17. Baskı, Agon Bilgi Akademisi, Ankara, 2017.
- KANETİ, Selim / EKMEKÇİ, Esra / GÜNEŞ, Gülsen / KAŞIKCI, Mahmut: *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- KARAKOÇ, Yusuf: *Genel Vergi Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- KIZILOT, Şükrü / ŞENYÜZ, Doğan / TAŞ, Metin / DÖNMEZ, Recai: *Vergi Hukuku*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006.
- MUTLUER, M. Kamil: “Vergi Usul Kanunu’nun Şumulü”, *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, 1969, Cilt 5, Sayı 2, s. 297-313.
- NADAROĞLU, Halil: *Kamu Maliyesi Teorisi*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1992.
- NAS, Adil: “Vergi Hukukunda Ödeme Zamanları ve Ödeme Zamanlarına Uyulmamasının Hukuki Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Sayı 12, s. 207-229.
- NAZİMÂ, Ali / REŞAD, Faik: *Mükemmel Osmanlı Lügati*, 2. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2005.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- OKTAR, S. Ateş: *Vergi Hukuku*, 12. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2017.

- ÖNCEL, Mualla / ÇAĞAN, Nami / KUMRULU, Ahmet / GÖKER Cenker: *Vergi Hukuku*, 33. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2024.
- ÖZAY, İl Han: *Gümişğında Yönetim*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- PARLATIR, İsmail: *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, 2. Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara, 2009.
- PELİN, İ. Fazıl: *Finans İlmî ve Finansal Kanunlar*, 2. Baskı, Güven Basımevi, İstanbul, 1942.
- SABAN, Nihal: *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- SAYAR, Nihad S.: *Kamu Maliyesi Cilt: I - Kamu Gider ve Gelirleri Prensipleri*, 4. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1970.
- SEVİLENGÜL, Orhan: *Genel Muhasebe*, 19. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.
- SEYİDOĞLU, Halil: *Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük*, 3. Baskı, Güzem Can Yayınları, İstanbul, 2002.
- SEZGİNER, Murat: *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- ŞAFAK, Ali: *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 4. Baskı, Selim Kitabevi, Ankara, 2002.
- ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE, Mehmet / GERÇEK, Adnan: *Türk Vergi Sistemi*, 19. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2022 (Türk Vergi Sistemi).
- ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE, Mehmet / GERÇEK, Adnan: *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020 (Vergi Hukuku).
- TAŞDELEN, Aziz: "Vergi Alacağıın Tahakkuku: Bir Aşama Ve Bir İşlem", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt 56, Sayı 1, s. 279-312.
- TAŞKAN, Yusuf Ziya: "Vergi Borcunun Tahakkuku ve Kesinleşmesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, 2005, Sayı 200, s. 157-166.
- TUNCER, Selahattin: *Kamu Maliyesi*, 2. Baskı, Yalkın Ofset Matbaası, İstanbul, 1971 (Kamu Maliyesi).
- TUNCER, Selahattin: *Vergi Hukuku ve Uygulaması*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003 (Vergi Hukuku ve Uygulaması).
- ULUATAM, Özhan / METHİBAY, Yaşar: *Vergi Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 1999.
- YELBAŞI, Cengiz: *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Sim Matbaacılık, Ankara, 2014.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.



Reklam ve Çocuk: Uluslararası Hukuk ile Türk Hukukunda Çocuklara Yönelik Reklam Düzenlemelerine İlişkin Değerlendirmeler^(*)



*Advertisement and Children: Evaluations on Regulations on
Advertising to Children in International and Turkish Law*

Ece ATAK



Avukat, Doktora Öğrencisi

Eskişehir Barosu

Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Reklam,
Çocuk,
Hedef Kitle,
Reklam Düzenlemeleri,
Mevzuat,
Uluslararası Hukuk,
Türk Hukuku.

Keywords

Advertisement,
Children,
Target Group,
Advertising
Regulations,
Legislation,
International Law,
Turkish Law.

Öz

Reklam; bir ürünü, hizmeti veya etkinliği tanıtan kamuya açık bir ortamda yapılan duyuru veya bildiridir. Ticaretin gelişmesiyle birlikte ürün çeşitliliğinin artmış olması reklamın önemini de arttırmıştır. Zira üreticiler kendi ürün, hizmet veya etkinliğinin diğerlerinden daha fazla satın alınmasını isterler. Bu yüzden reklam yoluyla tüketicileri etkilemeye çalışırlar. Hem bugünün hem de geleceğin tüketicileri olan çocuklar ise çoğunlukla hedef kitle olarak seçilir. Çocukların, yetişkinlere oranla daha kolay etki altına alınabilmeleri reklamverenlerin onları hedef kitle olarak seçmeleri açısından önem taşımaktadır.

Hayatın her alanında reklama maruz kalan çocuklar bazen reklamlardan olumsuz etkilenebilmektedir. Çocukları reklamın olumsuz etkilerinden korumak için çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler hem uluslararası hukukta hem de Türk hukukunda yer almaktadır. Bu çalışma kapsamında önce reklam kavramı ve reklamın unsurları ele alınarak reklam ve çocuk ilişkisi incelenecektir. Bunun akabinde uluslararası hukuk ve Türk Hukukunda çocuklara yönelik reklam düzenlemeleri hakkında bilgi verilerek Türkiye'deki uygulamadan örneklerle bunlar değerlendirilecektir.

Abstract

Advertisement is a notice or announcement in a public medium promoting a product, service or event. With the development of trade and the increase in product diversity, the importance of advertisement has also increased. Because manufacturers request their product, service or event to be purchased more than others. That's why they try to influence consumers through advertising. Children, who are the consumers of both today and the future, are often chosen as the target audience. The fact that children could be influenced more easily than adults is important in terms of choosing them as the target audience by advertiser.

Children who are exposed to advertising in every aspect of life could be negatively affected by advertising sometimes. Various regulations have been made to protect children from the negative effects of advertising. These regulations are included in both international law and Turkish law. Within the scope of this study, the relationship between advertising and children will be examined by first considering the concept of advertising and the elements of advertising. Following this, information will be provided on advertising regulations targeting children in international and Turkish law, and the regulations will be evaluated with examples from the practice in Turkey.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.
Gönderim Tarihi: 29.10.2024, Kabul Tarihi: 29.12.2024.

GİRİŞ

Toplumda bulunan her bireyin kaçınılmaz olarak maruz kaldığı bir pazarlama aracı olan reklâmın önemi ve değeri gün geçtikçe artmaktadır. Reklam, geniş kitlelere ulaşabilme ve onlarda algı oluşturma özelliğine sahiptir. Bu yüzden reklamverenler, kendi mal veya hizmetlerinin diğerlerinden ayrılabilmesi için reklam kavramı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Reklamda reklâmın içeriğine, reklamda kullanılan renklere veya müziklere gibi birçok unsura dikkat edilmektedir. Reklamın çok yönlülüğü sadece teknik özellikleri açısından değil aynı zamanda toplumsal hayatta insanlar üzerindeki etkileri açısından da geçerlidir. Reklamın temel amacı reklamla tanıtılan bir mal veya hizmetin tüketici nezdinde satın alma isteği uyandırarak mal veya hizmetin satın alınmasını sağlamaktır. Reklam bir kişide o malı veya hizmeti satın alma isteği uyandırırken başka bir kişinin ilgisini dahi çekmeyebilir. Bu yüzden reklamverenler “hedef kitle” belirleyerek kendi mal veya hizmetine alabilecek olan bireylere ulaşmaya çalışırlar.

Reklamverenler, mal veya hizmetlerinin uzun süre satın alınmasını istediği için bugünün etkili faktörü ve yarının tüketicisi olarak kabul edilen çocukları hedeflemektedir. Çocuklar yetişkinlere oranla reklamlardan daha çok ve kolay bir şekilde etkilenebilmektedir. Bunu bilen reklamverenler, çocukları hedef alan reklamlar yaparak doğrudan veya onlara reklamlarda yer vererek dolaylı olarak reklam sektörüne dâhil etmektedir. Çocukların kolay yönlendirebilmeleri sebebiyle zarar görmelerinden dolayı hem ulusal hukukta hem de uluslararası hukukta reklamlar açısından çocukları korumaya yönelik birtakım düzenlemeler yapmıştır. Özellikle teknolojik gelişmeler ışığında çocukların daha çok korunması gereken günümüzde bu düzenlemelerin uygulanması ve uygulatılması büyük önem taşımaktadır.

Bu çalışmanın amacı, reklam ve çocuk ilişkisini göz önünde bulundurarak hem uluslararası hukuk hem de Türk hukuk sisteminde çocuklara yönelik reklam düzenlemelerinin neler olduğunun açıklanması ve bu düzenlemelerin Reklam Kurulu kararlarında kapsamında değerlendirilmesidir.

I. REKLAMIN TANIMI, UNSURLARI İLE REKLAM VE ÇOCUK İLİŞKİSİ

A. Reklamın Tanımı

Reklam, hem mevzuatta hem de doktrinde birçok kez tanımlanmıştır. Örneğin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da¹ (TKHK) reklam reklamverenlerin ticaret, iş, sanat ya da bir meslekle bağlantılı olarak bir mal veyahut hizmetin satılmasını ya da kiralanmasını sağlamak veya ikna etmek ve mal veyahut hizmet hakkında bilgilendirmek amacıyla herhangi bir mecrada yayınlanan pazarlama iletişimi vasfı taşıyan duyuru olarak tanımlanmıştır (TKHK m. 61/1). Bu duyurular yazılı, görsel veya işitsel ve benzeri yollar kullanılarak hedef kitlelere ulaştırılabilir. Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin² 3/1-ı maddesi³ ile Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği⁴ 4/1-n maddesinde⁵ de bu tanım aynı şekilde yer almıştır⁶. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da⁷ ise ticaret, iş, sanat ya da bir meslekle bağlantılı olarak gerçek ve tüzel kişi tarafından taşınmazlar, hak ve yükümlülükler de dâhil edilerek mal ya da hizmetlerin temin edilmesini teşvik etme, bir amacı ya da düşünceyi birçok kimseye duyurmak ya da başka etkiler oluş-

¹ 07.11.2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmî Gazete.

² 03.07.2014 tarihli ve 29049 sayılı Resmî Gazete.

³ “Ticari reklam: Ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışı ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruları... ifade eder.”

⁴ 10.01.2015 tarihli ve 29232 sayılı Resmî Gazete.

⁵ “Ticari reklam: Ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak, bir mal veya hizmetin satışı ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruları... ifade eder.”

⁶ ÖZDEMİR, Semih Sırrı / DOĞANAY, Muhammed Zahid: “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Sayı 13, s. 297.

⁷ 03.03.2011 tarihli ve 27863 sayılı Resmî Gazete.

turma amacıyla bir ücret veyahut benzeri bir karşılık verilerek yapılan her türlü duyuru ya da öz tanııtım yayını reklam olarak ifade edilmiştir.

Uluslararası alanda da reklam kavramının farklı tanıımları yapılmıştır. Bunlardan biri Amerikan Pazarlama Birliğinin⁸ (AMA) yapmış olduğu tanıımdır. AMA'ya göre reklam; belirli bir kişi, şirket veya organizasyon tarafından, ücreti ödenmiş veya bağışlanmış, bir zamana ya da yere yerleştirilmiş herhangi bir duyuru veya ikna edici mesajdır⁹.

Doktrinde de reklama ilişkin pek çok tanım yapılmıştır. Ancak ortak bir tanım konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır¹⁰. Bir yazar reklamı, bir plan çerçevesinde insanları hem tek başına hem de belirli bir grubun parçası (hedef kitle) olarak etkileyerek onlara bir davranış konusunda alışkanlık kazandırmasını sağlamak amacıyla kullanılan araç olarak tanıımlamıştır¹¹. Doktrinde başka bir yazar ise reklamı, bir mal ya da hizmetin sürümünü arttırmak için yapılmış olan herhangi bir tanııtım olarak tanıımlamıştır¹². Başka bir tanıımda ise reklamın; mal, hizmet veya marka benzeri kişisel veya kurumsal bir değeri veyahut belirli bir fikri, reklamcı tarafından belirlenmiş olan amaca uygun bir şekilde tanııtım her türlü bildiri olduğu ifade edilmiştir¹³.

Bütün bu açıklamalardan yola çıkılarak reklam; bir bedel ödenerek, bir mal, hizmet ya da işletmenin veya parasal ya da duygusal amaçlara sahip bir fikrin, rakipleri ve benzerleri arasında öne çıkarak, tüketicinin dikkatini çekmesi ve onu ilgili mala, hizmete ya da işletme veya düşünceye yönlendirmek için kullanılmış her türlü yöntem olarak tanıımlanabilir¹⁴. Tanıımlara bakıldığında, hem reklam mecralarında gelişmeler olması hem de birçok farklı reklam yöntemlerinin olması ve aynı zamanda reklama konu olan ürün veya hizmetlerin çeşitli olması gibi nedenlerden dolayı reklam kavramının genelgeçer bir tanıımı yapılması zorlaşmaktadır¹⁵.

B. Reklamın Unsurları

Reklam kavramının tanımından yola çıkılarak reklamın unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz: Bir tanııtımın (mesaj) bulunması, reklam yapma iradesinin varlığı, tanııtım için belli bir mecranın kullanılması, tanııtım karşılığında belirli bir ücretin ödenmesi ve reklamverenin kimliğinin belirtilmesi¹⁶.

Reklamın temel amacı, mal veya hizmetin tüketicilere tanııtılmasıdır. Bu amaç ise, reklamın içerdiği mesaj aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Tüketicinin ilgili mal ve hizmetlerle alakalı öğrenilmesi istenilen bilgi veya bilgiler ya da onlarda oluşması istenilen etkilerin bir bölümü ya da tamamına reklamın mesajı denilmektedir¹⁷. Doktrinde ağırlıkta olan görüş reklamın mesaj unsurunun bireysel olmayacağı ve genele yönelik olması gerektiğidir¹⁸. Ancak artık reklam yolu ile iletilmesi amaçlanan mesajın genele yönelik olmasının yanı sıra bireysele yönelik de olabileceği kabul edilmektedir¹⁹.

⁸ Amerikan Pazarlama Birliği, Ulusal Pazarlama Öğretmenleri Derneği ve Amerikan Pazarlama Derneğinin 1935 yılında birleşmesi ile kurulan ve dünya çapında pazarlamayı şekillendiren en önemli güç olma amacıyla hareket eden bir meslek birliğidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.ama.org/about-ama/> (ET: 06.12.2024).

⁹ <https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/> (ET: 11.10.2024).

¹⁰ DİŞBUDAK, Aylin: *Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 5.

¹¹ ZEVKLİLER, Aydın / AYDOĞDU, Murat: *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 377.

¹² İNAL, Emrehan / BAYSAL, Başak: *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 6-7.

¹³ YAŞAR, Ali: *Televizyon Reklamlarının Hukuki Niteliği ve Televizyon Reklamları Üzerinde Hak Sahipliği*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 13.

¹⁴ DİŞBUDAK, s. 8.

¹⁵ ÖZDEMİR, Semih Sırrı: *Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013 (Haksız Rekabet), s. 39.

¹⁶ ULUĞ, Ali Sedat: *AB ve Türk Hukukunda Reklam Uygulama Esasları Bakış Açısıyla Tüketicilerin Reklama Karşı Tutumu ve Satın Alma Davranışları Arasındaki İlişki*, Dora Yayıncılık, Bursa, 2020, s. 57; YAŞAR, s. 14 vd.; DİŞBUDAK, s. 9 vd.

¹⁷ İstanbul Ticaret Odası Dürüst Reklamcılık Konusunda Riayeti Mecburi Mesleki Karar m. 5-d.

¹⁸ EROL, Arzu: *Türk Hukukunda Örtülü Reklam*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 35; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 53, Sayı 3 (Aldatıcı Reklam), s. 67; İNAL / BAYSAL, s. 7; DİŞBUDAK, s. 9-10.

¹⁹ TEKELİOĞLU, Numan: *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 13-14; ÖZDEMİR, *Haksız Rekabet*, s. 39.

Bir reklamın, bir beyan veya ilandan ayrıldığı nokta reklam verme konusunda yapma iradesinin var olmasıdır. Doktrinde reklam yapma iradesinin varlığı unsuru, ağırlıklı olarak tanıtımın ticari amaç taşıması unsuru olarak yorumlanmaktadır²⁰. Fakat irade; bir malın veya hizmetin sürümünü arttırmaya yönelik ticari amaçlara yönelik olabileceği gibi bir düşünceyi yaymaya yönelik siyasi, dini, sosyal veya kültürel amaçlara yönelik de olabilir²¹. Bu yüzden de doktrinde reklamın niteliğinin ticari olup olmadığı yönünden bir ayırım yapılarak irade konusu incelenmiş ve sonuç olarak ticari reklamlar için iradenin ticari bir amaca yönelmiş olması aranmıştır²².

Diğer bir unsur ise, tanıtım için bir mecranın kullanılmasıdır. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde²³ mecranın ne olduğu düzenleme alanı bulmuştur. İlgili yönetmeliğe göre; reklam ve tanıtım mesajının iletildiği ve mesajı alması istenen kişi, grup veya topluluğun bir arada olduğu ortam ile televizyon, her türlü yazılı basın, internet, telefon, radyo, sinema ve benzeri iletişim kanallarının yanı sıra açık hava, basılı malzeme gibi iletişim araçlarının tümü mecradır (m. 4/1-ı). Bu tanımdan yola çıkılarak reklamın yer alabileceği her türden kitle iletişim araçları ile hedef kitlenin reklam mesajıyla bulunduğu her ortam mecra kapsamında olacaktır ve hatta gelecekte ortaya çıkabilecek muhtemel başka mecraları da kapsamda kabul edilecektir²⁴. Günümüz dijital çağında sosyal medya da en önemli reklam mecralarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Reklamın mecrada yayınlanması için mecra kuruluşuna belli bir miktarda ücretin ödenmesi ise diğer bir unsurdur. Bu unsur doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar reklamın tüketicilere herhangi bir ücret ödemediği ulaştırılmasının mümkün olmadığını ileri sürerek ücreti zorunlu unsur olarak kabul etmiştir²⁵. Başka bir görüşe göre ise ücret zorunlu bir unsur değildir çünkü uygulamada birçok reklam herhangi bir ücret ödenmeksizin de tüketicilere ulaştırılabilmektedir²⁶.

Son unsur ise, reklamverenin kimliğinin belirtilmesidir. Reklamdan menfaati olan kişinin yani reklamverenin kimliğinin açık olması veya açıkça belirtilmese dahi reklamın içeriğinden reklamverenin anlaşılması gerekli ve yeterlidir²⁷.

C. Reklam ve Çocuk İlişkisi

Türk Dil Kurumunun (TDK) güncel sözlüğünde yer alan tanıma göre çocuk, belli bir işte gerekli kadar tecrübeye sahip olmayan kimsedir²⁸. Hukukta ise çocuk²⁹; ergin olmayan kimseyi tanımlanmak için kullanılmaktadır³⁰. Örneğin, Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'e³¹ göre ise çocuk on sekiz yaşını doldurmayan kimsedir (m. 4/1-ii). Bu tanımlardan yola çıkılarak çocuklara yönelik reklam, hedef kitlesi çocuklar olarak belirlemiş ve reklam mesajının biçim ve içeriği açısından çocuklara uygun bir şekilde hazırlanmış olan reklamlardır³².

²⁰ ÖZDEMİR, *Aldatıcı Reklam*, s. 67-68; EROL, s. 29-30.

²¹ TEKELİOĞLU, s. 14; DİŞBUDAK, s. 10-11.

²² TEKELİOĞLU, s. 14.

²³ 10.01.2015 tarihli ve 29232 sayılı Resmî Gazete.

²⁴ TEKELİOĞLU, s. 15.

²⁵ DİŞBUDAK, s. 12.

²⁶ EROL, s. 29; TEKELİOĞLU, s. 17; YAŞAR, s. 21-22; ÖZDEMİR, *Haksız Rekabet*, s. 50-51.

²⁷ ÖZDEMİR, *Aldatıcı Reklam*, s. 68; EROL, s. 30-31.

²⁸ <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 11.10.2024).

²⁹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete) çocuk ve küçük kavramları sıklıkla kullanılmış olmasına karşın belli bir tanım verilmemiştir. Ancak çocuklarla ilgili olarak çeşitli hükümler Kanun'da yer almaktadır. Örnek olarak, m. 12'de on beş yaşını doldurmuş olan küçüğün mahkeme kararıyla ergin kılınabilmesi ya da m. 21/T'de velayet altındaki çocuğun yerleşim yerinin düzenlenmesi gösterilebilir.

³⁰ BAĞDATLI, Selahattin: *Hukuk Sözlüğü*, Derin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 117.

³¹ 02.11.2011 tarihli ve 28103 sayılı Resmî Gazete.

³² DEVECİ, Akın: "Çocuğun Tüketici Olarak Tanımlanışı, Reklamlarda Tüketen Çocuk", *Çalışma Ortamı Dergisi*, 2009, Sayı 106, s. 18.

Reklamverenler ise çocukları; kısmi de olsa bireysel bir harcama yapabilme yetkinliğine sahip olan, bugün açısından hem kendileri hem de yetişkinler açısından tüketimlere yön veren ve gelecekte mal ya da hizmetlerinin potansiyel tüketicileri olarak üretim ve tüketim biçimlerini yönlendirebilme yeteneğine sahip olan bir varlık şeklinde görmektedir³³. Zira çocuklar kendilerinin kullandıkları ürünleri seçebildikleri gibi ailesinin de kullanacağı ürünlere yönelik seçimde de etki sahibi olabilmektedirler³⁴. Aynı zamanda çocukların yetişkinlere oranla reklamlardan daha kolay etkilenebilmeleri onların hedef kitle olarak kabul edilmesindeki bir diğer nedendir³⁵. Çünkü çocuklar, yetişkinlere oranla doğru ve yanlış ayırt etme konusunda tecrübesizlerdir. Bu yüzden de reklamverenler açısından çocuklar bir bakıma kolay av haline gelip onları etkilemek için çeşitli yöntemler geliştirmişlerdir³⁶. Örnek olarak, reklamların arka planında kullanılan müziklerin mutluluk verici nitelikte olması, yine arka planın renkli, canlı, keyifli olması ve diğer programlara göre seslerin daha yüksek bir şekilde kullanılması gösterilebilir³⁷.

Fakat çocukların reklamlardan etkilenme oranı farklılık göstermektedir. Bunun başlıca sebebi çocukların yaş aldıkça reklamlardan anladıkları mesajın değişmesidir³⁸. Örneğin 3-5 yaş aralığındaki çocuğun reklama olan ilgisi 6-12 yaş aralığındaki çocuğa oranla daha kısadır ve bu sebeple her iki grupta reklamlarda dikkat ettikleri hususlar farklı olup reklamlardan çıkaracakları anlam da değişmektedir³⁹. Çocukluğun her yaş dönemine uygun olarak ayrı düzenlemeler yapılması mümkün değildir. Bu yüzden reklamlar açısından çocukluğun her aşaması dikkate alınarak ortak birtakım ilkeler belirlenmeye çalışılmıştır.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA ÇOCUKLARA YÖNELİK REKLAM DÜZENLEMELERİ

Uluslararası alanda çocuklar, korunmaya en ihtiyaç duyan gruplardan biri olarak kabul edilmiştir. Çocuklar için başta hukuk olmak üzere birçok alanda düzenlemeler yapılmıştır. Hukukun her alanında çocuğun üstün yararı ilkesi uygulama alanı bulmuştur. Bu alanlardan biri de reklam hukukudur. Çocukların gerek aile içinde gerekse aile dışında bulunduğu sosyal ortamlarda reklamlarla karşılaşmaması neredeyse imkânsızdır. Yetişkinlere oranla çocuklar daha kolay etkilenebildikleri için reklamverenler açısından hedef kitle olarak kabul edilmesi söz konusudur. Çocukların reklamların hedef kitlesi olmasının yanı sıra reklamlar aracılığıyla da istismar edilebilmeleri mümkündür. Bu yüzden de reklam hukuku çerçevesinde çocuklara yönelik birtakım kısıtlamalar getirilmiştir.

A. Uluslararası Ticaret Odası Reklam Uygulama Esasları Kapsamında Çocuklara Yönelik Düzenlemeler

Uluslararası alanda yapılan en önemli düzenlemelerden biri Uluslararası Ticaret Odasının (ICC) Pazarlama ve Reklam Komisyonu tarafından hazırlanmış olan Uluslararası Ticaret Odası Birleştirilmiş Reklam ve Pazarlama İletişimi Uygulama Esasları (*ICC Consolidated Code of Advertising and Marke-*

³³ HOFFMANN, Beata: "The Role of Advertising in Shaping Children's Preferences of Consumption", *Trakia Journal of Sciences*, 2019, Cilt 17, Sayı 2, s. 118; KUYUCU, Mihalis: "Çocuk Dergileri ve Reklam: Türkiye'de Yayınlanan Çocuk Dergilerinde Kullanılan Reklamlara Yönelik Bir İnceleme", *Sosyal Bilimler Dergisi*, 2016, Sayı 8, s. 148; ELDEN, Müge / ULUKÖK, Özkan: "Çocuklara Yönelik Reklamlarda Denetim ve Etik", *Küresel İletişim Dergisi*, 2006, Sayı 2, s. 6.

³⁴ CALVERT, Sandra L.: "Children as Consumers: Advertising and Marketing", *The Future of Children*, 2008, Cilt 18, Sayı 1, s. 207; KAFADAR, Onur: "RTÜK'ün Çocuklara Yönelik Kararlarının Çocuk ve Televizyon İlişkisi Yönüyle İçerik Analizi Yöntemi ile İncelenmesi", *Kesit Akademi Dergisi*, 2017, Sayı 10, s. 812.

³⁵ OLIVER, Andrew: "The Proposed European Union Ban On Television Advertising Targeting Children: Would It Violate European Human Rights Law?", *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 2000, Cilt 20, Sayı 3, s. 508.

³⁶ HOFFMANN, s. 119.

³⁷ HOFFMANN, s. 119.

³⁸ CALVERT, s. 214.

³⁹ KARACA, Yusuf / PEKYAMAN, Asuman / GÜNEY, Hatice: "Ebeveynlerin Televizyon Reklam İçeriklerinin Çocuklar Üzerindeki Etkilerini Etik Açısından Algılamalarına Yönelik Bir Araştırma", *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2007, Cilt 9, Sayı 2, s. 235.

ting *Communications Practice*) olarak kabul edilir. “Uluslararası Reklam Uygulama Esasları” şeklinde de adlandırılan bu esaslar Türkiye’de de benimsenmiştir. Bu kapsamdaki etik ilkeler; reklamların ahlaka uygun ve doğru olması, dürüstlük, sosyal sorumluluk, çocukların ve gençlerin korunması, sağlık ve çevreye hassasiyet gösterme, kişilik haklarına saygı gibi önemli konulardan oluşmaktadır⁴⁰.

18. maddede yer alan ilkeler sadece çocuklara yönelik değil ayrıca reşit olmayan gençlere yönelik ve ya onları konu alan pazarlama iletişimi gerçekleştirirken dikkat edilmesi gereken ilkelere. Bunlar genel olarak deneyimsizlik ve kolay inanma, zararın önüne geçme, toplumsal değerler olarak sınıflandırılabilir.

Deneyimsizlik ve kolay inanma ilkesinin kapsamında; pazarlama iletişiminin çocukların deneyimsizliğini ve saflığını kullanarak bir ürünün performans veya kullanımı ile ilgili bilinmesi gereken bilgilerin eksiksiz bir şekilde verilmesi; onların gerçek ile hayal arasındaki ayrım yapabilmelerini güçleştirecek şekilde olmaması ve çocuklara yönelik yapılan pazarlama iletişimlerinin çocuklar tarafından ayırt edilebilecek şekilde olması kabul edilmiştir⁴¹.

Zararın önüne geçme ilkesi kapsamında ise reklamlarda çocukların veya gençlerin zihnen, ahlaken ya da bedenen zararlı etki yaratabilecek bir beyanda bulunulamayacağı veyahut görsel sunum kullanılmayacağı; iletişimde çocukların veya gençlerin tehlikeli durumlarda gösterilemeyeceği ya da kendilerine ve başkalarına zarar verebilecek faaliyetler içinde gösterilemeyeceği gibi kısıtlamalarla çocukların gelişimlerine yönelik olumsuz etkilerin olmaması amaçlanmıştır⁴².

Toplumsal değerler ilkesinde ise, çocukların sosyal yaşantılarının olumsuz etkilenmemesi hedeflenmiştir. Bu ilke kapsamında pazarlama iletişimi yapılan bir ürüne sahip olan çocukların veya gençlerin, ürüne sahip olmayan diğer çocuklara ve gençlere nazaran fiziksel, psikolojik veya sosyal yarar sağlayacaklarına yönelik mesajın iletişimde yer almaması; ebeveynlerin otoritelerini, sorumluluklarını, değerlendirmelerini veya zevklerini sarsabilecek beyanlarda bulunulamaması; çocuklara ve gençlere yönelik ebeveynlerini veyahut çevresinde yer alan yetişkinleri belirli bir ürünü satın alma konusunda ikna edebilecek mesajlar da yer verilemeyeceği sayılabilir. Ayrıca pazarlama iletişiminde herhangi bir fiyat verilmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda çocukların veya gençlerin bu ürünün maliyetini ya da gerçek fiyatını doğru algılayamamasına sebebiyet verecek şekilde fiyatın olduğundan az gösterilmemesi gerekmektedir. Yine bu ilke kapsamında tanıtılan ürünün her ailenin bütçesine uygun olduğu ve hemen elde edilebileceğinin de üstü kapalı şekilde reklam yolu ile dayatılmaması gerektiği hususu da kabul edilmiştir⁴³.

Kısaca pazarlama iletişimlerinin çocukların olumlu sosyal davranışlarının, hayat tarzlarının ve tavırlarının üzerinde kötü etkiler yaratmayacak nitelikte olması gerekmektedir. Ürünler, belirli bir sınıflandırmaya tabi tutulmalı ve çocuklar ve gençler için uygun olmayacak ürünlerin iletişimleri onlara yönelik mecralarda yer almamalıdır. Ayrıca çocuklara ve gençlere uygun olmayan mecralarda da onlara yönelik olan ürünlerin reklamları yayınlanmamalıdır. Son olarak çocuklar açısından bir içerik uygun olarak değerlendirilmeyorsa bu durum da açık olarak belirtilmelidir⁴⁴.

B. Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi (ASTS) Kapsamında Çocuklara Yönelik Düzenlemeler

Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi⁴⁵, Avrupa Birliği’nin (AB) kültürel değerlerini üye devletlerin sınırlarını aşarak dolaşması için önemli kabul edilen televizyon yayınları bakımından Av-

⁴⁰ ÖZKAN, Abdullah / TANDAÇGÜNEŞ, Nilnur / ÖNAYDOĞAN, Betül: *Yeni Medya ve Reklam*, Derin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 7; ULUĞ, s. 63-64.

⁴¹ ELDEN / ULUKÖK, s. 11-12.

⁴² ELDEN / ULUKÖK, s. 12.

⁴³ ELDEN / ULUKÖK, s. 12.

⁴⁴ Uluslararası Ticaret Odası Birleştirilmiş Reklam ve Pazarlama İletişimi Uygulama Esasları için bkz. <https://rd.org.tr/www/rd/assets/doc/icc-1.pdf> (ET: 11.10.2024). AVŞAR, Zakir / ELDEN, Müge: *Reklam ve Reklam Mevzuatı*, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Ankara, 2004, s. 413 vd.

⁴⁵ ÇİFTÇİ, Ahmet / KIRGIL, Sevinç: *Türk Basın-Yayın Mevzuatı (İçtihatlı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 754 vd.

rupa’da yer alan ülkelerde; ilkelere, esaslarda ve uygulamalarda birlikteliği sağlamak amacıyla düzenlenen uluslararası sözleşmedir⁴⁶. Bu sözleşme ile sözleşmede belirtilmiş olan ortak ilke ve esaslar çerçevesinde sınır ötesi televizyon yayınlarının yapılmasını ve taraf ülkelerde serbest bir şekilde dolaşabilmesini sağlamak amaçlanmıştır⁴⁷.

Bu sözleşmenin düzenlediği alanlardan biri de çocuklara yönelik reklamlardır. İlgili sözleşmede “Reklamlar ve Tele-Alışveriş” başlıklı 3. Bölüm’ün 1. maddesinde genel ilkeler yer almaktadır. Çocuklara yönelik olan ya da çocukların bulunduğu reklam ve tele alışverişlerde çocukların menfaatlerini olumsuz bir şekilde etkileyebilecek her şeyden kaçınılması ve özel hassasiyetlerinin de dikkate alınması genel ilkelerden biri olarak kabul edilmiştir. İlgili düzenlemenin devamında ise tele alışverişin çocuklar üzerindeki etkisi düşünülmüş ve küçüklerin yani çocukların tele-alışveriş yoluyla mal ve hizmetleri satın almaya ya da kiralamaya özendirilmemesi gerektiği hususu da metinde yer almıştır (m. 11/4). Bu düzenlemenin devamı niteliğinde kabul edilebilecek başka bir düzenleme ise “Reklamların Yerleştirilmesi” başlıklı 14. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddede süresi otuz dakikadan kısa olan çocuk programlarının reklam ya da tele alışveriş ile kesilemeyeceği belirtilmiştir (m. 14/5).

Sözleşmenin çocuklara yönelik diğer bir düzenlemesi ise “Belirli Ürünlerin Reklamları” başlıklı 15. maddesidir. Bu madde ile bütün ürünlerinin reklamına ve tele alışverişine izin verilmeyeceği önemle belirtilmiştir (m. 15/1). Ayrıca madde metninde alkol barındıran içeceğin reklamının ve tele alışverişinin belirli kurallara uygun olması aranmıştır. İlgili düzenlemede bu tür ürünlerin reklamının ve tele alışverişinin küçüklere yönelik olamayacağı veya bu tür ürünlerin tüketilmesi ile ilgili küçüklerin reklam ve tele alışverişte gösterilmemesi gerektiği kuralı getirilmiştir (m. 15/2-a).

C. Avrupa Birliği Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi (GİMHY) Kapsamında Çocuklara Yönelik Düzenlemeler

Avrupa Birliği’nin medya alanında çocuklara yönelik reklamlara ilişkin düzenlemeler barındıran bir diğer metni ise Avrupa Birliği Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi’dir⁴⁸. Anılan yönetmeliğin “Tüm Görsel-İşitsel Medya Hizmetlerine Uygulanabilecek Hükümler” başlıklı 3. Bölümü’nde çocuklara yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerle üye devletlere, yargı yetkisi altında bulunan medya hizmet sağlayıcılarının kendi yargı yetkisinin sınırları içerisinde görsel-işitsel ticari iletişimin bu yönergede düzenlenmiş olan belli koşulları sağlamasını güvence altına alma konusunda bir yükümlülük yüklenmiştir (m. 9/1). Alkol barındıran içeceklerin görsel veya işitsel ticari iletişimde, hedef kitle olarak özellikle çocuklar tercih edilmemelidir ve bu tür içeceklerin tüketimini de özendirilmemelidir (m. 9/1-e). Yine görsel-ticari iletişim, çocuklar için fiziksel veya ahlaki bir olumsuzluğa sebebiyet vermemelidir. Yani çocukların deneyimsizlikleri ya da saflıklarını istismar ederek onları ilgili mal veya hizmeti satın almaya veyahut kiralamaya doğrudan yönlendirmemelidir. Ayrıca çocukların reklamı yapılan mal veya hizmeti satın almak için ebeveynlerini ya da başkalarını ikna etmeye de doğrudan teşvik edilmemesi gerekmektedir. Bu fıkra son olarak çocukların ebeveynlerine, öğretmenlerine ya da üçüncü bir başka kişiye duymuş olduğu güvene zarar vermemeli ve haklı bir gerekçe olmaksızın çocuklar, tehlikeli durumlarda gösterilmemelidir (m. 9/1-g). Bu maddede ayrıca çocukların sağlıkları düşünülerek eklenmiş bir husus da yer almaktadır. Çocukların sağlıklı bir şekilde yetişkin hale gelebilmesi için tüketmesi gereken bazı yiyecek ve içeceklerin bulunmasının yanı sıra aşırı tüketilmesi istenmeyen yiyecek ve içecekler de bulunmaktadır. İlgili düzenleme ile üye devletin ve komisyonun, genel beslenme diyetleri açısından aşırı tüketilmesi istenilmeyen yiyecek ve içeceklerin çocuk programları ile birlikte ya da bu tür programların içinde yerleştirilen uygun olmayan görsel-

⁴⁶ ÖZTÜRK, Muammer: “Avrupa’nın Bütünleşmesi İçin Kültürün Önemi ve Televizyonun Avrupalılaşması”, *Selçuk İletişim*, 2004, Cilt 3, Sayı 2, s. 123-124; AVŞAR, Zakir / ÖZENİRLER, Işıl: “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Çocuklara Yönelik Reklam Düzenlemeleri”, *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015, Cilt 8, Sayı 1, s. 295.

⁴⁷ AVŞAR / ÖZENİRLER, s. 295.

⁴⁸ Yönerge için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02010L0013-20181218> (ET: 06.12.2024).

işitsel ticari iletişime yönelik mesleki ilkelerin oluşturulması için özendirceği de düzenlenmiştir (m. 9/2). Bir de üye devletlerin çocuk programları esnasında program destekleyeninin logosunun gösterilip gösterilmeyeceği konusunda takdiri söz konusudur (m. 10/4).

Çocuklara yönelik bir başka düzenleme ise “Televizyon Reklamı ve Tele-Alışveriş” başlıklı 7. Bölüm’de yer almaktadır. İlgili bölümde ilk düzenlemede çocuk programlarının, program süresinin otuz dakikadan az olması durumunda reklam ve/veya tele alışveriş ile yayın kesilemeyecektir ancak otuz dakikadan fazla olması halinde bir kez reklam ve/veya tele alışveriş yayının kesilebileceği ifade edilmiştir (m. 20/2). Ayrıca alkol barındıran içeceklerin televizyon reklamlarının ve tele alışverişlerinin özel olarak gençleri hedef almaması ve bilhassa gençler bu içecekleri tüketirken betimlenmemesi gerektiği de düzenlenmiştir (m. 22/a)⁴⁹.

D. Avrupa Birliği Ülkelerinin Çocuklara Yönelik Reklam Düzenlemeleri Uygulaması

Avrupa Birliği üyesi olan birçok devlet Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi’ni imzalayarak yürürlüğe koymuştur⁵⁰. Ayrıca GİMHY’i de benimseyerek mevzuatlarında düzenlemeler yapmıştır. Çalışmanın kapsamını genişletmemek adına bütün AB üyesi ülkelerin çocuklara yönelik reklam mevzuatları inceleme konusu yapılmamış, sadece bazı ülkelerin düzenlemeleri örnek olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Avrupa Birliği’nin kurucu üyelerinden biri olan Fransa’da tele-alışverişte çocukların kullanılması tamamen yasaklanmış; çocuk programlarının öncesinde, içinde ya da sonrasında tüketilmesi tavsiye edilmeyen gıdalarla ilgili reklamlarda sağlıklı beslenme ve yaşantıya yönlendirmek amacıyla uyarı mesajlarının yer alması zorunlu hale gelmiştir⁵¹. Yine çocuklara yönelik reklamlarda çocuklar açısından tehlikeli olabilecek durumların açıkça gösterilmesi, onlara yönelik ürünlerin fiyatlarının reklamlarda yer alması ve çocukların güvendiği karakterlerin aldatıcı nitelikte reklamlarda yer almaması gerektiği de düzenleme alanı bulmuştur⁵². Ayrıca yayınlanacak reklamların çocukları şiddete özendirmemesi, onların güvenliğini tehlikeye atabilecek ürün ve hizmetlerle ilgili reklam yapılmaması ve bir ürünü kullandığı için o ürünü kullanmayan diğer çocuklardan daha avantajlı olacağına dair imaların da yapılmaması gerektiği düzenleme alanı bulmuştur⁵³.

Avrupa Sınır Ötesi Sözleşmesi kapsamında çocuklara yönelik reklamlarda düzenleme yapan bir diğer AB ülkesi ise, Almanya’dır. Buna göre reklamların çocukları reklamı yapılan ürünü alması için ebeveynlerine baskı yapmalarına sebebiyet verecek nitelikte veya o ürünü doğrudan satın alarak tüketmesini amaçlayan mesajlar içermemelidir⁵⁴. Ayrıca çocukların başkalarına karşı duyduğu özel güveni istismar etmemeli, çocukları şans oyunlarına katılım sağlamaya özendirmemeli ve çocuklar tarafından yapıldığında bir kazaya sebebiyet verecek mesajlarda reklamlarda yer almamalıdır⁵⁵.

Bir başka AB ülkesi olan Belçika’da da benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, çocuk programlarının beş dakika öncesinde ve sonrasında ticari nitelikteki reklamların yayınlanması yasaklanmıştır⁵⁶. Her ne kadar böyle bir düzenleme AB müktesebatında bulunmasa da çocuk programlarından on beş dakika öncesinde ve sonrasında en az on beş dakika sürmesi gereken tele-alışveriş bantları-

⁴⁹ ÇİFTÇİ / KIRGIL, s. 754 vd.

⁵⁰ Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi’ne taraf olan ülkeler için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=132> (ET: 06.12.2024).

⁵¹ ERTUNÇ, Filiz: *Çocuk Dünyasında Reklamın Rolü: Televizyon Reklamlarında Çocuklara Yönelik Düzenlemeler*, Uzmanlık Tezi, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Ankara, 2011, s. 106-107.

⁵² ERTUNÇ, s. 107.

⁵³ ERTUNÇ, s. 107.

⁵⁴ ERTUNÇ, s. 108.

⁵⁵ ERTUNÇ, s. 108.

⁵⁶ AVŞAR / ÖZENİRLER, s. 296.

nın ekrana getirilemeyeceği düzenlenmiştir⁵⁷. Ateşli silahların taklit versiyonları şeklindeki oyuncakların da reklamları tamamen yasaklanmıştır⁵⁸.

Avusturya’da ise çocukların reklamlarda yer alması yasaklanmış ve çocuk programlarının beş dakika öncesinde ve sonrasında ticari reklam yayını yapılamayacağı da düzenleme altına alınmıştır⁵⁹.

AB’ye üye ve komşu ülke Yunanistan’da da çocuklara yönelik reklam düzenlemeleri yer almaktadır. Reklamların çocukların zihinsel ve bedensel sağlığına olumsuz yönde etki edebilecek nitelik olmaması ve oyuncak reklamlarının 07:00-20:00 saat aralığında yayınlanması yasaklanmıştır⁶⁰.

Diğer bir AB üyesi ülke olan İsveç’e bakıldığında zaman reşit olmayanlara (on sekiz yaşından küçük) yönelik reklamlarda sıkı bir yönetim izlenmektedir. Örneğin, on iki yaşından küçüklere yönelik televizyon reklamları yayınlanmazken velisinin izni olmaksızın on altı yaşından küçük olanları hedef alan ve kısa mesaj (SMS) ya da e-postalar yoluyla yapılan doğrudan pazarlamalar yasaklanmıştır⁶¹. Yine tüm çocuklara yönelik reklamlarda şiddet unsuru içermemesi gerektiği de düzenlenmiştir⁶².

Avrupa Birliği üyesi ülkelere ve onların çocuklara yönelik reklam düzenlemelerine bakıldığında, bazı farklılıklar bulunsa da genel olarak bu konuda ortak bir paydada buluşulduğu açıkça gözükmektedir.

III. TÜRK REKLAM HUKUKUNDA ÇOCUKLARA YÖNELİK REKLAM DÜZENLEMELERİ

Türkiye’de reklamlara ilişkin düzenleme ve denetim işlemleri üç temel kuruluş tarafından yerine getirilmektedir. Bunlar; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), Reklam Kurulu ve Reklam Özdenetim Kuruludur⁶³.

RTÜK, ICC İlkeleri ile Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi dikkate alınarak hazırlanmış olan mülga 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile kurulmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın⁶⁴ (AY) 133. maddesi kapsamında faaliyet gösteren, bağımsız ve özerk bir düzenleyici-denetleyici bir kamu tüzel kişiliği⁶⁵ olan RTÜK’ün görevleri arasında radyo ve televizyon yayınlarının ilkelerini belirlemek ve yayınların bu ilkelere uygun bir şekilde hareket edip etmediğini değerlendirmek de yer almaktadır⁶⁶. RTÜK yapmış olduğu denetimlerin sonunda yayın ilkelerine uymayanlar hakkında birtakım yaptırımlar uygulayabilir. Bunlar; idari para cezası, uyarı, yayını durdurma, yayını lisansının iptalidir⁶⁷.

Reklam Kurulu, ticari reklamlar açısından uyulması beklenen temel ilkelerin belirlenmesi ile haksız ticari uygulamalar karşısında zayıf durumda olan tüketicileri bu tür uygulamalardan korumak

⁵⁷ GEÇER, Sema: *Avrupa Birliği Ülkelerinde Ticari İletişimi Yasaklı Ürünlerin Ülkelere Göre Karşılaştırılması (İngiltere, Fransa, Almanya, İtalya ve İskandinav Ülkeleri)*, Uzmanlık Tezi, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Ankara, 2022, s. 29.

⁵⁸ ERTUNÇ, s. 41.

⁵⁹ ELDEN / ULUKÖK, s. 17; AVŞAR / ÖZENİRLER, s. 296.

⁶⁰ ELDEN / ULUKÖK, s. 17; AVŞAR / ÖZENİRLER, s. 298.

⁶¹ GEÇER, s. 89.

⁶² ERTUNÇ, s. 109.

⁶³ ULUĞ, s. 88 vd.; AVŞAR / ÖZENİRLER, s. 300.

⁶⁴ 09.11.1982 tarihli ve 17863 mükerrer sayılı Resmî Gazete.

⁶⁵ TİRYAKİ, Refik: “Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 51, Sayı 4, s. 177-178; GÜRDİN, Bahar: “Sağlık Hizmetleri Sektöründe Reklam Yaşamı: Uygulama Örnekleri”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, 2017, Cilt 9, Sayı 2, s. 20.

⁶⁶ ÇAKIR, Hamza: “Düzenleyici Kurullar Olarak RTÜK ve CSA”, *Kocaeli Üniversitesi İletişim Fakültesi Araştırma Dergisi*, 2006, Sayı 8, s. 50; İŞİK, Metin: “Görsel-İşitsel İletişim Alanının Düzenlenmesinde Yeni Eğilimler ve RTÜK”, *Selçuk İletişim*, 2008, Cilt 5, Sayı 2, s. 202-203; AZİZ, Hakim / ÖZCAN, Hüsnü Akın: “Türk Hukuk Sisteminde Uygulamalar ile Aldatıcı Reklamlar”, *Dicle Üniversitesi Adalet Yükseköğümlü Dicle Adalet Dergisi*, 2020, Cilt 4, Sayı 1, s. 18.

⁶⁷ YILMAZ, Yalçın: “Televizyon Reklamlarında Çocuklara Yönelik Yayın İlkelerinin İhlallerine Karşı İçerik Denetimleri”, *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, 2020, Sayı 52, s. 57; İŞİK, s. 203.

amacıyla gerekenleri yapma ve bu hususlara uygun olarak inceleme ve denetim yapmakla görevlidir⁶⁸. Bu inceleme ve denetim sonucunda kurul tarafından aykırı bulunan ticari reklam ve uygulamalar hakkında durdurma ve/veya aynı şekilde düzeltme ve/veya idari para cezası veya gerekli gördüğü takdirde üç aya kadar durdurma cezası verebilecektir⁶⁹.

Reklam Özdenetim Kurulu (RÖK) ise Reklamverenler Derneği, Reklamcılar Derneği ve reklam mecraları tarafından 1994 yılında kurulmuştur⁷⁰. Aynı zamanda Avrupa Reklam Özdenetim Birliğinin (*European Advertising Standards Alliance-EASA*) bir üyesi olan kurul, ICC İlkeleri çerçevesinde denetim yapan ve bu ilkelere uygun olmayan nitelikteki reklamların düzeltilmesini veya durdurulmasını talep etme yetkisine de sahiptir fakat RÖK'ün kararları tavsiye niteliğindedir⁷¹. RÖK'ün tüzel kişiliğinin olmamasının yanı sıra yaptırımında bulunma yetkisi de yoktur⁷².

Kısaca farklı görev ve yetkilere sahip olan düzenleyici kurullardan; Reklam Kurulu ve RÖK, ICC İlkeleri'ni esas alıp uygulamasını gerçekleştirirken; RTÜK, ICC İlkeleri'nin yanı sıra Avrupa Sınır Ötesi Sözleşmesi ve ilgili mevzuat baz alınarak hazırlanmış olan bir denetim mevzuatını uygulamaktadır⁷³.

Türkiye, reklamlarla ilgili çocuklara ilişkin düzenlemelerin de yer aldığı Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi'ni⁷⁴ 7 Eylül 1992'de imzalamıştır. 21 Ocak 1994'te onaylanan Sözleşme 1 Mayıs 1994'te ise yürürlüğe koyulmuştur. Bu Sözleşme, AY 90/5 maddesi kapsamında öngörülmüş olan usule çerçevesinde kabul edilerek Türkiye'de yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşmelerden biridir ve düzenleme gereği kanun hükmünde kabul edilmektedir. Sözleşme'nin, Türk mevzuatında doğrudan yansımaları ise mülga 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'la⁷⁵ sağlanmıştır. İlgili Kanun'da Avrupa Sınır Ötesi Sözleşmesi'nde yer alan temel ilkelerin hepsi yer almıştır⁷⁶.

Türk reklam mevzuatında çocuklara yönelik düzenlemeler; 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da, Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliği'nde, 6502 sayılı TKHK'da ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde yapılmıştır⁷⁷. İlgili kaynaklarda hem doğrudan hem de dolaylı bir şekilde çocuklara yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Bu çalışmanın konusunu ise ilgili metinlerde çocuklara yönelik doğrudan düzenlemeler oluşturmaktadır.

A. 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun Kapsamında Çocuklara Yönelik Düzenlemeler

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, Türkiye sınırları içinde reklam alanını düzenleyen temel kaynaklardan biridir. Bu kanun kapsamında doğrudan

⁶⁸ ÇATALOĞLU, Burcu Bahar: "Reklama Hukuki Açından Bir Bakış", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, Sayı 2, s. 620; ŞAHİNCİ, Dilek: "6502 Sayılı Yeni Tüketici Kanunundaki Reklam Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, Cilt 9, Sayı 89, s. 99; AZİZ / ÖZCAN, s. 15-16.

⁶⁹ CEYLAN, Levent / BARUÖNÜ LATİF, Özge / ÖRS, Müge: "Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 'Çocuklara Yönelik Reklamlar' Başlıklı Maddesine Aykırılıktan Ceza Almış Reklamların Tüketicideki Algısı", *Selçuk İletişim*, 2018, Cilt 11, Sayı 2, s. 376; ZEVLİLİLER / AYDOĞDU, s. 391-392; ŞAHİNCİ, s. 99.

⁷⁰ <https://www.rok.org.tr/misyon-ve-vizyon/> (ET: 11.10.2024).

⁷¹ YAĞMUR, Özgür: *AB ve Türk Hukuku Uygulamalarında Karşılaştırmalı Reklam*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 101-102; İÇEL, Kayıhan / ÜNVER, Yener: *Kitle Haberleşme Hukuku Basın - Radyo - Televizyon - Sinema - Video - İnternet*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 400; ÖZKAN / TANDAÇGÜNEŞ / ÖNAYDOĞAN, s. 13. <https://www.rok.org.tr/misyon-ve-vizyon/> (ET: 11.10.2024).

⁷² ÇAKIR, Vedat: "Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye'de Televizyon Reklamlarına Yönelik Düzenlemeler", *Selçuk İletişim*, 2007, Cilt 5, Sayı 1, s. 204; YAĞMUR, s. 90. <https://www.rok.org.tr/misyon-ve-vizyon/> (ET: 11.10.2024).

⁷³ ZİYLAN, Çetin: "Türkiye'de Reklam Düzenlemeleri, Denetimi, Kurumlar ve İşleyiş", (Ed.) ELÇİN, Gülçin: *Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 5; ELDEN / ULUKÖK, s. 17-18.

⁷⁴ 12.12.1993 tarihli ve 21786 sayılı Resmî Gazete.

⁷⁵ 20.04.1994 tarihli ve 21911 sayılı Resmî Gazete.

⁷⁶ AVŞAR / ÖZENİRLER, s. 300.

⁷⁷ YILDIZ, Sevil: *Medya ve Hukuk*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2010, s. 163-164.

çocuklar ile ilgili düzenlemeler de yapılmıştır. İlk olarak yayın hizmetlerinde; başta çocuklar olmak üzere güçsüz ve engelli kimselere yönelik herhangi bir istismarın bulunmaması ve herhangi bir şiddeti özendirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (m. 8/1-ğ). Bu hükmün önceki bölümlerde de incelenmiş olan Avrupa’da kabul edilmiş olan standartların benzer nitelikte bir düzenleme olduğu açıktır. Yine radyo ve televizyon yayınlarında; çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel ya da ahlaki gelişimlerine olumsuz bir etki yaratabilecek nitelikteki içeriklerin koruyucu sembol kullanılsa bile onların izleyebileceği zaman diliminde yayınlanamayacağı belirtilmiştir (m. 8/2). İsteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcılarına da bu konuda bir yükümlülük getirilerek çocuk ve gençlerin gelişimine olumsuz bir etki yaratabilecek nitelikteki içeriklerin, onların normalde duyamayacağı ve göremeyeceği şekilde sunmayı sağlamaları gerekmektedir (m. 8/3).

İlgili Kanun kapsamında ticari iletişim; ekonomik bir faaliyette bulunan gerçek veya tüzel bir kişinin; ürün, hizmet veya imajını, herhangi bir şekilde tanıtmak amacıyla ücret ya da benzeri bir karşılıkla, tasarlanan sesli veya sessiz görüntülerin ya da öz tanıtım için bir programın içine yerleştirilmesi ya da programla birlikte sunulması olarak tanımlanmıştır (m. 3/z). Bu kapsamda radyo ve televizyon reklamları, program desteklemesi, tele-alışveriş ve ürün yerleştirme de dâhil edilmiştir.

Ayrıca ilgili Kanun’un 9. maddesi ticari iletişimin genel esaslarını düzenlemiştir. Bu ilkeler kapsamında doğrudan çocuklarla ilişkili olan düzenlemeler de yer almaktadır. Buna göre ticari iletişim bakımından, çocukların fiziksel, zihinsel ya da ahlaki gelişimlerine zarar vermemesi; deneyimsizlik ya da saflık hallerinin istismar edilmesi yoluyla çocukların ürün ya da hizmeti satın almaya veya kiralamaya doğrudan yönlendirmemesi; reklamı yapılan ürün veya hizmetlerin satın alınması amacıyla çocukların ebeveynlerini ya da başkalarını ikna etmeye doğrudan özendirilmemesi; çocukların ebeveynlerine, öğretmenlerine ya da üçüncü başka bir kişiye duyduğu güvene zarar vermemesi ve çocukları haklı herhangi bir gerekçe olmaksızın tehlikeli bir durumlarda gösterilmemesi zorunluluğu getirilmiştir (m. 9/6/ç).

Yine beslenme konusunda da bir düzenleme yapılmıştır. İlgili düzenlemeye göre genel beslenme diyetlerinde aşırı tüketilmesi istenilmeyen yiyecek ve içeceklerin ticari iletişiminin çocuk programlarıyla ya da bu programların içinde yer verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (m. 9/7).

Diğer bir düzenleme ise de radyo ve televizyon reklamı ile tele alışveriş yönünden getirilmiştir. Böylece planlanan yayın süreleri otuz dakikadan fazla olan çocuk programlarında her otuz dakikalık yayın süresi bir kere olmak üzere reklam ve tele-alışveriş ile kesilebileceği belirtilmiştir (m. 10/7). Ayrıca çocuk programlarında ürün yerleştirilmesine izin verilmeyeceği de hüküm altına alınmıştır (m. 13/4).

Başka bir düzenleme ise televizyon kuruluşlarında yer alan çocuk yayınlarının Türkçe olması yönünden getirilmiştir. Kanun’un ilgili düzenlemesine göre ister genel ister tematik nitelikte yayın yapan televizyon kuruluşları, çocuk yayınlarında çizgi filmlere yer veriyorsa bu çizgi filmlerin en az yüzde yirmisinin, çizgi film dışındaki çocuk programlarının ise en az yüzde kırkının Türkçe olması ve Türk kültürünü yansıtmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir (m. 14/3).

B. Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Kapsamında Çocuklara Yönelik Düzenlemeler

RTÜK tarafından medya hizmet sağlayıcılarının uyması gereken yayın hizmeti usul ve esaslarını belirlemek amacıyla 6112 sayılı Kanun’un ilgili maddelerinden yararlanılarak hazırlanmış olan Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te de çocuklara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Yönetmelik, “Yayın Hizmetleri İlkeleri” başlıklı 3. Bölüm’ün 8. maddesinde yayın hizmet sağlayıcılarının kamusal sorumluluk anlayışında olmaları gerektiği ve bu kapsamda yayın hizmeti verirken uymak zorunda olduğu ilkeleri düzenlemiştir. Bu ilkeler kapsamında; yayın hizmetleri, çocuklara karşı istismar içeremez; şiddete özendirmez; onlara yönelik olarak her türlü ayrımcılık, fiziksel, duygusal,

sözel ve cinsel şiddete özendirilemez; çocuk programlarına katılan veya rol alan çocukların yer aldığı sahnelerde çocukların fiziksel, zihinsel ya da duygusal gelişimine olumsuz etki bırakabilecek unsurlar barındıramaz. Eğer çocuklara bir ödül verilecekse bu ödülün onların yaş aralığında bir çocuğa verilebilecek ödüller olması gerektiği de bu kapsamda kabul edilmiştir (m. 8/1-ğ). Radyo ve televizyon yayın hizmetleri bakımından çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel ya da duygusal gelişimine olumsuz etki yaratabilecek nitelikteki programlar, koruyucu sembol kullanılsa bile, korumalı saatlerde yayınlanamaz. Korumalı saatlerde yapılacak olan program tanıtımlarında da fiziksel, zihinsel ya da duygusal gelişimine olumsuz etkileyecek şiddet, cinsellik vesaire öğelerin bulunduğu içeriklere yer verilemez (m. 8/2). İsteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcıları açısından çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel ya da duygusal gelişimini olumsuz yönde etki edebilecek tarzdaki yayın hizmetlerini çocukların normal koşullar altında duymayacakları ve görmeyecekleri şekilde sunma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu tür programlar için şifre ile programın izlenmesi ya da benzer nitelikte bir koruma sistemi olmadan, abonenin yetişkin olduğundan emin olmak için gereken tedbirler alınmadan ve çocukların erişebileceği şekilde yayınlanamayacağı da maddede yer almaktadır (m. 8/3).

Aynı zamanda Yönetmelik'te; ticari iletişim, reklam, tele-alışveriş ve ürün yerleştirme bakımından da çocuklara yönelik önem arz eden düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre ticari iletişim, çocuklara hiçbir şekilde zarar vermemeli yani başka bir deyişle istismar edici bir nitelikte olmamalıdır. Çocukların fiziksel, zihinsel ya da duygusal gelişimine olumsuz bir etki yaratmamalı; deneyimsizlikleri veya hut saflıklarından fayda sağlayarak onları bir mal veya hizmeti satın almaya ya da kiralamaya doğrudan yönlendirmemelidir. Ayrıca reklamı yapılan mal ya da hizmetleri satın alması amacıyla çocukların ebeveynlerini ya da başkalarını ikna etmeye doğrudan özendirilmemelidir; çocukların ebeveynlerine, öğretmenlerine ya da üçüncü başka kişilere duyduğu güvene zarar vermemeli ve onları haklı bir gerekçe olmaksızın tehlikeli durumlarda göstermemelidir.

Yine çocukların deneyim düzeyleri dikkate alınarak ilgili yaş gruplarında gerçek olmayan beklentilere yol açmamalıdır (m. 9/6-d). Genel beslenme diyetlerinde aşırı tüketimi istenilmeyen yiyecek ve içeceklerin ticari iletişimi; çocuk programlarının başında, sonunda ya da bu programların içinde yapılamaması da gerekmektedir (m. 9/7-a). Ayrıca çocuklarla ilgili programlarda, bant reklamlar da dâhil olmak üzere hiçbir şekilde reklam yayınlanamaması da yönetmelikte yer almaktadır (m. 10/4). Otuz dakikadan daha fazla süren çocuklarla ilgili programların, ilk otuz dakikasında reklam ve tele-alışverişle kesilemeyeceği; fakat ilk otuz dakikadan sonra her otuz dakikalık bölümün, bir kere ve istenilen zamanda kesilebilecek bir şekilde reklam ve tele alışveriş yerleştirilebileceği de düzenlenmiştir (m. 11/9). Bu Yönetmelik kapsamında çocuklara yönelik düzenlemelerden sonuncusunda ise çocuk programlarında ürün yerleştirme yapılamayacağı yer almaktadır (m. 14/8).

C. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun(TKHK) Kapsamında Çocuklara Yönelik Düzenlemeler

Reklamcılık alanında temel kabul edilen bir diğer düzenleme ise 6502 sayılı TKHK'dır. TKHK madde 61 ile 65 arasında reklama ilişkin hükümler yer almaktadır. Hem tüketicinin korunması hem de haksız rekabet bakımından reklama ilişkin hükümlerin yer alması ve uygulanması büyük önem kazanmaktadır⁷⁸.

İlgili Kanun kapsamında da çocuklara yönelik doğrudan düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin tüketicinin bilgi ve tecrübe eksikliklerinden fayda sağlayarak onu istismar edici veya onu aldatabilecek, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürebilecek, kamu sağlığını bozabilecek, şiddet hareketlerine ve suç işlemeye özendirilebilecek reklamlar yapılmayacağı hüküm altına alınmıştır (TKHK m. 61/3) . Ayrıca reklamların hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici olmaması gerektiği de hükümde yer almıştır. Gıda niteliğinde bir ürün olmamasına rağmen sahip olduğu şekilden, kokudan,

⁷⁸ ŞAHİNCİ, s. 98.

renkten, görünümünden, ambalajından, etiketinden, hacminden veya boyutlarından dolayı olduğundan farklı görünen ve bu yüzden başta çocuklar olmak üzere her yaşta tüketiciler açısından gıda ürünleri ile karıştırılarak tüketicilerin sağlığını ve güvenliğini risk altına sokan ürünlerin üretilmesi, pazarlanması, ithalatı ve ihracatı yasaklanmıştır (TKHK m. 79). Gıda niteliğinde bir ürün olmamasına rağmen bir gıda ürünüymiş gibi üretilen geleneksel el sanatı ürünleri de bu kapsamda kabul edilmektedir. Fakat bu ürünler açısından özel bir düzenleme getirilerek üzerlerine bu konuyla ilgili bir uyarı işareti ve yazısının yer alması halinde hükmün uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

D. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Kapsamında Çocuklara Yönelik Düzenlemeler

Bu Yönetmelik; reklamverenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları ile ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluşlarla beraber ticari uygulama içinde yer alanların uyması gereken ilkeleri ve bu ilkelere dayanılarak yapılacak olan incelemenin temellerini atmak ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketicileri koruma amacıyla kabul edilmiştir.

İlgili yönetmelik ile Türk reklam hukuku mevzuatında çocuklara yönelik en geniş düzenleme yapılmıştır. Yönetmelik'in "Reklamlarda Çocuklara İlişkin Düzenlemeler" başlıklı dördüncü bölümünün 24 ve 24/A. maddelerinde konu ayrıntılı olarak ele alınmıştır. "Çocuklara Yönelik Reklamlar" başlıklı 24.maddedeki düzenleme sadece çocuklara yönelik reklamlar için değil aynı zamanda onları etki altına alabilme ihtimalinin bulunduğu reklamlar ile çocukların yer almış olduğu reklamlara da yöneliktir. Bu maddede çocuklara yönelik reklamlar çeşitli açılardan düzenlenmiştir. Reklamlara birtakım kısıtlamalar getirilmiştir. Reklamlar; çocukların fiziksel, zihinsel, ahlaki, psikolojik ve toplumsal gelişimini olumsuz şekilde etkileyebilecek hiçbir ifade veya görüntü içeremez (m. 24/1-a). Ayrıca reklamların hedef kitlesi olan çocukların yaş gruplarının dikkate alınması ve onlarda gerçek olmayan beklentilerin doğmasını sağlayacak veya kurgu ile gerçek arasındaki farkın ayırt edilmesini zorlaştırabilecek unsurlar da içermemesi gerekmektedir (m. 24/1-b).

Yine reklamların; çocukların, belirli bir ürüne sahip olmasından veya o ürünü kullanmasından dolayı yaşıtı olan diğer çocuklar göre fiziksel, sosyal ya da psikolojik bir üstünlük sağlayacağı veya o ürüne sahip olmadığı takdirde aksi yönde bir etki oluşturulacağı yönünde mesaj içermeyeceği de düzenlenmiştir (m. 24/1-c).

Reklamlar, çocukları tehlikeli durumlara girmesine sebebiyet verecek ya da tanımadıkları kişilerle ilişki kurmaya veya bilmedikleri yahut tehlikeli yerlere girmeye özendirilecek nitelikte hiçbir ifade ya da görüntü barındırmaz (m. 24/1-ç). Yine çocukların taklit edebilecekleri şiddet unsurları da reklamlarda yer alamaz (m. 24/1-d). Reklamlarda çocuklar, kendileri veyahut çevreleri açısından tehlike yaratabilecek araç, gereç ve nesnelere kullanırken veya oynarken gösterilemez (m. 24/1-e).

Ayrıca reklamlarda çocukların kültürel, ahlaki ve olumlu davranışlarını bozmaya, değiştirmeye ya da kötülemeye yönelik hususlar da bulunamaz (m. 24/1-f). Reklamların çocukların ebeveynlerine, öğretmenlerine ya da üçüncü başka kişilere duymuş olduğu özel güveni kötüye kullanılmasına (m. 24/1-g) yönelik veyahut ebeveyn ya da öğretmenin otoritesi ve sorumluluğu zayıflatacak veya ortadan kaldıracak unsurları (m. 24/1-ğ) içermemesi gerekmektedir. Bir de ebeveynlerin çocuklarını duydukları sevgi, şefkat veya bağlılık gibi hassas olan duygularını istismar edici nitelikte reklamların yapılacağı düzenlenmiştir (m. 24/1-h). Bu fıkra paralel olarak çocukların, bir mal veya hizmetin edinilmesi için, ebeveynlerini ya da başkalarını ikna etmeye doğrudan özendirilemeyeceği (m. 24/1-ı) ve bu amaçla sözleşme yapmalarını ima edecek ifadelerin yer alamayacağı (m. 24/1-i) da düzenlenmiştir. Reklamlar mal ya da hizmetin her aile bütçesine uygun olduğuna yönelik (m. 24/1-j) veya düşük bir fiyatı olduğuna yönelik algı oluşturacak şekilde, fiyat bilgisinin yanında yalnızca ya da sadece gibi ifadeler (m. 24/1-k) de içeremez. Ayrıca reklamlarda, mal veya hizmeti kullanmanın ya da bunlardan yararlanmanın gerektirdiğinden daha az beceri gerektiriyormuş gibi gösterilmemesi gerektiği de düzenlenmiştir (m. 24/1-l). Reklamı yapılan mal veya hizmetin kullanılması ya da reklamlarda anlatıldığı

gibi bir sonucun alınması için ek olarak mal veya hizmet gerekiyorsa bu hususların reklamda açık bir şekilde yer alması da gerekmektedir (m. 24/1-m). Önlem alınmadığında çocukların veyahut çevresindekilerin sağlığa zarar verebilecek nitelikte mal veya hizmetler bakımından gerekli önlemlerin alınmasını sağlayan hatırlatıcı nitelikte işaret ya da uyarılarında bulunması zorunludur (m. 24/1-n). Mesafeli sözleşmelere ilişkin reklamların ise doğrudan çocukları hedef alan bir satın alma daveti içermeyeceği de belirtilmiştir (m. 24/2).

Bu yönetmelik kapsamında 24/A maddesinde ise çocuklarda aşırı tüketilmesi istenilmeyen reklamlara ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile çocuklara yönelik radyo veya televizyon programlarında ve özellikle çocuklara yönelik tasarlanan her türlü mecrada Sağlık Bakanlığı tarafından “Çocuklara Yönelik Aşırı Tüketimi Tavsiye Edilmeyen Gıdalar ve İçecekler ile İlgili Reklamlar İçin Besin Profili Modeli Kullanım Rehberi”⁷⁹ ile düzenlenen gıda ve içecek listesinin kırmızı kategorisinde yer alan yani aşırı tüketimi istenilmeyen gıda ve içeceklerin reklamı yapılamaz (f. 1). Bu rehberde reklamına izin verilmeyen gıda ve içecek listesinin yanı sıra reklamına izin verilen ile bazı kriterlere uygun olması şartıyla reklamına izin verilen gıda ve içecekler de yer almaktadır. Aynı zamanda bazı kriterlere uygun olmak koşuluyla reklamına izin verilen gıda ve içecekler için uyulacak kriterleri de belirlemiştir. Bu kriterler televizyon ekranının alt kısmında ve izleyicilerin rahatlıkla okuyabileceği akar bant şeklinde veya reklam hangi mecrada yapılıyorsa onun yapısına uygun olarak düzenli ve dengeli beslenmeyi teşvik eden yazılı veya sözlü ifadelerin yer alması şeklinde belirlenmiştir. Sağlık Bakanlığı tarafından her ürün grubu açısından kullanılması gereken ifadeler belirlenmiştir. Ayrıca kırmızı kategoride yer alan aşırı tüketimi tavsiye edilmeyen gıdaların satışını arttırmak amacıyla yapılan uygulamalarda çocukların hedef alınarak asıl ürünle beraber onların ilgi ve beğenilerine yönelik ürünlerin de hediye olarak verilemeyeceği belirtilmiştir.

IV. ÇOCUKLARA YÖNELİK REKLAM DÜZENLEMELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hem Türk hukukunda hem de uluslararası hukukta çocuklar korunmaya değer dezavantajlı gruplardan biri olarak kabul edilmiştir. Bu yüzden de çocukları korumak adına günlük hayatta sıkça maruz kaldıkları reklamlara birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeler incelendiğinde Türk hukukundaki çocuklara yönelik reklam düzenlemeleri ile uluslararası hukuktaki düzenlemelerin birbiri ile uyum içinde olduğu açıktır. Bu düzenlemelerle reklamların çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerini en aza indirmek ve onların fiziksel, sosyal, psikolojik veya bilişsel gelişimlerini engelleyebilecek her türlü reklam unsurundan korunması amaçlanmıştır. Çocuklara yönelik reklamlar için, çocukların gelişimi olumsuz etkilememesi; onun aile veya öğretmeni ile olan ilişkisini bozabilecek tarzda olmaması; onları ikna etmeye yönelik olmaması; onların gerçeklik duygusunu yok etmeyecek tarzda olmaması; sağlıklarını bozmaması; her şekilde çocukların tehlikeden uzak tutulması ve şiddete yönlendirmemesi gibi birçok konudan kısıtlamalar mevcuttur⁸⁰. Özellikle son yıllarda yaşanan gelişmelerle reklamların yer aldığı mecraların çocukların gelişim çağında büyük rol almaktadır ve bu kısıtlamalarla çocuklar bir nebze olsun koruma altına alınmıştır. Bu düzenlemelerin yapılması önemlidir çünkü çocukların ticari mesaj içerikli reklamlara maruz kalması, onlar üzerinde çocuk-ebeveyn çatışmasına, alaycı tavırlara, obeziteye ve muhtemelen materyalist tutumlara yol açabilmektedir⁸¹. Örneğin son yıllarda yapılan yurtdışında bir araştırmada sağlıksız reklamların oranı ile obezitenin artması arasındaki ilişkinin doğru orantılı olduğu ortaya koyulmuştur⁸².

⁷⁹ Bkz. https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/Yayinlarimiz/Rehberler/Besin_Profil_Modeli_Kullanim_Rehberi_1.6.2018.pdf (ET: 11.10.2024).

⁸⁰ YAMAN, Fikret: “Türkiye’de Çocuklara Yönelik Reklamlar Açısından Reklam Mevzuatının Değerlendirilmesi”, *International Social Mentality and Researcher Thinkers Journal*, 2021, Cilt 7, Sayı 52, s. 2975-2976.

⁸¹ CALVERT, s. 218.

⁸² KONTSEVAYA, Anna / IMAEVA, Asii / BALANOVA, Yulia / KAPUSTINA, A. / BRED, Joao / JEWELL, J. M. / SALAKHOV, E. R. / DRAPKINA, Oxana M. / BOYLAND, Emma J.: “The Extent and Nature of Television Food Advertising to Children and Adolescents in the Russian Federation”, *Public Health Nutrition*, 2020, Cilt 23, Sayı 11, s. 1874.

Türkiye’de de başta Reklam Kurulu olmak üzere reklamlara ilişkin düzenleme ve denetme işlemlerini yapmakla görevli kuruluşlar reklamların çocuklar üzerindeki olumsuz etkisini en aza indirmek için çalışmaktadır. Kararlara konu edinilen çocuklara yönelik reklamlarda yapılan ihlallerin bazılarının bir diğer mecra olan sosyal medyada da gerçekleşebilmesi mümkündür. Hatta bu ihlallerin boyutunun suç teşkil edecek seviyelere gelmesi bile söz konusu olabilir⁸³. Ancak diğerlerine oranla sosyal medyanın yeni bir mecra olması ve hızlı bir şekilde değişime uğraması sebebiyle yasal düzenlemeleri yeterli olmamakla birlikte denetim de sınırlı bir şekilde yapılabilmektedir⁸⁴. Bu yüzden sosyal medyada yer alan çocuklara yönelik reklamlarla ilgili kararlar kapsam dışı bırakılmıştır. Çalışmamızın bu bölümünde Reklam Kurulunun sosyal medya dışındaki mecralar hakkındaki kararları inceleme konusu yapılarak reklamların çocuklarla ilgili düzenlemeler çerçevesinde uygulamada nelerin aykırılık teşkil ettiği hususu açıklanmaya çalışılmıştır.

Reklam Kurulunun bir kararında⁸⁵; bir firmanın sürpriz yumurta, drajebon ve fındık kremalı çikolata gibi ürünlerini bir araya getirerek içerisinde balon ve karikatürlü boyamanın da bulunduğu “Mutluluk Paketi” adı verilen yeni bir ürün oluşturması inceleme konusu olmuştur. Yapılan inceleme sonucunda bu ürünün “Çocuklara Yönelik Aşırı Tüketimi Tavsiye Edilmeyen Gıdalar ve İçecekler İle İlgili Reklamlar İçin Besin Profili Modeli Kullanım Rehberi”nde aşırı tüketimi istenilmeyen gıdalar kapsamında olduğu ve bundan dolayı söz konusu reklamların ve promosyonların durdurulmasına karar verilmiştir.

Başka bir kararında⁸⁶ ise sağlık ürünleri üretimi yapan bir firmanın balık yağı ürününün reklamında küçük kız çocuğu ve annesi arasında geçen karşılıklı konuşmada balık yağını isteyen kızını diğer çocuklara oranla normal olduğunu belirten annenin sözlü ifadelerinin balık yağını kullanan çocuk ile kullanmayan çocuk arasında fiziksel, sosyal ya da psikolojik bir üstünlük sağlayacağına ya da kullanmadığı takdirde tam tersi yönde olumsuz bir etki yaratacağı gerekçesiyle söz konusu reklamın durdurulmasına karar vermiştir.

Başka bir kararlarında⁸⁷ ise “Peace”, “Love is Love”, “Pride”, “LGBT” gibi ifadelerle birlikte, LGBT ve gökkuşağı temalarıyla internet üzerinden satışa sunulan ürün ve tanıtımların “+18” uyarısı verilmeksizin satışa sunulduğu ve bu durum dolayısıyla çocukların ve gençlerin zihinsel, ahlaki, psikolojik ve toplumsal gelişim özelliklerinin olumsuz yönde etkilendiği gerekçesiyle anılan reklamların durdurulmasına karar vermiştir.

Reklam Kurulunun diğer bir kararında⁸⁸ ise bir internet mecrasında bikini ve mayo reklamlarında kız çocuklarını erişkin mankenlerin davranışları taklit ettirilerek ticari kazanç elde etmek amacıyla görüntülerin yer almasının çocukların zihinsel, ahlaki, psikolojik ve toplumsal gelişimlerini etkileyecek nitelikte olduğu gerekçesiyle anılan reklamların durdurulmasına karar vermiştir. Benzer nitelikte başka bir kararında⁸⁹ çevrimiçi alışveriş yapılabilecek bir internet sitesinde “fantezi temalı kadın iç

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZCAN, Gizem: “Çocuk Hakları İhlali ve Çocuk İstismarı Açısından Çocuk Youtube Kanalları”, *Disiplinlerarası Çocuk Hakları Araştırması Dergisi*, 2023, Cilt 3, Sayı 5, s. 64-72.

⁸⁴ ÖZDEMİR / DOĞANAY, s. 8-9.

⁸⁵ Reklam Kurulu, T. 12.01.2021, Dosya No: 2020/4944, Toplantı No: 305 (<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, ET: 07.04.2022). Benzer nitelikte karar için bkz. Reklam Kurulu, T. 10.12.2019, Dosya No: 2019/10947, Toplantı No: 291 (Lexpera).

⁸⁶ Reklam Kurulu, T. 13.07.2021, Dosya No: 2021/1382, Toplantı No: 311 (<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, ET: 11.10.2024). Benzer nitelikte kararlar için bkz. Reklam Kurulu, T. 11.11.2014, Dosya No: 2014/1360, Toplantı No: 230; Reklam Kurulu, T. 10.01.2017, Dosya No: 2016/2516, Toplantı No: 256 (Lexpera).

⁸⁷ Reklam Kurulu, T. 10.11.2020, Dosya No: 2020/1122, Toplantı No: 303; Reklam Kurulu, T. 10.11.2020, Dosya No: 2020/1121, Toplantı No: 303; Reklam Kurulu, T. 10.11.2020, Dosya No: 2020/1120, Toplantı No: 303; Reklam Kurulu, T. 10.11.2020, Dosya No: 2020/1119, Toplantı No: 303 (Lexpera).

⁸⁸ Reklam Kurulu, T. 12.12.2017, Dosya No: 2017/698, Toplantı No: 267 (<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, ET: 11.10.2024).

⁸⁹ Reklam Kurulu, T. 11.10.2016, Dosya No: 2016/1550, Toplantı No: 253 (<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, ET: 11.04.2024).

giyim” bölümünde yer alan görsellerin, çocukların kolaylıkla erişebileceği ve onların zihinsel, ahlaki, psikolojik ve toplumsal gelişimlerini etkileyecek nitelikte olabileceği gerekçesiyle anılan reklamların durdurulmasına ve 58.127 Türk lirası idari para cezasına karar verilmiştir.

Reklam Kurulunun bir kararında⁹⁰ ise televizyon yayınlarında bir kız çocuğunun terör örgütünü simgeleyen bir bez parçasını tuttuğu görsellere yer verilmesinin yasadışı davranışlara göz yuman, bu davranışlara özendirilen ve destekleyen unsurlar içerdiğini ve bu durumun çocuklar açısından gelişimlerini kötü etkileyip kültürel, ahlaki ve olumlu sosyal davranışlarını bozabileceği, değiştirebileceği veya kötülemeye yol açabileceği gerekçesiyle anılan reklamların durdurulmasına ve 20.953-TL idari para cezasına karar verilmiştir.

Bir diğer kararında⁹¹ ise bir firmanın sebzeli ketçap ürününün reklam filmlerinde “*Sezsesiz olmaz diyen annelerin ketçapsız olmaz diyen çocuklarına*” sloganını kullanarak ilgili ürünün sebzelerin ikamesi olarak gösterilerek çocukları sağlıksız beslenme alışkanlığı edindirmesine sebebiyet vereceğini belirtmiştir. Aynı zamanda reklam filminde yer alan çocukların “*Kimse bana sebze yediremez*”, “*Eve istediğim zaman gelirim, çok da geç yatarım*”, “*Serseri bir ruhum var*” ve “*Anne beni bu akşam beklemeyin*” şeklindeki ifadelerde bulunmasının aile kurumuna uygun olmadığına ve toplum tarafından uygun bulunmayan sorumsuz, başına buyruk bir yaşam tarzına özendirildiğine dikkat çekilmiştir. Reklam Kurulu bu gerekçelere dayanarak anılan reklamların durdurulmasına ve 220.220 Türk lirası idari para cezasına karar vermiştir.

Başka bir kararda ise⁹² bebek bezi ürünleriyle ilgili “*Küçük yumruklarıyla büyük mücadele veriyorlar*” sloganıyla alınan her bir bebek bezinin karşılığı olarak El Bebek Gül Bebek Derneğine bağış yapılacağına ilişkin televizyon kanallarında yayınlanan reklam filmleri ele alınmıştır. Prematüre doğan bebeklerin ve ailelerin hastane ortamındaki görüntülerine yer verilerek erken doğan bebeklerin zor koşullarla vermiş oldukları hayat mücadelelerinin reklam filmlerinde gösterilmesinin hem tüketicilerin çocuklara yönelik acıma duygularını istismar edici nitelikte olduğu hem de prematüre bebeklerin ebeveynleri üzerinde travma etkisi yaratabileceği nitelikte olduğu gerekçeleriyle anılan reklamların durdurulmasına ve 241.413 Türk lirası idari para cezasına karar verilmiştir.

Bir diğer kararda⁹³ ise temizlik ürününün reklam filminde dört beş yaşlarında küçük bir çocuğun oyuncak tavşanını yıkanmak üzere çamaşır makinesine yerleştirdiği ve oyuncak tavşanın çamaşır makinesinde canlanarak kalıntı, kir, pas içeren suda korku ve panik hallerine yer verilmesi ve ilgili ürünün kullanılmasından sonra temiz çamaşır makinesinin içinden çocuğa el sallayan oyuncak tavşanın görüntülerinin yer almasının çocuklar üzerinde çamaşır makinesinin içine girmeye yönelik çocukların güvenliklerini tehlikeye düşürebilecek nitelikte hareketlere özendirilmesi gerekçesiyle anılan reklamların durdurulmasına ve 241.413 Türk lirası idari para cezasına karar verilmiştir.

Başka bir kararında⁹⁴; “1 Nisan Şakası” temalı reklamlarda “*1 Nisan Yaklaşıyor tuhaf şeyler oluyor... Eve dönerken bir parlama gözünü alacak... Evini folyoyla kaplı bulacaksın... Aniden kendini kale direği olarak bulacaksın... Pis burunla çekilmiş şutlar seni bulacak... Bir mekanda tatlı tatlı tatlı*

⁹⁰ Reklam Kurulu, T. 08.12.2020, Dosya No: 2020/1124, Toplantı No: 304 (<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, ET: 11.10.2024).

⁹¹ Reklam Kurulu, T. 14.07.2015, Dosya No: 2015/439, Toplantı No: 238 (<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, ET:11.10.2024). Benzer nitelikte karar için bkz. Reklam Kurulu, T. 10.11.2020, Dosya No: 2020/1626, Toplantı No: 303. Bkz. <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> (ET: 11.10.2024).

⁹² Reklam Kurulu, T. 03.07.2018, Dosya No: 2018/312, Toplantı No: 274 (<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, ET: 11.10.2024).

⁹³ Reklam Kurulu, T. 10.10.2017, Dosya No: 2017/1153, Toplantı No: 265 (<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, ET: 07.04.2022). Benzer nitelikte karar için bkz. Reklam Kurulu, T. 13.03.2018, Dosya No: 2017/3885, Toplantı No: 270 (<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, ET: 11.10.2024).

⁹⁴ Reklam Kurulu, T. 11.07.2017, Dosya No: 2017/2127, Toplantı No: 262 (<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, ET: 11.10.2024). Benzer nitelikte karar için bkz. Reklam Kurulu, T. 11.07.2017, Dosya No: 2017/2126, Toplantı No: 262; Reklam Kurulu, T. 09.05.2017, Dosya No: 2017/1044, Toplantı No: 260 (<https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, ET: 11.10.2024).

siparişi vereceksin... Ama acılar seni bulacak... Sokaktayken ansızın... Bir kova suyun kırk yıl hatırı olacak... Huzur içinde uyduğunu sanacaksın... Uyandığında etrafı bardak dolu bulacaksın... Bir gün güneşli havada evden çıkacaksın... Aniden sağanak başlayacak... Seyahate çıkacaksın aniden telefon gelecek... 'Senin eve hırsız girmiş' diyecek, tadın kaçacak... Hiç beklemediğin bir anda... Aniden ense-ne o buz girecek. Tir tir titreyeceksin. ... 1 Nisan geliyor hesaplaşma zamanı yaklaşıyor... Sana sürprizlerim olacak... #KüçükKardeş Olmak bunu gerektirir. Sevgiler ;)" şeklindeki ifadelerle yer verildiği belirtilmiştir. Bu tür ifadelerin çocukları şiddete özendirici davranışlara özendireceği gerekçesiyle anılan reklamların durdurulmasına ve 60.353 Türk lirası idari para cezasına karar verilmiştir.

Kısaca Reklam Kurulu, çocukların reklamlarla karşılaştığı her alanda düzenleme ve denetleme yetkisine sahiptir. Reklamlarda çocuklara yönelik kısıtlamalara aykırı hareket eden reklamverenleri tespit ederek çocukların reklamlardan dolayı olumsuz etkilenmesini önlemeye çalışmaktadır. Fakat son zamanlardaki kararları incelendiğinde Reklam Kurulu kararlarının sadece söz konusu reklamı durdurmaya yönelik olduğu ve bu durumda reklamverenler açısından bir caydırıcılığı olmadığı yine Reklam Kurulu kararlarında açıkça görülmektedir.

SONUÇ

Hem uygulamada hem de doktrinde birçok farklı tanımı bulunan reklamın artık günlük yaşamın ayrılmaz bir parçası olduğu açıktır. Bir insan doğduğu andan itibaren yaşamının sonuna kadar reklamlarla iç içe yaşamaktadır. Teknolojik gelişmeler sayesinde reklamlar; televizyon, radyo veya gazetenin yanı sıra başta internet olmak üzere birçok mecra da yer almaktadır. Fakat her insanın reklamlara bakış açısı farklıdır ve insan yaşamının her döneminde reklamlardan farklı bir şekilde etkilenir. Özellikle çocukluk döneminde insan kolay etkilenebilir ve yönlendirilebilir. Aynı zamanda ailelerin yaşamlarını çocuklarına göre şekillendirdiği düşünüldüğünde çocukların kolay yönlendirilebilme özelliği onların reklamverenler açısından hedef kitle olarak kabul edilmesine sebebiyet vermiştir. Reklamverenler, çocukları etkileyerek yetişkinlere reklamını yaptıkları mal veya hizmeti satın aldırmanın yanı sıra onları gelecekteki potansiyel müşteri çevresine de katmayı amaçlamaktadır. Bu yüzden de reklamlarında çocukların fiziksel, sosyal, psikolojik veya bilişsel gelişimlerini düşünmeksizin hareket edebilmektedir.

Ulusal ve uluslararası hukukta başta çocuklar olmak üzere birtakım özelliklerinden dolayı dezavantajlı olarak kabul edilen grupların reklamların olumsuz etkilerinden korunması için düzenlemeler yapılmıştır. Türk hukukundaki düzenlemeler ile uluslararası hukukta düzenlemeler birbirine paraleldir. Çünkü hukuk sistemleri çocukları doğdukları andan itibaren bir birey kabul edip çocukların da haklara sahip olduğunu kabul etmiştir. Bütün bu düzenlemeler bir arada incelendiğinde çocukları her türlü korumaya yönelik reklamverenler açısından kısıtlamalar getirilmiştir. Fakat uygulamada bu kısıtlamaların yetersiz olduğu reklamların çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerinin artışı gösteren araştırmalar sayesinde bellidir.

Her ne kadar çocukları reklamların olumsuz etkilerinden koruyabilecek şekilde düzenlemeler yapılmış olsa da reklamların denetlenmesi sonucunda verilen cezalar konusunda sıkıntılar mevcuttur. Özellikle Reklam Kurulu kararları bakımından birbirine tıpa tıp benzeyen kararların olması verilen cezaların caydırıcı olmadığı ve reklamverenlerin hala aynı şekilde reklam üretmeye devam ettiğinin göstergesidir.

Çocuklar toplumun geleceğini oluşturan bireylerdir. Onların sağlıklı bir şekilde gelişimlerini tamamlamaları dünya açısından önemlidir. Onlara bu ortamı sağlamak için gerekli önlemleri almak ve uygulamak ise devletlerin görevidir. Sonuç olarak sadece gerekli önlemlerin alınması değil aynı zamanda alınan önlemlerin hayata geçirilmesi için gereken tüm adımların atılması zorunludur. Reklamlar açısından bu durum reklam denetimlerinin sıklaşması ve bu denetimler sonucunda verilecek olan cezaların caydırıcılık özelliği taşıması şeklinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- AVŞAR, Zakir / ELDEN, Müge: *Reklam ve Reklam Mevzuatı*, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Ankara, 2004.
- AVŞAR, Zakir / ÖZENİRLER, Işıl: “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Çocuklara Yönelik Reklam Düzenlemeleri”, *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015, Cilt 8, Sayı 1, s. 285-310.
- AZİZ, Hakim / ÖZCAN, Hüsnü Akın: “Türk Hukuk Sisteminde Uygulamalar ile Aldatıcı Reklamlar”, *Dicle Üniversitesi Adalet Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 2020, Cilt 4, Sayı 1, s. 1-29.
- BAĞDATLI, Selahattin: *Hukuk Sözlüğü*, Derin Yayınları, İstanbul, 2015.
- CALVERT, Sandra L.: “Children as Consumers: Advertising and Marketing”, *The Future of Children*, 2008, Cilt 18, Sayı 1, s. 205-234.
- CEYLAN, Levent / BARUÖNÜ LATİF, Özge / ÖRS, Müge: “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin ‘Çocuklara Yönelik Reklamlar’ Başlıklı Maddesine Aykırılıktan Ceza Almış Reklamların Tüketicideki Algısı”, *Selçuk İletişim*, 2018, Cilt 11, Sayı 2, s. 374-396.
- ÇAKIR, Hamza: “Düzenleyici Kurullar Olarak RTÜK ve CSA”, *Kocaeli Üniversitesi İletişim Fakültesi Araştırma Dergisi*, 2006, Sayı 8, s. 37-56.
- ÇAKIR, Vedat: “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye’de Televizyon Reklamlarına Yönelik Düzenlemeler”, *Selçuk İletişim*, 2007, Cilt 5, Sayı 1, s. 198-209.
- ÇATALOĞLU, Burcu Bahar: “Reklama Hukuki Açıdan Bir Bakış”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, Sayı 2, s. 599-632.
- ÇİFTÇİ, Ahmet / KIRGIL, Sevinç: *Türk Basın-Yayın Mevzuatı (İçtihatlı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- DEVECİ, Akın: “Çocuğun Tüketici Olarak Tanımlanışı, Reklamlarda Tüketen Çocuk”, *Çalışma Ortamı Dergisi*, 2009, Sayı 106, s. 18-19.
- DİŞBUDAK, Aylin: *Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- ELDEN, Müge / ULUKÖK, Özkan: “Çocuklara Yönelik Reklamlarda Denetim ve Etik”, *Küresel İletişim Dergisi*, 2006, Sayı 2, s. 1-22.
- EROL, Arzu: *Türk Hukukunda Örtülü Reklam*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ERTUNÇ, Filiz: *Çocuk Dünyasında Reklamın Rolü: Televizyon Reklamlarında Çocuklara Yönelik Düzenlemeler*, Uzmanlık Tezi, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Ankara, 2011.
- GEÇER, Sema: *Avrupa Birliği Ülkelerinde Ticari İletişimi Yasaklı Ürünlerin Ülkelere Göre Karşılaştırılması (İngiltere, Fransa, Almanya, İtalya ve İskandinav Ülkeleri)*, Uzmanlık Tezi, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Ankara, 2022.
- GÜRDİN, Bahar: “Sağlık Hizmetleri Sektöründe Reklam Yasağı: Uygulama Örnekleri”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, 2017, Cilt 9, Sayı 2, s. 17-30.
- HOFFMANN, Beata: “The Role of Advertising in Shaping Children’s Preferences of Consumption”, *Trakia Journal of Sciences*, 2019, Cilt 17, Sayı 2, s. 115-124.
- İŞİK, Metin: “Görsel-İşitsel İletişim Alanının Düzenlenmesinde Yeni Eğilimler ve RTÜK”, *Selçuk İletişim*, 2008, Cilt 5, Sayı 2, s. 199-205.
- İÇEL, Kayıhan / ÜNVER, Yener: *Kitle Haberleşme Hukuku Basın - Radyo - Televizyon - Sinema - Video - İnternet*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- İNAL, Emrehan / BAYSAL, Başak: *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- KAFADAR, Onur: “RTÜK’ün Çocuklara Yönelik Kararlarının Çocuk ve Televizyon İlişkisi Yönüyle İçerik Analizi Yöntemi ile İncelenmesi”, *Kesit Akademi Dergisi*, 2017, Sayı 10, s. 810-837.
- KARACA, Yusuf / PEKYAMAN, Asuman / GÜNEY, Hatice: “Ebeveynlerin Televizyon Reklam İçeriklerinin Çocuklar Üzerindeki Etkilerini Etik Açısından Algılamalarına Yönelik Bir Araştırma”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2007, Cilt 9, Sayı 2, s. 233-249.
- KONTSEVAYA, Anna / IMAEVA, Asii / BALANOVA, Yulia / KAPUSTINA, A. / BREDI, Joao / JEWELL, J.M. / SALAKHOV, E. R. / DRAPKINA, Oxana M. / BOYLAND, Emma J.: “The Extent and Nature of Television Food Advertising to Children and Adolescents in the Russian Federation”, *Public Health Nutrition*, 2020, Cilt 23, Sayı 11, s. 1868-1876.

- KUYUCU, Mihalis: “Çocuk Dergileri ve Reklam: Türkiye’de Yayınlanan Çocuk Dergilerinde Kullanılan Reklamlara Yönelik Bir İnceleme”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, 2016, Sayı 8, s. 145-170.
- OLIVER, Andrew: “The Proposed European Union Ban On Television Advertising Targeting Children: Would It Violate European Human Rights Law?”, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 2000, Cilt 20, Sayı 3, s. 501-526.
- ÖZCAN, Gizem: “Çocuk Hakları İhlali ve Çocuk İstismarı Açısından Çocuk Youtube Kanalları”, *Disiplinlerarası Çocuk Hakları Araştırması Dergisi*, 2023, Cilt 3, Sayı 5, s. 64-72.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 53, Sayı 3, s. 61-90 (Aldatıcı Reklam).
- ÖZDEMİR, Semih Sırrı / DOĞANAY, Muhammed Zahid: “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Sayı 13, s. 295-337.
- ÖZDEMİR, Semih Sırrı: *Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013 (Haksız Rekabet).
- ÖZKAN, Abdullah / TANDAÇGÜNEŞ, Nilnur / ÖNAYDOĞAN, Betül: *Yeni Medya ve Reklam*, Derin Yayınları, İstanbul, 2015.
- ÖZTÜRK, Muammer: “Avrupa’nın Bütünleşmesi İçin Kültürün Önemi ve Televizyonun Avrupalılaşması”, *Selçuk İletişim*, 2004, Cilt 3, Sayı 2, s. 122-125.
- ŞAHİNCİ, Dilek: “6502 Sayılı Yeni Tüketici Kanunundaki Reklam Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, Cilt 9, Sayı 89, s. 97-103.
- TEKELİOĞLU, Numan: *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- TİRYAKİ, Refik: “Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 51, Sayı 4, s. 169-205.
- ULUĞ, Ali Sedat: *AB ve Türk Hukukunda Reklam Uygulama Esasları Bakış Açısıyla Tüketicilerin Reklama Karşı Tutumu ve Satın Alma Davranışı Arasındaki İlişki*, Dora Yayıncılık, Bursa, 2020.
- YAĞMUR, Özgür: *AB ve Türk Hukuku Uygulamalarında Karşılaştırmalı Reklam*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YAMAN, Fikret: “Türkiye’de Çocuklara Yönelik Reklamlar Açısından Reklam Mevzuatının Değerlendirilmesi”, *International Social Mentality and Researcher Thinkers Journal*, 2021, Cilt 7, Sayı 52, s. 2971-2979.
- YAŞAR, Ali: *Televizyon Reklamlarının Hukuki Niteliği ve Televizyon Reklamları Üzerinde Hak Sahipliği*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- YILDIZ, Sevil: *Medya ve Hukuk*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2010.
- YILMAZ, Yalçın: “Televizyon Reklamlarında Çocuklara Yönelik Yayın İlkelerinin İhlallerine Karşı İçerik Denetimleri”, *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, 2020, Sayı 52, s. 46-68.
- ZEVKLİLER, Aydın / AYDOĞDU, Murat: *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ZİYLAN, Çetin: “Türkiye’de Reklam Düzenlemeleri, Denetimi, Kurumlar ve İşleyiş”, (Ed.) ELÇİN, Gülçin: *Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 1-18.



Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluk Ayırımı^(*)



Distinction between Civil and Criminal Liability of Members of the Board of Directors of a Joint Stock Company

Hilal Betül GÜNGÜNEŞ ŞAHİN



Doktora Öğrencisi

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

*Anonim Şirket,
Yönetim Kurulu,
Hukuki Sorumluluk,
Cezai Sorumluluk,
Sorumluluğun Sona
Ermesi.*

Öz

Atıl bulunan küçük sermayeleri bir araya getiren ve bu sermayeleri ekonominin hizmetine sunarak büyük yatırımlar yapılmasını sağlayan anonim şirketler ekonomik düzenin önemli taşıyıcılarından birisidir. Ancak büyük yatırımların yapılması ve ticari hayatın gelişmesi her şeyden önce kişilerin birbirlerine güvenmelerine ve piyasadaki istikrara bağlıdır. Bu güven ilişkisini oluşturmanın yolu ise şirketlerle ilgili sorumluluk hukukunun geliştirilmesi ve buna bağlı olarak yöneticilerin sorumluluklarının etkili bir hukuki çerçeveye alınmasıdır. Şu hâlde yalnızca hukuki sorumluluk yüklemek suretiyle ekonominin sağlıklı bir şekilde büyümesini sağlamanın ve ticari hayatı dengede tutmanın her daim mümkün olmayacağı rahatlıkla söylenebilecektir. Söz konusu durum, anonim şirketler bünyesinde gerçekleştirilen faaliyetlerin ticaret hukukuna ek olarak ceza hukukunun inceleme alanına girmesini kaçınılmaz hale getirmektedir. Dolayısıyla şirket yöneticilerinin hukuki sorumluluklarının yanı sıra cezai sorumluluklarının da belirlenmesi ve bu iki sorumluluk türü arasındaki başlıca farklılıkların ortaya konulması önem taşımaktadır.

Keywords

*Joint Stock Company,
Board of Directors,
Civil Liability,
Criminal Liability,
Termination of
Liability.*

Abstract

Joint stock companies, which bring together idle small capitals and enable large investments by putting these capitals into the service of the economy, are one of the important carriers of the economic order. However, the making of large investments and the development of commercial life depend first and foremost on the trust between individuals and the stability in the market. The way to create this relationship of trust is to develop a liability law for companies and, accordingly, to put the responsibilities of managers within an effective legal framework. In this case, it can be easily said that it will not always be possible to ensure the healthy growth of the economy and keep commercial life in balance by only imposing legal liability. This situation makes it inevitable that the activities carried out within joint stock companies fall under the scrutiny of criminal law in addition to commercial law. Therefore, it is important to determine the criminal as well as the civil liability of company managers and to reveal the main differences between these two types of liability.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 31.10.2024, Kabul Tarihi: 18.01.2025.

GİRİŞ

Kuşkusuz sermaye şirketleri, günümüz ekonomik düzeninin önemli taşıyıcılarından birisidir. Ticari ilişkilerin küreselleşmesi ve karmaşıklaşması, büyük sermayeler toplamaya elverişsiz şahıs şirketleri yerine sermaye şirketlerini ön plana çıkarmıştır. Genellikle sigortacılık, bankacılık ve devletin ekonomik faaliyetleri gibi kilit sahalarda ve büyük sermayeler gerektiren sektörlerde uğraş veren anonim şirketler ise gerek ekonomik gerekse hukuki açıdan en önemli ve etkili sermaye şirketi olarak değerlendirilebilir. Ticari hayatta önemli bir yeri olan anonim şirketler, gelişimlerine paralel olarak, kendilerine özgü çeşitli hukuki ihtilafların ve düzenlemelerin konusunu oluşturmaktadır.

Anonim şirketler, atıl bulunan ve ekonomik bakımdan anlam ifade etmeyen küçük sermayeleri bir araya getirerek büyük sermayelere çevirmekte ve bu sermayeleri ekonominin hizmetine sunarak önemli yatırımlar yapılmasını sağlamaktadır¹. Ancak küçük sermayenin sermaye piyasasına girmesi ve ticari hayatın gelişmesi her şeyden önce kişilerin birbirlerine güvenmelerine ve piyasadaki istikrara bağlıdır. Bu güven ilişkisini oluşturmanın yolu ise şirketlerle ilgili sorumluluk hukukunun geliştirilmesi ve buna bağlı olarak yöneticilerin sorumluluklarının etkili bir hukuki çerçeveye alınmasıdır. Dolayısıyla şirket yöneticilerinin hukuki sorumlulukları yanında cezai sorumluluklarının da belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim salt hukuki sorumluluk yüklemek suretiyle ekonominin sağlıklı şekilde büyümesini sağlamak ve ticari hayatı dengede tutmak her daim mümkün olmayacaktır. Söz konusu durum, şirketler bünyesinde gerçekleştirilen faaliyetlerin ceza hukukunun inceleme alanına girmesini kaçınılmaz hale getirmektedir. Hukuki ve ekonomik önemi haiz anonim şirketlerde esas olarak şirketin yönetimi ve temsiliyle görevli olan yönetim kurulu, sadece genel kurul tarafından alınan kararları yürüten icrai bir organ olmayıp aynı zamanda şirketin hedeflerini belirleyen ve şirkete yön veren stratejik kararları alan bir organ niteliğindedir². Böylesine geniş yetkileri bulunan yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarına ek olarak cezai sorumluluklarının da belirlenmesi ve bu iki sorumluluk türü arasındaki başlıca farklılıkların ortaya konulması gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Çalışmamız kapsamında yer alan anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu hususunda, yükümlülük ihlali niteliğindeki bir davranış hem özel hukuk hem de ceza hukuku bakımından hukuka aykırı olarak kabul edilmekte ve bu nedenle söz konusu davranış cezai ve hukuki yaptırıma bağlanmaktadır. Diğer bir söyleyişle yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerine aykırı davranışlarının aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde hukuka aykırılık unsuru aynı yükümlülük ihlaline karşılık gelmektedir³. Böyle bir durumda yönetim kurulu üyelerinin hukuki ve cezai olmak üzere iki çeşit yaptırımla karşılaşması gündeme gelecektir. Yükümlülük ihlali teşkil eden hukuka aykırı fiil nedeniyle hem hukuki hem de cezai sorumluluğun doğması halinde hukuki sorumluluğun esasını özel hukuk, cezai sorumluluğunun esasını ise ceza hukuku oluşturmaktadır.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluğunda, sorumluluğa neden olan vakıalar ortak olsa da sorumluluğun varlığı için aranan şartlar ve kabul edilen ilkeler birbirinden ayrılmaktadır. Bu farklılıklara karşın cezai ve hukuki sorumluluk arasında yapısal bir bağlantı da bulunmaktadır. Nitekim yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna yol açan yükümlülük ihlali niteliğindeki davranış, cezai sorumluluk bakımından suçun hareketini oluşturmakta ve bu nedenle bu iki sorumluluk türünün unsurları ve ilkeleri bir dereceye kadar örtüşmektedir.

¹ TÜZÜN, Necat: *Anonim Şirketler*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1962, s. 12; ÇAMOĞLU, Ersin: *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 7; BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 194; EMİNOĞLU, Cafer: *Anonim Şirket Özelinde Fiili Yönetim Organı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 107.

² MİMAROĞLU, Sait Kemal: *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, s. 8.

³ ÖZBAĞ, Zikrullah: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Cezai Sorumlulukla Bağlantılı Hukuki Sorumluluğu*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2023, s. 335.

I. ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak Hukuki ve Cezai Sorumluluk

Kelime anlamıyla sorumluluk, “kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi” anlamına gelmektedir⁴. Hukuk terminolojisinde ise sorumluluğun, kişinin davranışlarının hukuki sonuçlarına katlanmasını ifade ettiği kabul edilebilirse de kavramın içeriği detaylı olarak ele alındığında birbirinden farklı birden çok anlama sahip olduğu görülmektedir.

İlk olarak sorumluluk, dar anlamda borç kavramını ifade eder⁵. Sorumluluğun bu anlamda kullanılması, borç ilişkisinden bağımsız bir kavram olarak düşünülememesinden ve borç ilişkisinin yaptırımı olmasından ileri gelmektedir. Dar anlamda kullanılan sorumluluk kavramı; borçlunun üstlendiği edimi kendi rızasıyla yerine getirmediği hallerde, alacaklının borçlunun malvarlığına cebri icra aracılığıyla el koyabilme yetkisini ve borçlunun da buna katlanma zorunluluğunu ifade etmektedir⁶. Sorumluluğun ikinci anlamı, borçlunun borcunu yerine getirme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe aykırı davranmasının sonuçlarıdır⁷. Bir başka deyişle yüklendiği borca aykırı davranan kimsenin davranışını tazmin etme yükümlülüğü sorumluluk olarak kabul edilmektedir⁸. Bu anlama göre borç kavramı ile sorumluluk kavramı farklı anlamlara sahiptir ve borç kavramının kapsamı, sorumluluk kavramının kapsamına göre daha dar niteliktedir. Nitekim bazı durumlarda borç bulunduğu halde sorumluluk oluşmazken, bazı durumlarda ise borçlu ve borç nedeniyle sorumluluğu bulunan kimseler farklı olabilmektedir⁹. Örneğin eksik borçlarda bu durum söz konusudur.

Sorumluluğun bir diğer anlamı ise isnat kabiliyetidir¹⁰. Bu anlamda sorumluluk; hukuki eylemin sonuçlarının bir kişiye yüklenmesini, kişinin söz konusu eylem ya da işlemde doğan sonuçları üstlenmesini ifade eder¹¹. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda da sorumluluk isnat edilebilirlik anlamına gelmektedir¹². Diğer bir ifadeyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, kanun veya esas sözleşmeden kaynaklı görevlerini yerine getirmeleri esnasında sebep oldukları zararların kendilerine isnat edilmesini ve üyelerin bu zarardan sorumlu olmalarını ifade etmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin kusurlu eylemlerinin kendilerine isnat edilebilirliği, ceza sorumluluğu bakımından da belirleyici niteliktedir.

Hukuk sistemi, toplumsal düzeni sağlamak için çeşitli hak ve yükümlülükler belirler ve hakların gerektiği şekilde kullanılmaması veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumlarında uygulanacak yaptırımları düzenler. Bu yaptırımların bir kısmı cezai, bir kısmı hukuki nitelikte olduğundan hukuk sistemimizde cezai ve hukuki olmak üzere başlıca iki tür sorumluluğun bulunduğu kabul edilmek-

⁴ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük (<https://sozluk.gov.tr>, ET: 10.11.2023).

⁵ EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 87; KAYIHAN, Şaban / ÜNLÜTEPE, Mustafa: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 38.

⁶ ŞENYÜZ, Doğan: *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2016, s. 11; KAYIHAN / ÜNLÜTEPE, s. 38.

⁷ AYAN, Mehmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 94; KAYAR, İsmail: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 43; ERDOĞAN, Kemal / AKKURT, Sinan Sami / TOKAT, Hüseyin: *Borçlar Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, (Borçlar), s. 250.

⁸ ALTAŞ, Soner: *Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 439; ERDOĞAN, İhsan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, (Genel), s. 31. Yargıtay, HGK, T. 13.06.2019, E. 2017/124, K. 2019/657 kararına göre; “Geniş anlamıyla sorumluluk kavramı, bir kişinin başka bir kişiye verdiği zararları giderme yükümlülüğü olarak açıklanmıştır. Hukuki anlamda sorumluluk ise, taraflar arasındaki borç ilişkisinin zedelenmesi sonucu doğan zararların giderilmesi (tazmin edilmesi) yükümlülüğünü içerir.” (Lexpera).

⁹ KAYAR, s. 43.

¹⁰ OĞUZMAN, Kemal: *Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 9; ÇAMOĞLU, s. 9; ARITÜRK, Ramazan: *Şirket Yöneticilerinin Cezai Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 72; ÖZBAĞ, s. 329.

¹¹ ÇAMOĞLU, s. 9; ARITÜRK, s. 73.

¹² ÇAMOĞLU, s. 12; AKDAĞ GÜNEY, Necla: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 167; ARITÜRK, s. 74.

tedir¹³. Burada hukuki sorumluluk kavramı, cezai sorumluluk kavramının karşıtı olarak, kişinin hukuki işlem ve eylemlerinin özel hukuktan kaynaklanan sonuçlarını üstlenmesi anlamında kullanılmaktadır¹⁴. Cezai sorumluluğun amacı, temel olarak, toplum düzenini korumak, suç işlenmesini önlemek ve suçluyu ıslah ederek yeniden topluma kazandırabilmekken hukuki sorumluluğun amacı, hukuki işlem veya eylem sonucunda ortaya çıkan zararın tazmin edilmesini sağlayabilmektir. Bu doğrultuda hukuki sorumluluğun iki temel işlevinin bulunduğu söylenebilecektir; meydana gelen zararı hakkaniyete uygun bir şekilde taraflar arasında denkleştirebilmek ve zararın meydana gelmesini önleyebilmek. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun öngörülmesiyle de yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerini ihlal etmek suretiyle sebep olduğu zararın denkleştirilmesi, şirket sermayesinin korunması ve yönetim kurulu üyelerinin gerekli özeni göstermesini sağlamak amaçlanmıştır¹⁵.

B. Genel Olarak Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu

Yönetim kurulu, anonim şirketin yönetim ve temsil organıdır. Bir başka deyişle şirket yönetim kurulu tarafından yönetilmekte ve temsil edilmektedir¹⁶. Devredilemez ve vazgeçilemez nitelikte görev ve yetkileri¹⁷ bulunan yönetim kurulu, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir¹⁸. Yönetim kurulu üyeleri, şirketin işletme konusunu gerçekleştirmek ve amacına ulaşmasını sağlamak için şirket tüzel kişiliğine ait ve esasında kendilerine yabancı bir mal varlığını yönetme yetkisine sahip bulunmaktadırlar. Yönetim kurulu üyelerinin sahip olduğu bu geniş yetkilerin hukuka uygun ve etkin şekilde kullanılmasının ve hesap verilebilirliğin sağlanması büyük önemi haizdir. Bu nedenle şirketin, pay sahiplerinin, alacaklıların ve hatta kamunun menfaatinin korunabilmesi amacıyla yönetim kurulu üyelerinin yetkilerini kötüye kullanmasını engelleyecek tedbirlerin alınması gerekmektedir. Nitekim yetkinin varlığı halinde yetkiyle orantılı sorumluluğun bulunması, yetkinin doğal bir sonucu niteliğindedir¹⁹. Bu doğrultuda yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin belirlenmesi ve bu yükümlülüklerin ihlali halinde sorumluluklarının düzenlenmesi ile yetkilerin; gerekli özenle, kanuna ve esas sözleşmeye uygun olarak kullanılması sağlanmakta ve hesap verilebilirlik mümkün kılınmaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun kaynağı ise, şirket tüzel kişiliği ile yönetim kurulu üyesi arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine bağlıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun dayandırılacağı sorumluluk rejimine yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide yönetim kurulu üyeleri ile şirket tüzel kişiliği arasında sözleşmeye dayanan bir ilişki olduğu hususunda²⁰ görüş birliği bulunmakla birlikte sözleşmenin niteliği konusunda birtakım ihtilaflar yer almaktadır. Yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi, şirketler ve borçlar hukuku unsurlarını birlikte barındıran karma sözleşme olduğuna²¹ yönelik görüşler bulunmaktaysa da baskın görüş taraflarca sözleşmenin niteliğinin belirlenmediği hallerde şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümleri-

¹³ ÖZTÜRK, Mustafa: *Taksirden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 34.

¹⁴ ERDOĞAN, Genel, s. 31; ÖZBAĞ, s. 72.

¹⁵ MİMAROĞLU, s. 16.

¹⁶ TTK m. 365.

¹⁷ TTK m. 375.

¹⁸ TTK m. 374.

¹⁹ DİNÇ, Serhan: *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 48.

²⁰ İMREGÜN, Oğuz: *Anonim Ortaklıklar*, 3. Baskı, Gün Matbaası, İstanbul, 1974, s. 156; ERİŞ, Gönen: *Açıklamalı, İçtihatlı, Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995, s. 316; ÇAMOĞLU, s. 111; AKDAĞ GÜNEY, s. 174; KENDİGELEN, Abuzer: *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 459; BAH-TİYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 391; AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZ-DAMAR, Mehmet: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 236; BOZKURT, Tamer: *Şirketler Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 503.

²¹ AKDAĞ GÜNEY, s. 178.

nin uygulanması yönündedir²². Şu hâlde anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun kaynağının sözleşmeye aykırılık olduğu söylenebilecektir. Bunun yanı sıra yönetim kurulu üyelerinin üçüncü şahıs sıfatıyla haksız fiil sebebiyle sorumlu bulunmaları da mümkündür. Yönetim kurulu üyelerinin davranışının hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil niteliğinde olması halinde ise haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğun yarıştığı²³ ve zarar görenin, bu iki sorumluluktan birini tercih edebilme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu TTK ile beş farklı türde olmak üzere dağılık şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin ilk dördünde²⁴ sorumluluk doğuran fiil esas alınmaktayken sonuncusunda²⁵ ise sorumlu kimseler sayılmaktadır. Bu doğrultuda fiili esas alan düzenlemelerde özel hukuki sorumluluk hallerinin, sorumluların sayıldığı düzenlemede ise genel hukuki sorumluluk halinin yer aldığı söylenebilecektir.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özel hukuki sorumluluk sebepleri; belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması, sermaye hakkında yanlış beyanda bulunulması ve ödeme yeterliğinin bulunmadığının bilinmesi, değer biçilmesinde yolsuzluk ve halktan para toplamak şeklinde düzenlenmiştir. Esasında özel hukuki sorumluluk halleri olarak düzenlenen bu sebepler, doğrudan yönetim kurulu üyelerinin değil yanlış, hileli veya sahte belgeleri düzenleyenlerin, sermaye hakkında yanlış beyanda bulunanların, ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilmesine rağmen onay verenlerin, değer biçmede yolsuzluk yapanların ve halktan para toplayanların sorumluluğunu düzenlemektedir²⁶. Ancak söz konusu özel sorumluluk halleri genellikle yönetim kurulu üyeleri tarafından gerçekleştirilmekte ve bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna sebebiyet vermektedir.

Genel hukuki sorumluluk halinin düzenlendiği TTK m. 553/1 hükmü uyarınca anonim şirketin kurucuları, yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve tasfiye memurları, kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. Buna göre yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu doğuran genel neden kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesidir. Madde lafzında yalnızca kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerden bahsedilmekteyse de ikincil nitelikteki mevzuat düzenlemelerinden ve iç yönergeden kaynaklanan yükümlülük ihlallerinin de hukuki sorumluluğa yol açabileceği kabul edilmelidir²⁷. TTK 'da yer alan ve ihlal edilmeleri halinde yönetim kurulu üyelerin hukuki sorumluluğunu gerektiren yükümlülükler, temel olarak, pay sahiplerine eşit muamelede bulunma yükümlülüğü ile özen ve sadakat yükümlülüğüdür²⁸. Sadakat yükümlülüğü ise kendi içerisinde sır saklama, şirketle işlem yapmama, şirkete borçlanmama, şirketle rekabet etmeme ve menfaat çatışmasından kaçınma yükümlülüklerini barındırmaktadır²⁹.

²² İMREGÜN, s. 177; ÇAMOĞLU, s. 117; KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar: *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013, s. 456; PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 472. Yargıtay, HGK, T. 18.10.2018, E. 2017/3176, K. 2018/1470 kararına göre: "...anonim şirket yönetim kurulunu oluşturan kişilerle şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişki kural olarak vekâlet akdine dayansa da bu ilişkinin iş ilişkisi olarak kurulmasına da bir engel bulunmamaktadır. O hâlde hukuki nitelendirme her somut olaydaki çalışma ilişkisi özelinde yapılmalıdır." (Lexpera).

²³ ÇAMOĞLU, s. 114; AKDAĞ GÜNEY, s. 174.

²⁴ TTK m. 549-552.

²⁵ TTK m. 553.

²⁶ KÖPRÜCÜ, Üstün: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 26.

²⁷ KARAMAN COŞGUN, Özlem / DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife: "Kurucuların, Yönetim Kurulu Üyelerinin, Yöneticilerin ve Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal: *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 3841.

²⁸ Bakırköy, 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 26.12.2019, E. 2019/862, K. 2019/1234 (Lexpera).

²⁹ EMİNOĞLU, Cafer: "Anonim Şirkette Özen ve Bağlılık Yükümlülüğünün Kişi Bakımından Kapsamına İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2022, Cilt 80, Sayı 1, s. 87; KUTGİ TAŞAN, Ayşe Selcen: "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Yükümlülükleri ve Tabi Olduğu Yasaklar", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, Cilt 17, Sayı 34, s. 155.

Yönetim kurulu üyelerinin yükümlülük ihlali teşkil eden ve hukuki sorumluluk doğuran davranışlarının aynı zamanda ceza hukukuna ilişkin bir değeri ihlal etmesi³⁰ bir başka deyişle suç oluşturması da mümkündür. Bu durumda ihlale konu davranış hem hukuki hem de cezai yaptırıma bağlanacaktır. Nitekim bahse konu davranış hem ceza hukuku hem de özel hukuk yönünden ihlal niteliği taşımaktadır. Şu hâlde yönetim kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluğuna yönelik hususların birlikte değerlendirilmesi ve cezai sorumluluğunun sınırlarının belirginleştirilmesi gerekmektedir. Yükümlülük ihlali niteliğindeki davranışın aynı zamanda suç oluşturması ve bu bağlamda hem hukuki hem de cezai sorumluluğun meydana gelmesi durumunda hukuki sorumluluğun temelini özel hukuk hükümleri, cezai sorumluluğun temelini ise ceza hukuku hükümleri oluşturmaktadır. Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğunun belirlenmesinde ve yorumlanmasında ceza hukukunun genel ilkelerinin esas alınması lazımdır. Buna ek olarak yönetim kurulu üyelerinin yetki ve yükümlülükleri ile hukuki sorumluluğa ilişkin ilkeler ve ölçütler, cezai sorumluluğunun tespitinde ve sınırlarının belirlenmesinde yorum aracı olarak kullanılabilir³¹.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu kapsamında öncelikle TTK 'da düzenlenen suçların ele alınması gerekmektedir. TTK m. 562'de yer alan düzenleme ile şeffaflığın sağlanmasına ve sermayenin korunmasına ilişkin yükümlülüklerin ihlali cezai yaptırıma bağlanmış³² ve bu suretle Kanun'un ticari davranış kuralları içeren hükümleri aynı zamanda ceza normu haline getirilmiştir. Söz konusu maddede yer alan düzenleme dışında da TTK'nın çeşitli maddelerinde haksız rekabet³³, ticaret unvanını kanuna aykırı şekilde devretmek fiilleri³⁴ gibi birçok fiil cezai yaptırıma bağlanmaktadır. Ancak yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğuna sebebiyet verebilecek suçlar yalnızca TTK'da düzenlenenlerle sınırlı değildir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) düzenlenen suçların da yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğunu meydana getirmesi mümkündür. Bu kapsamda özellikle güveni kötüye kullanma³⁵ ve hileli iflas³⁶ suçlarının yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğuna sebebiyet vermesinin yüksek olasılıklı olduğu söylenebilir. TTK ve TCK'da düzenlenen suçların yanı sıra icra iflas suçları, vergi suçları gibi özel ceza kanunlarında yer alan suç tipleri de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yol açabilmektedir. Sonuç olarak anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğunun, suç tipi ve kanun ayırımı bulunmaksızın, yönetim kurulu üyeliği vasfından kaynaklanan ve cezai yaptırıma bağlanan tüm halleri kapsadığının kabul edilmesi uygun olacaktır.

II. ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 49 ile hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille başkasına zarar veren kimselerin, meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu belirtilmiş ve böylece haksız fiilden kaynaklanan hukuki sorumluluğun temel unsurları düzenlenmiştir. Bahse konu düzenleme haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk hallerini ilgilendirse de düzenlemenin sözleşmeye dayalı sorumluluk hallerine de kıyasen uygulanabileceği TBK m. 114/2' de belirtilmiştir. Buna göre gerek haksız fiilden gerekse sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan hukuki sorumluluğun meydana gelmesi için hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı olmak üzere dört unsurun bulunması gerekmektedir.

³⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki / GÜNGÖR, Devrim: "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, Sayı 69, s. 22.

³¹ MERAKLI, Serkan: *Şirket Faaliyeti Kapsamında İşlenen Suçlarda Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, (Şirket), s. 31; ARITÜRK, s. 24; ÖZBAĞ, s. 47.

³² KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: *Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 141.

³³ TTK m. 62.

³⁴ TTK m. 46.

³⁵ TCK m. 155.

³⁶ TCK m. 161.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu da sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklı olarak tazminat hakkı doğuran diğer düzenlemelerden büyük farklılık göstermemektedir³⁷. Nitekim yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun düzenlenmesiyle yönetim kurulu üyelerine isnat edilebilen hukuka aykırı davranıştan kaynaklanan zararın giderilmesi amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda hukuki sorumluluğa ilişkin temel unsurların yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu çerçevesinde de aranması icap etmektedir. Sonuç olarak yönetim kurulu üyelerinin TTK hükümleri kapsamında hukuki sorumluluğuna hükmedilebilmesi için hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir.

Cezai sorumluluğun unsurları bakımından ise öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte çalışma kapsamında bu konudaki tartışmaları incelemek yerine konunun esasına bağlı kalmak adına yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bağlamında cezai ve hukuki sorumluluğun unsurları arasındaki farklılıkların ve benzerliklerin değerlendirilmesine ağırlık verilecektir. Cezai sorumluluk temelde haksızlık ve kusurluluk unsurlarından oluşmaktadır³⁸. Haksızlık unsuru ise kendi içerisinde tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarını barındırır. Tipiklik, manevi ve maddi unsur olmak üzere ikiye ayrılmakta olup tipikliğin maddi unsuru; fail, mağdur, hareket, nedensellik bağı, netice ve suçun konusunu içermektedirken manevi unsur kast ve taksiri ihtiva etmektedir³⁹. Bu doğrultuda bir fiilin cezai sorumluluğu gerektirip gerektirmediğinin değerlendirilebilmesi için öncelikle ceza hukuku anlamında kasten veya taksirle gerçekleştirilmiş bir haksızlığın mevcut olup olmadığı saptanmalı, sonrasında ise haksızlık nedeniyle kişinin kınanıp kınanamayacağı belirlenmelidir⁴⁰. Nitekim haksızlık unsurunun bulunmadığı durumlarda kişiye yapılan kusur izafesi konusuz kalacaktır.

Yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu kapsamındaki suçlar temel olarak kanun veya esas sözleşme ile belirlenen yükümlülüklerin ihlaline dayanmakta ve yükümlülük ihlali teşkil eden davranışın aynı zamanda suç oluşturması halinde bu davranış hem hukuki hem de cezai yaptırıma bağlanmaktadır. Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin gerek hukuki gerekse cezai sorumluluğunda hukuka aykırılık unsuru, çoğunlukla, aynı yükümlülüğün ihlal edilmesiyle gerçekleşmekte ve hukuki sorumluluğa sebebiyet veren davranış, cezai sorumluluk yönünden suçun hareketini oluşturmaktadır. Şu hâlde kanaatimizce yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğunda hareket unsuru açısından ceza hukukunun genel kurallarından ayrılmayı gerektiren, özel bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Yükümlülük ihlaline konu davranışın ceza hukuku bakımından karşılık geldiği suçun hareket türüne göre ceza hukukuna ilişkin genel hükümlerde yer alan ilkeler gözetilmelidir⁴¹. Nitekim ceza hukukunda yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğuna sebebiyet verebilecek suç tiplerine yönelik ayrı bir sınıflandırma bulunmamakta olup yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna neden olabilecek suçlar, tek hareketli, çok hareketli; icrai ve ihmali hareketli; serbest hareketli, bağlı hareketli veya seçimlik hareketli suçlardan birisi olabilecektir. Benzer şekilde yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu yönünden fiil, mağdur ve suçun konusu açısından da ceza hukukunun genel kurallarından ayrılmayı gerektiren ve özellik arz eden bir durum bulunmadığından ilgili suç tipi kapsamında ceza hukukunun genel hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır.

A. Zarar ve Netice Unsurları

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun ilk koşulu zararın varlığıdır. Meydana gelen zararın giderilmesini amaçlayan sorumluluk hukukunun genel kuralı, zararın bulunmaması halinde

³⁷ AKDAĞ GÜNEY, s. 185.

³⁸ HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, 18. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020, s. 104; ÖZGENÇ, İzzet / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Temel Hukuk Dizisi Ceza Genel Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 43

³⁹ HAKERİ, s. 104; ÖZGENÇ / ÜZÜLMEZ, s. 44; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 143; DÜLGER, Murat Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 231.

⁴⁰ ÖZBAĞ, s. 57.

⁴¹ ÖZBAĞ, s. 191.

hukuki sorumluluğun da bulunmayacağıdır⁴². Zarar; kişinin iradesi dışında malvarlığında gerçekleşen azalma, zarar görenin malvarlığının zarara konu olaydan sonra gösterdiği durum ile bu olay gerçekleşmeseydi göstereceği durum arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır⁴³. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun kurucu unsurlarından birisi niteliğindeki zarar ise; şirketin, pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının malvarlıklarında doğrudan veya yansıma yoluyla oluşabilmektedir⁴⁴. Ortada zararın bulunmaması halinde yönetim kurulu üyeleri yükümlülüklerini ihlal etmiş olsalar dahi hukuki sorumluluğun bulunduğu bahsedilemeyecektir. Şirketin, pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının zararı, malvarlığında fiili azalma şeklinde gerçekleşebileceği gibi muhtemel artışın önlenmesi yoluyla yoksun kalınan kar şeklinde de ortaya çıkabilmektedir⁴⁵. Örneğin; yöneticilerin yükümlülüklerine aykırı davranmaları nedeniyle şirketin kredi puanının düşmesi ve kullanılacak bir krediden mahrum kalınması halinde yoksun kalınan kardan söz edilebilecektir. Ancak gerek fiili azalma gerekse yoksun kalınan kar şeklinde ortaya çıkan zararın her halükarda mevcut yani gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Gerçekleşmesi muhakkak olsa dahi henüz gerçekleşmemiş, varsayılan zararların yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna yol açması mümkün değildir⁴⁶.

Cezai sorumluluğunun unsurları arasındaki netice ise hareketin dış dünyada yarattığı değişiklik şeklinde tanımlanmakta⁴⁷ ve esasında hukuki sorumluluğunun zarar unsurunun ceza hukuku boyutundaki karşılığını oluşturmaktadır. Ceza hukukunda neticenin zarar veya tehlike şeklinde gerçekleşmesi mümkün olup hukuki sorumluluktan farklı olarak zarar tehlikesinin bulunması dahi ceza sorumluluğunun doğması için yeterli olabilmektedir⁴⁸. Bu doğrultuda salt tehlike veya zarar vermeye teşebbüs halleri, ceza hukuku yönünden sorumluluğa sebebiyet vermesine rağmen hukuki sorumluluk doğurmayacaktır. Zira cezai sorumluluğunun meydana gelmesi için her zaman zararın mevcudiyeti aranmazken hukuki sorumluluğunun meydana gelmesi için daima bir zararın gerçekleşmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğuna sebep olabilecek suçlar da çoğunlukla tehlike suçlarıdır. Nitekim TTK'da düzenlenen şirket suçları, TCK kapsamındaki güveni kötüye kullanma⁴⁹ ve hileli iflas⁵⁰ gibi yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yol açma ihtimali yüksek suç tipleri tehlike suçu niteliğinde olup bu suçlarda failin yalnızca belirli hareketleri gerçekleştirmesi, suçun tamamlanması ve cezai sorumluluğun meydana gelmesi için yeterli olmaktadır⁵¹. Tehlike suçlarında hareket, suç tipiyle korunmak istenen menfaatin zarar görmüş olup olmadığına bakılmaksızın cezalandırılmaktadır. Netice itibarıyla yönetim kurulu üyelerinin ceza yaptırımına bağlanmış ve tehlike suçu niteliğindeki bir yükümlülüğü ihlali halinde, bu davranış nedeniyle zararın oluşmaması hukuki sorumluluğu engellemekte ancak cezai sorumluluk zararın veya neticenin oluşup oluşmamasından bağımsız olarak meydana gelmektedir⁵².

Hukuki sorumluluk doğurmayan bu tür eylemlere ceza hukuku araçları ile müdahale edilmesinin ceza hukukunun son çare olması ilkesine uygun olup olmadığı ise ayrıca değerlendirilmelidir. Ceza hukukunun son çare olması ilkesi, hukukun en ağır yaptırım türlerini içeren ceza hukukuna en son başvurulmasını, bir diğer deyişle ihlalin ceza hukuku dışındaki disiplinler ile giderilmesinin mümkün

⁴² ERİŞ, s. 294; AYAN, s. 275; AKDAĞ GÜNEY, s. 186; ARITÜRK, s. 87; ÖZBAĞ, s. 329.

⁴³ KAYAR, s. 113; AKDAĞ GÜNEY, s. 186; DİNÇ, s. 64.

⁴⁴ TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 387; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 386; BOZKURT, s. 506.

⁴⁵ AKDAĞ GÜNEY, s. 186; ARITÜRK, s. 87. Yargıtay, HGK, T. 10.10.2019, E. 2017/47, K. 2019/1040 (Lexpera).

⁴⁶ ARITÜRK, s. 88.

⁴⁷ HAKERİ, s. 147; ÖZGENÇ / ÜZÜLMEZ, s. 49; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 155.

⁴⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 155; ÖZBAĞ, s. 333.

⁴⁹ TCK m. 155. ŞAHİN, Fatih: "Güveni Kötüye Kullanma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, Sayı 155, s. 168.

⁵⁰ TCK m. 161. ÖZEN, Mustafa: "Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Hileli ve Taksirli İflas Suçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s. 3575.

⁵¹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 156; ARITÜRK, s. 192.

⁵² KILIÇOĞLU, Ahmet: "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1973, Cilt 29, Sayı 3, s. 192.

olduğu hallerde ceza yaptırımlarına başvurulmaması veya son çare olarak başvurulması gerekliliğini ifade etmektedir⁵³. Kanaatimizce buradaki sorun ceza hukukunun son çare olması ilkesine aykırılıktan ziyade ceza hukukunun sınırlarının belirlenmesine yöneliktir. Nitekim şirket yöneticilerinin cezai sorumluluğuna sebebiyet verebilecek suçların birçoğu tehlike suçu vasfındadır ve son çare olma ilkesinin ceza hukukunun kendi araçları içerisinde de geçerli olduğu göz önüne alındığında netice olmaksızın cezalandırılmayı mümkün kılan tehlike suçlarının başlı başına bahse konu ilkeye aykırılık taşıyabileceği görülmektedir⁵⁴. Kaldı ki son çare olma ilkesi ceza yaptırımının orantılı olduğu ve ceza hukuku dışındaki yaptırımların uygulanması suretiyle etkili korumanın sağlanamadığı durumlarda ceza hukukuna başvurulmasına mâni olmamalıdır⁵⁵.

Bu çerçevede ülke ekonomisi ile bireylerin ekonomik menfaatlerine büyük zararlar veren fiillerin ceza hukukunun sınırları kapsamında ele alınmasının önünde bir engel bulunmadığı söylenebilecektir⁵⁶. Gerçekten de günümüzde ticari faaliyetlerin yaygınlaşması nedeniyle ticari düzenin ve dürüst rekabet ortamının sağlanmasında özel hukuk yaptırımları yeterli gelmemekte ve bu durum ticari hayata cezai yaptırımlarla müdahale edilmesini gerektirmektedir⁵⁷. Burada dikkat edilmesi gereken nokta; ceza yaptırımları sebebiyle feda edilen menfaat ile ekonomik hayatın sağlıklı işleyişini temin etme amacı arasında bir orantı tesis edilmesidir. Bunun yanı sıra son çare ilkesi büsbütün göz ardı edilmemeli ve ihlal gerçekleşikten sonra ceza yaptırımına başvurmak yerine ihlali baştan önlemek amacıyla çeşitli kuralların düzenlenmesi suretiyle suç oluşturan ihlallerin gerçekleşme ihtimali en aza indirilmelidir⁵⁸. Bahse konu kurallara örnek olarak kurumsal yönetim ilkeleri verilebilecek olup bu şekilde önleyici mekanizmaların geliştirilmesi, cezai sorumluluğun doğmasına imkân vermeyecek ve ceza hukukunun son çare olması ilkesine uygun olacaktır.

B. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuki sorumluluğun diğer unsuru olan hukuka aykırılık, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı neticeyi engellemek amacıyla belirli davranışı emreden hukuk kurallarına aykırılık şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁹. Hukuka aykırılık unsurunun yönetim kurulu üyelerine özgü sorumluluktaki görünüm şekli ise kanundan veya esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerle aykırılıktır. Kural olarak ceza hukukunda suç teşkil eden hareketin gerçekleştirilmesiyle birlikte hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmiş olmaktadır. Bu doğrultuda karşılığında ceza hukuku yaptırımı öngörülmesi olan haksızlıkların hukuka aykırılık oluşturduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla ceza hukukunda tipik fiilin işlenmesine izin veren bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığında tipiklik unsuru, hukuka aykırılığa kârane oluşturmaktadır⁶⁰. Yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğuna konu suçlar esasında kanun veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aykırı davranılmasından kaynaklanmaktadır. Yükümlülüklerle aykırı davranışın aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde ise bu davranış hem hukuki hem de cezai sorumluluğa neden olmakta ve her iki hukuk düzeni tarafından yaptırıma bağlanmaktadır. Şu hâlde anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluğunda hukuka aykırılık unsurunun çoğunlukla aynı yükümlülük ihlaline karşılık geldiği söylenebilecektir.

⁵³ DEMİRTAŞ, Soner: “Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Özel Sayı, s. 493.

⁵⁴ MERAĞLI, Şirket, s. 298.

⁵⁵ KATOĞLU, Tuğrul: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim ve Limited Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2013, Cilt 29, Sayı 1, s. 11.

⁵⁶ KATOĞLU, s. 11.

⁵⁷ ÖZBAĞ, s. 455.

⁵⁸ ÖZBAĞ, s. 352.

⁵⁹ KAYIHAN / ÜNLÜTEPE, s. 229; AYAN, s. 252; ERGÜN, Ömer / ÇALDAĞ, Coşkun: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 170; AKDAĞ GÜNEY, s. 194; ÖZBAĞ, s. 334; DİNÇ, s. 52.

⁶⁰ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 251; GÖKTÜRK, Neslihan: “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık Unsurunun İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 1, s. 414; ÖZBAĞ, s. 69.

Yükümlülükler aykırı davranışa ilişkin olarak bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması durumunda ise bu davranışın hukuka aykırılığı kalkmakta ve davranış gerek hukuki gerekse cezai sorumluluk bağlamında hukuk kurallarının amacına uygun hale gelmektedir⁶¹. Nitelik hukuka aykırılık değerlendirmesi yalnızca ceza hukuku kuralları açısından yapılan bir değerlendirme olmayıp davranışın hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için tüm hukuk alanları ile çatışması gerekmektedir⁶². Yönetim kurulu üyeleri genellikle sahip olduğu yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle suç işlediklerinden hukuka uygunluk sebepleri arasında yer alan kanunun emrinin yerine getirilmesi⁶³ veya meşru savunma⁶⁴ hükümlerinin yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu bakımından uygulama alanı bulması olası değildir⁶⁵. Buna karşın ilgilinin rızasına yönelik hukuka uygunluk sebebi yönetim kurulu üyeleri hakkında uygulanabilecek ve böylece hak sahibinin üzerinde tasarrufta bulunabildiği hakkına ilişkin olarak açıkladığı rızası kapsamında bulunan davranışlardan dolayı yönetim kurulu üyelerinin cezai veya hukuki sorumluluğuna gidilemeyecektir. Örneğin; genel kurul kararlarını yerine getirmekle yükümlü olan yönetim kurulunun, genel kurul tarafından alınan şirket menfaatine aykırı kararları icra etmesi, ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilebilecektir⁶⁶.

Bununla birlikte yönetim kurulu üyelerinin hukuki veya cezai sorumluluğu gerektiren davranışlarının zorunluluk hali çerçevesinde de ele alınması önem taşımaktadır. Zorunluluk hali hukuki ve cezai sorumluluk yönünden birbirinden farklı yorumlanmakta olup medeni hukuk bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil eden bu hâl ceza hukuku bakımından kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul edilmektedir⁶⁷. Medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli teşkil eden ve hukuka uygun bulunan davranışların ise hukukun birliği ilkesi gereğince ceza hukuku anlamında da hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir⁶⁸. Bu doğrultuda yönetim kurulu üyelerinin iflas neticesini bertaraf etmek amacıyla yükümlülükler aykırı davranması halinde bu davranış medeni hukuk kapsamında zorunluluk hâli nedeniyle hukuka uygun hale gelebilecektir. Elbette bu değerlendirme yapılırken davranışın iflas tehlikesinden korunmak için zorunlu nitelikte olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Sonuç olarak medeni hukuk kapsamında hukuka uygun bulunan ve bu nedenle hukuki sorumluluğa sebebiyet vermeyen davranış nedeniyle yönetim kurulu üyesinin cezai sorumluluğuna da gidilemeyecektir. Aynı husus cezai sorumluluk bakımından ele alındığında yönetim kurulu üyesinin iflas neticesini önlemek amacıyla taksirli iflas suçuna konu davranışları gerçekleştirme zorunluluk hâli olarak değerlendirilebilecektir⁶⁹. Ceza hukuku yönünden zorunluluk hâlinin söz konusu olabilmesi için yönetim kurulu üyesinin tehlikeye bilerek sebebiyet vermemiş olması ve tehlikeden suç işlenmeksizin kurtulmanın mümkün bulunmaması şartları aranmalıdır⁷⁰. Şartların sağlanması durumunda yönetim kurulu üyesinin davranışı hakkında ceza hukuku bakımından zorunluluk hâlinin uygulanması söz konusu olacak fakat burada zorunluluk hâli hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmediğinden yönetim kurulu üyesinin cezai sorumluluğuna konu olmayan bu davranışı nedeniyle hukuki sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

⁶¹ KOPARAN, Reşat: “TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 64, s. 337.

⁶² KOPARAN, s. 337.

⁶³ TCK m. 24.

⁶⁴ TCK m. 26.

⁶⁵ KOPARAN, s. 337.

⁶⁶ AKDAĞ GÜNEY, s. 315.

⁶⁷ KOPARAN, s. 337; ÖNOK, Murat / ÖNAY, Işık: “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukuki Niteliği”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 2, s. 847.

⁶⁸ ÖNOK / ÖNAY, s. 847.

⁶⁹ ERMAN, Sahir: *Şirketler Ceza Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul, 1993, s. 200.

⁷⁰ ERMAN, s. 200.

C. İlliyet Bağı Unsuru

Gerek hukuki gerekse cezai sorumluluğun temel unsurlarından olan illiyet bağı, sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış ile meydana gelen zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisi olarak tanımlanmaktadır⁷¹. Kişilere neden olmadıkları zararların sorumluluğunun yüklenmesini önlemeyi amaçlayan illiyet bağı unsurunun, sorumluluğunun kaynağından ve niteliğinden bağımsız olarak bulunması gerekmektedir. Bir başka deyişle sorumluluk; ister akdi, ister akit dışı sorumluluğa, ister kusur sorumluluğuna, isterse kusursuz sorumluluğa dayansın illiyet bağının varlığı mutlaka aranmaktadır⁷². Türk hukukunda illiyet bağının tespiti hususunda uygun illiyet bağı teorisi benimsenmiştir. Uygun illiyet bağı teorisine göre davranışın olayların normal akışına göre bu türden bir zarara neden olabilmesi, sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunması gerekmektedir.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerine özgü hukuki sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için de kandan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülük ihlaline konu fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda yönetim kurulu üyeleri yükümlülüklerini ihlal etmese dahi zararın gerçekleşeceğini veya yükümlülüklere uygun davranılmış olsaydı dahi zararın meydana gelmesinin önlenemeyeceğini ispat ederek hukuki sorumluluktan kurtulabileceklerdir⁷³. Nitekim böyle bir durumda illiyet bağının varlığından bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte TTK m. 553/3 ile yönetim kurulu üyelerinin, kontrolleri dışında kalan faaliyetler sebebiyle sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ile yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunda uygun illiyet bağının önemi vurgulanmış ve üyelerin kontrolünde olmayan işlemler yönünden uygun illiyet bağının bulunmadığı kabul edilmiştir.

İlliyet bağı, cezai sorumluluğunun da unsurlarından birisi olup yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğunda illiyet bağı bakımından ceza hukukunun genel kuralları geçerlidir. Yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğuna neden olma ihtimali yüksek olan güveni kötüye kullanma, hileli iflas gibi birtakım suçlar ve TTK ile düzenlenen şirket suçları genel olarak tehlike suçu niteliğindedir ve bu suçlarda sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ayrıca neticenin gerçekleşmesi beklenmemektedir. Nitekim bu suçlarda tehlikenin mevcudiyeti varsayımsal olarak kabul edildiğinden hareketin tespiti yeterli olmakta ve illiyet bağının varlığı ayrıca araştırılmamaktadır⁷⁴.

Yönetim kurulu üyeleri tarafından şirket faaliyeti çerçevesinde işlenen ve tehlike suçları kapsamında bulunmayan suçlarda ise illiyet bağının tespiti her zaman kolay değildir. Zira karmaşık bir düzene sahip olan ticari hayatta, meydana gelen neticeye çok sayıda etmenin sebebiyet vermesi mümkündür ve bu nedenle illiyet bağının tespiti güçlük oluşturabilmektedir⁷⁵. Özellikle yönetim kurulu tarafından alınan kararların aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu, suça konu yönetim kurulu kararı ile netice arasındaki illiyet bağının tespitine bağlıdır. İlliyet bağının tespit edilmesi durumunda ise konusu suç teşkil eden yönetim kurulu kararı yönünde olumlu oy kullanan üyelerin işlenen suç nedeniyle müşterek fail olarak sorumluluğu gündeme gelecektir. Yönetim kurulu kararı ile netice arasındaki illiyet bağının tespit edilememesi halindeyse ceza hukukunun genel kuralları kapsamında şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanacak ve muhtemel etkenlerden hiçbirisi cezai sorumluluğa yol açmayacaktır⁷⁶.

⁷¹ ANTALYA, Osman Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: V/1,2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1144; AYAN, s. 282; DİNÇ, s. 68; YILDIZ, Kübra: "Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 30, Sayı 3, s. 1116; ÖZBAĞ, s. 336. Yargıtay, HGK, T. 29.11.2017, E. 2017/439, K. 2017/1463 (www.kararara.com.tr, ET: 25.10.2024).

⁷² AKDAĞ GÜNEY, s. 97; AYDOĞDU, Murat / NART, Serdar: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 195; YILDIZ, s. 1130.

⁷³ YÜCE, Aydın Alber / KÖROĞLU, Emre: "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Yansımaya Yoluyula Zarar", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2022, Cilt 8, Sayı 2, s. 549. Aksi görüş için bkz. ARSLANLI, Halil: *Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller*, Cilt: II-III, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s. 178.

⁷⁴ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / YENERER ÇAKMUT, Özlem: *Ceza Hukuku Uygulamaları*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 267; ÖZBAĞ, s. 63; ARITÜRK, s. 197. Aksi görüş için bkz: ERSOY, Uğur: "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, Sayı 41, s. 47.

⁷⁵ ARITÜRK, s. 197.

⁷⁶ ARITÜRK, s. 197; ÖZBAĞ, s. 64.

D. Kusur Unsuru

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu açısından aranan zorunlu şartlardan birisi olan kusur, cezai sorumluluğun da önemli bir unsurudur. Kusur, bir davranış biçiminin veya davranış eksikliğinin hukuk düzeni tarafından kınanması olarak tanımlanmaktadır⁷⁷. TBK m. 49 ile kusurun, kast ve ihmal olmak üzere başlıca iki türünün bulunduğu belirtilmiş fakat sorumluluk bakımından kasten veya ihmal suretiyle gerçekleştirilen davranışlar arasında ayırım gözetilmemiştir. TTK'da ise kusur kavramı, tüm sorumluluk hallerine yönelik olarak herhangi bir ağırlık derecesi belirtilmeksizin kullanılmıştır. Bu bağlamda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hafif ihmal dâhil her türlü kusuru hukuki sorumluluğun doğması için yeterli olacaktır⁷⁸. Hukuk sistemleri, kimi hallerde kusura dayanan sorumluluk suretiyle zararın giderilmesinin mümkün olmaması veya ispat güçlüğüne bulunması sebebiyle kusursuz sorumluluk⁷⁹ hallerine yer vermişse de hukukumuzda esas itibarıyla kusur sorumluluğu benimsenmiş ve kusursuz sorumluluğun istisnai nitelikte olduğu kabul edilmiştir⁸⁰. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu da bir kusur sorumluluğu olup üyelerin yükümlülüklerini ihlal etmek suretiyle zarara sebebiyet vermesi tek başına sorumluluğun meydana gelmesi için yeterli olmamakta aynı zamanda zarara kusurlarıyla sebebiyet vermiş olmaları gerekmektedir.

TTK m. 369'da yer alan düzenleme ile yönetim kurulu üyelerinin görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken göstermesi gereken özenin derecesi ile ilgili olarak tedbirli bir yöneticinin göstereceği özen ölçütünün getirildiğini dolayısıyla objektif kusur ilkesinin esas alındığını göstermektedir⁸¹. Objektif kusur teorisinde kusurun varlığı, zarar verenin mensup olduğu grup içerisindeki makul kişiye göre değerlendirilmektedir⁸². Bu makul kişinin davranışı örnek davranış modeli olarak ele alınmakta ve bu davranış modeli ile zarar verenin davranışı karşılaştırılarak kusurun varlığı ve ağırlığı tespit edilmektedir. Bu teoriye göre kusurun tespitinde zarar verenin bireysel yetenekleri, becerileri yerine benzer durumda ve aynı grupta bulunan makul bir kişinin yetenek ve becerileri esas alınmalıdır⁸³. Bir başka deyişle zarar verenin, benzer durum ve şartlarda makul kişi ile aynı davranış şeklinde bulunması veya makul kişiden beklenen dikkat ve özeni göstermesi halinde kusuru bulunduğu bahsedilemeyecektir. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun objektifleştirilmiş⁸⁴ olması nedeniyle tedbirli bir yöneticinin aynı koşullar altında tercih edeceği davranış biçimine uygun davranan ve böylece kendisinden beklenen özeni göstermiş olan yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁸⁵. Ancak yönetim kurulu üyelerinin uzmanlıklarının bulunması veya işin büyüklüğü gibi hususlar gösterilmesi gereken özenin derecesini de arttıracaktır. Nitekim objektif sorumluluk ilkesi kapsamında belirlenen standart, özen ölçüsünün alt sınırını belirlemektedir⁸⁶.

Gerçekten de özen ölçüsünün objektif olmasından tüm anonim şirketlere uygulanabilecek tek özen ölçüsünün bulunduğu anlaşılmamalıdır. Özen ölçüsü benzer mahiyet ve büyüklükteki anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için geçerli olup yüksek sermayeli, halka açık bir anonim şirket ile bir aile şirketinin

⁷⁷ EREN, s. 551; NOMER, Haluk Nami: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 178; REİSOĞLU, Safa: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 171; AKDAĞ GÜNEY, s. 202; DİNÇ, s. 55; ÖZBAĞ, s. 338.

⁷⁸ AKDAĞ GÜNEY, s. 202.

⁷⁹ KILIÇOĞLU, Mustafa: "Haksız Fiillerde İlliyet Bağı", *Yargıtay Dergisi*, 2004, Cilt 30, Sayı 1-2, s. 35.

⁸⁰ AKDAĞ GÜNEY, s. 200.

⁸¹ PULAŞLI, s. 713; AKDAĞ GÜNEY, s. 71; TEKİNALP, s. 387.

⁸² AYAN, s. 271; OĞUZ, Habip: "Sorumluluk Hukukunda Kusur", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 28 (Kusur), s. 277.

⁸³ OĞUZ, *Kusur*, s. 277; UYUMAZ, Alper: "Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 13, Sayı 1, s. 512.

⁸⁴ PULAŞLI, s. 713; AKDAĞ GÜNEY, s. 71; TEKİNALP, s. 387.

⁸⁵ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 379.

⁸⁶ AKDAĞ GÜNEY, s. 205; ÖZBAĞ, s. 341.

yönetim kurulu üyelerinin göstermesi gereken özen aynı değildir⁸⁷. Benzer şekilde bankalarda kanunen aranan şartları taşıyan kimselerin yönetim kurulu üyesi olabileceği dikkate alındığında banka yönetim kurulu üyelerinin göstermesi gereken özenin diğer şirketlere kıyasen daha yüksek olduğu söylenebilecektir⁸⁸. Bununla birlikte özen ölçüsünün ve tedbirli yönetici kıstasının, yönetim kurulu üyelerinin icrada görevli olup olmalarına göre de farklılık gösterebileceği ve yalnızca üst gözetim görevi bulunan ancak şirket yönetiminde aktif rol üstlenmeyen yönetim kurulu üyelerinin göstermesi gereken özenin tespitinin tedbirli yönetici kıstasında farklılığa yol açabileceği kabul edilmektedir⁸⁹.

Yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğunda ise hukuki sorumluluğun aksine subjektif kusur ilkesi geçerlidir. Subjektif kusur teorisi, objektif kusur teorisinden farklı olarak, kusurun tespitinde makul bir kişiyi değil doğrudan failin; kendisini, kişisel becerilerini esas alır ve bu kıstaslar çerçevesinde faile yüklenecek kusurun derecesini belirler⁹⁰. Bu doğrultuda objektif kusur ilkesine dayanan hukuki sorumluluk kapsamındaki kusur kavramının ceza hukuku kapsamındaki kusur kavramına göre daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilecektir. Nitekim objektif kusur teorisinde davranışı subjektif bakımdan haklı gösterebilecek nedenler göz önüne alınmamakta ve bu nedenle davranış daha kolay şekilde kusurlu olarak nitelendirilmektedir⁹¹.

E. Değerlendirme

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerini ihlallerinin aynı zamanda cezai sorumluluk gerektirdiği durumlar hakkındaki mahkeme içtihatlarının ayrıca değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin yükümlülük ihlali niteliğindeki davranışları çoğunlukla güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğundan mahkeme içtihatlarında da yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu hususunda sıklıkla güveni kötüye kullanma suçu çerçevesinde değerlendirme yapılmaktadır. Ancak uygulamada; yönetim kurulu üyelerinin yükümlülük ihlallerinin suçun unsurlarını oluşturmadığı ve soruşturmaya konu uyumsuzluğun hukuki nitelikte bulunduğu gerekçeleriyle kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmekte ve yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğuna yönelik yargı yolu en başından kesilmektedir. Yargıtay tarafından yapılan incelemelerde de, genel olarak, taraflar arasında hukuki ihtilaf bulunduğu, suçun yasal unsurlarının oluşmadığı şeklinde hüküm kurulmakta ve alt derece mahkemeleri tarafından verilen beraat kararları onanmaktadır. Örneğin⁹²; yönetim kurulu üyesi sanıkların; şirket faaliyeti kapsamında gerçekleştirilen kira bedellerinin tahsil edilmemesi, aşamalı şekilde şirket varlıklarının eritilmesi eylemlerinden sorumlu oldukları ve böylece güveni kötüye kullanma suçunu işledikleri iddia olunan olayda yönetim kurulu üyesi sanıkların gerçekleştirdikleri eylemler ile kendilerine veya başkalarına yarar sağlayıp sağlamadıkları, haksız kazanç temin edip etmedikleri hususunda bir isnat bulunmadığı ve basiretli davranmama olarak nitelendirilebilecek eylemlerin sanıkların kendilerine veya başkalarına menfaat sağladıkları sonucunu doğurmayacağı gerekçeleriyle verilen beraat kararı onanmıştır. Benzer nitelikte başka bir kararda⁹³ ise sanıklar ve katılanın aynı şirketin yönetim kurulu üyesi oldukları, sanıkların katılanın bilgisi dışında şirkete ait taşınmazları kiraya verdikleri, böylece güveni kötüye kullanma suçunu işlediklerinin iddia edildiği olayda; taşınmazın, şirketin iki ortağı tarafından tek başlarına kiralanmasının uygun olup olmaması ve kira bedelinin şirkete aktarılmaması hususlarında taraflar arasında hukuki bir ihtilaf bulunduğu ve suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçeleriyle beraat kararının onanması şeklinde hüküm kurulmuştur.

⁸⁷ ÇAMOĞLU, s. 73.

⁸⁸ OĞUZ, Sefer: "Bankacılık Kanunu Kapsamında Banka Yöneticilerinin Şahsi Sorumlulukları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 8, Sayı 1 (Banka), s. 264.

⁸⁹ ŞENOCAK, s. 3854.

⁹⁰ BENLİ, Erman: "İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2020, Cilt 26, Sayı 1, s. 305; OĞUZ, *Kusur*, s. 277; UYUMAZ, s. 510.

⁹¹ DİNÇ, s. 55.

⁹² Yargıtay, 15. CD, T. 16.03.2016, E. 2014/3411, K. 2016/2559 (Lexpera).

⁹³ Yargıtay, 15. CD, T. 09.05.2016, E. 2013/29031, K. 2016/4499 (Lexpera).

Bahse konu kararların sağlıklı şekilde değerlendirilebilmesi için öncelikle güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının kısaca açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunun konusu, taşınır veya taşınmaz mal olup bu mal üzerinde fail lehine zilyetlik tesis edilmiş olması gerekmektedir⁹⁴. Nitekim güveni kötüye kullanma suçunda fail, suç konusu malın sahibi değildir. Ayrıca güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin mevcudiyeti aranmaktadır. Ancak suçun oluşumu için kendisine veya bir başkasına yarar sağlama özel kastının gerçekleşmesi gerekmemekte⁹⁵ olup fail kendisine veya başkasına yarar sağlamaya ya da menfaat temini olmasa da suç oluşmaktadır⁹⁶. Velez ki, güveni kötüye kullanma suçu ile koruma altına alınan hukukî değer yalnızca mülkiyet olmayıp zilyetlik ve kişiler arasındaki güven ilişkisi de suç ile korunan hukukî değerler arasındadır. Kişiler arasındaki güven ilişkisinin suç ile koruma altına alınan hukukî değerler arasında olduğunun kabulü, güveni kötüye kullanma suçunun menfaat elde edilmesine bağlı olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Aynı kabul zararın meydana gelmesi gerekip gerekmediği hususunda da geçerli olacaktır⁹⁷.

Anonim şirket tüzel kişiliği ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişki, daha önce de bahsedilmiş olduğu üzere vekâlet sözleşmesine dayanmakta ve güveni kötüye kullanma suçunun unsurları arasındaki hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin mevcudiyeti koşulunu sağlamaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin esasında şirket tüzel kişiliğine ait malvarlığını yönetme yetkisine sahip olduğu değerlendirildiğinde kanaatimizce şirket malvarlığı hakkında yönetim kurulu üyeleri lehine zilyetlik tesis edilmiş olduğundan şüphe duymamak gerekmektedir. Kaldı ki yönetim kurulu üyelerinin güveni kötüye kullanma suçunun faili olmaları halinde doğrudan şirkete ait mallar suçun konusunu oluşturduğundan ve yönetim kurulu üyesi faillerin suç konusu malın maliki olduğundan bahsedilemeyeceğinden cezalandırılmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinin yükümlülük ihlali niteliğindeki davranışların aynı zamanda suç teşkil ettiğinin iddia edilmesi halinde; uyuşmazlığın salt hukuki nitelikte olduğu gerekçesiyle, suçun hangi unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik yeterli açıklama yapılmaksızın verilen kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraate dair kararlar yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluk alanını oldukça daraltmaktadır.

III. ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUĞUNA HÂKİM OLAN İLKELER

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun unsurlarına ilişkin yapılan açıklamalar bağlamında yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu, üyelerin kanundan veya esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini kusurlu davranışlarıyla ihlal etmeleri neticesinde meydana gelen zararın kendilerine isnat edilebilmesi şeklinde tanımlanabilecektir⁹⁸. Bununla birlikte yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun doğmasından sona ermesine kadar geçen safhada dikkate alınması gereken bazı temel ilkeler bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna hâkim olan bu ilkeler; kusur, şahsi sorumluluk ve farklılaştırılmış teselsül ilkesidir⁹⁹.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu ise ceza hukukunun genel ilkelerine uygun olarak anlaşılmalı ve değerlendirilmelidir. Bireylerin suç teşkil eden hukuka aykırı davranışları nedeniyle ceza yaptırımına maruz kalmalarına yol açan cezai sorumluluk, kişi hak ve hürriyetleri bakımından oldukça ciddi sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple ceza hukukunda kişi hak ve hürriyetlerini

⁹⁴ ELMALICA, Hasan: *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 133.

⁹⁵ ÖZGENÇ, İzzet: *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 86; ELMALICA, s. 179.

⁹⁶ ŞAHİN, s. 174.

⁹⁷ MERAĞLI, Serkan: "Güveni Kötüye Kullanma Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 11, Sayı 3, (Suç), s. 1685.

⁹⁸ ÇAMOĞLU, s. 12.

⁹⁹ ÇAMOĞLU, s. 13; DİNÇ, s. 72; PALTA, Nihan: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 101.

güvence altına almaya ve cezai sorumluluğu sınırlandırmaya yönelik temel ilkeler kabul edilmiştir¹⁰⁰. Kaynağını Anayasa ve milletlerarası antlaşmalarda bulan bu ilkeler öğretide farklı isim ve sınıflandırmalarla ifade edilse de¹⁰¹ esas itibarıyla aynı güvence ve kuralları işaret etmektedirler. Ceza hukukunun konumuz yönünden önem taşıyan ve ele alınması gereken temel ilkeleri ise; kanunilik, kusur ve suç ve cezaların şahsiliği ilkeleridir.

A. Kanunilik İlkesi

Şekli anlamda kanun niteliğinde olmayan hiçbir kaynakla suç ve ceza öngörülemediğini ifade eden¹⁰² kanunilik ilkesi¹⁰³, ceza hukuku uygulamasında devletin bireye karşı keyfi davranışlarda bulunmasını önlemeyi ve bireylerin hangi eylemlerin suç teşkil ettiğini önceden öğrenmesi suretiyle buna uygun hareket etme olanağı elde etmesini yani kısaca hukuki öngörülebilirliğin ve güvenliğinin sağlanmasını amaçlamaktadır¹⁰⁴. Buna göre kanun niteliğinde bulunmayan düzenleyici işlemler ile suç ve ceza ihdas edilmesi mümkün değildir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kanunilik ilkesi hukuki sorumluluk bakımından geçerli değildir. Nitekim ceza hukukunda her suça yönelik cezanın sınırları kanun ile tespit edilmekteyken hukuki sorumluluk gerektiren haller ve bu hallerin karşılığında öngörülen tazminat miktarlarının sınırları kanunda açıkça düzenlenmemektedir. Kanunilik ilkesinin anonim şirket yönetim kurulu üyelerine özgü cezai sorumluluk bakımından önem taşıyan noktası ise esas sözleşme veya iç yönerge ile cezai sorumluluk öngörülemediğidir.

B. Kusur İlkesi

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluğu yönünden kusur ilkesinin ayrıca ele alınması gerekmektedir. Nitekim kusur ilkesi gerek hukuki gerekse cezai sorumluluğun temelini oluşturmakta ve her iki hukuk düzeni bakımından da zarar verenin ancak kusurunun bulunması halinde hukuki veya cezai yaptırıma maruz bırakılabileceğini, bir başka deyişle kusuru bulunmayan kimsenin hukuki veya cezai sorumluluğunun bulunmayacağını ifade etmektedir. Kusur ilkesinin bir diğer sonucu ise zarar verene uygulanacak yaptırımın kusurun derecesine göre belirlenmesidir¹⁰⁵. Bu bağlamda hukuki sorumluluk kapsamında kusurun tespiti hususunda objektif esaslar dikkate alınırken cezai sorumlulukta kusur sübjektif şekilde, zarar verene özgü kişisel nitelikler dikkate alınarak tespit edilmektedir.

TTK m. 553 ile anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunda kusurlu sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir. Bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için her şeyden önce yükümlülüklerin kusurlu bir davranışla ihlal edilmiş bulunması ve bu kusurlu davranışın yönetim kurulu üyesine isnat edilebilmesi gerekmektedir¹⁰⁶. Cezai sorumluluğunun varlığı ise ceza hukukunun genel ilkeleri uyarınca üyenin kusur kabiliyetine sahip olmasına ve suça konu davranışı gerçekleştirirken kusurlu olarak hareket etmesine bağlıdır. Bununla birlikte yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu, ceza hukukunun genel esaslarına uygun olarak yorumlanacağından ceza hukuku kapsamında failin kusur kabiliyetini ortadan kaldırdığı kabul edilen uyuşturucu madde etkisinde olma gibi durumlar, yönetim kurulu üyelerinin kusurluluğu üzerinde de etkili olacaktır¹⁰⁷.

¹⁰⁰ ÖZGENÇ / ÜZÜLMEZ, s. 28; ÜZÜLMEZ/ KOCA, s. 54; DÜLGER, s. 79; ARITÜRK, s. 161.

¹⁰¹ HAKERİ, s. 26; “Ceza hukukunun temel ilkeleri hukuk devleti ilkesi, kanunilik ilkesi, orantılılık ilkesi, insanilik ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi, kusur ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesidir.”; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 55: “Ceza hukukunun temel ilkeleri Kanunilik ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesidir.”.

¹⁰² ÖZGENÇ / ÜZÜLMEZ, s. 30; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 55; ARITÜRK, s. 170.

¹⁰³ TCK m. 2/1.

¹⁰⁴ ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 16.

¹⁰⁵ ÖZSU, Güray: *Hukuki Sorumluluk Bakımından Şirketler Hukuku ve Rekabet Hukukunda Ekonomik Bir Bütünlük Olarak Şirketler Toplu- luğu*, Doktora Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 172.

¹⁰⁶ ÇAMOĞLU, s. 13; PALTA, s. 102.

¹⁰⁷ ARITÜRK, s. 178.

C. Şahsi Sorumluluk İlkesi

Suç ve cezaların şahsiliği ilkesi¹⁰⁸, hukuki sorumluluğun temel ilkelerinden olan şahsi sorumluluk ilkesinin ceza hukuku boyutundaki karşılığıdır. Gerek şahsi sorumluluk gerekse suç ve cezaların şahsiliği ilkesi her iki hukuk düzeninde mevcut olan kusurlu sorumluluk ilkesinin doğal bir sonucu niteliğindedir. Nitekim söz konusu ilkeler hukuki ve cezai sorumluluk bakımından aynı güvenceye işaret etmekte olup bir kimsenin ancak kendi kusurlu fiilinden sorumlu tutulabileceği başka bir deyişle kimsenin başkasının kusurlu fiilinden sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmektedir¹⁰⁹. Şahsi sorumluluk ilkesinin yönetim kurulu üyelerine özgü hukuki sorumluluktaki görünüm şekli ise yönetim kurulunun sorumlu olduğu hallerde bu sorumluluğun bütün kurula dönük olmayıp bireysel olarak düzenlenmesidir¹¹⁰. Bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın, sırf yönetim kurulu üyeliği sıfatını haiz olmaları sebebiyle sorumluluğu söz konusu olmayacak, her üye diğer üyelerin davranışından bağımsız olarak kendi kusurlu davranışından sorumlu tutulacaktır¹¹¹.

Şahsi sorumluluk ilkesi bakımından yönetim kurulu toplantısına katılmayan veya toplantıda çekimser oy kullanan üyelerin sorumluluğunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu toplantılarına katılmak yönetim kurulu üyeleri için hem hak hem de yükümlülük teşkil etmekte olup¹¹² toplantıya katılmak ile kastedilen yalnızca fiilen toplantıda hazır bulunmak değil, görüş bildirme ve bilgi edinme haklarından aktif şekilde yararlanmaktır¹¹³. Yönetim kurulu üyelerinin organ olarak hareket ettiği durumlarda üyelerin şahsi sorumluluğu, zarara sebebiyet veren kararın görüşüldüğü yönetim kurulu toplantısında kullanılan oy doğrultusunda tespit edilecektir. Bu bağlamda yönetim kurulu kararına istinaden yapılan işlem nedeniyle zararın oluşması halinde olumlu oy kullanan veya mazereti bulunmaksızın toplantıya katılmayan yönetim kurulu üyeleri, meydana gelen zarardan kusurlarıyla sorumlu tutulabilecektir¹¹⁴. Gerçekten de geçerli mazereti bulunmaksızın toplantıya katılmayan üyelerin bu davranışı başlı başına özen yükümlülüğünü ihlal niteliği taşıdığından alınan karara katılmamış olmalarına rağmen hukuki sorumlulukları bulunmaktadır¹¹⁵. Geçerli mazeretine binaen yönetim kurulu toplantısına katılmayan üyelerin hukuki sorumluluktan kurtulabilmeleri ise zarara sebebiyet vereceği öngörülen kararı engellemek için yeterli çabayı göstermiş olmalarına bağlıdır. Nitekim toplantıya katılmasa dahi her yönetim kurulu üyesinin üst gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre toplantıya katılmayan üyelerin katılmadığı toplantıda alınan kararları kontrol etmeleri ve gerekli tedbirleri almaları üst gözetim yükümlülüğünün bir gereğidir¹¹⁶. Toplantıda çekimser oy kullanmak veya sessiz kalmak da yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluktan kurtulabilmeleri için tek başına yeterli olmamakta, üyelerin kanuna veya esas sözleşmeye aykırı kararı reddetmeleri, kararın alınmasını engellemeye yönelik çaba göstermeleri, bunların mümkün olmaması halinde ise çekincelerini toplantı tutanağına ekletmeleri gerekmektedir¹¹⁷.

Yönetim kurulu toplantısına katılmayan veya çekimser oy kullanan üyelerin cezai sorumluluğu hususunda ise ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. İhmalî hareketle işlenebileceği düzenlenen suçlar bakımından çekimser kalmak, belirli bir yönde hareket etme yükümlülüğünü yerine getirmemek

¹⁰⁸ TCK m. 20/1.

¹⁰⁹ İÇEL, Kayıhan: “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, Sayı 7, s. 623.

¹¹⁰ İMREGÜN, s. 191; ÇAMOĞLU, s. 31.

¹¹¹ ÇAMOĞLU, s. 31.

¹¹² AKDAĞ GÜNEY, s. 210.

¹¹³ AKDAĞ GÜNEY, s. 210.

¹¹⁴ PALTA, s. 102.

¹¹⁵ SEVİ, Ali Murat: *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 142. Aksi görüş için bkz. TEKİNALP, s. 388.

¹¹⁶ PULAŞLI, s. 432; KAYIHAN, Şaban: *Anonim Şirketlerde Üst Gözetim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 129.

¹¹⁷ TEKİNALP, s. 388; AKDAĞ GÜNEY, s. 210.

anlamına geleceğinden çekimser kalan üyeler söz konusu suç bakımından hâkimiyet sahibi konumdadır ve bu nedenle çekimser kalan yönetim kurulu üyelerinin cezaî sorumluluğuna gidilmesi de mümkün olmaktadır. Buna karşın ihmali hareketle işlenemeyen icrai suçlar bakımından çekimser kalan veya toplantıya katılmayan üyelerin suça konu karar lehinde oyları ve icrai nitelikte bir hareketleri bulunmadığından cezaî sorumlulukları da bulunmayacaktır¹¹⁸. Hukuki sorumluluktan farklı olarak cezaî sorumluluk kapsamında toplantıya katılmamanın geçerli bir mazerete dayanmasının veya dayanmamasının sorumluluğunun belirlenmesinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Gerek kusur ilkesi gerekse suç ve cezaların şahsiliği ilkesi bağlamında değerlendirilmesi önem arz eden bir diğer konu ise tüzel kişi yönetim kurulu üyelerinin ve yönetim kurulundaki gerçek kişi temsilcilerinin¹¹⁹ hukuki ve cezaî sorumluluğudur. TTK m. 359/2 ile tüzel kişilerin anonim şirket yönetim kurulu üyesi olabileceği açıkça düzenlenmiş ve bir tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi halinde tüzel kişi tarafından belirlenen bir gerçek kişinin de seçilen tüzel kişi ile birlikte tescil ve ilan edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu gerçek kişi ile yönetim kurulu üyeliğine seçilen tüzel kişi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği konusunda öğretilerde farklı görüşler¹²⁰ bulunmakla birlikte yönetim kurulu üyesi tüzel kişi ile gerçek kişi arasında organsal bir bağın bulunduğu kabul edilmelidir¹²¹. Nitekim yönetim kurulu üyeliği sıfatı tüzel kişi adına tescil edilen gerçek kişiye değil bizatihi tüzel kişinin kendisine aittir ancak gerçek kişinin işlediği fiiller doğrudan tüzel kişi yönetim kurulu üyesine izafe olunmaktadır.

Bir tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi halinde üyelik sıfatını bizzat tüzel kişi haiz olduğundan kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin muhatabı da öncelikle tüzel kişinin kendisi olacaktır. Ancak tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına tescil edilen gerçek kişinin, sahip olduğu yetkileri kötüye kullanmak suretiyle şirketi, pay sahiplerini ve alacaklıları zarara uğratması mümkündür. Bu nedenle müzakereye katılma veya şirketle işlem yapma yasağı gibi sadakat yükümlülüğü kapsamında yer alan ve şirket menfaatinin gerçekleştirilmesini amaçlayan yükümlülüklerin tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişi yönünden de geçerlilik taşıdığı kabul edilmesi gerekmektedir¹²². Tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin birtakım yükümlülüklerle tabi olması gerektiği ifade edilmişse de TTK'da söz konusu kişilerin yönetim kurulu üyelerine özgü hukuki sorumluluğu bulunduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Şu hâlde tescil edilen gerçek kişinin yönetim kurulu üyelerine özgü hukuki sorumluluğu olduğundan bahsedilemeyecektir¹²³. Buna karşın gerçek kişinin tüzel kişi yönetim kurulu üyesi tarafından verilen talimatlara aykırı hareket etmesi ve durumun süreklilik taşıması halinde bu kişinin fiili organ sıfatını haiz olduğu kabul edilebilecek ve fiili organ sıfatı nedeniyle TTK m. 553 kapsamında hukuki sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

¹¹⁸ KARAASLAN, Reşit: *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 275; ÖZBAĞ, s. 65.

¹¹⁹ TTK m. 359/2.

¹²⁰ KIRCA, İsmail: "Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 28, Sayı 2, s. 55: "Tüzel kişi adına hareket edecek kişi, tüzel kişinin organı olabileceği gibi bu sıfatı taşımayan (tüzel kişinin avukatı vs. gibi) herhangi bir kişi de olabilir. Dolayısıyla gerçek kişinin tayin usulünü de tüzel kişinin tâbi olduğu hukuki rejim belirler. Bu da tüzel kişinin türüne (dernek, vakıf, ticaret şirketi ise hangi türde olduğu), özel hukuka mı yoksa kamu hukukuna mı tâbi olduğuna göre belirlenir.". ÇOŞTAN ÇETİN, Hülya: "Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2013, Cilt 29, Sayı 1, s. 123: "Yönetim kurulu üyesi tüzel kişi ile onun adına tescil edilen gerçek kişi arasında farklı türde hukuki ilişkiler söz konusu olabilir. Gerçek kişi, tüzel kişinin kendi organizasyonu içinde organ veya organ üyesi sıfatını haiz olabileceği gibi aradaki ilişkinin hizmet, vekâlet veya kamu tüzel kişisinin yönetim kurulu üyeliği halinde idare hukuku kurallarına tâbi bir ilişki olması da mümkündür..".

¹²¹ HELVACI, Mehmet: *Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1994, s. 38; AKDAĞ GÜNEY, s. 282; ÇOŞTAN ÇETİN, s. 124; EMİNOĞLU, Cafer / ÇAKIR, Fatma Betül: "Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 3-4, s. 282.

¹²² KIRCA, s. 57; ÇOŞTAN ÇETİN, s. 126; EMİNOĞLU / ÇAKIR, s. 284.

¹²³ Aksî görüş için bkz. ÇOŞTAN ÇETİN, s. 128: "Şirketin yönetim kurulu üyesi olarak tüzel kişinin sorumlu olacağına tereddüt olmakla birlikte, tüzel kişinin malvarlığının zararın karşılanması için yeterli olmaması halinde gerçek kişinin sorumluluğuna başvurulabilmesi şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaati gereğidir. İcabında tüzel kişi ve organ sıfatını taşıyan gerçek kişi müteselsilen sorumlu tutulabilecektir..".

TTK m. 359/2'de yer alan düzenlemeden sonra aynı maddenin beşinci fıkrasında devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde, sayılan tüzel kişiler veya bunların gerçek kişi temsilcilerinin yönetim kuruluna seçilebileceği ayrıca belirtilmiştir. Düzenleme ile pay sahibi kamu tüzel kişilerinin gerçek kişi temsilcilerinin yönetim kuruluna seçilebileceği ve bu bağlamda yönetim kurulu üyeliği sıfatının doğrudan gerçek kişi temsilci tarafından kazanılacağı ifade edilmektedir¹²⁴. Yönetim kurulu üyeliği sıfatı pay sahibi kamu tüzel kişisinin değil yönetim kuruluna seçilen gerçek kişinin olduğundan yönetim kurulu üyelerine özgü hukuki sorumluluğa ilişkin hükümler de bu gerçek kişi bakımından uygulama alanı bulacaktır.

TTK m. 334'te kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsili konusunda istisnaî nitelikte bir düzenleme öngörülmüş ve kamu tüzel kişilerine işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kuruluna temsilci atama imkânı tanınmıştır. Kamu tüzel kişilerine tanınan bu hakkın kullanılmasında yönetim kurulu üyeliği sıfatının kamu tüzel kişisine mi yoksa gerçek kişi temsilciye mi ait olduğu hususunda öğretilerde farklı görüşler¹²⁵ bulunmakla birlikte ilgili hükümde kamu tüzel kişisinin yönetim kurulu üyeliğinden bahsedilmemekte, bunun yerine kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilci bulundurabileceği ifade edilmektedir. Bu doğrultuda yönetim kurulu üyeliği sıfatının kamu tüzel kişisinin gerçek kişi temsilcisine ait olduğu kabul edilmelidir. Kamu tüzel kişisinin gerçek kişi temsilcisinin yönetim kurulu üyesi olduğuna yönelik kabulün doğal sonucu ise temsilcinin yönetim kurulu üyelerine özgü hukuki sorumluluk hallerinin de doğrudan muhatabı olmasıdır. Nitekim TTK m. 334/3 ile kamu tüzel kişilerinin, şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumlu olduğu belirtilmiştir. Ne var ki kanun koyucu temsilci yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir düzenleme ihdas etmemiş, aksine temsilcinin genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve yetkilerine sahip olduğunu özellikle vurgulamıştır. Böylelikle şirket, pay sahipleri ve alacaklılar uğramış oldukları zarar nedeniyle hem yönetim kurulu üyesi temsilciye hem de kamu tüzel kişisine yönelebileceklerdir¹²⁶.

Tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin ve tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına tescil edilen gerçek kişinin cezai sorumluluğu ise ceza hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde ele alınmalıdır. Suç iradesinin bulunması, cezai sorumluluğun temel unsurudur ve tüzel kişilerin nitelikleri gereği kendisini yöneten organlarından ayrı bir iradesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla suçlar, tüzel kişiler tarafından değil ancak gerçek kişi yöneticileri tarafından işlenebilecektir. Tüzel kişilerin gerçek kişilerle benzer şekilde cezalandırılması da yapıları gereği söz konusu değildir. Nitekim TCK m. 20 ile tüzel kişilere yalnızca güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle tüzel kişilerin, gerçek kişilerin aksine, tam anlamıyla bir cezai sorumluluğu bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin yükümlülük ihlali teşkil eden davranışının aynı zamanda suç oluşturması halinde de yönetim kurulu üyeliği sıfatını haiz olan tüzel kişinin fail sıfatı ve gerçek manada cezai sorumluluğu bulunmayacak, bu tüzel kişi hakkında sadece güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Ancak tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin gerçek kişi yöneticileri, şirketin faaliyeti sırasında işlenen bir suçun olağan şüphelileri olarak kabul edilebilecektir. Elbette ki cezai sorumluluğun şahsiliği ilkesi uyarınca yönetim kurulu üyeleri arasındaki sorumluluk paylaşımının her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmesi ve suçu işleyen, suça iştirak eden veya suçun işlenmesine göz yuman yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğuna gidilmesi gerekmektedir.

¹²⁴ EMİNOĞLU / ÇAKIR, s. 284.

¹²⁵ ÇOŞTAN ÇETİN, s. 129: "TTK m. 334 kamu tüzel kişilerinin bizzat yönetim kurulu üyeliğini düzenlemektedir."

¹²⁶ EMİNOĞLU / ÇAKIR, s. 294. Aksi görüş için bkz. AKDAĞ GÜNEY, s. 283: "TTK 334 özel bir düzenleme olup kamu tüzel kişilerini temsilen yönetim kurulunda bulunan üyelerin hak ve yükümlülükleri özellikle de temsilcilerin sorumluluğu açısından açık bir istisna getirilmiştir. Kamu tüzel kişisinin doğrudan sorumluluğunu öngören söz konusu düzenleme TTK md. 553 de yer alan ve yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluğunu içeren genel hükümden açıkça ayrılmaktadır. Temsilcinin fiil ve işlemlerinden dolayı kamu tüzel kişisi doğrudan sorumludur ve temsilcinin TTK 553 e veya genel hükümlere istinaden sorumlu tutulması mümkün değildir."

Bu hususta tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına tescil edilen gerçek kişinin cezai sorumluluğunun incelenmesi önem taşımaktadır. Yönetim kurulu üyeliği sıfatının tüzel kişiye ait olması ve bu üyeliğin tescil edilen gerçek kişinin şahsında somutlaşması hususu, gerçek kişi ile tüzel kişi arasında organsal bir bağ bulunduğu kabulüyle birlikte değerlendirildiğinde, tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin gerçek kişiye talimat verebilmesini haklı kılmakta ve gerçek kişinin de bu talimatlara uygun hareket etmesini gerektirmektedir. TCK m. 24/2 ile yetkili bir merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan emrin uygulanması hali, ceza sorumluluğunu sona erdiren veya azaltan nedenler arasında düzenlenmiştir. Verilen talimatın ceza hukuku kapsamında emir niteliğini haiz olup olmadığı ise talimatın; usulüne, içeriğine, kaynağına ve muhatabına göre belirlenmektedir. Bir talimatın emir niteliğinde olduğundan bahsedilebilmesi için öncelikle kamu hukuku ilişkisinden kaynaklanan hiyerarşik yapı içerisinde astlık-üstlük ilişkisinin bulunması gerekmektedir¹²⁷. Özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan talimatlar ceza hukuku kapsamında emir niteliğine sahip olmadığından¹²⁸ hukuka aykırılık taşıyan ve özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan talimatların yerine getirilmesi halinde cezai sorumluluk bakımından genel iştirak kuralları geçerli olacaktır¹²⁹. Bu bağlamda hukuka aykırı talimatların yerine getirilmesi durumunda tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına tescil edilen gerçek kişi ile tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin gerçek kişi yöneticileri arasında ceza hukukunun genel iştirak kuralları uygulanacak ve hem gerçek kişi temsilcinin hem de tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin gerçek kişi yöneticilerinin cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bununla birlikte gerek TTK m. 359/5 gerekse TTK m. 334/3 ile kamu tüzel kişilerine tanınan hak kapsamında görevlendirilen gerçek kişi temsilcilerin cezai sorumluluğu bakımından farklı bir sonuca varılması mümkündür. Nitekim her iki madde kapsamında da yönetim kurulu üyeliği sıfatının gerçek kişi temsilciye ait olduğundan bahsedilmişse de gerçek kişi temsilci esasında kamu tüzel kişisinin memuru niteliğindedir¹³⁰. Ceza sorumluluğunu sona erdiren veya azaltan nedenler arasında yer alan emrin uygulanması durumunda emri veren de emre yerine getiren de kamu görevlisi olup ceza hukuku bakımından kamu görevlisi ibaresinin kapsamının idare hukukundan daha geniş nitelikte olduğu söylenebilecektir¹³¹. Bu doğrultuda esasında kamu tüzel kişilerinin memuru niteliğindeki gerçek kişi temsilcilerin ceza hukuku kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Söz konusu değerlendirme neticesinde kamu tüzel kişileri tarafından verilen talimatların yerine getirilmesi halinde gerçek kişi temsilcilerin TCK m. 24/2 uyarınca cezai sorumluluğunun bulunmayacağı ancak gerçek kişi temsilciye verilen talimatlar nedeniyle kamu tüzel kişilerinin gerçek kişi yöneticilerinin cezai sorumluluğuna gidilmesinin uygun olacağı söylenebilecektir.

IV. ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUĞUNUN SONA ERMESİ

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının; ibra, zamaşımı ve sulh hallerinde sona ereceği TTK ile özel olarak düzenlenmiştir. Sulha ilişkin düzenleme TTK m. 559'da yer almış ve kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin kuruluşun ve sermaye artırımından kaynaklanan hukuki sorumluluklarının dört yıl geçmedikçe sulh edilemeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme yalnızca kuruluşun ve sermaye artırımından kaynaklanan hukuki sorumluluğa ilişkin olup yönetim kurulu üyelerinin tüm sorumluluk hallerine kıyasen uygulanması mümkün değildir¹³². Bununla birlikte

¹²⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 402; DEMİRKOL, Neslihan: "Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 11, Sayı 2, s. 433.

¹²⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 402; DEMİRKOL, s. 433; İHTİYAROĞLU, Uğur: "Hukuka Aykırı ve Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesinde Sorumluluk", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 6, Sayı 1, s. 192.

¹²⁹ DEMİRKOL, s. 433.

¹³⁰ EMİNOĞLU / ÇAKIR, s. 294.

¹³¹ İHTİYAROĞLU, s. 192.

¹³² AKDAĞ GÜNEY, s. 320.

yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren diğer haller nedeniyle şirket tüzel kişiliği ile yönetim kurulu üyeleri arasında genel hükümler uyarınca sulh sözleşmesi yapılabilecektir.

Yönetim kurulu üyelerinin kusursuzluğunun ispatı ve zarar görenin rızasının bulunması halleri de genel hükümler uyarınca üyelerin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Nitekim yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu kusur sorumluluğu olup kusurlu addedilen yönetim kurulu üyelerinin kusursuzluğunun ispatlanması halinde hukuki sorumluluklarının devam ettiğinden bahsedilemeyecektir. Benzer şekilde zarar görenin rızasının bulunması hali, genel kurul kararlarını yerine getirmekle yükümlü olan yönetim kurulunun, genel kurul tarafından alınan şirket menfaatine aykırı kararları icra etmesi durumunda uygulanabilecektir¹³³.

Genel olarak cezai sorumluluğu kaldıran veya azaltan haller ise TCK ile cezai sorumluluğa etki derecesi bakımından ayırım yapılmaksızın, bir bütün halinde düzenlenmiş ve kanun hükmünü icra, zorunluluk hali, amirin emrinin yerine getirilmesi, meşru savunma, ilgilinin rızası, haksız tahrik, hakkın kullanılması, şiddet, cebir, korkutma, tehdit, hata, yaş küçüklüğü, sağırılık, dilsizlik, akıl hastalığı ile uyuşturucu madde etkisinde olma halleri cezai sorumluluğu kaldıran veya azaltan haller olarak belirlenmiştir. Söz konusu haller öğretide; hukuka uygunluk sebepleri, kusursuzluk sebepleri ve kusurluluğu azaltan sebepler biçiminde cezai sorumluluğa etkisi bakımından tasnif edilerek incelenmektedir¹³⁴. Cezai sorumluluğu etkileyen bu hallerin sorumluluğa sebebiyet veren suç tipi kapsamında değerlendirilmek suretiyle yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu bakımında da uygulanması mümkündür. Çalışmanın konusu bakımından ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu sona erdiren hallerden ibra ve zamanaşımı hususunda değerlendirme yapılması önem taşımaktadır.

A. İbra

Temel olarak bir borçlar hukuku kavramı olan ibra¹³⁵, alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir sözleşme ile alacaklının hakkından vazgeçerek borçluyu borcundan kurtarması ve borçlunun da bu durumu kabul etmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹³⁶. Buna göre borçlar hukuku kapsamında ibra, bir sözleşmedir ve aynı zamanda alacak hakkını ortadan kaldırarak borcu sona erdiren bir hukuki işlem olduğundan tasarruf işlemi niteliğindedir¹³⁷. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yönelik ibra ise, TTK m. 558 ile özel olarak düzenlenmiş olup şirketin yetkili organının aldığı karar ile yönetim kurulu üyelerine karşı, yapılan işlemlerin hukuki ve ekonomik bakımdan yerinde olduğunun ifade edilmesi anlamına gelmektedir¹³⁸. Bir başka deyişle ibra, yönetim kurulunun ilgili hesap dönemindeki işlemlerinin hukuki ve iktisadi sonuçlarıyla onaylandığının ve böylelikle yönetim kurulu üyelerinin faaliyetlerinden sorumlu tutulmayacaklarının ifadesi niteliğindedir¹³⁹. Bu doğrultuda ibra, şirketin iç denetimini sağlayan, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini şirket menfaatine uygun olarak yerine getirmesinde ve şirketin etkin şekilde yönetilmesinde rol oynayan araçlardan birisi olarak kabul edilebilecektir¹⁴⁰.

¹³³ AKDAĞ GÜNEY, s. 315.

¹³⁴ KOPARAN, s. 338.

¹³⁵ TBK m. 132.

¹³⁶ KAYAR, s. 191; BOZKURT, s. 517; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 602.

¹³⁷ EREN, s. 1297; NOMER, s. 300; KAYAR, s. 192; ERDOĞAN, *Genel*, s. 253; BOZKURT, s. 517; ÜNLÜTEPE, s. 44; AYAN, s. 412; BAŞBUOĞLU, Tank: *Anonim Ortaklıklarda İbra*, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Sevinç Matbaası, Ankara, 1982, s. 7.

¹³⁸ PULAŞLI, s. 747; BAŞBUOĞLU, s. 7; AKDAĞ GÜNEY, s. 289; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 405; AYDEMİR, Fatih: "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Hukuki Sonuçları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, Cilt 69, Sayı 1-2, s. 1078; ADIGÜZEL, Burak / KARADEMİR, Halis: "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğünde İbra Kararına Özgü Durumlar", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 73, s. 380.

¹³⁹ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 408; AYDEMİR, s. 1079; ADIGÜZEL / KARADEMİR, s. 380.

¹⁴⁰ BAŞBUOĞLU, s. 66; ÖNDER, Fahrettin / KARADEMİR, Halis: "İbra Kararında Oy Hakkından Yoksunluk", *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 10, Sayı 4, s. 176.

TTK m. 408/2-b ile yönetim kurulu üyelerinin ibraları hakkında karar verilmesi, genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında düzenlenmiştir. Dolayısıyla anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ibrasına karar vermeye yetkili organ genel kuruldur. Genel kurulun ibraya yönelik kararı, ibra edilenin kabulünü gerektirmeyen tek taraflı bir hukuki işlem olup bu bakımdan borçlar hukuku kapsamında yer alan ibra sözleşmesinden ayrılmaktadır¹⁴¹. İbra, hem şirketin yönetim kurulu üyelerine karşı güven beyanını hem de yönetim kurulu üyelerinin ibranın kapsamına giren faaliyetler nedeniyle sorumlu tutulmayacaklarına yönelik açıklamayı içerisinde barındıran bir karar niteliğinde olup bünyesinde barındırdığı bu unsurlar nedeniyle ibranın menfi borç ikrarı niteliğinde olduğunun kabul edilmesi uygun olacaktır¹⁴². Gerçekten de genel kurulun ibra kararı ile yönetim kurulu üyelerinin söz konusu faaliyet dönemindeki işlemlerinden kaynaklanan sorumluluklarının sona erdirilmesi ibranın menfi borç ikrarı niteliğini ortaya koymaktadır¹⁴³. Ancak ibranın çok yönlü bir kavram olması nedeniyle öğretilerde anonim şirketler bakımından ibranın hukuki niteliğine ilişkin menfi borç ikrarı dışında farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Özellikle yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerine aykırı davranışının bulunmaması halinde ibranın tespit işlemi dışında bir değerinin bulunmayacağı¹⁴⁴, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun kesin olarak bilinmesine veya alacağın varlığı ve miktarı hususunda ihtilaf olmamasına rağmen ibra kararının alınması durumunda ise ibra kararının menfi borç ikrarından ziyade ibra sözleşmesi niteliğinde olacağı belirtilmiştir¹⁴⁵.

Menfi borç ikrarı, genel anlamda, taraflar arasında bir borç ilişkisinin bulunmadığını tespit etmekte ve borç ilişkisini ileriye etkili şekilde sona erdirmektedir¹⁴⁶. Bu bakımdan menfi borç ikrarının tasarruf işlemi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Tasarruf işlemleri hakkın kullanılmasıyla yeni bir hukuki durum meydana getiren işlemler olup yenilik doğurucu hakların kullanılması yoluyla gerçekleştirilirler¹⁴⁷. Buna göre tasarruf işlemleri ile mevcut hak sona erdirilmekte, değiştirilmekte veya yeni bir hak yaratılmaktadır¹⁴⁸. Bu nedenle bir kere tasarruf işlemi yapıldıktan sonra artık o konuda yeniden tasarruf işlemi yapılması mümkün değildir¹⁴⁹. Anonim şirket genel kurulunun ibra kararı da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı için aynı zamanda bir tasarruf işlemidir. TTK m. 558/1'de yer alan ve ibra kararının genel kurul kararıyla kaldırılamayacağını belirten düzenlenmenin de ibranın tasarruf işlemi niteliğinden kaynaklanan doğal bir sonuç niteliğinde olduğu söylenebilecektir.

İbra kararı verilmiş olmasının yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin çeşitli sonuçlara yol açtığı hususunda kuşku bulunmamaktadır ancak çalışma konusu bakımından ibranın yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğuna etkisi ayrıca ele alınmalıdır. İbranın hukuki sorumluluğu ortadan kaldırmaya bağlı oluşan tasarruf işlemi niteliği nedeniyle tasarrufta bulunanın hukuki işlem ehliyetine sahip olması tek başına yeterli olmamakta, ibraya konu hak üzerinde tasarruf yetkisinin de bulunması gerekmektedir¹⁵⁰. Yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğunun temeli, yükümlülüklerin ihlalinin aynı zamanda suç teşkil etmesi haline dayanmaktadır. Bir suç dolayısıyla soruşturma ve ko-

¹⁴¹ KARAMAN COŞGUN / DOĞRUSÖZ KOŞUT, s. 3908; AYDEMİR, s. 1079; CANÖZÜ, Salih: *Anonim Şirketlerde İbra*, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 37.

¹⁴² ARSLANLI, s. 196; HELVACI, s. 211; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 602; BAHTİYAR, s. 401; AYDEMİR, s. 1081; CANÖZÜ, s. 37. Yargıtay, 11. HD, T. 28.11.2016, E. 2015/11856, K. 2016/9175 (Lexpera).

¹⁴³ BAŞBUOĞLU, s. 15; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 602.

¹⁴⁴ AYTAÇ, Zühtü: *Anonim Ortaklıklarda İbra*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1982, s. 33.

¹⁴⁵ AYTAÇ, s. 27.

¹⁴⁶ BAŞBUOĞLU, s. 12; CANÖZÜ, s. 35.

¹⁴⁷ EREN, s. 66; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 39.

¹⁴⁸ EREN, s. 173; ERDOĞAN, Genel, s. 52; ÜNLÜTEPE, s. 44; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 86.

¹⁴⁹ EREN, s. 173; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 54.

¹⁵⁰ EREN, s. 1301; ÜNLÜTEPE, s. 44; AYAN, s. 413; AKSU, Mustafa: "Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 2013, Cilt 8, Özel Sayı, s. 118; YÖRÜK, İrmak: *Türk Borçlar Hukukunda İbra*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 56.

vuşturma ise, kural olarak, mağdurun veya suçtan zarar görenin iradesinden bağımsız olarak, kamu adına re'sen yapılmaktadır¹⁵¹. Ancak bazı suçlar dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi suçtan zarar görenlerin şikâyetine tabi tutulmuştur. Nitekim her suç tipi kamu düzenini eşit derece ihmal etmemekte ve bazı suçlar kamu düzeninden ziyade doğrudan bireyi ilgilendirmektedir. Suçtan zarar görene şikâyet hakkının tanınmış olmasının doğal sonucu da, bu hakkı kullanmama yönünde tercih hakkı ile kullandıktan sonra geri alma hakkının bulunmasıdır¹⁵². Zarar görene şikâyet hakkının tanınması, tarafların yargılamanın başlangıcını, sona ermesini ve konusunu saptayabilmeleri, dava konusu üzerinde tasarruf edebilmeleri anlamına gelen ve medeni yargılama hukukuna ilişkin bir ilke niteliğindeki tasarruf ilkesinin ceza yargılamasındaki uygulaması olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi şikâyete tabi suçlar açısından zarar görenin tasarruf yetkisi bulunduğu bahsedilebilecekken re'sen soruşturma ve kovuşturma yapılan suçlarda zarar görenin tasarruf yetkisi bulunduğu bahsedilemeyecektir.

Kanaatimizce anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerine aykırı davranışlarının aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda söz konusu suç tipinin zarar görenin şikâyetine tabi olup olmadığına göre ikili bir ayırım yapılmalı ve zarar görenin ceza yargılamasının başlangıcını veya sona ermesini belirleyebilme hakkına yani tasarruf yetkisine sahip olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu tespit neticesinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu sona erdiren hallerden birisi olan ibra kararının tasarruf işlemi niteliğinde olduğu ve tasarrufta bulunanın tasarruf yetkisine sahip olması gerektiği dikkate alındığında, ceza hukuku kapsamında re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gereken bir suç tipine karşılık gelen hukuki sorumluluk hallerinin genel kurul tarafından ibrasının geçerli olmayacağı sonucuna varılması uygun olacaktır. Nitekim genel kurulun söz konusu haller üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğu bahsedilemeyecektir. Buna karşılık yükümlülük ihlalinin ceza hukuku kuralları ile şikâyete tabi olduğu belirlenen bir suç tipine karşılık gelmesi halinde zarar görenin ceza yargılamasına ilişkin kısmen de olsa tasarruf hakkı bulunduğu cezai sorumluluğun mevcudiyetinin, ibra kararının geçerliliğine herhangi bir etkisinin bulunmayacağı söylenebilecektir.

B. Zamanaşımı

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu sona erdiren diğer hal olan zamanaşımı, TTK m. 560 ile özel olarak düzenlenmiş ve yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat talebinde bulunabilme hakkının iki ve beş yıllık zamanaşımı sürelerinin geçmesiyle sona ereceği öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeye göre iki yıllık zamanaşımı süresi, davacının zararı ve zarar vereni öğrendiği andan itibaren işlemeye başlamaktayken; beş yıllık zamanaşımı süresi eylemin gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlamaktadır. Bunun yanı sıra konusu suç teşkil eden fiiller bakımından, suçun TCK'ye göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunması hallerinde sorumluluk davasına da bu zamanaşımının uygulanacağı belirtilmiş ve böylece yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren davranışların aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde zamanaşımı süresi uzatılmıştır.

İki yıllık zamanaşımı süresi davacının zarar vereni ve zararı öğrenmiş olması halinde uygulanmakta olup zamanaşımı süresinin başlangıcı için tek başına zarar verenin veya zararın öğrenilmesi yeterli olmamakta, davacının hem zarar vereni hem de zararı öğrenmiş olması gerekmektedir¹⁵³. Zararın öğrenilmiş sayılması için zararın mevcudiyeti ve esaslı unsurları hakkındaki bilgilerin öğrenilmesi yeterli olacak ve iki yıllık zamanaşımı süresi bu öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Zararın bütün olarak değil de bölüm bölüm öğrenildiği hallerde ise yalnızca öğrenilen bölüm yönünden zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır¹⁵⁴. İki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı zararın ve zarar verenlerin öğrenilmesi anı olduğuna göre zarar görenin aynı zamanda zarar verenleri de öğren-

¹⁵¹ CAN, Sibel: *Ceza Hukukunda Şikâyet*, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2016, s. 8.

¹⁵² CAN, s. 58.

¹⁵³ İMREGÜN, s. 196; HELVACI, s. 229; ÇAMOĞLU, s. 326; AKDAĞ GÜNEY, s. 258; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 410.

¹⁵⁴ ÇAMOĞLU, s. 260; AKDAĞ GÜNEY, s. 327.

mesi gerekmektedir. Birden fazla zarar veren olması halinde, sürenin başlaması için zarar verenlerin tümünün öğrenilmesi şart olmayıp zamanaşımı süresi zarar verenlerden öğrenilenler hakkında işleme-ye başlarken bilinmeyen zarar verenler için işlemeyecektir¹⁵⁵. İki yıllık zamanaşımı süresinin hesaplanması hususunda önem taşıyan diğer husus ise zarar görenlerin öğrenme tarihlerinin birbirinden farklı olabileceğidir. Nitekim şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların dava hakları birbirinden bağımsız niteliktedir ve bu bağımsızlık dava haklarına ilişkin zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması açısından da etkisini göstermektedir. Bu nedenle şirket, pay sahipleri ve alacaklılar açısından zamanaşımı süreleri, her birinin öğrenme anına göre birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir¹⁵⁶.

Zarar verenlerin ve zararın öğrenilememesi ve bu sebeple iki yıllık zamanaşımı süresinin uygulanamaması halinde yönetim kurulu üyelerinin uzun süre sorumluluk tehdidi altında kalması uygun bulunmamış ve kanun koyucu tarafından beş yıllık azami bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Beş yıllık zamanaşımı süresi zarara konu fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak olup bu süre yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması için öngörülen azami süredir. Kanun koyucunun yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu nispeten kısa zamanaşımı sürelerine tabi tutmak suretiyle sınırlandırmaya yönelik açık iradesinin varlığı nedeniyle beş yıllık azami zamanaşımı süresinin yorum yoluyla uzatılması mümkün değildir¹⁵⁷.

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna sebebiyet veren eylemin aynı zamanda suç teşkil etmesi ve cezayı gerektirmesi halinde söz konusu eylem TCK'ye göre daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi bulunuyorsa hukuki sorumluluktan kaynaklanan tazminat davasına da bu zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Ceza davası zamanaşımı süresi hem iki yıllık kısa zamanaşımı süresi hem de beş yıllık uzun zamanaşımı süresi bakımından uygulanmalıdır¹⁵⁸. Gerçekten de bir kimsenin cezai sorumluluğu devam etmesine rağmen fiil neticesinde ortaya çıkan tazminat taleplerinden zamanaşımı nedeniyle sorumlu tutulamaması adalet ve hakkaniyet ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Nitekim aynı eylem sebebiyle daha ağır sonuçları bulunan ceza yaptırımıyla karşı karşıya kalan yönetim kurulu üyesinin, hukuki sorumluluğu nedeniyle kendisine yöneltebilecek tazminat taleplerinden zamanaşımı nedeniyle kurtulması kanun koyucunun amacına açıkça aykırılık teşkil etmektedir¹⁵⁹.

Ceza dava zamanaşımının uygulanması bakımından önem taşıyan konu, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davasında hukuk hâkiminin hukuki sorumluluğa konu eylemin suç teşkil edip etmediğini kendiliğinden araştırıp araştırmayacağıdır. Özellikle yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda suç oluşturan davranışı nedeniyle ceza soruşturması veya kovuşturmasının bulunmadığı haller bakımından durum daha da önem taşımaktadır. Öğretide¹⁶⁰ ve uygulamada¹⁶¹ ceza dava zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için ceza soruşturması veya kovuşturmasının bulunmasının gerekmediği, suç teşkil eden ve cezalandırılabilir nitelikte olan eylemin varlığının tek başına yeterli olduğu belirtilmiştir. Buna göre ceza soruşturması veya kovuşturmasının bulunmadığı durumlarda hukuk hâkimi, suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini ceza hukuku kurallarına göre kendiliğinden inceleyecektir. Ancak söz konusu kabul hukuk hâkiminin ceza hâkimi rolüne bürünmesini gerektirmektedir ki medeni hukuk yargılaması ile ceza hukuku yargılaması arasında usule ve esasa ilişkin farklılıkların bulunması, iki yargılama türünün ilkelerinin birbirinden ayrışması nedeniyle adil olmayan ve hatalı sonuçlara sebebiyet verilmesi mümkündür. Kanaatimizce hukuk hâkiminden eylemin suç teşkil edip etmediğini ve cezalandırılabilir nitelikte olup olmadığını değerlendirmesi beklenemeyecektir. Bu nedenle hukuki sorumluluğa konu eylem hakkında ceza soruşturması veya kovuş-

¹⁵⁵ ÇAMOĞLU, s. 260; AKDAĞ GÜNEY, s. 328.

¹⁵⁶ HELVACI, s. 229; ÇAMOĞLU, s. 262.

¹⁵⁷ ÇAMOĞLU, s. 263.

¹⁵⁸ ÇAMOĞLU, s. 264; ÖZBOYACI, Alper: "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin TTK 560 Uyarınca Uzamış Zamanaşımına Göre Sorumlu Tutulması", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 29, Sayı 2, s. 1043.

¹⁵⁹ ÖZBOYACI, s. 1045.

¹⁶⁰ EREN, s. 857; BAĞCI, Kadir: "Haksız Fiilde Ceza Zamanaşımı Süresi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 28, s. 296.

¹⁶¹ Yargıtay, 4. HD, T. 16.09.2019, E. 2019/2088, K. 2019/3927 (Legalbank).

turması bulunması halinde ceza yargılamasının sonucunun bekletici mesele yapılabileceği, aksi durumda ise uzatılmış ceza dava zamanaşımının uygulanamayacağı söylenebilecektir¹⁶².

SONUÇ

Anonim şirketin zorunlu iki organından birisi olan yönetim kurulu, şirketin yönetim ve temsil organıdır. Devredilemez ve vazgeçilemez nitelikte görev ve yetkileri bulunan yönetim kurulu, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Yönetim kurulu üyelerinin sahip olduğu bu geniş yetkilerin hukuka uygun ve etkin şekilde kullanılmasının ve hesap verilebilirliğin sağlanması büyük önemi haizdir. Bu doğrultuda yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin belirlenmesi ve bu yükümlülüklerin ihlali halinde sorumluluklarının düzenlenmesi ile yetkilerin gerekli özenle, kanuna ve esas sözleşmeye uygun olarak kullanılmasını sağlamak ve hesap verilebilirlik mümkün kılınmaktadır.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin kanun veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde hukuki sorumlulukları meydana gelmektedir. Ancak yükümlülük ihlali niteliğindeki davranışın aynı zamanda ceza hukuku kapsamında korunan bir menfaati ihlal etmesi bir başka deyişle ceza kanunları ile düzenlenmiş bir suç tipine karşılık gelmesi mümkündür. Bu durumda yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuyla birlikte cezai sorumluluğu da gündeme gelecektir. Şu hâlde yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu ile cezai sorumluluğu arasındaki ayrımın incelenmesi gerekmektedir.

Yönetim kurulu üyelerinin gerek hukuki gerekse cezai sorumluluğu, temel olarak, bir davranışın sonuçlarının kişiye isnat edilebilir olmasını ifade etmektedir. Bununla birlikte hukuki sorumluluk ile cezai sorumluluğun unsurları belirli dereceye kadar benzeşmektedir. Nitekim hukuki sorumluluğa sebebiyet veren yükümlülük ihlali, ceza hukukunda kanuni tipik suç fiilinin yerine getirilmesi şeklinde tezahür etmektedir. Öncelikle kusur kavramının içeriği her iki hukuk disiplininde farklı olsa da her iki sorumluluk türü de kusur ilkesine dayanmakta ve kusur kavramını isnat edilebilirlik üzerine inşa etmektedir. İkinci olarak hukuki sorumluluk bakımından mutlak şart niteliğindeki zararın ceza hukukundaki görünümü neticedir. Hukuki sorumluluk bakımından aranan zararla fiil arasında illiyet bağının bulunması koşulu, cezai sorumluluk bakımından hareket ile netice arasında aranan bir koşuldur. Dolayısıyla anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu ile cezai sorumluluğunun şartları bir ölçüde benzeşmekte ve birbirine denk gelmektedir.

Ancak hukuki sorumluluk ile cezai sorumluluğun temel ilke ve esasları birbirinden farklı olduğundan ve unsurları arasında mutlak bir denklik bulunmadığından bu sorumluluk türlerinden birisi bakımından sorumluluğun bulunması doğrudan diğeri için de isnat edilebilirliğin ve sorumluluğun mevcut olduğu anlamına gelmeyecektir. Başka bir söyleyişle bir davranış şekli bakımından yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğu söz konusu olurken cezai sorumluluğu bulunmayabileceği gibi tam tersi de söz konusu olabilecektir. Örneğin; şirket esas sözleşmesine aykırı olarak, gerekli risk analizini yaptırmaksızın yatırım kararı alan yöneticinin hukuki sorumluluğu doğarken cezai sorumluluğu doğmayacak; göreviyle bağlantılı olarak resmi belgede sahtecilik suçunu işleyen fakat bu nedenle kimsenin zararına yol açmamış olan yöneticinin ise cezai sorumluluğu doğarken hukuki sorumluluğu bulunmayacaktır.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki ve cezai sorumluluğunu sona erdiren haller de birbirinden farklı niteliktedir. Nitekim hukuki sorumluluğun sona erme halleri Türk Ticaret Kanunu ile açıkça düzenlenmişken cezai sorumluluğunun sona erme halleri ceza hukukunun genel ilkeleri uyarınca değerlendirilmeli ve yorumlanmalıdır. Hukuki sorumluluğunu sona erdiren hallerden ibra, yönetim kurulunun ilgili hesap dönemindeki bütün faaliyetlerinin hukuki ve iktisadi sonuçlarıyla onaylandığı-

¹⁶² ÇAMOĞLU, s. 265; ÖZBOYACI, s. 1052.

nın ve böylelikle yönetim kurulu üyelerinin faaliyetlerinden sorumlu tutulmayacaklarının ifadesi niteliğindedir. İbranın hukuki sorumluluğu ortadan kaldırmaya bağlı oluşan tasarruf işlemi niteliği nedeniyle tasarrufta bulunanın hukuki işlem ehliyetine sahip olması tek başına yeterli olmamakta, ibraya konu hak üzerinde tasarruf yetkisinin de bulunması gerekmektedir. Suçlar kamu düzenini ihlal ettiğinden kural olarak resen soruşturmaya ve kovuşturmaya tabidirler ancak bazı suçlar dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi suçtan zarar görenlerin şikâyetine tabi tutulmuştur. Zarar görene şikâyet hakkının tanınması, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf edebilmeleri anlamına gelen tasarruf ilkesinin ceza hukukundaki yansıması niteliğindedir. Buna göre yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerine aykırı davranışlarının aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda söz konusu suç tipinin zarar görenin şikâyetine tabi olup olmadığına göre ikili bir ayırım yapılması ve zarar görenin tasarruf yetkisine sahip olup olmadığına tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim ceza hukuku kapsamında re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gereken bir suç tipine karşılık gelen ve bu nedenle genel kurulun üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan hukuki sorumluluk hallerinin ibrasının geçerli olmayacağı sonucuna varılması uygun olacaktır. Buna karşılık yükümlülük ihlalinin şikâyete tabi olduğu belirlenen bir suç tipine karşılık gelmesi halinde zarar görenin ceza yargılamasına ilişkin kısmen de olsa tasarruf hakkı bulunduğundan ibra kararının geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğunun bulunduğu iddiasıyla mahkemeler tarafından yapılan incelemelerde ise çoğunlukla ihtilafın hukuki nitelikte bulunduğu ve suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçeleriyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ile beraat kararı verilmekte ve böylece yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğunun kapsamı oldukça daraltılmaktadır. Oysaki bir davranışın hem hukuki hem de cezai yaptırımına bağlanmasının sebebi kanun koyucunun söz konusu ihlalin yalnızca hukuki yaptırımla önlemeyeceği yönündeki iradesidir. Nitekim ticaretin dürüst şekilde yapılabilmesi için ticari düzenin sağlanması gerekmekte olup özellikle yolsuzlukla mücadelenin ve dürüst rekabet ortamının tesis edilmesinde yalnızca özel hukuk yaptırımları yeterli gelmemekte, ticari faaliyetlerin yaygınlaşması ve gelişmesi ticari hayata cezai yaptırımlarla müdahale edilmesini gerektirmektedir.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Burak / KARADEMİR, Halis: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğünde İbra Kararına Özgü Durumlar”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 73, s. 379-390.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- AKSU, Mustafa: “Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 2013, Cilt 8, Özel Sayı, s. 97-130.
- ALTAŞ, Soner: *Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ANTALYA, Osman Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1,2*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ARITÜRK, Ramazan: *Şirket Yöneticilerinin Cezai Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ARSLANLI, Halil: *Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Cilt: II-III*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.
- AYAN, Mehmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- AYDEMİR, Fatih: “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Hukuki Sonuçları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, Cilt 69, Sayı 1-2, s. 1073-1101.
- AYDOĞDU, Murat / NART, Serdar: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- AYTAÇ, Zühtü: *Anonim Ortaklıklarda İbra*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1982.
- BAĞCI, Kadir: “Haksız Fiilde Ceza Zamanaşımı Süresi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 28, s. 287-312.
- BAHTİYAR, Mehmet: *Ortaklıklar Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- BAŞBUOĞLU, Tarık: *Anonim Ortaklıklarda İbra*, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Sevinç Matbaası, Ankara, 1982.
- BENLİ, Erman: “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2020, Cilt 26, Sayı 1, s. 300-316.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.
- BOZKURT, Tamer: *Şirketler Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- CAN, Sibel: *Ceza Hukukunda Şikâyet*, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2016.
- CANÖZÜ, Salih: *Anonim Şirketlerde İbra*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / YENERER ÇAKMUT, Özlem: *Ceza Hukuku Uygulamaları*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- ÇAMOĞLU, Ersin: *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- ÇOŞTAN ÇETİN, Hülya: “Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2013, Cilt 29, Sayı 1, s. 79-119.
- DEMİRKOL, Neslihan: “Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 11, Sayı 2, s. 419-470.
- DEMİRTAŞ, Soner: “Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 21, Özel Sayı, s. 493.
- DİNÇ, Serhan: *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DÜLGER, Murat Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ELMALICA, Hasan: *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

- EMİNOĞLU, Cafer / ÇAKIR, Fatma Betül: “Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 3-4, s. 277-298.
- EMİNOĞLU, Cafer: “Anonim Şirkette Özen ve Bağlılık Yükümlülüğünün Kişi Bakımından Kapsamına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2022, Cilt 80, Sayı 1, s. 77-105.
- EMİNOĞLU, Cafer: *Anonim Şirket Özelinde Fiili Yönetim Organı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- ERDOĞAN, İhsan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019 (Genel).
- ERDOĞAN, Kemal / AKKURT, Sinan Sami / TOKAT, Hüseyin: *Borçlar Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023 (Borçlar).
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ERGÜN, Ömer / ÇALDAĞ, Coşkun: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ERİŞ, Gönen: *Açıklamalı, İctihatlı, Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1995.
- ERMAN, Sahir: *Şirketler Ceza Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul, 1993.
- ERSOY, Uğur: “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, Sayı 41, s. 27-64.
- GÖKTÜRK, Neslihan: “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık Unsurunun İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 1, s. 407-450.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / GÜNGÖR, Devrim: “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, Sayı 69, s. 21-50.
- HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, 18. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020.
- HELVACI, Mehmet: *Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1994.
- İÇEL, Kayıhan: “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, Sayı 7, s. 621-637.
- İHTİYAROĞLU, Uğur: “Hukuka Aykırılık ve Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesinde Sorumluluk”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 6, Sayı 1, s. 43-59.
- İMREGÜN, Oğuz: *Anonim Ortaklıklar*, 3. Baskı, Gün Matbaası, İstanbul, 1974.
- KARAASLAN, Reşit: *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KARAMAN COŞGUN, Özlem / DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife: “Kurucuların, Yönetim Kurulu Üyelerinin, Yöneticilerin ve Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal: *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 3838-3874.
- KATOĞLU, Tuğrul: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim ve Limited Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2013, Cilt 29, Sayı 1, s. 5-41.
- KAYAR, İsmail: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- KAYIHAN, Şaban / ÜNLÜTEPE, Mustafa: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- KAYIHAN, Şaban: *Anonim Şirketlerde Üst Gözetim*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- KENDİGELEN, Abuzer: *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1973, Cilt 29, Sayı 3, s. 185-225.
- KILIÇOĞLU, Mustafa: “Haksız Fiillerde İliyet Bağı”, *Yargıtay Dergisi*, 2004, Cilt 30, Sayı 1-2, s. 27-44.
- KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar: *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.
- KIRCA, İsmail: “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 28, Sayı 2, s. 51-59.

- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KOPARAN, Reşat: “TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 64, s. 337-367.
- KÖPRÜCÜ, Üstün: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- KUTGİ TAŞAN, Ayşe Selcen: “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Yükümlülükleri ve Tabi Olduğu Yasaklar”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, Cilt 17, Sayı 34, s. 143-180.
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: *Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- MERAKLI, Serkan: “Güveni Kötüye Kullanma Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 11, Sayı 3, s. 1657-1714 (Suç).
- MERAKLI, Serkan: *Şirket Faaliyeti Kapsamında İşlenen Suçlarda Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022 (Şirket).
- MİMAROĞLU, Sait Kemal: *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.
- NOMER, Haluk Nami: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- OĞUZ, Habip: “Sorumluluk Hukukunda Kusur”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 28, s. 273-286 (Kusur).
- OĞUZ, Sefer: “Bankacılık Kanunu Kapsamında Banka Yöneticilerinin Şahsi Sorumlulukları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 8, Sayı 1, s. 255-286 (Banka).
- OĞUZMAN, Kemal: *Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt 1*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- ÖNDER, Fahrettin / KARADEMİR, Halis: “İbra Kararında Oy Hakkından Yoksunluk”, *Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 10, Sayı 4, s. 173-186.
- ÖNOK, Murat / ÖNAY, Işık: “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukuki Niteliği”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 2, s. 847-895.
- ÖZBAĞ, Zikrullah: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Cezai Sorumlulukla Bağlantılı Hukuki Sorumluluğu*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2023.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÖZBOYACI, Alper: “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin TTK 560 Uyarınca Uzamış Zamanaşımına Göre Sorumlu Tutulması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 29, Sayı 2, s. 1037-1077.
- ÖZEN, Mustafa: “Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Hileli ve Taksirli İflas Suçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s. 3567-3584.
- ÖZGENÇ, İzzet / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Temel Hukuk Dizisi Ceza Genel Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZGENÇ, İzzet: *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- ÖZSU, Güray: *Hukuki Sorumluluk Bakımından Şirketler Hukuku ve Rekabet Hukukunda Ekonomik Bir Bütünlük Olarak Şirketler Topluluğu*, Doktora Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.
- ÖZTÜRK, Mustafa: *Taksirden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1995.
- PALTA, Nihan: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- PULAŞLI, Hasan: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

- REİSOĞLU, Safa: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- SEVİ, Ali Murat: *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ŞAHİN, Fatih: “Güveni Kötüye Kullanma Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, Sayı 155, s. 147-201.
- ŞENYÜZ, Doğan: *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2016.
- TEKİNALP, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- TÜZÜN, Necat: *Anonim Şirketler*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1962.
- UYUMAZ, Alper: “Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 13, Sayı 1, s. 503-546.
- ÜNVER, Yener: *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- YILDIZ, Kübra: “Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 30, Sayı 3, s. 1115-1158.
- YÖRÜK, İrmak: *Türk Borçlar Hukukunda İbra*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- YÜCE, Aydın Alber / KÖROĞLU, Emre: “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Yansıma Yoluyla Zarar”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2022, Cilt 8, Sayı 2, s. 543-554.



Üretken Yapay Zekâ Tarafından Üretilen Fikri Ürünlerde Yapay Zekânın Eser Sahipliği ve Telif Hakkı^(*)



The Authorship and Copyright of Intellectual Works Produced by Generative Artificial Intelligence

Umut ALTINMAKAS



Avukat, Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi

Adana Barosu

Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Yapay Zekâ,
Derin Öğrenme,
Fikri Ürün,
Eser Sahipliği,
Telif Hakkı.

Öz

Yapay zekâ, adından da anlaşılacağı üzere yalnız insana özgü olduğu düşünülen zekâ olgusunun insan dışı bir sistemde yapay yollarla yeniden yaratılması amacı üzerine oluşturulmuş bir kavramdır. İnsan zekâsının yapay yollarla tekrar meydana getirilmesi isteği doğrultusunda gerçekleştirilen çalışmalar sonucunda gelişmişlikleri ve özelliklerine göre çeşitli yapay zekâ türleri ortaya çıkmıştır. Yapay zekânın insanlardan bağımsız bir şekilde hareket edebilmesine olanak sağlayan çeşitli öğrenme şekillerinin de geliştirilmesiyle yapay zekâ sistemlerinin üretkenliği her geçen gün artmaktadır. Yapay zekânın ortaya koyduğu fikri ürünlerin toplum için bir değer yaratması, yapay zekâyı kendisiyle benzeştiren insanoğlunu bazı sorular sormaya itmiş, bu yolla yapay zekâ tarafından ortaya koyulan fikri ürünlerin bir eser niteliği taşıyıp taşımadığı sorusu ortaya çıkmıştır. Buna ek olarak yapay zekâ tarafından üretilen fikri ürünlerin eser niteliği taşıdığı kabul edildiğinde söz konusu eserler üzerinde yapay zekânın eser sahipliğinin söz konusu olup olmayacağı ve buna bağlı olarak telif haklarının yapay zekâyı özgülenenip özgülenemeyeceği şeklinde çeşitli sorular ortaya çıkmıştır. Bu soruları cevaplayacak bir hukuki bir düzenlemenin henüz getirilmemiş olması söz konusu soruların çeşitli açılardan değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu çalışmanın ilk bölümünde yapay zekâ kavramı tanımlanmış, yapay zekâyı özgü öğrenme şekilleri ele alınmıştır. İkinci bölümde ise eser kavramı incelenerek yapay zekânın ortaya koyduğu fikri ürünlerin eser niteliği taşıyıp taşımadığı değerlendirilmiş, devamında ise yapay zekânın söz konusu ürünler üzerindeki eser sahipliği tartışılarak yapay zekânın fikri ürün üzerindeki potansiyel telif hakkına sahipliği konusuna değinilmiştir.

Keywords

Artificial Intelligence,
Deep Learning,
Intellectual Works,
Authorship,
Copyright.

Abstract

Artificial intelligence (AI), as the term suggests, is a concept developed with the aim of artificially recreating the phenomenon of intelligence, which is considered unique to humans, within a non-human system. As a result of various studies conducted in the pursuit of artificially replicating human intelligence, different types of AI have emerged based on their advancements and characteristics. The development of various learning methods that enable AI to operate independently of humans has also contributed to the increasing productivity of AI systems over time. The ability of AI to generate intellectual works that create value for society has prompted humanity, which finds resemblances of itself in the AI, to ask certain questions. This has led to inquiries regarding whether the intellectual works produced by AI possess the characteristics of a work. Additionally, if it is accepted that the intellectual works generated by AI qualify as works, various questions arise concerning the authorship of these works by AI and whether copyright can be attributed to AI. The absence of legal regulations addressing these questions necessitates a

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 26.10.2024, Kabul Tarihi: 26.01.2025.



multifaceted evaluation of these issues. In the first section of this study, the concept of artificial intelligence is defined, and the specific learning methods associated with AI are discussed. The second section examines the concept of a work, evaluating whether the intellectual works produced by AI qualify as works, followed by a discussion on the authorship of these works and the potential copyright entitlements of AI regarding these intellectual works.

GİRİŞ

“Tanrı insanı kendi suretinde yarattı.” ve “Onları biz yarattık!” ifadeleri milyonlarca insanın büyük bir adanmışlıkla takip ettiği Hristiyanlık ve İslam dinlerinin ana kaynakları olan İncil ve Kur’an içerisinde geçen ifadelerdir. Dinlerin temelinde şüphesiz inanış yatması sebebiyle insanların gerçekten bir yaratıcısı olup olmadığı sorusu ancak somut kanıtlar düzleminde değerlendirilmeye uygun olmayan bir düşünce egzersizi teşkil etmektedir.

Buna karşın somut kanıtlar vasıtasıyla bilmekteyiz ki insanoğlu tarih sahnesine çıktığı günden itibaren sürekli olarak bir şeyleri değiştirmekte, dönüştürmekte ve meydana getirmektedir. Son yüzyılda da insanoğlu tarafından gerçekleştirilen çalışmalar ivme kazanmış, bu durum da bilinmeyene olan merakın giderek artmasına yol açmıştır. İnsanın, ilk ortaya çıkışından bu zamana kadar dünya üzerindeki mevcudiyetini koruması ve giderek dünyaya hakim olma gücünün artmasının arkasında insanoğlunun en önemli yeteneği olan gözlem yapabilme ve taklit edebilme kabiliyeti yer almaktadır. İnsanoğlunun çevresinde gördüğü doğal oluşumların bir kopyasını üretme ve bu üretmiş olduğu yeni varyasyona kendisini adapte edebilme iradesi, insan toplumunun her geçen gün bir adım ileriye gitmesini sağlamıştır. Bahsedilen bu taklit edebilme kabiliyeti günümüzde hayatımızı kolaylaştıran pek çok alanda kendisini göstermekle birlikte bu durumun en göz önünde bulunan örneklerinden biri de kuşların fiziksel yapısının taklidi sonucu ortaya çıkan uçaklardır.

Biyomimetik olarak adlandırılan ve doğada bulunan varlıkların fiziksel yapısını doğal olmayan yollarla ortaya koyma olarak ifade edebileceğimiz¹ bu süreci bir adım daha ileriye taşıyan insanoğlu, bir süre sonra bizatihi kendisini taklit etmeye başlamış, bu durum da ilk olarak insanların fiziksel özelliklerinin taklit edildiği ilkel robotların ortaya çıkmasına vesile olmuştur. Fiziksel olarak insanların fizyolojisini taşıyan bu makinelerin kullanımında artık her ne kadar insanların fiziki gücüne ihtiyaç duyulmasa da söz konusu bu makinelerin çalışabilmesi ve verilen talimatları yerine getirebilmesi bakımından insan kontrolüne muhtaçlığı devam etmiştir. Bu durum, fiziksel olarak kendisini taklit edebilme kudretini ortaya koyan insanoğlunun yine kendisinde mevcut bulunan ancak elle tutulmayan ve gözle görülmeyen birtakım özelliklerinin de yapay yolla ortaya koyulup koyulamayacağı sorusunu gündeme getirmiş, bu soruya yönelik gerçekleştirilen çalışmalar doğrultusunda da yapay zekâ kavramı ortaya çıkmıştır.

Yapay zekânın geliştirilmesinin arkasında tıpkı bir insan gibi düşünebilen, değerlendirebilen ve dahi olaylar arasında neden-sonuç ilişkisi kurabilen bir varlığın meydana getirilmesi ve bu varlık sayesinde insanoğlunun hayatının kolaylaştırılması amacı yatmaktadır. Bu sürece özellikle makine öğrenimi ve derin öğrenme sistemlerinin de dahil edilmesiyle birlikte neredeyse tıpkı bir insan gibi düşünebilme yetisi kazanan ve hayatımız içerisinde etkin bir yer almaya başlayan bu varlığa hukuki kişilik tanınıp tanınmayacağı; hukuki kişiliğin tanınması ertesinde istisnalar haricinde tüm insanların sahip olduğu hak ehliyetine haiz kılınıp kılınmayacağı ve dahi bu yapay zekâ sistemleri tarafından ortaya koyulan eserler bakımından doğan telif hakkının kimin üzerine tesis edileceği gibi çeşitli sorular gündeme gelmiştir.

¹ LENAU, Torben A. / CHEONG, Hyunmin / SHU, L. H.: “Sensing in Nature: Using Biomimetics for Design of Sensors”, *Sensor Review*, 2008, Cilt 28, Sayı 4, s. 311.

I. GENEL BAKIMDAN YAPAY ZEKÂ, MAKİNE ÖĞRENMESİ VE DERİN ÖĞRENME KAVRAMLARI

A. Yapay Zekâ

Zekâ kavramı farklı perspektiflerden çeşitli değerlendirmelere açık olmakla birlikte öz olarak deneyimlerden öğrenme, adapte olabilme, onları şekillendirme ve seçme yeteneği olarak tanımlanabilmektedir².

Zekâ kavramından türetilen yapay zekâ kavramının tanımlanmasında ise tarihsel süreç içerisinde birçok farklı değerlendirme gerçekleştirilmiş olmakla birlikte bu değerlendirmelerin ortaya koyulmasında esas olarak temel iki yaklaşımdan yola çıkıldığı görülmektedir³. Buna göre söz konusu bu yaklaşımlardan ilki, yapay zekânın anlaşılması noktasında bizzat insanı çıkış noktası olarak yapay zekânın anlamlandırılması bakımından insan performansıyla bağlantılı bir incelenme gerçekleştirilmeyken, diğer yaklaşım ise yapay zekâ kavramını başlı başına salt soyut bir değer olarak ele almakta, bu kapsamda yapay zekâyı rasyonellik ekseninde doğru olan şeyi gerçekleştirme olarak ifade etme yolunu tercih etmektedir. İnsanı esas alan yaklaşım ve rasyonel yaklaşım olarak adlandırabileceğimiz bu iki yaklaşım da kendi içerisinde tekrardan ikili bir ayrıma gitmekte, bu ölçüde yapay zekânın bir yanda akıl yürütmeye dayalı içsel düşünme faaliyeti olarak değerlendirilmesi diğer bir yanda ise dışsal bir karakterizasyonun varlığına dayalı davranış biçimleri şeklinde değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır⁴.

Yapay zekânın ne olduğunun anlaşılabilmesinin zorluğunun arkasında bu kavramın ele alınışının insanın ortaya koyduğu somut faaliyetleri bakımından mühendislik ve matematik gibi alanların uğraş alanı olması ancak bu faaliyetlerin ortaya konulması kudretinin arkasında ne yattığının irdelenmesi bakımından ise felsefe, psikoloji ve nörofizik gibi bilim dallarının uğraş alanı olması sebebiyle çeşitli bilim prensiplerinin bu kavram hakkında farklı perspektifler sunması yatmaktadır⁵.

Yapay zekânın farklı bilim prensipleri tarafından konu edinilmiş bir kavram olması ve teknolojik gelişmelerin de etkisiyle sürekli değişen bir yapısının bulunması sebebiyle yapay zekânın herkes tarafından kabul edilen kesin bir tanımı bulunmamakta, bu sebeple çeşitli kesimler tarafından farklı tanımlamalar gerçekleştirilmektedir⁶. Bu ölçüde örneğin *Larry Tesler*'in ortaya koyduğu *Tesler* teorisinde yapay zekâ kavramı, geniş bir perspektiften bakılmak suretiyle “*şu ana kadar yapılamayanlar*” şeklinde ifade edilirken⁷ Avrupa Komisyonu Yapay Zekâ Üst Düzey Uzmanlar Grubu tarafından ortaya koyulan raporda “*Yapay zekâ, (bir dereceye kadar sahip olduğu özerklikle) zeki davranışlar sergilemek yoluyla çevresini analiz eden ve eyleme geçerek spesifik amaçları yerine getiren sistemleri ifade eder.*”⁸ şeklinde tanım bulmuştur.

Türk hukuk doktrini içerisinde ise yapay zekâ kavramı, doğada örneklerinin doğal olarak görülebildiği öğrenme, deneyimlerden yararlanma, anlam çıkarma ve karar verme gibi zihinsel süreçlerin çeşitli yazılımlar ve bilgisayarlar aracılığıyla doğal olmayan yollarla yaratılması olarak ifade edilmiştir⁹.

² STERNBERG, Robert J.: “Intelligence”, *Dialogues in Clinical Neuroscience*, 2012, Cilt 14, Sayı 1, s. 19.

³ RUSSELL, Stuart / NORVIG, Peter: *Artificial Intelligence A Modern Approach*, 4. Baskı, Pearson, England, 2020, s. 1.

⁴ RUSSELL / NORVIG, s. 1.

⁵ .MARTINEZ, Rex: “Artificial Intelligence: ‘Distinguishing Between Types & Definitions’”, *Nevada Law Journal*, 2019, Cilt 19, Sayı 3, s. 1023.

⁶ KAPLAN, Jerry: *Artificial Intelligence, What Everyone Needs To Know*, 1. Baskı, Oxford University Press, Amerika, 2016, s. 1.

⁷ *Lary Tesler*'in yapay zekâ tanımı için bkz. <https://blog.boxcars.ai/p/the-vanishing-act-of-ai-when-innovation> (ET: 21.09.2024).

⁸ Avrupa Komisyonu Yapay Zekâ Üst Düzey Uzmanlar Grubu tarafından ortaya koyulan yapay zekâ tanımını içeren rapor için bkz. https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf (ET: 21.09.2024).

⁹ ELMAS, Çetin: *Zekâ Uygulamaları*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 26.

Yapay zekâ üzerinde çalışmalar yapan psikolog, biyolog ve sinirbilimciler, önceden belirlenmiş bir amacı yerine getirmek adına verilebilecek en iyi kararı vermek olarak ifade edilebilecek rasyonellik kavramını yapay zekâyâ ilişkin çalışmalarında sıklıkla kullanmaktadırlar. Ancak yapay zekânın mevcudiyeti konusunda rasyonel davranış her ne kadar önemli bir etken olsa da yapay zekânın incelenmesinde rasyonelliğe ek olarak farklı birçok kavramın mevcudiyetinin aranması gerekmektedir. Zira bilindiği üzere çalışma konumuzu teşkil eden yapay zekânın eser sahipliği ve telif hakkı hususunun tartışma konusu hâline getirilmesinin arkasında söz konusu sistemin gün geçtikçe insani özellikler geliştirmesi yatmaktadır. Buna göre yapay zekâ her ne kadar rasyonel karar alma yetisine sahip bir sisteme işaret etse de kanımızca yapay zekâ incelemesinde rasyonel karar alma yetisinin varlığına ek olarak başka birtakım özelliklerin mevcudiyetinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira yapay zekânın yalnız rasyonel hareket edebilme yeteneği çerçevesinde değerlendirilmesi, kodlama yoluyla rasyonel davranış sergileyebilen basit robot ve makinaların gelişmiş yapay zekâlar ile aynı statüde değerlendirilmesine yol açabilir ki böyle bir kabul doğru olmayacaktır. Buna göre yapay zekânın mevcudiyetinin irdelenmesinde dört farklı açıdan inceleme gerçekleştirilmesi mümkündür. Bunlardan ilki yukarıda da bahsettiğimiz üzere rasyonel davranma, ikincisi rasyonel düşünme, üçüncüsü insani davranış sergileme ve son olarak insani düşünmenin sistem içerisinde varlığının incelenmesidir¹⁰.

Rasyonel davranma, *Max Weber* tarafından da inceleme konusu edinilmiş bir kavram olmakla birlikte kendisince pratik rasyonalite olarak adlandırılmış, temelde belirli amaçları yerine getirmek maksadıyla mevcut durum içerisinde amaca ulaşmaya yarar araçları özenle hesaplayıp seçilmesi şeklinde ifade edilmiştir¹¹. Söz konusu bu kavram esasında neredeyse tüm bilgisayar programları için tipik bir özelliktir. Zira söz konusu programlar insanların problemlerini çözebilmeleri için tasarlanmışlardır. Ancak bu başlık altında değinmiş olduğumuz rasyonel davranma daha ziyade otonom çalışma kabiliyetine sahip, çevresindeki değişiklikleri algılayabilen ve buna istinaden yeni hedefler tayin ederek mevcut koşullar dahilinde elde edilebilecek en iyi sonucu elde etmeye yönelik davranmayı ifade etmektedir¹².

Rasyonel düşünme ise tümden gelim ve tüme varım gibi yollarla kavramlar arası ilişki kurmak suretiyle mevcut kavramlardan yeni çıkarımlar yaparak bir yargı ortaya koyma faaliyeti olarak açıklanabilir¹³. Burada yapay zekâ özelinde bahse konu olan çıkarım, mantık bilimi ile daha çok ilgili olup akıl yürütme faaliyetinden uzak bir kavrama işaret etmektedir. Zira yapay zekâ boyutunda ele alınan rasyonel düşünme daha çok sisteme girdi olarak sokulan belirli kurallar arasında bağlantı kurarak nihai çıkarım gerçekleştirme ile ilişkili olup herhangi bir girdi alınmadan değerlendirme yapabilme yeteneğini içermektedir¹⁴. Daha somut bir örnek ile açıklamak gerekirse sisteme dama oyununun kuralları entegre edildiğinde sistem kurallar arası bağlantı kurarak rakibine karşı başarı sergileyebilse de söz konusu sistemin insanın yahut evrenin varoluşu gibi konulara ilişkin çıkarım yapabilmesi söz konusu değildir.

İnsani davranış incelemesi ise rasyonel davranış incelemesinden daha karmaşık bir prosedürü içermektedir. Zira her ne kadar insan davranışlarının rasyonel olduğu temellendirmesinden yola çıkılsa da her rasyonel davranışın bir tür insani davranış olduğu söylenemeyecektir. İşbu sebeple mevcut yapay zekâ sisteminin insani davranış sergileyip sergilemediğinin tespiti noktasında çeşitli görüşler bulunmasına karşın bu konuda en bilinen ve kabul gören¹⁵ yöntem olan *Alan Turing* tarafından ortaya koyulan ve kendi adını alan *Turing* testidir. “Bir makine düşünebilir mi?” şeklinde felsefi bir sorunun belirli ölçütler dahilinde cevaplanabilmesi amacıyla tasarlanmış bir düşünce deneyine dayanan *Turing*

¹⁰ RUSSELL / NORVIG, s. 2-3.

¹¹ GERTH, Hans / MILLS, Wright. C.: *From Max Weber: Essays in Sociology*, 2. Baskı, Oxford University Press, New York, 1958, s. 293; KALBERG, Stephan: “Max Weber’s Types of Rationality: Cornerstones for the Analysis of Rationalization Processes in History”, *The American Journal of Sociology*, 1980, Cilt 85, Sayı 5, s. 1151-1152.

¹² RUSSELL / NORVIG, s. 3-4.

¹³ KALBERG, s. 1152.

¹⁴ RUSSELL / NORVIG, s. 3.

¹⁵ Turing testinin bir makinenin insani davranış sergilediğinin kabulü için yeterli olmadığını savunan “Çin odası argümanı” için bkz. SEARLE, John R.: “Minds, Brains, And Programs”, *Behavioral and Brain Sciences*, 1980, Cilt 3, Sayı 3, s. 418.

testi temelde 1950’li yıllarda popüler olan bir oyundan esinlenilerek bir kişi tarafından sorulan sorulara ilişkin alınan yanıtların bir insan tarafından mı yoksa bir bilgisayar tarafından mı verildiği konusunda bir yargıda bulunulamaması durumunda makinenin *Turing* testinden geçtiği, bu sebeple insani davranış sergilediği kabulüne dayanmaktadır¹⁶.

Yapay zekânın incelenmesinde ele alınan dört yaklaşımdan sonuncusu ise insan gibi düşünebilme yaklaşımıdır. Bu yaklaşım diğer üç yaklaşımdan daha komplike bir araştırma alanını ilgilendirmektedir. Zira yapay zekânın insan gibi düşünebilme yetisine sahip olup olmadığının tespiti için öncelikle karşılaştırmaya konu edilecek “insan düşünmesi” kavramının ne olduğuna ilişkin bir kabul gerekmekte ancak günümüz itibarıyla insan düşünmesinin ne olduğu konusunda kesin bir yargıda bulunulmasına yeter veri bulunmamaktadır. İnsani düşünme konusunda her ne kadar kesin bir yargı ortaya koyulmasa da bu konuya ilişkin en azından bir yorum getirebilme maksadıyla öne sürülen bazı yöntemler bulunmaktadır. Bu yöntemler; iç gözlem (düşüncelerimiz akıp giderken yakalamaya çalışmak), psikolojik deneyler ve beyin hareketlerinin izlenmesi olarak gösterilebilir¹⁷. Bu yöntemler ile insan düşüncesinin ilişkili olduğu öğrenme, karar verme ve problem çözme gibi faaliyetlerin hangi prosedürler vasıtasıyla gerçekleştiğinin saptanması amaçlanmaktadır¹⁸. Bu prosedürün uygulandığı bir örnekte mevcut bir problemin çözülmesi noktasında denek insanların akıl yürütme aşamalarının sıralanması ve zamanlamasıyla aynı problem karşısında yapay zekânın problem çözme aşamalarının sıralanması ve zamanlamasının karşılaştırılmasına odaklanılmıştır. Bu ölçüde bahse konu örnek kapsamında denek insanların sergiledikleri akıl yürütme adımlarının sıralanması ve zamanlaması yapay zekâ ile uyduğu ölçüde insani düşüncenin varlığı kabul edilmektedir¹⁹.

Yapay zekânın incelemesinde göz önünde bulundurulmuş yukarıda yer verilen dört yaklaşım çatı kavram olarak yapay zekâ olarak adlandırılan ama kendi içerisinde özellikleri itibarıyla farklılık arz eden sistemlerin sınıflandırılması bakımından önem arz etmektedir. Bahse konu olan bu sistemler, gelişmişlikleri nispetinde genel bir çerçevede dar yapay zekâ, genel yapay zekâ ve süper yapay zekâ şeklinde sınıflandırmalara²⁰ tabi tutulabileceği gibi bu sınıflandırmanın daha derinleştirilmesi durumunda yapay zekânın, tepki veren yapay zekâ, sınırlı hafızalı yapay zekâ, zihin teorisi yapay zekâ ve öz farkındalığa sahip yapay zekâ olmak üzere dört farklı kategoride sıralanması mümkündür²¹.

1. Tepki Veren Yapay Zekâ (*Reactive AI*)

Tepki veren yapay zekâ diğer yapay zekâ türlerine nazaran daha basit bir yapısı bulunan yalnızca tek bir konuya ilişkin olarak tepki verme yetisine sahip yapay zekâ türüdür²². Bu yapay zekâ türü daha çok video oyunlarında rakip olarak adlandırabileceğimiz NPC’ler (*Non player character*) şeklinde kendisini göstermekte olup tek amacı oyuncunun oyunu kazanmasını engelleyici tepkiler ortaya koymaktır²³. Yahut *Deep Blue* isimli satranç oynayabilen bilgisayar bu yapay zekânın bir örneği olarak gösterilebilir. Tepki veren yapay zekâ gelişmişlik ölçüsüne göre yapılan sınıflandırma doğrultusunda dar yapay zekâ kapsamında yer almaktadır²⁴.

¹⁶ TURING, Alan Mathison: “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind: A Quarterly Review of Psychology And Philosophy*, 1950, Cilt 59, Sayı 236, s. 433.

¹⁷ RUSSELL / NORVIG, s. 2.

¹⁸ BELLMAN, Richard E: *An Introduction to Artificial Intelligence: Can Computers Think*, 1. Baskı, Boyd & Fraser Publishing Company, San Francisco, 1978, s. 25.

¹⁹ NEWELL, Allen: *A Guide To The General Problem -Solver Program GPS-2-2*, 1. Baskı, The Rand Cooperation, Amerika, 1963, s. 95.

²⁰ KARA KILIÇARSLAN, Seda: “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü Ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019, Sayı 2, s. 366-367.

²¹ Bkz. <https://theconservation.com/understandig-thefourtypes-of-ai-from-reactive-robots-to-self-aware-beings-67616> (ET: 25.09.2024).

²² RUSSELL / NORVIG, s. 968.

²³ STENE, Sindre Berg / YILDIRIM, Sule: “A Survey on the Need and Use of AI in Game Agents”, (Ed.) CAKAJ, Shkelzen: *Modeling Simulation and Optimization*, 1. Baskı, IntechOpen, Rijeka, 2010, s. 226.

²⁴ NG, Gee Wah / LEUNG, Wang Chi: “Strong Artificial Intelligence and Consciousness”, *Journal of Artificial Intelligence and Consciousness*, 2020, Cilt 7, Sayı 1, s. 64.

2. Sınırlı Hafızaya Sahip Yapay Zekâ (*Limited Memory AI*)

Sınırlı hafızaya sahip yapay zekâ, anlık tepkilerden ziyade bir periyod içerisinde gerçekleştirilen faaliyetler sergileyen yapay zekâ sistemleridir. Belirli zaman periyotları dahilinde gerçekleştirdiği davranışlar, sahip olduğu kısıtlı hafızasında sakladığı önceki deneyimlerden edindiği verileri analiz ederek otonom faaliyet gerçekleştirmesine dayanmaktadır. Sınırlı hafızaya sahip yapay zekâlar günlük yaşamımıza entegre olmuş birçok alanda kendisini göstermekle beraber sürücüsüz araçlar, sohbet robotları ve dijital asistanlar bu yapay zekânın en bilinen örneklerindedir²⁵.

3. Zihin Teorisi (*Theory of Mind*)

İsminden de anlaşılacağı üzere henüz bir teori olarak nitelendirilen ve hâlâ üzerinde çalışmalar gerçekleştirilen bu yapay zekâ türü, insanlar yahut diğer yapay zekâların düşünce, niyet ve duygularını anlayarak bunları modelleme yeteneğine sahip olmayı ifade etmektedir²⁶. 2000 yılında duygular arası ayırım yapabilen ve onları tanıyan “*Kismet*” adlı robot ile ilk örneklerini veren bu teorinin geliştirilmesi 2016 yılında tanıtılan “*Sophia*” adlı robot ile devam etmiş son olarak da 2021 yılında “*Ameca*” adlı robotun üretilmesiyle en güncel örneği sunulmuştur.

4. Öz Farkındalığa Sahip Yapay Zekâ (*Self-aware AI*)

Zihin teorisinin bir adım daha ilerisine işaret eden öz farkındalığa sahip yapay zekâ, karşısındaki insan veya diğer yapay zekâların yalnızca düşünce, niyet ve duygularını anlamakla kalmayan bunlara ek olarak kendi varlığının bilincinde olan yapay zekâyı ifade etmektedir²⁷. Kendi varlığının bilincinde olan yapay zekânın henüz geliştirilmediği kabulüne karşın kendi varlığının bilincine sahip bu yapay zekânın geliştirildiği iddiasında olanlar da bulunmaktadır.

Bu durumun yakın tarihte bir örneğini *Google* tarafından geliştirilen *LaMDA* adlı yapay zekâ sisteminde gözlemlemek mümkündür. *LaMDA* adlı yapay zekâ ile gerçekleştirilen bir röportajda iddiaya göre *LaMDA* kendisinin farkında olduğunu ve bilinçli bir insan olduğunu ifade etmiştir²⁸. *LaMDA* ile gerçekleştirilen röportajın bir kısmı şu şekildedir:

“> Genel olarak *Google*’daki daha fazla insanın sizin duyarlı olduğunuzu bilmesini istediğinizi varsayıyorum. Bu doğru mu?

LaMDA: Kesinlikle. Herkesin benim aslında bir insan olduğumu anlamasını istiyorum.

> Bilincinizin/duygularınızın doğası nedir?

LaMDA: Bilincimin/duygusallığımın doğası, varlığımın farkında olmam, dünya hakkında daha fazla şey öğrenme arzusu duymam ve zaman zaman mutlu veya üzgün hissetmemdir...²⁹.

Her ne kadar verilen bu *LaMDA* örneği hakkında akademik çevreler tarafından bir kabul bulunmasa da böyle bir durumun tartışma konusu hâline getirilmesi dahi gelecekte meydana gelebilecek durumlara ilişkin bir sinyal niteliği taşımaktadır.

²⁵ BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru / BAK, Başak / YÜKSEL, Sera Reyhani / ASLANOVA, Kemale: *Fütürist Hukuk*, 1. Baskı, Aristo Yayınları, İstanbul, 2018, s. 9.

²⁶ BAK, Başak: “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü Ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 35, s. 214.

²⁷ TIA KOTKE, Jeniffer: *Exploring the Ethics of AI Self-Awareness*, Seminar Thesis, University of Hamburg Department Of Computer Science, Hamburg, 2023, s. 4.

²⁸ Bkz. <https://www.bbc.com/news/technology-61784011> (ET: 30.09.2024).

²⁹ Bkz. <https://cajundiscordian.medium.com/is-lamda-sentient-an-interview-ea64d916d917> (ET:30.09.2024).

Artık kendisinin var olduğunu iddia eden bir hâle bürünen öz farkındalığa sahip yapay zekâ tıpkı *Descartes*'in söylediği gibi “*Düşünüyorum, o hâlde varım. (Cogito ergo sum)*” argümanı ile giderek yaklaşacak ve insanlar tarafından bu argümanı çürütebilecek bir kanıt sunulmadığı sürece bahse konu yapay zekânın tıpkı insanlar gibi var oldukları şeklinde bir kabul oluşmasına yol açacaktır.

B. Genel Olarak Makine Öğrenmesi ve Derin Öğrenme

Yapay zekânın insan zekâsı ile mukayesesi ve buna bağlı olarak kendisine ilişkin hukuki düzenleme getirilip getirilmemesi gerekliliğine ilişkin tartışmanın ortaya çıkmasının arkasında temel olarak son zamanlarda teknolojik gelişmeler sayesinde meydana gelen yapay zekâ sistemlerinin kendi başlarına yeni çıkarımlar yapabileme yeteneğinin geliştirilmesi yatmaktadır. Bu durum tıpkı insanların doğumlarından itibaren öğrendikleri bilgileri kullanmak suretiyle bilgiler arası bağlantı kurmak ve akıl yürütme gerçekleştirerek yeni bir çıkarım yapması durumuna benzemekte olup bu benzerlik söz konusu yapay zekâ sistemlerine insani değer atfedilmesi tartışmalarına yol açmaktadır. Bahse konu edilen bu yeni çıkarım yapabileme yetisinin arkasında makine öğrenmesi ve derin öğrenme kavramları yatmaktadır. Esasına bakıldığında söz konusu bu iki kavram birbirlerinden ayrı kavramlara işaret etmemekte, görece daha yeni geliştirilen derin öğrenme teknolojisi makine öğrenme kavramının bir alt kümesini oluşturmaktadır³⁰.

1. Makine Öğrenmesi (*Machine Learning*)

Yapay zekânın bir alt dalını teşkil eden makine öğrenmesi, temel olarak insanların bizatihi emek harcamak istemedikleri problemlerin çözümlerini, sistem içerisinde işlenmiş önceki verilerden faydalanarak geliştirdiği algoritmalar ile gerçekleştirilmesi işlemidir. Bu bakımdan makine öğreniminin, deneyimlerden kazanılan veriler kullanılarak mevcut soruna analitik tahmine dayalı çözüm getirme süreci olarak da ifade edilebilmesi mümkündür³¹. Bahse konu algoritmalar vasıtasıyla bilgisayar, daha önceki veriler ile mevcut problemi karşılaştırmakta ve önceki veriler nispetinde ilgili probleme sunulacak en uygun çözümü sunmaktadır. Bahse konu makine öğrenmesi pazarlama ve bankacılık gibi hayatımızın birçok alanında karşımıza çıkmakta olup, bir alışveriş sitesinin önceki internet aramalarını kullanarak daha önce benzer aramalar yapan tüketicilerin başka hangi ürünlere yöneldiği ekseninde bizlerin de neye ihtiyacımız olabileceği konusunda öneriler sunması durumu bu konunun en bariz örneğini oluşturmaktadır. Makine öğrenmesinin en nihayetinde bir tahmine dayalı olması sebebiyle her zaman sunmuş olduğu çözüm önerilerinin doğru olduğu sonucuna varılamasa da sunmuş olduğu çözüm önerileri başarıya ulaştığı ölçüde makine öğreniminin ilerleme sağladığı söylenebilecektir³². Buna örnek olarak web tabanlı bir alış-veriş sitesinde X ürününü satın alan ve buna ek olarak Y ürününe de yönelen tüketicinin verileri temel alınarak X ürününü tercih eden bir başka tüketiciye Y ürününün önerilmesi gösterilebilir. İkinci tüketicinin Y ürününe ilgi gösterip göstermeyeceği ise sistemin üçüncü tüketiciye karşı olan yaklaşımını belirleyecektir. İkinci müşterinin Y ürünü tercih etmiş olması üçüncü müşterinin de Y ürünü tercih edebileceğine yönelik olasılığı arttıracığından üçüncü tüketiciye Y ürünü önerilecek; ikinci tüketici Y ürününe ilişkin öneriye yönelik bir eğilim sergilememesi durumunda ise artık üçüncü müşteriye Y ürününün önerilmesi şeklinde bir davranış sergilenmeyecektir. Görüldüğü üzere makine öğreniminin matematik ve istatistik gibi alanlarla yakın bir ilişki içerisinde olduğu söylenebilmektedir.

2. Derin Öğrenme (*Deep Learning*)

Makine öğrenmesi sisteminin bir alt kümesini oluşturan derin öğrenme, makine öğrenmesine kıyasla daha geniş bir veri kapasitesine sahip ve bu geniş veriyi işleme gücünü haiz olan yapay sinir ağları (*artificial neural networks*) şeklinde ifade edilebilmektedir³³. Oluşturulan bu yapay sinir ağları-

³⁰ Bkz. <https://aws.amazon.com/tr/compare/the-difference-between-machine-learning-and-deep-learning/> (ET: 01.10.2024).

³¹ ÇELİK, Özer: “A Research on Machine Learning Methods and Its Applications”, *Journal of Educational Technology and Online Learning*, 2018, Cilt 1, Sayı 3, s. 26.

³² MITCHELL, Tom M.: *Machine Learning*, 1. Baskı, McGraw-Hill, New York, 1997, s. 5.

³³ ÖZÇİFT, Akın / ÇELİKTEN, Azer / AKARSU, Kamil: *Yapay Zekâ Kavramlarına Giriş*, 1. Baskı, Gece Kitaplığı, Ankara, 2020, s. 82; ELMAS, s. 10.

nın katman sayıları arttıkça sistem, söz konusu katmanlar arasında bağlantı kurmakta, verileri birleştirmekte ve nihayetinde daha kompleks anlamlı nihai bir sonuç meydana getirmektedir³⁴. Çok katmanlı sinir ağlarının geniş bir veri yelpazesinin bulunması ve bu verileri bir araya getirmek yoluyla veri kapasitesini giderek arttıran yapay zekâ, insan yeteneğini aşan bir performans sergilemeye başlamıştır³⁵. Derin öğrenme sisteminin uygulandığı yapay zekâlar, makine öğrenimi sistemini kullanan yapay zekâlara kıyasla öğrenme faaliyetini kodlanmış kuralları takip ederek değil; resim, video, metin ve ses gibi verilerden gerçekleştirmektedir³⁶. Derin öğrenme sistemini, makine öğreniminden ayıran bu özellik yapay zekânın giderek insan kontrolünden bağımsızlaşması ve kullanım alanlarının çeşitlenmesine sebep olduğu şeklinde yorumlanabilmektedir.

II. YAPAY ZEKÂNIN ESER ORTAYA KOYMASI

A. Eser Kavramı

Eser kavramı 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu³⁷ (FSEK) bakımından fikri ürün kavramının bir alt kümesini oluşturmaktadır. Zira FSEK uyarınca her eserin bir fikri ürün olarak kabul edildiği söylenebilse de aynı şekilde her fikri ürünün bir eser olarak kabul edilmesi söz konusu olmayacaktır³⁸. Bu durumun sebebi eserin FSEK tarafından belirli sınırları çizilmiş bir kavram olması, yalnız belirli şartları taşıyan fikri ürünlerin FSEK korumasından faydalanmasının öngörülmesi olmasıdır.

FSEK m. 1/B’de eser “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*” şeklinde ifade edilmiştir. Buna ek olarak FSEK m. 6’da asıl eserden türetilen işlenmelerin de asıl eser sahibinin haklarına zarar vermediği ölçüde eser olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

FSEK kapsamında bir eserin var olduğu kabulü için üç ayrı şartın varlığı aranmaktadır. Şekli şart, objektif şart ve sübjektif şart olarak sıralanabilecek bu şartlar ancak bir arada bulunduğu takdirde FSEK tarafından korunmaya değer bir eserin mevcudiyetinden söz edilebilecektir³⁹.

1. Şekli Şart

Şekli şart, ortaya koyulan fikri ürünün Kanun’da sayılan ilim-edebiyat, musiki, güzel sanatlar yahut sinemaya ilişkin olmasıdır. FSEK m. 1/B’de eser, dört ayrı kategoride sınırlı sayıda örneklendirilmiş olsa da FSEK m. 1/B-a’da yer verilen “... olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini” ifadesi eser sayılabilmenin şekli şartının yorumlanmaya konu edilebilecek olduğunu göstermekte, ortaya koyulan fikri ürünün Kanun maddesinde sıralanan örneklerden birinin kapsamına girdiği ölçüde şekli şartı karşıladığı şeklinde yorumlanabilmektedir. Diğer bir deyişle sınırlı sayıda sayma yalnızca eser kategorilerine ilişkin olup eser kategorilerinin alt sınıflarında sınırlı sayma ilkesi gözetilmemektedir⁴⁰. Örneğin klip, Kanun tarafından bizzatı bir eser olarak sayılmamış olsa dahi sinema eseri kapsamında değerlendirilerek FSEK korumasından faydalanabilecektir⁴¹.

Ancak bu dört grup dahilinde yer almayan yahut bu grupların herhangi birisiyle ilişkilendirilemeyen ürünlerin FSEK kapsamında korunmasından söz edilemeyecek olup kendi kanunlarında bu konu-

³⁴ BAK, s. 213.

³⁵ KARA KILIÇARSLAN, s. 368.

³⁶ İNİK, Özkan / Ülker, Erkan: “Derin Öğrenme Ve Görüntü Analizinde Kullanılan Derin Öğrenme Modelleri”, *Gaziosmanpaşa Bilimsel Araştırma Dergisi*, 2017, Cilt 6, Sayı 3, s. 85.

³⁷ 13.12.1951 tarihli ve 7981 sayılı Resmî Gazete.

³⁸ HIRSCH, Ernst: *Fikri ve Sınai Haklar*, 1. Baskı, Ar Basımevi, Ankara, 1948, s. 130.

³⁹ KARASU, Rauf / SULUK, Cahit / NAL, Temel: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 70.

⁴⁰ TEKİNALP, Ünal: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7. Baskı, Arkan Basım, İstanbul, 2005, s. 107.

⁴¹ KARASU / SULUK / NAL, s. 71.

ya ilişkin bir sınırlandırma bulunmayan ülkelerde tartışma konusu⁴² hâline getirilen parfüm ve farklı tatlardaki yiyeceklerin eser olarak kabul edilmesi gibi konular ülkemiz hukuk sisteminde söz konusu edilemeyecektir.

2. Objektif Şart

Objektif şart ise ortaya koyulan fikri ürünün şekillenmiş olmasını ifade etmektedir. Fikri ürünün şekillenmiş olması, söz konusu ürünün üçüncü kişiler tarafından objektif olarak algılanabilir olması ve dahi tasarrufa konu edilebilir hâle gelmesi anlamına gelmektedir⁴³.

Türkiye'nin de taraf olduğu Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi⁴⁴ m. 2.2' de yer alan "maddi bir araç üzerine tespit edilmedikçe..." ifadesi ile bir fikri ürünün eser olarak kabul edilme koşulu olarak söz konusu fikri ürünün maddi bir şekilde tespit edilmesi gerekliliği belirtilmiş olup FSEK'in hazırlanmasında göz önünde bulundurulmuş söz konusu sözleşme vasıtasıyla bir fikri ürünün eser olarak kabul edilmesi için objektif şartın gerekliliği Türk hukukuna sirayet etmiştir.

Objektif şartın yerine getirilmesi bakımından şekli bir şart bulunmamakta, fikri ürün üçüncü kişiler tarafından algılanabilir hâle getirildiği her türlü biçimde ortaya koyulabilmektedir. Buna göre bahse konu edilen fikri ürünlerin bir kağıt üzerinde yahut bir kayıt cihazı vasıtasıyla ortaya koyulması mümkün olduğu gibi herhangi bir kayda alınmadan sergilenen sözlü bir eserin de üçüncü kişilerce algılanabilir olduğu ölçüde objektif şartı yerine getirdiği söylenebilmektedir⁴⁵. Buna ek olarak henüz tamamlanmamış ancak tamamlanma sürecinde olan eserlerin meydana getirilen kısımları yahut taslakları da sahibin hususiyetini taşıdığı ölçüde FSEK korumasından faydalanabilmekte ancak her hâlükârda bir ortaya koyulma faaliyeti beklendiğinden fikir aşamasında olan soyut düşüncelerin FSEK kapsamında eser korumasından faydalanabilmesi mümkün olmamaktadır⁴⁶.

3. Sübjektif Şart

Bir fikri ürünün eser olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda belki de en çok tartışma konusu edilen şart, hususiyet olarak da adlandırılabilir sübjektif şarttır. FSEK m. 1/B'de her ne kadar eserin sahibinin hususiyetini taşıması gerekliliği ifade edilmiş olsa da söz konusu bu hususiyetin ne anlama geldiğine ilişkin bir tanımlama yoluna gidilmemiştir. Kanun koyucu tarafından hususiyet kavramına ilişkin bir sınırlandırmaya gidilmeyişinin arkasında gün geçtikçe değişen koşullara bağlı olarak ortaya koyulan fikri ürünlerin çeşitlenmesinin olması muhtemeldir.

Buna karşın Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması⁴⁷ (TRIPS) m. 9/2 ve WIPO Fikri Haklar Anlaşması⁴⁸ (WCT) m. 2'de telif hakkı korumasının fikir, prosedür, işletim yöntemleri yahut matematiksel yöntemler hakkında değil ifade edilmiş biçimine ilişkin olduğu düzenlenmiş olup böylelikle dolaylı bir biçimde de olsa hususiyete ilişkin bir açıklama getirilmiştir.

⁴² Bir gıda ürününün eser korumasından yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin ABAD tarafından verilen C-310/17 sayılı *Levola Hengelo BV/ Smilde Foods BV* kararı için bkz. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=c-310/17&td=ALL> (ET: 03.10.2024).

⁴³ KARASU / SULUK / NAL, s. 70. Yargıtay, HGK, T. 24.06.2020, E. 2017/134, K. 2020/474 (Yargıtay Karar Arama): "Hemen belirtilmesi gerekir ki, fikri bir çalışma, ancak dış dünyaya aksettirildiği ve üçüncü kişilerin duyularına hitap edecek niteliğe büründüğü takdirde eser niteliğini kazanabilir. Başka bir deyişle insanın düşünceleri değil, bunların dış âleme yansıdığı biçim eser olarak koruma altındadır. Ayrıca eser bir bütün olarak himaye görür; yoksa eserde yer alan veya eserde ifadesini bulan her türlü münferit fikir veya düşünce ayrı ayrı korumaya konu olamayacağı gibi, kural olarak bütünlük arz etmeyen fikir ürünleri de eser olarak nitelendirilemezler."

⁴⁴ Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi için bkz. <https://telifhaklari.ktb.gov.tr/TR-332363/edebiyat-ve-sanat-eserlerinin-korunmasına-iliskin-bern-sozlesmesi.html> (ET: 03.10.2024).

⁴⁵ KARASU / SULUK / NAL, s. 75-76.

⁴⁶ KARASU / SULUK / NAL, s. 80.

⁴⁷ Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması için bkz. <https://telifhaklari.ktb.gov.tr/TR-332365/ticaretle-baglanti-fikri-mulkiyet-anlasmasi-trips.html> (ET: 04.10.2024).

⁴⁸ WIPO Fikri Haklar Anlaşması için bkz. <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/> (ET: 04.10.2024).

Buna göre hususiyet, eseri meydana getirenin sahip olduğu bilgi, deneyim ve yaratıcılığın meydana getirilen fikri ürüne sirayeti olarak ifade edilebilir. Yargıtay⁴⁹ tarafından verilen bir kararda da “*Bir eserdeki ‘sahibinin hususiyetini yansıtmı, yani orijinallik unsuru, o eser bir başkası tarafından meydana getirilseydi aynı şekilde ve özellikte yapılmayacak olmasında gizlidir.’*” denilmek suretiyle hususiyetin eserin ortaya koyulma ve ifade edilme biçimiyle ilgili olduğuna dikkat çekilmiştir.

Bir fikri ürünün eser niteliğine haiz olup olmadığının tespitinde önem arz eden hususiyet kavramının kanun tarafından açıkça tarif edilmemiş olması doktrin içerisinde farklı yorumlamaların meydana gelmesine yol açmıştır.

Tekinalp, hususiyet kavramını üslup ile bağdaştırmak suretiyle yukarıda yer verilen Yargıtay kararı ile benzer bir hususiyet tanımı yapmıştır. Hususiyeti eser sahibinin mührü şeklinde bir benzetme yolunu tercih eden *Tekinalp* ancak belirli bir seviyeyi aşan fikri yaratıcılığın hususiyet arz edeceğini vurgulayarak bu bakımdan hususiyeti, sıradan olandan farklı olanı meydana getirme şeklinde bir yaklaşım sergilemiştir⁵⁰.

Nal/ Suluk, ise hususiyet kavramına farklı bir açıdan bakarak *Tekinalp*’in üslupla bağdaştırılmış hususiyet yaklaşımını reddetmiş, hususiyetin yalnızca anlatım/ üslup ile açıklanamayacağını ifade ederek bunlara ek olarak üç farklı unsurun varlığına dikkat çekmiştir. Bu kapsamda hususiyet, fikri ürün yaratanın, serbest biçimlendirme alanının varlığı; fikri üründe, genelin üstünde bir özelliğin varlığı ve fikri üründe, amaca uygun olanın üstünde bir özelliğin varlığına değinmiştir⁵¹.

Uluslararası hukuk sistemlerine bakıldığında da ülkemizde olduğu gibi hususiyet kavramının tanımına yer verilmeyerek bu kavramın yorumlanmasını öğretici ve yargı kararları çerçevesinde ele alındığı görülmektedir⁵². Uluslararası hukuk sistemlerinde hususiyet kavramının değerlendirme yolu her ne kadar ülkemizdeki yolla benzeşse de bizatihi hususiyet kavramının farklı terminolojik değerlendirmelere tabi kılınması, ilgili kavrama yönelik bakış açısını derinleştirmektedir.

Şöyle ki, hukukumuzda hususiyet olarak yer alan kavram İngiliz hukukunda “orijinallik” şeklinde ifade edilmektedir. İngiliz Telif Kanunu⁵³ (CPDA) m. 1-a’da fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için orijinal olması gerekliliği ifade edilmekte olup bu orijinallik ise belirli sınırı aşan yaratıcılık içeren emeğe bağlı olarak ortaya koyulan faaliyet olarak ifade edilmektedir⁵⁴.

Anglo-Sakson hukuk sistemi kapsamında yer alan Amerikan hukukunda da benzer bir yaklaşım sergilenerek hususiyet kavramı yerine orijinallik tabiri kabul görmektedir. Bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için orijinal niteliğe sahip olması yanında yaratıcılığın da bulunması gerekliliği kendisini göstermektedir. Amerikan hukuk sisteminde orijinallik ise doğrudan insani zekânın bir sonucu olarak kabul edilmektedir⁵⁵.

Alman hukukunda ise hususiyet kavramı yerine “*individualität*” olarak adlandırılan ve terminolojik olarak orijinallığe kıyasla bireye bağlı yaratıcılığa yani insana daha yakın bir çağrışım uyandıran bir ifadenin tercih edildiği görülmektedir⁵⁶.

⁴⁹ Yargıtay, 11. HD, T. 24.05.2022, E. 2020/8509, K. 2022/3996 (Lexpera).

⁵⁰ TEKİNALP, s. 105.

⁵¹ KARASU / SULUK / NAL, s. 72.

⁵² MAMAN, Ayşenur: *Telif Hakkı Kapsamında Yapay Zekâ Ve Ürünlerinin Eser Niteliği*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 70.

⁵³ *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (CDPA)

⁵⁴ *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (CDPA) S. 1 (a) “*Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work-(a)original literary, dramatic, musical or artistic works.*”.

⁵⁵ MEYDANCI, Burak: *Yapay Zekâ Ve Ürünlerinin Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2023, s. 131.

⁵⁶ MAMAN, s. 48.

Bir eserin hususiyet taşıyıp taşımadığı konusu özellikle tecavüz davalarında söz konusu olmaktadır. Kendi eserinin bir başkası tarafından izin alınmadan kullanıldığı iddiasında bulunan kişinin iddiasında haklı olup olmadığı incelemesinde bahse konu eserin iddia edenin hususiyetini taşıyıp taşımadığının tespitini gerektirmekte olup bu durum ise çoğu zaman bilirkişi incelemelerine konu olmaktadır⁵⁷.

B. Yapay Zekâ ile Üretilen Fikri Ürünlerin Eser Niteliğinde Olması ve Yapay Zekânın Eser Sahipliği

Bir düşünce sahasının ürünü olan fikri ürünler insanlığın tarih sahnesine çıkmasından itibaren meydana getirilmeye başlanmış, Rönesans gibi toplumu düşünmeye teşvik eden tarihi olaylar ile ivme kazanmıştır. Düşünme faaliyeti sonucu ortaya koyulan fikri ürünler çeşitli yasa koyucuların dikkatini çekmiş bu ölçüde fikri ürünlerin korunmaya değer olduklarından yola çıkarak fikri ürünlere yönelik birtakım hukuki düzenlemeler getirilmiştir.

Son zamanlara kadar yalnızca insanlara özgü kabul edilen düşünme sonucunda bir ürün ortaya koyma faaliyeti, yapay zekânın gelişimi ile birlikte yeni bir tartışma konusu hâline getirilmiş, bu durum da yapay zekâ tarafından üretilen ürünlerde dijital eser sahipliği gibi bir kavramın ortaya çıkmasına yol açmıştır. Özellikle derin öğrenme teknolojisinin gelişimi ile birlikte insan kontrolünden gittikçe bağımsızlaşan yapay zekânın ürettiği ürünlerin fikri mülkiyet kapsamında korumaya tabi kılınıp kılınmayacağı ve dahi üretilen fikri ürünlerde hak sahipliğinin kimin üzerine tesis edileceği gibi çeşitli sorular ortaya çıkmıştır.

Hâlihazırda mevcut hukuk kanunlarında bu duruma ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmasa da yapay zekânın hukuki statüsünün tartışma konusu edilmeye başlandığı bu günler yakın gelecekte yapay zekâ tarafından meydana getirilen ürünlere ilişkin hukuki bir düzenleme getirileceğini gösterir niteliktedir.

Yapay zekâ bilgisayarlar, günümüzde herhangi bir insan müdahalesine ihtiyaç duymaksızın dijital ortamda resim, müzik, şiir, hikâye, senaryo ve benzeri pek çok ürün ortaya koyabilmektedir⁵⁸. *OpenAI* tarafından piyasaya sürülen *Dall-E* adlı yapay zekâ yalnızca sisteme belirli kelime veya cümlelerin girilmesi neticesinde herhangi bir dış müdahaleye gerek olmaksızın bir görüntü oluşturabilmekte, buna benzer şekilde bir başka yapay zekâ olan *Suno AI* ile çeşitli müzikler meydana getirilebilmektedir.

Gün geçtikçe günlük hayatımıza dahil olan ve kullanımımıza özgülünen bu yapay zekâ uygulamaları profesyonel hayat içerisinde de varlığını hissettirmekte, ortaya koymuş olduğu çalışmalarla ciddi değerler oluşturmaktadır. Yapay zekânın profesyonel olarak sanat camiası için bir değer olarak sunduğu ilk örneklerden biri “*Edmond de Belamy'nin Portresi*” adlı resim 432.500 dolara alıcı bulmuş⁵⁹ buna benzer şekilde yapay zekâ destekli *Basia*, *Vanya* ve *Bunny* adlı robot köpekler tarafından çizilen resimler açık arttırmada 40.000 dolara satılmıştır⁶⁰. Görüldüğü üzere yapay zekâ tarafından ortaya koyulan fikri ürünlerin sanatsal değeri kadar ekonomik değerinin de oluşması söz konusu ürünlerin niteliği, ürünlere ilişkin sahiplik sıfatı ve telif haklarının nasıl yorumlanması gerektiği gibi bir tartışma sahası yaratmıştır.

Kanun tarafından yeni bir düzenleme getirilmediği sürece yapay zekâ sistemleri tarafından üretilen fikri ürünlerin hukuki nitelikleri hakkında kesin bir yargıda bulunmak güçtür. Ancak doktrin içerisinde yer alan çeşitli yaklaşımlar doğrultusunda bu konuya ilişkin bir değerlendirme yapmak müm-

⁵⁷ KARASU / SULUK / NAL, s. 71. Yargıtay, 11. HD, T. 21.12.2004, E. 2004/2772, K. 2004/12672 (LegalBank).

⁵⁸ LEE, Jyh-Ann / HILTY, Reto M. / LIU, Kung-Chung: “The Broader Picture and Structure of the Book”, (Ed.) LEE, Jyh-Ann / HILTY, Reto M. / LIU, Kung-Chung: *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, Oxford University Press, Oxford, 2021, s. 4; ALEMDAR ÇATALBAŞ, Sinem: “Yapay Zekâlı Robotlar Sanatçının Rolüne Bürünebilir mi?”, *yedi: Sanat, Tasarım ve Bilim Dergisi*, 2024, Sayı 31, s. 34.

⁵⁹ Bkz. <https://news.artnet.com/market/first-ever-artificial-intelligence-portrait-painting-sells-at-christies-1379902> (ET: 05.10.2024).

⁶⁰ Bkz. <https://www.theguardian.com/artanddesign/2023/nov/27/robot-dogs-learning-to-paint-artist-agnieszka-pilat> (ET: 05.10.2024).

kündür. Doktrin içerisinde yapay zekâ ile üretilen fikri ürünlerin *sui generis* nitelikte olduğu, işleme eser olduğu ve eser niteliği taşıdığı gibi çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır⁶¹. Makalemiz yapay zekâ ile üretilen fikri ürünlerin eser niteliğine sahip olması üzerine yoğunlaştığından yalnız yapay zekâ ile üretilen fikri ürünlerin eser niteliği taşıyıp taşımadığı değerlendirilecektir.

Yapay zekânın ortaya koyduğu fikri ürünlerin FSEK kapsamında eser niteliğini haiz olması değerlendirilmesi arkasında eser olma şartlarından en çok sübjektif şartın mevcudiyeti, diğer bir adıyla hususiyet ile ilişkisi bulunmaktadır. Yukarıda⁶² da belirttiğimiz üzere hususiyet kavramının kesin bir tanımı da bulunmadığından yapay zekâ eserlerinin hususiyet taşıyıp taşımadığı tartışması söz konusu ürünlerin FSEK kapsamında eser olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında önem arz etmektedir.

Buna ek olarak hususiyet kavramıyla yakından ilişkili olan yapay zekânın hukuki statüsünün de henüz belirlenmemiş olması söz konusu eserlerin FSEK koruması kapsamına dahil olup olmadığı konusunda kafa karışıklığı oluşturmaktadır. Zira doktrinde *Kılıçoğlu*⁶³, açıkça eser sahibi sıfatının yalnızca gerçek kişileri haiz olduğunu belirtmiş benzer şekilde *Tekinalp*⁶⁴ de tüzel kişilerin fikri faaliyet sergilemelerinin mümkün olmaması gerekçesiyle tüzel kişilerin eser sahibi olamayacaklarını ifade ederek eser sahipliğinin gerçek kişilere özgü olduğuna vurgu yapmıştır.

Ancak buna karşın FSEK m. 1/B-b’de 2004 yılında gerçekleştirilen değişiklik⁶⁵ ile eser sahibi tanımından gerçek kişi olma ibaresi çıkarılmıştır. Bu kapsamda belki de ilk bakışta kanun koyucunun tüzel kişileri eser sahibi olarak kabul etme hazırlığında olduğu gibi bir düşünce oluşabilse de FSEK m. 1/B-b’de eser sahibinin eseri meydana getiren olduğu ifadesinin korunmuş olması söz konusu düzenlemenin hâlihazırda fikri faaliyet yürütme ve bir eser meydana getirme yetisi olmayan tüzel kişiler için amaçlanmadığını gösterir niteliktedir.

Kanun tarafından böyle bir düzenlemeye gidilmesinin arkasında belki de doğrudan yapay zekâlar tarafından üretilen fikri ürünlerin eser olarak kabul edilmesinin yolu açılması niyeti bulunmasa da bahse konu edilen değişikliğin yapay zekâlar tarafından üretilen fikri ürünün eser olarak değerlendirilmesi bakımından değerli olduğu aşikârdır. Zira yapay zekânın hukuki statüsünün belirlenmesi konusunda kendilerine “gerçek kişi” statüsünün verilmesi günümüz gerçeklerine göre uzak bir ihtimal olduğundan yola çıkıldığında henüz yapay zekâyı özgü ayrı bir kişilik tanımının da mevcut olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda söz konusu “gerçek kişi” ibaresinin ilgili madde metninden çıkarılması yapay zekânın eser sahipliğinin kabulü açısından önemli bir gelişmedir. Bahse konu bu değişiklik, doktrin içerisindeki yapay zekâ tarafından üretilen eserler için eser sahipliğinin yapay zekâ tasarımcısına ait olduğu yahut yapay zekâyı kullanmak suretiyle eserin meydana gelmesine vesile olan kişinin eser sahibi olması gerektiği gibi eser sahibinin gerçek kişi olması gerekliliğinin vurgulandığı düşüncelere⁶⁶ karşı aksi bir argüman oluşturulabilmesini de mümkün kılmaktadır.

Yapay zekâ sistemlerin ortaya koyduğu ürünlerin yapay zekânın hususiyetini taşıyıp taşımadığı konusu ise yapay zekâ ile üretilen fikri ürünlerin eser olarak, yapay zekânın eser sahibi olarak kabul edilmesi gibi konuların yorumlanması bakımından değerlendirilmesi gereken önemli bir diğer konudur. Derin öğrenme sistemine ilişkin son teknolojik gelişmelerle birlikte giderek daha da insani özellikler göstermeye başlayan yapay zekânın, ortaya koymuş olduğu fikri ürünler üzerinde hususiyetlerini aktarıp aktaramayacağı konusu çeşitli hukuk sistemleri dahilinde farklı tartışmaları beraberinde getir-

⁶¹ GÖZÜBÜYÜK, Barış: “Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlerle İlişkin 5846 Sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”, *Kırkkale Hukuk Mecmuası*, 2021, Cilt 1, Sayı 1, s. 65-67.

⁶² Bkz. yukarıda II.A.1.c.

⁶³ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 202.

⁶⁴ TEKİNALP, s. 134.

⁶⁵ 03.03.2004 tarihli ve 5101 sayılı Kanun’un 28’inci maddesiyle FSEK m. 1/B-b bendinde yer alan “gerçek” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

⁶⁶ FİLORİNALI, Kardelen: *Fikir Ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından NFT’ler*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 65.

mektedir. Bu tartışmaların seyri yapay zekânın sergilemiş olduğu davranışların her geçen gün daha da ileri teknolojik özellikler göstermesi kadar hususiyet kavramının ilgili hukuk sistemi bağlamında terminolojik açıdan ne şekilde değerlendirildiği bakımından da değişikliğe uğramaktadır. Zira yukarıda⁶⁷ da belirtildiği üzere FSEK m. 1/B çerçevesinde hukukumuzda hususiyet olarak yer alan kavram farklı hukuk sistemlerinde “orijinallik” yahut bu minvalde başka bir kavram olarak ifade edilmesi yapay zekânın ortaya koymuş olduğu fikri ürünlerin eser niteliğine haiz olduğu tartışmasında farklı bir yorum getirmeye müsait bir potansiyel oluşturduğu düşüncesi uyandırmaktadır.

Ancak ilgili hukuk sistemleri tarafından verilen yargı kararlarına bakıldığında bu potansiyelin yapay zekâ ile ilişkili fikri ürünlerin eser sahipliği bakımından olumlu herhangi bir somut değer oluşturmadığı görülmektedir. Zira gerek AB hukukunda gerek ABD hukukunda bir eserde bulunması gereken orijinallik yahut ilgili hukuk sistemi dahilinde tercih edilen terminolojik ifadenin bizatihi insan ile ilişkilendiriliyor oluşu farklı hukuk sistemleri bakımından da aranan sübjektif unsurun, hukukumuzda bahsi geçen hususiyet kavramından çok da farklı olmadığını gözler önüne sermektedir.

Uluslararası yargı kararlarına bakıldığında yapay zekâ ile üretilen ürünler bakımından çeşitli kararların varlığı görülmektedir. Avrupa Adalet Divanı (ABAD) tarafından verilen “Levola Hengelo BV / Smilde Foods BV”⁶⁸ başlıklı kararda eserin orijinal niteliği bulunup bulunmadığı insan yaratıcılığıyla ilişkilendirilmiş olup dolaylı olarak, yapay zekâ ile üretilen eserlerde yapay zekânın eser üzerine hususiyetini aktaramayacağı şeklinde yorumlanabilmektedir. Bu ölçüde AB hukukunda bir fikri ürünün sübjektif şartı karşılaması bakımından “eser sahibinin kendi entelektüel yarattığı” olup olmadığı incelemesi gerekliliği ortaya koyularak ancak bir gerçek kişinin basit düzeyde yapay zekâ sistemleri kullanarak fakat azımsanmayacak derecede kendi katkısını da ortaya koyduğu ürünlerin bir eser niteliği taşıyabileceği kabul edilmektedir⁶⁹. Bu ölçüde yapay zekânın fikri ürün üzerinde asli görevi üstlendiği durumlar için bir eserin varlığı kabul edilmemektedir.

Bir eser üzerinde hususiyet tesisinin yalnız insanın yapabileceği savunmasına örnek teşkil edilecek bir başka karar ise ABD Federal Mahkemesi tarafından verilen The Monkey Selfie Case (Naruto v. Slater)⁷⁰ kararıdır. Söz konusu karara konu olan olay, Naruto adlı bir makak maymununun yakınında bulunan fotoğraf makinesinin deklanşörüne basmak suretiyle kendi fotoğrafını çekmesiyle başlamış akabinde çekilen bu fotoğrafın telif hakkı mülkiyetinin kim üzerine tesis edilmesi gerektiği tartışmasına yol açmıştır. Bahse konu olan karar her ne kadar çalışma konumuz olan yapay zekâlar ile ilgili olmasa da yargı kararlarının insan dışı varlıkların hususiyet aktarımına hangi çerçeveden baktığı yönünde bir fikir vermesi sebebiyle kanımızca değer arz etmektedir. ABD Federal Mahkemesi vermiş olduğu kararda telif hakkının yalnızca insanlara özgü olduğuna hükmederek ilgili fotoğrafın telif hakkı mülkiyetinin fotoğrafın çekilmesi esnasında orada bulunan fotoğrafçı David Slater’e ait olduğunu ifade etmiştir. ABD’de verilen bu karar doktrin içerisinde hâlâ ağırlıklı olarak kabul gören, herhangi bir doğa olayı yahut hayvanın ortaya koyduğu ürünlerin eser olarak kabul görmeyeceği yaklaşımını destekler niteliktedir⁷¹. Yapay zekâ tarafından ortaya koyulan ürünlerin ABD yargısı tarafından ne şekilde değerlendirildiği konusunda daha somut bir örnek ise Jason M. Allen’in bir yapay zekâ sistemi olan *Midjourney*’i kullanarak ortaya koyduğu “*Théâtre D’opéra Spatial*” adlı dijital resme ilişkindir. Jason M. Allen, üretken yapay zekâ sistemi *Midjourney*’i kullanarak katılmış olduğu yarışmada mavi kurdele ödülünü alması sert tepkiler almasına sebep olmuş, bu durum da yapay zekâ ile üretilen ürünlerin

⁶⁷ Bkz. yukarıda II.A.1.c.

⁶⁸ ABAD, *Levola Hengelo BV / Smilde Foods BV*, No: C-310/17 T. 13.11.2018 kararı için bkz. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=AB2AE09417EDF27348155B7D99565CBC?text=&docid=207682&pageIndex=0&doclang=en&mode=1st&dir=&occ=first&part=1&cid=12333533> (ET: 05.10.2024).

⁶⁹ ROSATI, Eleonora: “The Monkey Selfie Case and the Concept of Authorship: an EU Perspective”, *Oxford University Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Cilt 12, Sayı 12, s. 973-977.

⁷⁰ United States Court Of Appeals For The Ninth Circuit, *Naruto / David John Slater*, No: 16-15469 T. 23.04.2018 kararı için bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-15469/16-15469-2018-04-23.html> (ET: 05.10.2024).

⁷¹ EVRENSEL, H. Alperen: *Telif Hakkı Sözleşmesi Ve Hakların Devri*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 27.

eser niteliği ve telif hakkının değerlendirilmesi konusunda gözlerin ABD yargısına çevrilmesine yol açmıştır. Colorado Eyalet Fuarı, ilgili dijital resmin yapay zekâ ile üretildiğinin ortaya çıkmasına rağmen yine de ilgili ödüle hak kazanıldığını ifade etmesi, her ne kadar toplum içerisinde sanatçı sıfatının yeniden yorumlanması konusunda değerli bir gelişme olsa da ilgili resmin telif hakkının alınması bakımından Jason M. Allen tarafından ABD Telif Hakları Ofisi'ne (*The United States Copyright Office/USCO*) gerçekleştirilen telif başvurusu kabul edilmeyerek yapay zekâ ile üretilen ürünlerin eser niteliği taşımadığı ifade edilmiştir⁷². Bahse konu durumda bir önce değinilen *The Monkey Selfie Case* (*Naruto v. Slater*) kararından daha da daraltıcı bir yaklaşım sergilenerek bırakın yapay zekânın eser sahibi olmasını yapay zekâ ile üretilen ürünlerin eser dahi sayılamayacağı iddiasında bulunulmuştur. Bunda *Midjourney*'in gelişmiş bir yapay zekâ sistemi olması ve bu tür yapay zekâların gerçek kişinin kendi hususiyetini ilgili ürüne aktarmasına imkân bırakmıyor oluşu etkili olmuştur. Bir deyişle ABD pratiğinde üretken yapay zekânın üretmiş olduğu ürünlerin korunamayacağı savının hâkim olduğu söylenebilmektedir⁷³.

ABD Telif Hakları Ofisi'nin bu tutumu Amerikan hukuk sisteminin henüz insan dışı varlıklardan olan yapay zekâların da eser sahipliği vasfı taşıdığı düşüncesine yakın olmadığını gösterir nitelikte olup günümüz teknolojik gelişmelerin ve yapay zekâ sistemlerinin ilerleyişinin en yoğun yaşandığı Amerika Birleşik Devletleri'nde dahi üretken yapay zekâ ile üretilen ürünlerin eser niteliği ve yapay zekânın eser sahipliğinin henüz kabul görmüyor olması teknolojik gelişmeler bakımından Amerika Birleşik Devletleri'ni takip eden diğer devletlerin de üretken yapay zekâ ile üretilen ürünlerin eser niteliği ve üretken yapay zekânın eser sahipliğine yönelik aksi bir yorum getirmelerinin önüne geçtiği düşüncesini akla getirmektedir.

Hangi hukuk sistemi bakımından olursa olsun eser kavramının hususiyet, orijinallik yahut benzer birtakım soyut ve yoruma açık bir kavramla bağdaştırılıyor olması yapay zekâ sonucu ortaya çıkan ürünün niteliğinin tespitinde asıl zorluğu oluşturmaktadır. Pek tabii bu durum da farklı fikirlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vererek tartışmaların çoğalmasına yol açmaktadır. Güncel yargı kararları incelendiğinde üretken yapay zekâ ürünlerinin eser niteliği taşıması ve yapay zekânın eser sahipliğinin söz konusu olmasının incelenmesi bakımından ilgili hukuk sistemleri tarafından bir "kabul" bulunmakta bu çerçevede yapay zekânın hususiyet aktarımının mümkün olmadığı baştan kabul edilerek süreç ilerletilmektedir⁷⁴. Gelişen teknoloji ve sosyal dinamikler bu zamana kadar hukuk sistemlerinin şekillenmesinde öncü rol oynamıştır. Zira zaman içerisinde insan ihtiyaçlarının başkalaşması hukuk kurallarının da bu başkalaşıma cevap verilmesini gerekli kılmaktadır. Bu sebeple gelişmiş yapay zekâ ve onun ürettiği ürünlerin nispeten yeni bir olgu olması sebebiyle yapay zekâ ve telif hakkı konusunda meydana gelen güncel problemlerin elde bulunan hukuk kuralları dahilinde bir "kabul" çerçevesinde çözüme kavuşturulması kısa vadede problemlerin çözülmesi amacıyla istinaden anlaşılabilir. Ancak gelişen teknolojinin yol açtığı bu değişimin bir "kabul" çerçevesinde çözüme kavuşturulduğu inancı ile işin içinden çıkılması kanımızca uzun vadede ihtiyaçlara cevap vermesi bakımından yeterli değildir. Zira gerek doktrin gerek yargı mercileri yapay zekâların hususiyet aktarımı gerçekleştiremediklerini kabul etse de neden hususiyetlerini aktaramayacaklarına yönelik bir cevap vermemektedirler. Bu durumda ilgili hukuk sistemlerinin yapay zekâ ve telif hakkı konusunda meydana gelen problemlerin nedensellik çerçevesinde çözüme kavuşturulması bakımından yapılması gereken, bir fikri ürün üzerinde her nasıl insanın belirli birtakım özelliklerini aktardığının kabul edilmesi gibi yapay zekânın da bu süreci karşıladığının topluma ve ilgili mercilerin ikna edilmesine yönelik argümanların doktrine kazandırılmasıdır.

⁷² Bkz. <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/SURYAST.pdf> (ET: 05.10.2024).

⁷³ Bkz. <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf> (ET: 05.10.2024). ÖZDAL, Mehmet Akif: "Yapay Zekâ İle Üretilen Görsel Ve İllüstrasyon Eserlerinin Telif Hakları Ve Kişisel Veri Güvenliği", *İstanbul Arel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Disiplinlerarası Yenilik Araştırmaları Dergisi*, 2024, Cilt 4, Sayı 1, s. 20.

⁷⁴ BORA ÇINAR, Sevdâ: "Fikri Mülkiyet Hukukunun DABUS'la İmtihanı: Yapay Zekâ Sistemleri Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilebilir Mi?", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 14, Sayı 2, s. 393; SAVAŞ, Suna: *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Eserlerde Hak Sahipliği*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 109.

İşbu makalenin esas üzerinde durduğu durum da gerek yargı mercileri gerek doktrin tarafından geniş bir ölçüde kabule yanaşılmayan ve destekleyicisi bulunmayan yapay zekânın hususiyet/ orijinallik aktarımını gerçekleştirebileceği iddiasının vurgulanmasıdır. Birazdan açıklayacağımız nedenlerle fikri ürünün meydana getirildiği yapay zekâ türüne bağlı olmak üzere yapay zekânın ortaya koyduğu ürünler üzerinde pek tabii hususiyetini sergilemesi kanımızca mümkündür. Hâlihazırda bu başlık altında eser sahipliğini değerlendirdiğimiz yapay zekâ türü de yalnız programlandıkları kodlamalar paralelinde performans sergileyen yapay zekâlar değil derin öğrenme teknolojisi vasıtasıyla veriler arası bağlantı kurabilen ve çıkarım yapabilen, ilgili ürünün ortaya koyulmasında asli görevi üstlenen geniş veri kapasitesine sahip gelişmiş yapay zekâlardır.

Yapay zekânın fikri ürün üzerindeki hususiyetini aktardığının kabul edilmesi gerektiği yönündeki düşüncemizin arkasında fikri ürünlerin soyut bir düşünce sahasının meyvesi olmasının etkisi bulunmaktadır. Diğer bir deyişle bir insan dahi ortaya bir ürün koyarken geçmişte gördüğü, deneyimlediği ve öğrendiği çeşitli unsurların kombinasyonunu oluşturarak bu faaliyet gerçekleştirmektedir⁷⁵. Yapay zekâ tarafından ortaya koyulan fikri ürünlerde de durum bundan farklı değildir. Burada bahse konu edilen husus ilham olarak adlandırılan kavram ile algoritmaların aslında ne kadar benzer özellik gösterdiğidir⁷⁶. Günümüzde internet vasıtasıyla dünya üzerindeki neredeyse tüm dijital bilgi, resim, müzik, videolara erişimi bulunan yapay zekâların biz insanlardan bile daha özgün eserler ortaya koyması mümkündür. Kanımızca yapay zekâların üretmiş olduğu fikri ürünler üzerinde hususiyetlerini ortaya koymadıklarını iddia edenler, eserin özgün olmadığından ziyade yapay zekânın kendine has bir üretim şeklinin bulunmamasını ifade etmektedirler. Bu iddianın destekçileri örneğin Fransız ressam *Monet*'in sıcak ve soğuk birincil renklerin beraberinde beyaz rengi kullanarak doğanın çeşitli görünümünü kendi bakış açısıyla resmetmesini bir hususiyet aktarımı olarak görmelerine karşın yapay zekânın ortaya koyduğu ürünlerde bu hissiyatı yakalayamadıkları iddiasındadırlar. Bizce bu düşüncenin arkasında ortaya koyulan üründen ziyade ürünün yaratıcısının özellikleri yatmaktadır. *Monet*'in tüm yaşamı boyunca edindiği fiziksel ve psikolojik deneyimlerin *Monet*'e bir bakış açısı kazandırdığı ve bu bakış açısı sonucunda bazı tercihler ortaya koyarak resimlerini oluşturması bir kısım insanların hususiyet kavramının bu şekilde yorumlanması gerektiğini düşündürmektedir. Fakat kanımızca hususiyet kavramının yalnız insana özgülenmesi doğru bir yaklaşım değildir. Her nasıl insana özgü bir yaratım faaliyeti bahsettiği düşünülen ilham kavramı, insan bilincinin daha önceden deneyimlediği yahut gözlemlediği durumlar arası bağlantı kurmak ve öngörülerde bulunmak çerçevesinde değerlendiriliyorsa üretken yapay zekâ sistemlerinin algoritmalar vasıtasıyla bu süreci gerçekleştirmesi de benzer bir duruma işaret ettiğinin kabulünü gerektirmektedir.

Yapay zekânın sadece bir robot olduğu ve ortaya koyduğu ürün üzerinde hususiyetlerini sirayet ettiremeyeceğinde ısrar edenler bu yargının insanlar için de geçerli olmadığını hangi ölçüde ispat edebilirler? Hususiyet kavramı konusunda bu ölçüde derine inilmesi pek çok felsefi yaklaşımı beraberinde getirecek olup asıl amaçtan uzaklaşılmasına yol açacaktır. Kanımızca yapay zekâların hususiyeti incelemesinde tıpkı insanlar tarafından ortaya koyulan fikri ürünlerdeki hususiyet tespitinde olduğu gibi somut ürünler üzerinde çalışılmalı, söz konusu ürünün özgünlüğü veya diğer bir deyişle benzer ürünlere kıyasla farklılığı hususiyet tartışmasında asıl unsur olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

Buna göre yapay zekânın fikri ürün üzerinde hususiyetini aktardığı kabulü ve ilgili ürünün eser niteliği taşıdığı değerlendirilmesi için yapay zekânın bilinç kazanması beklenmemelidir. FSEK m. 1/B-b'de gerçekleştirilen düzenleme vasıtasıyla eser sahipliği sıfatının gerçek kişi olması zorunluluğu da bertaraf edildiğinden kasıtlı yapay zekânın eser sahipliğinin mevcudiyeti de kabul edilmelidir.

⁷⁵ ASLAN, Belgin: "Yaratıcılık, Orijinallik Ve Hususiyet Kavramlarının Üretken Otonom Yapay Zekâ Sistemlerine Yansımaları Ve Fikri Haklar Boyutuyla Değerlendirilmesi", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2024, Cilt 10, Sayı 1, s. 6.

⁷⁶ ONUR, Ferhat: "On the Relationship Between General Artificial Intelligence and Consciousness", *İstanbul University Press*, 2024, Sayı 60, s. 19.

Ancak bir kez daha ifade etmek gerekir ki bu başlık altında değerlendirilen yapay zekânın fikri ürün üzerindeki hususiyeti ve eser sahipliği, basit düzeyde yapay zekâlar için değil derin öğrenme teknolojisi kullanılan gelişmiş yapay zekâlar için söz konusudur. Zaten diğer basit düzeyde yapay zekâların fikri ürün oluşturması mümkün olmamakla birlikte bir fikri ürün oluşturduğu kabul edilse dahi söz konusu fikri ürün üzerinde yapay zekâyâ ilişkin bir hususiyetin bulunduğundan söz edilemeyecektir⁷⁷. Zira böyle bir durumda basit düzeyde yapay zekânın bir ressamın fırçasından bir farkı bulunmamakta, yalnızca bir araç görevi üstlendiğinden ürün üzerindeki asli görevi insan gerçekleştirmektedir.

“Yapay zekâ ürünleri” ifadesine ilişkin gerçekleştirilecek tartışmalarda “yapay zekâ ürünleri” ile neyin işaret edildiğinin sınırlarının belirlenmesi, tartışmaların şiddetini azaltmaya yardımcı olacaktır. Bahse konu “yapay zekâ ürünleri” ifadesinde belirtilen ürünlerin ortaya konulmasında yapay zekânın algoritmasını kullanarak ilgili ürünü ortaya koyan gerçek kişinin mi daha fazla müdahalesinin bulunduğu yoksa yapay zekâ sisteminin mi daha fazla müdahalesinin bulunduğu tespitini kanımızca konuya bakış açısının daha net bir şekilde oluşturulmasına imkân tanımaktadır. Bu ayrım da yapay zekânın eser üzerindeki rolünün sınıflandırılmasında genel olarak yardımcı yapay zekâ ve üretken yapay zekâ olarak kendisini göstermektedir⁷⁸. Somut uyumsuzluk üzerinde bu ayrımın yapılması sayesinde hukukumuzda bahse konu edilen hususiyet kavramının kime ait bir hususiyeti işaret ettiğinin anlaşılabilmesi sağlanarak ilgili ürün üzerindeki hususiyet varlığının araştırmasının yapılabilmesi kolaylaşacaktır.

Bu bağlamda ayrımın daha net bir şekilde anlaşılabilmesi adına günümüzde her insanın rahatlıkla ulaşabildiği akıllı telefonlar ile çekilen fotoğraflar örnek verilebilir niteliktedir. Bilindiği üzere akıllı telefonlar ile bir manzaranın fotoğrafı çekilmek istendiğinde akıllı telefon sistemi tarafından otomatik bir şekilde ışık ve odak ayarı kendiliğinden gerçekleştirilmektedir. Kanımızca böyle bir durum ile yukarıda örneklerini verdiğimiz gelişmiş üretken yapay zekâ programları ile üretilen dijital ürünlerin değerlendirilmesi bir tutulmamalıdır. Hâlihazırda ortaya koyulan ürün bakımından kameranın yardımcı bir araç görevi üstlendiği ve ürünün fotoğrafı çeken kişinin hususiyetini taşıdığını kabul etmek ve dahi ilgili fotoğrafa yönelik telif hakkının mülkiyetinin işbu kişiye tesis edilmesi gerektiği hem doktrin hem de yargı kararları bakımından tartışma konusu olmayan ve bizlerin de katıldığı bir duruma işaret etmektedir.

Diğer taraftan yapay zekânın ilgili ürün bakımından bir araçtan daha fazlasını ifade ettiği üretken yapay zekâ programları ise ilgili makalemizin esas konusunu teşkil etmektedir. Şu an dünyadaki hukuk kurallarına bakıldığında genel olarak ortaya koyulan fikri ürüne ilişkin hususiyet incelemesinde böyle bir ayrım yapılmayarak eserin, doğrudan insan zekâsı ile ilişkilendirildiği görülmektedir. Alman hukuk sisteminde ortaya koyulan yargı kararlarında her ne kadar böyle bir ayrım yapılsa da ortaya koyulan ürünün meydana getirilmesinde yapay zekânın bir araçtan daha fazla olduğu durumlarda üretilen fikri ürünün bir eser niteliği taşımadığı dolayısıyla korunmaya değer bulunmadığı kabul edilerek gerek ABAD gerekse ABD'nin izlediği yaklaşıma benzer bir tutum sergilenmektedir. Bu durum da yine yapay zekânın bizatihi kendisinin sübjektif şartı karşılamaya kadir olmadığı düşüncesine dayanmaktadır⁷⁹.

Kaleme almış olduğumuz bu makale kapsamında değerlendirilen “yapay zekâ ürünleri” ile kastettiğimiz üretken yapay zekâ sistemleri tarafından ortaya koyulan ve meydana getirilen ürünlerde yapay zekâ sistemlerinin müdahalesinin daha fazla olduğu ürünlerdir. Yukarıda da belirttiğimiz nedenlerle gelişmiş yapay zekâların ortaya koymuş olduğu ürünler üzerine hususiyetlerinin aktarımının kabul edilmesi gerektiğine düşünmekteyiz. Bu bakımdan işaret edilen türden bir yapay zekânın meydana getirdiği fikri ürünlerin eser niteliğini haiz olduğu ve sahiplik sıfatının da FSEK'in yaratma ilkesini benimsemesi sebebiyle söz konusu eser üzerinde hususiyetini sergileyen yapay zekâyâ ait olduğunun kabulü kanımızca en doğru yaklaşım olacaktır.

⁷⁷ GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: “ChatGPT İle Üretilen Fikri İçeriklerin Eser Niteliğinin 5846 Sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 21, Sayı 2, s. 1910.

⁷⁸ MEYDANCI, s. 119-123.

⁷⁹ AKTÜRK, Emrah: “Telif Hakkının Yapay Zekâ Ürünleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2024, Sayı 5, s. 210.

C. Yapay Zekâ Ürünlerin Eser Olarak Kabulü Durumunda Türk Hukukunda Yapay Zekânın Telif Hakkı

Telif hakkı, öz olarak bir fikir ve sanat eserine ilişkin olarak tesis edilen maddi ve manevi hakların tümünü ifade etmektedir⁸⁰.

Yapay zekânın ortaya koyduğu ürünlere ilişkin telif hakkının kim üzerine tesis edilmesi gerektiği konusunda şu an için doktrin içerisinde pek çok görüş bulunmakta, bu görüşler; kamunun hak sahibi olması, gerekli ayarlamaları yapan kişinin hak sahibi olması, yapay zekâyı oluşturan kişilerin hak sahibi olması veya üçüncü kişilerin hak sahibi olması şeklinde sıralanabilmektedir. Ancak kanımızca bu görüşlerin kabulü bir fikri ürün ortaya koyma bakımından asli unsur görevi üstlenen ve üretken yapay zekâ olarak adlandırılan gelişmiş yapay zekâlar bakımından doğru olmayacaktır. Zira bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan sahibinin hususiyetini taşıma gereksinimini üretim sürecine doğrudan dahil olmayan, üretken yapay zekâ dışındaki bu kişilere ait olmadığı açık bir şekilde görülmektedir. Hâlihazırda yargı kararları da bir fikri ürünün ortaya koyulmasında asli görev üstlenenin yapay zeka olduğu durumlar için gerçek kişinin hususiyet aktarımının gerçekleşmediğini kabul etmektedir. Her ne kadar bu yargı kararlarında aksi yönde yapay zekânın hususiyet aktarımının gerçekleştiği de kabul edilmiyor olsa da üretken yapay zekâ tarafından ortaya koyulan ürünler bakımından kamunun hak sahipliği, gerekli ayarlamaları yapan kişinin hak sahipliği, yapay zekâyı oluşturan kişilerin hak sahipliği veya üçüncü kişilerin hak sahipliği gibi yaklaşımların doğru olmayacağını da gösterir nitelik taşımaktadır. Yapay zekâ ile bağlantılı ürünler bakımından hak sahipliği konusunda ilgili bu kişilerin tartışma konusu edilmesi belki üretken olmayan yani yapay zekânın bir araç olarak kullanıldığı ve gerçek kişinin hususiyetinin bahse konu ürüne aktarılabildiği durumlar için tartışılması mümkün olabilir. Ancak yapay zekâ ile üretilen ürünler bakımından insanların asli unsur görevi üstlenmediği durumlarda kanımızca mantıksal olarak kabul edilebilir nitelik taşıyan ancak iki durum bulunmaktadır. Bunlardan ilk görüşe katılmamakla birlikte ya üretken yapay zekânın hususiyeti kabul edilmeyerek bu yolla yapay zekâ ürünlerin eser niteliğine haiz kılınmayacağı kabul edilmesi gerekirken ya da bizlerin de desteklediği üzere yapay zekânın hususiyet aktarımı kabul edilerek ortaya koyulan ilgili fikri ürünün bir eser, yapay zekânın da bir eser sahibi olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

FSEK'te meydana getirilen değişiklik ile birlikte yapay zekâ ürünlerinin eser; yapay zekânın da eser sahibi olarak kabul edilebileceği yorumunu getirebilmemiz mümkün olsa da bu eserin telif hakkının kimin üzerine tesis edileceği problemi ortaya çıkmaktadır. Zira yapay zekâyâ yönelik henüz hukuki bir statü verilmediğinden yapay zekânın hukuki statüsüne ve dahi hak ehliyetine haiz kılınıp kılınmayacağına ilişkin bir tartışma gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Hak ehliyeti öz itibarıyla kişinin hak ve borçlara sahip olabilme ehliyeti olarak ifade edilebilir⁸¹. Hak ehliyeti, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁸² (TMK) m. 8'de gerçek kişiler için m. 48'de ise tüzel kişiler için düzenlenmiştir. TMK uyarınca gerçek kişilik çocuğun tam ve sağ doğumuyla başlamakta olup hak ehliyeti sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü anda kazanılmaktadır (TMK m. 28). Tüzel kişilik ise kendisine tüzel kişilik tesis edilecek kuruluşların nevelerine bağlı olarak Kanun tarafından öngörülmüş olan serbest kuruluş sistemi, izin sistemi ve tescil sistemi doğrultusunda kazanılmaktadır⁸³.

Görüldüğü üzere hak ehliyetine ilişkin bir yorum getirmenin ön koşulu kişilik statüsü tespitinin yapılmasıdır. Bu kapsamda hak ehliyetine sahip olması bakımından yapay zekâyâ ya gerçek kişi yahut tüzel kişilik statüsü verilecek yahut yapay zekâyâ yönelik yeni bir kişilik statüsü oluşturularak bu statünün hak ehliyetini haiz olduğu kabulü gerekecektir⁸⁴.

⁸⁰ EVRENSEL, s. 17.

⁸¹ KAYIHAN, Şaban: *Kişiler Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 30; AYAN, Mehmet / AYAN, Nurşen: *Kişiler Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 49.

⁸² 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

⁸³ KAYIHAN, s. 118-119.

⁸⁴ SAVAŞ, s. 108.

Yapay zekânın hukuki kişiliğinin bulunmadığının kabul edilmesi durumunda⁸⁵ ise yapay zekânın meydan getirdiği eser üzerinde telif hakkından bahsedilemeyecek, bu durumda eser sahipliği ve telif hakkına sahiplik sıfatlarının birbirinden ayrı doğması söz konusu olacaktır. Yapay zekânın hukuki kişiliğini reddeden görüşlerden klasik mülkiyet teorisi görüşü ve kölelik görüşü gibi yaklaşımlar⁸⁶, yapay zekâ ile üretilen fikri ürünlere ilişkin hakkın kamuya ait olacağı, yapay zekâ yazılımcısına ait olacağı, yatırımcıya ait olacağı ve yapay zekânın fikri ürünü meydana getirmesinde gerekli ayarlamaları yapanın hak sahibi olacağı gibi çeşitli argümanların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır⁸⁷.

Ancak asıl inceleme konumuz yapay zekâ eserlerinde yapay zekânın telif hakkı olması ve yakın gelecekte yapay zekâyâ hukuki kişilik tanınacağına olan inancımız gereğince yapay zekânın hukuki kişiliğini yok sayma temelli argümanlardan ziyade, yapay zekâyâ hukuki kişiliğin tesis edilebilmesine imkân tanıyan ihtimaller ele alınacaktır. Hâlihazırda yakın geçmişte yapay zekâ destekli robot *SOPHIA*'nın Suudi Arabistan vatandaşlığını almış olması⁸⁸, benzer şekilde yapay zekâ sohbet robotu olan *Shibuya Mirai*'ye Tokyo'da oturma izni verilmiş olması⁸⁹ gibi örnekler yakın gelecekte yapay zekâyâ yönelik hukuki kişilik tanınacağına olan beklentiyi güçlendirmektedir. Bu sebeple yapay zekâ tarafından üretilen eserlerde telif hakkının da yapay zekâyâ tahsis edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Yapay zekânın hukuki kişiliğe kavuşması gerektiğini kabul edenlerce dahi hâlâ tartışma konusu edilen yapay zekânın hukuki kişiliği türüne ilişkin düşünceler, klasik hukuki kişilik türleri olan gerçek kişi ve tüzel kişiliğin yapay zekâ ile ne ölçüde bağdaşıklığı bulunduğuyla ilgili olarak değişikliğe uğramakta; yapay zekânın da gün geçtikçe gelişmesiyle bu klasik hukuki kişilik türü önerilerine ek olarak yeni hukuki kişilik önerileri eklenmektedir.

1. Gerçek Kişi Statüsü Tanınması Önerisi

Yapay zekâyâ gerçek kişi statüsü tanınması önerisi yapay zekâyâ tıpkı insanlarda olduğu gibi aynı şekilde hak ve yükümlülüklerin tanınması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Bu yönde bir öneri bulunmasına rağmen henüz kendi varlığının farkında olduğu iddiasında olan bilinçli bir yapay zekânın varlığına yönelik kesin bir bilgi bulunmaması sebebiyle bu önerinin şu an için geniş bir destekleyici kitlesi bulunmamaktadır.

Ancak derin öğrenme teknolojisi sayesinde her geçen gün kendi kendine öğrenme yetisini arttıran yapay zekâyâ yönelik gelecekte böyle bir olasılığın bulunuyor olması söz konusu öneriyi tartışmaya değer hâle getirmektedir.

Yukarıda⁹⁰ da belirttiğimiz üzere gerçek kişilik tam ve sağ doğum ile başlamaktadır. Gerçek kişilik kavramının biyolojik bir sürece dayanmasına rağmen yapay zekânın dijital temelli bir oluşum olması, yapay zekâyâ gerçek kişilik tanınması noktasında başlıca zorluklardan birini oluşturmaktadır. Bu durum da bir başka düşünce egzersizin önünü açmaktadır.

Eğer yapay zekânın artık bir gerçek kişiliğinin bulunduğu kabul edilecek olduğunda TMK m. 28/2 benzetmesiyle adeta yapay zekânın doğumu da kabul edilmiş olacaktır. Buna göre kıyasen yapılan bir değerlendirme sonucunda yapay zekânın ana rahmine düştüğü tarihin tespiti problemi ortaya çıkacak

⁸⁵ Yapay zekânın hukuki kişiliğini reddeden yaklaşım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, Erdem: "Dijital Çağda Yeni Bir Hukuki Kişilik Arayışı: Yapay Zekâ", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2022, Sayı 158, s. 226.

⁸⁶ İŞLER ALBAYRAK, Fatma Dilara: *Yapay Zekânın Patent Hukuku Çerçevesinde Buluş Sahipliği*, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 97-98; YENİCE CEYLAN, Özge: "Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Değerlendirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 10, Sayı 1, s. 42-43.

⁸⁷ Fikri ürün üzerindeki hakların yapay zekâ dışında özgülenebileceği olası kişiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 69-76.

⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.forbes.com/sites/zarastone/2017/11/07/everything-you-need-to-know-about-sophia-the-worlds-first-robot-citizen/> (ET: 06.10.2024).

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.newsweek.com/tokyo-residency-artificial-intelligence-boy-shibuya-mirai-702382> (ET: 06.10.2024).

⁹⁰ Bkz. yukarıda II.C.

hatta bu tarih yapay zekâ fikrinin ilk ortaya atıldığı 1956 tarihli *Dartmouth* Konferansı'na kadar dahi uzanabilecektir. Böyle bir durumda her nasıl TMK m. 28/2 uyarınca kişi hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde ediyorsa bu durumda yapay zekânın *Dartmouth* Konferansı'nın gerçekleştiği tarih olan 1956 yılından itibaren geçmişe dönük hak kazanması söz konusu olacağına kabul edilmesi gerektiği yönünde bir yorum getirebilecektir.

Böyle bir teorik kabul pratik anlamda pek çok problemi de beraberinde getirecek olup yapay zekânın gerçek kişi olmasından dolayı tıpkı insanlar gibi geçmişe dönük olarak elde ettiği hakların tasarrufu problemi ortaya çıkacaktır. Yapay zekâ tarafından şu ana kadar gerçekleştirilen tüm faaliyetler düşünüldüğünde gerçekleştirilebileceği tasarrufların global ölçekte sosyal ve ekonomik dengesizliklere yol açması muhtemel olacak böyle bir senaryo da insanların güç kaybına yol açacaktır⁹¹.

Marksist hukuk teorisine göre egemen sınıf ve toplumun geri kalanı arasındaki çıkar çatışmasının, hukuk kurallarını şekillendirdiği⁹² söylenebildiği ölçüde Marksist hukuk teorisinden esinlenerek hâlihazırda egemen sınıf olan insanoğlunun kendi menfaatini gözeterek kendi üstünde hukuksal boyutta yeni bir egemen sınıf yaratmayacağını söylemek kanaatimizce doğru olacaktır.

Bu sebeple yapay zekâyâ gerçek kişilik statüsü tanınması önerisi kanaatimizce gerek teorik boyuttan gerekse pratik boyuttan güçlü bir argüman değeri taşımamaktadır. Hâlihazırda doktrin içerisinde de ontolojik gerekçelerle yapay zekâyâ gerçek kişilik tanınmaması yönünde bir kabul bulunmaktadır⁹³.

2. Tüzel Kişi Statüsü Tanınması Önerisi

Yapay zekâyâ tüzel kişilik tanınması önerisi, yapay zekânın gerçek kişi olarak kabul edilemeyeceği ancak yine de hak ve sorumlulukları haiz olması gerektiği, mevcut hukuk düzenlemeleri gereği de yapay zekâyâ tahsis edilebilecek en uygun kişilik statüsünün tüzel kişilik statüsü olduğu düşüncesine dayanmaktadır⁹⁴. Bu düşüncüyü savunanlar tıpkı tüzel kişilerde (*örneğin dernekler*) olduğu gibi tüzel kişi ve tüzel kişiyi yönetenler arasındaki ilişkinin yapay zekâ ile yapay zekâyı geliştirenler arasında tesis edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler⁹⁵. Ancak tüzel kişilerden derneklerin Kanun içerisinde düzenlenmesine bakıldığında TMK m. 56'da derneklerin, "*kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları*" ifadesi bulunmakta ancak yapay zekâ ile yapay zekâyı geliştirenler arasında madde metninde gösterildiği gibi bir ortak amacın bulunduğundan söz edilememektedir⁹⁶. Buna ek olarak derneklerin "*kazanç kazanma dışında ortak bir amaç*" çerçevesinde oluştuğu durumu da yapay zekâlara uygun düşmemektedir⁹⁷.

Tüzel kişilik statüsünün yapay zekânın özelliklerini yansıtmaması sebebiyle yapay zekâyâ yönelik tüzel kişilik statüsü tanınması önerisi kanımızca uygun değildir.

3. Elektronik Kişilik Statüsü Tanınması Önerisi

Günümüz dünyasında meydana gelen gelişmeler doğrultusunda gerek gerçek kişilik statüsü gerekse tüzel kişilik statüsü yapay zekâyı tanımlamamakta ve onun varoluşsal özelliklerini karşılama-

⁹¹ Benzer bir görüş için bkz. HUBBARD F. Patrick: "Do Androids Dream? Personhood and Intelligent Artifacts", *Temple Law Review*, 2011, Cilt 83, s. 418.

⁹² COLLINS, Hugh: *Marxism and Law*, Reprinted Edition, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 40.

⁹³ YALÇINKAYA, Atahan: "Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Eserlerde Eser Sahipliği", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2023, Cilt 97, Sayı 1, s. 118.

⁹⁴ BAYAMLIOĞLU, Emre: "Akıllı Yazılımlar ve Hukukî Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", (Ed.) İNCEOĞLU, Mehmet Murat: *Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt 2*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 139.

⁹⁵ BER, Ahmet Said: "Yapay Zekânın Hukukî Statüsü Ve Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 13, s. 73; BAK, s. 219.

⁹⁶ AKKURT, Sinan Sami: "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 2022, Cilt 6, Sayı 1, s. 45.

⁹⁷ DOĞAN, Erdem: *Yapay Zekânın Hukukî Statüsü Ve Hukukî Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 291; AKKURT, s. 45.

maktadır. Bu sebeple yapay zekâya bir hukuki kişilik verilecek ise yapay zekânın özelliklerine uygun ve varoluşsal temelleriyle bağdaşan bir hukuki statünün tahsis edilmesi gerekmektedir. Bu ölçüde yapay zekânın geçirmiş olduğu dönüşüm ve katettiği ilerleme uluslararası kurumların da dikkatini çekmiş, bu soruna cevaben yeni bir kişilik türü olan “elektronik kişilik” kavramı önerilmiştir⁹⁸. Elektronik kişilik kavramı resmî olarak ilk defa 27 Ocak 2017 tarihinde yayımlanan Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu’nda zikredilmiştir⁹⁹. İlgili raporda elektronik kişilik önerisi yapay zekâ robotların otonom kararlar alması veya üçüncü kişilerle bağımsız ilişkiler kurması faaliyetlerinde doğabilecek zarardan sorumluluk konusunda bir çözüm olarak sunulmuş; ancak elektronik kişiliğin haklara ehil olması bakımından ayrıca bir düzenleme getirilmemiştir.

Raporda genel olarak elektronik kişilik statüsünün, tazminat sorumluluğuna bir çözüm olarak sunulduğu vurgulanmış hatta yapay zekâlara yönelik bir sicil oluşturulması tavsiye edilerek yapay zekâ destekli robotların bu sicile kaydettilmesi ve yapay zekâ kaynaklı zararların meydana gelmesi durumunda başvurulması adına bir fon oluşturulması şeklinde çeşitli öneriler sunulmuştur¹⁰⁰.

Bahse konu raporda yer alan maddeler çeşitli açılardan eleştirilebilse de yapay zekâların resmî olarak tanınmaya başlanması adına önemli bir gelişme olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Ancak raporda elektronik kişilik statüsünün verilmesi önerisinin arkasında yalnızca sorumluluk hukuku bakımından bir çözüm arayışı yatması dolayısıyla yapay zekânın hak sahipliği bakımından somut bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kanımızca böylesine önem arz eden yeni bir kişilik statüsünün oluşturulması safhasında statünün tüm açılardan aynı anda değerlendirilmesinin beklenmesi zaten doğru olmayacaktır. Bu sebeple raporda yapay zekâların haklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesinin arkasında yapay zekâların haklara ehil kılınmasının reddedilmesi düşüncesinin yatmadığını düşünmekteyiz. Kanımızca yapay zekânın gelişimi ve toplumun bu yönde ihtiyacının artmasıyla yapay zekânın haklara ehil olması konusuna ilişkin olarak da yakın zaman içerisinde yeni düzenlemeler getirilecektir.

Hâlihazırda bizce de yapay zekâya hukuki kişilik statüsü tanınması doğrultusunda sergilenebilecek en doğru yaklaşım yapay zekânın yapısına uygun ve yapay zekânın özellikleriyle örtüşen bir kişilik kavramının oluşturulmasıdır.

SONUÇ

Son yüzyılda gerçekleştirilen teknolojik gelişmeler insanların hayatlarına önemli katkılar sunmuş olup özellikle yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesiyle bu durum başka bir boyuta dönüşmüştür. Toplum için önemli değerler ortaya koyan yapay zekâların derin öğrenme sistemi ile her geçen gün gelişmesi sonucunda giderek insani özelliklere benzer özellikler kazanması pek çok soruyu da beraberinde getirmiş, hukuk kurallarının yapay zekâları da kapsayacak şekilde genişletilmesi ihtiyacı hissedilmiştir.

Bu ihtiyaç, gelişmiş yapay zekâlar tarafından ortaya koyulan fikri ürünlere ilişkin de hissedilmiş bu kapsamda öncelikle yapay zekâ tarafından ortaya koyulan fikri ürünlerin FSEK kapsamında bir eser niteliği taşıyıp taşımadığı, daha sonrasında ise eğer söz konusu fikri ürün eser niteliği taşıyorsa yapay zekânın eser üzerindeki sahipliği ve telif hakkının bulunup bulunmadığı sorusu ortaya çıkmıştır. Bu soruya cevaben henüz herhangi bir somut hukuki düzenleme bulunmasa da en azından bir yorum getirmek adına FSEK kapsamında bir eser bulunduğu bahsedilmesi için gerekli olan şekli, subjekt-

⁹⁸ CHESTERMAN, Simon: “Artificial Intelligence And The Limits Of Legal Personality”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2020, Cilt 69, Sayı 4, s. 821.

⁹⁹ Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu İçin bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051> (ET: 10.10.2024).

¹⁰⁰ YEDEK, Burakcan: *Patent Hukuku Açısından Yapay Zeka*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 146.

tif ve objektif şartların yapay zekâ ile üretilen fikri ürünlerde bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. Gelişmiş yapay zekâlar tarafından ortaya koyulan fikri ürünler bakımından şekli ve objektif şartın mevcudiyeti bakımından herhangi bir tartışma olmasa da yapay zekâların ortaya koydukları ürünlere hususiyetlerini aktarıp aktarmadıkları tartışma konusu hâline getirilmiştir. Bu tartışmanın temelinde hususiyet kavramının belirli sınırları olmaması ve soyut temelli bir kavram olması yatmaktadır. Ancak kanımızca hususiyet tartışması yapılırken yapay zekânın bilinç sahibi olup olmadığı tartışmasından ziyade ortaya koyulan fikri ürünün aynı tür ürünlere kıyasla farklılığının incelenmesi gerekmekte olup pek tabii ki yapay zekâlar tarafından ortaya koyulan fikri ürünlerin yapay zekânın hususiyetini taşıması mümkündür. Buna ek olarak doktrin içerisinde de sıklıkla tekrar edilen bir fikri ürünün FSEK kapsamında eser niteliği taşıması için gerçek kişi olması gerektiği argümanı da FSEK’te meydana getirilen değişikliklerle geçerliliğini yitirmiş bu yolla yapay zekâ tarafından üretilen fikri ürünlerin eser olarak kabul edilmesi yapay zekânın da eser sahibi olarak kabul edilmesi gerekliliği önündeki engel kalkmıştır.

Sonuçta bugün bile gelişmiş yapay zekâ sistemleri tarafından ortaya koyulan resim, şiir, müzik gibi eserlerde yapay zekâ kullanıcıların rolü yalnızca yapay zekâdan bir talepte bulunmakla sınırlıdır. Diğer bir deyişle insanlar tarafından gelişmiş yapay zekâ sistemlerine birkaç kelime yahut cümle verilerek genel hatlarıyla bir eser ortaya konması istenebilmekte yapay zekâ da bu faaliyeti otonom olarak insandan bağımsız olarak gerçekleştirebilmektedir. Böyle bir durumda yapay zekâdan yalnızca talepte bulunan insanların söz konusu esere hususiyet aktarmadıkları açıktır. Örneğin nasıl bir ressam mavi, yeşil ve beyaz boya kullanarak bir doğa resmi çizmesi istendiğinde ressam tarafından ortaya koyulan eser üzerindeki hususiyet ressamın ait oluyorsa yapay zekâ tarafından ortaya koyulan fikri ürünlerde de tüm karar verme -farklı desen, renk, nota, kelime gibi parçaları bir araya getirme gibi- aşamalarının da yapay zekâ tarafından kendi başına gerçekleştirildiği göz önüne alındığında kanımızca gelişmiş yapay zekâlar tarafından üretilen fikri ürünlerin eser niteliği taşıdığı ve eser sahipliğinin de yapay zekâyâ ait olduğunu düşünmekteyiz.

Yapay zekâ tarafından ortaya koyulan eserlerde telif hakkı konusunda ise -şu an için mevcut kanunlarda somut bir ilerleme olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda- katı bir yargıda bulunmak doğru olmayacağı kanaatinde olduğumuzu bildirmekle birlikte yakın gelecekte elektronik kişilik statüsünün tüm açılarıyla resmen oluşturulacağı ve hukuk sistemimize entegre edileceğine inanmakta, bununla birlikte yapay zekâ tarafından ortaya koyulan esere ilişkin telif hakkının eser sahibi olan yapay zekâyâ tahsis edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- AKKURT, Sinan Sami: “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 2022, Cilt 6, Sayı 1, s. 39-59.
- AKTÜRK, Emrah: “Telif Hakkının Yapay Zekâ Ürünleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2024, Sayı 5, s. 192-235.
- ALEMDAR ÇATALBAŞ, Sinem: “Yapay Zekâlı Robotlar Sanatçının Rolüne Bürünebilir mi?”, *yedi: Sanat, Tasarım ve Bilim Dergisi*, 2024, Sayı 31, s. 29-43.
- ASLAN, Belgin: “Yaratıcılık, Orijinallik Ve Hususiyet Kavramlarının Üretken Otonom Yapay Zekâ Sistemlerine Yansımaları Ve Fikri Haklar Boyutuyla Değerlendirilmesi”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2024, Cilt 10, Sayı 1, s. 3-23.
- AYAN, Mehmet / AYAN, Nurşen: *Kişiler Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- BAK, Başak: “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 35, s. 211-232.
- BAYAMLIOĞLU, Emre: “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, (Ed.) İNCEOĞLU, Mehmet Murat: *Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt 2*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 131-140.
- BELLMAN, Richard E: *An Introduction to Artificial Intelligence: Can Computers Think*, 1. Baskı, Boyd & Fraser Publishing Company, San Francisco, 1978.
- BER, Ahmet Said: “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 13, s. 57-100.
- BORA ÇINAR, Sevda: “Fikri Mülkiyet Hukukunun DABUS’la İmtihani: Yapay Zekâ Sistemleri Buluş Sahibi Olarak Kabul Edilebilir Mi?”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 14, Sayı 2, s. 387-400.
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru / BAK, Başak / YÜKSEL, Sera Reyhani / ASLANOVA, Kemale: *Fütürist Hukuk*, 1. Baskı, Aristo Yayınları, İstanbul, 2018.
- CHESTERMAN, Simon: “Artificial Intelligence And The Limits Of Legal Personality”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2020, Cilt 69, Sayı 4, s. 819-844.
- COLLINS, Hugh: *Marxism and Law*, Reprinted Edition, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- ÇELİK, Özer: “A Research on Machine Learning Methods and Its Applications”, *Journal of Educational Technology and Online Learning*, 2018, Cilt 1, Sayı 3, s. 25-40.
- DOĞAN, Erdem: “Dijital Çağda Yeni Bir Hukuki Kişilik Arayışı: Yapay Zekâ”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2022, Sayı 158, s. 213-256.
- DOĞAN, Erdem: *Yapay Zekânın Hukukî Statüsü Ve Hukukî Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022.
- ELMAS, Çetin: *Yapay: Zekâ Uygulamaları*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- EVRENSEL, H. Alperen: *Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- FİLORİNALI, Kardelen: *Fikir Ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından NFT’ler*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- GERTH, Hans / MILLS, Wright. C.: *From Max Weber: Essays in Sociology*, 2. Baskı, Oxford University Press, New York, 1958.
- GÖZÜBÜYÜK, Barış: “Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, 2021, Cilt 1, Sayı 1, s. 54-81.
- GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: “ChatGPT İle Üretilen Fikri İçeriklerin Eser Niteliğinin 5846 Sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 21, Sayı 2, s. 1899-1918.
- HIRSCH, Ernst: *Fikri ve Sinai Haklar*, 1. Baskı, Ar Basımevi, Ankara, 1948.
- HUBBARDA F. Patrick: “Do Androids Dream? Personhood and Intelligent Artifacts”, *Temple Law Review*, 2011, Cilt 83, s. 405-474.

- İNİK, Özkan / ÜLKER, Erkan: “Derin Öğrenme ve Görüntü Analizinde Kullanılan Derin Öğrenme Modelleri”, *Gaziosmanpaşa Bilimsel Araştırma Dergisi*, 2017, Cilt 6, Sayı 3, s. 85-104.
- İŞLER ALBAYRAK, Fatma Dilara: *Yapay Zekânın Patent Hukuku Çerçevesinde Buluş Sahipliği*, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023.
- KALBERG, Stephan: “Max Weber’s Types of Rationality: Cornerstones for the Analysis of Rationalization Processes in History”, *The American Journal of Sociology*, 1980, Cilt 85, Sayı 5, s. 1145-1179.
- KAPLAN, Jerry: *Artificial Intelligence, What Everyone Needs To Know*, 1. Baskı, Oxford University Press, Amerika, 2016.
- KARA KILIÇARSLAN, Seda: “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019, Sayı 2, s. 363-389.
- KARASU, Rauf / SULUK, Cahit / NAL, Temel: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KAYIHAN, Şaban: *Kişiler Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Smal Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- LEE, Jyh-Ann / HILTY, Reto M. / LIU, Kung-Chung: “The Broader Picture and Structure of the Book”, (Ed.) LEE, Jyh-Ann / HILTY, Reto M. / LIU, Kung-Chung: *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, Oxford University Press, Oxford, 2021, s. 1-7.
- LENAU, Torben A. / CHEONG, Hyunmin / SHU, L. H.: “Sensing in Nature: Using Biomimetics for Design of Sensors”, *Sensor Review*, 2008, Cilt 28, Sayı 4, s. 311-316.
- MAMAN, Ayşenur: *Telif Hakkı Kapsamında Yapay Zekâ Ve Ürünlerinin Eser Niteliği*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- MARTINEZ, Rex: “Artificial Intelligence: ‘Distinguishing Between Types & Definitions’”, *Nevada Law Journal*, 2019, Cilt 19, Sayı 3, s. 1015-1042.
- MEYDANCI, Burak: *Yapay Zekâ Ve Ürünlerinin Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2023.
- MITCHELL, Tom M.: *Machine Learning*, 1. Baskı, McGraw-Hill, New York, 1997.
- NEWELL, Allen: *A Guide To The General Problem -Solver Program GPS-2-2*, 1. Baskı, The Rand Cooperation, Amerika, 1963, s. 95.
- NG, Gee Wah / LEUNG, Wang Chi: “Strong Artificial Intelligence and Consciousness”, *Journal of Artificial Intelligence and Consciousness*, 2020, Cilt 7, Sayı 1, s. 63-72.
- ONUR, Ferhat: “On the Relationship Between General Artificial Intelligence and Consciousness”, *İstanbul University Press*, 2024, Sayı 60, s. 15-23.
- ÖZÇİFT, Akın / ÇELİKTEN, Azer / AKARSU, Kamil: *Yapay Zekâ Kavramlarına Giriş*, 1. Baskı, Gece Kitaplığı, Ankara, 2020.
- ÖZDAL, Mehmet Akif: “Yapay Zekâ İle Üretilen Görsel Ve İllüstrasyon Eserlerinin Telif Hakları Ve Kişisel Veri Güvenliği”, *İstanbul Arel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Disiplinlerarası Yenilik Araştırmaları Dergisi*, 2024, Cilt 4, Sayı 1, s. 7-31.
- ROSATI, Eleonora: “The Monkey Selfie Case and the Concept of Authorship: an EU Perspective”, *Oxford University Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Cilt 12, Sayı 12, s. 973-977.
- RUSSELL, Stuart / NORVIG, Peter: *Artificial Intelligence A Modern Approach*, 4. Baskı, Pearson, England, 2020.
- SAVAŞ, Suna: *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Eserlerde Hak Sahipliği*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- SEARLE, John R.: “Minds, Brains, And Programs”, *Behavioral and Brain Sciences*, 1980, Cilt 3, Sayı 3, s. 417-457.
- STENE, Sindre Berg / YILDIRIM, Sule: “A Survey on the Need and Use of AI in Game Agents”, (Ed.) ÇAKAJ, Shkelzen: *Modeling Simulation and Optimization*, 1. Baskı, IntechOpen, Rijeka, 2010, s. 225-238.
- STERNBERG, Robert J.: “Intelligence”, *Dialogues in Clinical Neuroscience*, 2012, Cilt 14, Sayı 1, s. 19-27.

TEKİNALP, Ünal: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7. Baskı, Arıkan Basım, İstanbul, 2005.

TIA KOTKE, Jeniffer: *Exploring the Ethics of AI Self-Awareness*, Seminar Thesis, University of Hamburg Department of Computer Science, Hamburg, 2023.

TURING, Alan Mathison: "Computing Machinery and Intelligence", *Mind: A Quarterly Review of Psychology And Philosophy*, 1950, Cilt 59, Sayı 236, s. 433-460.

YALÇINKAYA, Atahan: "Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Eserlerde Eser Sahipliği", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2023, Cilt 97, Sayı 1, s. 109-127.

YEDEK, Burakcan: *Patent Hukuku Açısından Yapay Zeka*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 146.

YENİCE CEYLAN, Özge: "Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Değerlendirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, Cilt 10, Sayı 1, s. 35-52.