

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

Cilt XX, Ocak 2016, Sayı 1

Vol. XX, January 2016, No. 1



**ANKARA
Nisan 2016**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Editörler: Editors :

Doç. Dr. Bülent YAVUZ Assoc. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assist. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Arş. Gör. Onurdoğan KARAKAÇ Res. Assist. Onurdoğan KARAKAÇ

Arş. Gör. Özgür GÜVENÇ Res. Assist. Özgür GÜVENÇ

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Assoc. Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Günay KANDEMİR Günay KANDEMİR

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)

Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD, ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
5. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özetler ve özetlerin yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe yazılan makaleler için Türkçe özete ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha özet eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özetlerin eklenmesi gerekmektedir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editör kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
7. Editör kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı*

tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editör kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan çalışmaların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.

11. Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Örnek:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: “Makalenin Başlığı”, **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örnek:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örn:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örn:

TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, **Türk Anayasa Hukuku**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

12. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer almalıdır. Kaynakçadan farklı olarak, ilk atıfta yazarların adı ve soyadı (Adı SOYADI) şeklinde yazılmalı ve çalışmanın adından (,) ile ayrılmalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örn:

Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 33.

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda

Eserler için: SOYAD, a.g.e., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Makaleler için: SOYAD, a.g.m., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Örn:

KAPANİ, a.g.e., 21. veya KAPANİ, s.21.

AYHAN, a.g.m., 36. veya AYHAN, s.36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, (a.g.e. /a.g.m.) kısaltmaları kullanılmamalıdır. Çalışmaların yapıldığı yıllar farklı ise parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örn:

GÖZLER, (2010), s. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., s. 76.

İletişim Adresi:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metro su
Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 90

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com

GAZI UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW (GÜHFD) EDITORIAL POLICY

- 1.** Gazi University Faculty of Law Review (GÜHFD) is published four times per year as a “Peer-reviewed Journal” and it is indexed by ULAKBIM.
- 2.** Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published; Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
- 3.** Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman-12 points-normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman-10 points-normal style and submitted on a CD or via email to the Editor.
- 4.** The main language of the Journal is Turkish; however, articles written in English, German or French are also published.
- 5.** Articles submitted to the Journal should be accompanied by summaries comprised of 100-200 words and five keywords written in the languages of the summaries. Should the article is written in Turkish; a summary written in English, German or French must also be supplemented. Should the article is written in a foreign language; it must be accompanied by a summary in Turkish.
- 5.** Names of the authors, their institutions and email addresses should be provided along with the article.
- 6.** It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and said articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal and articles that contain typos above the ordinary are declined.
- 7.** Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles are presented to the peer reviewer without the name of the author in accordance with the blind review format. Authors are not informed regarding the identity of the reviewer. Should the reviewer demand corrections, the author may amend the article only in reference to said corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewer’s wish. Should the article is declined by the reviewer; no subsequent reviews are carried out. Declined articles are not sent back to their authors. The author is informed regarding the circumstance.

8. *Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses* may also be published in the Journal along with peer reviewed articles. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.

9. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including but not limited to full-text publication online, belong to Gazi University Faculty of Law. Authors are assumed to have transferred said rights to the University and they are not paid any royalties.

10. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.

11. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.

Sample:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, “Title of the Article”, **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Sample:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Sample:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

Should the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Sample:

TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, **Türk Anayasa Hukuku**, 6th Edition, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

12. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. First citation should include complete information regarding the resource material. Dissimilarly to the bibliography, first citation to any resource material must include the name of the author as (Name SURNAME) and a comma must be placed between the name of the author and the title of the material. Relevant page of the material should be at the end of the citation.

Sample:

Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, p. 33.

Subsequent citations to same resource material should be as such:

SURNAME, *ibid*, p. *or* SURNAME, p.

Sample:

AYHAN, *ibid*, 36. *or* AYHAN, s.36.

Should more than one material written by a single author are referred to, *ibid* should not be used. Should the publication years of said materials differ, year for each material should be indicated in brackets; otherwise, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Sample:

GÖZLER, (2010), p. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., p. 76.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XX

Ocak 2016

Sayı 1

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Türkiye ve Almanya`da Hukuk Eğitimi - Diplomaların Denkliği
Rauf KARASU, LL.M., Dr. Jur. (Heidelberg).....3-26
- Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi
Mehmet Çelebi CAN.....27-64
- Türk Hukukunda Alışveriş Merkezi Kiracılarının
Ortak Giderlerden Sorumluluğu
Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU.....65-100
- Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki
Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği
Gonca Gülfem BOZDAĞ.....101-136
- Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yararın Basın Faaliyetlerinde Fikri Hak
Sahipliğine Getirilen Sınırlamalar Bakımından Görünümü
Seda KARA KILIÇARSLAN.....137-162
- TTK. Kapsamında Gemi Kira Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği
Salih ÖNDER.....163-190
- Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları
Gökçen TURAN.....191-232

KAMU HUKUKU

- Vergi Usul Kanunu Md. 3/B Hükmü Çerçevesinde
Kdv İndirimi Uygulamasının Değerlendirilmesi
Erdem ATEŞAĞAOĞLU.....235-268

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı Aydın AKGÜL	269-302
Jean Bodin'in Devlet Teorisi Üzerindeki Osmanlı Etkisi Ergin ERGÜL	303-346
Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272) Neslihan GÖKTÜRK	347-410
Disiplin Cezalarının Geri Alınması F.Ebru GÜNDÜZ	411-424
Türk Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarında Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşmesi Ramazan Onur KARADENİZ	425-446
Türkiye'de Bitmeyen Tartışma: Hükümet Sistemi Üzerine Değerlendirmeler Doğan KILINÇ	447-510
İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti Halid ÖZKAN	511-572
Süresinde Ödenmeyen Karar ve İlam Harçlarına Gecikme Zammı Uygulanması İlhami ÖZTÜRK	573-608

Gazi University Faculty of Law Review

Vol. XX January 2016 Number 1

CONTENTS

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- Law Education In Turkey And Germany–Equivalence Of Diplomas*
Rauf KARASU, LL.M., Dr. Jur. (Heidelberg).....3-26
- Legal Persons As Members Of Banks' Board Of Directors*
Mehmet Çelebi CAN.....27-64
- According To Turkish Law The Liabilities Of
Mall Tenants Of Common Expenses*
Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU.....65-100
- Mediation And Applicability Of Mediation In
International Disputes Between Parents*
Gonca Gülfem BOZDAĞ.....101-136
- Die höherrangigen privaten sowie Öffentlichen Rechte Aus
Sicht der Grenzen, die im Rahmen der Pressetaetigkeit dem
Eigentun Urheberrechts Gesezt Werden*
Seda KARA KILIÇARSLAN.....137-162
- Legal Elements And Status Of
Bareboat Charter Contract Under The TCC*
Salih ÖNDER.....163-190
- The Basics Of Civil Liability From Prospectus In Turkish Law*
Gökçen TURAN.....191-232

PUBLIC LAW

- The Evaluation Of The Application Of Vat Deduction
Within The Scope Of Tax Procedure Law Article 3/B*
Erdem ATEŞAĞAOĞLU.....235-268
- Compensation Liabilty Of The Administration From*

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

İçindekiler

<i>Health Service And Council Of State's New Approach</i> Aydın AKGÜL	269-302
<i>The Ottoman Effect On Jean Bodin's Theory Of State</i> Ergin ERGÜL	303-346
<i>Crime Of Perjury (Turkish Criminal Code Article 272)</i> Neslihan GÖKTÜRK	347-410
<i>The Revoke Of Disciplinary Punishment</i> F.Ebru GÜNDÜZ	411-424
<i>Communication Of Detainees And Prisoners In Turkish Constitutional Court Individual Application Decisions</i> Ramazan Onur KARADENİZ	425-446
<i>Unending Discussions In Turkey: Evaluations On Government Systems</i> Doğan KILINÇ	447-510
<i>Fault Assessment In Criminal Liability Arising From Work-Related Accidents</i> Halid ÖZKAN	511-572
<i>Application of Late Fee to the Overdue Judgment and Writ Fees</i> İlhami ÖZTÜRK	573-608

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

TÜRKİYE VE ALMANYA'DA HUKUK EĞİTİMİ - DİPLOMALARIN DENKLİĞİ

Rauf KARASU*
LL.M., Dr. Jur. (Heidelberg)

ÖZET

Hukuk devletinin vazgeçilmezleri olan adil, etkin ve güvenilir bir yargının varlığı ve idarenin hukuka bağlılığı, hukuk eğitiminin sağlıklı ve ihtiyaçlara uygun yürütülmesiyle doğrudan ilişkilidir. Ancak ne yazık ki Türkiye'de özellikle lisans düzeyinde verilen eğitimde çok ciddi sorunlar bulunmaktadır. Bu nedenle hukuk eğitimi konusunda ciddi bir reform yapılması gerekmektedir.

Bu çalışmada hukuk eğitimindeki mevcut sorunlar tespit edilerek daha iyi bir hukuk eğitimi için çözüm önerileri sunulacaktır. Çalışmada ayrıca Almanya'daki hukuk eğitimi de incelenecektir. Zira Almanya, hukuk eğitiminde en iyi ülkelerinden biridir. Türkiye'deki hukuk eğitiminin bu ülkenin hukuk eğitimi ile karşılaştırılması, hukuk eğitimimizin sorunlarının tespiti ve çözümüne katkı sağlayacaktır. Bu çalışmada iki ülke diplomalarının denkliği konusu da izah edilecek, özellikle denklik mevzuatında yakın zamanda yapılan değişikliklere değinilecektir.

***Anahtar Kelimeler:** Hukuk Eğitimi, Yüksek Lisans, Doktora, Diplomaların Denkliği, Almanya*

LAW EDUCATION IN TURKEY AND GERMANY – EQUIVALENCE OF DIPLOMAS

ABSTRACT

The rule of law requires a fair, effective and reliable judiciary as well as an administration respectful of law, which can be realized only through a sound and appropriate law education. One can observe too many problems concerning law education in Turkey, particularly at graduate level. It is obvious that law education system needs essential reforms.

This paper treats actual problems of law education and presents reform perspectives for a better law education in Turkey. As Germany is one of the leading countries in law education, we have focused on law education in Germany. Comparing Turkish system with Germany appears to be useful in order to determine problem areas. A comparative analysis could inspire us with a vision of reform as well. This paper deals also with the question of equivalence of Turkish and German diplomas in relation with recent modifications in legislation concerning equivalence of diplomas.

***Keywords:** Law education, Master's degree, PhD, Equivalence of diplomas, Germany*

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Bir ülkenin gelişmesinin ana faktörü “eğitim”dir. Bu anlamda hukuk eğitimi de bir ülke için büyük bir öneme sahiptir. Özellikle bir ülke için çok önemli olan yargı gücünün gelişmesinde hukuk fakültelerinde verilen eğitim belirleyici bir rol oynar. Ancak ne yazık ki, bugün, ülkemizde hukuk eğitimi konusunda ciddi ve önemli sorunlar bulunmaktadır. Hukuk fakültelerinde uygulanan eğitimin istenen sonuçları verebilmesi için lise eğitiminden başlayarak çok köklü reformlar yapılmalıdır.

Bu nedenle bu çalışmada öncelikle Türkiye’ de lisans, yüksek lisans ve doktora döneminde verilen hukuk eğitimi hakkında genel bilgiler verilecek, daha sonra hukuk eğitimindeki mevcut sorunlara yönelik çözüm önerileri sunulacaktır.

Çalışmada ayrıca Almanya’daki hukuk eğitimi de incelenecektir. Türkiye’deki hukuk eğitiminin bu ülkenin hukuk eğitimi ile karşılaştırılması, Türkiye’deki hukuk eğitiminin sorunlarını tespit ve çözümünde önemli bir katkı sağlayacaktır. Bu çalışmada ayrıca iki ülke diplomalarının denkliği konusundaki mevzuata değinilerek, özellikle denklik konusunda yakın zamanda yapılan değişikliklerin yeterli olup olmadığı değerlendirilecektir.

I. TÜRKİYE’DE HUKUK EĞİTİMİ

A. Lisans Eğitimi

Türkiye’de hukuk eğitimi, lise sonrası lisans düzeyinde yapılmaktadır. Hukuk fakültesinde okumak isteyen bir öğrenci öncelikle Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından ülke düzeyinde merkezi olarak yapılan Yükseköğretime Geçiş Sınavını (YGS) başarması daha sonra Lisans Yerleştirme Sınavına (LYS) girerek bu sınav sonucunda ilk 150 bin içine girmesi gerekir. Eğitim süresi dört yıldır. Bazı fakültelerde eğitim dönemlik iken bazılarında yıllık sistem uygulanmaktadır. Ancak bütün fakültelerde seçimlik dersler sadece yarım dönem olarak okutulmaktadır. Ne yazık ki, hukuk fakültelerinde okutulan seçimlik derslerin sayısı çok azdır. Öğrencinin uzmanlaşması gereken son sınıfın müfredatı dahi zorunlu derslerle doldurulmuş ve öğrenciye gerekli uzmanlaşmayı sağlayacak seçme imkânı tanınmamıştır.

Türkiye’de hukuk lisans eğitiminde öğrenci teorik bilgi içinde boğulmaktadır. Öğrenciler teorik bilgileri ezberlemekte ve kısa süre içinde unutmaktadır. Özellikle yüksek lisansa giriş sınavlarında adayların büyük bir çoğunluğunun çok temel bilgilere yönelik soruları bile cevaplayamaması bu

durumu doğrulamaktadır.¹ Bu nedenle hukuk öğrencilerine çok fazla ayrıntılı bilgiler verilmesinin hiçbir yararı bulunmamaktadır. Eskiden herhangi bir alandaki, dolayısıyla hukuk alanındaki bilgi kaynaklarına ulaşmak çok zordu. Bu nedenle bilgilere ulaşmak için zaman kaybetmek yerine o alandaki bilgileri not etmek, özellikle önemli bilgileri hafızada tutmak tercih ediliyordu. Ancak günümüzde internetin çok yaygın ve etkin bir şekilde kullanılması nedeniyle ihtiyaç duyulan her türlü kanuna veya mahkeme kararına internet üzerinden çok kısa sürede ulaşmak mümkündür. Ayrıca günümüze birçok hukuk dergisinin içeriği çevrimiçi olarak da yayımlandığından, ihtiyaç duyulan konularda bu dergilerdeki makalelere de internet üzerinden ulaşılabilir. Yine Yüksek Lisans ve Doktora Tezlerinin içeriğine Yükseköğretim Kurulu'nun "Tez Tarama Merkez" inden internet üzerinden ulaşmak mümkündür.² Yabancı dil bilen hukukçular ise yabancı kaynaklara yine yabancı dildeki veri tabanları üzerinde ulaşabilmekteler. Üniversiteler söz konusu bu veri tabanlarına üye olduklarından, öğrenciler de ücretsiz olarak bunlardan yararlanabilmektedirler. Bu nedenle hukukçuların pek çok şeyi bilmesine, özellikle ezbere bilmesine artık ihtiyaç kalmamıştır. Hukuk öğrencilerine belli bir alandaki bütün bilgileri önceden öğretmek yerine, temel bilgileri ve araştırma yöntemlerini öğretip, sorunla karşılaştıkça araştırma yapıp gerekli olan bilgi kaynaklarını bulması sağlanmalıdır.³ Bu kapsamda hukuk fakültelerinin birinci veya ikinci sınıfında "Araştırma Yöntemleri" adında bir dersin okutulması çok yararlı olacaktır.⁴

Almanya ve birçok ülkede hukuk öğrencileri daha fazla felsefe ve sosyoloji dersleri görürken, Türkiye'de hukuk disiplinini doğrudan ilgilendiren, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, hukuk tarihi, kriminoloji gibi dersler ya çok az verilmekte ya da seçmeli olarak sunulup öğrencilerin gözünde değersiz hale getirilmektedir.⁵ Oysa düşünce zenginliği ve hukuk mantığı için özellikle hukuk felsefesi ve sosyolojisi çok önemlidir.⁶

¹ Aynı yönde, UYUMAZ, Alper/ERDOĞAN, Kemal, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği, **AÜHFD**, 64 (2) 2015, s. 498.

² Bkz. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>.

³ Bkz. GÖZLER, Kemal, "Küreselleşme Sürecinde Hukuk Eğitimi", **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl 6, Sayı 69, Eylül 2008, s. 3029.

⁴ Bkz. GÖZLER, 2008, s. 3030.

⁵ ATAY, Cevdet, Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Eğitimine Bakış Sorunları ve Çözüm Önerileri, www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/hukuk%20fakültesi/cevdetatay.doc (erişim tarihi: 01.12.2015); AYDIN, Oğuz Gökhan, "Gelenekten Geleceğe" Türkiye'de Hukuk Eğitimi, **TAAD**, Yıl:6, Sayı:21 (Nisan 2015), s. 639.

⁶ Aynı yönde, AYDIN, Öykü Didem, Hukuk Öğrenimi, Bir Türk Alman Karşılaştırması, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1066.htm (erişim Tarihi: 01.12.2015).

Türkiye'de bir hukuk fakültesi öğrencisi, derslere devam etmeksizin de sınavlarda başarılı olabilmektedir. Zira genellikle sınavlarda öğrencinin pratiği ve muhakeme yeteneğini ölçen sorular yerine kendi kendine öğrenebileceği hatta ezberleyebileceği bilgiler sorulmaktadır.⁷ Sadece mezuniyet sonrası meslek sınavlarındaki başarıyı hedefleyen bir lisans programı yerine, deneyime dayalı eğitim metodu ve özellikle tüm dünyada giderek yaygınlaşmaya başlayan hukuk klinikleri⁸ ve kurgusal duruşma metotları gibi metotlar ülkemizde de uygulanmalıdır.⁹

Almanya'dan farklı olarak Türkiye'deki hukuk eğitiminde devlet sınavı (Staatsexamen) adında merkezi bir bitirme sınavı bulunmamaktadır. Müfredattaki derslerin sınavlarını başarıyla verenler mezun olmaktadır. Türkiye'de hukuk fakültesini bitiren bir kişi hukukçu sıfatını kazandığından, herhangi bir kamu kurumunda uzman veya özel bir şirkette hukuk danışmanı olarak çalışabilir. Ancak hakim ve savcı olmak için hakimlik sınavını kazanmak ve iki yıl staj yamak gerekmektedir.¹⁰ Hakimlik sınavı Adalet Bakanlığı tarafından yazılı ve sözlü olmak üzere iki aşamada gerçekleştirilmektedir. Noter olmak isteyen öğrenciler ise, Noterlik Kanunu hükümlerine göre, bir yıllık staj süresini başarıyla tamamlamak zorundadırlar.

Türkiye'de Avukatlık için henüz bir sınav şartı bulunmamaktadır. Avukat olmak isteyen hukuk mezunları, bir yıllık avukatlık stajından sonra avukatlık hakkını kazanmaktadır. Bir yıllık avukatlık stajının ilk altı ayı Mahkemeler nezdinde, takip eden altı ayı ise bir avukat nezdinde yapılmaktadır.¹¹ Avukatlık

⁷ Aynı yönde bkz. UYUMAZ/ERDOĞAN, 2015, s. 499; PEKCANITEZ, H., Hukukta Aktif Eğitim. Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, **TBB (2003)**, s. 110; GÜRSELER, G./YILDIRIM, S./Besler, B., Avrupa'da Avukatlık Mesleğine Giriş ve Meslek İçi Eğitim. Uluslararası Boyutuyla Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Mesleğine Giriş Sempozyumu, **TBB, (2008)**, s. 166 .

⁸ Bu metot teorik bilginin ve hukuk doktrininin somut olaya nasıl uygulanacağını öğretmek yanında, soyut hukuk normunu somut olaya uygularken nasıl bir plan çerçevesinde hareket edilmesi gerektiğini de öğreten bir metottur. Bkz. ÖZTOPRAK SAĞIR, Meral, Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hukuk Eğitimi, **Türkiye Barolar Birliği Araştırma Raporu**, Ankara 2010, s. 62 .

⁹ Bkz. ÖZTPRAK SAĞIR, 2010, s. 11, 53.

¹⁰ Doktrindeki hakim görüşüne göre, hâkimlik ve savcılık stajında adaylara verilen pratik eğitim, arzu edilen mesleki yeterliliğe erişmek için son derece yetersizdir. Bkz. MISIR, H./KARDALLEN, F./SEĞMEN, A./İŞLEKEL, Z./ÜLER, Y./KILIÇ, H. Avrupa'da Avukatlık Mesleğine Giriş ve Meslek İçi Eğitim, **Uluslararası Boyutuyla Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Mesleğine Giriş Sempozyumu, (2008)**, s. 209 vd..

¹¹ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN, Yasemin Kaya; Dünya'da ve Türkiye'de Avukatlık Stajı ve Stajyer Avukatların Sorunları, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteiler/ankarabarusu/hgdmakale/2009-1/11.pdf>

ruhsatının alınmasından sonra, ayrıca bir meslek eğitimi verilmemektedir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından haklı olarak lisans düzeyinde, çeşitli fakültelerde gerçekleştirilen eğitim kalitesinden kaynaklanan pek çok eksikliğin meslek içi eğitim ile giderilebileceği savunulmuştur.¹² Ayrıca Avrupa ülkelerinde hukuk öğrenimi sonrasında, sınavsız ve uzun bir uygulama pratiği olmadan hukuk mezunları avukat olamazken, Türkiye’de kısa bir staj sonrası avukat olabilmekteler. Bu nedenle Türkiye’de de avukatlık mesleği için bir sınavın getirilmesi uygun olacaktır.

B. Yüksek Lisans ve Doktora Eğitimi

Yüksek lisans eğitimi, dört yıllık lisans programlarından sonra, yüksek lisans derecesini almayı ve belirli bilim dallarında uzmanlaşmayı sağlayan bir eğitimidir.¹³ Yüksek lisans eğitiminin temel amacı; öğrencinin bilimsel araştırma yaparak bilgilere erişme, bilgiyi değerlendirme ve yorumlama yeteneğini kazanmasını sağlamak, öğrencileri doktora eğitimine hazırlamak, ilgili iş alanları için gerekli akademik derinleşmeyi sağlamak, yüksek nitelikli insan gücü ve araştırmacı yetiştirmektir.¹⁴

Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği’nin 2/a maddesine göre, “*Yüksek lisans programına başvurabilmek için adayların bir lisans diplomasına sahip olmaları ve Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından merkezi olarak yapılan Akademik Personel ve Lisansüstü Eğitim Giriş Sınavından (ALES) başvurduğu programın puan türünde 55 standart puandan az olmamak koşuluyla ilgili senatoca belirlenecek ALES standart puanına sahip olmaları gerekir. Yüksek lisans programlarına öğrenci kabulünde, ALES puanı yanı sıra gerekirse, lisans not ortalaması ve mülakat sonucu da değerlendirilebilir. Bu değerlendirmeye ilişkin hususlar ile başvuru için adayların sağlaması gereken diğer belgeler (referans mektubu, neden yüksek lisans yapmak istediğini belirten kompozisyon, uluslararası standart sınavlar vb.) ve hangi düzeyde yabancı dil bilgisi gerektiği, ilgili senato tarafından düzenlenen yönetmelikle belirlenir. ALES puanının %50’den az*

¹² Bkz. ARSLAN, R./TAŞPINAR, S., Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye’de ve Avrupa’da Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Yetiştirilmesi ve Türkiye’nin Bu Gelişmelerden Etkilenmesi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, s. 5; GÜNER, S., Avukatlık Stajı ve Stajyerlerin Eğitimi, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, **TBB**, 2003, s. 194.

¹³ Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 9 (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683); İPEK AKBULUT, Hava/ŞAHİN, Çiğdem/ÇEPNİ, Salih, Doktora Tez Sürecinde Karşılaşılan Problemlerin Belirlenmesi: Eğitim Fakültesi Örneği, **Dicle Üniversitesi Ziya Gökalp Eğitim Fakültesi Dergisi**, 20 (2013), s. 51.

¹⁴ İPEK AKBULUT/ŞAHİN/ÇEPNİ, 2013, s. 51.

olmamak koşuluyla ne kadar ağırlıkla değerlendirmeye alınacağı, ilgili senato tarafından belirlenir. İlgili üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü, yalnız ALES puanı ile de öğrenci kabul edebilir. Ancak Güzel Sanatlar Fakülteleri ile Konservatuvarlara öğrenci kabulünde ALES'e girmiş olma koşulu aranmaz. Tezsiz yüksek lisans programlarına öğrenci kabulünde, ALES notu getirme şartı ve ALES taban puanı üniversite senatolarınca belirlenir.”¹⁵

Yüksek lisans ve doktora programlarına, hangi lisans ve yüksek lisans programlarından mezun olanların başvurabileceği Üniversitelerarası Kurul kararı ile belirlenir; ancak ilgili senato, belirlenen programlar dışından da öğrenci kabulüne karar verebilir.¹⁶ Üniversite Senatoları, hukuk yüksek lisansına hukuk lisans mezunları yanında iktisadi ve idari bilimler fakülteleri mezunlarının da başvurmasına imkân tanyan düzenlemeler yapmıştır.

Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin 2/f maddesi uyarınca, “*yabancı uyruklu adaylarla yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşlarının lisansüstü programlara kabulüne ilişkin usul ve esaslar, üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü senatolarınca belirlenir.*”

Ülkemizde hukuk lisansüstü ve doktora eğitimi, sosyal bilimler enstitülerinde yapılmaktadır. Hukuk lisansüstü ve doktora eğitimi için bütün üniversiteler Akademik Personel ve Lisansüstü Eğitime Giriş Sınavından (ALES) asgari bir puan alma şartını öngörmüştür. Ayrıca Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavı'ndan (YDS) asgari belli bir puan almak ya da üniversitelerin senatolarınca kabul edilen sınavlardan birinden eşdeğeri puan almak gerekmektedir. Örneğin Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde hukuk yüksek lisansı yapmak için, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından yapılan Akademik Personel ve Lisansüstü Eğitime Giriş Sınavı'nın (ALES) sayısal, sözel ya da eşit ağırlık puan türlerinden birinde en az 60 standart puan ya da uluslararası düzeyde kabul gören GRE ve GMAT sınavlarından Hacettepe Üniversitesi Senatosu tarafından belirlenen denklik çerçevesinde 60 puana eşdeğer puan almış olmak ve Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavı'ndan (YDS) en az 60 puan almış olmak ya da Üniversite Senatosunca kabul edilen sınavlardan birinden eşdeğeri puan almak gereklidir. Başvuruların ilan edilen toplam kontenjanın üç katından fazla olması halinde, yapılacak giriş sınavına çağrılacak adayların belirlenmesi için tüm adaylar ön değerlendirmeye tabi tutulur. ALES puanının

¹⁵ Bkz. Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683.

¹⁶ Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 2/e

% 60'i ve mezuniyet not ortalamasının % 40'ı dikkate alınarak elde edilecek puan sırasına göre kontenjanın üç katına kadar aday giriş sınavına çağrılır. Yüksek lisans sınavında başarılı sayılmak için tam notun, yüksek lisans programları için en az %50'sinin, doktora programları için en az %60'inin alınması gerekmektedir. Adayların Genel Başarı Notunun hesaplanmasında ALES'ten alınan puanın %50'si, akademik ortalamasının %20'si, mülakat notunun da %30'u dikkate alınmaktadır.

Lisansüstü eğitimi, kural olarak ders ve tezden oluşan bir süreci kapsamaktadır. Ancak Üniversiteler yüksek lisans programlarını tezli ve tezsiz olmak üzere iki şekilde yürütülebilirler. Tezli ve tezsiz yüksek lisans programları arasında geçişe izin vermek yükseköğretim kurumlarının yetkisindedir ve ilgili yönetmeliklerinde belirtilen esaslara göre düzenlenir.¹⁷ Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin 8. maddesine 06.02.2013 tarihinde eklenen c) bendi uyarınca, *“Yükseköğretim Kurulu kararı üzerine yükseköğretim kurumlarında; öğretim elemanı ve öğrencilerin aynı mekânda bulunma zorunluluğu olmaksızın, bilgi ve iletişim teknolojilerine dayalı olarak öğretim faaliyetlerinin planlandığı ve yürütüldüğü lisansüstü uzaktan öğretim programları açılabilir. Uzaktan öğretim programlarının açılabileceği alanlar, uzaktan öğretim yoluyla verilecek dersler ve kredi miktarları, ders materyallerinin hazırlanması, sınavlarının yapılma şekli, yükseköğretim kurumları arasında bu amaçla yapılacak protokoller ile uzaktan öğretime ilişkin diğer hususlar, Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenir.”*¹⁸

Tezli yüksek lisans programı, toplam yirmi bir krediden az olmamak şartıyla en az yedi adet ders, bir seminer dersi ve tez çalışmasından oluşmaktadır. Seminer dersi ile tez çalışması kredisiz olup başarılı veya başarısız olarak değerlendirilir. Öğrenci, en geç üçüncü yarıyılın başından itibaren her yarıyılta tez çalışmasına kayıt yaptırmak zorundadır.¹⁹ Öğrencinin alacağı derslerden iki tanesi, lisans derslerinden seçilebilir. Ancak alınacak bu derslerin lisans öğrenimi sırasında alınmamış olması gerekir.²⁰ Bir öğrencinin diğer yükseköğretim kurumlarında verilmekte olan dersleri alabilmesi, ilgili enstitü anabilim dalı başkanlığının önerisi ve Enstitü Yönetim Kurulu onayına

¹⁷ Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 8/b.

¹⁸ Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 8/c (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

¹⁹ Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 9/a (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

²⁰ Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 8/b (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

bağlıdır.²¹ Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin 10/a maddesi uyarınca, “*tezli yüksek lisans programını tamamlama süresi azami üç yıldır. Daha kısa sürede mezun olabilecek bir öğrenciyle ilgili düzenlemeler, ilgili senato tarafından kabul edilen yönetmelikle belirlenir.*”

Tezli yüksek lisans programında, enstitü anabilim dalı başkanlığı tarafından her öğrenci için bir tez konusu ve tez danışmanı en geç ikinci yarıyılın sonuna kadar ilgili enstitüye önerilir. Tez danışmanı önerisi ilgili Enstitü Yönetim Kurulu onayı ile kesinleşir. Tez çalışmasının niteliği birden fazla tez danışmanı atanmasını gerektiriyorsa, ikinci tez danışmanı da atanır.²² Tez danışmanının, öğretim üyeleri veya ilgili senatonun belirleyeceği niteliklere sahip öğretim görevlileri arasından seçilmesi gerekmektedir.²³ Tezli yüksek lisans yapan öğrenciler, senato tarafından belirlenen yazım kurallarına uygun biçimde tezlerini jüri önünde sözlü olarak da savunmak zorundadırlar. Yüksek lisans tez jürisi, ilgili enstitü anabilim dalı başkanlığının önerisi ve Enstitü Yönetim Kurulu onayı ile atanır. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin 12/b maddesi uyarınca yüksek lisans tez jürisinde, öğrencinin tez danışmanının bulunması zorunludur. Ayrıca jüri üyelerinden en az birinin yükseköğretim kurumu içindeki başka bir anabilim dalından veya başka bir yükseköğretim kurumundan olması gerekir.²⁴ Söz konusu bu hükümden anlaşıldığı üzere, bütün jüri üyeleri tez çalışmasının yapıldığı üniversiteden atanacaksa, bu üyelerden en az birinin başka bir ana bilim dalından olması gerekirken, üyelerden birinin başka bir üniversiteden atanması halinde, bütün üyelerin aynı ana bilim dalından olması mümkündür. Jürinin üç kişiden oluşması durumunda ikinci tez danışmanı jüri üyesi olamazken, daha fazla üyeden oluşan jürilerde ikinci tez danışmanı atanabilir. Tez sınavının tamamlanmasından sonra jüri tez hakkında salt çoğunlukla kabul, ret veya düzeltme kararı verir. Tez hakkında düzeltme kararı verilmesi halinde, öğrenci en geç üç ay içinde gerekli düzeltmeleri yaparak tezini aynı jüri önünde yeniden savunmak zorundadır.²⁵

²¹ Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 9/b (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

²² Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 11/a (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

²³ Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 11 (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

²⁴ Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 12/b (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

²⁵ Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 12/d (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

Türkiye’de 2013 yılına kadar tezsiz yüksek lisansa dayalı doktora yapma hakkı bulunmaktaydı. Ancak bu hak 2013 yılında kaldırılmıştır.²⁶

Doktora eğitimi akademik uygulamaların merkezidir. Doktora programının amacı, öğrenciye bağımsız bir şekilde araştırma yapabilme, bilimsel konuları derin bir bakış açısı ile inceleyip yorum yapabilme yeteneği kazandırmaktır.²⁷ Doktora çalışması sonunda hazırlanacak tezin özgün bir çalışma olması gerekir. Söz konusu çalışmanın bilime yenilik getirme, yeni bir bilimsel yöntem geliştirme, bilinen bir yöntemi yeni bir alana uygulama niteliklerinden birini yerine getirmesi gerekir.²⁸ Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği’nin 18/d maddesi uyarınca, “*doktora programı, tezli yüksek lisans derecesi olan öğrenciler için toplam yirmibir krediden az olmamak koşuluyla en az yedi adet ders, yeterlik sınavı, tez önerisi ve tez çalışmasından oluşur. Lisans derecesi ile kabul edilmiş öğrenciler için ise doktora programı, en az kırkiki kredilik ondört adet ders, yeterlik sınavı, tez önerisi ve tez çalışmasından oluşur.*”²⁹ Doktora programını tamamlama süresi, lisans derecesi ile kabul edilenler ile yüksek lisans derecesi ile kabul edilenler için ayrı ayrı belirlenmiştir. Bu süre yüksek lisans derecesi ile kabul edilenler için azami altı yıl, lisans derecesi ile kabul edilenler için azami dokuz yıl olup, uygulamaya ilişkin düzenlemeler konusunda ilgili üniversite senatoları yetkilidir.³⁰

Doktora öğrencileri yeterlik sınavını da başarıyla vermek zorundadırlar. Bu sınavla öğrencinin temel konular ve doktora çalışmasıyla ilgili konularda ayrıntılı bilgi sahibi olup olmadığı ölçülür. Yeterlik sınavları yılda iki kez yapılır. Öğrencinin yeterlik sınavına ne zaman gireceği senato tarafından kabul edilen yönetmelikte belirtilir. Ancak yüksek lisans derecesi ile kabul edilen bir öğrenci en geç beşinci yarıyılın sonuna kadar, lisans derecesi ile kabul edilmiş olan öğrenci ise en geç yedinci yarıyılın sonuna kadar yeterlik

²⁶ Bkz. Lisansüstü Eğitim Ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 1/b, 6 Şubat 2013 , RG Sayı: 28551.

²⁷ Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 18 (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683); İPEK AKBULUT/ŞAHİN/ÇEPNİ, 2013, s. 51.

²⁸ Bkz. Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 18/a (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

²⁹ Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 18/b (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

³⁰ Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 19/a (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

sınavına girmek zorundadır.³¹ Yeterlik sınavları, beş kişilik Doktora Yeterlik Komitesi tarafından düzenlenir ve yürütülür. Komite üyeleri enstitü anabilim dalı başkanlığının önerisi ve Enstitü Yönetim Kurulu'nun onayı ile atanır.³²

Doktora yeterlik sınavı, yazılı ve sözlü olarak iki bölüm halinde yapılır. Yeterlik sınavında başarılı bulunan öğrenci için ilgili enstitü anabilim dalı başkanlığının önerisi ve Enstitü Yönetim Kurulu onayı ile bir ay içinde bir Tez İzleme Komitesi oluşturulur. Tez İzleme Komitesi üç öğretim üyesinden oluşur. Bu üyelerden biri tez danışmanı olmak zorundadır. Diğer üyeler ise, ilgili enstitü anabilim dalı içinden ve dışından olabilir.³³

Enstitü anabilim dalı başkanlığı her öğrenci için tez danışmanını ve danışmanının belirleyeceği tez konusunu ilgili enstitüye önerir. Bu öneri Enstitü Yönetim Kurulu Kararıyla kesinleşir. Ancak tez danışmanının, en geç üçüncü yarıyılın başına kadar atanması zorunludur. Ayrıca tez çalışmasının niteliği birden fazla tez danışmanı atanmasını gerektiriyorsa, ikinci tez danışmanı da atanabilir. Tez danışmanının öğretim üyeleri arasından seçilmesi gerekir. Ancak seçilecek ikinci tez danışmanının öğretim üyesi olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu kişinin doktora derecesine sahip olması yeterlidir.³⁴

Doktora programındaki bir öğrenci, tezini jüri önünde sözlü olarak savunmak zorundadır. Doktora tez jürisi, ilgili enstitü anabilim dalı başkanlığının önerisi ve Enstitü Yönetim Kurulu onayı ile atanır. Jüri, beş üyeden oluşur. Bu üyelerden üçünün öğrencinin Tez İzleme Komitesi'nde yer alan öğretim üyeleri arasından seçilmesi gerekir. En az bir üyenin ise başka bir yükseköğretim kurumundan seçilmesi zorunludur. Tez sınavı, tez çalışmasının sunulması ve bunu izleyen soru-cevap bölümünden oluşur. Tez sınavının tamamlanmasından sonra jüri, tez hakkında salt çoğunlukla kabul, ret veya düzeltme kararı verir. Tezi hakkında düzeltme kararı verilen öğrenci en geç altı ay içinde gerekli düzeltmeleri yaparak tezini aynı jüri önünde yeniden savunur. Tezi reddedilen öğrenciye, yeni bir tez konusu verilir.³⁵

³¹ Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 21/b (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

³² Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 21/c (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

³³ Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 22/a (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

³⁴ Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 20/a-b (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

³⁵ Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği, m. 24/d (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

Son olarak Yükseköğretim Kurulu'nun yüksek lisans ve doktora eğitiminin niteliğini artırmak amacıyla 21.01.2015 tarihinde “*Lisansüstü Eğitim-Öğretim Programı Açılması ve Yürütülmesine Dair İlkeler*” adı altında aldığı kararlara da değinmek gerekir.³⁶ Söz konusu kararlara göre, bir anabilim dalında doktora programı açılabilmesi için üniversite kadrosunda asgari toplam altı öğretim üyesinin bulunması gerekir. Daha önce beş öğretim üyesi yeterli kabul ediliyordu. Nitelikli bir hukuk öğretiminin gerçekleştirilebilmesi için doktorasını tamamlamış öğretim elemanı sayısının artırılması gerekir. Ancak bu ihtiyaç olgusunun “nitelik sınırlarını zorlamamasına” da dikkat edilmelidir. Bu nedenle doktora programlarının açılabilmesi için belirli sayıda ve unvanında öğretim üyesi koşulu, öğretimin kalitesini güvence altına almak açısından büyük bir önem arz etmektedir.³⁷ Yine daha önceden yabancı uyruklu öğretim üyeleri asgari öğretim üyesi arasında sayılmaz iken, Yükseköğretim Kurulu'nun 21.01.2015 tarihli kararı ile bir yabancı uyruklu öğretim üyesi de artık asgari öğretim üyesi kadrosu arasında sayılacaktır. Bu yenilik üniversitelerin uluslararasılaşmasına katkı sağlayacaktır. Söz konusu kararda lisansüstü eğitim-öğretim programı açılacak üniversitenin, asgari öğretim üyesi sayısının yanında, kütüphane ve laboratuvar gibi yönlerden gerekli yeterliliklere sahip olması da vurgulanmıştır.

Alınan kararlardan biri de, yüksek lisans ve doktora programlarında yer alacak öğretim üyelerinin tecrübesi ile ilgilidir. Buna göre yüksek lisans programında yer alacak öğretim üyelerinin en az iki yarıyıl bir lisans programında ders vermiş olması gerekir. Doktora programında yer alacak öğretim üyelerinin ise en az dört yarıyıl bir lisans ya da iki yarıyıl tezli yüksek lisans programında ders vermiş olması zorunludur. Bir öğretim üyesinin doktora programında tez yönetebilmesi için en az bir yüksek lisans tezi yönetmiş olması gerekir. Getirilen bu yenilikler ile doktora bitirdikten hemen sonra doktora dersi verme ve doktora tezi danışmanlığı yapma uygulamasına son verilmiştir.³⁸

Bir diğer yenilik de, yüksek lisans ve doktora tez danışmanlığı için üst sınır getirmesidir. Buna göre, öğretim üyeleri yüksek lisans ve doktora en fazla oniki öğrencinin tez danışmanlığını yapabilecektir. Ancak, bu sınırın

³⁶ Bkz. http://www.yok.gov.tr/web/guest/icerik/-/journal_content/56.

³⁷ Bkz. SARAÇ, M. A. Yekta, 29.12.2015 Tarihli Hukuk Fakülteleri Dekanları İle Yapılan Toplantının Konuşma Metni, s. 3. Bkz. http://www.yok.tr/documents/10279/21525786/YOK_Baskani_Prof_Dr_M_A_Sarac_Konusma_Metni.pdf

³⁸ Bkz. http://www.yok.gov.tr/web/guest/icerik/-/journal_content/56.

düşürülmesine veya sadece ÖYP ve 35. madde kapsamında görevlendirilenler, yabancı uyruklu öğrenciler, lisansüstü programdan ilişigini kestirmedigi için programa kayıtlı gözükken ancak ilgili dönemde kayıt yenilemeyen öğrenciler ile aftan yararlanarak geri dönenleri gerekçe göstererek %50 artırılmasına üniversite yetkili kurulları karar verir. Bir öğrenci veya tez için birden fazla danışman atanması durumunda, iki adet ortak danışmalığı olan öğretim üyesi, bir adet danışmanlığa sahip sayılır.³⁹

Yükseköğretim Kurulu’nun aldığı kararlardan biri de, bazı üniversiteler tarafından uygulanan tez savunmasından önce öğrenci tarafından intihal programı raporu alma uygulamasının, tüm üniversiteler için zorunlu hale getirilmesidir. Buna göre yüksek lisans ve doktora öğrencileri, intihal programı raporunu okullarına teslim etmeden savunmaya giremeyecektir.

YÖK tarafından belirlenen yukarıdaki ilkelerden önce gerekli yeterlilikleri sağlayan ancak yukarıda yer alan asgari yeterlilikleri sağlayamayan lisansüstü programların, bu ilkelerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde (2016-2017 Bahar Dönemine kadar) aranan yeni yeterlilikleri sağlaması gerekir. Aksi halde söz konusu lisansüstü programlara öğrenci alımı durdurulur. Ancak bu ilkeler, açılacak tezsiz yüksek lisans programlarını kapsamamaktadır. Söz konusu programlar, ilgili mevzuat çerçevesinde ayrıca yürütülür.⁴⁰

II. ALMANYA’DA HUKUK EĞİTİMİ

Öncelikle vurgulamak gerekir ki; Almanya, hukuk eğitiminde dünyanın önemli ülkelerinden biridir. Bu nedenle Türkiye’de, özellikle medeni hukuk, ticaret hukuku ve ceza hukuku alanlarında Alman Hukukunun etkileri hissedilmektedir.

A. Lisans Eğitimi

Almanya federal bir devlet olduğundan hukuk eğitimi, eyaletlerin kendi kanunlarına göre şekillenmiştir. Bu nedenle eyaletler arasında küçük de olsa bazı farklılıklar bulunmaktadır. Eyaletler, Yüksek Öğretim Kanunları ile hukuk eğitimi için geçerli olan temel ilkeleri belirlemekte, üniversiteler ise çıkardıkları yönetmeliklerle bu konuda somut düzenlemeler getirmektedirler. Dolayısıyla her üniversitenin kendine özgü bir eğitim sistemine sahip olduğunu söylemek mümkündür. Ancak Almanya’da hukuk eğitiminin

³⁹ Bkz. http://www.yok.gov.tr/web/guest/icerik/-/journal_content/56.

⁴⁰ Bkz. http://www.yok.gov.tr/web/guest/icerik/-/journal_content/56.

sonunda yapılan devlet sınavları (Staatsexamen) bu eğitimin en karakteristik özelliğini oluşturmaktadır.⁴¹

Almanya’da orta öğretimden sonra “Abitur” derecesiyle mezun olan öğrenciler üniversitede okuma hakkına sahip olmaktadır. Almanya’da Üniversiteye giriş sınav sistemi olmadığı için üniversiteler öğrencilerini lise diplomalarına göre kendileri seçmektedir. Lise bitirme sınavlarında (Abitur) alınan notlar öğrencilerin üniversiteye kabulü açısından önemlidir. Ancak Almanya’da hukuk fakültelerine kabul almak çok zor olup, sınavlarda en başarılı olan öğrenciler hukuk fakültelerinde okuma hakkı kazanmaktadır. Hukuk fakültelerinde yaz ve kış dönemlerinden birinde eğitime başlamak mümkündür. Eğitim süresi ortalama 8 dönemden oluşmaktadır. Hukuk eğitimi, Temel Eğitim (Grundstudium) ve Ana Eğitim (Hauptstudium) şeklinde ikiye ayrılır. Temel bilgilerin verildiği Temel Eğitim, dört dönem sürmekte ve genellikle bir ara sınav (Zwischenprüfung) ile sona ermektedir. Bu ilk dört dönem süresince hem sınavlardan geçip belli kredileri toplamak, hem de tatillerde ödevler (Hausarbeit) yapmak gerekmektedir. Bu ödevler daha çok öğrencilere verilen bir olayın çözülmesini, ulaşılan bu çözüm ve hukuki yolları hakkında yazılan bir rapordan oluşmaktadır. Ayrıca tatillerde dört hafta sürecek olan üç çeşit mesleki staj yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu stajlardan biri, bir avukatın yanında, diğeri alanına göre bir mahkemede ve bir diğeri ise herhangi bir kamu idaresinde yapılabilir.

Eğitimin ikinci döneminde (Ana Eğitimde) ise, uzmanlaşma ve derinleşmeye yönelik bilgiler öğrenilir. Eğitim süresince alınması gereken dersler yanında, öğrencilere ceza hukuku, kamu hukuku (Türkiye sisteminde genel kamu hukuku ve anayasa alanlarını kapsar) ve özel hukuk dallarında 20-25 sayfalık ödevler de verilir. Ara sınavlar (Zwischenprüfung) döneminde küçük krediler (Kleine Scheine) toplanırken, bu dönemde büyük krediler (Große Scheine) toplanmaktadır. Bu dönemde de sınavlara girilir ve tatillerde ödevler yapılır. Ancak bu aşamada yapılan ödevlerin içeriği daha kapsamlıdır. Bu ödevler sayesinde hukuk fakültesi öğrencileri mahkeme kararlarını araştırıp, konularıyla bağlantılı olanları bulmayı, şerhlerden (Kommentar) yararlanarak çalışmayı öğrenirler. Bu nedenle Almanya’nın hukuk fakültesi kütüphanelerinde öğrenciler, ellerinde dergi ve kitaplarla birlikte fotokopi makineleri önünde kuyruklar oluşturmakta ve kütüphaneler gece saat 12:00 ye kadar açık olmaktadır.

⁴¹ Aynı yönde OĞUZ, 2003, s. 20.

Öğrencilere dönem başına bir ders için üç sınava girme imkânı sunulmaktadır. Örneğin bir öğrenci Ticaret hukuku dersinin kredisini (großSchein) almak istiyorsa, bu üç sınavdan en az ikisine girmeli ve en az bir tanesinden başarıyla geçmelidir. Ayrıca tatilde aynı dersin kapsamında verilen ev ödevini (Hausarbeit) yapmak zorundadır. Öğrencilere Temel Eğitim (Hauptstudium) dönemi için süresiz zaman sunulmaktadır. Ancak bu dönem, vasat bir hukuk öğrencisi için ortalama iki veya üç dönem sürmektedir. Öğrenci bu dönemde başarısız olursa Almanya'da hukuk okuma şansını yitirmektedir.

Temel Eğitimden (Hauptstudium) sonra, birinci devlet sınavına (Erstes Juristisches Staatsexamen) girilir. Birinci devlet sınavı da eyalete göre farklılık arz edebilmektedir. Ancak kural olarak üç özel hukuk, iki kamu hukuku ve bir ceza hukuku alanında olmak üzere toplam altı tane beş saatlik yazılı sınavın başarıyla verilmesi gerekmektedir. Bu sınavlardan 18 üzerinden en az 3,75 ortalama puan elde eden öğrenciler sözlü sınava katılmaya hak kazanırlar. Daha sonra bütün hukuk eğitimini kapsayan asgari süresi 45 dakika olan sözlü sınavından en az 4 puan alan öğrenciler üniversite hukuk eğitimini başarıyla tamamlamış ve devlet sınavını geçmiş sayılırlar. Hukuk öğrencilerinin devlet sınavına iki kez girme hakkı bulunmaktadır. Adayların yaklaşık % 40'ı birinci hakkında başarısız olurken, başarısız olan bu adayların yarısı ise ikinci hakkında da sınavı kazanamamaktadır.⁴²

Almanya'da hukuk eğitiminde son yıllarda yapılan reformla devlet sınavı (Staatsexamen) modeli çerçevesinde ağırlıklı alan (Schwerpunktbereich) getirilmiştir. Ağırlıklı alan uygulaması, seçmeli derslerin yerini almıştır. Kanun koyucu bu terimi bilinçli olarak seçerek seçmeli ders terimi yerine geçirmiştir. Ancak seçmeli dersler, zorunlu derslerden oluşan eğitim programında tamamlayıcı rol oynarken, ağırlıklı alan kavramı, zorunlu derslerle bağlantılı olarak derinlemesine bilgi edinme ve disiplinlerarası ve uluslararası ilişkilerin daha iyi kavranması amaçlarına hizmet etme düşüncesini daha iyi ifade etmektedir.⁴³ Toplam bitirme notunun % 30'unu ağırlıklı alan derslerinden alınan notlar, klasik devlet sınavı da diğer % 70'ini oluşturmaktadır.

Birinci devlet sınavına hazırlananlar Türkiye'de olduğu gibi repetitorium denen dersanelere devam etmektedir. Bu dersanelerde derslerin uygulamalı tekrarı yapılmaktadır. Dersler genellikle avukatlar tarafından verilmektedir. Birinci devlet sınavına iki defa girme hakkı bulunmaktadır. Ancak derslerini 8 dönemden önce bitirip sınava giren bir öğrenciye teşvik amacıyla üç sınav

⁴² Bkz. <http://www.zeit.de/studium/hochschule/2013-04/staatsexamen-jura-beratung>. Erişim tarihi, 05.02.2016.

⁴³ OĞUZ, 2003, s. 22.

hakkı verilmiştir. Birinci devlet sınavını geçemeyen bir öğrenci hukuk fakültesinden mezun olamamış sayılır. Başka bir hukuk fakültesine geçiş yapması mümkün olmadığı gibi, hukukçu olarak hâkim, savcı, avukat, noter, devlet memuru olması da mümkün değildir. Bu kişiler sadece bazı şirketlerin iç bölümlerinde hukuki bilgi gerektiren alanlarda çalışabilirler. Ancak son yıllarda yapılan yasal değişikliklerden sonra sulh hukuk mahkemeleri, iş mahkemeleri ve vergi mahkemeleri nezdinde hukuki danışmanlık yapabilmek için avukat olma zorunluluğu kaldırılmıştır. Dolayısıyla hukuk bakalorya (Bachelor of Laws) diplomasına sahip kişiler çalıştıkları şirketlerin yasal vekili olarak zikredilen mahkemeler nezdinde hukuki danışmanlık yapabilir ve onları temsil edebilirler.

Birinci devlet sınavını (Erstes Juristisches Staatsexamen) kazanan kişiler iki yıl süren bir staj yapar. Staj özel hukuk mahkemeleri, savcılık, idari birimler ve avukat bürolarında altışar ay süreyle yapılır. Almanya’da hâkimlik, savcılık, avukatlık gibi tüm hukuk meslekleri için aynı ve tek bir staj şekli vardır. Yani stajyer avukat veya stajyer hâkim yoktur. Sadece stajyer hukukçu vardır. Stajyerlere staj yaptıkları eyalet bütçesinden aylık 800 – 900 Euro maaş ödenir. “Rechtsreferendariat” adı verilen 2 yıllık staj döneminde kişi “Diplom Jurist” (diplomalı hukukçu) unvanını taşır. Staj yapan adaylara Rechtsreferendar/in denir. Ancak ikinci devlet sınavına girip sınavı kazanamayan bir kişi avukatlık, hakimlik ve savcılık yapamaz. İsterse danışmanlık gibi hukuk mesleğiyle bağlantılı herhangi bir işte çalışabilir.

İkinci Devlet Sınavı dört özel hukuk, iki kamu hukuku ve iki ceza hukuku alanından olmak üzere toplam sekiz adet beşer saatlik yazılı sınavından oluşur. Bu sınavı en az 3,75 puanla başaran stajyerler sözlü sınava katılmaya hak kazanır. Sözlü sınavdan da en az dört puan alan artık tam hukukçu (Volljurist) sayılır. İkinci devlet sınavını geçenler Eyalet Adalet Bakanlıklarına hakim ve savcılık için başvurur. Adalet bakanlıkları kendi kriterlerine göre, özellikle birinci ve ikinci devlet sınavlarında alınan puanlara göre hâkimliğe/savcılığa kabul eder. İkinci devlet sınavından daha düşük puan alanların serbest avukatlık yapma hakları bulunmaktadır.

Yabancı öğrencilerin Almanya hukuk eğitimine başlamaları için dil yeterlilik sınavını (Deutsche Sprachprüfung für den Hochschulzugang/DSH) kazanması gerekir.

B. Yüksek Lisans ve Doktora Eğitimi

Almanya’da Yüksek lisans eğitimi alan ve bu bağlamda devlet sınavını başaran bir kişi yüksek lisans yapmaksızın doğrudan doktora

başlayabilmektedir. Ancak öğrenci, isterse hukuk yüksek lisansı (LLM) da yapabilir. Hukuk yüksek lisansındaki sistem Türkiye’deki sisteme benzerdir.

Ancak Almanya’da 1999 yılında başlayan Bolonya (Bologna) süreci⁴⁴ nedeniyle 2002 yılından itibaren bazı üniversitelerde yeni Bakalorya (Bachelor) ve Master sistemi bulunmaktadır. Buna göre Lisans (Üniversite Öğrenimi/Bachelor) altı dönem ve Yüksek Lisans (Master) da dört dönem sürmektedir. Ancak Almanya’da Bolonya sürecine ve bu çerçevede bakalorya modeline en fazla direnci hukuk fakülteleri göstermiştir. Bununla birlikte, bazı hukuk fakülteleri klasik modellerinin içine bakalorya eğitimini ilave etmektedir. Dolayısıyla öğrenci bazı şartları yerine getirdiğinde (sınav, dönem ödevi vb.) bakalorya diplomasını elde etmekte, ancak üniversite eğitimine devam ederek devlet sınavına katılmaktadır. Örneğin Potsdam Hukuk Fakültesinde 2013/2014 eğitim öğretiminden itibaren öğrenciler isterse üç yıllık eğitimden sonra Bachelor diplomasını alıp aynı fakültede veya başka bir fakültede master yapabilir. Ya da üç yıllık eğitimden sonra eğitime devam edip devlet sınavlarına girebilir.

Genel itibariyle yüksekokullarda sunulan bakalorya programlarında hukuk fakültelerinden farklı olarak hukuk ile başka bir disiplin kombine edilmektedir. Bunun en yaygın örneği, ekonomi hukuku lisans programlarıdır. Bu bağlamda hukuk ve işletme alanlarına dair temel bilgiler verilmektedir. Örneğin Mannheim Üniversitesi’nde 2009 yılından bu yana sunulan hukuk bakalorya programında öğrenciler özel hukuk “Schein”larını, bütün kredilerin 1/3’üne tekabül eden işletme sınavlarını ve özel hukuk alanındaki sınavlarını başarıyla tamamlayıp bakalorya diplomasını almaya hak kazanmaktadırlar. Bu programın ardından doktora eğitimine devam etmek isteyen öğrencilerin en iyi %5 arasında olmaları şartı aranmaktadır. Ancak bakalorya başlı başına ‘Volljurist’ derecesini elde etme ve avukatlık, hâkimlik ve savcılık mesleklerini icra etme hakkı vermemektedir. Dolayısıyla söz konusu meslekleri icra etmek isteyen herkes, öncelikle birinci devlet sınavından en az dört puan almak, iki yıllık staj yapmak ve ikinci devlet sınavını başarmak zorundadır.

Almanya’da birinci devlet sınavını kazanan kişiler yüksek lisans yapmadan doğrudan doktora öğretimine başlayabilir. Doktora öğretimine başlamadan önce doktora yapacağınız konuda uzman olan ve doktora çalışmalarınızda size danışmanlık yapan bir profesör seçmelisiniz. Almanya’da

⁴⁴ 1998 yılında Sorbonne’da toplanan İngiltere, Fransa, Almanya ve İtalya milli eğitim bakanlarının yayınladığı Sorbonne Bildirgesi’yle tohumu atılan oluşum, bir sene sonra 29 Avrupa ülkesinin katılımıyla Bologna süreci adını almıştır. Türkiye ise bu sürece 2001 yılında katılmıştır. Hâlihazırda toplam 47 ülke bu oluşumda yer almaktadır.

bu danışman profesör için “Doktorvater” veya “Doktormutter” adı veriliyor. Danışmandan kabul aldıktan sonra Üniversite bünyesindeki Akademisches Auslandsamt (yabancı öğrenciler için Akademik İşlemler Bürosu) ile resmi işlemlere başlamanız gerekmektedir.

Doktoraya başlamak için yeteri derecede Almanca dil bilgisine sahip olmak gerekir. Bunun için dil yeterlilik sınavını (DSH (Deutsche Sprachprüfung für den Hochschulzugang) kazanmak gerekir.

Almanya’da doktora öğretimi genel olarak sadece tez aşamasından oluşmaktadır. Bu nedenle Doktora danışmanı tez aşamasında çok önemli bir yere sahiptir. Doktora çalışması için kesin olarak belirlenmiş bir zaman dilimi bulunmamaktadır. Yaklaşık iki yıl sürmektedir.

III. DİPLOMALARIN DENKLİĞİ

Yurtdışında eğitim almaya karar veren öğrenciler ve velilerin ilk aklına gelen soru “Üniversitesin YÖK denkliği var mı üniversite YÖK tarafından tanınıyor mu” sorusudur. Ancak bir üniversitenin YÖK tarafından tanınması ile o üniversiteden alınan diplomanın denkliği çok farklı anlamlara gelmesine rağmen öğrenciler tarafından bu ayırım genellikle bilinmemektedir. Yurt dışında okunan üniversitenin fiziki yapısı, kadro yapısı, eğitim uygulamaları vb. kriterler incelenerek bu üniversitenin üniversite vasfı taşıyıp taşımadığına karar verilir. Devlet üniversiteleri ile belli bir süre eğitim vermiş olan özel üniversiteler kural olarak YÖK tarafından tanınır.

Denklik tanımadan çok farklıdır. Yurt dışındaki üniversitede eğitiminiz süresince almış olduğunuz zorunlu derslerin ve içeriklerinin, Türkiye’de aynı bölümün zorunlu dersleri, içerik ve yoğunluklarıyla uyumlu olması halinde YÖK tarafından denklik belgesi verilir. Bu uyumun olmaması halinde ise, eksik görülen dersleri Türkiye’de bir üniversitede almanız ya da denklik sınavına girmeniz istenebilir. Hukuk mezunları için denklik sınavı yapılmamakta, fark dersleri alma uygulaması geçerlidir. Örneğin bir devlet üniversitesi ve çok iyi bir üniversite olan Köln Üniversitesi’nin YÖK tarafından tanındığı kuşkusuzdur. Ancak Köln Hukuk Fakültesi’nin diplomaları Türkiye’deki hukuk diplomalarına doğrudan denk kabul edilmemektedir. Bu Fakülteyi bitiren kişi YÖK tarafından belirlenen fark dersleri Türkiye’deki bir fakülte almadağı sürece diploması denk kabul edilmemektedir.

Halen geçerli olan mevcut mevzuata göre Almanya’da hukuk fakültesini bitiren kişiler denklik için YÖK’ün Denklik Birimine başvurumaktadırlar. Denklik Birimi, sunulan belgeleri inceledikten sonra bütün belgelerin mevcut

olduğu sonucuna varırsa, kişinin dosyasını hukukçu beş öğretim üyesinden oluşan Denklik Hukuk Komisyonuna sunmaktadır. Yaklaşık ayda bir toplanan komisyon adayın hukuk eğitimi süresince aldığı derslerin kredisi ve içeriğini inceler. Denklik başvurusunda bulunan bir kişi Almanya'da devlet sınavını kazansa bile diplomasının denk sayılması için Denklik Hukuk Komisyonu tarafından belirlenen fark derslerini Türkiye'deki herhangi bir hukuk fakültesinde alması gerekir. Ancak bu derslerin sınavlarını başardıktan sonra diploması Türkiye'deki hukuk diplomasına denk sayılır.

Yurt dışında hukuk okumak isteyen kişilerin mutlaka bilmesi gereken diğer bir husus da, YÖK Genel Kurulu tarafından denklikle ilgili alınan 12.02.2015 tarihli karardır. Söz konusu karar göre, ortaöğrenimini Türkiye'de tamamlayan ancak hukuk alanında yurtdışında eğitim almak isteyen öğrencilerin 2015-2016 eğitim öğretim yılı itibarıyla eğitime başlayacakları yıl ÖSYM tarafından yapılan LYS'ye girerek ilk 150 bin içinde yer almaları gerekmektedir. Ancak yurt dışında eğitime başladığı yıl CWTS Leiden Ranking Academic Ranking, Academic Ranking of World Universities (Shanghai) ve University Ranking by Academic Performance (URAP) tarafından yapılan dünya üniversite sıralamalarında ilk beşyüz içerisine giren üniversitelerde okuyanlar için ilk yüzellibin arasına girme şartı bulunmamaktadır.

ÖSYS Kılavuzunda yer alan diğer alanlarda en az Türkiye'deki programlara yerleşen en son öğrencinin almış olduğu puanı almaları; ÖSYS Kılavuzunda yer almayan alanlarda eğitim alacakların ön lisans programları için herhangi bir puan türünde en az 140, lisans programları için herhangi bir puan türünde en az 180 puan almaları gerekmektedir.

Adalet Meslek Yüksekokulu mezunu olup da yurtdışındaki hukuk fakültelerine LYS'de ilk 150 bin içindeki puanı almadan kayıt yaptıran öğrencilerin mezuniyetleri sonrasında denklik işlemleri yapılmayacaktır.

Söz konusu YÖK kararında Halen hazırlık sınıfında eğitim alanlar dâhil olmak üzere yurtdışındaki yükseköğretim kurumlarına 2015-2016 eğitim öğretim yılından önce kayıt yaptırmış olan öğrencilerin Yükseköğretim Genel Kurulunun 12/02/2015 tarih ve 2015.2.48 sayılı kararından etkilenmeyecekleri belirtilmiştir.

IV. HUKUK EĞİTİMİ VE DİPLOMALARIN DENKLİĞİ KONUSUNDAKİ SORUNLARA YÖNELİK ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Bugün, küreselleşme nedeniyle tüm dünya insanları birbirlerine çok daha fazla yaklaşmıştır. İnsanlar arasında sosyal, ticarî, ekonomik ve daha pek

çok farklı nitelikte hukukî uyuşmazlıklar görülmektedir. Dili ve hukuk sistemi yerel olmaktan çıkan bu yeni uyuşmazlıkların çözümü kavuşturulması için hukukçuların donanımlı ve yetkin olmaları, bunun için de çok iyi bir hukuk eğitiminden geçmiş olması gerekir.⁴⁵

Türkiye’de son yıllarda açılan hukuk fakültelerinin akademik kadroları ve fiziki imkânları ne yazık ki yetersizdir. Öncelikle hukuk fakültesi açılması zorlaştırılmalıdır. Hukuk fakültesinin açılması ciddi fiziki koşullara bağlanmalı, ciddi bir kütüphane ve kampüsü olmayan, özellikle yeterli akademik kadroya sahip olmayan üniversiteler hukuk fakültesi açmamalıdır.⁴⁶

Hukuk fakültelerindeki sayısal büyümeye kalitenin eşlik etmesi gerekir. Bu nedenle hukuk fakültelerine girişte baraj şartının (ilk 150.000’e girme şartı) getirilmesi olumlu bir gelişmedir. Nitekim bu kararı almadan önceki yılda, ilgili puan türünde hukuk fakültesine 365.000 inci sıradan giren öğrenci ile 1.500 üncü sıradan giren öğrenci aynı sınıfta eğitim görmekteydi. Bu iki öğrencinin aynı sınıfta aynı müfredatı aynı hoca ile almasının, eğitim öğretimin niteliğine zarar verici bir durum olduğu kuşkusuzdur.⁴⁷ Ancak kanaatimizce hukuk fakültelerine getirilen baraj sınırı yeterli değil, sınırın 100.000 şeklinde belirlenmesi daha uygun olacaktır.

Hukuk eğitiminde teorik ile pratik hukuk arasındaki bağlar güçlendirilmelidir. Teoriden çok pratiğe yönelik eğitimler verilmelidir. Özellikle günümüzde internetin çok yaygın ve etkin kullanılması nedeniyle hukuk kaynaklarına ulaşmak çok kolay ve kısa sürede mümkündür. Bu nedenle öğrencilere bütün ayrıntılı teorik bilgileri öğretmek yerine, mevzuat, içtihat, doktrin gibi hukukun bilgi kaynaklarına nasıl ulaşılabileceğinin öğretilmesi gerekir. Bu kapsamda hukuk fakültelerinin birinci veya ikinci sınıfı müfredatına “Araştırma Yöntemleri” adında bir dersin konulması uygun olacaktır.⁴⁸

⁴⁵ GÜRAN, Sait, Hukuk Fakültelerinde Öğretim; Yönetimin Değerlendirilmesi, Programın Analizi, Kadrolar ve Öğrenci Profili, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, **TBB**, (2003), s. 85.

⁴⁶ Türkiye’de hukuk fakülteleri sayıları, öğrenci kontenjanları ve öğretim üyesi sayıları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRAĞ, Fahrettin/ÇİFTÇİ, Hasan, Türkiye’de Hukuk Fakülteleri ve Hukuk Eğitimi, **TBB**, 2010 (91), s. 257 vd.; ÖZTOPRAK SAĞIR, 2010, s. 44.

⁴⁷ SARAÇ, s. 2.

⁴⁸ GÖZLER, 2008, s. 3030.

Bir çelişki gibi görünen uzmanlaşma ve bütünleşme, detayın bilgisiyle genelin bilgisi arasında bir köprünün kurulmasını zorunlu kılmaktadır. Hukuk alanında bu köprünün kurulabilmesi için öncelikle felsefe, sosyoloji gibi genel derslerin iyi bir şekilde verilmesi, bilahare başta hukuk felsefesi olmak üzere; hukuk sosyolojisi, hukuk metodolojisi, genel hukuk teorisi, genel kamu hukuku, hukuk tarihi ve kriminoloji gibi pratik yararı da yadsınamayacak olan teorik derslerin kredilerinin yükseltilmesi gerekir.⁴⁹ Ayrıca öğrenci sayılarının makul düzeylere çekilerek, her bir öğrenciye mezun olmadan en azından bir dersten ciddi bir seminer çalışmasının yaptırılması da uygun olacaktır.

Burada Yükseköğretim Kurulu tarafından 23.07.2015 tarihinde çıkarılan Yükseköğretim Kalite Güvencesi Yönetmeliği'ne⁵⁰ de değinmekte fayda vardır. Söz konusu Yönetmelik ile lisans eğitiminde son yıllarda gerçekleşen yatay, sayısal büyümeye, nitelik ve kalite açısından da büyümenin eşlik etmesi amaçlanmıştır. Bu Yönetmelik, yükseköğretim kurumlarının eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile idarî hizmetlerinin iç ve dış kalite güvencesi, akreditasyon süreçleri ve bağımsız dış değerlendirme kurumlarının yetkilendirilmesi süreçlerini ve bu kapsamda tanımlanan görev, yetki ve sorumluluklara ilişkin esasları düzenlemektedir.⁵¹ Söz konusu Yönetmeliğin 9. maddesi uyarınca, “*Yükseköğretim Kurumları, kendi kurumlarında uygulanacak iç ve dış kalite güvence sisteminin kurulması ve işletilmesi ile iç ve dış değerlendirme sürecinin bu konuda hazırlanacak uygulama esasları kapsamında yürütülmesini sağlamakla yükümlüdür.*” Aynı Yönetmeliğin 10. maddesi uyarınca ise, Yükseköğretim Kurumları, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetlerini ve bunları destekleyen idarî hizmetlerin tümünü içine alacak şekilde stratejik plan ve yıllık olarak, performans programı ve faaliyet raporu ile bütünleşik yapıda bir iç değerlendirme raporu hazırlamak zorundadır. Ancak Yükseköğretim Kurumları, kendi kurumlarında uygulanacak iç ve dış kalite güvence sisteminin kurulması ve işletilmesi yanında en az beş yılda bir, Yükseköğretim Kalite Kurulu tarafından yürütülecek periyodik bir kurumsal dış değerlendirme süreci kapsamında değerlendirilmekle yükümlüdürler.⁵² Yükseköğretim kurumlarının dış değerlendirilmesi, bizzat Yükseköğretim Kalite Kurulu tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu değerlendirme, Kurulun tanıdığı veya görevlendirdiği dış değerlendiriciler veya Yükseköğretim Kalite

⁴⁹ SARAÇ, s. 5.

⁵⁰ Bkz. RG, Tarih, 23.07.2015, Sayı, 29423).

⁵¹ Bkz. Yükseköğretim Kalite Güvencesi Yönetmeliği, m.1 (RG, Tarih, 23.07.2015, Sayı, 29423).

⁵² Bkz. Yükseköğretim Kalite Güvencesi Yönetmeliği, m.12 (RG, Tarih, 23.07.2015, Sayı, 29423).

Kurulu tarafından Kalite Değerlendirme Tescil Belgesi yetkisi almış bağımsız kurumlarca gerçekleştirilir.⁵³

Kalite Kurulu son yıllarda yükseköğretimde kalite adına getirilen en önemli yeniliktir. Bu uygulama ile Yükseköğretim Kurulu kendi kararları ile vücut bulmuş olan eğitim öğretim ile ilgili hüküm vermeyi, karar alma süreçleri bakımından bağımsız çalışabilen bir Kurula devretmeyi amaçlamıştır.⁵⁴ Söz konusu bu Kurulun faaliyete başlaması ile birlikte Türkiye’de hukuk eğitiminde nitelik ve kalitenin artacağı kuşkusudur. Bu nedenle bu uygulamanın en kısa süre içinde etkin bir şekilde başlaması gerekir.

Dikkate alınması gereken bir husus da, hukuk fakültelerinde uygulanan eğitimin istenen sonuçları verebilmesi, lise eğitiminin kalitesine de bağlıdır. Kaliteli bir hukuk fakültesi için kaliteli öğrencileriniz olmalıdır. Kaliteli öğrenciler iyi fakülteye gelirken, kaliteli fakülteler de kaliteli öğrencilerle mümkündür. Ancak Türkiye’de lise eğitiminin birçok sorunlarının olduğu kuşkusuzdur. Günümüzde lise eğitimi, tamamen üniversite sınavını kazanmaya yönelik bir program olarak düşünülmüştür. Lise öğrencileri, üniversite sınavını kazanmak için okulda, dershanede ve evde günde belli sayıda test sorusu çözmeye odaklanmaktadır. Test sınavında başarılı olan öğrenciler hukuk fakültesine girmektedir. Ortaöğretimde sürekli test çözen öğrenciler hukuk fakültesine başladıklarında tamamen farklı bir öğrenim modeliyle karşı karşıya kalmaktadır. Bugüne kadar hiç kullanmadığı ve dolayısıyla geliştiremediği muhakeme yeteneğini kullanması kendisinden istenmekte ve hukuki bir sorunu çözmesi beklenmektedir. Bu nedenle liselerin eşit ağırlık bölümlerinin son sınıfına mantık, sosyoloji, psikoloji, edebiyat ve hukuk tarihi gibi dersler konulmalı ve bu derslerin sınavı klasik şekilde yapılmalıdır. Uzun vadede de üniversiteye giriş sınavının da aynı şekilde sadece klasik olması gerekir.

Hukuk fakültelerinde öğrencilerin belli bir alan ya da alanlarda uzmanlaşmasını sağlayacak şekilde seçimlik dersleri belirleme imkânı sağlanmalı ve seçimlik derslerin belli bir alandan seçen öğrenciye diplomasına ek olarak ilgili alanın sertifikası da verilmelidir. Böylece öğrencilerin fakülte aşamasında belli bir konuda uzmanlaşması sağlanmış olur. Ayrıca üniversite giriş sınavında hukuk fakültesini tercih eden öğrenciler, hangi hukuk fakültesinin hangi alanlarda daha iyi olduğunu, hangi alanlarda uzmanlık sertifikası verdiğini bilerek tercih yapmış olacaktır.

⁵³ Bkz. Yükseköğretim Kalite Güvencesi Yönetmeliği, m.12 (RG, Tarih, 23.07.2015, Sayı, 29423).

⁵⁴ SARAÇ, s. 3.

Hukuk eğitiminde öğrencilerin uygulamayı görerek yetiştirilmeleri önemlidir. Yaz dönemlerinde öğrencilere mahkemeler ve avukatlar nezdinde staj yapma zorunluluğu getirilebilir. Özellikle son sınıf öğrencileri için “Pratik Hukuk” adında bir dersin seçimlik ders olarak değil, zorunlu bir ders olarak okutulması gerekir.

Lisansüstü eğitim yetkisi Enstitülerden alınarak fakültelere verilmelidir. Böylelikle lisansüstü eğitim hem daha sağlıklı yapılabilecek, hem enstitülerden kaynaklanan bürokratik işlemler son bulacaktır. Ayrıca Yükseköğretim Kurulu’nun yüksek lisans ve doktora eğitiminin niteliğini artırmak amacıyla 21.01.2015 tarihinde “Lisansüstü Eğitim-Öğretim Programı Açılması ve Yürütülmesine Dair İlkeler” adı altında aldığı kararların etkin bir şekilde uygulanması büyük bir önem arz etmektedir.

Hukuk diplomalarının denkliği konusunda da mevzuatta bazı değişiklikler yapılmalıdır. Özellikle Avrupa Birliği’ne üye ülkeler ile eğitim kalitesi çok iyi olan diğer bazı ülkelerin hukuk fakültelerinden mezun olanlar, YÖK Denklik Hukuk Komisyonu tarafından belirlenecek az sayıda fark dersleri alması şartıyla, Türkiye’de yüksek lisans yapabilmelidir. Buna karşılık hakimlik, avukatlık ve noterlik gibi meslekler için daha fazla fark dersin alınması öngörülebilir. Bir başka ifadeyle yüksek lisans ve hukuk mesleklerine kabul açısından tek bir denklik uygulaması yerine iki farklı denklik işlemi yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Arslan, R./Taşpınar, S., Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye’de ve Avrupa’da Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Yetiştirilmesi ve Türkiye’nin Bu Gelişmelerden Etkilenmesi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, S. 53 (1), s. 1 vd.

Atay, Cevdet, “**Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Eğitime Bakış Sorunları ve Çözüm Önerileri**”, ww.cu.edu.tr/insanlar/mceker/hukuk%20fakultesi/cevdetatay.doc (erişim tarihi: 01.12.2015).

Aydın, Oğuz Gökhan; “Gelenekten Geleceğe” Türkiye’de Hukuk Eğitimi, **TAAD**, Yıl:6, Sayı:21 (Nisan 2015), s. 639 vd.

Aydın, Öykü Didem, “**Hukuk Öğrenimi, Bir Türk Alman Karşılaştırması**”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1066.htm (erişim Tarihi: 01.12.2015).

Aydın, Yasemin Kaya; “**Dünya’da ve Türkiye’de Avukatlık Stajı ve Stajyer Avukatların Sorunları**”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2009-1/11.pdf> (erişim tarihi: 21.01.2016).

Demirağ, Fahrettin/Çiftçi, Hasan, Türkiye’de Hukuk Fakülteleri ve Hukuk Eğitimi, **TBB Dergisi**, 2010 (91), s. 257 vd.

Gözler, Kemal, “Küreselleşme Sürecinde Hukuk Eğitimi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl 6, Sayı 69, Eylül 2008, s. 3029.

Güner, Semih, Avukatlık Stajı ve Stajyerlerin Eğitimi, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi **TBB Dergisi**, 2003, s. 192 vd.

Güran, Sait, Hukuk Fakültelerinde Öğretim; Yönetimin Değerlendirilmesi, Programın Analizi, Kadrolar ve Öğrenci Profili, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, **TBB Dergisi**, s. 85 vd.

Gürseler, G./Yıldırım, S./Besler, B.; Avrupa’da Avukatlık Mesleğine Giriş ve Meslek İçi Eğitim, Uluslararası Boyutuyla Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Mesleğine Giriş Sempozyumu, **TBB**, 2008, s. 161 vd.

İpek Akbulut, Hava/Şahin, Çiğdem/Çepni, Salih, Doktora Tez Sürecinde Karşılaşılan Problemlerin Belirlenmesi: Eğitim Fakültesi Örneği, **Dicle Üniversitesi Ziya Gökalp Eğitim Fakültesi Dergisi**, 20 (2013), s. 50 vd.

Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1996 Resmi Gazete Sayısı: 22683).

Mısır, H./Kardelen, F./Seğmen, A./İşlekel, Z./Üler, Y./Kılıç, H. Avrupa’da Avukatlık Mesleğine Giriş ve Meslek İçi Eğitim, Uluslararası Boyutuyla Hukuk Eğitimi ve Avukatlık Mesleğine Giriş Sempozyumu, **TBB (2008)**, s. 209 vd.

Oğuz, Arzu; Hukuk Eğitimindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimiindeki Rolü, **AÜHFD**, 2003, s. 20 vd.

Öztoprak Sağır, Meral, Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hukuk Eğitimi, **Türkiye Barolar Birliği Araştırma Raporu**, Ankara 2010, s. 11.

Pekcanitez, H., Hukukta Aktif Eğitim, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun

Eğitimi, **TBB Dergisi**, 2003, s. 109 vd.

Saraç, M. A. Yekta, 29.12.2015 Tarihli Hukuk Fakülteleri Dekanları İle Yapılan Toplantının Konuşma Metni, http://www.yok.tr/documents/10279/21525786/YOK_Baskani_Prof_Dr_Sarac_Konusma_Metni.pdf

Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Hukuk Eğitimi ve Hukuk Kliniği, **AÜHFD**, 64 (2) **2015**, s. 498 vd.

Yüksek Öğretim Kalite Güvencesi Yönetmeliği, Resmi Gazete, tarih, 23.07.2015, sayı, 29423).

BANKA YÖNETİM KURULU ÜYESİ OLARAK TÜZEL KİŞİ

Mehmet Çelebi CAN*

ÖZET

Yeni Türk Ticaret Kanunu ile birlikte, gerçek kişinin yanında tüzel kişinin de doğrudan anonim şirket yönetim kurulu üyesi olabilmesi imkânı getirilmiştir. Anonim şirket şeklinde kurulması zorunlu olan bankaların da, Türk Ticaret Kanunu ile getirilen bu imkândan yararlanmasını beklemek halin icabı gereğidir. Bunun aksini iddia etmek, kanun koyucunun anonim şirket yönetim kurulları için öngörmüş olduğu sistemin haricinde, bankalar için kendine özgü ayrı bir sistemin varlığına müsaade ettiğinin kabulü demektir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) almış olduğu bir kararla tam da bu yoruma kapı aralayan bir uygulamaya neden olmuştur. Aslında bankalar, kendi iradeleri ile yönetim kurullarında sadece gerçek kişilerin yönetim kurulu üyesi olmalarını sağlayacak uygulamalarda bulunmakta serbesttir. Bu çalışmada konu edilen husus ise, kanunla düzenlenmesi gereken bir mevzuda, Kurul'un karar almasının değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Banka, anonim şirket, yönetim kurulu, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi

LEGAL PERSONS AS MEMBERS OF BANKS' BOARD OF DIRECTORS

ABSTRACT

The new Commercial Code No. 6102 has introduced an option for corporate entities to become members of joint stock companies' board of directors. Given the legal requirement in Turkey for banks to be formed as joint stock companies, this new option is available a fortiori for banks established in Turkey. Arguing against applicability of this option to banks would mean that the legislature granted a specific regime for banks separate from that of joint stock companies. Nevertheless, Banking Regulation and Supervision Board (BRSB) led this argument prevail in a recent decision. Banks are still able to opt for limiting their board members to natural persons in accordance with the general corporate law principles. The goal of this article, however, is to analyze potential repercussions of BRSB's decision that invades in a field within the scope of the legislature's discretion.

Keywords: Bank, Joint-stockcompany, board of directors, board membership of a legal person

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte, anonim şirket yönetim kurulu bakımından bir dizi radikal değişiklikler hayata geçmiştir. Söz konusu radikal değişikliklerden biri de, gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de artık yönetim kurulu üyesi olabilmelerine imkân tanıyan TTK m. 359/II hükmü ile gerçekleşmiştir. Fakat Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun verdiği bir karar ile, tüm anonim şirketler için getirilen bu imkânın, yine birer anonim şirket olan bankalar için uygulanmasının engellendiği ve bugüne kadar da mezkur karar yönünde uygulamanın gerçekleştiği görülmektedir. Çalışmamızda çözüm aranılan soruları tetikleyen husus BDDK'nın¹ *“banka yönetim kurulunun gerçek kişilerden oluşması yönündeki uygulamanın devamına”* yönünde almış olduğu karardır.

Tüzel kişinin banka yönetim kurulu üyesi olup olamayacağı sorununun oluşmasının temelinde, TTK m. 359/II ile Kurul'un mezkûr kararı arasındaki gerilim yatmaktadır. TTK'nın 359'uncu ve 6103 sayılı *“Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun”* 25'inci maddesi hükümlerine göre, yönetim kurullarında tüzel kişi temsilcisi gerçek kişi yer alan tüm anonim şirketlerin -doğal olarak bankaların da- bu üyelerinin *“kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde yani 01/10/2012 tarihine kadar”* istifa etmeleri bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Bu istifa neticesinde seçilecek gerçek kişi yönetim kurulu üyelerinin ise, 6762 sayılı eski TTK m. 312/II'de benimsendiği şekliyle bir tüzel kişinin temsilcisi olmaları da artık mümkün değildir.

Kurul'un mezkûr kararı -TTK m. 359/II (ayrıca 6103 sayılı Kanun m. 25 ve TSY m. 69/ 1, 70/ I-c) hilafı- doğrultusunda tüzel kişi temsilcisi yönetim kurulu üyelerinin yerlerine artık zorunlu olarak seçilen gerçek kişiler bakımından durumun tetkiki önem arz etmektedir. Bu nedenle çalışmamızın her bir bölümünde Kurul'un mezkur kararı ile ilgili kısa değerlendirmelere yer verilmek suretiyle, anonim şirket yönetim kurulu üyesi olarak tüzel kişi, eski ve yeni Türk Ticaret Kanunu açısından ele aldıktan sonra, banka yönetim kurulu üyesi olarak tüzel kişinin durumu incelenecek ve nihayetinde Kurul'un mezkur kararına ilişkin ayrıntılı değerlendirmelere yer verilecektir.

¹ Bu çalışmada “BDDK” kısaltması, “Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunu” ifade etmektedir. Ayrıca, “BDDK Kararı” ve “Kurul Kararı” kavramları birbirini ikame eder şekilde kullanılmaktadır.

I. ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYESİ OLARAK TÜZEL KİŞİ

A. 6762 SAYILI ESKİ TÜRK TİCARET KANUNU DÖNEMİNDEKİ SİSTEM

6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu (eTTK) m. 312/II ile mehazı İsviçre Borçlar Kanununun m. 707/III hükmü, bir tüzel kişinin, pay sahibi olsa dahi, anonim şirkette yönetim kurulu üyesi olamayacağı², ancak tüzel kişinin temsilcilerinin yönetim kurulu üyeliğine seçilebileceği şeklindeydi. Bu hükmün iyi anlaşılabilmesi için kanun koyucunun madde hükmündeki amacı (*ratio legis*) bir hayli önem arz edeceğinden, mezkûr hükmün madde lafzının ve esinlendiği İsviçre Borçlar Kanunun ilgili hükmünün tetkikinde³ yarar olduğu düşüncesindeyiz:

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 312/II, “...*Pay sahibi olan hükmi bir şahıs idare meclisi azası olamaz. Fakat hükmi şahsın temsilcisi olan hakiki şahıslar idare meclisine aza seçilebilirler*” şeklinde kaleme alınırken, bu maddenin mehazı İsviçre Borçlar Kanununun 707/III maddesi, “*Şirkete bir tüzel kişi yahut şahıs şirketi⁴ iştirak ederse, bunlar bu sıfatları ile yönetim kurulu üyesi olarak seçilemezler; ancak yerlerine temsilcilerinin seçilmesi mümkündür⁵*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere burada *ratio legis*, tüzel kişinin bu tüzel kişi sıfatıyla yönetim kurulu üyesi olamayacağı, ama temsilcileri vasıtasıyla aslında yönetim kurulunda bu şekliyle bir görünüm elde edebilme imkânını haiz olmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken, yönetim kurulu

² Bu olumsuz ifadenin bir ehliyetsizlik manasında değil, bunun dışında bir takım sınırlamalara ve olumsuzluklara işaret ettiği tespitleri için bkz. **Tekinalp, Ü.:** Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, s. 24.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Honsell, H./Vogt, N. P./Watter, R.:** BSK OR II – Wernli, M./Rizzi, M. A., Art. 707, N.1, 15.

⁴ Tüzel kişi ibaresinden sonra Türk Hukuku’ndaki şahıs şirketi manasındaki “*Handels-gesellschaft*” kavramının kullanılmasının nedeni İsviçre Hukuku’nda Kollektif ve Komandit Şirketlerin tüzel kişiliğinin bulunmamasıdır. Bu nedenle bu kullanım bir tekrar olmayıp, İsviçre Hukuku bakımından olması gerektir. Aynı yönde bkz. **Tekinalp,** Tüzel Kişiler, s. 25, dn. 1.

⁵ İlgili kanun metni Almanca ve İngilizce şu şekilde ifade edilmiştir:

“Ist an der Gesellschaft eine juristische Person oder eine Handelsgesellschaft beteiligt, so ist sie als solche nicht als Mitglied des Verwaltungsrates wählbar; dagegen können an ihrer Stelle ihre Vertreter gewählt werden.”

“Where a legal entity or commercial company holds an equity participation in the company, it is not eligible as such to serve as a member of the board of directors; however, its representative may be elected in its stead.”

üyeyi gerçek kişinin organ kişi/organ görevlisi üye⁶ olması hususu değil, *temsilci* ifadesinin kullanılmış olması ve tüzel kişi ile arasında temsil ilişkisi bulunmasıdır⁷. O halde, eTTK döneminde dahi bu hüküm nedeniyle, kanun koyucunun tüzel kişinin anonim şirket yönetim kurulundaki varlığına tamamıyla sırt çevirdiği iddiasında bulunmak mümkün değildir⁸. Ancak bu sistemde, tüzel kişinin bizzat kendisinin yönetim kurulu üyesi olamayacağı da tartışmasızdır, bizim de bunun aksini iddia etme gibi bir amacımız bulunmamaktadır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki bu hükmün getirdiği sistemin burada taşıdığı önem ise, Kurul'un mezkur kararının⁹ dayanağını oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Zira BDDK'nın, Bankacılık Kanununun ilgili hükümlerini hala eTTK'da geçerli olan söz konusu sistem ile birlikte yorumlamaya devam ettiği, verdiği mezkûr karardan anlaşılmaktadır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda geçerli olan sistem bakımından lehe ileri sürülen gerekçelere¹⁰ baktığımızda öncelikle dikkat çeken husus, temsilci yönetim kurulu üyesi ile temsil ettiği tüzel kişi arasında, yönetim kurulu üyeliği noktasında bir bağın varlığı inkâr edilemese de; temsilciyi, anonim şirkette pay sahibi olan tüzel kişi değil, anonim şirket genel kurulunun seçtiği gerçek kişiydi (eTTK m.312/I). Bu suretle de, sadece gerçek bir kişi,

⁶ *Tekinalp*, bugün yeni TTK ile benimsenen sisteme kapı aralayacak şekilde henüz 6762 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesinden çok da uzun bir süre geçmeden, TTK m. 312/II' deki "*temsilci*" ifadesinin İsviçre kanun metnindeki "*onların yerine onların temsilcisi*" ifadesi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ve böylece tüzel kişiler için yönetim kurulu üyeliğinin sadece bu sıfatları ile kapatıldığını ve tüzel kişiler için yönetimden doğan sorumluluğun engellenmesinin ortaklığın, pay sahiplerinin ve özellikle de ortaklık alacaklılarının menfaatine olmadığını belirtmiştir. Bkz. **Tekinalp**, Tüzel Kişiler, s. 25 vd. Çamoğlu ise, temsilci gerçek kişinin, gönderen tüzel kişinin organı olamayacağını vurguladıktan sonra, yönetim kurulu üyesi bulunduğu anonim ortaklığın organ görevlisi üyesi olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Çamoğlu, E.**: Anonim Ortaklı Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007, s. 37.

⁷ Burada mezkur kanun hükmünde ifade edilen temsilcinin 818 sayılı eski BK m.32 vd. hükümlerinde bahsi geçen temsil ilişkisinden farklı olduğu, aslında menfaat temsilciliği şeklinde adlandırılabilir bir durumun söz konusu olduğu, zira yönetim kurulu üyesi için söz konusu olan ücret, huzur hakkı ve kâr payı gibi hakların bizzat adı geçen temsilciye ait olduğu yönündeki görüş için bkz. **Korkut, Ö.**: Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara 2007, s. 13-14. Menfaat temsilciliği ifadesinden ne anlaşılması gerektiği için bkz. **Tekinalp**, Tüzel Kişiler, s. 29-30. Aynı yönde bkz. **Guhl, T.**: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zurich 1991, s. 691.

⁸ Bkz. a.şğ. dn.18.

⁹ Bu bölümde yapılan değerlendirmelerin konuyla ilişkisinin kurulabilmesi için Kurul mezkur kararının ismen de olsa zikredilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. a.şğ. III. A.

¹⁰ Yazarın kendisi katılmamakla birlikte, İsviçre öğretisinde tüzel kişinin yönetim kuruluna seçilmesine karşı çıkan görüş ve gerekçeler hakkında bkz. **Akdağ Güney, N.**: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012, s. 26-27.

yönetim kurulu üyesi olarak tescil edilebildiğinden, böylece üçüncü kişiler ticaret sicilinde yönetim kurulu üyesi olarak bir ticaret unvanı ile karşılaşma belirsizliğinden korunmaktaydı. Aksi durum, yani yönetim kurulunda bir tüzel kişinin yer alması hali, bu anonim şirket yönetim kurulu üyesinin kendisini devamlı değişen temsilcilerle temsil ettirmesi gibi bir sonucu doğuracak bir yapının kabulü demek olacağından ve kurulda kararlılık esas olduğundan böyle bir durumun birçok sakınca taşıyacağı belirtiliyordu. Son olarak da, yukarıda da ifade edildiği üzere yönetim kurulu üyesini seçme yetkisi kural olarak ilgili anonim şirket genel kurulunda olduğundan, eTTK m.312/II'deki bu hüküm sayesinde, genel kurulun aslında güvenmeyeceği, aday gösterildiğinde seçmeyeceği bir gerçek kişinin, yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişinin organı sıfatıyla, bir şekilde yönetim kurulunda bulunması önlenmiş oluyordu¹¹.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki sistemin en büyük sakıncası ise, bu hükmün kötüye kullanıma adeta davetiye çıkarır nitelikte olması ve uygulamada da bu şekilde yorumlanarak gerçekte yönetim kurulu üyesi olması gereken ama kanunun lafzını kendine kalkan ederek adeta temsilcisi gerçek kişi yönetim kurulu üyesinin arkasına sığınan tüzel kişilerin sorumluluktan kurtulmalarına mahal vermesiydi¹². Kurul'un mezkûr kararı ile bu sakıncaya

¹¹ **Tekinalp**, Tüzel Kişiler, s. 31-33. eTTK m.312/II'yi savunmak üzere ileri sürülen burada ifade etmeye çalıştığımız ve benzeri gerekçelerin artık tatmin edici olmadığı açıkça ifade edilmektedir. Bkz. **Tekinalp, Ü.**: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, N. 12-14. Bizim bu gerekçeleri ifade etmekteki gayemiz ise, Kurul mezkur kararının artık tatmin edici olmadığı gerek öğretide gerekse mer'î TTK'nın gerekçesinde açıkça ifade edilen bu hususlarla hala itibar ediyor ve kararına dayanak teşkil ediyor olmasıdır.

¹² Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 359. madde ikinci fıkraya gerekçesi bu sakıncaların giderilmesini şu ifadelerle belirtmiştir: "...diğer taraftan tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulmasının yolu açılarak şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara güvence verilmiştir. Düzenleme sorumluluk hukukunun ana gelişme eksenine göre, Dev yapılı, çok uluslu şirketlerin; temsilcilerinin arkasına gizlenmelerine hukukun seyirci kalması sadece adaletsizliği artırmakla kalmamakta aynı zamanda hukuka güveni de sarsmakta, hukukî gerçeğe göz kapama anlamına gelmekte ve kanun koyucuyu da hukuk kuralının nesnelliği yönünden müşkül durumda bırakmaktadır. Bu fıkra ile çağdaş, hakça bir sorumluluk sistemi kabul edilerek, tüzel kişinin temsilcisinin üye seçilmesi ile üyenin (temsilcinin) tüzel kişi ile arasındaki bağın kesildiği ve tüzel kişinin, temsilcisinin eylem ve kararlarından sorumlu tutulmayacağı şeklindeki yapay teori reddedilmiştir...". Bu şekilde sorumluluğun temsilci gerçek kişi yönetim kurulu üyesinde kaldığı şeklinde yorumlanabilecek bir Yargıtay Kararı için bkz. Yargıtay 11 HD.20.03.2012, E. 2010/4410, K. 2012/4236 "...Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, TTK'nın 312. ve 333. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde yönetim kurulu üyelerinin üstlenmiş oldukları görev ve sorumluluk gereği huzur hakkı alacağına ilişkin fiilen yönetim kurulu üyesi olan gerçek kişiye ait olması gerektiği, ...Mahkemece angaryanın yasak olduğu belirtilerek huzur hakkı alacağına bizzat yönetim kuruluna katılan kişiye ait olacağı isabetli olarak kabul edilmiş..." (yayımlanmamış Yargıtay kararı). Bu karar, TTK m. 394'de hükmeye bağlanan yönetim kurulu üyelerinin mali hak-

açık olan yönetim kurulunda tüzel kişi üyeye kapalı olan sistemde hala ısrar etmesi bu noktada anlaşılır değildir.

Son olarak burada dikkat çekmek istediğimiz husus, tüzel kişilerin anonim şirket yönetim kurullarındaki olası etkilerinin anonim şirkette pay sahibi olmaları ile ilgisidir. Bu hakikat, pay sahibi olmayan¹³ gerçek ya da tüzel kişilerin de artık yönetim kuruluna seçilip göreve başlayabilme imkânının yeni TTK ile getirilmesi ile bu noktada¹⁴ kanuni dayanağını kaybetmiş görünse de¹⁵, fiiliyatta pay sahibinin yönetimde var olma gayreti karşısında değişmeyecektir¹⁶. Unutulmamalıdır ki, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olmasına kapıyı kapatan hukuk sistemlerinde dahi¹⁷, yönetim

ları bağlamında düşünüldüğünde, mali haklardan yararlananın sorumluluğu da taşıyan olduğu sonucunu doğurması tartışma götürmez bir durumdur. O halde, tüzel kişinin kendisinin TTK'nın getirdiği imkanla bizzat yönetim kurulunda yer almayıp da, Kurul mezkur kararı neticesinde kendi aralarında bir inançlı işlem dairesinde işaret edeceği bir gerçek kişiye yer vermesi halinde, yukarıdaki gerekçede ifade edilen yönetim kurulu üyesi gerçek kişinin arkasındaki tüzel kişinin sorumlu tutulamayacağı sorunu ile karşı karşıya kalınması kaçınılmazdır. Ancak bunun tam aksi istikametinde ve açıkça temsil edilen tüzel kişiyi sorumlu tutan yüksek yargı kararına örnek için bkz. Danıştay 11 D. 10.06.1998, E.1998/231, K. 1998/2198 : “Bir anonim şirketin yönetim kuruluna, tüzelkişi ortağı temsilen katılan yönetim kurulu üyesi V.U.K. md. 10 uyarınca sorumlu tutulamaz. T.T.K. md. 312 dolayısıyla bu durumda sorumlu olması ve takibi gereken, yönetim kurulunda temsilcisi bulunan tüzelkişi ortaktır”, (www.lebibyalın.com.tr/).

¹³ Hâlbuki eTTK'nın 312. maddesinin ikinci fıkrasında, seçilmek için olmasa da, yönetim kurulu üyesi olarak faaliyetlere başlayabilmek için “pay sahibi” olma kriteri öngörülmekteydi.

¹⁴ Kırcı, böylece yönetim kurulu üyeliği ile pay sahipliği arasındaki bağın koparıldığını ifade etmiştir. Bkz. **Kırcı, İ.:**“6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu-Başlıca Yenilikler”, EÜHFD, C. XVI, S.3-4 (2012), s. 122. **Pulaşlı**, İsviçre'deki benzer gelişmeyi daha da keskin bir ifade ile, Art. 707/II'deki yönetim kurulu üyesi seçilebilmek için pay sahibi olma şartının yeni düzenlemeyle kaldırıldığından yola çıkarak, Art.707/III'deki “tüzel kişilerin veya bir ticaret şirketinin şirkete ortak olması halinde, bunların yönetim kurulu üyeliğine seçilmesinin mümkün olmadığı” hükmünün anlamını yitirdiğini belirtmiştir. Bkz. **Pulaşlı, H.:** Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara 2011, s. 895, dn. 735.

¹⁵ Kanaatimizce, TTK m. 360'da belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınması nedeniyle, yönetim kurulu üyeliği ile pay sahipliği arasındaki bağın bu noktada devam ettiği şüphesizdir.

¹⁶ Nitekim bu hakikatin adeta değişmez fiili bir durum olmasına örnek teşkil edebilecek ilgili dairenin onayladığı bir kararda yerel mahkeme şu ifadeleri kullanmıştır: “...gündemin 6. maddesinde 12 kişilik bir yönetim kurulu seçimi yapıldığı, yönetim kurulu üyeliğine ortak tüzel kişi ve tüzel kişi temsilcisi olarak mı yoksa ortak dışı kişiler olarak mı seçildiklerinin belirsiz bırakıldığı, TTK'nın 359. maddesi 1 ve 2. fıkrası gereği bu hususun açıkça tefrik edilmesi gerektiği...” bkz. 11.HD., 19.07.2013, E. 2013/13696, K. 2014/2767, (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

¹⁷ Alman, İtalyan ve İsviçre hukukunda tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmalarına izin verilmezken, Fransız hukukunda izin verilmesi hakkında bkz. **Coştan, H.:**“Özel Hukuk Tüzel

kurulu üyesinin sorumluluğu ile ilgili tartışmalarda, yönetimde etkin tüzel kişinin sorumluluğuna gidebilmek için dolaylı ve zorlayıcı değerlendirmelerin yapılmış olduğu görülmektedir¹⁸. Bu hususa dikkat çekici bir örnek olarak İsviçre Federal Mahkemesinin 04.05.2006 tarihli kararı gösterilmektedir¹⁹.

B. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU İLE GETİRİLEN SİSTEM VE BANKA UYGULAMASINA YANSIMASI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre, aslında eTTK'da olduğu gibi, anonim şirketler kural olarak yönetim kurulu tarafından yönetilip temsil olunur (TTK m. 365). TTK m. 375 hükmüne riayet etmek kaydıyla, yani yönetim kurulunun devredilemeyen görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla, m. 367 bağlamında, esas sözleşmede izin verildiği takdirde yönetim kurulu, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredebilir²⁰. Esneklik sağlayan bu hükme rağmen kanunda esasen yönetim organı bakımından ilk

Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği", Batider 2013, C.XXIX, S.1, s.119.

¹⁸ Biz de, bu zorlayıcı yorumlara katkı sağlamak amacıyla, yukarıda "kanun koyucunun tüzel kişinin anonim şirket yönetim kurulundaki varlığına tamamıyla sırt çevirdiği iddiasında bulunmak mümkün değildir" yargısını paylaşmış bulunmaktayız. Bkz. yuk. dn.8. Şirketin iradesinin oluşumu esnasında fiilen katkıda bulunan kişilerin eTTK m. 336'ya kıyasen sorumlu tutulabilmeleri yönünde azınlıktaki görüş için bkz. **Helvacı, M.**: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, B.2., İstanbul 2001, s. 32.

¹⁹ İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 4C. 31/2006 kararı ile artık İsviçre BK 707/III'deki bu yasak çağdaş gelişmelere uygun olarak, bir tüzel kişinin fiili organ olarak yönetim kurulunda yer alabileceğinden hareketle sorumluluğuna gidilebileceğine hükmedilmiştir. Karar için bkz. <http://www.mll-legal.com/index.php?id=143&L=0>; Ayrıca kararın içeriği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 11-16. İsviçre Borçlar Kanunu m. 754'den hareketle fiili organın varlığı kabul edilmekte ve böylece şeklen organ olarak anonim ortaklık organizasyonunda yer almaya dahi bir gerçek/tüzel kişi, şirketin iradesinin oluşumunu etkiliyorsa sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Bkz. **Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A.**: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2012, § 2, N. 30-31a; İsviçre'de söz konusu maddedeki "uğraşan" ibaresinin bu şekilde "fiili organ" yorumuna yol açtığı ve bize bu şekilde aktarılması halinde, İsviçre'deki yorum ve uygulamayı aşan bir boyut alabileceği endişesi belirtilerek, TTK'ya bu ifadenin alınmadığı vurgulanmıştır (Bkz. *TTK m. 553/I gerekçesi*). Çalışma konumuz bakımından gerekçedeki bu ifadelerin önemi, şayet tüzel kişi bizzat yönetim kurulunda bulunmayıp da bir şekilde, yönetim kurulunda yer alan gerçek kişiyi yönlendirme/etkileme yoluna gittiği durumlarda, kendisinin fiili organ kabul edilip sorumluluğunun tartışılması durumunun hayli güç ve sınırlı olmasına işaret etmesi noktasında kendini göstermektedir. Kanun koyucunun bu çekincesine rağmen mezkûr hükmün, sorumlu tutulmaya gerekçe olarak kullanılması kaçınılmaz bir gerçekliktir.

²⁰ 367 ile 370'inci maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinde yer alan düzenin, yönetimin tek kurullu (monist) rejime göre şekillenmesine veya Almanya'da uygulanan iki organlı (dualist) anlayış uyarınca oluşturulmasına ya da Amerikan board veya Fransız başkanlık modellerine olanak vereceği belirtilmiştir. Bkz. *TTK367. madde gerekçesi*.

bakışta monist sistemin korunduğu görülmektedir²¹. TTK ile birlikte, yönetim kurulu yerine tek kişiden oluşan bir yönetim organının varlığı²² (TTK m. 359/I) ya da pay sahibi olmayanların da yönetim kurulu üyeliğini icra edebilmeleri gibi eTTK'daki sistemden farklı düzenlemelerin yürürlüğe girdiği müşahede edilmektedir. Bunların yanında, anonim şirketlerde yönetim kurulu ile ilgili getirilen önemli değişikliklerden birisi de, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabilmeleri imkânıdır. Bu çalışmanın konusu da, bankaların yönetim kurulları için, söz konusu yeni imkânın uygulanmasının fiili olarak BDDK tarafından idari bir karar ile engellenmesi neticesinde ortaya çıkan problem ile ilgilidir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, söz konusu problem, TTK'nın getirmiş olduğu imkânın bankalar tarafından uygulanamıyor olmasıyla ilgilidir. Yoksa bir anonim şirket, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi seçip seçmeme noktasında irade serbestisini haizdir ve - pay sahibi! - tüzel kişi, bizzat kendisini ya da başka bir tüzel kişiyi yahut gerçek bir kişiyi yönetim kurulu üyesi olarak seçip seçmeme serbestisine de, gücü oranında her zaman haiz bulunmaktadır²³.

5411 sayılı Bankacılık Kanununun 7'inci maddesine göre, Türkiye'de kurulacak bir bankanın anonim şirket şeklinde kurulması gereklidir²⁴. Anonim şirket ise, Türk Ticaret Kanununun ikinci kitabında "*ticaret şirketleri*" başlığı altında, Kanunun 329'uncu ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. O halde Türk Hukuku bakımından sadece anonim şirket şeklinde kurulabilecek olan bankanın²⁵, diğer tüm anonim şirketlerde olduğu gibi, TTK m. 355/I gereği

²¹ TTK'daki sistemin, düalist sistem bakımından Alman hukukundaki uygulamayı tam anlamıyla yansıtmadığına ilişkin bkz. **Akdağ Güney**, s.50.

²² İşte tam bu noktada TTK m. 330 devreye girecek ve konuyla ilgili olması bakımından Bankacılık Kanunundaki yönetim kurulu üye sayısı ile ilgili 5 kişiden az olamayacağına dair BankK m. 23/I'deki özel hükmün uygulanması söz konusu olabilecektir. Zira Bankacılık Kanunu yürürlüğe girerken mer'î olan eTTK m. 312/I'deki yönetim kurulunun asgari üç kişiden oluşması gerektiğine ilişkin hükmü yetersiz bulunmak suretiyle asgari üye sayısının beş olarak belirlendiği gözetildiğinde, artık TTK ile yönetimde tek kişinin varlığı mümkün görüldüğünden hareketle buraya da uygulanacağını ileri sürmenin kanunun amacına tamamen zıt bir sonuç doğuracağı dikkate alınarak, bankalarda yönetim kurulunun tek kişiden oluşmasının hukuken mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

²³ Aynı yönde bkz. **Kırca, İ.**: "*Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği*", *Batider* 2012, C. XXVIII, S.2, s. 52.

²⁴ Bankanın anonim şirket niteliğinin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. **Şit, B.**: "*6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi*", *Batider* 2012, C. XXVIII, S.4, s. 175-205.

²⁵ TTK m. 333'e göre kuruluş için bakanlığın iznine tâbi anonim şirketler kapsamına Bankalar da girmektedir. Bu husus Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın 15.11.2012 tarih ve 28468 sayılı "*Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin*

ticaret siciline tescil edilmek suretiyle de tüzel kişilik kazanacağı aşikârdır²⁶.

Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus, bankanın alelade bir anonim şirket olmayıp, Türk Ticaret Kanununun 330'uncu maddesinde ifadesini bulan özel kanunlara bağlı anonim şirketler arasında yer alıyor olmasıdır. Türk Ticaret Kanununun söz konusu 330'uncu madde hükmüne göre, bir taraftan bankalara tâbi oldukları özel kanun yani Bankacılık Kanunu hükümleri öncelikle uygulanırken; diğer taraftan bu hükümler dışında Türk Ticaret Kanununun anonim şirketlere ilişkin hükümleri de tatbik edilecektir. Nitekim Bankacılık Kanununun 2'nci maddesinin son cümlesinde de benzer

Tebliğ ile belirlenmiştir. Hakikaten mezkûr Tebliğ'in 5. maddesine bakıldığında bankaların da TTK m. 333 bağlamında münhasıran Gümrük ve Ticaret Bakanlığı iznine tabi anonim şirketler kategorisinde olduğu görülmektedir. Ancak, ilgili Tebliğin devam eden m.6/1-b'deki ifadesi ise, TTK m. 333 son cümlesindeki *"Bunun dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz"* hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Zira Tebliğ'in m.6/1-b hükmü, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın kuruluş izninin alınmasından önce *"kuruluşu, diğer resmi kurumların uygun görüşünü veya iznini gerektiren şirketler için uygun görüş veya izin yazısı"* ile başvuru zorunluluğu getirmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra yürürlüğe girecek özel bir yasa hükmü aksini belirtmediği müddetçe Tebliğ'in m.6/1-b hükmünün uygulanma ihtimalinin olmadığı kanaatindeyiz. Normlar hiyerarşisi bakımından Tebliğ'den daha üst sırada olan Ticaret Sicil Yönetmeliği m.69/1-ğ'de de *"kuruluşu Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı"* demek suretiyle eleştirilecek benzer bir ifadeye yer verildiği nazarı dikkatimizi çekmektedir. Aynı yönde bkz. **Şit**, s. 185, dn. 30 ve 32. Bu görüşümüzün daha iyi anlaşılabilmesi için örnek verilebilecek özel yasa ise, 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunudur. Hakikaten Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın yukarıda mezkûr Tebliğinin 5. maddesi kapsamında yer alan *"... Sermaye Piyasası Kanununa tabi şirketler..."* ifadesi nedeniyle bu tür şirketlerin de, ilk bakışta TTK m. 333 bağlamında münhasıran Gümrük ve Ticaret Bakanlığı iznine tabi anonim şirketler kategorisinde olduğu görülmektedir. Ancak, 6362 sayılı SerPK'da Aracı Kurumlara (m. 43) ve Yatırım Ortaklıklarına (m.49) kurulca kuruluş izni verilmesinden söz edilirken, Merkezî Takas Kuruluşlarının (m.77) ve Merkezî Saklama Kuruluşlarının (m.80) kuruluşuna Kurulun teklifi üzerine ilgili Bakan tarafından izin verilmesinden bahsedilmiştir. Yürürlük tarihleri yukarıda ifade edilen 6362 sayılı SerPK'nın 6102 sayılı TTK'dan sonraki bir tarihte yürürlüğe girmiş bir özel kanun olması hasebiyle, TTK'nın 333. maddesi hükmü münhasıran burada uygulama alanı bulmayacak ve bu maddede bahsi geçen Gümrük ve Ticaret Bakanlığı izni, SerPK'da bahsi geçen yukarıdaki mezkûr izinler ile birlikte uygulanacaktır. Yani, SerPK kapsamındaki anonim şirketler bakımından, *"Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ"* mezkûr maddelerinin uygulanmasında bankalardan farklı olarak bir sakınca bulunmamaktadır.

²⁶ Burada bir bankanın sadece anonim şirket şeklinde kurulması zaruretini dile getirmekle yetiniyoruz. Yoksa Bankacılık Kanunu bakımından bir bankanın kuruluşundan ne anlaşılması gerektiği BankK m. 6 – 9, 11, 13 ve 14'de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte, kurulmanın yeterli görülmeyle, faaliyet izninin ayrıca birtakım şartlara bağlandığı hususları göz ardı edilmelidir (BankK m. 10 ve 12).

bir düzenlemeye yer verilerek, Bankacılık Kanununda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Tüm bu ifadelerden ve özellikle de bankaların sadece bir anonim şirket olarak kurulabileceği somut gerçeğinden hareketle, Bankacılık Kanunu hükümlerinde yer alan farklı düzenlemelerin, hiçbir zaman anonim şirketlere ilişkin genel ilkeler ve temel prensiplerden fedakârlık anlamında yorumlanamayacağı ve uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Bu yorumun aksinin savunulması, özellikle de, TTK ile anonim şirketler hukuku sistematığında esaslı değişikliğe gidildiği düşünüldüğünde, bankaların anonim şirket vasfından uzaklaşmasını kaçınılmaz bir şekilde doğuracaktır ve bankalar açısından TTK 330. maddesinin uygulanmasını olanaksız hale gelecektir. Hâlbuki kanun koyucu bu hükümlerle, özel kanunlara tâbi bazı anonim şirketlerin varlığını kabul etmekle birlikte, bunun Türk Ticaret Kanununda belirlenen anonim şirket temel prensiplerinin dışına çıkma anlamına gelmeyeceği ve anonim şirket benzeri başka tür ticaret şirketinin söz konusu olamayacağı esasının altını kalın çizgilerle çizmiştir. Bunun nedeni ise, mezkur kanun hükmünü TTK m. 124'den bağımsız yorumlamanın mümkün olmamasıdır; zira TTK m. 330, bilakis doğrudan TTK m. 124 hükmünün bir yansımasıdır. TTK m. 124, Türk Hukuku'nda ticaret şirketleri bakımından “*numerus clausus*” ilkesinin söz konusu olduğunu bildirerek, “*kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirket*” dışında ticaret şirketinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir. “*Numerus clausus*” ilkesi, bir taraftan seçilebilecek şirket türlerini sınırlarken diğer taraftan seçili tür bakımından kanunun belirlediği içerik ve kapsama, daha da önemlisi temel prensiplere uyma zorunluluğu getirmektedir²⁷. Burada hemen belirtelim ki, Kurul'un mezkûr kararı, gerekçeleri ve sonuçları düşünüldüğünde, 6102 sayılı TTK'ya göre yönetim kurulu için belirlenen anonim şirket prensiplerini göz ardı eden bir uygulamanın mevcudiyetine tanık olunmakla birlikte, bankaların anonim şirket vasfından uzaklaştığını söylemek aşırı bir yorum olacaktır.

Tüzel kişiliği haiz olması (TTK m. 43, 125 ve 355) hasebiyle banka anonim şirketi, iradesini sadece organları aracılığıyla açıklayabilecek (TMK m. 50/I) ve sadece kendi organları bankayı gerek işlemleriyle gerekse filleriyle borç altına sokabilecektir (TMK m. 50/II). Anonim şirketin -yokluğu halinde TTK m. 530 gereği fesih davasının açılmasına sebep olan- mutlak anlamda varlığı zorunlu kanuni organları²⁸, karar verme organı olan genel kurul ile

²⁷ Poroy, R./Tekinalp, Ü.: “*Türk Hukuku'nda Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Şekil Sorunları*”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 3-4, İstanbul 1975, s. 229

²⁸ eTTK m.347, bu bağlamda mutlak anlamda varlığı zorunlu organlar arasında üçüncü sırada denetim kurulunu (veya denetçiyi) düzenlemiştir.

süreklilik arz edecek şekilde²⁹ idare ve temsil organı olan yönetim kuruludur. Bunlar arasında hiyerarşik bir ilişki söz konusu olmayıp, bilakis *işlevlerin ayrılığı ilkesi* gereği bir denkliğin varlığı kabul edilir³⁰. Bizim çalışma konumuz da, TTK m. 365'e göre anonim şirketin kural olarak idare ve temsil organı olan yönetim kurulu ile ilgilidir. Bu kapsamda esasen incelenecek husus, bir tüzel kişinin banka yönetim kurulu üyesi olup olamayacağı konusudur. Yoksa, Bankacılık Kanununun 24, 29 ve 32'nci maddeleri arasında düzenlenen ve oluşumu yönetim kurulunun sorumluluğuna ait olan ve yönetim kurulu üyelerinin bir kısmının yer aldığı bir açıdan nispi anlamda zorunlu kanuni organ³¹ niteliğini havi denetim komitesi gibi iç denetim organlarının ya da 23'üncü maddede düzenlenen genel müdürlük kurumunun veyahut 51'inci maddede düzenlenen kredi komitesinin çalışmamızın kapsamı içinde yer almadığını öncelikle belirtmekte fayda görüyoruz. Ayrıca bu çalışmanın amacı dışına çıkıp kapsamını genişletecek şekilde, anonim şirket ve özelinde banka yönetim kurulu³² ile bankacılık alanında kurumsal yönetim ilkeleri³³ hakkında genel açıklamalar vermektan kaçınmaktayız³⁴.

Bugün için TTK m. 359/II, tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi seçilebilmelerine imkân vermektedir. Bu seçim münhasıran genel kurul

²⁹ Yönetim kurulu, anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasından sona ermesine kadar şirket işlerini sürdürme ile ilgili görevli olan sürekli bir organdır. Bkz. **Karahan, S./Arslan, İ.**: Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Konya 2013, s. 389; **Çamoğlu E. (Poroy, R./Tekinalp, Ü.)**, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, N. 521a.

³⁰ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda, Anonim Şirket organları bakımından işlevlerin ayrılığı ilkesinin benimsenmiş olduğu, TTK m. 374 gerekçesindeki "...tasarı organlar arasında işlevlerin ayrılığı ilkesini kabul etmiştir." açık ifadesi ile TTK m. 375 gerekçesindeki "...organlar arasında işlev ayrımı yapılmış, ...Genel kurulun bir üst organ olduğu anlayışı Ticaret Kanununa yabancıdır." vurgusundan ve en nihayetinde TTK m. 408 gerekçesindeki "...Esas sözleşme ...organ arasındaki kanuni işlev dağılımına aykırı bir şekilde genel kurulu yetkilendiremez" şeklindeki açıklamadan anlaşılmalıdır. Aynı yönde **Kırca, İ./Şehirali Çelik, F. H./Manavgat, Ç.**: Anonim Şirketler Hukuku (Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu), C. I, s. 395, 396.; **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.11-08.

³¹ **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N. 11-09; **Tekinalp, Ü.**: Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, N. 19-35.

³² Konu hakkında ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. **Doğan, B.F.**: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul 2011.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı, H.**: Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003; **Pashı, A.**: Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Corporate Governance, İstanbul 2005.

³⁴ Kapsam dışı tuttuğumuz bu hususlar için Bkz. **Göktürk, K.**: Banka Yönetimi ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 67 vd.

tarafından gerçekleştirilecektir (TTK m. 408/II –b)³⁵. Artık, İsviçre Borçlar Kanunu m.707/III'den esinlenen eTTK'daki, tüzel kişi yerine onun temsilcisinin yönetim kurulu üyesi seçildiği sistem terkedilmiştir. Eski sistemin terkedilmesinin bu noktadaki bir anlamı da, bankalar açısından da artık bir tüzel kişinin temsilcisi olarak gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi seçilemeyeceği gerçeğidir³⁶. Hal böyle iken Kurul'un mezkûr kararında adeta eski durumu, yani bankaların tüzel kişi temsilcisi gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri ile devam etmelerini tercih etmesinin hukuki dayanağı kalmadığından, keyfiyetin uygulanması da mümkün değildir. TTK'daki sistemi BDDK kararı ile uygulayamayan bankaların, eTTK'daki sistemin de artık ortadan kalkması neticesinde, hali hazırda pay sahibi tüzel kişi ile ilişkili olarak ve onun etkisiyle seçilen gerçek kişi yönetim kurulu üyelerini nasıl belirledikleri hususu bir sorun olarak karşımızda durmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu 359'uncu maddenin birinci ve ikinci fıkrası ile tüzelkişinin anonim şirket yönetim kurulu üyesi olabilmesine imkân tanınmıştır. Bu yeni düzenleme öyle bir şekilde öngörülmüştür ki, salt bir tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak tescili yeterli görülmemiş, onunla birlikte onun adına hareket edecek gerçek kişinin de tescili öngörülmüştür. Böylelikle, anonim şirket yönetim kurulu üyesi olarak sadece tüzel kişi ticaret unvanı ile karşılaşma olasılığı ve dolayısıyla belirliliğin ortadan kalkması tehlikesi bertaraf edilmiş, yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin hangi gerçek kişi organ eliyle üyelik faaliyetini sürdüreceği de sicilin aleniyet fonksiyonunun işletilmesi ile sağlanmıştır. Bu noktada, TTK m. 364/I son cümlede, yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişinin, kendi adına tescil edilmiş bulunan kişiyi her an değiştirebileceğinin hüküm altına alınmış olması herhangi bir tezatlık teşkil etmemektedir. Burada belirtmeden geçemeyeceğimiz husus temel bir farklılık dışında kanun koyucunun bu düzenlemeyi ilk defa TTK ile anonim şirketler için burada değil, bilakis eTTK döneminde limited şirketler için 540'ıncı madde bağlamında zaten uyguladığı gerçeğidir. Bu hükmün madde gerekçesinde³⁷, getirilen bu yenilikle hem limited şirketlerde tüzel kişinin

³⁵ Yönetim kurulu üyeliği sıfatının kazanılmasının normal yolu esasen TTK m. 359/I gereği genel kurul tarafından seçilme iken, bunun yanında esas sözleşme ile atama (TTK m. 339/II-g ve 354/I-g), yönetim kurulunca üye seçme (TTK m. 363/I) ve kamu tüzel kişilerinin seçimi (TTK m. 334) şeklinde yöntemler de düzenlenmiş bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı, H.:** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2015, B.3, s. 418 vd.

³⁶ **Özdamar, M. / Doğan, İ.:** "Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı", Bankacılar Dergisi, Sayı:86, Eylül 2013, s. 13 ve dn. 55.

³⁷ TTK m. 359/II'nin gerekçesi: "İkinci fıkrada, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabilmelerine olanak tanınarak, bir taraftan, 623'üncü maddesinin ikinci fıkrası ile uyum sağlanmış,

şirket müdürü olmasına cevaz veren TTK'nın 623'üncü maddesinin ikinci fıkrası (eTTK m.540) ile paralellik kurulduğu hem de tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulmasının yolu açılarak şirketin kendisine, pay sahiplerine ve alacaklılarına güvence temin edildiği belirtilmiştir.

II. BANKA YÖNETİM KURULU ÜYESİ OLARAK TÜZEL KİŞİ

A. ÖZEL KANUN GENEL KANUN İLİŞKİSİ

Bankacılık Kanununun 2'nci maddesinin son fıkrasında, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiş olup, “*genel hükümler*” ifadesinin Türk Ticaret Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu başta olmak üzere hukuk sistemimizde bankalar bakımından uygulanabilirliği bulunan tüm genel hükümleri işaret ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu bağlamda, BankK. m.7/I-a uyarınca bankaların anonim şirket şeklinde kurulmasının zorunlu olduğu dikkate alındığında, genel hükümlerin öncelikle Türk Ticaret Kanununun anonim şirketlere ilişkin hükümleri olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Nitekim benzer mahiyetteki bir hüküm Türk Ticaret Kanununun “*Anonim Şirket*” başlıklı dördüncü kısmında yer alan 330'uncü maddesinde “*özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır.*” şeklinde ifadesini bulmuştur.

Konuya özel kanun - genel kanun ilişkisi çerçevesinde bakıldığında Bankacılık Kanununun özel kanun, Türk Ticaret Kanununun ise genel kanun olarak nitelendirilmesi gerektiği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bir konuyu genel hükümlere bırakmayı arzu etmeyerek özel bir kanunla düzenlemesi durumunda söz konusu özel kanun hükümlerinin *lex specialis* esasınca öncelikle uygulanması gerekmele birlikte, sonraki tarihli genel kanun önceki tarihli özel kanunun bir kısım hükümlerini açıkça ilga etmiş ise artık özel kanun hükümleri değil; genel kanun hükümleri geçerli olacaktır. Bu çerçevede, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 01/11/2005 tarihli ve 25983 Mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiği, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun ise 14.2.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazetede yayımlandığı ve büyük kısmının 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe girdiği (m. 1534/I) dikkate alındığında, Bankacılık Kanunu “*önceki tarihli özel kanun*”, Türk Ticaret Kanunu ise “*sonraki tarihli genel kanun*” olarak nitelendirilmelidir.

diğer taraftan tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulmasının yolu açılarak şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara güvence verilmiştir...”.

Bu çerçevede, özel kanun - genel kanun ilişkisine Bankacılık Kanunu – Türk Ticaret Kanunu özelinde bakılacak olursa, bankalar tarafından yürütülen iş ve işlemlerde bu kanunlardan hangisinin uygulanacağını tespiti noktasında birkaç ihtimal karşımıza çıkabilmektedir. Şöyle ki;

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, Bankacılık Kanununda hakkında bir hüküm bulunmayan konularda Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Örneğin banka genel kurulunun toplantıya çağırma usulü Bankacılık Kanununda düzenlenmemiş olup, özel kanunda hüküm bulunmayan bu gibi hallerde Türk Ticaret Kanununun anonim şirket genel kurullarının toplantıya çağırılmasına ilişkin genel mahiyetteki hükümleri (TTK m. 410 vd. ile 1527) geçerli olacaktır.

Bu noktada karşılaşılabilecek ikinci ihtimal, Bankacılık Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun aynı konuda farklı hükümler içermesi, ancak sonraki tarihli genel kanunun önceki tarihli özel kanunu açıkça ilga etmemiş olması halidir. Örneğin BankK. m. 23/I'de bankaların yönetim kurullarının genel müdür dahil beş kişiden az olamayacağı kabul edilmiş iken, TTK m. 359/I ise anonim şirketlerde yönetim kurulunun bir kişiden oluşabileceğini kabul etmiştir. Ancak sonraki tarihli genel kanunun yönetim kurulu üye sayısına ilişkin farklı bir düzenleme getirdiğinden bahisle bankalarda yönetim kurulunun bir kişiden oluşabileceği sonucuna varılması mümkün değildir. Zira Türk Ticaret Kanunu bu konudaki özel kanun hükümlerinin ilga edildiği yönünde açık bir hükme yer vermemiş, aksine 330'uncu maddesinde özel kanun hükümlerinin saklı olduğunu ayrıca ve açıkça ifade etmiştir.

Özel kanun – genel kanun ilişkisindeki üçüncü ihtimal ise, sonraki tarihli genel kanunun önceki tarihli özel kanununu açıkça yürürlükten kaldırmış olmasıdır. Bankacılık Kanunu – Türk Ticaret Kanunu özelinde bu yönde açık bir hükme rastlanmamaktadır. Başka bir ifadeyle Türk Ticaret Kanununda, Bankacılık Kanununun bir kısım hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığı yönünde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda yapılması gereken ise, kanun koyucunun yeni tarihli genel kanun olan Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümlerini çıkarmadaki iradesinin araştırılması yani *ratio legis* yoludur³⁸.

³⁸ **Güriz, A.:** Hukuk Başlangıcı, Ankara 2013, s. 158; **Akipek, J./Akıntürk, T./Ateş Karaman, D.:** Türk Medeni Hukuku, C.I, Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, B. VIII, s. 102-103.

İnceleme konumuza ilişkin olarak tartışılması gereken asıl mesele ise, yürürlükten kaldırılmış olan genel kanunda düzenlenen bir kısım müesseseleri referans alan özel kanun hükümlerinin, eski kanunu yürürlükten kaldıran yeni tarihli genel kanun hükümlerinden ne şekilde etkileneceği hususudur. Bu çerçevede, Bankacılık Kanununun yürürlüğe girdiği dönemde geçerli olan 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanununda yalnızca gerçek kişilerin anonim şirket yönetim kurulu üyeliği düzenlenmiş olduğundan, Bankacılık Kanununda da bunu referans alan bir kısım hükümlere yer verilmiş, ancak tüzelkişilerin bankalarda yönetim kurulu üyesi olamayacağı hususu ayrıca ve açıkça belirtilmemiştir. Başka bir ifadeyle söz konusu dönemde bir tüzel kişinin bankalarda yönetim kurulu üyesi olmasının önündeki engel Bankacılık Kanunu değil, mülga Türk Ticaret Kanunu idi. Dolayısıyla yürürlükte olan Türk Ticaret Kanununun 359'uncu maddesi artık tüzel kişilerin anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi olmasına izin verdiğinden, tüzel kişilerin Bankacılık Kanunu ile ayrıca ve açıkça yasaklanmamış olan bu imkândan faydalandırılması, başka bir ifadeyle bankalarda tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabileceğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, burada genel kanunun özel kanunda düzenlenen bir kurumu genel bir şekilde düzenleyip, ayrıntıların düzenlenmesini özel kanuna bırakması gibi bir durum söz konusu değildir. Bilakis, Türk Ticaret Kanununun burada sistem değişikliğine giderek, anonim şirket yönetim kurullarında artık sadece gerçek kişilerin değil tüzel kişilerin de yer almasına imkân tanıdığı görülmektedir. Bu gibi hallerde, yeni tarihli genel kanun artık ilgili hususta uygulanmak durumundadır³⁹. Çalışma konumuz özelinde bu noktada, Bankacılık Kanununun ilgili hükümlerinin

³⁹ **Akıpek /Akıntürk /Ateş Karaman**, s. 103. Ayrıca *Kırca*, burada sonraki tarihli genel nite-likte olan TTK'nın, kendisine göre eski tarihli olan özel kanunları değiştirdiğini belirtmiştir. Bkz. **Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat**, s. 402. Benzer bir açıdan konuya yaklaşan *Özdamar/Doğan*, “Kanunda, söz konusu yasağın yönetim kurulu üyeliklerinde aslen bulunan veya temsilci bulunduran ve banka sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak nitelikli paya sahip olan gerçek kişi ortaklar ile tüzel kişi ortaklar hakkında uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır (BankK. m. 50/2). 6762 sayılı TTK'da tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olamayacakları, ancak yönetim kurulunda temsilci bulundurabilecekleri kabul edilmiş olduğundan (m. 312/2), BankK. m. 50/1'de de buna paralel olarak tüzel kişilerin yönetim kurulundaki temsilcilerinden bahsedilmektedir. Ancak tüzel kişi ortakların yönetim kurulu üyeliği için aday önermesine dayalı söz konusu sistem Ticaret Kanunu ile terk edilmiştir. Bu bağlamda, artık pay sahibi tüzel kişilerin yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkı olmadığından, BankK. m. 50/1 de yer alan düzenlemeyi, söz konusu yasağın yönetim kurulu üyeliklerinde aslen bulunan ve banka sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak nitelikli paya sahip olan ortakların yasak kapsamında bulunmadığı şeklinde anlamak gerekir.” şeklinde bir değerlendirmede bulunarak 6762 sayılı eTTK'yı referans alan Bankacılık Kanunu hükümlerinin yeni TTK çerçevesinde yorumlanması ve uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. *Özdamar/Doğan*, s. 13.

birçoğunun -izah edileceği üzere- tek başına açıkça tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olmasına engel teşkil etmediği, bu hükümlerin ancak eTTK sistematığı içerisinde değerlendirilmesinden böyle bir netice alınabileceği kanaatimizi belirtmekte fayda görmekteyiz⁴⁰. Dolayısıyla, yeni tarihli genel kanunun uygulanmasından kastın, burada yeni tarihli genel kanun ile getirilen sistem değişikliği gözetilerek, özel kanunun ilgili hükümlerinin yorumlanması olarak kabulü gerektiği ve bunun da yeterli olduğu kanaatindeyiz. Yeterli olmasaydı dahi, sonraki tarihli genel kanunun bu noktada uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

B. KONUYA İLİŞKİN MEVZUATIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Ülkemizin bankacılık alanındaki ilk özel kanunu olan 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanununun⁴¹15'inci maddesinde “*Türk kanunlarına tevkiifan teşkil edilmiş ve edilecek bankaların anonim veya hisse senetli komandit veya limited şirket şeklinde olması şarttır. Hususî kanunlarla teşkil olunan bankalar ve emniyet sandığı bu kayitten müstesnadır.*” şeklinde bir hükme yer verilmiş, ancak banka yönetim kurulu üyelerinin taşımaları gereken nitelikler ayrıca düzenlenmemiştir. Mevduatı Koruma Kanununu yürürlükten kaldıran 2999 sayılı Bankalar Kanunu⁴² da aynı şekilde bankaların “*anonim, limited veya hisse senetli komandit şirket*” şeklinde kurulabileceğini kabul etmiş (m. 3) ve banka yönetim kuruluna ilişkin bir kısım hükümler getirmiş (m. 9 vd.) olmasına karşın, bu Kanunda da yönetim kurulu üyelerinin taşımaları gereken niteliklere ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Bankaların anonim şirket şeklinde kuruması zorunluluğu ilk defa 2999 sayılı Bankalar Kanununu yürürlükten kaldıran 7129 sayılı Bankalar Kanunu⁴³ ile (m. 3) kabul edilmiş olup, bu Kanunda da bankalarda görev yapacak olan yönetim kurulu üyelerinde özel nitelikler aranacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. 7129 sayılı Bankalar Kanununu yürürlükten kaldıran 70 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁴⁴ ise, bankaların anonim

⁴⁰ Benzer bir tespit de Göktürk tarafından, “*Bankacılık Kanununun anonim şirketler hukukunda meydana gelen güncel gelişmelerden uzak tutacak şekilde yorumlanamayacağını, bu kanunun yönetim organizasyonuna ilişkin düzenlemelerinin TTK'nın ilgili düzenlemeleri ile birlikte değerlendirilip yorumlanması gerektiğini ve hiçbir suretle bu değerlendirmenin Bankacılık Kanununun sistemi, bütünlüğü ve yatırımcının korunması ilkeleri ile çelişkili bir sonuç doğurmaması gerektiğini*” belirtmek suretiyle yapılmıştır. Bkz. **Göktürk**, s. 44.

⁴¹ 5.6.1933 tarihli ve 2419 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

⁴² 9.6.1936 tarihli ve 3325 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

⁴³ 2.7.1958 tarihli ve 9944 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

⁴⁴ 22.7.1983 tarihli ve 18112 sayılı (2. mükerrer) Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

şirket şeklinde kurulması zorunluluğunu hükme bağladıktan sonra (m. 5), banka yönetim kurulunun tabii üyesi olan (m. 21) genel müdürün sahip olması gereken nitelikleri “*Banka genel müdür ve yardımcılarının, hukuk, iktisat, maliye, bankacılık veya mühendislik-işletmecilik dallarında yüksek öğrenim görmüş olmaları ve bankacılık veya işletmecilik dallarında, genel müdürlüğe atanacakların en az 10 yıl, genel müdür yardımcılıklarına atanacakların ise en az 7 yıl tecrübe sahibi olmaları şarttır.*” şeklinde belirlemiştir (m. 24).

70 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, bir takım değişikliklere uğrayarak 3182 sayılı Bankalar Kanunu⁴⁵ olarak kanunlaşmış olup, bu Kanunda bankaların anonim şirket şeklinde teşkilatlanmak zorunda oldukları (m. 5) ve banka genel müdürlerinin hukuk, iktisat, işletmecilik, maliye, bankacılık veya mühendislik-işletmecilik dallarında yüksek öğrenim görmüş olmaları ve bankacılık veya işletmecilik dallarında en az 10 yıllık tecrübeye sahip olmaları gerektiği hükme bağlandıktan sonra (m. 24), “*Bu Kanununun 24 üncü maddesinde genel müdür için öngörülen şartlar, süre hariç yönetim kurulu üyelerinin yarıdan bir fazlası için de aranır.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle yönetim kurulu üyelerinin bir kısmında aranan eğitim ve mesleki tecrübe şartları belirlenmiştir.

3182 sayılı Bankalar Kanununu yürürlükten kaldıran 4389 sayılı Bankalar Kanunu⁴⁶ Türkiye’de kurulacak bir bankanın anonim şirket şeklinde kurulması gerektiğini kabul ederek (m. 7), banka genel müdürlerinin hukuk, iktisat, işletmecilik, maliye, bankacılık ve kamu yönetimi ve dengi dallarda veya bu dallarla ilgili mühendislik alanlarında en az lisans düzeyinde öğrenim görmüş olmalarını ve bankacılık veya işletmecilik alanında en az on yıllık mesleki deneyime sahip olmalarını zorunlu tutmuş ve buna ilave olarak genel müdür için öngörülen bu şartların, süre hariç yönetim kurulu üyelerinin yarıdan bir fazlası için de aranacağını, ayrıca murahhas üyelerin genel müdürde aranan şartları taşımalarının zorunlu olduğunu hükme bağlamıştır (m. 9).

Nihayet 4389 sayılı Bankalar Kanununu yürürlükten kaldıran 5411 sayılı mer’i Bankacılık Kanunu ise, bankaların anonim şirket şeklinde kurulmalarının zorunlu olduğunu kabul ettikten sonra (m. 7), genel müdürlerde aranacak eğitim ve mesleki tecrübe koşulunun yönetim kurulu üyelerinin yarıdan bir fazlası için de aranacağını, murahhas üyelerin genel müdürde aranan şartları taşımalarının zorunlu olduğunu ve yönetim kurulu üyelerinin

⁴⁵ 2.5.1985 tarihli ve 18742 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁶ 23.6.1999 tarihli ve 23734 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

bu Kanunun “*Kurucularda aranan şartlar*” başlıklı 8’inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şartları taşıması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Görüleceği üzere, Cumhuriyetin ilk yıllarından bu yana bankacılık sistemini özel kanunlarla düzenleme gereğini duyan kanun koyucu, bu kanunlardan hiç birisinde tüzel kişilerin banka yönetim kurulu üyesi olamayacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer vermeyerek bu hususu genel hükümlere bırakmıştır.

C. BANKA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNDE ARANAN NİTELİKLER⁴⁷

Banka yönetim kurulu üyelerinin sahip olmaları gereken niteliklere ilişkin olarak Bankacılık Kanunu ile getirilen sistem incelendiğinde, banka genel müdürleri için öngörülen eğitim ve mesleki tecrübe şartlarının yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlası için de aranacağı, muhassas üyelerin de aynı şekilde genel müdürde aranan şartları taşımasının zorunlu tutulduğu ve son olarak banka yönetim kurulu üyelerinin tamamının, Bankacılık Kanununun kurucularda aranan niteliklere ilişkin 8’inci maddesinde sayılan niteliklerden bir kısmına sahip olmaları gerektiğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, yukarıda sayılan şartlardan ilk ikisi yönetim kurulu üyelerinden yalnızca bir kısmında aranacak, üçüncü şart ise tüm üyeler bakımından geçerli olacaktır.

1. ÜYELERİN BİR KISMINDA ARANAN NİTELİKLER

Bankacılık Kanununda banka genel müdürlerinin yönetim kurulunun doğal üyesi olduğu kabul edilmiş ve yönetim kurulunun genel müdür dâhil 5 kişiden az olamayacağı hükme bağlanmıştır. Uygulamada çoğu zaman 5 kişilik yönetim kurulu yeterli görülmemekte olup, bu sayının 10’un üzerine çıkması söz konusu olabilmektedir⁴⁸.

Kimi zaman yüzlerce şubeye ve binlerce çalışana sahip olabilen bankalarda banka içi bürokrasinin başı konumunda bulunan genel müdürün

⁴⁷ **Tekinalp**, Banka, N.19-11 vd.; **Reisoğlu**, S.: Bankacılık Kanunu Şerhi, C.I, Ankara 2007, s. 378 vd.; **Atasagun**, Y. S.: Bankalar Kanunu, İstanbul 1958.

⁴⁸ Uygulamada yönetim kurulu üye sayısı örneğin Türk Ekonomi Bankası A.Ş.’de 14 (<http://www.teb.com.tr/teb-hakkinda/yonetim-kurulu/>), Denizbank A.Ş.’de 13 (<http://www.denizbank.com/hakkimizda/yonetim/yonetimkurulu.aspx>), Yapı ve Kredi Bankası A.Ş.’de 12 (<http://www.yapikredi.com.tr/yatirimci-iliskileri/kurumsal-yonetim/yonetim-kurulu.aspx>), Şekerbank T.A.Ş.’de 11 (<http://www.sekerbank.com.tr/hakkimizda/yonetimkadromuz>) olarak belirlenmiştir.

belirli alanlarda eğitim görmüş olmasını ve yeterli mesleki tecrübeye sahip olmasını gerekli gören kanun koyucu, banka genel müdürlerinin hukuk, iktisat, maliye, bankacılık, işletme, kamu yönetimi ve dengi dallarda en az lisans düzeyinde, mühendislik alanında lisans düzeyinde öğrenim görmüş olanların ise belirtilen alanlarda lisansüstü öğrenim görmüş olmalarını ve bankacılık veya işletmecilik alanında en az on yıllık meslekî deneyime sahip olmalarını zorunlu tutmuştur (BankK. m. 25/I). Genel müdürlüğe atanacakların, bu şartları taşıdıklarını gösteren belgelerle birlikte Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna bildirilmesinin zorunlu olması ve bu bildirimden itibaren yedi iş günü içinde Kurumca olumsuz görüş bildirilmemesi durumunda ilgili kişilerin atamalarının yapılabileceğinin hükme bağlanması (BankK. m. 25/III) karşısında, hangi alanlarda alınan eğitimlerin Kanunda ismen zikredilen bölümlerin “*dengi dallarda*” olduğunun kabul edileceği ve “*işletmecilik*” alanındaki mesleki tecrübenin kapsam ve mahiyetinin ne şekilde sınırlandırılacağı hususlarında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna geniş bir takdir hakkı verildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Kanun koyucu, yukarıda açıklanan eğitim ve mesleki tecrübe şartlarının yönetim kurulunun doğal üyesi konumunda bulunan banka genel müdürü tarafından taşınmasını yeterli görmemiş, buna ilave olarak “*yönetim kurulu üyelerinin yarıdan bir fazlası*”nın da bu niteliklere sahip olmasını zorunlu tutmuştur (BankK. m. 23/I). Yarıdan bir fazlanın belirlenmesinde buçuklu rakamlar tama iblağ edilecek, bu kapsamda örneğin 7 kişilik bir yönetim kurulunda üye sayısının yarısı 3,5 olduğundan, bunun bir fazlası 4,5 olarak bulunacaktır. Buçuk üyeden bahsedilemeyeceğinden bu rakam tama iblağ edilerek 7 kişilik bir yönetim kurulunda en az 5 kişinin genel müdür için aranan şartları taşınması gerektiği sonucuna varılacaktır.

Kanun koyucu murahhas üyelerin genel müdürde aranan şartları taşımalarının zorunlu olduğunu ayrıca ve açıkça ifade etmiş olmakla birlikte, murahhas üyelerin de yönetim kurulu üyelerinin yarıdan bir fazlasının hesabında dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Başka bir ifadeyle yukarıdaki örnekte 7 kişilik bir yönetim kurulunda bir üye murahhas olarak belirlenmişse, yarıdan bir fazla olan 5 kişiye ilave olarak murahhas üye ile birlikte 6 üyenin genel müdürde aranan şartları taşınmasının zorunlu olmadığı, murahhas üyenin de dâhil olduğu 5 kişinin bu şartları taşınmasının yeterli ve gerekli olduğunun kabulü uygun olacaktır.

Bu bağlamda, banka yönetim kurulu üyelerinin yarıdan bir fazlasının gerçek kişi olması, kanuni bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin 11 kişilik bir yönetim kurulunda 7 üyenin ($11/2=5,5+1=6,5+0,5=7$)

gerçek kişi olması gerekmekte ise de, geriye kalan 4 üyenin Bankacılık Kanununda belirtilen eğitim veya mesleki tecrübe şartlarını taşımaları, dolayısıyla gerçek kişi olmaları, zorunlu değildir.

Tüzel kişilerin belirli alanlarda eğitim görmesinden söz edilemeyeceği, başka bir ifadeyle üniversite eğitiminin ancak gerçek kişiler tarafından alınabileceği dikkate alındığında, banka yönetim kurulunda görev yapmakta olan genel müdürün, murahhas üyelerin ve yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlasının gerçek kişi olmalarının zorunlu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁹. Bu noktada, eğitim ve mesleki tecrübe şartının TTK m. 359/ II uyarınca, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına toplantılara katılarak oy kullanmak üzere belirlenip tescil ve ilân olunan gerçek kişilerde de aranmasının gerekliliği belki kendini göstermektedir. Bilhassa özel kanunlara tâbi anonim şirketler ve çalışma konumuzu oluşturan bankalar açısından son derece önemi haiz olan bu ayrıntı, hususi bir takım nitelikler arayan özel kanunların ve esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için özel şartlar öngörüldüğü hallerde⁵⁰ esas sözleşmenin dolanılmasına imkân da verebilir. Ancak, özellikle banka yönetim kurulu üyelikleri bakımından doğabilecek sakıncaları paylaşmakla birlikte, bunun engellenmesi için açıkça bir kanuni düzenleme bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Zira TTK m. 359/III'de, “*Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır*” denilmek suretiyle, kanun koyucu özel olarak söz konusu gerçek kişide aradığı şartı “*tam ehliyetli olmak*” biçiminde ifade etmiştir. Söz konusu bu yorum, kanun koyucunun iradesi ile uyumludur. Zira kanun koyucu madde lafzında bilinçli bir şekilde devamlı suretle yönetim kurulu üyeliği ile ilgili düzenlemelerde bulunurken, tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişi ile ilgili sadece tam ehliyet⁵¹ kıstasında iradesini göstermiştir. Kaldı ki, aksi

⁴⁹ Bu noktada ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. aşt. dn. 62.

⁵⁰ Genel kurulun yönetim kurulunu belirleme yetkisini kaldırarak nitelikte olmayacak şekilde, yaş, ikametgah, belirli bir meslek grubuna dahil olma, asgari tahsil vb. şartların ana sözleşmede öngörülebileceğine ilişkin bkz. **İzmirli, Y.** : Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001, s. 43. Ancak **Kırca**, bu ve benzeri kayıtların konulabileceğini kabul etmekle birlikte, TTK m. 340 bağlamında emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil etmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, s. 403. Bu ve benzeri kayıtların TTK m. 340 bağlamında emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil edeceği yönünde aksi görüş için bkz. **Eminoğlu, C./Çakır, F. B.** : “*Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması*”, GÜHFD, C. XVIII, Y. 2014, S.3-4, s.280..

⁵¹ İsviçre hukukunda eskiden beri, yönetim kurulu üyesinin seçilebilmek için temyiz kudretinin bulunmasını yeterli bulan görüş yanında, tam ehliyetli olmasını arayan görüş de mevcuttur. Görüşler için bkz. **von Steiger, F.** : İsviçrede Anonim Şirketler Hukuku (çev. Çağa, T.), İs-

yorum tüzel kişinin bizzat kendisinin artık yönetim kurulu üyesi olabilmesi imkânını tanıyan yeni sistemi de gölgeleyecektir. Kanaatimizce kanun koyucu sırf bu sebeple genel kanun olan TTK'da böyle bir hükmü bilinçli olarak tercih etmeyip, ihtiyaç olan alanlarda özel kanunlarla söz konusu gerçek kişiler için bu koşulun getirilmesi yolunu işaret etmiştir⁵². Hatta, TTK m. 359/IV hükmü de dikkate alınırca, üyeliği sona erdiren sebeplerin seçilmeye de engel olduğunun belirtilmesiyle birlikte⁵³, aksi görüşün savunulması daha da sıkıntılı bir hal alabilecektir. Zira, madem ki bu şartlar söz konusu gerçek kişi için aranmalıdır, o halde aynı zamanda m. 359/IV'e göre aynı zamanda bir seçilme engeli olan m. 363/II'deki sona erme sebepleri, gerçek kişinin şahsında vuku bulduğu an kendiliğinden tüzel kişinin üyeliği de hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ermelidir. Oysa kanun koyucu m. 359/II'nin gerekçesinden anlaşıldığı üzere, böyle haklı durumların varlığı halinde, şirketin sadece tüzel kişiden gerçek kişiyi değiştirme hakkını haiz olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Zira, gerçek kişiyi belirlemek ve değiştirmek hakkı sadece tüzel kişiye aittir.

2. ÜYELERİN TAMAMINDA ARANAN NİTELİKLER

Bankacılık Kanununun 23'üncü maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde, banka kurucusu olmak için aranan şartlardan bir kısmının yönetim kurulu üyelerinde de aranacağı hükme bağlanmıştır. Eğitim ve mesleki tecrübe şartından farklı olarak Kanunun 8'inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şartlar yönetim kurulu üyelerinin tümünde

tanbul 1968, s.261-262. Bu tartışmalara katkı ve Türk Hukukundaki benzer tespitler için tam ehliyetli olmayı kıstas olarak arayanlar için bkz. **İzmirli**, s. 42; aksi görüş için bkz. **Arslanlı, H.**: Anonim Şirketler, C. II-III, İstanbul 1960, s. 98 vd; **Ayhan, R.** : "Anonim Şirketlerde Yönetim Kuruluna Üye Seçilebilmek İçin Ehliyet Şartı", SÜHFD, Konya 1988, C.I, S.1, s.248.

⁵² Aynı yönde bkz. **Akdağ Güney**, s. 20; Karşı görüş bildiren **Kırca**, söz konusu gerçek kişinin kanunlarda ve esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aranan şartları taşıması gerektiğini ifade ederek, tam ehliyetli olma şartını arayan hükmün amacının sadece ehliyete vurgu yapmakla sınırlı olduğunu belirtmiş; aksi yorumun amacı aşan zorlama ve hatalı bir yorum olacağını da vurgulamıştır. Bununla birlikte, tereddütlerin önüne geçmek için söz konusu gerçek kişi için de yönetim kurulu üyeliği için aranan niteliklere sahip olma koşulu getiren bir kanun hükmü arama ihtiyacını da ifade etmiştir. Bkz. **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, s. 406; Aynı yönde bkz. **Eminoğlu/Çakır**, s.283-284. **Tekinalp** ise sadece, diğer yönetim kurulu üyelerinin tüzel kişinin özdeşi olan gerçek kişiye, onun kişiliğinden doğan, örneğin iflasına karar verilmiş olma, ehliyetinin kısıtlanması/kaybı, rakiple ilişki içinde bulunma gibi, sebeplerle itiraz edebileceklerini ifade etmekle yetinmiştir. Bkz. **Tekinalp, Ü.**: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2011, B. 2, N. 12-15.

⁵³ eTTK döneminde sona erme sebeplerinin üyeliğe seçilmeyi engellemeyeceği yönünde kanun koyucunun irade buyurmadığı, isteseydi o dönemki Bankalar Kanununda olduğu gibi açıkça seçilme engeli olarak belirleyebileceği yönünde görüş için bkz. **Arslanlı**, s. 99.

aranacaktır. Tüm yönetim kurulu üyelerinde aranan bu şartlar ile üyelerin yarısından bir fazlasında aranan nitelikler arasındaki bir diğer farklılık ise, bu bölümde inceleme konusu yapılan şartların “olumsuz” bir niteliğe sahip olmasıdır. Başka bir ifadeyle yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlasının Kanunda aranan eğitim ve mesleki tecrübeye “sahip olması” zorunlu iken, yönetim kurulu üyelerinin tümünün ise Kanunda sayılan ve esas itibariyle itibar kırıcı olarak nitelendirilebilecek olan bir takım sıfatlara “sahip olmaması” gerekmektedir.

Kanun ilk olarak banka yönetim kurulu üyelerinin müflis, konkordato ilan etmiş, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma başvurusu tasdik edilmiş ya da hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmamasını (BankK. m.8/I-a) aramaktadır. Bu bent altında sayılan durumların hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler bakımından söz konusu olabileceği dikkate alındığında, Bankacılık Kanununun konuya ilişkin hükümleri, iflas etmemiş, konkordato ilân etmemiş, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma başvurusu tasdik edilmemiş yada hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmemiş olan tüzel kişilerin bankalarda yönetim kurulu üyesi olmasına engel teşkil etmemektedir.

Kanunun aradığı ikinci şart, hakkında Bankacılık Kanununun 71’inci maddesi hükümleri uygulanan bankalarda veya 5411 sayılı Bankacılık Kanunundan önce Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen bankalarda nitelikli paya sahip olmamak veya kontrolü elinde bulundurmamaktır (BankK. m.8/I-b). Gerek gerçek kişilerin, gerekse tüzel kişilerin bu sıfatlara sahip olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, Bankacılık Kanununda yer alan söz konusu hükmün Bankacılık Kanununun 71’inci maddesi hükümleri uygulanan bankalarda veya 5411 sayılı Bankacılık Kanunundan önce Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen bankalarda nitelikli paya sahip olmayan veya kontrolü elinde bulundurmayan tüzel kişilerin bankalarda yönetim kurulu üyesi olmasını engellemediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Tüm yönetim kurulu üyelerinde aranacak üçüncü şart ise, tasfiyeye tabi tutulan bankerler ile iradi tasfiye haricinde tasfiyeye tabi tutulan finansal kuruluşlarda ya da faaliyet izni kaldırılan veya yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna intikal eden bankalarda nitelikli paya sahip ortak veya hâkim ortak olmamaktır (BankK. m.8/I-c). Anılan hükümde belirtilen sıfatların da hem gerçek hem de tüzel kişiler tarafından edinilmesi mümkündür. Bu bağlamda, Bankacılık Kanununda yer alan söz konusu düzenleme, tasfiyeye tabi tutulan bankerler ile iradi tasfiye haricinde tasfiyeye tabi tutulan

finansal kuruluşlarda ya da faaliyet izni kaldırılan veya yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna intikal eden bankalarda nitelikli paya sahip ortak veya hâkim ortak olmayan tüzel kişilerin bankalarda yönetim kurulu üyesi olmasına engel teşkil etmemektedir.

Kanun koyucu son olarak, banka yönetim kurulu üyelerinin Kanunda sayılan bir takım suçlardan hüküm giymemiş olmasını aramaktadır. Buna göre, taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar bile mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca ağır hapis veya beş yıldan fazla hapis, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca üç yıldan fazla hapis cezasıyla cezalandırılmış olanlar veya mülga 3182 sayılı Bankalar Kanununun, 4389 sayılı Bankalar Kanununun, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun ve 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanununun (ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun⁵⁴) ve ödünç para verme işleri hakkında mevzuatın hapis cezası gerektiren hükümlerine muhalefet yahut mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunlar uyarınca basit veya nitelikli zimmet, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlâk kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, kara para aklama veya Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile Devlet sırlarını açığa vurma, Devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar, vergi kaçakçılığı suçlarından veya bu suçlara iştiraktan hükümlü bulunanlar bankalarda yönetim kurulu üyesi olamayacaktır. Bu bağlamda, yalnızca gerçek kişilerin herhangi bir suçtan hüküm giyebileceği dikkate alındığında, banka yönetim kurulunda görev almak isteyen tüzel kişilerin Kanunun aradığı bu şartı ihlal etmelerinin teorik olarak mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır. Başka bir ifadeyle Kanunun aradığı yukarıda mezkûr suçlardan ötürü hüküm giymemiş olma şartının, tüzel kişiler bakımından her zaman karşılandığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla Bankacılık Kanununda yer alan söz konusu düzenleme, bankalarda

⁵⁴ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 139'uncu maddesinde yer alan "28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Mevzuatta 2499 sayılı Kanun hükümlerine yapılan atıflar, bu Kanunun ilgili hükümlerine yapılmış sayılır." şeklindeki hüküm uyarınca, BankK. m. 8/1-d'de 2499 sayılı Kanuna yapılan atfın, 6362 sayılı Kanuna yapılmış sayılacağı kabul edilmelidir.

yönetim kurulu üyesi olmak isteyen tüzel kişilerin bu sıfatı kazanmasına engel teşkil etmemektedir⁵⁵.

III. BANKACILIK DÜZENLEME VE DENETLEME KURULU KARARI SONRASI ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ VE FİİLİ DURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. BANKACILIK DÜZENLEME VE DENETLEME KURULUNUN 4945 SAYILI KARARI

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun 25/09/2012 tarihli 19304 ve 19305 sayılı yazıları⁵⁶, Türkiye Bankalar Birliğine ve Türkiye Katılım Bankaları Birliğine hitaben şu ifadeleri içermektedir:

“ Bilindiği üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) 359 uncu maddesinin (2) numaralı fıkrası, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunundan farklı olarak tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi olmalarına imkan tanımaktadır. Kurumumuzca değerlendirilen konu Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 20.09.2012 tarihli toplantısında gündeme alınmış olup, TTK'nın 359 uncu maddesinin (2) numaralı fıkrası tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi olmalarına imkan vermekle birlikte, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun ve ilgili mevzuatın gerçek kişileri esas alarak düzenlenmesi ve yönetim kurulu üyelerinin taşınması gerekli nitelikler ve yüklendikleri fonksiyonlar ile TTK'nın 210 uncu maddesinin (2) numaralı fıkrası dikkate alınarak, Kurumumuz gözetim ve denetimine tabi anonim şirketlerin yönetim kurulunun gerçek kişilerden oluşması yönündeki uygulamanın devamına

⁵⁵ Benzer bir durum da, kanun koyucunun anonim şirket yönetim kurulu üyesi bakımından üyeliği sona erdiren sebeplerin seçilmeye de engel olacağını belirttiği TTK m. 359/IV hükmünde söz konusudur. Buna göre, üyeliği sona erdiren sebepleri düzenleyen TTK m. 363/II hükmü dikkat çekici olup, “Yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybederse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer” biçiminde düzenlenmiştir. Bu hükümde vaz edilen “...veya ehliyeti kısıtlanır...” ifadesinin muhatabı, Türk Medeni Kanunu m. 405 vd. hükümleri uyarınca sadece gerçek kişilerdir. Dolayısıyla kanun koyucunun, sadece gerçek kişiler için söz konusu olabilecek bir seçilme engeli (veya üyeliği sona erdiren sebep) öngörmüş olması, yönetim kurulu üyesi olarak da sadece gerçek kişinin atanmasını öngördüğü sonucunu doğurmayacaktır. Burada varılabilecek tek sonuç, tüzel kişinin ehliyeti kısıtlanması gibi bir durumun söz konusu olamayacağı veçhile, bu koşulun yönetim kurulu üyeliği söz konusu olan tüzel kişiler için her zaman sağlanmış olmasıdır.

⁵⁶ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun ilgili yazısı tarafımızca 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında talep edilerek temin edilmiştir. BDDK'nın 20.09.2012 tarih ve 4945 sayılı kararı ayrıca şurada da yer almıştır. Bkz. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, s. 402, dn. 47.

karar verilmiştir. Bilgi edinilmesi ve bahse konu kararın tüm üye bankalara duyurularak sonucundan Kurumumuza bilgi verilmesi hususunda gereğini rica ederim”.

Bu bağlamda, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 20/09/2012 tarihli ve 4945 sayılı kararı ile tüzel kişilerin bankalarda yönetim kurulu üyesi olamayacağını amaçlayan bir karar verdiği anlaşılmaktadır. Kurul’un mezkûr kararındaki, “*yönetim kurulunun gerçek kişilerden oluşması yönündeki uygulamanın devamına*” ifadesinin altında yatan sebep bu olmakla birlikte, uygulamanın devamının artık yasal gerekçeyi haiz olup olmadığı hususunun göz ardı edildiği anlaşılmaktadır. Zira 6762 sayılı TTK m. 312/ II’de benimsenen sistem, yani tüzel kişinin temsilcisi gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi olarak bankalarda faaliyet gösterme imkânı, 6102 sayılı TTK ile birlikte ortadan kalktığı için bu uygulamanın devam ettirilmesi mümkün değildir. O halde, banka yönetim kurulunda eski kanun döneminde gerçek kişi ile temsil edilen söz konusu tüzel kişi, yeni sistemin geçerli olduğu şu dönemde Kurul kararı nedeniyle kendisinin yönetim kurulu üyesi olma yolu kapatılması karşısında hangi yolu izleyebilecektir sorusunun cevabı⁵⁷ ve bunun sonuçları son derece önemi haizdir.

B. KURUL KARARININ HUKUKİ OLARAK ELEŞTİRİSİ

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 4945 sayılı kararına ilişkin olarak getirilmesi gereken ilk eleştiri, söz konusu idari işlemin yetki unsuruna ilişkindir. Bankacılık Kanununun 82’nci maddesinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ile Başkanlıktan oluşacağı kabul edildikten sonra, Kurumun bu Kanunla ve mevzuatla kendisine verilen düzenleme ve denetlemeyle ilgili görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getireceği ve kullanacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Kanunun 93’üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “*Kurum, bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde kendisine verilen yetkilerini, Kurulca tesis edilecek düzenleyici işlemler veya alınacak özel nitelikli kararlar ile kullanır. Kurum, Kurul kararıyla bu Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikler ve tebliğler çıkarmaya yetkilidir.*” şeklindeki hüküm de Kurumun karar organı olan⁵⁸ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun belirli bir konuda

⁵⁷ Kurul kararının uygulamada ortaya çıkardığı sorunlara ilişkin bkz. a.şğ. III.C.

⁵⁸ Bankacılık Kanununun 83’üncü maddesinde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun karar organının “*Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu*” olduğu ayrıca ve açıkça ifade edilmiştir.

düzenleme yapabilmesi veya talimat verebilmesi için yasal dayanağa ihtiyaç duyduğunun altını çizmektedir. Aynı şekilde Kurul kararının dayanağı olarak gösterilen Türk Ticaret Kanununun 210'uncu maddesinin (2) numaralı fıkrası da bu hususa işaret etmektedir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Türk Ticaret Kanununun ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin uygulamasıyla ilgili tebliğler yayımlamaya yetkili olduğu kabul edildikten sonra, (2) numaralı fıkra da diğer bakanlık, kurum, kurul ve kuruluşların, ancak kendilerine kanunla tanınan yetkinin sınırları içinde kalmak şartıyla ve öngörülen amaç, konu ve şekle tabi olarak şirketlere ilişkin düzenlemeler yapabileceği kabul edilmiştir. Buna karşılık Bankacılık Kanununda Türk Ticaret Kanununun izin verdiği “tüzel kişi yönetim kurulu üyeliği” müessesesinin bankalar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı hususunda karar alınabilmesi için Kurula yetki veren bir hüküm bulunmadığı gibi, mevzuatımızda yer alan diğer kanunlarda da bu yönde yetkiler veren herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Başka bir ifadeyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, kendisine yetki verilmeyen bir konuda karar almış olduğundan, söz konusu Kurul kararının yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Diğer taraftan, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından Türkiye Bankalar Birliğine ve Türkiye Katılım Bankaları Birliğine gönderilen yazılarda yer verilen ifadeler dikkate alındığında, söz konusu idari işlemin dayandığı gerekçeler ortaya çıkmaktadır. Buna göre;

Kurul kararının ilk dayanağı, “Bankacılık Kanununun ve ilgili mevzuatın gerçek kişileri esas alarak düzenlenmesi” olarak gösterilmiştir. Bu noktada bir kez daha ifade etmek gerekir ki Bankacılık Kanununun kabul edildiği tarihte⁵⁹ yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu anonim şirketlerde tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmalarına imkân vermediğinden, Bankacılık Kanununda yer alan düzenlemelerin de bu sisteme uyumlu olarak hazırlanması ve bu şekilde yorumlanması halin icabı gereğidir. Başka bir ifadeyle, Bankacılık Kanununda yer alan banka yönetim kurulu üyelerine ilişkin hükümler 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu ile benimsenen “gerçek kişi yönetim kurulu üyeliği” sistemini referans almış, ancak tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olamayacağını ayrıca ve açıkça hükme bağlamamıştır. Bu sebeple, Bankacılık Kanununun ve ilgili mevzuatın gerçek kişileri esas alarak düzenlenmiş olması, mevzuatımızda tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğini yasaklayan bir kanuni düzenleme olmadığı

⁵⁹ Bankacılık Kanunu, 19.10.2005 tarihinde TBMM’de kabul edilmiştir.

sürece⁶⁰, tek başına herhangi bir anlam ifade etmemektedir⁶¹. K u r u l kararına dayanak olarak gösterilen ikinci husus, yönetim kurulu üyelerinin taşımaları gerekli niteliklerdir. Yukarıda izah edildiği üzere banka yönetim kurulu üyelerinin taşımaları gereken nitelikler Bankacılık Kanununun 23'üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilmiş olup, bunlardan yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlasında BankK m. 25'e göre aranan eğitim ve mesleki tecrübe şartları münhasıran gerçek kişiler tarafından sahip olunabilecek özellikler olduğundan bu niteliklere ilişkin Kurul değerlendirmesi ilk bakışta haklı görülebilir. Nitekim tüzel kişilerin üniversite eğitimi alması söz konusu olamayacağına göre, banka genel müdürünün, murahhas üyelerin ve -bu kişilerin de dâhil olduğu- yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlasının gerçek kişi olması zorunludur. Buna karşılık geriye kalan yönetim kurulu üyeleri bakımından böyle bir zorunluluğun bulunmadığı da göz ardı edilmemelidir⁶². Bir diğer husus da, Bankacılık Kanununun 23'üncü maddesinin birinci fıkrası atfı ile 8'inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan ve esasen itibar kırıcı olarak nitelendirilebilecek olan sıfatlarla ilgilidir. Burada aranan bu sıfatları haiz olmak değil, bilakis bu koşulları taşıyor olmaktır. Dolayısıyla bu sıfatları taşımayan ve/veya mahiyeti itibarıyla taşıyamayacak olan tüzel kişilerin bankalarda yönetim kurulu üyesi olmasının önünde, bu hüküm gerekçesiyle herhangi bir engel bulunmadığının kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kurul kararında üçüncü olarak, yönetim kurulu üyelerinin “*yüklendikleri fonksiyonlar*” gereği gerçek kişi olmaları gerektiği kabul edilmiştir. Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, kanun koyucu Türk

⁶⁰ Kanunla düzenlenmiş olması halinde dahi, söz konusu olabilecek sorunlarla ilgili bkz. yuk. I. B.

⁶¹ Benzer şekilde *Kırca*, mezkûr konunun Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararıyla değil, kanunla düzenlenmesi gereken bir husus olduğunu belirtmiştir. Bkz. *Kırca/Şehiralı Çelik/ Manavgat*, s. 402, dn. 47.

⁶² Tam da bu noktada göz ardı edilemeyecek bir husus da, 6102 sayılı TTK'nın 13.01.2011 tarihinde kabul edildiği, yani 6335 sayılı Kanunun 43'üncü maddesi ile kaldırılmadan önceki ilk halinde yer alan 359'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesidir. Buna göre, “*Yönetim kurulu üyelerinin en az dörtte birinin yükseköğrenim görmüş olması zorunludur*”. Görüldüğü üzere kanun koyucu burada, Bankacılık Kanunundaki mezkûr düzenlemeye benzer bir şart getirmişti. O halde kanun koyucunun, aynı kanun sistematığı içinde tüzel kişi yönetim kurulu üyesine artık izin verdiği de düşünüldüğünde, üyelerden bir kısmı için yüksek öğrenim şartının aranmış olması, yönetim kurulu üyesinin mutlaka gerçek kişi olacağı anlamını doğurmayacaktır. Zira kanun koyucu kaldırılan 359'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi hükmünde olduğu gibi, bir kısım üyeler için yüksek öğrenim şartı ararken, aynı anda tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin varlığını da kabul edebilir. Aynı değerlendirmenin Bankacılık Kanununun yukarıda mezkûr hükmü için de yapılması kaçınılmazdır.

Ticaret Kanunu ile anonim şirket yönetim kurulu üyelerine şirketin idare ve temsiline ilişkin son derece önemli görev ve yetkiler yüklemiş olmasına karşın, bu yönetim kurulu üyelerinin tüzel kişi olmalarında bir sakınca görmemiştir. Kurul kararının dayanağını teşkil eden “fonksiyonlar” ifadesi ile neyin kastedildiği tam olarak anlaşılammakla birlikte, Bankacılık Kanununda banka yönetim kuruluna verilen yetki ve görevler dikkate alındığında, bu görevlerin tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri tarafından belirlenerek tescil ve ilân ettirilecek olan gerçek kişiler tarafından yerine getirilmesi ile doğrudan gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri tarafından yerine getirilmesi arasında nasıl bir farklılık ortaya çıkacağıın izahının son derece güç olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca Bankacılık Kanununun 27’nci maddesinde yer alan banka yönetim kurulu üyelerinin yemin etmedikçe göreve başlayamayacaklarına ilişkin hükmün de yönetim kurulu üyelerinin tümünün gerçek kişi olmalarını zorunlu hale getirmeyeceğinin kabulü gerekir. Zira 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yemin müessesesine ilişkin 232’nci maddesinde, taraflardan birinin tüzel kişi olduğu hallerde yeminin tüzel kişiyi temsile yetkili kişi veya organ yahut kanuni mümessil tarafından eda ya da iade olunabileceği kabul edilmiştir.

C. KURUL KARARININ UYGULAMADA ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR

6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanununda tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olamayacakları, ancak yönetim kurulunda temsilci bulundurabilecekleri kabul edilmiş olduğundan (m. 312/II), özellikle pay sahibi olan tüzel kişilerin -herhangi bir hileli muameleye⁶³ veya inanca bağlı yönetim kurulu üyeliği yoluna başvurmadan- banka yönetiminde temsilcileri aracılığıyla söz sahibi olmaları mümkün idi. Ancak kanun koyucu temsilci aracılığıyla gerçekleştirilen bu “yönetimde söz sahibi olma hakkı”nı yeterli görmemiş, bunu daha demokratik bir noktaya taşımak için 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda tüzel kişilerin “yönetim kurulu üyesi” sıfatını kazanabilmelerine imkân veren bir sistem benimsemiştir. Dolayısıyla yeni getirilen sistemde tüzel kişiler doğrudan yönetim kurulu üyesi olabildiklerinden, bunların yönetim kurulunda temsilci bulundurabilmelerine imkân ve gerek kalmamıştır.

⁶³ TTK m. 359/II’nin gerekçesinde yer alan ifadelerden anlaşıldığı üzere, anonim şirket yönetim kuruluna üye seçilen kişinin faaliyete başlayabilmesi için eski kanun döneminde ayrıca pay sahibi olmalarına ilişkin zorunluluğun aşılmasına yönelik yapay hile-i şeriye çözümlere başvurulmaktaydı. Yani, uygulamada anonim şirket yönetim kuruluna üye seçimi noktasında kanun hükümlerinin dolanılmasına yönelik bir eğilim her zaman mevcuttu.

Anılan sistem değişikliğinin bankalara yansması ise, diğer anonim şirketlerden farklı şekilde gelişmiştir. Bankada - pay sahibi olan! - tüzel kişiler, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu döneminde yönetim kurulunda temsilci bulundurarak⁶⁴ yönetime katılma haklarını kullanabilmekte iken, temsilci bulundurma haklarından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesiyle; bizzat yönetim kurulu üyesi olma haklarından ise yukarıda anılan Kurul kararıyla mahrum kalmışlardır. Başka bir ifadeyle anonim şirket ortaklarının yönetimde doğrudan söz sahibi olabilmelerinin ve dolayısıyla daha demokratik bir yönetim anlayışının tezahürü olarak ortaya çıkan söz konusu kanun değişikliği Kurul'un mezkûr kararı nedeniyle uygulanmadığından, bankaların yönetiminde yer alması olası tüzel kişi pay sahipleri bakımından mevcut sistemin dahi gerisinde fiili bir durum yaratılmıştır⁶⁵. Tüzel kişi banka ortaklarının banka yönetimine katılma bakımından artık yönetim kurulu üyeliğine aday olan gerçek kişileri desteklemekten başka bir imkânı kalmamıştır. Bu durum, tüzel kişi pay sahibini temsil eden inancılı üyeleri karşımıza çıkarmaktadır⁶⁶. Böylece, bankalar açısından son derece izahı güç bir şekilde -pay sahibi!- tüzel kişiye, inancılı üye ile ilişkisi ispatlanmadığı takdirde, sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmaktadır⁶⁷. Bu noktada belki de BankK m. 110/I hükmü ile sorumlu tutulabilecekleri akla gelebilir. Ancak burada, yönetim kurulu üyesi olmadığı halde hâkim ortağa haksız bir kazanç sağlanması durumunda ve bu maddede öngörülen diğer şartların varlığı halinde, başka bir ifadeyle son derece istisnai durumlarda söz konusu hâkim ortağın sorumluluğuna gidilebilmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla, bankalar

⁶⁴ Bu noktada yaptığımız tespit için bkz. yuk. dn. 18.

⁶⁵ Kurul mezkûr kararı ile TTK gerekçesinde yer alan eski sisteme ilişkin sakıncaların giderilmesi imkanını bankalar açısından engellemiştir. TTK m. 359/II gerekçesine bakacak olursak: Bu hükümle birlikte, şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara sağlanan güvencelerden, sorumluluk hukukunun ana eksenini ile çakışmaktan, dev yapılı, çok uluslu şirketlerin, gerçek kişilerin arkasına gizlenip sorumluluktan kurtulmalarının önlenmesinden bahsedilmiştir. Eski sistemin devamının, hukuki gerçeğe göz kapamak olduğu, adaletsizliği artırdığı gibi hukuki güveni de sarstığı, kanun koyucuyu hukuk kuralının nesnelliliği bağlamında müşkül durumda bıraktığı vurgulanmıştır. Yeni sistemle birlikte, çağdaş hakça bir sorumluluk sistemi kabul edildiği, yönetim kurulunda yer alan gerçek kişinin atanırken temsil ettiği tüzel kişi ile bağının kesilmesi nedeniyle bu tüzel kişinin yönetim kurulu üyesinin eylem ve kararlarından sorumlu tutulamayacağına dair yapay teorinin reddedildiği, artık tüzel kişilerin zayıf mal varlıklı üyelerin arkasına sığınmasına göz yumulmayacağı vurgulanmıştır.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Korkut**, s. 25-26.

⁶⁷ Bu ispatlansa dahi, kanun koyucunun TTK m.553 gerekçesinde ifade ettiği üzere, fiili organ kavramına şüpheli ve sınırlayıcı bakışı göz ardı edilmemelidir. Yine de uygulamada, bu pozisyonda bulunan anonim ortaklıktaki tüzel kişi pay sahibini TTK m. 553 anlamında "yönetici" olarak kabul etmek kuvvetle muhtemeldir. Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. dn. 19.

açısından Kurul kararı ile oluşan mevcut durumun gerisindeki fiili durum bu şekilde de aşılamamaktadır.

Ülkemizde faaliyet gösteren bankaların ortaklık yapılarına bakıldığında, tüzel kişi pay sahiplerinin banka paylarının çoğunluğuna sahip olabildiği görülmektedir. Örneğin beş ortaklı bir anonim şirket olan Ziraat Katılım Bankası A.Ş.’nin tüm ortaklarının tüzel kişi olduğu dikkate alındığında⁶⁸, bu tüzel kişilerin yönetim kurulunda temsilci bulundurmadıkları ve doğrudan yönetim kurulu üyesi de olmadıkları bir sistem, pay sahiplerini “*inançlı yönetim sözleşmesi*”⁶⁹ yoluyla yönetime katılma haklarını kullanmaya itmektedir. Başka bir ifadeyle kamu otoritesi tarafından engellenen yönetime katılma hakkı, uygulamada farklı çözüm yollarıyla aşılmaya çalışılmaktadır. Bu durum ise pay sahibi tüzel kişiler ile bunlar tarafından –inançlı üyelik yoluyla- desteklenen gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkilerden kaynaklanacak hukuki uyumsuzlukların ve belirsizliklerin önünü açmaktadır.

TTK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, m.359/II’nin getirdiği söz konusu yeni sistemin tüm anonim şirketler için geçerli olacağını belirtmiştik. Hakikaten 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 25’inci maddesinin birinci fıkrasında, “*tüzel kişinin temsilcisi olarak üye seçilmiş bulunan gerçek kişinin, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde istifa etmesi, onun yerine tüzel kişinin ya da başkasının seçilmesi gerekir*” şeklinde ifade edilerek, yeni sisteme geçiş sürecinin üç aylık sürenin sonu olan 01/10/2012 tarihine kadar bitirilmesi hüküm altına alınmıştır⁷⁰. Kanunun bu açık emri

⁶⁸ Ziraat Katılım Bankası A.Ş.’nin ortaklık yapısı hakkında bilgi için bkz. <http://www.ziraat-katilim.com.tr/yatirimci-iliskileri/Sayfalar/ortaklik-yapisi.aspx>. Benzer şekilde T. İş Bankası A.Ş. (<http://www.isbank.com.tr/TR/hakkimizda/yatirimci-iliskileri/kurumsal-bilgiler/ortaklik-yapisi/Sayfalar/ortaklik-yapisi.aspx>), Kuveyt Türk Katılım Bankası A.Ş. (http://www.kuveytturk.com.tr/ortaklik_yapisi_hakkimizda.aspx), Şekerbank T.A.Ş. (<http://www.sekerbank.com.tr/yatirimci/ortaklik>) tüzel kişilerin nitelikli pay sahibi olduğu bankalara örnek olarak gösterilebilir.

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Korkut**, s. 105 vd.

⁷⁰ Konu ile ilgili Gümrük ve Ticaret Bakanlığı bir duyuru ile anonim şirketlerin yönetim kurulunda tüzel kişi temsilcisi olarak bulunan üyelerin yerine yenilerinin seçilmesine ilişkin işlemler hakkında, Ticaret Sicil Yönetmeliği’nin m. 69/1 ve 70/I-c hükümlerine uygun olarak, ilgilileri bilgilendirdiği görülmektedir. Bu duyuruya göre, “*6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 25’inci maddesi uyarınca, anonim şirketlerin yönetim kurullarına tüzel kişinin temsilcisi olarak seçilmiş bulunan gerçek kişilerin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde yani 01/10/2012 tarihine kadar istifa etmeleri ve onların yerine tüzel kişilerin bizzat kendilerinin ya da bir başkasının seçilmesi gerekmektedir*” denilmektedir. Ayrıca bu işlem için istenen belgeler arasında, “*bir tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi halinde tüzel kişi ile*

karşısında birer anonim şirket olan bankaların da, yönetim kurullarında tüzel kişi temsilcisi gerçek kişi bulunması halinde, 01/10/2012 tarihine kadar söz konusu istifa prosedürüne uymaları gereklidir. Nitekim yukarıda bahsi geçen ve Kurul'un 25/09/2012 tarihli 19304 ve 19305 sayılı yazıları da, bankaların Kurul'a "6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 25'inci maddesinin birinci fıkrası" hükmünün bankalara uygulanıp uygulanmaması hususundaki soruları üzerine cevaben verildiği anlaşılmaktadır. Kurul ise son derece tartışmalı ve müphem şekilde "yönetim kurulunun gerçek kişilerden oluşması yönündeki uygulamanın devamına" karar verdiğini bildirmiştir.

Öncelikle, kurul sadece Kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda,⁷¹ karar almıştır. Mezkur kararın bankalar açısından uygulanma zorunluluğu olup olmadığı hususuna girmeden, bankaların bu fiili duruma uygun davranacaklarının şüphe götürmez bir gerçeklik olduğunu belirtelim. Zira, Bankacılık Kanunu m. 23 de öngördüğü üzere, seçilen yönetim kurulu üyeleri yedi iş günü içerisinde bu maddede aranan şartları taşıdıklarını gösteren belgelerle birlikte BDDK'ya bildirilmektedir⁷². Buna göre, bankaların Kurul kararının aksine bir tutum sergilemiş olmaları ve keyfiyetten Kurul'un haberdar edilmeme ihtimali imkan dahilinde değildir.

Kurul'un mezkur kararında yer alan "gerçek kişilerden oluşması yönündeki uygulamanın devamı" ifadesi ile neyi amaçladığı anlaşılamamaktadır:

Birinci ihtimal, Kurul eTTK m. 312/II'deki uygulamanın devamını uygun bulmaktadır. Ancak, 6102 sayılı TTK m. 359/II, 6103 sayılı Kanun m. 25/I ve TSY m. 69/ 1, 70/ I-c karşısında bu mümkün görülmemektedir. Yönetim kurullarında tüzel kişi temsilcisi gerçek kişi bulunan bankaların söz konusu üyelerinin 01/10/2012 tarihine kadar Kanunun emrine uygun bir şekilde istifa etmeleri bir zarurettir. Bu nevi üyeler için bu hüküm adeta TTK m. 362'de belirtilen görev süresinin istisnai hali olup, bu süreye uyulmaması

birlikte tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen bir gerçek kişinin adı, soyadı ve belirlemeye ilişkin yetkili organ kararının noter onaylı örneği, (2 adet) ve temsil yetkisi verilen yönetim kurulu üyelerinin şirket ünvanı altında noter onaylı imza beyannamesi (asıl)" sıralanmıştır. Bkz. <http://www.gumrukticaret.gov.tr/icerik/31/2028/anonim-sirketlerin-yonetim-kurulunda-tuzel-kisi-temsilcisi-olara.html>.

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. III. B.

⁷² Bu bildirimle ilişkin bkz. 01.11.2006 tarih ve 2633 sayılı "Bankaların Üst Yönetimine Atanacakların Bildirimi, Yemin ve Mal Beyanında Bulunulması Ve Karar Defterlerinin Tutulmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"

durumunda aynı şekilde TTK m. 410 hükmü mucibince, genel kurulu toplantıya çağırabileceklerinin kabulü aşırı bir yorum olmasa gerekir. Bu üyeler istifa ettikten sonra, genel kurul tarafından yine tüzel kişiyi temsilen bir gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi seçilmesi de mümkün değildir⁷³, aksi takdirde söz konusu genel kurul kararı TTK m. 447/I-c mucibince bâtil olur⁷⁴.

İkinci ihtimal, bankaların tüzel kişi temsilcisi gerçek kişi yönetim kurulu üyelerinin 6103 sayılı Kanun m. 25/II'ye uygun olarak üç ay içinde istifa ettikten sonra, yerlerine doğrudan gerçek kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak atanmalarının kastedilmiş olmasıdır. Bu ihtimal, hâlihazırdaki uygulamayı da yansıtmaması bakımından önem arz etmektedir. Tekrar belirtmek gerekir ki, TTK m. 359/II'nin getirdiği sistemde, zaten pay sahibi olan bir tüzel kişi, kendisi yönetim kurulu üyesi seçilebileceği gibi, etkinliği varsa pay sahibi olsun olmasın kendisiyle birlikte ya da kendisi seçilme dahi bir veya daha fazla gerçek kişiyi ve/veya tüzel kişiyi de yönetim kurulu üyesi olarak seçtirebilecektir. Dolayısıyla, buradan çıkan sonuç, banka genel kurullarının da, kendi iradeleri ile üç ay içinde istifa eden tüzel kişi temsilcisi gerçek kişi yönetim kurulu üyelerinin yerine doğrudan gerçek kişileri seçmelerinin mümkün olmasıdır. Ancak burada tartıştığımız husus, TTK m. 359/II ye uygun olarak, doğrudan ve bağlantısız olarak seçilebilecek yönetim kurulu üyesi gerçek kişi veyahut – Kurul mezkur kararı ile engellenen - tüzel kişi yönetim kurulu üyesi ile birlikte tescilli yapılan gerçek kişi ile ilgili değildir⁷⁵; bilakis bankada pay sahibi tüzel kişinin etkisi ile seçilen ve kendisi bizzat yönetim kurulu üyesi olan gerçek kişi ile ilgilidir. İşte söz konusu banka yönetim kurulu üyesi gerçek kişi ile banka genel kurulunda etkisi olan pay sahibi tüzel kişi arasındaki ilişkiye bakıldığında karşımıza inançlı yönetim kurulu üyeliği çıkmaktadır. Her ne kadar inançlı yönetim kurulu üyesi, etkisi altında olduğu tüzel kişinin her türlü talimatı sırasında anonim şirkete olan sadakat ve özen yükümlülüğünü gözeterek, anonim şirketin menfaatinin tüzel kişinin menfaatinin üstünde tutmak durumunda olsa da⁷⁶, burada söz konusu

⁷³ Bu şekilde bir tüzel kişi temsilcisi olarak ilişkilendirilme halinde Ticaret Sicil Müdürü, TSY m. 69- 170/1-c düzenlemelerini de gözetilerek bu husustaki tescil talebini reddetmelidir (TTK m.32/I).

⁷⁴ **Kırca**, Tüzel Kişiler, s. 52.

⁷⁵ Yönetim kurulu üyesi tüzel kişi ile birlikte tescil edildiği gerçek kişi arasındaki hukuki ilişki ile ilgili olarak, *Tekinalp* iç ilişkide hizmet ilişkisinin olduğunu, dış ilişkide tespitin pratik önemi olmadığını; *Coştan ise*, gerçek kişinin organ veya organ üyesi olabileceği ya da aradaki ilişkinin vekalet ilişkisi olabileceğini, belirtmiştir. Bkz. **Tekinalp**, Sermaye Ortaklıkları, N.12-15a; **Coştan**, s. 123.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yanlı, V**: “İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Duru-

olan gerçek kişinin bu tür sorumluluğunun ortaya konulması kaygısı değil, bilakis tüzel kişinin sorumluluktan tamamen kaçması ya da sorumluluğunun tespitinin zorlaştırılmasıdır⁷⁷. Bu nedenlerle de Kurul mezkur kararı hem Bankacılık Kanunu hem de TTK açısından bankaları son derece geriye götüren, çağdaş ve hakça olan sorumluluk sistemine gözlerini kapayan bir uygulamaya kapı aralamaktadır.

SONUÇ

6762 sayılı eski TTK döneminde bir tüzel kişinin kendisinin yönetim kurulu üyesi olması mümkün değildi. Ancak, bir gerçek kişinin söz konusu tüzel kişinin temsilcisi olarak yönetim kurulu üyesi seçilmesi imkan dahilindeydi. Söz konusu bu sistem özel kanunlara tabi anonim şirketler bakımından da aynen uygulanıyor ve kendi özel mevzuatları da buna uygun bir şekilde düzenleniyordu. Nitekim bankalar açısından bakıldığında da, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun banka yönetim kurulu üyesinin niteliklerini belirleyen hükümleri eTTK'da benimsenen mezkur sistem ile birlikte yorumlanarak, banka yönetim kurulu üyelerinin sadece gerçek kişilerden oluştuğu bir uygulama yürürlükteydi. Ayrıca Bankacılık Kanunu ilgili hükümleri tetkik edildiğinde, bir tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olup olamayacağına dair bir kapı aralığının var olup olmadığı tartışılmasının eTTK'da benimsenen sistem karşısında bir anlamı da yoktu. Zira, Bankacılık Kanunu bağlamındaki banka yönetim kurulu üyesinin tüzel kişilerden oluşamayacağı yönündeki tespit, eTTK'da geçerli olan sistemle birlikte yapılan değerlendirmenin bir sonucuydu.

6102 sayılı TTK m. 359/II ile birlikte, tüzel kişinin bizzat kendisi yönetim kurulu üyesi olabilme imkânına kavuşmuştur. Böylece bir tüzel kişi - pay sahibi olup olmaması artık önem taşımaksızın - yönetim kurulu üyesi olarak, onunla birlikte onun adına hareket edecek bir gerçek kişi ile birlikte tescil edilecektir. eTTK döneminde (eTTK m. 540) limited şirketler için cari olan söz konusu sistem artık, (TTK m. 623) limited şirketlerle birlikte anonim şirketler içinde uygulamaya konulmuştur. Ancak BDDK, mezkur kararı ile birlikte söz konusu sistemin uygulanmasına, birer anonim şirket olan bankalar açısından istisna getirildiği görülmektedir. Zira, Kurul

mu”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1999, s. 680; Nilsson, G. O. : Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003, s. 145; Korkut, s. 63.

⁷⁷ TTK m. 553/I gerekçesinden hareketle, madde lafzında geçen yönetici kavramının yorumlanması ve tüzel kişinin sorumluluğuna bir kapı aralanmasına yönelik açıklamalar için bkz. yuk. dn. 19.

kararı doğrultusunda bankaların TTK ile getirilen yeni imkandan, yani bir tüzel kişinin banka yönetim kurulu üyesi olarak seçiminden imtina ettikleri, fiili bir uygulama olarak müşahede edilmektedir. Bunun yanında, eTTK'daki tüzel kişi yerine onun temsilcisinin yönetim kurulu üyesi seçildiği sistemin de yeni TTK ile terkedildiği düşünüldüğünde, bankalar açısından hali hazırdaki uygulamalarının hukuki nitelendirilmesini ortaya koymanın hayli güç bir sorun olduğu kanaatindeyiz.

TTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, mülga eTTK'daki bir kısım kurumları referans alan özel kanun niteliğindeki 5411 sayılı BankK hükümlerinin ne şekilde yorumlanacağı hususu önem taşıyan bir mevzudur. Çalışma konumuz bakımından bu noktada yapılması gereken ilk değerlendirme, eTTK döneminde bir tüzel kişinin bankalarda yönetim kurulu üyesi olmasının önündeki engelin Bankacılık Kanunu değil, bilakis mülga Türk Ticaret Kanunu olmasıdır. Hakikaten BankK'daki üyelerin bir kısmında ve tamamında aranan niteliklerle ilgili hükümler tetkik edildiğinde görüldüğü üzere, tek başına açıkça tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olmasına engel teşkil eden bir hükme rastlanılmadığına ve hatta tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olabilmesine kapı aralayan hükümlerin varlığına müşahade edilmiştir. O halde, eski tarihli özel kanundaki hükümlerin burada yeni tarihli genel kanun ile getirilen sistem değişikliği gözetilerek yorumlanması gerektiği ve bunun da yeterli olduğu kanaatindeyiz. Yeterli olmasaydı dahi, sonraki tarihli genel kanunun bu noktada uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bugüne kadar gelen sürece bakıldığında sırasıyla şu hususlar tespit edilmektedir: TTK m. 359/II ile birlikte, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olması imkanı, anonim şirketler hukuku bakımından adeta yeni bir sistem olarak uygulanmaya başlanmıştır. Kanun koyucu bu sisteme geçiş için yönetim kurullarında eTTK m. 312'ye göre tüzel kişi temsilcisi gerçek kişi bulunan anonim şirketlere, bunların yerine tüzel kişinin ya da başkasının seçilmesi üzere 6103 syl. Kanun m. 25 mucibince sadece 3 aylık bir süre tanımıştır. Bu gelişmeler üzere Türkiye'de faaliyet gösteren bankaların başvurusu üzerine Kurul, kurumun gözetim ve denetimine tabi anonim şirketlerin yönetim kurulunun gerçek kişilerden oluşması yönündeki uygulamanın devamına karar vermiştir. Ancak, gerek TTK m. 210/II çerçevesinde Kurul'a bu konuda yetki veren bir mevzuat hükmünün bulunmaması, gerekse Kurul'un kararının gerekçesi olarak gösterdiği hem "*Bankacılık Kanununun ve ilgili mevzuatın gerçek kişileri esas alarak düzenlenmesi*" hem de "*yönetim kurulu üyelerinin taşınmaları gerekli nitelikler*" ile "*yüklendikleri fonksiyonlar*" bakımından

yönetim kurulunun gerçek kişilerden oluşması değerlendirmelerinin izahının son derece güç olduğu ve dayanaklarının bulunmadığı kanaatindeyiz.

Kurul'un söz konusu kararı, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun bizzatlıhi tüzel kişi tarafından üstlenebilmesine imkân tanıyan TTK'nın getirmiş olduğu sistemin uygulanmasını engelleyen bir fonksiyon üstlenmiştir. Söz konusu kararın olumsuz etkisi bununla da kalmamış ve 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi neticesinde TTK m. 312'deki tüzel kişi temsilcisi gerçek kişinin artık yönetim kurulu üyesi olarak yer alma imkânını düzenleyen hükmün mülga duruma gelmesiyle, bankalar açısından daha da geriye götüren bir uygulamaya yol açmıştır. Bundan sonra, tüzel kişi banka ortaklarının banka yönetimine katılma bakımından artık yönetim kurulu üyeliğine aday olan gerçek kişileri desteklemekten başka bir imkânı bulunmamaktadır. Böylece banka yönetim kurulu üyesi gerçek kişinin seçiminde etkili olan pay sahibi tüzel kişi, 6762 sayılı eTTK'nın mülga olması nedeniyle temsil ilişkisinin söz konusu olmaması; 6102 sayılı yeni TTK'nın doğrudan tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olma imkânının da BDDK kararı ile engellenmesi ile sorumluluk açısından bir koruma kalkanına sahip olmuştur. Bu durum da, tüzel kişi pay sahibini temsil eden inancılı üyeleri karşımıza çıkarmaktadır. Söz konusu keyfiyet, Bankacılık Kanununun dayanağı olan esaslara tamamen aykırılık teşkil etmesinin yanı sıra, TTK ile getirilen tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğinden doğan sorumluluğunu kendi malvarlığı ile karşılaması imkânını bankalar açısından sekteye uğratmakta ve gerçek kişi yönetim kurulu üyesinin zayıf malvarlığı ile bankaları karşı karşıya bırakmaktadır.

Kurul'un kanunla düzenlenmesi gereken bir mevzuda bu şekilde karar almasını yukarıdaki sebeplerle eleştirmekle birlikte, Bankacılık Kanunu ve ilgili ikincil düzenlemelerde en kısa zamanda değişikliğe gidilmesinin uygulamada çıkabilecek sorunların nihai çözümü için bir seçenek olduğunu da göz ardı etmemeliyiz.

KAYNAKÇA*

- Akdağ Güney, N.** : Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012.
- Akipek, J./Akıntürk, T./Ateş Karaman, D.** : Türk Medeni Hukuku, C.I, Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, B. VIII.
- Arslanlı, H.** : Anonim Şirketler, C. II-III, İstanbul 1960.
- Ayhan, R.** : “Anonim Şirketlerde Yönetim Kuruluna Üye Seçilebilmek İçin Ehliyet Şartı”, SÜHFD, Konya 1998, C.I, S.1,s. 235-248.
- Forstmoser, P./ Meier-Hayoz, A. Coştan, H.** : SchweizerischesGesellschaftsrecht, Bern 2012.
- Çamoğlu, E.** : “Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği”, Batider 2013, C.XXIX, S.1, s.117-137.
- Doğan, B.F.** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- Eminoğlu, C./ Çakır, F. B.** : “Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması”, GÜHFD, C. XVIII, Y. 2014, S.3-4, s. 277-297.
- Göktürk, K.** : Banka Yönetici ve Ortakların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2013.
- Guhl, T.** : Das Schweizerische Obligationenrecht, Zurich 1991.
- Güriz, A.** : Hukuk Başlangıcı, Ankara 2013.

* Bir yazara ait birden fazla esere yapılan ikinci atıflar kaynakçada parantez içinde gösterilen kısaltmalarla anılmıştır.

- Helvacı, M.** : Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, B.2, İstanbul 2001.
- Honsell, H./Vogt, N. M./Watter, R.** : Basler Kommentar, Obligationrecht II, Aufl.4, Basel 2012, C. I.
- İzmirli, Y.** : Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001.
- Karahan, S. (Edit)** : Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Konya 2013.
- Kırca, İ.** : “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, Batider 2012, C. XXVIII, S.2, s. 51-59 (Tüzel Kişiler).
- Kırca, İ.** : “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu-Başlıca Yenilikler”, EÜHFD, C. XVI, S.3-4, s.121-137 (2012).
- Kırca, İ./Şehirali Çelik, F. H./Manavgat, Ç.** : Anonim Şirketler Hukuku (Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu), C. I, Ankara 2013.
- Korkut, Ö.** : Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara 2007.
- Nilsson, G. O.** : Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003.
- Özdamar, M. / Doğan, İ** : “Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı”, Bankacılar Dergisi, Sayı:86, Eylül 2013, s.3-26.
- Paslı, A.** : Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, CorporateGovernance, İstanbul 2005.
- Poroy, R./Tekinalp, Ü.** : “Türk Hukuku’nda Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Şekil Sorunları”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 3-4, İstanbul 1975, 225-245.
- Poroy R./Tekinalp, Ü./ Çamoğlu E.** : Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014.

- Pulaşlı, H.** : Corporate Governance, Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003.
- Pulaşlı, H.** : Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2015, B.3.
- Pulaşlı, H.** : Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara 2011.
- Şit, B.** : “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi”, Batider2012, C. XXVIII, S.4, s. 175-205.
- Reisoğlu, S.** : Bankacılık Kanunu Şerhi, C.I, Ankara 2007.
- Atasagun, Y. S.** : Bankalar Kanunu, İstanbul 1958.
- Tekinalp, Ü.** : Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2011, B. 2.
- Tekinalp, Ü.** : Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965 (Tüzel kişiler).
- Tekinalp, Ü.** : Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015, (Sermaye Ortaklıkları).
- Tekinalp, Ü.** : Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009 (Banka)
- von Steiger, F.** : İsviçrede Anonim Şirketler Hukuku (çev. Çağa, T.), İstanbul 1968.
- Yanlı, V.** : “İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1999, s.655-683.

TÜRK HUKUKUNDA ALIŞVERİŞ MERKEZİ KİRACILARININ ORTAK GİDERLERDEN SORUMLULUĞU

Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU*

ÖZET

14. 01. 2015 tarihinde yürürlüğe giren 6585 sayılı “Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun”, alışveriş merkezlerindeki ortak giderlere ilişkin düzenlemeyi yönetmeliğe bırakmıştır. Söz konusu Yönetmelik, 26 Şubat 2016 tarihinde TC Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanmıştır. Bu çalışmada alışveriş merkezlerindeki ortak giderlerden sorumluluk meselesi, söz konusu Yönetmelik ile birlikte, fakat pozitif hukukumuzun bütünü açısından ele alınmıştır. Zira çalışmanın amacı, söz konusu Yönetmeliğin değerlendirilmesi olduğu kadar; alışveriş merkezlerindeki ortak gider sorununun, aynı zamanda Kat Mülkiyeti Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümleri ile ilişkisine dikkat çekmektir.

Anahtar Kelimeler: Alışveriş merkezleri, ortak giderler, yan giderler, AVM kiracıları, AVM kiracılarının sorumlulukları

ACCORDING TO TURKISH LAW THE LIABILITIES OF MALL TENANTS OF COMMON EXPENSES

ABSTRACT

“Law on Adjustment of Retail Business” with No. 6585, which was came into force on 14th of January, 2015, made over the adjustments regarding to the common expenses in malls to the regulation. The mentioned regulation, was published by TR Ministry of Customs and Trade, on the 26th of February 2015. In this paper the issue of liability of common expenses in malls was discussed and examined by considering the published regulation, however from the point of integrity of our positive law. Yet, the purpose of this paper is both to evaluate the mentioned regulation and to draw attention to the relation of common expenses issue in malls, with the provisions of Property Ownership Law and Turkish Code of Obligations.

Keywords : Malls, common expenses, ancillary costs, mall tenants, liabilities of mall tenants

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. huriyereyhan@gazi.edu.tr.

I. GİRİŞ

Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de son yıllarda tüketim alışkanlıkları ve dolayısıyla alışveriş mekânı tercihlerinde değişiklikler yaşanmaktadır. Önemli bir kısmı şehirlerde yaşamaya başlayan günümüz insanı; gıda, temizlik malzemeleri, kişisel bakım ürünleri gibi günlük tüketim maddelerinden, giyim, kırtasiye, kitap, mobilya, beyaz eşya gibi ihtiyaç duyduğu bir çok ürünü, farklı marka seçenekleriyle bir arada bulabileceği; alışverişini yaparken dinlenebileceği, yiyip içebileceği, hatta sinema veya çocukları için oyun parkı gibi diğer kültürel veya eğlence amaçlı aktiviteler gerçekleştirebileceği “komple bir yaşam alanı” olarak nitelendirilebilecek alışveriş merkezlerine (AVM) büyük rağbet göstermektedir. Ülkemizde 2008 yılı itibariyle yaklaşık 180 civarında olan alışveriş merkezi sayısının 2015 yılı itibariyle 340'lara ulaşması¹, alışveriş mekânı tercihlerindeki değişimin bir göstergesidir. Böyle hızlı bir artışın arkasında, hiç şüphesiz, alışveriş merkezlerinin sosyal ve ekonomik bazı ihtiyaçların giderilmesine yaptığı katkılar bulunmaktadır. Bununla birlikte böyle bir artış, gerek çevre ve şehircilik açısından, gerek küçük ve orta ölçekli işletmelerin piyasadaki devamlılıklarına dair ciddi bazı olumsuzlukları da beraberinde getirmiş; kanunkoyucu da bu durum karşısında hareketsiz kalmamıştır. Gerçekten, AVM'lerin artışına bağlanan “ekonomik, sosyal ve çevresel sorunlar ile esnaf ve sanatkâr işletmeleri aleyhine yaşanan pazar kaybını” dikkate alan² Türk kanunkoyucusu, 14. 01. 2015 tarihinde 6585 sayılı “Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu”³ kabul etmiştir. Kanun'un amacı; m.1'e göre “... perakende işletmelerin açılış ve faaliyete geçiş işlemlerinin kolaylaştırılması, perakende ticaretin serbest piyasa ortamında etkin ve sürdürülebilir rekabet şartlarına göre yapılması, tüketicinin korunması, perakende işletmelerin dengeli bir şekilde büyüme ve gelişmesinin sağlanması ve perakende işletmelerin faaliyetleri ile bunların

¹ Türkiye'deki alışveriş merkezlerine ilişkin çeşitli istatistiksel bilgiler ve sektörel veriler için bkz. <http://www.ayd.org.tr>

² 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un tasarı metninden alınan genel gerekçeye göre, “Ülkemizde, 2000'li yılların başından itibaren hızlı bir gelişim seyri izleyen perakende sektöründe alışveriş merkezi, büyük mağaza ve zincir mağaza sayılarının artışıyla organize perakendeciliğe doğru yaşanan dönüşüm süreci, bir yandan ülke ekonomisine katkı sağlarken; diğer yandan da birtakım ekonomik, sosyal ve çevresel sorunlara neden olmuştur. ... Ayrıca yaşanan gelişmeler, perakende sektöründe faaliyet gösteren ve bu sektörde geleneksel kesim olarak nitelendirilen esnaf ve sanatkâr işletmeleri ile küçük ölçekli ticari işletmeler için pazar kaybı ve piyasada tutunma sorunlarını da beraberinde getirmiştir” (bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0974.pdf>)

³ Bkz. 29 Ocak 2015 tarih ve 29251 sayılı RG. Sözkonusu Kanun, aynı tarihte yürürlüğe girmiştir, 6585 sayılı Kanun m. 26- (1) “Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer”.

birbirleri, üretici ve tedarikçilerle ilişkilerinin düzenlenmesi...”dir.

Alışveriş merkezleri eliyle organize perakendeciliğe doğru yaşanan dönüşüm süreci içerisinde, 6585 sayılı Kanunla düzenlenmesi amaçlanan hususların dışında, AVM sahipleri/yöneticileri ile AVM kiracıları arasında da bir çok hukukî ihtilâf ortaya çıkmaktadır. Bunlardan bazıları AVM'nin yönetimine dair iken, önemli bir kısmı, AVM'nin çeşitli bölümlerini kiralamış bulunan perakende işletmelerden, kira bedeli dışında, çeşitli isimler altında tahsil edilmek istenen ödemelere ilişkindir⁴. “Ortak gider” üst kavramı ile ifade edilen bu ödemeler, birbirinden oldukça farklı niteliktedir. Gerçekten, ortak alanlara ilişkin elektrik, su, ısınma gibi giderlerden, temizlik, güvenlik gibi hizmet esaslı giderlere; yine AVM'nin bakım, onarım, iyileştirme/modernizasyon giderlerinden, reklâm/promasyon hatta yönetim giderlerine kadar, bir çok harcamanın ortak gider adı altında kiracılardan tahsil edildiği veya edilmek istendiği görülmektedir. 6585 sayılı Kanun, bu hususlardaki ihtilâflara yönelik bir düzenleme içermemektedir. Ancak Kanun'un ortak kullanım alanlarını düzenleyen 11 inci maddesinin⁵ son fıkrası, bu tür alanlara ilişkin ortak giderlere, bunlara katılmaya ve giderlere katılanların bilgilendirilmesine yönelik hususların, yönetmelikle düzenleneceğini hükme bağlamaktadır.

6585 sayılı Perakende Ticaret Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde⁶ çıkartılması öngörülen yönetmeliğe ilişkin önce taslak bir metin 11 Eylül 2015 tarihinde TC Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın resmî web sayfasında yayımlanmıştır⁷. 26 Şubat 2016 tarihinde ise “Alışveriş Merkezleri Hakkında

⁴ AVM sahipleri/yöneticileri ile AVM'lerin çeşitli bölümlerini kiracı sıfatıyla kullanan perakende işletmeler arasında kamuoyuna yansıyan ihtilâflar hakkında bkz. <http://www.avmki-racilari.org/>

⁵ 6585 sayılı Kanun'un “Ortak kullanım alanları” başlığını taşıyan 11 inci maddesine göre “(1) Alışveriş merkezlerinde, satış alanının en az binde beşine tekabül eden alanın sosyal ve kültürel etkinliklerin düzenlenmesi amacıyla ayrılması zorunludur. Bakanlık, bu oranı bir katına kadar artırmaya veya yarısına kadar azaltmaya yetkilidir. (2) Alışveriş merkezlerinde, acil tıbbi müdahale ünitesi, ibadet yeri, bebek bakım odası, çocuk oyun alanı gibi ortak kullanım alanları oluşturulur. (3) Alışveriş merkezlerinde yer alan ortak kullanım alanları, engelliler ile yaşlı ve çocukların ihtiyaçları dikkate alınarak oluşturulur. (4) Ortak kullanım alanları ile bunların niteliklerine, bu alanlara ilişkin ortak giderlere ve bu giderlere katılıma, giderlere katılanların bilgilendirilmesine ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar yönetmelikle belirlenir”.

⁶ Bkz. 6585 sayılı Kanun m. 3, m. 5, m. 10, m. 11, m. 12, m. 16 ve m. 17.

⁷ Bkz. <http://www.gtb.gov.tr/duyurular/alisveris-merkezleri-hakkinda-yonetmelik-taslagi>, (11 Eylül 2015).

Yönetmelik” Resmî Gazete’de⁸ yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir⁹. Söz konusu Yönetmeliğin 11 inci maddesi “ortak giderler” başlığı altında önemli düzenlemelere yer vermiştir. Ancak söz konusu hüküm, AVM’lerdeki ortak giderlere ilişkin ihtilâflar bakımından Türk hukukundaki ilk özel düzenleme olma niteliğini taşısa da, konuya ilişkin tek düzenleme olarak değerlendirilemez. Zira AVM’ler, aynı zamanda “çatılı işyeri” niteliğinde mekânlardır ve AVM’nin belli bölümlerinin perakende işletmelere kiralanması durumunda, Türk Borçlar Kanunu’nun konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümleri, bu kiralar bakımından da uygulama alanı bulur. AVM’nin aynı zamanda kat mülkiyetine tâbi bir taşınmaz olması halinde ise, bağımsız bölüm maliklerinin aralarındaki ilişkiler ve borçları, şüphesiz, Kat Mülkiyeti Kanunu’na tâbidir.

Bu çalışmada da, 11 Eylül 2015 tarihinde Yönetmeliğe ilişkin taslak metnin Bakanlık’ın resmi web sayfasında yayımlanmasıyla başlayan süreç üzerine, AVM’lerdeki ortak gider sorununa dikkat çekilmek istenmiş; 26 Şubat 2016 tarihinde Yönetmeliğin yayımlanması ile birlikte, çalışma son haline kavuşturulmuştur. Ancak çalışmanın amacı, Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin değerlendirilmesi olduğu kadar, bu düzenlemeye yol açan ihtilâfların çözümünü, hukukumuzun bütünü açısından ele almaktır. Bu sebeple mesele, ilgili mevzuat hükümleriyle ilişkilendirilerek; daha açık bir ifadeyle, AVM’lerdeki ortak gider sorununun aynı zamanda Kat Mülkiyeti Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu ile ilişkisine dikkat çekilerek ortaya koyulmuştur.

II. ORTAK GİDERLERE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Türk hukukunda ortak giderlere ilişkin yasal düzenlemeler “malikler arası ilişkiler” bakımından Kat Mülkiyeti Kanunu’nun, “kiracı ve kiraya veren ilişkisi” bakımından ise Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümleridir.

A. KAT MÜLKİYETİ KANUNU

Türk hukukunda ortak gider kavramına öncelikle Kat Mülkiyeti Kanunu’nda (KMK)¹⁰ rastlanmaktadır¹¹.

⁸ Bkz. 26 Şubat 2016 tarih ve 29636 sayılı RG.

⁹ Yönetmeliğin yürürlüğünü düzenleyen 21 inci maddesine göre “(1) Bu Yönetmelik, yayımı tarihinde yürürlüğe girer”.

¹⁰ 23. 06. 1965 kabul tarihli 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu için bkz. 02. 07. 1965 tarih ve 12038 sayılı RG.

¹¹ Kat mülkiyetinde ortak gider meselesi için bkz. *Oğuzman K. / Seliçi Ö. / Oktay-Özdemir S.:*

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20 inci maddesi¹² “Anagayrimenkulün genel giderlerine katılma” başlığını taşımakta ve ilk fıkrasında, aralarında başka türlü bir anlaşma olmadıkça, kat maliklerinden her birini, “... a) Kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak; b) Anagayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında ...” katılmakla yükümlü tutmaktadır. Kanun’un “Ortak giderlerin teminatı” başlığını taşıyan 22 inci maddesi ise ilk fıkrasında, bağımsız bölümlerde kira akdine, oturma (sükna) hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı bir şekilde faydalananları, m. 20’de belirtilen giderler ile bu giderler için toplanacak avans borcundan ve gecikme tazminatından, kat malikleriyle birlikte müteselsilen sorumlu tutmuştur¹³. İki hüküm birlikte değerlendirildiğinde; KMK anlamında “ortak gider” kavramının, Kanun’un 20 inci maddesinde genel giderler adı altında sayılan kalemler ile bunlar için toplanacak avansı ifade etmekte olduğu söylenebilir. Söz konusu giderlere katılma yükümlülüğü ise, esas olarak, bağımsız bölüm malikleri açısından düzenleme konusu yapılmış; kiracılar bakımından da, bu tür giderler için müteselsil sorumluluk esası benimsenmiştir.

Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 658 vd.; Öktem-Çevik S.: Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul 2010; Kurt E.: Kat Maliklerinin Ortak Giderlere Katılma Yükümlülüğünün Özellikleri, TAAD 2013, Y. 4, S. 14 (Temmuz), s. 299 vd.; Eren F.: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 159 -160.

¹² KMK m. 20/I – (Değişik birinci fıkra: 13/4/1983 - 2814/9 md.) Kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça:

a) Kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak;

b) Anagayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında;

Katılmakla yükümlüdür.

c) Kat malikleri ortak yer veya tesisler üzerindeki kullanma hakkından vazgeçmek veya kendi bağımsız bölümünün durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle bu gider ve avans payını ödemekten kaçınamaz.

¹³ KMK m. 22/I – Ortak giderlerin teminatı (Değişik birinci fıkra: 13/4/1983 - 2814/10 md.): Kat malikinin, 20 nci madde uyarınca payına düşecek gider ve avans borcundan ve gecikme tazminatından, bağımsız bölümlerin birinde kira akdine, oturma (sükna) hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı bir şekilde faydalananlar da müştereken ve müteselsilen sorumludur. Ancak, kiracının sorumluluğu ödemekle yükümlü olduğu kira miktarı ile sınırlı olup, yaptığı ödeme kira borcundan düşülür.

Alışveriş merkezlerinin de kat mülkiyetine tâbi taşınmaz olmaları halinde kat maliklerinin kendi aralarındaki ilişkiler bakımından KMK hükümlerine tâbi olacakları şüphesizdir¹⁴. Buna göre, her bir kat maliki açısından m. 20 doğrudan uygulama alanı bulur ve hükmün kapsamına dâhil olan ortak giderlerin ödenmesi kat maliklerinden ayrı ayrı talep edilebilir. Buna karşılık bağımsız bölümün bir kiracıya tahsis edildiği durumlarda, AVM kiracısının kat mülkiyeti sistemi ile ilişkisi, m. 22 dolayısıyladır. Ancak kiracının buradaki sorumluluğu kira miktarı ile sınırlandırılmış; ayrıca kiracıya, yaptığı ödemeyi kira borcundan düşürme hakkı açıkça tanınmıştır (KMK m. 22/I, c. 2). Kiracıların müteselsil sorumlulukları sebebiyle ödemek zorunda kaldıkları ortak giderlerden hangilerini KMK m. 22/I, c. 2 uyarınca kira bedelinden düşebilecekleri, hangilerine ise kendilerinin katlanmalarının gerektiği hususu ise kira hukukuna göre tespit edilmesi gereken bir meseledir¹⁵. Zira AVM kiracılarının, sıfatı ister AVM sahibi ister bağımsız bölüm maliki olsun, kendi kiraya verenleri veya kiraya verenlerin tevkil ettiği AVM yöneticisi ile ilişkilerinin, bilhassa ödeme yükümlülüklerinin kapsamının kira hukuku kurallarına göre belirleneceği açıktır.

B. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU

Alışveriş merkezi kiracılarının ödeme yükümlülüklerinin kapsamı ve bunlara bağlanan sonuçlar, kira hukukunun temel kanunu olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

6098 sayılı TBK'da "ortak gider" kavramına rastlanmamaktadır. Ancak TBK'nın 302, 303, 317 ve 341 inci maddelerinde kira bedeli dışında başka bazı ödeme yükümlülüklerine yer verdiği görülmektedir. Bunlardan; kira sözleşmesinin genel hükümleri içerisinde, kiraya verenin vergi ve benzeri yükümlülüklerle katlanma borcunu düzenleyen TBK m. 302¹⁶ ile kiracının temizlik ve bakım giderlerini ödeme borcunu içeren TBK m. 317¹⁷, eski BK m. 258'in içeriği¹⁸ ile örtüşmektedir. Kiraya verenin yan giderlere katlanma

¹⁴ bkz. *İnceoğlu M.*: Kira Hukuku, C. 1, İstanbul 2014, s. 347 vd.

¹⁵ Aynı yönde bkz. *Öktem-Çevik S.*: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Kira Sözleşmesinde Kira Bedeli Dışındaki Giderleri Ödeme Borcunun Değerlendirilmesi, *BATİ-DER* 2012, C. XXVIII, S. 2 (Haziran), s. 222 vd.

¹⁶ TBK m. 302- (1) Kiralananla ilgili zorunlu sigorta, vergi ve benzeri yükümlülüklerle, aksi kararlaştırılmamış veya kanunda öngörülmemiş ise, kiraya veren katlanır.

¹⁷ TBK m. 317- (1) Kiracı, kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini ödemekle yükümlüdür. Bu konuda yerel âdete de bakılır.

¹⁸ 818 sayılı eski BK m. 258- (1) Kiralananın mükellefiyeti ve vergileri kiralayana aittir. (2) Kiralananın alelade kullanılması için muktazi tathir ve ıslah masrafi kiracıya ve tamir kiralayana

borcunu düzenleyen TBK m. 303¹⁹ ile konut ve çatılı işyeri kiralalarına özgü bir biçimde kiracının kullanma giderlerine katlanma yükümlülüğünün yer aldığı TBK m. 341²⁰ hükümleri ise, kiralanan şeyin “-kendisine değil-kullanımına yönelik²¹” giderlerin Türk kira hukukunda ilk kez düzenleme konusu yapıldığı hükümlerdir. Alışveriş merkezi kiracılarının ortak giderlere katlanma yükümlülüğü bakımından değerlendirme konusu yapılması gereken harcamalar da, kullanım ile ilişkileri sebebiyle, “yan giderler” veya TBK m. 341’deki düzenlemesiyle “kullanım giderleri”dir²².

Yan gider kavramı TBK’nın muhtelif hükümlerinde yer almakla birlikte²³, Türk kanun koyucusu tarafından tanımlanmamıştır. Bu sebeple Türk hukuku bakımından da yan giderlerin, doktrinin çoğunluğu tarafından

na aittir. Bu hususta mahalli âdete bakılır.

¹⁹ TBK m. 303- (1) Kiraya veren, kiralananın kullanımıyla ilgili olmak üzere, kendisi veya üçüncü kişi tarafından yapılan yan giderlere katlanmakla yükümlüdür.

²⁰ TBK m. 341- (1) Kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, sözleşmede aksi öngörülmemişse veya aksine yerel âdet yoksa, ısıtma, aydınlatma ve su gibi kullanma giderlerine katlanmakla yükümlüdür. (2) Giderlere katlanan taraf, bu giderleri ispat edici belgelerin birer örneğini, istem üzerine diğer tarafa vermek zorundadır.

²¹ *Gümüş M. A.*: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinde Yan Giderler, BÜHFD 2013, C. 9, S. 103 – 104, s. 8.

²² Madde 303’ün gerekçesinde yer alan “... Yan giderlere katlanma borcu, Tasarının 341 inci maddesinde de, konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından ‘kullanma giderleri’ başlığı altında, kiracının borcu olarak ayrıca düzenlenmiştir” ifadesi, her iki hükümde de esasen aynı tür giderlerin düzenleme konusu yapıldığı hususunu teyit etmektedir. Aynı yönde bkz. *Aydoğdu M. / Kahveci N.*: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2014, s. 470. Bununla birlikte, kanunkoyucunun m. 303’de yan giderlerden ve m. 341’de kullanım giderlerinden bahsetmesi ve mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nun aksine, bunları farklı yerlerde düzenlemesi, hükümler arasındaki ilişkinin kopması sonucunu doğurmuştur, *Gümüş*, s. 13. Doğan’a göre de “konu bütünlüğünün sağlanması amacıyla 341. maddenin 303. maddenin 2. fıkrası olarak düzenlenmesi gerekirdi” *Doğan M.*: 6098 Sayılı TBK’na Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Ankara 2011, s. 504. Aksi yönde bkz. *Zevkiler A. / Gökyayla E.*: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 271 – 272. Yazarlar, m. 303 kapsamında kiraya verenin katlanması gereken yan giderlerin, “olağan kullanım için gerekli olan temizlik ve bakım giderlerinin (m. 317’nin) haricinde kalan ve kiralananın kullanımıyla ilgili bulunan giderler” olduğunu ifade etmektedir. Buna karşılık, m. 341 hükmünde kiracıya yükletilen giderler, kiracının kiralananı kullanması sırasında ödemesi gereken (ısıtma, aydınlatma, su gibi) tüketim harcamaları ile ilgilidir, *Zevkiler / Gökyayla*, s. 271 – 272.

²³ Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 303, m. 314, m. 315, m. 346. Ayrıca “kiraya verenin yapmaktan kurtulduğu giderler” adıyla m. 324, c. 2 ve m. 325/II’de; yine “kullanma giderleri” adıyla m. 341’de niteliği itibarıyla yan gider teşkil eden bazı giderlerden bahsedilmektedir.

ifade edildiği gibi²⁴, mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 257a/I hükmü²⁵ dikkate alınarak tanımlanması gerekmektedir. Buna göre, teknik anlamıyla “yan gider, kiraya veren veya üçüncü kişinin eşyanın kullanımıyla bağlantılı ediminin karşılığıdır²⁶”. İşte, gerek AVM kiracılarından ortak gider adı altında tahsil edilen ödemelerin TBK’ya uygunluğunun, gerek “Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmelik” ile TBK anlamında yan gider ilişkisinin ortaya koyulabilmesi, bu tanımın içinin doldurulması ile mümkün olur. Doktrinde bu çerçevede tanımın içinin doldurulabilmesi için, yan giderlerin başka bazı harcamalardan farklarının ortaya koyulduğu görülmektedir²⁷.

Yan giderlerin, öncelikle, kiracının kiralanan şeyi kullanımı sırasında gerçekleştirdiği bazı kişisel harcamaları ile karıştırılmaması gerektiği açıktır. Buna göre, kiralanan taşınmazda kiracının çeşitli hizmet sağlayıcılardan kendi adına elde ederek kullandığı telefon, internet, su, elektrik, doğalgaz gibi harcamaların, yan giderler veya TBK m. 341’deki ifadesiyle kullanım giderleriyle ilgisi bulunmadığı gibi, kira sözleşmesiyle de bir ilgisi yoktur²⁸. Doktrin, teknik anlamdaki yan giderlerle karışmamaları için bunları “tüketim harcamaları” olarak ifade etmektedir²⁹.

Kiralananın kullanımına değil, kendisine yönelik harcamalar da, ister bireysel olarak ister ortak alınan bir karar neticesinde yapılsın, yan gider teşkil etmez³⁰. Kiralananın kendisine yönelik harcamalardan öncelikle, *kira konusu*

²⁴ bkz. *Acar F.*: Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299 – 321), İstanbul 2015, s. 161; *İnceoğlu, C. I*, s. 90, s. 338; *Gümüş, s. 8*; *Öktem-Çevik, s. 213*.

²⁵ Mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 257a’ya göre “(1) Yan giderler, kiraya veren veya üçüncü kişinin eşyanın kullanımıyla bağlantılı ediminin karşılığıdır. (2) Kiracı yan giderleri, sadece, bu hususta kiraya verene özel bir taahhütte bulunmuş ise ödemek zorundadır.”

²⁶ *Gümüş, s. 13*.

²⁷ *İnceoğlu, C. I*, s. 94 vd; *Gümüş, s. 9*.

²⁸ *İnceoğlu, C. I*, s. 93.

²⁹ Bkz. *Gümüş, s. 9*. Ancak bu gibi harcamaların baştan merkezi bir şekilde yapılıp, sonra bağımsız bölüm başına likit bir borca dönüştürülmesiyle bireyselleştirildiği durumlarda, artık m. 341’deki ifadesiyle kullanım giderlerinden yani teknik anlamda yan giderlerden bahsedilir, bkz. *İnceoğlu, C. I*, s. 93. Aksi yönde değerlendirme yapan *Öktem-Çevik’e* göre, “Merkezi ısınma sisteminin bulunduğu bir anataşınmazın bağımsız bölümünü ‘kiracı’ sıfatı ile kullanan kişinin, merkezi ısınma sisteminden yararlanarak ısınması ihtimalinde, bu ısınma da bireysel kullanım-tüketim kapsamına girebilir”, *Öktem-Çevik, s. 214*.

³⁰ *Gümüş ve Öktem-Çevik, eşyanın kendisine yönelik harcamaları teknik anlamdaki yan giderlerden ayırmak için “masraf” ifadesini kullanmaktadır. Buna göre masraf, “bir kişinin kendisine ait olmayan bir eşya üzerinde o eşya yararına olarak yaptığı harcamalardır”, Öktem-Çevik, s. 210, Gümüş, s. 9. Ancak bu tanımda göze çarpan “kendisi için harcama yapılan eşyanın başka birisine aidiyeti”, kanaatimizce, zilyetliğin iadesi meselesi bakımından dikkate alınması gereken bir unsur olup; kiraya veren – kiracı ilişkisinde böyle bir ayırım yapmak isabetli değildir.*

şeyin iyileştirilmesi, modernize edilmesi, daha kullanışlı hale getirilmesi için yapılan harcamalar anlaşılmalıdır. Bu tip harcamalar esasen, “kiralananda yenilik ve değişiklik yapılması”na yöneliktir ve kanaatimizce bu durum, kiraya veren tarafından yapıldığı takdirde TBK m. 320³¹, kiracı tarafından yapıldığı takdirde ise TBK m. 321³² hükümlerine tâbidir. Kiralananda bu tip yenilik veya değişikliklerin merkezî olarak yapıldığı hallerde ise bağımsız bölüm başına düşen tutara kiraya veren katlanır. Üstelik, aşağıda ayrıca ele alacağımız TBK m. 346 hükmü³³ sebebiyle, bunların konut/işyeri kiracılarına sözleşme ile yüklenmesi de mümkün değildir. Kiralananın kendisine yönelik harcamalardan bazıları ise, *kiralananın onarım ve temizliğine yönelik* olup; bunlar TBK m. 304 vd³⁴. hükümleri ile TBK m. 317 hükmüne tâbidir. 818 sayılı BK m. 258/II hükmü ile paralel düzenleme içeren TBK m. 317’ye göre, kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini ödemek kiracının yükümlülüğündedir. Olağan kullanım sınırını aşan temizlik ve bakım harcamaları ise eski Kanun döneminde olduğu gibi, yine kiraya verene ait olan, fakat ayıba karşı tekeffül borcu gereğince katlanması icap eden bir yükümlülük oluşturur³⁵. Daha açık bir ifadeyle, TBK m. 317 sınırını

³¹ TBK m. 320- (1) Kiraya veren, kiralananda, kira sözleşmesinin feshini gerektirmeyen ve kiracıdan katlanması beklenebilecek olan yenilik ve değişiklikler yapabilir. (2) Bu yenilik ve değişikliklerin yapılması sırasında kiraya veren, kiracının menfaatlerini gözetmekle yükümlüdür. Kiracının, kira bedelinin indirilmesine ve zararının giderilmesine ilişkin hakları saklıdır.

³² TBK m. 321- (1) Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasıyla kiralanda yenilik ve değişiklikler yapabilir. (2) Yenilik ve değişikliklere rıza gösteren kiraya veren, yazılı olarak kararlaştırılmıyş olmadıkça, kiralananın eski durumuyla geri verilmesini isteyemez. (3) Kiracı, aksine yazılı bir anlaşma yoksa, kiraya verenin rızasıyla yaptığı yenilik ve değişiklikler sebebiyle kiralanda ortaya çıkan değer artışının karşılığını isteyemez.

³³ TBK m. 346- (1) Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.

³⁴ TBK m. 304- (1) Kiralananın önemli ayıplarla teslimi hâlinde kiracı, borçlunun temerrüdüne veya kiraya verenin kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesinden doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabilir. (2) Kiralananın önemli olmayan ayıplarla tesliminde ise kiracı, kiralanda sonradan ortaya çıkan ayıplardan dolayı kiraya verenin sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabilir.

³⁵ Zevkiler/Gökyayla, sözkonusu giderleri, m. 303 kapsamında yan gider olarak değerlendirilmektedir. Yazarlara göre, “... kiralananı sözleşme süresi boyunca kullanıma elverişli biçimde bulundurma borcuna hizmet eden giderler (TBK. 303) kapsamında yan gider niteliği taşır” *Zevkiler/Gökyayla*, s. 272. Yavuz’a göre de, m. 303 hükmü, kiracının borçlarını düzenleyen TBK. m. 317 dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Buna göre “TBK. m. 303 ve 317 bakımından da kiracı, olağan kullanım sonucu doğan küçük temizlik ve tamirat masraflarına katlanmak zorunda olmasına karşın, olağan kullanımı aşan, bu nedenle doğan önemli temizlik ve tamirat masraflarına kiraya veren katlanmak zorundadır”, *Yavuz C.: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul 2014, s. 252 – 253.

aşan bakım, onarım ve temizlik harcamaları, kiralananın sözleşme süresince kullanıma elverişli halde bulundurulması borcunun bir gereği olarak kiraya veren tarafından yapılması zarurî olan harcamalardır³⁶. Bu tespitin önemi, sözkonusu borcun TBK m. 301³⁷ hükmüyle birlikte değerlendirilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Zira TBK m. 301'e göre, kiraya verenin kiralananın sözleşmede amaçlanan kullanımına elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmak, konut/işyeri kiralalarında hiçbir şekilde, diğer kiralar bakımından ise genel işlem koşulları ile kiracı aleyhine değiştirilemeyen bir yükümlülüktür.

İster iyileştirilme -değer veya kullanışlılığının artırılması- şeklinde olsun, ister ayıba karşı tekeffül borcunun gereği olarak ortaya çıksın, *kiralananın kendisine yapılan harcamalar* ile kullanımına yönelik olup da, *kiracının kişisel tüketim harcamaları* bir tarafa bırakıldığında; geriye, yine kiralananın kullanımına ilişkin, fakat bu defa kiraya verenin bizzat yaptığı veya üçüncü kişiye yaptırdığı giderler kalmaktadır. İşte mehz Kanun'a uygun anlaşıldığında, yani teknik anlamıyla yan giderler, sadece bu tür harcamaları kapsar. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, kiraya veren veya üçüncü kişi tarafından yerine getirilen edimin, yan giderin ödenmesi değil, yan giderin doğumuna sebep teşkil eden edim olduğudur³⁸. O halde,

³⁶ TBK m. 317'nin 818 sayılı Kanun zamanındaki karşılığını oluşturan m. 258/II'in uygulaması bakımından; "... küçük temizlik giderleri içine, binanın içini, merdivenlerini temizleme ve cilalama giderleri; küçük düzeltmeler içine de çeşme ve havagazi borularının onarılması, pencerenin macunlanması; mutfağın badanası gibi giderler girer" (*Tunçomağ K.: Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 540*). Buna karşılık, örneğin, "... bozulan kalorifer tesisatının, su sızan boruların, kapanmayan muslukların, akıntı yapan çatının veya taraçanın onarılması, kaybolan anahtarlar yerine yenisinin alınması, kırılan camların değiştirilmesi, bozulan merdivenlerdeki otomatığın ve işlemeyen sokak kapısı kilidinin tamiri" doktrin ve uygulamada masrafları kiraya verene ait tamiratlar olarak gösterilmekte ve bu durum, kiraya verenin ayıba karşı tekeffül borcunun bir uzantısı olarak kabul edilmektedir, *Yavuz C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1996, s. 308 vd.*

³⁷ TBK m. 301- (1) Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz.

³⁸ Bu noktada biz, doktrindeki kanaatin aksine, TBK m. 303'ün mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 257a/I'e uygun çevrilmediği düşüncesindeyiz. Bu sebeple doktrinde, yan giderlerin *mutlaka kiraya veren veya üçüncü kişi tarafından yapılmış olması* gereğine işaret eden tespitlere de katılmamaktayız. Aksi yönde bkz. *İnceoğlu, C. I, s. 92*. Yazar burada "İsviçre Borçlar Kanunu m. 257a maddesine göre, yan giderler, kiralananın kullanımı ile ilgili olarak *kiraya veren veya üçüncü kişiler tarafından yapılan* harcamalardır" demek suretiyle, mehz Kanun ve TBK m. 303'deki ifade arasında paralellik kurmuştur. Dolayısıyla yazara göre, "kiraya veren veya üçüncü kişi tarafından yapılmış olmak" yan giderin bir unsurudur, bkz. *İnceoğlu, C. I, s. 92 – 93*.

yan giderlerden bahsedebilmek için, öncelikle kiracıya sunulan bazı “yan edimlerin” bulunması gerekmektedir. Buna göre, kira bedeli, kiraya verenin kiralananı kullanmaya elverişli bir biçimde teslim ve sözleşme süresince de bu şekilde bulundurmasından ibaret olan asli edim yükümlülüğünün karşılığı iken; yan giderler “kiraya verenin yasal veya sözleşmesel olarak üstlendiği yan edimlerin ifasından doğan giderlerin karşılığından ibarettir”³⁹. Bu noktada, yan giderlerin karşılığını oluşturan yan edimlerin neler olabileceği tespit edilmelidir.

Kiraya verenin kira konusu şeyin kullanımıyla bağlantılı olarak sunabileceği yan edimler, öncelikle, TBK m. 341’deki ifadeyle kullanma giderlerinin karşılığını oluşturan edimlerdir. Hükme göre, konut/işyeri kiracıları, aksine sözleşme veya yerel âdet bulunmadıkça, “... ısıtma, aydınlatma ve su gibi kullanma giderlerine katlanmakla yükümlüdür” (TBK m. 341/D). Hükümde örnek kabilinden belirtilen haller, ister kiracının kişisel kullanımına bırakılan bölümler için ister ortak alanlar için olsun, kullanım ile bağlantıları dolayısıyla akla ilk gelen edimlerdir ve bunların karşılığını oluşturan ödemeler de, en tipik yan giderler olarak kabul edilebilir. Kullanım giderlerinin, kiraya veren tarafından bizzat veya üçüncü kişi vasıtasıyla sunulan edimin karşılığını teşkil etmeleri; ısıtma, aydınlatma gibi edimlerin çoğu zaman merkezî bir biçimde sunulup, karşılıklarının, bağımsız bölüm başına likit bir borca dönüştürülmesiyle gerçekleşir⁴⁰. Söz konusu gidere konu olan edimlerin sunulabilmesi için gerekli tesisatın kurulum, onarım ve bakım masrafları ise TBK m. 341 kapsamında değildir. Konut/işyeri olarak sunulan bir taşınmazın ısınma, su, aydınlatma gibi tesisatının mevcudiyeti veya onarımı, kira konusu şeyin kullanım amacına uygun biçimde sunulmasının ve sözleşme süresince de bu şekilde bulundurulmasının bir gereği olup; bunun eksikliği kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu doğurur⁴¹. Söz konusu tesisat için kiracının borcu, sadece TBK m. 317’deki sınır dâhilinde temizlik ve bakım borcudur⁴². Buna karşılık, mevcut tesisatın iyileştirilmesi, modernleştirilmesine ilişkin harcamalar, kanaatimizce TBK m. 320 ve m. 321 hükmüne tâbidir.

³⁹ Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 421. Gümüş ise, yan gider ve teknik anlamda masraf ayrımına dikkat çekmiş rağmen (bkz. *Gümüş*, s. 9); “Kiraya verene ait olan yan giderleri yapma borcu, aslında kiraya verenin kiralananı sözleşme süresinde öngörülen kullanım amacına uygun bulundurma borcunun bir yansımasını oluşturur; bu anlamda kira sözleşmesinden doğan bir yan edim yükümlüdür” ifadesine de yer vermiştir, bkz. *Gümüş*, s. 9 -10.

⁴⁰ Aksi yönde bkz. *Öktem-Çevik*, s. 214.

⁴¹ Aynı yönde bkz. *İnceoğlu*, C. I, s. 341.

⁴² Aynı yönde bkz. *Aydoğdu/Kahveci*, s. 473.

Kiraya verenin bizzat veya üçüncü kişi vasıtasıyla sunduğu yan edimlerden olmak üzere; kapıcı, güvenlik, bahçe bakımı, otopark, spor salonu, havuz ...gibi hizmetlerin *tesis masrafları*, yani kurulum veya onarımlarına yönelik masraflar açısından da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Buna karşılık doktrin, sözkonusu edimlerin “işletim giderlerini” kullanımla bağlantılı kabul etmektedir. Bu sebeple, kapıcıların ücret veya diğer masrafları, keza güvenlik, otopark, spor salonu gibi yerlerde çalıştırılan personelin masrafları, teknik anlamda yan gider oluşturur. Genel hükümlere tâbi kiralarda bu gibi yan giderlere, TBK m. 303 hükmü uyarınca, kiraya veren katlanır. Konut/işyeri kiralari bakımından ise sözkonusu işletim masraflarının TBK m. 341’in kapsamında kabul edilerek, aksine sözleşme veya yerel âdet bulunmadıkça kiracının yükümlülüklerine dâhil edilip edilemeyeceği, doktrinde tartışmalıdır. Buna göre, TBK m. 341’in lafzı dikkate alındığında; kiracının, aksi kararlaştırılmadıkça, sadece ısıtma, aydınlatma, su gibi kullanım giderleri niteliğindeki yan giderlere katlanmakla yükümlü olduğu söylenebilir⁴³. İşletim giderleri niteliğinde olan yan giderler bakımından ise TBK m. 303’deki genel hüküm uygulama alanı bulur⁴⁴. Buna karşılık doktrinde diğer bir görüş, konut/işyeri kiracılarının katlanmakla yükümlü oldukları yan giderler bakımından böyle bir ayırımın yapılamayacağını⁴⁵; TBK m. 341’in lafzının, mehz Kanun’da olduğu gibi⁴⁶ işletme giderleri de esas alınarak okunmasının Türk hukuku bakımından daha doğru olduğunu kabul etmektedir⁴⁷.

6098 sayılı TBK’nın üzerinde durduğumuz ilgili hükümleri, AVM kiracılarından ortak gider adı altında tahsil edilen ödemeler bakımından da

⁴³ “Kanun koyucu, mehz İBK’den farklı olarak TBK’nın 341. maddesinde yan giderlerde bir ayırım yapmış ve yan giderlerin içinde kullanma giderleri niteliğini haiz ısıtma, aydınlatma ve su gibi giderlerden kiracının sorumlu olacağını düzenlemiştir”, *Öktem-Çevik*, s. 214; “... TBK 341 hükmünde KÇİK bakımından sadece yan giderlerden ısıtma, su ve aydınlatma gibi kullanma giderleri kural olarak kiracıya yüklenmiştir”, *Aydoğdu/Kahveci*, s. 470.

⁴⁴ *Aydoğdu/Kahveci*, s. 473. Bu durumda ayrıca TBK m. 303 hükmünün emredici olup olmadığı hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu yöndeki tartışmalar için bkz. *Acar*, s. 158 vd; *Gümüş*, s. 10; *İnceoğlu*, C. I, s. 103 vd., s. 344; *Öktem-Çevik*, s. 215; *Aydoğdu/Kahveci*, s. 469.

⁴⁵ *İnceoğlu*, C. I, s. 108.

⁴⁶ Mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nda TBK m. 341’in karşılığı, genel olarak yan giderlerin düzenlendiği 257a maddesinden hemen sonra yer almaktadır. İBK m. 257/b’ye göre “(1) Konut ve -çatılı- işyeri kiralalarında yan giderler; kiraya verenin, kullanımla ilişkili ısıtma, sıcak su ve benzeri işletme giderleri ile yine eşyanın kullanımından doğan kamusal nitelikteki edimleri için yaptığı harcamalardır. (2) Kiraya veren, -harcamalarla- ilgili belgeleri, talep üzerine kiracının incelemesine sunmak zorundadır”.

⁴⁷ *Gümüş*, s. 13.

dikkate alınması gereken hükümlerdir. Üstelik sözkonusu hükümler, özellikle teknik anlamdaki yan giderlerin neleri kapsamakta olduğu hususu, TBK'nın AVM kiracılarını da etkileyecek iki yeni düzenlemesi ile daha önemli bir hâl almaktadır. Bunlardan ilki, kira bedelinde temerrüt ile *yan giderlerin* ödenmesinde temerrüde aynı sonuçları bağlayan TBK m. 315⁴⁸ hükmüdür. Buna göre, yan giderleri ödeme yükümlülüğü altında bulunan kiracı, bunu yerine getirmezse, 818 sayılı Kanun döneminin aksine⁴⁹, taşınmazı tahliye etmek durumunda kalabilir. Ancak Kanunkoyucu, teknik anlamda yan gider niteliği bulunmayan başka bazı ödemelerin bu isim altında kiracılara yükletilmesinin de önüne geçmek istemiş ve TBK m. 346 hükmünü vaaz etmiştir. Buna göre, konut/işyeri kiralari bakımından kiracıya kira bedeli ve *yan giderler* dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Ancak TBK m. 346 hükmünün (6217 sayılı Kanunu düzelteren/değiştiren⁵⁰) 6353 sayılı Kanun ile AVM kiralarını da kapsayacak şekilde bazı kiralar bakımından uygulaması ertelenen hükümlerden birisini oluşturması, bu defa meselenin sözkonusu erteleme de dikkate alınarak değerlendirilmesini gerektirir. Kanaatimizce, böyle bir erteleme, teknik anlamda yan gider kavramının içeriğini değiştirmez;

⁴⁸ TBK m. 315- (1) Kiracı, kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya veren kiracıya yazılı olarak bir süre verip, bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir. (2) Kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar.

⁴⁹ 818 sayılı Kanun döneminde, kiralananın kullanımına yönelik kira bedeli dışındaki bazı giderlerin kiracıya ait bir borç olarak kabul edilmeleri halinde dahi, bunların ödenmesinde düşülen temerrüt, sözleşmenin feshine yol açmamaktaydı. Yargıtay'ın 1960'lı yıllarda benimsediği ve nihayet 1968 yılında bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile bağlayıcı hale getirdiği bu görüşün esası, eski m. 260 hükmünün sadece kira bedelinin ödenmesinde temerrüde ilişkin özel bir hüküm niteliğinde bulunduğu, kiracının kira bedeli dışında kalan ödeme yükümlülüklerinin ise kira bedelinin bir parçası olarak değerlendirilemeyeceği hususudur. bkz. *Feyzioğlu F. N.*: Borçlar Hukuk İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), İstanbul 1980, s. 563 ve d.pn. 206.

⁵⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden hemen sonra kabul edilen 04. 07. 2012 tarih ve 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 53. maddesi, daha önce aynı konuyu düzenleyen 6217 sayılı "Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"a eklenen Geçici Madde 2 hükmünü, içerdiği hatalı madde numaralarını düzelterek şu şekilde değiştirmiştir: "GEÇİCİ MADDE 2 – Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354 üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır". 6353 sayılı Kanun, ayrıca, 6217 sayılı Kanun'un beş yıl olarak öngördüğü erteleme süresini sekiz yıl olarak değiştirmiştir.

ancak işyeri ve dolayısıyla AVM kiracılarına erteleme süresi boyunca, yan gider dışında başka bazı ödeme yükümlülükleri de getirilebilmesi veya bu tür yükümlülükler getiren mevcut sözleşme hükümlerinin geçerliliklerini koruması sonucunu doğurur. Ancak erteleme süresi boyunca geçerliliğini koruyan -yan giderler dışındaki- bir ödeme yükümlülüğünün ihlâli, TBK m. 315 uyarınca tahliyeye sebebiyet vermez⁵¹. Bu durumda, temerrüde bağlanacak sonuçlar, genel hükümlere göre belirlenmelidir⁵².

III. ALIŞVERİŞ MERKEZLERİ HAKKINDA YÖNETMELİK

A. GENEL OLARAK

6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, AVM'lerdeki ortak giderlere ilişkin özel bir düzenleme içermemekte; 11 inci maddesinin son fıkrasında, konunun yönetmelikle düzenleneceğini hükme bağlamaktadır. Söz konusu Yönetmelik, 26 Şubat 2016 tarihinde TC Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından Resmi Gazete'de⁵³ yayımlanarak yürürlüğe sokulmuştur⁵⁴.

Toplam 22 madde ve bir ekten oluşan Yönetmelik'te; amaç – kapsam, dayanak ve tanımların yer aldığı birinci bölümün ardından, ikinci bölümde AVM'lerin nitelikleri ve ruhsatlandırma süreci düzenlenmiştir⁵⁵. Yönetmeliğe

⁵¹ Aynı yönde bkz. *İnceoğlu*, C. I, s. 107.

⁵² Bu noktada, 818 sayılı Kanun döneminde eski m. 106'nın bu tür ödemeler bakımından uygulama alanı bulamayacağı yönündeki yerleşik Yargıtay uygulamasına dikkat çekmek gerekmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını hükme bağlayan eski m. 106'nın uygulaması bakımından, sözleşmenin sadece nitelik itibarıyla tam iki tarafa borç yüklüyor olması yetmez; ihtilâf konusu olan alacak/borçların da sözleşmede mübadele ilişkisi içinde bulunmaları gerekir. Kira sözleşmesi bakımından bunlar, kiralananın kullanımının bırakılması borcu ile kira bedeli ödeme borcudur. O halde diğer ödemeler bakımından temerrüde düşülmesi, eski m. 106'ya göre akdin feshine ve kiracının tahliyesine sebebiyet vermez. Bkz. YHGK, 06.03.1963 tarih ve 6-13/23 sayılı karar (*Tunçomağ*, s. 526 vd.). Benzer yönde teorik yaklaşım için bkz. *Oğuzman M. K. / Öz M. T.*: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, İstanbul 2014, s. 548. Ancak 818 sayılı Kanun döneminde, Yargıtay'ın bu görüşe dayalı yerleşik uygulamasını eleştiren yazılar da mevcuttur; bkz. *Uyar T.*: Kiralanan Taşınmazın “Kira Borcunun Ödenmemesi (Temerrüt)” Nedeniyle İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesi, ABD, Kış 2009, Y. 67, S. 1, s. 77 ve dph. 33 ve 34'te anılan diğer yazarlar.

⁵³ Bkz. 26 Şubat 2016 tarih ve 29636 sayılı RG.

⁵⁴ Yönetmeliğin yürürlüğünü düzenleyen 21 inci maddesine göre “(1) Bu Yönetmelik, yayımı tarihinde yürürlüğe girer”.

⁵⁵ Yönetmelik, AVM'lerin yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatını verme, değiştirme ve yenileme yetkisini büyükşehir olan yerlerde büyükşehir belediyesine; diğer yerlerde belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde ilgili belediyelere, belediye sınırları ve mücavir alanlar dışında ise il özel idarelerine vermiştir (m. 5/III). Yönetmeliğin 5 inci maddesi, müteakip fıkralarında da, ruhsatlanma sürecini düzenlemektedir.

göre, alışveriş merkezi; madde 3'ün (a) bendi uyarınca, Yönetmeliğin 4 üncü maddesinde belirtilen, “Bir yapıya veya alan bütünlüğü içinde yapılar topluluğuna”, “En az beş bin metrekare satış alanına”, “İçinde en az biri büyük mağaza niteliğini taşımak şartıyla beslenme, giyinme, eğlenme, dinlenme, kültürel ve benzeri ihtiyaçların bir kısmının veya tamamının karşılandığı en az on işyerine ya da büyük mağaza niteliği taşıyan işyeri bulunmasa dahi beslenme, giyinme, eğlenme, dinlenme, kültürel ve benzeri ihtiyaçların bir kısmının veya tamamının karşılandığı en az otuz işyerine”, “Yönetmelikte belirtilen ortak kullanım alanlarına”, “Merkezi bir yönetime” sahip perakende işletmeyi ifade eder.

Böylece Yönetmelik, belli bir büyüklüğe ve perakende işletme sayısına, merkezi bir yönetime sahip olma gibi özelliklerin yanısıra, bazı ortak kullanım alanlarının mevcudiyetini de, AVM’lerin mutlak niteliklerinden birisi olarak kabul etmiştir. Hatta AVM’lerin projelendirilmesi ve ruhsatlandırılmasını hükme bağlayan m. 5’in ikinci fıkrasına göre, AVM projelerinde, Yönetmelikte belirtilen ortak kullanım alanlarına yer verilmesi zorunludur. Söz konusu alanların neler olduğu ise ortak kullanım alanlarına ilişkin ilke ve kuralları düzenleyen üçüncü bölümde ayrıntılarıyla ele alınmıştır. Buna göre, Yönetmelik m. 6’da, sosyal ve kültürel etkinlik alanı, acil tıbbi müdahale ünitesi, ibadet yeri, bebek bakım odası, çocuk oyun alanı, dinlenme alanları ile ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zorunlu diğer alanlar ortak alanlar olarak sayılmış ve müteakip hükümler ile her bir alan ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu alanlara ilişkin giderler ise “ortak giderler” başlığı ile, Yönetmeliğin 11 inci maddesinde, ayrıntılı bir şekilde düzenleme konusu yapılmıştır.

B. ORTAK GİDERLERE İLİŞKİN YÖNETMELİK HÜKMÜ

Yönetmeliğin ortak giderleri düzenleyen 11 inci maddesi şu şekildedir:

“Ortak giderler

MADDE 11 – (1) Ortak kullanım alanlarına ilişkin elektrik, su, ısınma, yenileme niteliğinde olmayan bakım-onarım, güvenlik ve temizlik gibi belirli dönemlerde tekrarlanan ve alışveriş merkezinin aynına ilişkin olmayan ortak giderler, bu Yönetmelik ekindeki usul ve esaslara göre hesaplanarak paylaşılır.

(2) Alışveriş merkezindeki perakende işletmelerden, birinci fıkradaki ortak giderler dışında kalan pazarlama ve yönetim gibi ortak faydaya yönelik

hizmetler için katılım payı talep edilebilmesi, bu hususun, taraflar arasındaki sözleşmede belirtilmiş olmasına bağlıdır. Taraflar arasındaki sözleşmede aksi belirtilmedikçe bu giderler de bu Yönetmelik ekindeki usul ve esaslara göre hesaplanır.

(3) Kiracı olarak faaliyette bulunan perakende işletmelerden birinci ve ikinci fıkrada belirtilen nitelikteki giderler dışında ortak gider adı altında herhangi bir bedel talep edilemez.

(4) Birinci ve ikinci fıkra kapsamındaki giderler için, bir önceki yılın kesinleşen giderlerinin yeniden değerlendirilme oranında artırılması suretiyle hesaplanacak muhtemel gider tutarı üzerinden avans talep edilebilir. Bu giderler için avans alınması halinde, avansın ait olduğu yılın sonuna kadar mahsup işlemi gerçekleştirilir.

(5) Ortak gider katılım payları Türk Lirası üzerinden hesaplanır ve ödenir.

(6) Ortak gider katılım payları perakende işletmelerden yazılı olarak talep edilir ve bu yazıda giderlerin tür ve tutarları ayrı ayrı belirtilir.

(7) Alışveriş merkezi yönetimince her yıl mart ayı sonuna kadar, bir önceki yılın ortak giderleri ile ortak kullanım alanı gelirlerine ilişkin rapor hazırlanarak alışveriş merkezindeki perakende işletmelere gönderilir. Bu raporda; bu Yönetmelik ekindeki usul ve esaslara göre her bir perakende işletmeden tahsil edilmesi gereken ve tahsil edilen ortak gider katılım paylarına, ortak kullanım alanlarından elde edilen gelirlere ve ortak gider katılım payından yapılan ödemelere ilişkin bilgiler ile her bir gider türü için ortak gider hesaplamalarına yer verilir. Perakende işletmelerce talep edilmesi halinde, ortak kullanım alanlarından elde edilen gelirler ile ortak gider katılım paylarından yapılan ödemelere ilişkin belgelerin birer örneği alışveriş merkezi yönetimince perakende işletmelere verilir.

(8) Ortak gider katılım payları tahsilat amacı dışında kullanılamaz. Ortak kullanım alanlarından elde edilen gelirler ortak giderlerin karşılanmasında kullanılır.

(9) Alışveriş merkezi içindeki perakende işletmeden, bu Yönetmelik ekindeki usul ve esaslara göre yapılan hesaplama sonucunda tahsil edilmesi gerekenden daha az ortak gider katılım payı tahsil edilmesi durumunda, tahsil edilmeyen kısım işyeri malikince karşılanır.

(10) Kiraya verilmemiş işyerlerine ait ortak gider katılım payları bu işyerlerinin maliklerince karşılanır.

(11) Bu maddenin uygulanmasından alışveriş merkezi maliki ile yönetimi müştereken sorumludur”.

Görüldüğü gibi sözkonusu hüküm, ortak giderlerin kapsamı, ortak gider katılım paylarının talep usulü ve harcamaların denetimi, ortak giderlerin paylaştırılması gibi hususlarda önemli düzenlemeler getirmektedir.

1. Ortak Giderlerin Kapsamı

Yönetmelik m. 11/ I ve II itibariyle ortak giderlerin, “ortak kullanım alanlarına ilişkin olanlar” ve “ortak faydaya yönelik hizmetlere ilişkin olanlar” şeklinde ikiye ayrılarak ele alınması mümkündür.

a. Ortak Alan Giderleri

Yönetmelik m. 11/I “ortak kullanım alanlarına ilişkin” bazı giderleri düzenleme konusu yapmaktadır. Bunlar, öncelikle, TBK m. 341’in kullanma giderleri olarak ifade ettiği elektrik, su ve ısınma giderleridir. Bunun yanı sıra hüküm, “... güvenlik ve temizlik gibi belirli dönemlerde tekrarlayan giderler...”den de bahsettiğine göre; TBK m. 341’in kapsamı bakımından tartışmalı olan “işletme giderleri”, AVM’ler bakımından kanaatimizce ortak giderler kapsamına dâhil edilmiş olmaktadır. Ayrıca Yönetmelik, taslak metnin aksine⁵⁶, bakım – onarım giderleri yönünden bir ayırım yaparak, ancak “yenileme niteliğinde olmayan bakım – onarım giderleri”ni ortak giderlerden kabul etmiştir. Bu ayırım, özellikle AVM kiracıları bakımından önemlidir ve perakende işletmelerin büyük kısmının kiracı olması, bu ayırımın yapılmasını isabetli kılmaktadır. Gerçekten kira konusu şeyin bakım ve onarım giderleri, ancak TBK m. 317’deki sınır dâhilinde, yani “olağan kullanım için gerekli olduğu ölçüde” kiracıya yükletilebilir. Kanun’daki bu sınırı aşan bakım borcunun yönetmelik hükmü ile kiracıya yükletilmesi, hukuk tekniği bakımından zaten mümkün olmadığı gibi⁵⁷, meselenin esası bakımından da kabul edilemez. Zira olağan kullanımın gerektirdiği ölçüyü

⁵⁶ Yönetmeliğin taslak metninde ilgili hüküm şu şekilde kaleme alınmış idi: “MADDE 13 – (1) Ortak kullanım alanlarına ilişkin elektrik, su, ısınma, bakım-onarım, güvenlik ve temizlik gibi belirli dönemlerde tekrarlanan giderler, perakende işletmelerin kiraladıkları alanların alışveriş merkezinin satış alanına oranına göre paylaşılır”.

⁵⁷ Hukuk kuralları arasındaki öncelik ilişkisi “normlar hiyerarşisi” olarak adlandırılmaktadır, bkz. Işıktaç Y. / Metin S.: Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2012, s. 141; Yıldırım A. / Sarı C.: Elbirliği Mülkiyetinin Paylı Mülkiyete Çevrilmesinde Görevli Mercî Sorunu, BÜHFD 2014, C. IX, S. 115 – 116 (Mart – Nisan), s. 110 vd.

aşan, Yönetmelikteki ifadesiyle “yenileme niteliğindeki” bakım ve onarım giderlerine katlanmak, yukarıda da değindiğimiz gibi, kiraya verenin kendisinin katlanması gereken bir yükümlülüktür. Yönetmelik m. 11/I’deki “alışveriş merkezinin *aynına ilişkin olmayan* ortak giderler” ifadesi de, bu kanaatimizi doğrulamakta ve bu hüküm ile Türk Borçlar Kanunu kapsamında yan gider olarak kabul ettiğimiz harcamalar arasında paralellik sağlamaktadır. Buna göre, kira konusu şeyin “kendisine/aynına” yönelik harcamalar, kira konusu şeyin iyileştirilmesi, modernize edilmesi, daha kullanışlı hale getirilmesi için yapıldıkları takdirde TBK m. 320 veya m. 321’e tâbidir. Kira konusu şeyin kendisine/aynına yönelik harcamalardan bakım ve onarım niteliğinde olanlar ise, TBK m. 317’de öngörülen “olağan” ölçüyü aştıkları takdirde, artık ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü kapsamında kiraya verenin katlanması gereken harcamalardan sayılırlar. Yönetmelikte ortak gider olarak kabul edilen bakım – onarım giderleri ile kiraya verenlerin/işyeri maliklerinin katlanmaları gereken bakım – onarım giderlerinin birbirinden ayrılması bakımından, yine hükümde yer alan “*belirli dönemlerde tekrarlanan giderler*” tabiri, kanaatimizce, yol gösterici olabilir. Buna göre, belirli dönemlerde tekrarlanan giderler, ortak alanlara ilişkin elektrik, su, ısınma, güvenlik ve temizlik gibi ihtiyaçların karşılanmasının yanısıra, taşınmazın (AVM’nin) rutin, yani yenileme niteliğinde olmayan bakım – onarım ihtiyacını da gidermek üzere harcanabilir. Ancak taşınmazın bakım – onarım ihtiyacı, belirli dönemlerde tekrarlanan giderler ile karşılanamayacak büyüklükte ise, bu, TBK m. 301 uyarınca kiraya verenin katlanması gereken bir durum oluşturur ve aradaki fark, hangi isim altında olursa olsun, AVM kiracılarına yükletilemez (TBK m. 301, c. 2). Buna karşılık, kiracı değil, kendisi kat maliki olan perakende işletmeler bakımından, ortak kullanım alanlarına ilişkin giderlerin alışveriş merkezinin aynına ilişkin olup olmadığının veya bakım – onarım giderlerinin yenileme niteliğinin bulunup bulunmadığının önemi yoktur.

b. Ortak Faydaya Yönelik Hizmet Giderleri

Yönetmelik m. 11/II’de taslak metinde yer almayan⁵⁸ “pazarlama ve yönetim gibi ortak faydaya yönelik hizmetler için ödenecek katılım payı” düzenleme konusu yapılmıştır.

⁵⁸ Taslak metnin aynı konuyu düzenleyen 13 üncü maddesi “ortak kullanım alanlarına ilişkin giderler” başlığını taşımakta; ayrıca mevcut Yönetmelik m. 11/II hükmünü karşılayan bir düzenleme de içermediğinden, ortak faydaya yönelik hizmetlerin karşılığında perakende işletmelerden ödeme talep edilip edilemeyeceği hususu, belirsiz bulunmaktaydı.

Hüküm, ortak faydaya yönelik hizmetleri pazarlama ve yönetim gibi hizmetlerle örneklendirmiştir. Düzenlemeye göre, ilk fıkradaki ortak alan giderlerinin aksine, bu hizmetler için katılım payı talep edilebilmesi, bunun sözleşmede kararlaştırılmış olmasına bağlıdır. İlk fıkrada olduğu gibi, ikinci fıkra hükmünün önemi de, özellikle AVM kiracıları bakımındandır. Buna göre, sözkonusu giderlerin sözleşmede öngörülmedikçe AVM kiracılarına yükletilmesinin mümkün olmadığı; tersi ifadeyle, bu giderlerin sözleşme ile kiracılara yükletilmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Bu noktada sözkonusu Yönetmelik hükmünün, Türk kira hukuku bakımından değerlendirilmesi, daha açık bir ifadeyle, TBK'nın ilgili hükümleri ile bağlantısının ortaya koyulması gerekir.

Kanaatimizce, Yönetmelik m. 11/II hükmünde öngörülen giderler, TBK anlamında yan gider olarak nitelendirilmemesi gereken, AVM'lere özgü birer harcama kalemi teşkil etmektedir. Gerçekten, öncelikle, AVM'lerin tanıtımını yapmayı veya müşteri çevresini artırmayı amaçlayan reklâm faaliyetlerinin, benzer amaca hizmet eden gösteri, konser veya özel konukların ağırlandığı imza - söyleşi günleri gibi organizasyonların, çekilişlerle dağıtılan promosyon ürünlerinin, TBK m. 303 anlamında *kira konusu şeyin kullanımıyla ilişkili olmak üzere* kiraya veren veya üçüncü kişi tarafından sunulan birer edim olduğunu kabul etmek ve bunlara ilişkin ödemeleri de sözkonusu edimlerin karşılığı olarak nitelendirmek kanaatimizce zordur⁵⁹. Bu durumda, sözkonusu harcamaları sözleşmeyle kiracılara yükletmeyi mümkün kılan Yönetmelik hükmünün, TBK m. 346'ya aykırılık oluşturduğu iddia edilebilir. Gerçi TBK m. 346, 6353 sayılı Kanun ile uygulaması ertelenen hükümlerden birisini teşkil etmektedir; ancak bu, uygulaması ertelenmiş dahi olsa, kanun hükmünün yönetmelik hükmü ile aşılmasına imkân verecek bir durum olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte, AVM'nin tanıtımına ve müşteri çevresini artırmaya yönelik bu harcamaların yapılmasında AVM sahibi veya kiraya verenlerden ziyade, çoğu kiracı olan perakende işletmelerin menfaatlerinin bulunduğu açıktır. Gerçekten sözkonusu harcamaların sebebini teşkil eden pazarlama faaliyetlerinin satışları artırması yönünde beklenen olumlu etkisinden doğrudan yararlanacak olanlar, perakende işletmelerdir. AVM

⁵⁹ Aynı yönde bkz. *İnceoğlu*, C. I, s. 346. Ayrıca yazar, TBK m. 346'nın uygulanmasının ertelenmesi sebebiyle, AVM'ler bakımından ortak gider adı altında tahsil edilen ödemelerin teknik anlamda yan gider teşkil edip etmediği meselesinin, erteleme süresi boyunca önemli olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, "Konu söz konusu tarihe kadar sadece alışveriş merkezlerinde nadir olarak görülen çilingir, ayakkabı tamircisi gibi tacir niteliği taşımayan kiracılar açısından önem taşıyacaktır", bkz. *İnceoğlu*, C. I, s. 346. Ancak AVM Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesiyle, konu, tekrar değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır.

maliki/maliklerinin veya kiraya verenlerin bundan elde edecekleri menfaat, AVM'nin değerinin ve kira bedellerinin yükselmesine bağlı dolaylı bir menfaattir. Hâl böyleyken, bu giderlerin sözleşmeyle dahi kiracılara yükletilemeyeceğini kabul etmek, bu tür faaliyetlerin zayıflamasına sebep olduğu oranda, TBK m. 346 hükmünün esas korumayı amaçladığı kiracılar aleyhine sonuç doğurabilir. Bu sebeple kanaatimizce, sözkonusu giderlerin, kira sözleşmesi içinde düzenlense dahi, bu sözleşmeye yabancı bir faaliyetin karşılığını oluşturduğu; dolayısıyla burada kira hukukunun dışında tutulması gereken bir ilişkinin bulunduğu kabul edilmelidir.

Gerçekten, kira sözleşmesi, esasen, kiracı tarafından ödenecek kira bedeli karşılığında, kiraya veren tarafından sözleşme konusu şeyin kullanımının kiracıya bırakılmasını konu edinen bir sözleşmedir. Bu sözleşme içinde kira konusu şeyin kendisine veya kullanımına ilişkin olmayıp, AVM organizasyonunun kendine özgü yapısı dolayısıyla tarafların ticarî bazı menfaatlerini karşılamak üzere öngörülen pazarlama faaliyetlerine yönelik hükümler, tipik kira hükümleri olarak değil, konusu işgörme olan başka bir sözleşmenin unsuru olarak değerlendirilmelidir. Aynı değerlendirme, yine ortak faydaya yönelik hizmetlerden olmak üzere m. 11/II'de ifade edilen "yönetim faaliyetleri" hususunda evleviyetle yapılmalıdır. Zira AVM'nin yönetimi, AVM maliki/malikleri ile yönetim şirketi arasında mevcut bir sözleşmenin konusu olup, yönetim işinin iyi bir şekilde yürütülmesinde öncelikle AVM maliki/maliklerinin menfaatleri sözkonusudur. Esasen bu ilişkinin dışında bulunan AVM kiracılarının ise, yönetim işinin iyi bir şekilde yürütülmesinden bu defa dolaylı bir menfaatleri bulunmaktadır. Biz bu noktada ilgili sözleşme hükümlerinin kira hukukuna uygunluğu bakımından tartışılması gereken normun, konut/işyeri kiracılarına kira bedeli ve yan giderler dışında ödeme yükümlülüğü getirilmesini yasaklayan TBK m. 346 değil, bağlantılı sözleşme yasağını düzenleyen TBK m. 340 olması gerektiği kanaatindeyiz⁶⁰. Buna göre, konut ve çatılı işyeri kiralarda sözleşmenin kurulması ya da sürdürülmesi, *kiracının yararı olmaksızın*, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanamaz; aksi halde kira sözleşmesi değil, fakat kirayla bağlantılı sözleşme geçersizdir (TBK m. 340)⁶¹. AVM

⁶⁰ İnceoğlu da, özellikle AVM kiralarda sözkonusu olan reklâmlara katkı payının kira hukukuna uygunluğu hususuna, bağlantılı sözleşme meselesini ele alırken değinmiştir, bkz. *İnceoğlu*, C. II, s. 45. Ancak yazar, konunun TBK m. 346 yönü itibarıyla değerlendirilmesi gerektiğine de dikkat çekmektedir, bkz. *İnceoğlu*, C. II, s. 46.

⁶¹ Bağlantılı sözleşme hakkında bkz. *Acar F*: Kira Sözleşmesinde Bağlantılı İşlem ve Güvençe, BÜHFD 2013, C. 9, S. 103 – 104, s. 163 vd; *İnceoğlu M. / Baş E.*: Kira Hukukunda Bağ-

kiralalarında yer alan pazarlama ve yönetim hizmetlerine ve bunların karşılığını oluşturan ödemelere dair sözleşme hükümleri de kira ilişkisinin dışında, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi bulunmayan ancak “kiracının yararının sözkonusu olduğu” hükümler olarak görülmelidir⁶². Bu sebeple Yönetmeliğin, ortak faydaya yönelik hizmetler için perakende işletmelerden katılım payı tahsil edilmesini mümkün kılan, ancak bunu özel bir sözleşme şartına bağlayan düzenlemesi, m. 340’a aykırı düşmediği takdirde TBK’ya uygun kabul edilmelidir⁶³. Böyle bir kabul, ticaret hayatının gereklerine hizmet eden bu tür sözleşme hükümlerinin geçerliliğine imkân tanımının yanı sıra, başka bir önemli sonucu daha beraberinde getirir. Buna göre, sözkonusu katılım paylarının ödenmesinde kiracının temerrüde düşmesi, yan giderlerin ödenmesinde düşülen temerrüdün aksine, TBK m. 315 uyarınca sözleşmenin feshi ve tahliye sebebiyet vermez. Zira TBK m. 315’in açıkça kira bedeli ve yan giderlerin ödenmesinde temerrüdü içeren düzenlemesi, bu nitelikteki ödemeler ile sınırlıdır. Kiralananın kullanımıyla ilişkili bulunmayıp, tarafların ortak ticarî menfaatlerinin bir gereği olarak sunulmuş hizmetlerin karşılığını oluşturan ödemelerdeki temerrüt ise genel hükümlere tâbi kılınmalıdır.

c. Diğer Ödemelerin Durumu

Yönetmeliğin 11 inci maddesi, III üncü fıkrasında, AVM kiracıları bakımından ortak giderleri, ilk iki fıkra kapsamında ele aldığımız giderler ile sınırlamıştır. Buna göre, AVM kiracılarından ortak gider adı altında tahsil edilebilecek ödemeler, ilk fıkrada düzenlenen ortak kullanım alanlarına ilişkin giderler ile ikinci fıkrada düzenlenen ortak faydaya yönelik hizmetlerin karşılığı olan giderlerden ibarettir⁶⁴. Yönetmelikteki bu düzenleme, TBK m. 346 ile uyum içindedir ve TBK m. 346’nın düzenlenme amacı ile aynı amaca yönelik olduğu açıktır. Buna göre, Kanun koyucunun konut/işyeri kiracılarına kira bedeli ve yan giderler dışında ödeme yükümlülüğü getirilmesini engelleyen iradesi, bu defa, AVM’ler bakımından kiracılara ortak gider adı altında başka bazı giderlerin yükletilmesini engellemek üzere, Yönetmeliği vaaz edenlerce

lantılı Sözleşme Yapma Yasağı, İÜHFM 2012, C. LXX, S. 2, s. 165 vd. ; Eren, s. 419 vd., *İnceoğlu*, C. II, s. 39 vd.

⁶² İlgili sözleşme hükümlerinin benzer gerekçelerle geçerli kabul edildiği yönünde bkz. *İnceoğlu*, C. II, s. 45.

⁶³ Reklâm giderleriyle ilişkili olarak aynı yönde değerlendirme için bkz. *İnceoğlu/Baş*, s. 170. Alışveriş merkezleri bakımından sigorta giderleri, otoparkta yer tahsisinin karşılığı gibi başka bazı harcama kalemleri bakımından ayrıca bkz. *İnceoğlu/Baş*, s. 169 vd.

⁶⁴ Bunların dışında kalan giderler bakımından, hiç şüphesiz, AVM sahiplerinin / kat maliklerinin KMK’ya veya yönetim planına uygun yapacakları bir paylaşım sözkonusu olur.

ortaya koyulmuştur. Ancak TBK m. 346'nın AVM kiracılarını da kapsayacak şekilde belli bazı kiracılar yönünden uygulanmasının ertelenmesi, Yönetmelik m. 11/III hükmünün derhal uygulanmasının mümkün olup olamayacağı hususunu, tartışmalı hale getirir. Zira Kanun koyucu, TBK m. 346 hükmü ile ortaya koyduğu iradeyi, bu defa (6217 sayılı Kanunu düzelteren/değiştiren) 6353 sayılı Kanun ile, ilgili hükmün sekiz yıl boyunca uygulanmaması yönünde ortaya koymuştur. Bu noktada, Yönetmeliğin ortak fayda hizmetleri için katılım payı tahsil edilmesine dair m. 11/II hükmünü ilişkilendirdiğimiz TBK m. 340'ın da, yine uygulanması ertelenen hükümlerden birisi olduğuna dikkat çekmek gerekir. Böylece ertelenen hükmün içeriğiyle örtüşen Yönetmelik hükmünün, Kanun ile ortaya koyulmuş erteleme iradesinin önüne geçemeyeceği, aksi bir tutumun normlar hiyerarşisine aykırılık oluşturacağı savunulabilir. Üstelik, 6353 sayılı Kanun'a göre "... kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur, kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde ise mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır"⁶⁵. O halde, Kanun'un -m. 340 ve m. 346 da dahil olmak üzere- madde numaralarını sayarak belirttiği konulara ilişkin kabul ettiği sözleşme serbestisi, Yönetmelik hükmü ile bertaraf edilemez. Bununla birlikte, sözkonusu ertelemenin teknik anlamdaki yan gider ve AVM kiralari bakımından ortak gider kavramlarının içeriğini değiştirmeyeceği, dolayısıyla ertelemenin özellikle TBK m. 315 bakımından etki yaratmayacağı yönünde yukarıda ortaya koyduğumuz sonuçlar, Yönetmelik hükmü bakımından da sözkonusu olur. Ayrıca, kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, TBK m. 301/c. 2 uyarınca konut/işyeri kiracıları aleyhine değiştirilemeyecek bir sorumluluk teşkil ettiğinden ve TBK m. 301 bakımından herhangi bir erteleme de sözkonusu olmadığından, bu hüküm kapsamında kiraya verenin bizzat katlanması gereken giderler, sözleşme ile AVM kiracılarına yükletilemez. Bu husus, özellikle AVM'nin aynına ilişkin harcamalar bakımından önemlidir.

Yönetmelik m. 11/III hükmü, VIII inci fıkra hükmü ile kanaatimizce tamamlanmaktadır. Buna göre, Yönetmelik, bir yandan ilk iki fıkrada belirtilen giderler dışındaki harcamaların ortak gider adı altında AVM kiracılarına yükletilemeyeceğini öngörmüş (m. 11/III); diğer yandan perakende işletmelerden tahsil edilen katılım paylarının yalnızca tahsilat amacına uygun kullanılacağını belirtmiştir (m. 11/VIII). Yine esas önemini kiracı işletmeler

⁶⁵ 6353 sayılı Kanun'un düzenlemesi ve bu düzenlemenin eleştirisi hakkında bkz. *Gökyağ- la E: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulanma Alanı* (TBK. m. 339), YÜED 2013, C. XIII, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan (Özel Sayı), s. 1234 vd.

bakımından gösterecek olan bu hüküm ile, ortak gider adı altında tahsil edilen ödemelerin, kiracıların katlanmakla yükümlü olmadıkları harcama kalemlerine aktarılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Hüküm ayrıca, taslak metinde bulunmayan bir hususu daha düzenlemektedir. Buna göre, ortak kullanım alanlarından elde edilen *gelirler*, ortak giderlerin karşılanmasında kullanılır.

2. Ortak Gider Katılım Paylarının Talep Usulü ve Harcamaların Denetimi

Yönetmelik m. 11'in gerek III üncü gerek VIII inci fıkrasının işlevsel bir sonuç doğurabilmesi, ortak giderlerin tahsili usulüne ve harcamaların denetimine yönelik hükümlerle mümkün olur. Yönetmelik m. 11'in VI inci ve VII inci fıkraları bu doğrultuda vaaz edilmiştir. Buna göre, ortak gider katılım paylarının perakende işletmelerden yazılı olarak talep edilmesi ve talep edilen giderlerin tür ve tutarlarının ayrı ayrı belirtilmesi gerekir (m. 11/ VI). Talep esnasında, giderlerin sadece tutarının değil, türünün de açıkça belirtilmesi şartının aranması, özellikle III üncü ve VIII fıkra hükümlerini işlevsel kılmak bakımından isabetli bir düzenlemedir. Ancak ortak giderlere ilişkin tahsilat ve harcamaların denetimine ilişkin esas düzenleme hükmün bir sonraki fıkrasında yer almaktadır.

Yönetmelik m. 11'in taslak metinde yer almayan VII inci fıkrasına göre, her yıl mart ayı sonuna kadar, bir önceki yılın ortak *giderleri* ile ortak kullanım alanı *gelirlerine* ilişkin bir rapor hazırlanır ve her bir perakende işletmeye gönderilir. Yönetmeliğe göre sözkonusu raporun; “her bir perakende işletmeden *tahsil edilmesi gereken ve tahsil edilen* katılım paylarını, ortak kullanım alanlarından elde edilen gelirlere ve ortak gider katılım payından yapılan ödemelere ilişkin bilgileri, her bir gider türü için ortak gider hesaplamalarını” içermesi gerekir. Fıkranın devamı, TBK m. 341/II⁶⁶ hükmüne paralel bir şekilde, ortak kullanım alanlarından elde edilen gelirler ile ortak gider katılım payından yapılan ödemelere ilişkin belgelerin, talep eden perakende işletmelere ibrazı hususunu düzenlemektedir. Böylece Yönetmelik m. 11/ VI ve VII inci fıkralar ile TBK m. 341/II birlikte değerlendirildiğinde, ortak giderlere ilişkin ödeme taleplerinin, perakende işletmelere bilgilendirilme hakları gözetilerek yöneltilebileceği; ödeme ve harcamalar sonrasında ise, AVM yönetiminin hesap verme yükümlülüğünün bulunduğu görülmektedir.

⁶⁶ TBK m. 341/II- “Giderlere katlanan taraf, bu giderleri ispat edici belgelerin birer örneğini, istem üzerine diğer tarafa vermek zorundadır”. Yan giderler ile ilgili bu hükmün eleştirisi için bkz. *İnceoğlu*, C. I, s. 351 vd.

3. Ortak Giderlerin Paylaştırılması

Yönetmeliğin getirdiği en önemli düzenleme, ortak giderlerin paylaştırılmasına dair usul ve esasların belirlenmesi hususunda olmuş ve bilgilendirilme hakkı ile hesap verme yükümlülüğü de bu hususu tamamlayıcı olarak vaaz edilmiştir. Buna göre, "... ortak giderler, *bu Yönetmelik ekindeki usul ve esaslara göre* hesaplanarak paylaştırılır (m. 11/I)" ve AVM yönetiminde her yıl mart ayı sonuna kadar, bir önceki yıla ilişkin hazırlanacak raporda "... *bu Yönetmelik ekindeki usul ve esaslara göre* her bir perakende işletmeden tahsil edilmesi gereken ve tahsil edilen ortak gider katılım paylarına ... yer verilir (m. 11/VII)".

"Ortak Gider Katılım Payı Hesaplama Usul ve Esasları" başlığını taşıyan Yönetmelik ekindeki düzenleme, perakende işletmelerin cirosu gibi, ticarî sır kabul edilebilecek bazı bilgilerin paylaşımını gerektiren subjektif bir kriter yerine, her bir işyeri/işletme alanının toplam işletme alanına oranını esas alan objektif bir kriterden hareket etmektedir. Bununla birlikte, sözkonusu oranın aynen uygulanması halinde, çok büyük metrekareli işletmelerin çok fazla ortak gider ödemek durumunda kalmaları da hakkaniyete uygun görülmemiştir⁶⁷. Bu sebeple, Yönetmelik, çeşitli tür ve büyüklükteki işletmeler bakımından "dağıtım katsayısı" denilen bir değerlendirme sayısı da öngörmüştür. Bunun için öncelikle, işletmeler; "sinema/spa", "hızlı yemek katı", "kafe/restoranlar" ile "sadece metrekaresi itibarıyla dikkate alınan diğer işletmeler" olarak sınıflandırılmıştır. Bunlardan, en yüksek metrekareye sahip olduğu öngörülen sinema/spa alanı, en düşük dağıtım katsayısı olan "0,3" ile; en düşük metrekareye sahip olduğu öngörülen hızlı yemek katındaki alanlar ise, en yüksek dağıtım katsayısı olan "1,55" ile değerlendirilmiştir. Faaliyet türüne göre bir başka grubu oluşturan kafe ve restoranlar ise, ayrıca büyüklükleri de dikkate alınarak üç farklı dağıtım katsayısına tâbi tutulmuştur. Alışveriş merkezinde, sinema/spa, hızlı yemek katı ve kafe/restoranlar dışında kalan tüm diğer işletmeler için, faaliyet alanlarına bakılmaksızın, büyüklükleri arttıkça katsayıları azalan bir dağıtım yapılmıştır. Ortak gider katılım payının hesaplanmasında; aynı dağıtım katsayısına tâbi işletmelerin toplam alanları

⁶⁷ AVM Yönetmeliğinin yayımlanmasından önceki dönemde, sözkonusu hakkaniyete aykırı durumu ortaya koyan bir örnek İnceoğlu tarafından verilmiştir. Yazara göre, o dönemde CAP uygulaması olarak adlandırılan benzer bir uygulamanın altında yatan düşünce "... 800 m²'lik bir taşınmazı kiralamış olan bir kiracının, 8 m²'lik bir dükkan kiracısının 100 katı oranında ortak gider ödemesinin adil olmayacağı düşüncesidir. Esasen 800 m²'lik dükkanın kira bedelinin de 8 m²'lik bir dükkanın 100 katı olmayacağı açıktır. Zira elde edilen ciro ve karların, taşınmazların büyüklüğü ile doğru orantılı olarak artmayacağı bilinen bir gerçektir", *İnceoğlu, C. I, s. 351*.

bu katsayı ile çarpıldıktan sonra, alanları aynı olan işletmeler için belli bir katılım (miktarı) değeri elde edilmektedir. Alan büyüklüğüne göre hesaplanan katılım değerlerinin tamamı toplanarak önce “toplam katılım değeri”; toplam ortak giderlerin bu değere bölünmesiyle de “birim maliyet” hesaplanmaktadır. Nihayetinde, her bir perakende işletme için; işletme alanı, işletme alanının karşılığı olan dağıtım katsayısı ve birim maliyet çarpılarak, “ortak gider katılım payı” ortaya koyulmaktadır⁶⁸. Hesaplamanın bu şekilde yapılması, iki sonucu daha beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki, AVM'nin tüm taşınmaz alanının değil, sadece perakende işletmelere ayrılmış olan alanların hesaplamada göz önünde tutulduğu, böylece ortak alanların da dâhil edildiği daha büyük bir alan hesabı yapılmasından kaçınılmış olduğudur. İkincisi ise işletmeye (kiraya) verilmemiş olan işyerlerinin de sanki işletiliyormuş (kiraya verilmiş) gibi hesaplamada dikkate alındığı; dolayısıyla, buralara isabet eden katılım payının, diğer işletmelere dağıtılmadığı hususudur⁶⁹. Nitekim Yönetmelik m. 11/ X'a göre “*Kiraya verilmemiş işyerlerine ait ortak gider katılım payları, bu işyerlerinin maliklerince karşılanır*”.

Bu noktada Yönetmelik m. 11/IX'da yer alan düzenlemeye de dikkat çekmek gerekmektedir. Sözkonusu hüküm, belli bir perakende işletmeden fiilen tahsil edilen katılım payının usulünce yapılan hesaplama sonucunda tahsil edilmesi gerekenden daha az olması durumunda, aradaki farkın, işyeri maliki tarafından karşılanmasını öngörmektedir. Aynı işyeri alanı için, perakende işletme - işyeri maliki ayrımı yapıldığına göre, hükmün uygulanmasına esas olan hallerin, yine bir kira ilişkisinin bulunduğu haller olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre AVM'nin belli bir bölümünü kiracı sıfatıyla kullanan işletmenin katılım paylarına ilişkin eksik ödemeleri, işyeri maliki / kiraya verenden tahsil edilir. Kanaatimizce hükmün amacı, eksik ödemelerin varlığı halinde, aradaki farkın diğer kiracı işletmelere dağıtılmasını önlemektir. Aradaki farkın nihaî sorumlusunun ise, ilgili kiracı işletme olduğundan şüphe etmemek gerekir. Bu durumda eksik ödenen katılım payının ilgili olduğu ortak gider, TBK anlamında yan giderler ile örtüştüğü oranda, kiracı işletme aleyhine TBK m. 315 hükmüne göre temerrüt sebebiyle tahliye sözkonusu olabilir. Buna karşılık Yönetmelik m. 11/II'de düzenlenen ortak faydaya yönelik hizmet

⁶⁸ Kısaca her bir işletmenin ortak gider katılım payının hesaplanabilmesi için, üç unsurun bilinmesine ihtiyaç vardır. Bunlar, “işletmenin alanı”, “Yönetmeliğe göre tâbi tutulduğu dağıtım katsayısı” ve “birim maliyet olup”; ortak gider katılım payı, “işyeri/işletme alanı × dağıtım katsayısı × birim maliyet” formülü ile hesaplanmaktadır.

⁶⁹ Böylece Yönetmelik öncesinde, doktrinin adilâne bir dağılım için önerdiği bu iki hususa uygun bir düzenlemenin gerçekleştirilmiş olduğu görülmektedir, bkz. *İnceoğlu*, C. I, s. 349.

giderlerini, teknik anlamda yan gider kavramının dışına çıkarttığımızdan, bunların ödenmesindeki temerrüt, genel hükümlere tâbi kılınmalıdır.

Yönetmeliğin ortak giderler katılım payı hesaplamasına ilişkin öngördüğü usul ve esasların, m. 11/I'de ortak kullanım alanlarına ilişkin giderler bakımından emredici bir biçimde kaleme alındığı görülmektedir. Bununla birlikte, sözkonusu düzenlemenin emrediciliği, kiracı sıfatını taşıyan perakende işletmeler bakımından anlam ifade eder. Perakende işletmenin, aynı zamanda bağımsız bölüm maliki olması durumunda sözkonusu paylaşımın KMK m. 20'ye veya maliklerin anlaşacakları başka bir paylaşım usulüne göre de gerçekleştirilebileceği kabul edilmelidir. Şüphesiz bu ihtimalde dahi, kiracı işletmelerin aleyhine sonuç doğuracak bir düzenlemeye gidilemez; ancak bunun tersi, mümkün olmalıdır. Dolayısıyla Yönetmelikte öngörülen paylaşım usulünün, kiracı işletmeler lehine nisbî emredici nitelikte kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık, m. 11/II'ye göre, sözleşmede açıkça öngörülmek koşuluyla ortak faydaya yönelik hizmetlerin karşılığı olarak talep edilen katılım payları "Taraflar arasındaki sözleşmede aksi belirtilmedikçe ... Yönetmelik ekindeki usul ve esaslara göre hesaplanır". Görüldüğü gibi, m. 11/II'deki giderler bakımından aynı hesaplama usulü, yedek bir düzenleme niteliğindedir.

Yönetmeliğin ortak gider katılım paylarına ilişkin emredici şekilde kaleme aldığı bir diğer hüküm ise, bunların Türk Lirası üzerinden hesaplanıp ödenmesini öngören m. 11/V hükmüdür. Buna göre, m. 11/ I ve II uyarınca ortak gider olarak kabul edilen çeşitli harcamalar, fiilen yabancı para üzerinden gerçekleştirilmiş olsa dahi, bunların işletmelere yansıtılması, mutlaka Türk Lirası üzerinden olmalıdır. Yönetmeliğin, ayrıca, perakende işletmelerden yine ortak gider niteliğindeki çeşitli harcamalar için *avans* niteliğinde ödemeler talep edilmesini mümkün kıldığı da görülmektedir (m. 11/ IV). Sözkonusu *avans* ödemeler "bir önceki yılın kesinleşen giderlerinin yeniden değerlendirilmesinde artırılması suretiyle" hesaplanır ve ortak giderler ile *avans* teşkil eden ödemelere ilişkin mahsup işlemi, *avansın* ait olduğu yılın sonuna kadar gerçekleştirilir.

4. Ortak Giderlere İlişkin Hükümlerin Uygulanmasından Sorumluluk

Yönetmelik m. 11'in son fıkrasına göre "*Bu maddenin uygulanmasından AVM maliki ile yönetimi müştereken sorumludur*". Düzenlemenin amacının, AVM kiracıları lehine hukukî bir sorumluluk tesis etmek olduğu

anlaşılmaktadır. Sorumluluğun konusu ise, ortak giderleri ayrıntılı şekilde düzenleyen Yönetmelik m. 11 hükmünün gereği gibi uygulanmasıdır. Buna göre, kiracı işletmelerden ilk iki fıkrada öngörülenlerden başka bir ödemenin ortak gider adı altında talep ve tahsil edilemezliği⁷⁰, ortak gider katılım paylarının Yönetmelik ekinde yer alan usul dairesinde hesaplanması ve her bir perakende işletmeden yine usulünce talep ve tahsili, perakende işletmelerin bilgilendirilme haklarına riayet, hesap verilebilirlik gibi hususlara aykırılık durumunda, kiracı işletmelerin ortaya çıkan zararlarından, AVM maliki ve yönetimi müştereken sorumlu tutulmuşlardır. Müşterek sorumluluktan anlaşılması gereken, şüphesiz, müteselsil sorumluluk esası olup, bu sorumluluk, genel hükümlere tâbidir.

IV. SONUÇ

1. Ülkemizde alışveriş merkezlerindeki ortak giderlerden sorumluluk meselesinin düzenlenmesi, 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 11/IV hükmü ile Yönetmeliğe bırakılmıştır. Söz konusu Yönetmelik 26 Şubat 2016 tarihinde “Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmelik” adıyla Resmi Gazete’de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Ancak Türk hukuku bakımından AVM’lerde ortak giderler, Yönetmelik ile düzenlenen bir mesele olmanın yanısıra, Kat Mülkiyeti Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu ile ilişkilendirilerek “kanun düzeyinde de tartışılması gereken” bir meseledir. Buna göre:

a. Alışveriş merkezinin kat mülkiyetine tâbi bir taşınmaz olması halinde, kat maliklerinin kendi aralarındaki ilişkiler bakımından KMK hükümlerine tâbi olacakları açıktır. Buna göre, aralarında başka türlü bir anlaşma olmadıkça, kat maliklerini “... a) Kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak; b) Anagayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında ...” katılmakla yükümlü tutan KMK m. 20 hükmü, her bir kat maliki açısından uygulama alanı bulur. Bağımsız bölümün bir kiracıya tahsis edildiği durumlarda ise, AVM kiracısının kat mülkiyeti sistemi ile ilişkisi, KMK m. 22/I dolayısıyladır. Buna göre, bağımsız bölümlerde kira akdine dayanarak devamlı bir şekilde faydalanan kişiler, KMK m. 20’de belirtilen giderler ile bu giderler için toplanacak avans borcundan ve gecikme tazminatından, kat malikleriyle

⁷⁰ Ancak bu konuda, sözkonusu yasağı öngören Yönetmelik m. 11/III hükmünün uygulanmasının ertelenmesine dair açıklamalarımız da dikkate alınmalıdır, bkz. III, B, 1, c.

birlikte müteselsilen sorumludur. Ancak kiracının bu sorumluluğu, kira miktarı ile sınırlandırılmış olup, ayrıca kiracıya, yaptığı ödemeyi kira borcundan düşürme hakkı da tanınmıştır (KMK m. 22/I, c. 2). Kiracıların yaptıkları ödemelerden kira parasından düşürebilecekleri, hangilerine ise zaten kendilerinin katlanmalarının gerektiği hususu ise kira hukuku kurallarına göre belirlenir.

b. 6098 sayılı TBK'nın kira bedeli dışında başka bazı ödeme yükümlülüklerine de yer veren düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Bunlar içerisinde en dikkat çekici olan “yan giderlere” ilişkin yapılan yeni düzenlemelerdir. Yan gider kavramı ile kiralanan şeyin “kullanımına yönelik” giderler Türk kira hukukunda ilk kez düzenleme konusu yapılmış olmaktadır.

Teknik anlamıyla yan giderler, eşyanın kullanımıyla bağlantılı olmak üzere, kiraya veren tarafından bizzat veya üçüncü kişi vasıtasıyla sunulan yan edimlerin karşılığıdır. Kiraya verenin kira konusu şeyin kullanımıyla bağlantılı olarak sunabileceği yan edimlerin en tipik olanları, TBK m. 341'deki ifadesiyle kullanma giderlerinin karşılığını oluşturan “... ısıtma, aydınlatma ve su gibi ...” edimlerdir. Kullanma giderlerinin, ister kiracıya bırakılmış bölüm için, ister ortak alanlar için olsun, kiraya veren tarafından sunulan edimin karşılığını teşkil etmeleri; ısıtma, aydınlatma gibi edimlerin çoğu zaman merkezî bir biçimde sunulup, karşılıklarının, bağımsız bölüm başına likit bir borca dönüştürülmesiyle gerçekleşir. Kanun, konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından özel olarak düzenlediği 341 inci maddesinde bu giderlerden, aksine sözleşme veya yerel âdet bulunmadıkça, kiracıyı sorumlu tutmuştur.

Kiraya verenin bizzat veya üçüncü kişi vasıtasıyla sunduğu yan edimlerden olmak üzere; kapıcı, güvenlik, bahçe bakımı, otopark, spor salonu, havuz ...gibi edimlerin “işletim giderleri” de doktrinde kullanımla bağlantılı kabul edilmektedir. Bu sebeple, kapıcıların ücret veya diğer masrafları, keza güvenlik, otopark, spor salonu gibi yerlerde çalıştırılan personelin masrafları, teknik anlamda yan gider oluşturur. Ancak konut/işyeri kiralaları bakımından sözkonusu yan giderlerin TBK m. 341'in kapsamında kabul edilerek, aksine sözleşme veya yerel âdet bulunmadıkça kiracının yükümlülüklerine dâhil edilip edilemeyeceği, doktrinde tartışmalıdır.

Kiraya verenin yan giderlere konu olan edimleri sunabilmesi için gerekli tesisatın kurulum, onarım ve bakım masrafları ise yan gider olarak kabul edilmemektedir. Zira kira konusu şeyin kullanım amacına uygun bir

biçimde sunulması ve sözleşme süresince de bu şekilde bulundurulması, kiraya verenin asli edim yükümlülüğünün bir gereği olup, bunun eksikliği ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu doğurur. Üstelik bu sonuç, TBK m. 301, c. 2 uyarınca, konut/işyeri kiralari bakımından emredicidir. Söz konusu tesisat için kiracının borcu, sadece TBK m. 317'deki sınır dâhilinde temizlik ve bakım borcudur. Buna karşılık, mevcut tesisatın iyileştirilmesi, modernleştirilmesine ilişkin harcamalar, kanaatimizce TBK m. 320 ve m. 321 hükmüne tâbidir.

Yan gider kavramının teknik bir anlama kavuşturulup diğer ödeme yükümlülüklerinden ayrılması, yine 6098 sayılı TBK'nın vaaz ettiği iki hüküm sebebiyle, AVM kiracıları bakımından da önemli bir hâl almaktadır. Bunlar; kira bedelinde temerrüt ile yan giderlerin ödenmesinde temerrüde aynı sonuçları bağlayan TBK m. 315 hükmü ile konut/işyeri kiracılarına kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğünün getirilemeyeceğini ifade eden TBK m. 346 hükmüdür. Buna göre, teknik anlamda yan gider kabul edilemeyecek bir ödemenin yan gider olarak nitelendirilmesi, bunun ifasında temerrüde düşen kiracının TBK m. 315 uyarınca taşınmazı tahliye etmek zorunda kalması ile sonuçlanabilir. Gerçi Kanunkoyucu TBK m. 346 düzenlemesi ile bunun önüne geçmeyi amaçlamıştır; ancak TBK m. 346, (6217 sayılı Kanunu düzelteren/değiştiren) 6353 sayılı Kanun ile belli bazı kiralar bakımından uygulaması sekiz yıl süreyle ertelenen hükümlerden birisini oluşturmaktadır. Ancak böyle bir ertelemenin, teknik anlamda yan gider kavramının içeriğini değiştirmeyeceği kanaatinde olduğumuzdan; işyeri kiracılarına erteleme süresi boyunca başka bazı ödeme yükümlülükleri getirilmiş olsa dahi, bunların ihlâli, TBK m. 315 uyarınca tahliyeye sebebiyet vermez.

2. Kat Mülkiyeti Kanunu ve özellikle Türk Borçlar Kanunu olmak üzere, kanun düzeyinde dikkat çektiğimiz hususlar, TC Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca 26 Şubat 2016 tarihinde yayımlanan "Alışveriş Merkezleri Hakkında Yönetmelik" in değerlendirilmesi bakımından yol göstericidir. Buna göre:

a. Yönetmelik m. 11'de ortak giderler; hükmün birinci fıkrası itibariyle "ortak kullanım alanlarına ilişkin olanlar" ve ikinci fıkrası itibariyle "ortak faydaya yönelik hizmetlere ilişkin olanlar" şeklinde ikiye ayrılmıştır.

Ortak kullanım alanlarına ilişkin olan giderler, esasen, TBK m. 341'de kullanım giderleri olarak ifade edilen, elektrik, su ve ısınma giderlerine tekabül etmektedir. Ancak m. 11/I, "... güvenlik ve temizlik gibi belirli

dönemlerde tekrarlayan ve alışveriş merkezinin aynına ilişkin olmayan ortak giderler...” ifadesine de yer verdiği için; TBK m. 341 bakımından tartışmalı olan “işletme giderleri” de, AVM’ler bakımından kanaatimizce ortak giderler kapsamındadır. Hüküm, ortak kullanım alanlarına ilişkin bakım ve onarım giderleri noktasında, önemini AVM kiracıları açısından gösteren isabetli bir ayrıma gitmiş ve ancak “yenileme niteliğinde olmayan bakım ve onarım giderlerini” ortak giderlerden kabul etmiştir. Ayrıca Yönetmelik m. 11/I’de yer alan “alışveriş merkezinin *aynına ilişkin olmayan* ortak giderler” ifadesi ile AVM’lerdeki ortak giderler ve TBK kapsamında yan gider teşkil eden harcamalar arasında paralellik sağlamıştır.

Ortak faydaya yönelik hizmetlerin karşılığını oluşturan giderler bakımından ise, Yönetmelik m. 11/II, sözkonusu hizmetleri, pazarlama ve yönetim gibi hizmetlerle örneklendirmiş ve bunların perakende işletmelerden talep edilebilmesini, sözleşmede açık hüküm bulunması koşuluna bağlamıştır. Oysa m. 11/II hükmünde öngörülen giderler, teknik anlamda yan gider olarak nitelendirilemeyen, AVM’lere özgü birer harcama kalemi teşkil etmektedir. Bu durumda, sözkonusu harcamaların sözleşmeyle kiracılara yükletilmesini mümkün kılan Yönetmelik hükmünün TBK m. 346’ya aykırılık oluşturduğu iddia edilebilir. Ancak kanaatimizce, kira konusu şeyin kendisine veya kullanımına ilişkin olmayıp, AVM organizasyonunun kendine özgü yapısı içerisinde tarafların karşılıklı ticarî menfaatleriyle örtüşen, özellikle pazarlama faaliyetlerine yönelik sözleşme hükümleri, tipik kira hükümleri olarak değil, konusu işgörme olan başka bir sözleşmenin unsuru olarak değerlendirilmeli; aynı değerlendirme, yönetim faaliyetleri hususunda da yapılmalıdır. Böylece ilgili sözleşme hükümlerinin kira hukukuna uygunluğu bakımından tartışılması gereken norm, TBK m. 346 değil; “konut ve çatılı işyeri kiralarda sözleşmenin kurulması ya da sürdürülmesi, *kiracının yararı olmaksızın*, kiralananın kullanımıyla doğrudan ilişkisi olmayan bir borç altına girmesine bağlanamaz” hükmünü içeren TBK m. 340 olmalıdır. Bu çerçevede, pazarlama ve yönetim gibi, ortak faydaya yönelik hizmetlerin karşılığını oluşturan ödemelere yönelik sözleşme hükümleri, TBK m. 340 uyarınca bağlantılı sözleşme yasağına ters düşmediği takdirde; başka bir deyişle, “kiracının yararının sözkonusu olduğu” hükümler olarak değerlendirilebildiği ölçüde, geçerli kabul edilmelidir. Ancak Yönetmelik m. 11/II’de düzenlenen bu katılım paylarının ödenmesinde düşülen temerrüt, TBK m. 315 uyarınca sözleşmenin feshine ve tahliye sebebiyet vermemeli; bu durumda genel hükümler uygulanmalıdır.

b. Yönetmelik m. 11/III ile, AVM kiracılarından talep ve tahsil edilebilecek ortak giderler, ilk iki fıkrada öngörülen giderler ile sınırlandırılmıştır. Buna göre, kiracı işletmelerden, ortak kullanım alanlarına ilişkin giderler ile sözleşmede öngörülmüş olmak kaydıyla- ortak faydaya yönelik hizmetlere ilişkin giderlerden başka, ortak gider adı altında herhangi bir bedel talep edilemez. Ancak aynı hususu düzenleyen TBK m. 346'nın AVM kiracılarını da kapsayacak şekilde belli bazı kiracılar yönünden uygulanmasının ertelenmesi, Yönetmelik m. 11/III hükmünün derhal uygulanmasının mümkün olup olamayacağı hususunu tartışmalı hale getirir. Kanaatimizce 6353 sayılı Kanun, ertelenen hükümlerin düzenlediği konularda sekiz yıl boyunca sözleşme özgürlüğünü esas almış iken, Yönetmeliğin aynı hususlara sınırlama getiren düzenlemesi, kanunkoyucunun iradesine ve normlar hiyerarşisine aykırı düşer. Yönetmelikte bu hususta bir geçici hükmün yer almaması da, eksiklik olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, sözkonusu erteleme, teknik anlamdaki yan gider ve AVM kiralari bakımından ortak gider kavramlarının içeriğini değiştirmeyeceğinden, esasen ortak gider sayılmamakla birlikte, AVM kiracısına yükletilmiş bir ödemede düşülen temerrüt, TBK m. 315 uyarınca fesih ve tahliye sebebiyet vermez. Ayrıca, kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu, TBK m. 301/c. 2 uyarınca konut/işyeri kiracıları aleyhine değiştirilemeyecek bir sorumluluk teşkil ettiğinden ve TBK m. 301 bakımından herhangi bir erteleme de sözkonusu olmadığından, bu hüküm kapsamında kiraya verenin bizzat katlanması gereken giderler, sözleşme ile AVM kiracılarına yükletilemez.

c. Yönetmelik m. 11/IV hükmü de, III üncü fıkra hükmünü tamamlar niteliktedir. Önemi kiracı işletmeler bakımından gösterecek olan bu hüküm ile, ortak gider adı altında tahsil edilen ödemelerin, kiracıların katlanmakla yükümlü olmadıkları harcama kalemlerine aktarılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Sözkonusu hüküm uyarınca ayrıca, ortak kullanım alanlarından elde edilen *gelirler*, ortak giderlerin karşılanmasında kullanılır.

d. Yönetmelik m. 11/ III ve VIII'in işlevsel bir sonuç doğurabilmesi, ortak giderlerin tahsili usulüne ve harcamaların denetimine yönelik hükümlerle mümkün olur. Yönetmeliğin bu doğrultuda vaaz ettiği m. 11/ VI ve VII'ye göre; ortak gider katılım paylarının perakende işletmelerden yazılı olarak talep edilmesi ve talep edilen giderlerin tür ve tutarlarının ayrı ayrı belirtilmesi (m. 11/VI), ayrıca her yıl mart ayı sonuna kadar, bir önceki yılın ortak *giderleri* ile ortak kullanım alanı *gelirlerine* ilişkin bir raporun hazırlanarak her bir perakende işletmeye gönderilmesi gerekir (m. 11/VII). Sözkonusu raporun;

“her bir perakende işletmeden *tahsil edilmesi gereken ve tahsil edilen* katılım paylarını, ortak kullanım alanlarından elde edilen gelirlere ve ortak gider katılım payından yapılan ödemelere ilişkin bilgileri, her bir gider türü için ortak gider hesaplamalarını” içermesi gerekir.

e. Yönetmeliğin getirdiği en önemli düzenleme ise, ortak giderlerin paylaşılmasına dair usul ve esasların belirlenmesi hususunda olmuştur.

“Ortak Gider Katılım Payı Hesaplama Usul ve Esasları” başlığını taşıyan Yönetmelik ekindeki düzenleme, ortak giderlerin paylaşılmasında, çeşitli tür ve büyüklükteki işletmeler bakımından “dağıtım katsayısı” denilen bir değerlendirme sayısı ile birlikte, her bir işyeri/işletme alanının toplam işletme alanına oranını esas alan bir hesaplama yöntemi getirmiştir. Buna göre, işletmelerin, faaliyet türleri ile alan büyüklükleri esas alınarak sınıflandırıldıktan sonra, alan büyüklükleri ile ters orantılı biçimde değerlendirilmiş bir “dağıtım katsayısı”na bağlandıkları görülmektedir. Böylece Yönetmeliği vaaz edenler, çok büyük metrekareli işletmelerin ortak giderlere hakkaniyete aykırı düşecek bir oranda katlanmalarının önüne geçmek istemişlerdir. Öngörülen sistemde, Yönetmelik ile belirlenmiş dağıtım katsayıları kullanılarak, her bir işletme alanının katılım değeri ile bunların toplamından oluşan toplam katılım değeri hesaplandıktan sonra, AVM’nin ortak giderleri toplam katılım değerine bölünmekte ve “birim maliyet” ortaya koyulmaktadır. Nihayetinde, her bir işletme açısından ortak giderlere katılım payının hesaplanması için; “işyeri/işletme alanı × dağıtım katsayısı × birim maliyet” formülü kullanılmaktadır. Kiraya verilmemiş işyerlerine ait ortak gider katılım paylarına ise, bu işyerlerinin maliklerinin katlanması öngörülmüştür (Yönetmelik m. 11/ X). Benzer şekilde, usulünce hesaplanıp paylaştırılan katılım payları ile fiilen tahsil edilen ödemeler arasında fark ortaya çıkarsa, aradaki farkın kiracı işletmelere dağıtılmayarak, işyeri maliki tarafından karşılanması yönünde bir düzenleme de yer almaktadır (Yönetmelik m. 11/ IX).

Yönetmelikle getirilen hesaplama yöntemi, m. 11/I’deki ortak kullanım alanlarına ilişkin giderler bakımından, AVM kiracıları lehine nisbî emredici kabul edilmelidir. Buna karşılık, m. 11/II’deki giderler bakımından aynı hesaplama usulünün yedek bir düzenleme niteliğinde olduğu, yani sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça uygulanacağı anlaşılmaktadır.

f. Yönetmelik ortak giderlere ilişkin katılım paylarının Türk Lirası üzerinden hesaplanıp ödenmesini öngörmüştür (m. 11/V) . Buna göre, m. 11/ I ve II uyarınca ortak gider olarak kabul edilen çeşitli harcamalar, fiilen

yabancı para üzerinden gerçekleştirilmiş olsa dahi, bunların işletmelere yansıtılması, Türk Lirası üzerinden olmalıdır. Yönetmeliğin, ayrıca, perakende işletmelerden yine ortak gider niteliğindeki çeşitli harcamalar için *avans* niteliğinde ödemeler talep edilmesini mümkün kıldığı da görülmektedir (m. 11/ IV).

g. Yönetmelik, m. 11'in son fıkrası ile, bu maddenin uygulanmasından AVM maliki ile yönetimini *müştereken* sorumlu tutmuştur.

KAYNAKÇA

Acar F.: Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299 – 321), İstanbul 2015.

Acar F.: Kira Sözleşmesinde Bağlantılı İşlem ve Güvence, BÜHFD 2013, C. 9, S. 103 – 104, s. 163 vd.

Aydoğdu M. / Kahveci N.: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2014.

Doğan M.: 6098 Sayılı TBK'na Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Ankara 2011, s. 501 vd.

Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.

Eren F.: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011.

Feyzioğlu F. N.: Borçlar Hukuk İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), İstanbul 1980.

Gökyaayla E.: Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulanma Alanı (TBK. m. 339), YÜED 2013, C. XIII, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan (Özel Sayı), s. 1203 vd.

Gümüş M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2013.

Gümüş M. A.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinde Yan Giderler, BÜHFD 2013, C. 9, S. 103 – 104, s. 7 vd. (Aksi belirtilmiş olmadıkça, yazarın bu eserine atf yapılmış kabul edilmelidir).

Honsell H. / Vogt N.P. / Wiegend W.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, I/2, Basel – Genf – München 2003.

Işıқтаç Y. / Metin S.: Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2012.

İnceoğlu M.: Kira Hukuku, C. 1, İstanbul 2014 (kısaltılmışı: C. I).

İnceoğlu M. : Kira Hukuku, C. 2, İstanbul 2014 (kısaltılmışı: C. II).

İnceoğlu M. / Baş E.: Kira Hukukunda Bağlantılı Sözleşme Yapma Yasası, İÜHFMD 2012, C. LXX, S. 2, s. 165 vd.

Kurt E.: Kat Maliklerinin Ortak Giderlere Katılma Yükümlülüğünün Özellikleri, TAAD 2013, Y. 4, S. 14 (Temmuz), s. 299 vd.

Oğuzman M. K. / Öz M. T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, İstanbul 2014.

Oğuzman K. / Seliçi Ö. / Oktay-Özdemir S.: Eşya Hukuku, İstanbul 2012.

Öktem-Çevik S.: Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul 2010.

Öktem-Çevik S.: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Kira Sözleşmesinde Kira Bedeli Dışındaki Giderleri Ödeme Borcunun Değerlendirilmesi, BATİDER 2012, C. XXVIII, S. 2 (Haziran), s. 203 vd. (Aksi belirtilmiş olmadıkça, yazarın bu eserine atıf yapılmış kabul edilmelidir).

Tunçomağ K.: Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.

Uyar T.: Kiralanan Taşınmazın “Kira Borcunun Ödenmemesi (Temerrüt)” Nedeniyle İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesi, ABD, Kış 2009, Y. 67, S. 1, s. 75 vd.

Yavuz C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1996.

Yavuz C.: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2014, (Aksi belirtilmiş olmadıkça, yazarın bu eserine atıf yapılmış kabul edilmelidir).

Yıldırım A. / Sarı C.: Elbirliği Mülkiyetinin Paylı Mülkiyete Çevrilmesinde Görevli Mercî Sorunu, BÜHFD 2014, C. IX, S. 115 – 116 (Mart – Nisan), s. 103 vd.

Zevkliler A. / Gökyayla E.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AVM	Alışveriş Merkezi
BATİDER	Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
BÜHFD	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı
Hakemli Hukuk Dergisi	
C.	cilt
c.	cümle
dpn.	dipnot
İÜHFİM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KMK	634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
MÜHFHAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk
Araştırmaları Dergisi	
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
m.	madde
S.	sayı
s.	sayfa
vd.	ve devamı
Y.	yıl
YÜED	Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi

ARABULUCULUK VE ARABULUCULUĞUN EBEVEYNLER ARASINDAKİ ULUSLARARASI İHTİLAFLARDA UYGULANABİLİRLİĞİ

Gonca Gülfem BOZDAĞ*

ÖZET

İnsanlar arasındaki iletişimin küreselleşme ile ivme kazanması toplumda yaşanan ihtilafların artmasına neden olmuştur. Üstelik ihtilaflar, malların ve sermayenin serbest dolaşımı ve sınırların kalkması ile uluslararası platforma taşınmıştır. Bu çerçevede, ihtilafların çözümünde, arabuluculuk gibi alternatif çözüm yollarının uygulanması büyük önem kazanmıştır. Diğer taraftan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ihtilafların arabuluculuk yöntemi ile çözümlenebileceği kabul edilmiştir. Böylece, ebeveynler arasında yaşanan ihtilafların büyük bir kısmı arabuluculuk kapsamı dışında kalmıştır. Uluslararası düzenlemeler ise, aile hukuku gibi ilişkilerin devamlılığını gerektiren alanlarda arabuluculuk tekniklerinin uygulanmasını teşvik etmekte olup, özellikle çocuğun velayeti, çocukla şahsi ilişki kurulması ve 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında çocuğun mutad devletine iadesi gibi konularda arabuluculuğa gidilmesinin önemini vurgulamaktadır. Bu kapsamda, Lahey Özel Hukuk Konferansı tarafından, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesinde aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda arabuluculuğun uygulanmasını düzenleyen bir Rehber kitap çıkarılmıştır. HUAK'na göre ebeveynler arasındaki bir kısım ihtilaflarda arabuluculuk faaliyeti uygulanması mümkün olmamakla birlikte, taraf olduğumuz Lahey Sözleşmesi kapsamında kalan ebeveynler arasındaki ihtilaflarda arabuluculuğun uygulanması mümkündür. Ancak, bu konuda uygulamaya yön verecek mevzuatın ihtiyaçlar çerçevesinde yeniden ele alınması ile çelişkili uygulamaların ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, velayet, şahsi ilişki, çocuğun iadesi, Lahey Sözleşmesi

* Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, ggbozdog5@gmail.com.

**MEDIATION AND APPLICABILITY OF MEDIATION IN INTERNATIONAL
DISPUTES BETWEEN PARENTS**

ABSTRACT

The increase of the communication between people is gained acceleration by globalization and as a consequence of that disputes emerged in the community have increased. Furthermore, disputes gain an international direction by the removal of borders and also by the free movement of goods and capital. In this context, alternative dispute resolution methods such as mediation have become crucial. On the other hand, in accordance with the Mediation Law in Civil Disputes (Mediation Law), civil disputes which can be disposed freely by parties of the conflict are within the scope of the mediation. Therefore, the most of disputes taken place between parents are left out of the scope of the mediation. Contrary to this, international regulations have encouraged the implementation of mediation techniques, particularly, in the areas of family law requiring the continuation of the relationship. These arrangements emphasized the importance of the mediation in a custody case, establishment of personal contact (access right) and return of the child to his or her habitual residence within the scope of the Hague Convention of 1980. Particularly, a Guide book was published by Hague Conference explains the implementation of the mediation in family matters in the context of the Hague Convention. Although mediation in most of the disputes between parents is not possible in accordance with the Mediation Law, it is possible to implement the mediation in such areas in accordance with the Hague Convention. However, the arrangements directed the implementation have to be revised in line with requirements and contradictory implementations have to be eliminated.

Keywords: *Mediation, custody, personal contact (access right), return of child, Hague Convention.*

**ARABULUCULUK VE ARABULUCULUĞUN EBEVEYNLER
ARASINDAKİ
ULUSLARARASI İHTİLAFLARDA UYGULANABİLİRLİĞİ**

GİRİŞ

Küreselleşme; ekonomik, sosyal ve kültürel değerlerin uluslararası alanda yayılmasına neden olmuş, ekonomik alandaki uyum çalışmaları malların ve sermayenin serbest dolaşımına olduğu kadar insanların dolaşımına da ivme kazandırmıştır. Dünya çapında birliğe gidilmesi, insanların arasındaki

iletişimin artmasını ve bu nedenle yaşanan ihtilafların geleneksel yöntemler dışında farklı yöntemler ile çözümlenmesini gerektirmektedir. Hızlı ve etkin alternatif çözüm yollarının benimsenmesi ile sadece ulusal alanda değil, uluslararası alanda da karşılaşılan ihtilafların çözümünün daha kalıcı ve başarılı olması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, hukuki uyuşmazlıkların sona erdirilmesi için adli sistem dışında, yargılama yapılmaksızın benimsenen sistemin adı “*alternatif çözüm yolları*” olarak adlandırılmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları her ne kadar temelini Anglo-Sakson hukuk sisteminden almış olsa da, kürselleşmenin de etkisiyle Kıta Avrupası ülkelerinde hızla yayılma olanağı bulmuştur¹. Uyuşmazlıkların sona erdirilmesine, geleneksel yöntemlerden farklı bir bakış getiren alternatif uyuşmazlık çözümü (Alternative Dispute Resolution), aynı zamanda mahkemelerin iş yükünü hafifletmek, zaman ve masraf kaybını önlemek, taraflar arasında iletişimi kuvvetlendirerek sonuca en zahmetsiz şekilde gidilmesini sağlamak gibi birçok olumlu özelliği de beraberinde getirmektedir².

Uyuşmazlıkların çözümlenmesinde geleneksel kabul gören yöntem, mahkemelerce yerine getirilen yargılama yoludur. Bu yöntemin haricindeki çözüm şekli olarak da tanımlanabilen “*alternatif uyuşmazlık çözüm*” yolları, yargılamaya alternatif bir yöntem olarak düşünülmemelidir³. Amaç, devletin yer almadığı, yargı dışı, ancak devletin denetiminde ve hukuk kurallarıyla

¹ Tanrıver, Süha; “*Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*”, *Makalelerim II (2006-2010)*, Ankara, 2011, s. 3; Modern arabuluculuk faaliyetlerinin Amerika Birleşik Devletleri’nde yayılması 1970’li yıllara, İngiltere ve Avusturya’da yayılması 1980’li yıllara, Avrupa ülkelerinde yayılması ise 1990’lı yıllara rastlamaktadır (Tıktık, Çiğdem Yazıcı; *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul, 2013, s. 7); Tuğsavul, Melis Taşpolat; *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, 2012, s. 32-33.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver, s. 10-11; Özbek, Mustafa Serdar; *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, 2009, s. 205-238; Kekeç, Elif Kısmet; *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara, 2011, s. 83-92; Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz/ Özeken, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2013, s. 1095-1097; Güler, Beyhan Kaplan; *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, İstanbul, 2014, s. 53-59.

³ Tuğsavul, s. 24; Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, mücadeleci usûl sisteminde daha etkin olarak kullanılabilir ve hatta yargılamaya göre daha üstün bir konumda olduğu da söylenebilir. Mücadeleci hukuk sisteminin temsilcisi olan ABD’de bu mekanizma en yaygın şekilde kullanılmakta olup, günümüzde hakimler ihtilafların bu yolla sonlandırılmasını zorlama konusunda daha etkin rol almaktadır. Böylece uyuşmazlıkların yüzde doksanı alternatif çözüm yolları ile sonlandırılmakta, geriye kalan yüzde onluk kısım yargılama konusu yapılmaktadır (Özbek, s. 201-202); Tanrıver, s. 21; Kekeç, s. 56-59.

kurumsallaştırılmış bir sistemin⁴ yargıya destek olması, belki de zaman içinde yargının yükünü paylaşarak bireylerin yaşamını kolaylaştırmasıdır⁵.

Alternatif Çözüm yolları içinde yer alan ve yaygın bir şekilde kullanılan arabuluculuk yöntemi; tarafsız bir üçüncü kişinin yönetiminde uyuşmazlık konusunun tespitinden sonra, taraflarca çözüm önerilerinin belirlenmesi ile alternatiflerin değerlendirilerek uzlaşmaya varılması için yürütülen müzakereler bütünüdür⁶. Tartışmalar esnasında dikkat edilmesi gereken temel nokta; arabulucunun, tarafların duygularını ifade edebilmeleri için gerekli olan güven ortamını sağlayabilmesidir. Her ne kadar arabulucunun yöntemleri farklılık gösterse de, gizlilik unsuru başarıya ulaşmak için gerekli olan en önemli anahtardır. Böylece taraflar müzakereler süresince daha rahat olur ve daha fazla bilgi paylaşımı sağlanarak çözüme ulaşılması kolaylaşır⁷.

Türk Hukukunda arabuluculuk müessesini düzenleyen temel hukuki düzenleme, 22/06/2012 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*”dur (HUAK)⁸. Kanun’un 1’inci maddesinde, arabuluculuğun hangi tür uyuşmazlıklara uygulanabileceği açıklanmaktadır. Anılan madde uyarınca arabuluculuk; yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanabilmektedir. Diğer taraftan, arabuluculuğun uygulanabilmesi için özel hukuk uyuşmazlıklarının kamu düzenine ilişkin olmaması şartı konulmuştur. Bu çerçevede, aile hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıkların da HUAK kapsamında çözümlenmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Özellikle velayet, şahsi ilişki kurulması, tedbir ve iştirak nafakası gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri, kamu düzenini ilgilendiren ve hâkim tarafından re’sen karar verilebilen konuların arabuluculuk faaliyetleri kapsamına girmediği görülmektedir⁹.

⁴ Ceylan, Şule Şahin; **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, İstanbul, 2009, s. 4.

⁵ Tuğsavul, s. 24; Demir, Şamil; **Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi**, Ankara, 2011, s. 12.

⁶ Liebscher, Christoph; (Çev: Göksu, Mustafa), “**Arabuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması**”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Ankara, 2010, s. 54-55; Kekeç, s. 23; Ceylan, s. 147-148; Özbek; s. 151; Tanrıver, s. 18; Tuğsavul, s. 26; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 1094-1095.

⁷ Liebscher, s. 55-56; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 1097; Tuğsavul, s. 134-142; Kekeç, s. 75-80; Tıktık, s. 53-54.

⁸ 6325 sayılı “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*” 07/06/2012 tarihinde kabul edilmiş ve 22/06/2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁹ Güler, s. 78, s. 181-182.

Aile hukukunun en hassas çözüm gerektiren konularından biri olan ebeveynlerin arasında ortaya çıkan bazı uyuşmazlıkların HUAK'ın uygulanma alanı dışında kalması, sadece yabancılık unsuru içermeyen ihtilaflarda değil, yabancılık unsuru içeren ve hatta kimi zaman taraf olduğumuz milletlerarası sözleşme ile düzenlenen ihtilaflarda da arabuluculuk müessesenin uygulanamaması sorunu ortaya çıkmaktadır. Örneğin; Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin Lahey Sözleşmesi¹⁰ uyarınca ebeveynlerin arasında yaşanan ve Sözleşme kapsamında kalan uyuşmazlıkların öncelikle dostane çözüm ile sonuçlandırılması önerilmektedir¹¹. Zira, Sözleşme'nin amacı çocukların üstün menfaatinin korunmasını sağlamaktadır¹². Bu amacın gerçekleşmesi, çocuğun hayatı boyunca taraflar ile sağlıklı ve etkin bir iletişim kurabilmesi ile mümkün olur. Dolayısıyla, ebeveynlerin aralarında yaşanan uyuşmazlığın alternatif çözüm yollarıyla sonlandırması bu sağlıklı iletişimin temelini oluşturacaktır. HUAK dışı bırakılan aile hukukuna ilişkin bazı ihtilafların çözümünde arabuluculuk yöntemine başvurulamaması, Sözleşme çerçevesinde etkin alternatif çözüm yollarının uygulanabilmesinde de sıkıntılara yol açabilir.

Sözleşme'nin uygulanmasına dair hazırlanan 5717 sayılı Kanun¹³, Sözleşme'nin dostane (gönüllü) çözüme ilişkin 7/c maddesi ile 10'uncu maddesinin uygulanmasına ilişkin düzenlemeler de içermekle birlikte, amaca hizmet eden etkili bir usul belirlememiştir. Dahası, gerek Lahey Konferansı'nın¹⁴ bu konudaki tavsiyelerine, gerekse Sözleşme'ye taraf

¹⁰ “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi” (1980 tarihli Lahey Sözleşmesi), 3.11.1999 gün ve 4461 sayılı Kanunla onaylanmış ve 15.2.2000 tarihli, 23965 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak Ülkemiz yönünden 01.08.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹¹ HCCH, “*Mediation*”, Guide to Good to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, (Guide to Good Practice-*Mediation*), s. 21, http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf, Erişim 12.06.2014; Köseoğlu, Bilal: *Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları*, TBB, Ankara, 2007, s. 14-15; Aytaç, Mehlika: “*Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar*”, Adalet Dergisi, ss. 34-65, Adalet Bakanlığı, Yıl 96, Eylül 2004, Sayı 20, s. 42-44.

¹² “*The States signatory to the present Convention, Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody (...)*” (1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, dibace kısmı).

¹³ 5717 sayılı “*Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun*”, 22/11/2007 tarihinde kabul edilmiş ve 04/12/2007 tarihli ve 26720 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁴ Milletlerarası özel hukuk alanında kurulmuş olan “Lahey Konferansı”, hukuki ve ticari konularda sınır ötesi işbirliğini hedefleyen uluslararası bir kuruluşur (HCCH, <https://www.hcch.net/en/home> Erişim 18.01.2016).

diğer devlet uygulamalarına bakıldığında, Türkiye uygulamasının oldukça yetersiz olduğu ve çocuğun menfaatini yeterince gözetmediği görülmektedir. HUAK'ın aile hukukuna ilişkin konularda sınırlayıcı düzenlemeler içermesi ise yaşanan bu sorunu daha da içinden çıkılmaz bir hale getirmektedir.

Sonuç olarak, ebeveynlerin arasındaki bu tür ihtilafların çözüme kavuşturulması için, yargılama aşamasına geçilmeden önce veya yargılama aşaması ile birlikte uygulanabilir etkin alternatif çözüm yolunun mevcut düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

I- ARABULUCULUK

A- Genel Olarak

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde en çok tercih edilen yöntem olan arabuluculuk¹⁵, özellikle son yıllarda Kara Avrupa'sı ülkelerinde yaygın olarak uygulanmaktadır¹⁶. Arabuluculuk; arabulucu olarak adlandırılan tarafsız ve objektif konumda bir üçüncü kişinin, tarafları ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirmesi ve kişilerin kendi çözümlerini bulmasını sağlayarak ihtilafın sonlandırılmasının sağlanmasıdır. Bir başka ifade ile, taraflar arabulucunun gözetiminde çözüm yollarını tespit eder ve ortaya konulan çözüm önerileri çerçevesinde tarafların mutabakata varması için görüşmeler düzenlenir¹⁷. Nitekim HUAK 2'nci maddesinin b bendinde arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayarak görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır.

¹⁵ Arabuluculuk, alternatif çözüm yollarının esasını oluşturan ve tüm özelliklerini barındıran bir yöntemdir. İhtilafa düşen taraflar arasındaki iletişimi en çok kuvvetlendiren ve bilgi akışı sayesinde iletişimsizlikten kaynaklanan sorunları çözen bir alternatif çözüm yoludur (Tuğsavul, s. 21); Özbek, s. 238.

¹⁶ Ceylan, s.3; Kekeç, s. 3; Tanrıver, s. 3; Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğsavul, s. 34 vd.; Tıktık, s. 15 vd.

¹⁷ Tanrıver, s. 3; Liebscher, s. 54; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1094-1095; Kekeç, s. 23; Demir, s. 32-33; Ceylan, s. 147, s. 298-299; Tıktık, s. 9-10; Goodman, Allan H.; **Basic Skills for the New Arbitrator**, 2. bası, Solomon Publications, Rockville, 2004, s. 24-25; Prütting, Hanns; (Çev: Çiftçi, Pınar), *"Arabuluculuk ve Hukuk Devleti"*, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Ankara, 2010, s. 238.

Arabulucu, öncelikle müzakerelerin sürdürüleceği bir usul planı belirler, tartışmaların bu plan çerçevesinde gerçekleşmesini sağlar, müzakereleri yönetir ve ihtilafı hususların çözümüne yardımcı olur¹⁸.

B- Arabuluculuğun Temel İlkeleri

1- Gönüllülük ilkesi

Arabuluculuk, tarafların iradesine bağlı olup, tamamen ihtiyari bir kurumdur (HUAK m.3/I). Bir başka ifade ile, bir ihtilafı çözmek için arabuluculuk yöntemine başvurmak ya da arabuluculuğun sonucunda varılan çözüme uymak tarafların elindedir¹⁹. Taraflardan herhangi biri, arabulucuya verdiği yetkiyi geri alabilir ya da müzakereler sonucu tespit edilen çözüm önerilerini beğenmeyebilir. Bu durumda, taraflar aralarındaki ihtilaf konusu hususu başka yöntemlerle çözmeyi denemekte serbesttirler²⁰.

Arabuluculuk yoluna başvurmanın; gönüllülük ilkesine dayanması, tarafların istememesi halinde ortaya çıkan anlaşmaya uyulmak zorunda olunmaması ve diğer ihtilafı giderme yollarına başvurmayı engellememesi, arabuluculuğun hak arama hürriyetini de kısıtlamadığının da bir göstergesidir²¹. Bu kapsamda arabuluculuk, yargılama faaliyetlerinin yerine geçmemekte, ancak ihtilafın daha süratli çözümlenmesini amaçlayan yardımcı ve etkin bir rol üstlenmektedir.

2- Eşitlik ilkesi

Gönüllülük ilkesinin bir tezahürü de; tarafların ihtilafı sonuçlandırmak için birlikte ve uyum içinde çalışmalarının gereği olarak eşit şartlara sahip

¹⁸ Liebscher, s. 54

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğsavul, s. 126; Tıktık, s. 35-43; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1100-1101; Kekeç, s. 68-70; Demir, s. 33; "Oysa mahkeme yargılaması ya da tahkimde, uyumsuzluğu sonlandırıcı kararı, hakim ya da hakem verir; bağlayıcı olmayan tahkim dışındakilerde, bu kararı taraflara dayatır" (Ceylan, s. 298).

²⁰ Özbek, s. 500; Kekeç, s. 73-74; Demir, s. 33.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, s. 225-238; Kekeç, s. 72-74; Ancak, arabuluculuk hususunda tarafları teşvik etmek ile zorlamak arasındaki sınıra dikkat etmek gerekmektedir. Aksi takdirde, herkesin meşru yollarla hak arama serbestisine sahip olduğuna dair Anayasa hükmüne aykırı davranılmış olunur (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486) (HUAK Tasarısı), Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama dönemi 24, Yasama yılı 2, Sıra sayısı 233, s. 8, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariyasamaları/Kanunlusan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> (Erişim 18.01.2016); Tıktık, s. 39-41; Özbek, Mustafa; "Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk" (Anayasal İlkeler ve Arabuluculuk), Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Ankara, 2010, s. 136-145.

olmalarıdır. Zira, ihtilafın sonlandırılması için karar verecek bir kişi veya kurum yoktur. Arabulucunun görevi, sadece ihtilafın çözümünde taraflara yardımcı olmak, onların çözüme ulaşması için gereken müzakere planını yapmak ve ihtilafın önündeki engelleri kaldırmaktır. Taraflar yerine karar vermek arabulucunun görevi değildir. Bunun sonucu olarak, arabuluculuk mekanizmasının temel taşıını oluşturan taraf iradelerinin eşit bir zemini paylaşmaları gerekmektedir. Eşitlik ilkesi, alternatif çözüm yollarının uygulanmasında önemle üzerinde durulması gereken Anayasal bir ilkedir²². Nitekim HUAK m. 3/II'de, tarafların, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahip olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.

Mahkemelerce uyuşmazlığın çözümlenmesinde adil yargılanma hakkının²³ önemli olması gibi, arabuluculuk sürecinde de tarafların eşitlik ilkesinden yoksun bırakılması düşünülemez. Zira, uyuşmazlığın çözümünde tarafların eşit haklara sahip olması, çözüme adaletli bir şekilde ulaşmak için gereklidir. İhtilafın adil olarak çözümlenmesi sadece mahkeme aşamasında değil, aynı zamanda alternatif bir yol olan arabuluculuk sürecinde de ihtiyaç duyulan bir ilkedir. Arabuluculuk süreci boyunca taraflardan birinin dışlanması veya bazı haklardan yoksun bırakılması var olan eşitlik ilkesini ve böylece adil bir çözüme ulaşmayı engelleyecektir²⁴. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, taraflar arasında eşitliğin bulunmaması demek, taraflardan birinin sonuca katlanmak zorunda bırakılması anlamına gelir. Böyle bir durumda, gerçek bir uzlaşmadan bahsedilmesi mümkün olmayacaktır²⁵.

²² Tuğsavul, s. 134; “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” (Anayasa’nın 10’uncu maddesi); “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” (Anayasa’nın 36’ncı maddesi); Anayasa Mahkemesi, hak arama hürriyetinin kısıtlanması ile ilgili olarak oldukça hassas davranmaktadır (Örneğin; Anayasa Mahkemesi’nin 03.03.2004 tarihli ve 98/31 sayılı kararı, RG 10.07.2004). Bu nedenle, alternatif uyuşmazlıkların çözüm yollarında gönüllülük ilkesinin önemi büyüktür. Hak arama hürriyetinin kısıtlanmaması açısından yapılacak düzenlemelerde bu hususu özellikle dikkat edilmesi gerekir (Özbek, s. 231-232).

²³ Tuğsavul, s. 134.

²⁴ Tuğsavul, s. 134.

²⁵ “...Kendisini diğer tarafla tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle muamele görme-
yen bir tarafın, uzlaşmasından değil, mecburen bir sonuca katlanmasından söz edilebilir. Kanun önünde eşit olma ve uyuşmazlık çözüm sürecinde eşit haklara sahip olma, bir uyuşmazlık hangi yolla çözümlerse çözülsün gözetilmesi gereken bir ilkedir...” (HUAK Tasarısı, s. 8); Demir, s. 34.

3- Gizlilik ilkesi

Arabuluculuğun başarıya ulaşması için gizlilik unsurunun büyük önemi bulunmaktadır. Gerek taraflarca arabulucuya sağlanan her türlü bilgi, gerekse müzakereler boyunca ortaya çıkan iddiaların ve bilginin gizli tutulması, tarafların görüşmeler esnasında daha samimi ve dürüst olmalarını sağlamaktadır²⁶. Bu çerçevede devam eden müzakerelerin ise başarıya ulaşma oranı artmaktadır. HUAK m. 4'te gizlilik ilkesi hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddeye göre, “(1)Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.”

Sürecin aleni olmaması, delil güvenliğinin sağlanması açısından da önemlidir. Müzakere sürecinde yer alan tarafların ve üçüncü kişilerin ortaya koyduğu bilgi ve belgelere süreç sonunda dava açılması halinde dayanılmaması sürecin sağlıklı işlemesi için gereklidir. Arabulucunun tanıklığına ve arabuluculuk görüşmelerinde ifşa edilen bilgi ve belgelere, daha sonra başlayacak yargılama aşamasında başvurulmaması aynı zamanda delil güvenliğini de ifade eder²⁷.

C- Arabuluculuğun Olumlu ve Olumsuz Yönleri

1- Olumlu yönleri

Arabuluculuğun olumlu yönleri arasında ilk sırada, tarafların uyuşmazlığın çözüm sürecine aktif olarak katılımları ile müzakere sonucunda çıkacak sonuca fiili etkileri ve bu sonuç üzerinde egemen olmaları sayılabilir²⁸. Tarafların aralarındaki ihtilafı, bir yol göstericinin kontrolünde, ancak kendi emekleri ve fiili katılımları ile çözmeye çalışmaları, sürecin sonucunda elde edilecek ve her iki tarafın katkıları ile ulaşılan mutabakata daha samimi sarılmalarına neden olur. Bu da sürecin, gönüllülük ilkesi temelinde sağlıklı ve etkin olarak işlemesini sağlar.

²⁶ Liebscher, s. 55; Tıktık; s. 34-35; Tuğsavul, s. 134-135; Tanrıver, s. 9; Kekeç, s. 76; Demir, s. 34; Arabuluculukla ihtilafların çözümlenmesi ile yargısal çözüm yolu karşılaştırıldığında, arabuluculuğun faydaları arasında, güvenilirlik ve gizlilik hususu sayılmıştır (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1097); Yeşilirmak, Ali; “Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Ankara, 2010, s. 162-163.

²⁷ Tıktık, s. 35; Kekeç, s. 78; Tuğsavul, s. 137-139.

²⁸ Tanrıver, s. 10; Özbek, s. 209-210; Demir, s. 12; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1093; Kekeç, s. 87-88; Özbek, s. 238.

Bunun yanında, uyuşmazlığın, konunun uzmanı kişiler tarafından değerlendirilmesi kalıcı bir çözüme ulaşmak adına önem taşımaktadır²⁹. Arabuluculuk müessesine başvurulması, diğer hak arama yöntemlerine başvurmayı engellemeyeceğinden³⁰, süreç sonunda bir anlaşmaya varılmasından daha önemlisi her iki tarafı da tatmin eden ve ihtilafı kesin olarak sonlandıran bir anlaşmaya varılması olacaktır. Bu nedenle, hem tarafların etkin bir şekilde görüşmelerde yer alması hem de konunun uzmanlarının sürece dâhil olması arabuluculuğun olumlu özellikleri arasında yer almaktadır.

Arabuluculuğun ilkeleri arasında yer alın gizlilik ilkesi ise, ihtilafa ilişkin her türlü bilgi ve belgenin ortaya konulması esnasında, tarafların bundan zarar görmemesini ve aralarındaki ilişkinin tahrip edilmeden gelecekte de devam etmesini sağlamaktadır. Dahası, tarafların geçmişte yaşadıkları sorunların irdelenmesinden ziyade, menfaatleri arasındaki çatışmanın sona erdirilerek geleceğe yönelik bir mutabakata varılmaya çalışılması, her iki tarafı da memnun eden bir alternatif yöntem olma özelliğini ortaya koymaktadır³¹. İhtilafların arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi, aynı zamanda toplumsal barışın sağlanmasına da yardım eder. Zira, tarafların mücadelecî yönlerini ortaya çıkaran yargılama yolu yerine, daha samimi ve ılımlı bir ortamda taraf iradeleri üzerinde şekillenen bir yolun izlenmesi, bireylerin memnuniyetini artırarak toplumda huzuru sağlar³²

Arabuluculuk daha az masraflı³³, daha süratli³⁴ bir şekilde anlaşmazlıkların giderilmesini amaçlayan bir metottur. Yargı mekanizmasına göre daha esnek ve daha ılımlı olması nedeniyle sonuca ulaşmak kolaylaşmaktadır³⁵. Başka bir

²⁹ Tanrıver, s. 10; Teknik bilgi gerektiren bir ihtilafın çözümünde tarafların en büyük korkularından biri, hâkimlerin ulaşılacak istenilen hedefi görmede güçlük çekmeleri ve talebi tam olarak karşılamayan bir hüküm ile tarafları karşı karşıya bırakmalarıdır. Konuya hakim bir uzmanın, ihtilafı çözmeye çalışması, konunun teknik özellikleri hakkında bilgi ve belge sunmak, tanık dinletmek veya bilirkişiye başvurmak gibi işlemlerden kurtulunması, böylece zaman ve para kaybının önüne geçilmesini sağlar (Özbek, s. 208-209); Kekeç, s. 86; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1097; Ceylan, s. 300.

³⁰ Tanrıver, s. 11; Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, s. 225-238; Kekeç, s. 72-74; Tıktık, s. 39-41.

³¹ Tanrıver, s. 10-11; Özbek, s. 219-220; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1094; Kekeç, s. 91.

³² Özbek, **Anayasal İlkeler ve Arabuluculuk**, s. 110-113.

³³ Kekeç, s. 85; Demir, s. 13; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1096; Tanrıver, s.11; Güler, s. 56; Özbek, s. 238; Yeşilirmak, s. 163-164.

³⁴ Kekeç, s. 83-84; Demir, s. 13; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1096; Tanrıver, s. 11; Güler, s. 57; Özbek, s. 238.

³⁵ Adalet sistemimize ilişkin öne sürülen en önemli eleştirilerin başında; yargılama giderlerinin hak aramayı engelleyecek kadar yüksek olması ile ihtilafları sonlandırmak için geçen sürenin oldukça uzun olması gelir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en önemli getirisi,

ifade ile, süreci uzatan usulü bazı işlemler ile karşılaşılmayacak, bu durum öngörülemeyen engellerin en baştan bertaraf edilerek para ve zaman kaybının önüne geçilmesine neden olacaktır.

Bu çerçevede, taraflarca kabul gören yeni bir usul denenebilir ya da farklı ve hiç denenmemiş yöntemler araştırılarak değerlendirilebilir. Taraflara sağlanan bu serbesti, esnek çözümler üretilmesini ve böylece ihtilafın çözümünde başarı oranının artmasını sağlamaktadır³⁶.

2- Olumsuz Yönleri

Arabuluculuk, tarafların iradesine ve müzakerelere aktif bir şekilde katılmaları prensibine dayandığı için tarafların çözüme ulaşmadaki gönülsüzlüğü sistemin durmasına neden olur³⁷. Dahası, uzlaşma kültürünün gelişmediği toplumlarda arabuluculuk sisteminin başarıya ulaşması oldukça zordur. Taraf iradelerinin, arabuluculuk mekanizmasının temel çarkları olduğu düşünüldüğünde, bu çarklardan birinin etkin bir şekilde çalışmaması mekanizmayı bozarak süreci sona erdirir.

Müzakerelere katılan taraflar arasında yaşanabilecek iletişim kopukluğu kadar, tarafların mali durumlarındaki dengesizliğin de sürece olumsuz etkileri olabilir. Zira, birisinin mali açıdan diğerine üstün olması, rahat ve samimi bir görüşme ortamının oluşmasına engeldir³⁸. Böyle bir durum, ekonomik açıdan güçsüz olan tarafın müzakerelerde kendini zayıf hissetmesi nedeniyle, her iki taraf açısından beklenen tatmin edici sonuca ulaşmayı zorlaştırır. Elbette ki, taraflar arasındaki ekonomik açıdan görülebilecek dengesizliğin yanında kültür ve eğitim farklılıkları açısından da eşitsizlikler olabilir. Bütün bu dengesizliklerin minimum düzeyde kalması ve en uygun çözüme kavuşulması için arabulucuya büyük görev düşmektedir.

Bu çerçevede, arabuluculuk sürecine katkı sağlayacak üçüncü kişilerin, mesleki uzmanlık, tarafsızlık, gizliliğe riayet gibi konularda yetersiz olmaları

uyuşmazlıkların hızlı, basit ve ucuz bir yöntemle sonlandırılması olarak ifade edilebilir (Özbek, s. 205-207, s. 210, s. 219); Tanrıver, s. 11.

³⁶ Özbek, s. 210-211; Güler, s. 55-56; Tanrıver, s. 11; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 1097.

³⁷ Tanrıver, s. 11; Uyuşmazlığın çözümünde taraf iradesinin etkisi, tarafların arabuluculuk sistemini kötüye kullanmalarına da neden olabilmektedir. Bu tür alternatif çözüm yolları düşmana güvenmeyi gerektirdiğinden, uygulamada başarıya ulaşılmayacağı iddia edilmektedir. Örneğin, davanın uzamasında menfaati olan ve açıkgozlülük yapmaya çalışarak süreci uzatmaya çalışan tarafın dahil olduğu bir mekanizmanın sonuca ulaşması düşünülemez (Özbek, s. 249); Kekeç, s. 40.

³⁸ Tanrıver, s. 12; Özbek, s. 241-242.

sistemden beklenen faydanın elde edilememesine yol açar. Arabulucuların yeterliliğine, tarafsızlığına ve disiplinine ilişkin gerekli standartların belirlenmesi ve denetim mekanizmasının işler bir şekilde oluşturulması, kamuoyunda arabuluculuk kurumuna karşı oluşacak güveni artıracaktır³⁹. Düzenlemelerin ve uygulanmasının istikrarlı olması ise ihtilafların çözümünde arabuluculuğa başvurulmasına ivme kazandırır.

Arabuluculuk giderlerinin taraflarca karşılanması ve adli yardım gibi kurumların dışında bırakılması, arabulucuların taraflara verebilecekleri zararların karşılanmasına ilişkin özel bir tazmin mekanizmasının bulunmaması, ihtilafların çözümünde arabuluculuk yönteminin tercih edilmesini zorlaştırmaktadır⁴⁰.

Dahası, arabuluculuğun, bazı küçük uyuşmazlıklar ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulara uygulanması, böyle etkili bir mekanizmanın âkim kalmasına neden olmaktadır⁴¹. Özellikle, aile hukukuna dair tarafları yoğun şekilde ilgilendiren bazı konularda arabuluculuğun uygulanmaması, taraf iradeleri ile çözüme ulaşılanın en kolay olduğu bu tür ihtilafların yargı eliyle aylarca sürmesine sebep olmaktadır. Taraf iradelerinin samimi şekilde ortaya konulduğu, gizlilik prensibinin esas alındığı, arabulucunun da yardımıyla belki de birkaç görüşmede sonlandırabilmenin mümkün olduğu bu tür ihtilafların alternatif çözüm yollarının dışında bırakılması, sorunun önemli bir kısmının konu dışına itilmesi anlamı taşımaktadır.

3- Arabuluculuğun Konusu ve Arabuluculuğa Uygun Haller

Arabuluculuk yönteminin, tek seferlik işlerde (one-shot deals) başarı kazandığı kanıtlanmıştır. Örneğin; kişisel yararlanma fiillerinden kaynaklanan davalar, işçi tazminatları, tüketici şikâyetlerinden kaynaklanan ihtilaflar gibi sürekli ilişki gerektirmeyen benzeri davalarda başarılı olduğu kabul

³⁹ Tanrıver, s. 12; Kekeç, s. 41-42; Avukatların gereksiz yargılama yoluna gitmeye teşvik etmeleri, alternatif çözüm yollarını kullanmak yerine statükoyu korumaya çalışmaları, arabuluculuk sisteminin yaygınlaşmasına engel olacaktır (Özbek, s. 245-246).

⁴⁰ Tanrıver, s. 12, s. 23-24

⁴¹ Alternatif çözüm yollarının, öncelikle vakıa uyuşmazlıklarının çözümünü hedeflediği, karmaşık hukuki meselelerde ise uygulanmasının ise mümkün olmadığı savunulmaktadır. Aslında tarafların yapacakları birkaç basit düzenleme ile esaslı hukuki konularda da bu tür çözüm yollarının başarıyla uygulanması mümkün olabilir. Örneğin; Koach Refining şirketi ile Minnesota Çevre Kirliliği Denetim Kurumu arasındaki ihtilaf (Özbek, s. 240-241); Tanrıver, s. 12.

edilmektedir. Yine arabuluculuğun başarılı olduğu konular arasında, evre hukukuna ilişkin düzenlemelerden kaynaklanan ihtilaflar da sayılabilir⁴².

Özellikle, küçük uyuşmazlıkların (small claims) zme kavuşturulmasında ve üzerinde özgürce tasarruf edilebilecek işlerden kaynaklanan ihtilaflarda arabuluculuk yöntemine başvurulmaktadır. Doktrinde; arabuluculuğun uygulama alanının, küçük uyuşmazlıklar veya tarafların serbestçe tasarruf edeceği konular ile sınırlı kalmasının, bu mekanizmanın etkinliğini azalttığı ve işlevini sınırladığı savunulmakta olup, bu husus arabuluculuğun olumsuz yönleri arasında sayılmaktadır⁴³. Diğer taraftan, kabul edilmelidir ki, küçük miktarlı taleplere ilişkin ihtilafların çözümlenmesi için arabulucuya başvurulması oldukça süratli bir şekilde hedefe varmayı sağlamaktadır.

Karmaşık ve çok taraflı davalar (multi-party litigation) göz önüne alındığında, her ne kadar arabuluculuk ile elde edilecek başarının düşeceği düşünülse de, bu tür davaların mahkemelerce de tarafları memnun edecek şekilde srat ile çözümlenmesinin mümkün olmayacağı aıktır⁴⁴. Özellikle, iş hukukunu ilgilendiren ihtilaflarda olduğu gibi teknik bilgi ve ayrıntılı hesaplama gerektiren ihtilaflarda, hemen hemen her dosya bilirkişiye gönderilmekte olup, bu tür davaların srat ile çözümlenmesi beklenmemelidir. Dolayısıyla, kapsamlı ve karmaşık ihtilaflarda arabulucuya başvurulması, alternatif çözüm yollarından beklenen faydanın maksimum düzeyde sağlanmasına neden olacaktır.

Bunun ile birlikte, ihtilafların arabuluculuk yolu ile çözümlenmesi, sürekli ilişki içinde bulunan taraflar için de kolaylık sağlayacaktır. Örneğin; aileyi, okulu veya ticari işletmeleri ilgilendiren ilişkilerde, tarafların birbiriyle sürekli iletişim içinde bulunmasından dolayı aralarında yaşadıkları ihtilafa yönelik olarak bir kere arabuluculuk mekanizmasını kullanmaları, gelecekte yaşayacakları diğer ihtilaflarda da bu mekanizmayı kullanmaları adına model teşkil edecektir⁴⁵. Böylece tarafların, ihtilafların çözümünde arabuluculuk sistemine olan güveni artacak ve arabuluculuk yabancı oldukları bir yöntem olmaktan çıkıp, aralarındaki süreklilik içeren bütün ihtilaflarında başvurabilecekleri güvenli ve süratli bir çözüm yolu olacaktır.

⁴² zbek, s. 513; Ceylan, s. 301.

⁴³ Tanrıver, s. 12.

⁴⁴ zbek, s. 513-514;

⁴⁵ zbek, s. 513, Ceylan, s. 301; Kekeç, s. 93-94.

4- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na Göre Arabuluculuk Faaliyeti

a- Genel Olarak

Türk Hukukunda arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin temel düzenlemeler, 2012 yılında kabul edilen ve şu sıralar revizyon çalışmalarına konu olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'dir⁴⁶. HUAK; arabuluculuk ile ilgili temel tanım ve kavramları, arabuluculuğun temel ilkelerini, arabulucuların hak ve yükümlülüklerini, arabuluculuk faaliyetlerinin ne şekilde yürütüleceğini, arabulucular siciline ve arabuluculuk eğitimine ilişkin düzenlemeleri, eğitim verecek kuruluşların nitelik ve faaliyetlerini, teşkilat yapısını ve cezai hükümleri düzenlemektedir.

b- Arabuluculuk Müzakerelerinin Yürütülmesi

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15/1'inci maddesine göre, arabulucu taraflarca seçildikten sonra en kısa zamanda tarafları toplantıya davet etmelidir. Taraflar, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi ve izlenecek yöntemle ilişkin usulü emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla kendileri belirleyebilir (HUAK m. 15/2). Tarafların bu konuda anlaşamamaları halinde ise arabulucu, uyuşmazlığın niteliğini ve tarafların isteklerini de göz önünde bulundurarak, uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları değerlendirerek arabuluculuk faaliyetini yürütür (HUAK m. 15/3).

Arabuluculuk faaliyetinin yargısal bir faaliyet olmaması nedeniyle arabulucu, hâkim tarafından yapılabilecek (keşif, tanık dinlenmesi vs.) işlemleri yapamaz (HUAK m. 15/4). Arabulucunun görevi, sadece ihtilafın çözümü hususunda taraflara yardım etmekten ibarettir. Dava açıldıktan sonra da hakimin tarafları teşvik etmesi ile veya sonraki aşamalarda tarafların ortak kararları ile de arabuluculuğa başvurulması mümkündür⁴⁷. Böyle bir durumda hakim, duruşmayı üç ayı geçmemek üzere erteler. Bu süre, tarafların istemesi halinde üç ay daha uzatılabilir (HUAK m. 5).

⁴⁶ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, 26/01/2013 tarihli ve 28540 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak, 22/06/2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁷ Nitekim HMK m. 137, 140 ve 320. maddelerde hakimin tarafları arabulucuya başvurmaya teşvik edeceği belirtilmektedir.

Taraflar, müzakerelere bizzat veya vekilleri aracılığı ile katılabilecektir (HUAK m. 15/6). Arabuluculuk sürecinin tarafların iradeleri ile şekillendiği ve sonuca ulaştırıldığı dikkate alındığında müzakerelere tarafların katılmasının taşıdığı önem açıktır.

Tarafların ilk oturuma davet edilmesi ve gereken usul ve esasların belirlenmesinden sonra, maddi olgular ortaya konularak, tarafların dinlenilmesine geçilir. Arabulucu, gerekiyorsa tarafların bilgisi dâhilinde ayrı ayrı oturumlar düzenler ve tarafları özel otumlarda dinleyerek ihtilafın konusuna ilişkin bilgi toplar. Elde edilen bilgi, bilgiyi veren tarafın rızası dâhilinde diğer tarafla paylaşılabilir. Daha sonra arabulucu, iletişim tekniklerini de kullanarak tarafların menfaatini tespit eder. Ortaya çıkan taraf menfaatleri doğrultusunda çözüm önerileri belirlenir ve tarafların bu önerilerden biri üzerinde mutabakata varması için süreç yürütülür. Arabulucu, çözüm önerilerini taraflara empoze edemez ve hukuki yönlendirmede bulunamaz⁴⁸. Amaç, tarafların en makul çözüm önerisi üzerinde anlaşmasının sağlanmasıdır.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmış oldukları, anlaşmadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir ve düzenlenen belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Belgenin taraflar veya vekillerince imzalanmaması halinde ise sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanması gerekmektedir (HUAK m. 17/2) .

Tarafların imzasını taşıyan arabuluculuk anlaşması, bir özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Böyle bir anlaşmaya ilişkin belgenin şerh verilmek suretiyle ilam niteliğine kavuşturulmaması halinde, belge içeriğinin uygulanması özel hukuk hükümlerine tabi olur⁴⁹. Anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise davanın görüldüğü mahkemeden şerh verilmesi talep edilebilir. Bu çerçevede şerh içeren bir anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18/2).

⁴⁸ Güler, s. 74; Tuğsavul, s. 180-181; Tanrıver, s. 20; Ayrıntılı bilgi için bkz. Kekeç, s. 115 vd; Demir, s. 49-50.

⁴⁹ Güler, s. 76; Arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan anlaşma şekil şartına tabidir. Anlaşma yazılı olmalıdır ve taraflar ile arabulucu tarafından da imzalanmalıdır. Bu şekil şartı, anlaşmanın geçerli olması için gereklidir (Tuğsavul, s. 191) ; Demir, s. 51-52; Kekeç, s. 186.

Her ne kadar icra edilebilirlik şerhinin verilmesi çekişmesiz yargıyı ilgilendirmesi nedeniyle dosya üzerinden yapılabilse de, arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı ise, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığının tespiti ile sınırlıdır (HUAK m. 18/3).

c- Arabuluculuk Yoluyla Çözüm Kavuşturulacak Uyuşmazlıkların Kapsamı ve Ebeveynler Arasındaki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1'inci maddesi ile arabuluculuk yönteminin uygulanabileceği uyuşmazlıkların çerçevesi çizilmiştir. Kanun'un 1'inci maddesi uyarınca; arabuluculuk yoluyla çözüme ulaştırılabilecek uyuşmazlıkların içine sadece yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları girmektedir. Başka bir ifade ile kamu düzenini ilgilendiren özel hukuk uyuşmazlıkları, arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi uygun olmayan uyuşmazlıklar olarak kabul edilmiştir⁵⁰. Dahası, maddenin son cümlesi ile aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar da arabuluculuk kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Aile içi şiddet kavramından neyin anlaşılması gerektiği HUAK'ta ve gerekçesinde açıklanmamıştır. Ancak, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi)⁵¹ 3'üncü maddesinin b bendinde aile içi şiddet, "*Aile içerisinde veya hanede veya mağdur faille aynı evi paylaşırsa da paylaşmasa da eski veya şimdiki eşler veya partnerler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemi anlamına gelir*" şeklinde tanımlanmıştır. Yine, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un⁵² 2'nci maddesinin b

⁵⁰ "*Öte yandan, anılan kurum, her tür hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani "sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıklarında" bağlamında uygulanma alanı bulacaktır*"(Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama dönemi 24, Yasama yılı 2, Sıra sayısı 233, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> , Erişim 18.01.2016)

⁵¹ Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) 8 Mart 2012 tarihli ve 28227 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵² 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 8/3/2012 tarihinde kabul edilmiş olup, 20/03/2012 tarihli ve 28239 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir

bendinde ev içi Şiddet düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre ev içi Şiddet; “Şiddet mağduru ve Şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik Şiddeti” ifade etmektedir. Ev içi Şiddet kavramı, İstanbul Sözleşmesi’nde tanımlanan aile içi Şiddet kavramından farklı olarak sadece eşler arasındaki Şiddet eylemlerini değil, bütün aile bireylerinin dâhil olduğu Şiddeti düzenlemesi nedeniyle daha geniş kapsamlıdır. Bu ereve, ev içi Şiddet unsuru içeren ebeveynler arasındaki uyuşmazlıklarda da HUAK’a göre, arabuluculuk faaliyeti uygulanması mümkün değildir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğun uygulanacağını, kamu düzenine ilişkin olan hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuŐturulmasında ise arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyeceğini açıkça dzenlemiŐtir⁵³. Ancak, ne tür ihtilafların tam olarak bu kapsamda değerlendirileceği hususunda ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Nitekim bu durum, Anayasa Mahkemesi’ne iptal nedeni olarak götürülmüş olmakla birlikte, Mahkeme tarafından maddede iptali gerektirir bir husus saptanmadığından başvuru reddedilmiŐtir⁵⁴. zerinde serbestçe tasarruf edilmeyen ebeveynler arası ihtilafların arasında; çocuğun velayeti ve ocukla Şahsi ilişki kurulması konuları da sayılabilir (Türk Medeni Kanunu m. 182)⁵⁵. Oysa ki bu konular, uluslararası düzenlemelerde arabuluculuk faaliyeti kapsamında sayılmaktadır⁵⁶. Bu konuların aile içi Şiddet unsuru içermesi bile arabuluculuk kapsamı dışına çıkarılması için yeterli görülmemektedir. Aile

⁵³ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama dönemi 24, Yasama yılı 2, Sıra sayısı 233, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> , Erişim 18.01.2016.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 10/07/2013 tarihli ve 2012/94 E., 2013/89 K. sayılı Kararı (25/01/2014 tarihli ve 28893 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140125-16.htm> , Erişim 20.01.2016).

⁵⁵ ztan, Bilge; Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2004, s. 464 vd; Ancak velayet kendisine bırakılmayan ebeveynle çocuğun hangi Şekilde kişisel ilişki kuracağı (kişisel ilişkinin Şekli) hakkında ebeveynler hakimın düzenlemesinden farklı bir Şekil belirleyebilirler (bkz. ztan, s. 469).

⁵⁶ Guide to Good Practice-Mediation, s. 15, s. 19 vd.; zbek, Mustafa; “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”(Aile Arabuluculuğu), Dokuz Eylül niversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 71-102, Cilt: 7, Sayı 2, 2005, s. 85, s. 97.

içi şiddetin görüldüğü ihtilaflarda ise özel bazı tekniklerin uygulanması ve şiddete maruz kalan tarafın güvenliğinin sağlanması gerekmektedir⁵⁷.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R(98)1 Sayılı Tavsiye Kararı'nda⁵⁸, boşanma ve ayrılık davalarında arabuluculuğun, çocukların velayeti ile çocukla şahsi ilişki kurulmasına dair ihtilafları kapsadığı belirtilmektedir. Tavsiye Kararı'nın 8'inci ilkesinde ise, uluslararası aile ihtilaflarında, özellikle çocukların yetiştirilmesi ve şahsi ilişki kurulmasına dair ihtilafların giderek arttığı ve bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olduğu belirtilmektedir⁵⁹. Yine, Lahey Özel Hukuk Konferansı tarafından kabul gören aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar arasında; çocuğun velayeti, çocukla şahsi ilişki kurulması ve 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında çocukların iadesi yer almaktadır⁶⁰. Ancak Türk hukuk sisteminde, yukarıda da belirtildiği gibi çocuğun velayeti ve çocukla kişisel ilişki kurulması tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular olarak kabul edilmediği için, bu hususlarda HUAK çerçevesinde arabuluculuk uygulaması mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, çocuğun mutad meskenine iadesi konusunda arabuluculuğun mümkün olup olmadığı, taraf olduğumuz 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

II- ULUSLARARASI LAHEY ÖZEL HUKUK KONFERANSI VE ARABULUCULUK

A- Lahey Özel Hukuk Konferansı

Uluslararası özel hukuk alanında kurulmuş olan “*Lahey Konferansı*”, hukuki ve ticari konularda sınır ötesi işbirliğini hedefleyen uluslararası bir kuruluştur. Lahey Konferansı'nın hâlihazırda 79 devlet ve bir Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Kuruluşu olmak üzere 80 üyesi bulunmaktadır. Türkiye, 26/8/1955 tarihinden beri Lahey Konferansı'na üye devlet statüsündedir⁶¹.

Lahey Özel Hukuk Konferansı sekreteryasına, Daimi Büro adı verilmektedir. Daimi Büronun anagörevi, Genel Kurulları ve Özel Komisyonları

⁵⁷ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 73.

⁵⁸ Council of Europe, Family Mediation, Recommendation No. R(98) 1 and Explanatory Memorandum, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec\(98\)1%20E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec(98)1%20E.pdf), Erişim 12.01.2016.

⁵⁹ Özbek, Aile Arabuluculuğu, s. 85, s. 97.

⁶⁰ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 15, s. 19 vd.

⁶¹ Hague Conference on Private International Law, HCCH Members, <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>, Erişim 21.01.2016.

hazırlamak ve organize etmektir. Söz konusu Büroda çalışan görevlilerin farklı uluslardan olması gerekmektedir. Konferansın çalıştığı konulara ilişkin temel araştırmalar, Daimi Büro tarafından yapılmaktadır. Büronun bir başka görevi; farklı ulusal ve uluslararası kuruluşlar, üye ülkelerin uzmanları ve delegasyonları ve atanmış merkezi otoriteler ile adli ve idari işbirliğini sağlamak ve geliştirmektir. Yine sözleşmelerin uygulayıcılarının taleplerine de (avukatlar, noterler, şirketler, gazeteciler vb.) cevap verilmektedir⁶².

Lahey Konferansı'nın son yıllardaki çalışmaları, uluslararası aile hukukunda arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yükselen önemini yansıtmaktadır. Aileye dair Lahey Sözleşmeleri'nin büyük çoğunluğu açık şekilde aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve benzeri çözüm yollarını cesaretlendirmektedir. Konferansın sekreteryası olan Daimi Büro'nun işbirliği ile hazırlanan "*İyi Uygulama Rehberleri*" de (Guides to Good Practice), sözleşmelerin etkin uygulanması için tarafların anlaşmasının desteklenmesini teşvik etmektedir⁶³. Özellikle, aile hukuku alanında tarafların uzlaşmasının cesaretlendirilmesi gerektiğine yapılan bu vurgu, çocukların yüksek menfaatine verilen önemden kaynaklanmaktadır. Anılan Rehber tarafından temel alınan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ise; çocuğun velayeti, çocukla şahsi ilişki kurulması ve 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında çocukların iadesi olarak sayılabilir⁶⁴.

B- Arabuluculuğun Gelişimi

Daimi Büro'nun denetimi altında, 2006 yılının Nisan ayında üye devletler tarafından sınır ötesi aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğun uygulanabilirliğine ilişkin bir fizibilite çalışması hazırlanmıştır⁶⁵. Lahey

⁶² HCCH, Hague Conference on Private International Law, "*What's the Permanent Bureau of the Hague Conference?*", http://www.hcch.net/index_en.php?act=faq.details&fid=30, Erişim 4.1.2014.

⁶³ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 13; Örnekler için bkz. the Guide to Good Practice on Transfrontier Contact Concerning Children, s. 6, https://assets.hcch.net/upload/guidecontact_e.pdf, (Erişim 12.06.2015); "**Part I – Central Authority Practice**", Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, (Guide to Good Practice- **Central Authority**), s. 49, http://www.hcch.net/upload/abdguide_e.pdf, (Erişim 12.06.2015); "**Part III – Preventive Measures**", Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, (Guide to Good Practice- **Preventive Measures**), s. 15-16, https://assets.hcch.net/upload/abdguideiii_e.pdf, (Erişim 12.06.2015).

⁶⁴ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 15, s. 19 vd.

⁶⁵ Conclusions of the Special Commission of 3-5 April 2006 on General Affairs and Policy of the Conference, p. 3, <https://assets.hcch.net/docs/b8be1cb6-e8b7-4f5b-8ecc-45a985f8276d.pdf>, (Erişim 12.06.2015); Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 13.

Konferansı'nın, sınır ötesi aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğun gelecekteki yol haritasını belirleyen “*Sınır ötesi Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa dair Fizibilite Çalışması*” 2007'nin Nisan ayında Konsey'e sunulmuş, Konseyin 2008 baharındaki toplantısında konuyla ilgili daha üst düzeyde müzakereler yapılması ve karar alınması hedeflenmiştir. Bu kapsamda Konsey, Lahey Konferansı'na taraf devletlere, uluslararası aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğun uygulanabilirliğine ilişkin yapılan bu çalışma hakkında görüşlerini bildirmeleri için 2007 yılının sonuna kadar süre vermiştir⁶⁶.

Konsey, 2008 Nisan ayında yapılan müzakereler sonucunda Daimi Büro'nun konuyu takip etmesine ve uluslararası aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğa dair yaşanan gelişmeler hakkında taraf devletleri bilgilendirmesine karar vermiştir⁶⁷. Dahası Daimi Büro'dan, 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin Lahey Sözleşmesi kapsamında arabuluculuğun uygulanmasına ilişkin “*İyi Uygulama Rehberi*” (Guide to Good Practice) hazırlaması için çalışmalara başlanması ve anılan rehber kitapçığın 2011 yılında yapılması planlanan “*Özel Komisyon Toplantısı*”nın (Special Commission Meeting) değerlendirmesine sunulması istenilmiştir⁶⁸.

C- 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Arabuluculuk

Lahey Sözleşmesi⁶⁹ kapsamında arabuluculuk ve benzer alternatiflere ilişkin tartışmaların tarihi daha eskiye dayanmaktadır. Arabuluculuk konusu, Özel Komisyon toplantılarında 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulanması incelenirken ortaya çıkmıştır. 2006 yılının Ekim ayında Daimi Büro, 1980 tarihli Sözleşme kapsamında arabuluculuk planına odaklanan karşılaştırmalı bir çalışma yayımlamıştır⁷⁰.

⁶⁶ Recommendations and Conclusions adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (2-4 April 2007), p. 1, https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff_conc-12007e.pdf, (Erişim 12.01.2016); Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 13

⁶⁷ Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (1-3 April 2008), s. 1, <https://assets.hcch.net/docs/a96540bc-28f6-4f05-a26a-6010257f890f.pdf>, (Erişim 12.01.2016); Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 13.

⁶⁸ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 13-14; Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (1-3 April 2008), s. 1, <https://assets.hcch.net/docs/a96540bc-28f6-4f05-a26a-6010257f890f.pdf>, (Erişim 12.01.2016).

⁶⁹ Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin Lahey Sözleşmesi (1980 tarihli Lahey Sözleşmesi).

⁷⁰ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 14.

Sözleşme'nin özü, ebeveynler arasında yaşanan ihtilafın öncelikle dostane çözümle sonuçlandırılması gerektiğini savunmaktadır⁷¹. Bunun nedeni ise, ihtilafı çözümlerken yargı yoluna başvurarak taraflar arasındaki ilişkiyi kesip atmak yerine sorunun giderilmesinden sonra da ilişkinin devam etmesi arzusudur. Konu oldukça hassas olan çocuğun menfaatine ilişkindir ve tarafların arasındaki uyuşmazlık her ne olursa olsun çocuğun ebeveynlerinin her ikisi ile de iletişiminin devam etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, çoğu zaman husumetli tarafların daha çok birbirlerinden kopmalarına ve birbirlerine düşman olmalarına neden olan yargılama yolundan ziyade dostane çözüm ile sorunun aşılması hem taraflar hem de ihtilafın en değerli konusu olan çocuk için oldukça önemlidir.

Daimi Büro tarafından 2006 yılında yayınlanan çalışma ile Lahey Sözleşmesi'nin merkezi makamlarının, Sözleşme'nin 7/2-c maddesi uyarınca öngörülen çocukların mutad meskeni devletine gönüllü olarak dönüşünün sağlanması için gerekeni yapmaları önerilmektedir. Bu amaca ulaşmak için olanaklı olması halinde yasal temsilci, savcı veya tarafların öngördüğü arabuluculuk hizmeti veren bir uzman kuruluştan da yardım alınabilir. Elbette ki, bu bağlamda mahkemelerin rolü de muteberdir. Dikkat edilmesi gereken en önemli husus, gönüllü çözüme ulaşmak için harcanan çabanın, çocuğun mutad meskenine geri dönmesi için başlatılan süreci uzatmaması gerektiğidir⁷².

Bu çerçevede oluşturulması planlanan "1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında Arabuluculuğa dair İyi Uygulama Rehberi" (Guide to Good Practice on Mediation under the 1980 Hague Child Abduction Convention) 2009 yılında hazırlanmaya başlanılmıştır. Rehberin hazırlanmasına yardım etmek için farklı taraf devletlerden bir grup bağımsız uzman davet edilmiştir. Rehberle ilişkin taslak metin, Özel Komisyon'un Altıncı Toplantısı öncesinde 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne ve Lahey Konferansı'na taraf devletlere gönderilmiştir. Özel Komisyon'da yapılmış olan eleştiriler doğrultusunda metnin tekrar gözden geçirilmesi ve metnin son hali verilirken uzman tavsiyelerinin göz önünde bulundurulması istenilmiştir. Taslağa son hali verildikten sonra son kez görüşlerine başvurmak üzere taraf devletlere gönderilmesi gerektiği de vurgulanmıştır⁷³.

⁷¹ Guide to Good Practice-Mediation, s. 21; Köseoğlu, s. 14-15; Aytaç, s. 42-44.

⁷² Guide to Good Practice-Mediation, s. 14; Sözleşmenin 2'nci maddesi uyarınca Âkit Devletler ülke sınırları içerisinde Sözleşmenin hedeflerine ulaşabilmek için en seri usulleri uygulamalıdır. Yetkili makamların Sözleşmenin 2'nci maddesiyle getirilen ivedilikle hareket etme yükümlülüğü, 11'inci madde ile tekrarlanmış bulunmaktadır.

⁷³ Conclusions and Recommendations of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commis-

Rehberin amacı, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi bağlamında çocuklara ilişkin uluslararası aile uyuşmazlıklarının arabuluculuk ve diğer gönüllü çözüm yolları ile sonlandırılmasını teşvik etmektir. Diğer modern aile hukukuna ilişkin Lahey Sözleşmeleri doğrultusunda 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi de aile uyuşmazlıklarında gönüllü çözümü desteklemektedir. Rehber, bütün alternatif çözüm yollarının içinde aile uyuşmazlıklarında uygulanması en çok önerilen metod olan arabuluculuğu düzenlemektedir⁷⁴.

III-1980 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ’NİN 7/C VE 10’UNCU MADDELERİ ÇERÇEVESİNDE ARABULUCULUK UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A- Sözleşme’nin Konusu ve Amacı

Sözleşmenin konusu; velâyet hakkı ihlâl edilerek Sözleşmeye taraf bir ülkeden diğer bir taraf ülkeye götürülen veya alıkonulan çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine veya şahsî ilişki kurma hakkının kullanılmasına dair usûl ve esasları belirlemektir⁷⁵. Çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesi ve mutad meskeninden ayrılması ile ailesiyle olan istikrarlı ilişkisi bozularak mutad meskeninde kurduğu sosyal ve kültürel bağlar kopmaktadır⁷⁶. Çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren ebeveynin bu eyleminin, sığınılan devletin yetkili makamları tarafından hukuka uygun bulunduğunu iddia etmesini engellemek ve bu eylemini herhangi bir siyasi veya yargısal sonuçtan mahrum bırakmak hedeflenmektedir. Sözleşme ile statükonun iadesi kabul edilerek bu istismar önlenmeye çalışılmaktadır⁷⁷

on to review the practical operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011), s. 8, https://assets.hcch.net/upload/concl28sc6_e.pdf, (Erişim 12.01.2016); Guide to Good Practice-Mediation, s. 15

⁷⁴ Guide to Good Practice-Mediation, s. 11

⁷⁵ Sözleşmenin uluslararası çocuk kaçırılmalara ilişkin çözümü, mutad meskeni dışındaki bir ülkeye haksız olarak götürülmüş veya alıkonulmuş çocuğun hızlı bir şekilde geri dönmesini sağlamak olarak belirlenmiştir (Curtis, Lindsay: “*The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: the Australian experience*”, The Commonwealth Law Bulletin, Commonwealth Secretariat, London, 1989, s. 627).

⁷⁶ Finan, Cara L.; “*Convention on the Rights of the Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction*”, Santa Clara Law Review 1007, Vol 34, 1994 (Westlaw), s. 1013 (Westlaw, s. 3-4).

⁷⁷ Vera, Elisa Pérez ; **Explanatory Report**, s. 429, <http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf> ; Bodenheimer, Brigitte M.; “*The Hague Draft Convention on International Child Abduction*”, Family Law Quarterly, Volume XIV, S. 2, 1980 (99-113), s. 103; Akıncı, Ziya/Demir Gökyayla, Cemile; **Milletlerarası Aile Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 196.

Çocuk Kaçırma Sözleşmesinin amacı ise çocuğun üstün yararının korunmasıdır⁷⁸. Sözleşme'nin dibace kısmında kullanılan “İşbu sözleşmeyi imzalayan Devletler, Çocuğun çıkarının korunmasına ilişkin meselelerde hayati bir öneme sahip olduğuna derinden inanarak(...)” ifadesi ile çocuğun üstün menfaatine dikkat çekilmiştir⁷⁹. Ebeveynler arasında konusu çocuk olan bu anlaşmazlığa dava yolu ile çözüm aranması, çekişmeli ve çok sancılı bir sürecin başlamasına, bu süreçten de en çok çocuğun üstün menfaatinin zarar görmesine neden olur. Bu tür bir ihtilafta çocuğun menfaati neyi gerektirir sorusunun cevabı, aslında çözüm yolunun belirlenmesini de sağlayacaktır. Çocuğun menfaati; her ne şartta olursa olsun anne ve babası ile iletişiminin kopmamasını, tarafların arasındaki ihtilafa rağmen hayatı boyunca onları yanında hissederek yetişmesini gerektirir. Elbette ki, aile içi şiddeti barındıran bazı ihtilaflarda uyuşmazlığın çözümüne ilişkin yol belirlenirken daha dikkatli davranılmalıdır. Bu tür unsurları içeren ihtilaflarda dahi karar vermeden önce çocuğun kazanacakları ve kaybedecekleri dengesinin çok iyi kurulması gerekmektedir.

B- Sözleşme Kapsamında Arabuluculuk Mekanizmasının Uygulanmasına Genel Bakış

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesinde, ebeveynler arasında yaşanan ihtilafı dostane çözüm yolu ile çözmelerinin teşvik edildiği iki tane düzenleme bulunmaktadır. Sözleşmenin bu iki maddesi oldukça genel ifadeler ile oluşturulmuştur. Sözleşme'nin oldukça geniş bir yelpazeye hitap ettiği düşünüldüğünde kullanılan kavramların genel olmasının önemi anlaşılmaktadır⁸⁰. Arabuluculuğun temelini oluşturan ilk madde Sözleşme'nin 7/2-c maddesidir. Anılan madde uyarınca, taraf devlet yetkili makamlarının, çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak için gereken tüm önlemleri almaları gerekmektedir⁸¹. Sözleşme çerçevesinde arabuluculuk

⁷⁸ Gelgel, Günseli; **Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler**, Beta, İstanbul, 2012, s.1-2.

⁷⁹ “The States signatory to the present Convention, Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody (...)”

⁸⁰ HCCH, Status Table, “Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction”, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24> , Erişim 05.01.2016.

⁸¹ “Merkezi makamların, aralarında işbirliği yapmaları ve çocukların acilen geri dönmelerini sağlamak ve işbu sözleşmenin diğer amaçlarını gerçekleştirmek üzere Devletlerinin yetkili makamları arasında işbirliğini teşvik etmeleri gerekmektedir. Özellikle, gerek doğrudan doğruya, gerek aracılardan yardımıyla; a) Kanuna aykırı biçimde yeri değiştirilen veya alıkonan bir çocuğun bulunması; b) Çocuk için yeni tehlikelerin veya ilgili tarafların uğrayabile-

uygulamasının temelini oluşturan bir diğer madde ise Sözleşme'nin 10'uncu maddesidir. Bu madde uyarınca da; “Çocuğun bulunduğu Devletin merkezi makamı, çocuğun isteyerek teslimi yolunda tüm önlemleri alır veya aldırır”. Maddelerde doğrudan “arabuluculuk” ifadesine yer verilmemiş olmakla birlikte, genel kabul gören anlayış, Sözleşme kapsamındaki ihtilafların çocuğun yüksek menfaati gereği tarafların mutabakata varması ile sonlandırılması ve bu çözüm içinde en uygun yolun “arabuluculuk” metodu olduğu yönündedir⁸².

Sözleşme'nin 7/2-c maddesi uyarınca, taraf devletlerin merkezi makamları, doğrudan veya dolaylı olarak yetkili makamlar nezdinde girişimde bulunarak sorunun dostane bir şekilde çözümlenmesi için gerekli önlemleri almalı veya aldırmalıdır. Lahey Konferansı Özel Komisyonu, ebeveynler arasında çocuğun iadesine ilişkin yaşanan sorununun gönüllü çözümünde arabuluculuk mekanizmasının önemine vurguda bulunmuş ve bu yöntem kullanılarak çözüme kavuşturulan uluslararası çocuk kaçırma davalarında merkezi makamların oynadığı rolün önemli olduğunu kabul etmiştir⁸³. Elbette ki bu rol, taraf devletin mevzuatı izin verdiği müddetçe yargılama süreci başlamadan arabuluculuk mekanizmasının işletilmesinin kolaylaştırılmasını da kapsamaktadır.

Çocuğun mutad meskenine iadesine ilişkin sürecin beraberinde getireceği birçok ciddi sorun ortaya çıkabilir. Örneğin; çocuğun mutad meskeninden farklı bir ülkeye kaçırılmasından veya çocuğun geride kalan ebeveyninden ayrılmasından kaynaklanan psikolojik ve ekonomik sorunlar. Belirtilen sorunların asgariye indirilmesi veya tamamen ortadan kalkması için arabuluculuk yöntemi hususunda taraf devletler cesaretlendirilmektedir. Özellikle bu tür uluslararası davalarda arabuluculuğun uygulanması, tarafları

lecekleri zararların önlenmesini, geçici önlemler alarak veya aldırarak sağlamak; c) Çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak; d) Faydalı görülür ise, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgilerin teatisi; e) Devletlerinin, Sözleşmenin uygulanmasına ait hakları konusunda genel bilgiler temini; f) Çocuğun geri dönmesi ve gerektiğinde, ziyaret hakkının tesisi ile fiilen kullanılması yolunda, adli veya idari dava açılması veya bunun teşviki; g) Gerekirse, bir avukatın katılması dahil, adli ve hukuki yardım sağlamak veya bunu kolaylaştırmak; h) İdari alanda, gerekli ve uygun ise, çocuğun tehlikesizce dönüşünü sağlamak; i) Sözleşmenin işleyişi konusunda karşılıklı olarak birbirlerini bilgilendirmek ve uygulanmasında muhtemelen karşılaşılabilecek engellerin olanaklar ölçüsünde kaldırılması; için uygun tüm önlemleri almaları gerekmektedir” (1980 tarihli Sözleşme, m. 7)

⁸² Guide to Good Practice-Mediation, s. 11.

⁸³ The Conclusions and Recommendations and Reports of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the practical operation of the 1980 and 1996 Hague Conventions (1-10 June 2011); s.22, <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf> , Erişim 20/01/2016.

zaman ve para israfından kurtaracağı gibi sorunun uzamasından kaynaklanan memnuniyetsizlikleri de en aza indireceği ileri srlmektedir⁸⁴.

C- Sözleşme Kapsamında Arabuluculuk Faaliyetlerine İlişkin Türkiye Uygulaması

Çocuklarla ilgili ailevi uyuşmazlıklarda tarafları gönüllü çözüme cesaretlendirmek için bütün uygun adımların atılması gerekmektedir⁸⁵. Türkiye açısından Sözleşme'nin uygulanmasına baktığımızda, tarafların gönüllü çözüme davet edilmesi Türk Merkezi Makamı'nın⁸⁶ ilk önceliği olmakla birlikte, gönüllü çözüm için harcanan çabanın yeterli olduğu söylenemez.

Uygulamada; yabancı bir devlet merkezi makamından gönderilen başvuru evrakı, ilgili yerel Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmekte ve dava açma aşamasından önce çocuğu Türkiye'ye getiren kişinin beyanının alınarak, gönüllü çözümü kabul edip etmediğinin sorulması istenilmektedir. ocuğu Türkiye'ye haksız olarak getiren veya alıkoyan kişinin cevabı, yabancı devlet merkezi makamına gönderilmekte ve böylece dava öncesi gönüllü çözüm süreci sona ermektedir. Aslında uygulamanın bu kadar sığ ve kağıt üzerinde kalmasının en büyük nedeni mevzuattan kaynaklanan sorunlar olup, mevzuatta bu konuda etkin bir düzenlemenin yapılmamış olmasıdır.

Sözleşme'nin uygulanmasını sağlamaya yönelik usul ve esasları düzenleyen 5717 sayılı “*Uluslararası ocuk Kaçırmanın Hukuki Yn ve Kapsamına Dair Kanun*”un⁸⁷ 5/b ve 8'inci maddeleri ile Sözleşme'nin 7/2-c ve 10'uncu maddelerinde belirtilen tarafları gönüllü çözüme teşvik etme yolları düzenlenmeye çalışılmıştır.

Kanun'un Merkezi Makamın görevlerini düzenleyen 5/b maddesinde; Merkezi Makamın, ocuğun kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesini veya taraflar arasında sulh yoluyla bir çözüme ulaşılmasını teminen gerekli

⁸⁴ Coester-Waltjen, Dagmar, *The Future of the Hague Child Abduction Convention: The Rise of Domestic and International Tensions- The European Perspective*, New York University Journal Of International Law and Politics, Volum 33, S. 1, 2000 (59-82) (Westlaw), s. 9.

⁸⁵ Guide to Good Practice-Mediation, s. 21; Köseoğlu, s. 14-15; Aya, s. 42-44.

⁸⁶ Sözleşmenin 6'ncı maddesi uyarınca, taraf devletler, sözleşmenin kendisine yüklediği mükellefiyetleri yerine getirmekle görevli bir merkezi makam tayin etmekle mükelleftir. Sözleşmenin uygulanmasında “*Merkezi Makam*” görevini Adalet Bakanlığı üstlenmiş olup, bu görevini mahalli Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığı ile yerine getirmektedir (5717 sy. K. m. 3, m. 4)(Köseoğlu, s. 9-10; Akıncı, s. 248 vd.; Aya, s. 41 vd.).

⁸⁷ 5717 sayılı “*Uluslararası ocuk Kaçırmanın Hukuki Yn ve Kapsamına Dair Kanun*”, 22/11/2007 tarihinde kabul edilmiş ve 04/12/2007 tarihli ve 26720 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yrrlge girmiştir.

bütün tedbirlerin alınmasını Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile yapacağı belirtilmiştir. Ancak uygulama Kanun'u, Cumhuriyet başsavcılıklarının tarafları sulh yoluna nasıl teşvik edeceği, farklı ülkelerde yaşayan taraflar arasında dostane çözümün gerçekleşmesi için sürecin nasıl başlatıp, nasıl devam ettireceği, hangi ilkelerin çerçevesinde mekanizmanın işleyeceği, sonuçta varılan mutabakatın geçerliliği gibi hususlarda düzenleme içermemektedir.

Yine, Kanun'un 8'inci maddesi ile de sulh yoluyla çözüm konusu düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca hâkim, uzmanlardan da yararlanmak suretiyle kaçırılan veya alıkoyan tarafı çocuğu teslim etmesi için teşvik edecektir⁸⁸. Kanaatimize göre, Sözleşme de bile yer almayan böyle bir düzenlemenin Kanun'da yer alması bir yorumlama hatasından kaynaklanmaktadır⁸⁹. Zira, Sözleşmenin 7/c ve 10'uncu maddeleri, gönüllü çözüme teşvikin önemini vurgulamakla birlikte, maddelerde düzenlenen "gönüllü çözüm" ancak iki tarafın anlaşarak dostane bir şekilde ortak karara varabilmesi ile mümkün olur. Tarafların ortak kararı, çocuğun iadesi yönünde olabileceği gibi çocuğun getirildiği ülkede kalması yönünde de olabilir. Dolayısıyla, sadece kaçırılan veya alıkoyan tarafı çocuğun iadesi yönünde teşvik etmek, Sözleşmede düzenlenen dostane çözüm yöntemi ile tam olarak örtüşmemektedir.

Diğer taraftan, aile içi şiddet⁹⁰ veya cinsel istismar unsurlarının bulunduğu olaylarda çocuğun iadesi teşvik edilirken çok dikkatli hareket edilmesi gerekmektedir. Çocuğun korunmasına ilişkin gerekli önlemler ve benzeri tedbirler alınmadan veya bu hususta olumlu bir kanaate varılmadan Kanun'da belirtildiği gibi çocuğu teslim etmek için kaçırılan tarafı teşvik etmek onarılması güç zararlara yol açabilir.

Uygulama Kanunu'nun, Sözleşme kapsamında yaşanan ebeveynler arasındaki ihtilafın dostane çözüm ile sonlandırılması için gerekli ve yeterli

⁸⁸ "Mahkeme, bu Kanunun uygulanmasından doğan dava ve işlerde esasa girmeden önce, çocuğun iadesini uzmanlardan da yararlanarak sulh yoluyla teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargulamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir" (m. 8).

⁸⁹ Sözleşmenin 7/c maddesinde merkezi makamların görevleri arasında; "Çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak" da sayılmıştır. Muhtemeldir ki, burada yer alan "çocuğun isteyerek iadesini" ifadesi tek başına değerlendirilmiş, maddenin devamında yer alan "veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak" ifadesine ise hiç yer verilmemiş. Oysa ki, maddede "veya" bağlacı ile birbirine bağlanan iki durumdan bahsedilmektedir. 7/c maddesi içeriğinde iki unsuru bulduğundan, Kanun'da yer alan bu düzenlemenin Sözleşmenin amacının aşılması olarak değerlendirilmesi mümkündür.

⁹⁰ Hâlbuki Hukuk Uyuşmazlıkları Arbuluculuk Kanunu ile aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arbuluculuk kapsamı dışında bırakılmıştır (HUAK m. 2/son). Bu husus, "Hukuk Uyuşmazlıkları Arbuluculuk Kanunu'nun, Sözleşme'nin 7/c ve 10'uncu maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi" başlığı altında ele alınacaktır.

düzenlemeyi içermediği açıktır. Kanunu uygulama ile yükümlü Türkiye Merkezi Makamı'nın⁹¹, Cumhuriyet başsavcılıklarının ve mahkemelerin, Sözleşme'nin ilgili maddelerini etkin ve uluslararası sorumluluk doğurmayacak şekilde nasıl uygulaması gerektiği hususuna ışık tutacak tamamlanmış herhangi bir çalışma henüz bulunmamaktadır.

D- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun, Sözleşme'nin 7/c ve 10'uncu Maddeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1/2'nci maddesinde; HUAK'nun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuk kapsamı dışında bırakılmıştır (HUAK m. 2/son).

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri aile hukuku ihtilaflarının da, Kanun kapsamında arabuluculuk faaliyeti konusu yapılması mümkündür. HUAK'nun 18/3'üncü maddesinde de; arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşması ve bir belge düzenlemeleri halinde bu belgenin ilam niteliği kazanabilmesi için mahkemece icra edilebilirlik şerhinin verilmesi gerektiği, buna ilişkin incelemenin çekişmesiz yargı işi olması nedeniyle dosya üzerinden yapılabileceği, ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda belgelere ilişkin incelemenin duruşmalı olarak yapılabileceği belirtilmiştir. Madde metninden, aile hukuku uyuşmazlıklarının da -kamu düzenini ilgilendirmemesi şartıyla- arabuluculuk kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, velayet, tedbir nafakası gibi kamu düzenini ilgilendiren konular haricindeki aile hukukuna ilişkin her konunun HUAK kapsamında kabul edilmesi mümkündür.

Kanun'un 1'inci maddesinde HUAK'ın uygulanabileceği özel hukuk uyuşmazlıkları ayrı ayrı sayılmamıştır. Aslında, hangi konuların "*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri*" özel hukuk uyuşmazlığı olarak kabul edilebileceğine dair gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında yeterli bilgi ve içtihat birikimi bulunmaktadır⁹². Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşmeler kapsamında konu ele alındığında ise, bilgi ve içtihat birikiminin bu hususa açıklık getirmek için yeterli olmadığı görülmektedir. Örneğin, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, çocuğun menfaati için dostane çözümü

⁹¹ Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü

⁹² Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 1100.

şiddetle önermektedir. Bu konuya ilişkin olarak toplantılar düzenlenmiş, Rehber kitapçık yayınlanmıştır. Sözleşme'nin 7/c ve 10'uncu maddelerinin uygulanmasına ilişkin diğer taraf devlet uygulamalarına bakıldığında bu konuya oldukça hassas yaklaşıldığı ve hatta özel düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Örneğin; Almanya uygulamasında, ebeveynler profesyonel olarak arabuluculuk görevini ifa eden uzmanlarca sulha teşvik edilmekte ve aralarında uzlaşma yolları aranmaktadır⁹³.

Bu çerçevede, Sözleşme kapsamında ele alınan çocuğun mutad meskeni devletine iadesi talebinin, HUAK'nun 1'inci maddesinde belirtilen “*üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek*” bir aile hukuku uyumsuzluğu olduğu söylenebilir mi? Böylece, 5717 Sayılı Kanun'un yetersiz ve uygulamada başarıyı yakalamayan dostane çözüme ilişkin düzenlemesinin yerini, HUAK'nun ilgili maddeleri alabilir mi? İşte bu soruların cevabının tespiti, mevcut düzenlemeler ile Sözleşme'nin daha etkin uygulanmasında ve ebeveynlerin arasındaki ihtilafın dostane çözümle sonlandırılmasında aşama kaydedilmesini sağlayacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; 1980 tarihli Sözleşme, tarafların velayet hakkı ile ilgili değildir. Sözleşme ile uluslararası özel hukuk teknikleri, çocuğun hızlı iadesini güven altına alırken, ebeveynlerin velayet ve şahsi ilişki hakkını da korumayı amaçlamaktadır. Sözleşme, velayete ilişkin uygulanacak hukuku düzenlemediği gibi velayet kararlarının tanıma ve tenfizini düzenleyen maddeler de içermemektedir⁹⁴. Dolayısıyla, Sözleşme'nin HUAK'nun kapsamı dışında kalan ve kamu düzenini ilgilendiren aile uyumsuzlıklardan biri olarak kabul gören velayet konusuyla ilgisi bulunmamaktadır. Ayrıca, Sözleşme'nin çocuk ile şahsi ilişki kurulmasına ilişkin 21'inci maddesinin, Sözleşme çerçevesinde arabuluculuk kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁹⁵. Ancak bu

⁹³ Almanya iç mevzuatında konu bu çerçevede düzenlenmiştir (Aile Davaları ve Çekişmesiz Yargı İşleri Muhakeme Usulü Kanunu, m. 36, 36a). Bunun için taraflar arabulucuya belli bir meblağ ödemekte ve aralarında anlaşmaları halinde kendi avukatları vasıtasıyla anlaşmaları hususları gösterir bir belge düzenlenmektedir. Söz konusu belgede yer alan hususların yerine getirilmesi açısından anılan belge yetkili mahkemeye tanıtılmaktadır.

⁹⁴ Loon, J.H.A. Van; “*The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law*”, Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe, Symposium in Celebration of the 40th Anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law on 27 October 1989, University of Amsterdam, Deventer 1990, s. 18-19.

⁹⁵ “*Ziyaret hakkının tesisi veya korunması amaçlı bir talep, taraf bir Devletin merkezi makamına, çocuğun geri dönüşünü amaçlayan bir talep ile aynı şekiller içinde yapılabilir. Merkezi makamlar, ziyaret hakkının rahatça kullanılmasını ve bu hakkın kullanılmasının tabi olabileceği tüm şartların yerine getirilmesi ve ziyaret hakkına karşı muhtemel engellerin olanaklar*

husus HUAK çerçevesinde değerlendirildiğinde, Kanun'un 1'inci maddesi uyarınca arabuluculuk kapsamı dışında kalması nedeniyle uygulamada yaşanan çelişkinin, mevzuatta yapılacak bir değişiklik ile giderilmesi uygun olur.

Diğer taraftan, resmin geneline bakıldığında görülen en temel husus; 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yürürlüğe girdiği 2000 yılından beri kanun hükmünde olduğu gerçeğidir. Zira, Anayasa'nın 90'ıncı maddesine⁹⁶ göre, uluslararası sözleşmeler kanun gücünde olup⁹⁷, iptalleri için Anayasa Mahkemesi'ne dhi gidilemeyecektir. Sözleşme'nin bizatihi kendi maddeleri, Sözleşme kapsamına giren uyuşmazlıklarda dostane çözüm yolunu önermektedir. Sözleşme çerçevesinde hazırlanan Rehberde de, dostane çözüme ulaşmak için en uygun yöntemin arabuluculuk yöntemi olduğu vurgulanmıştır. Sonuç olarak, ebeveynler arasında ortaya çıkan Sözleşme kapsamındaki anlaşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi mevzuatımıza göre mümkündür. HUAK'nun 1'inci maddesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir⁹⁸. Kaldı ki, anılan madde ile arabuluculuk yöntemiyle çözümlenebilecek konuların genel kriterleri belirlenmiş, bu konuların neler olduğuna ilişkin ayrıntılı bir düzenleme getirilmemiştir. Aslında maddenin eksiklik gibi görünen bu yönü, uygulamanın, Sözleşmeler, içtihatlar ve diğer düzenlemeler çerçevesinde şekillenmesine de fırsat vermektedir. Böylece,

lisnde kaldırılması yolunda 7. maddede yer alan işbirliği yükümlülükleri ile bağlıdırlar. Merkezi makamlar; ziyaret hakkını organize etmek veya bu hakkı ve tabi olabileceği şartları korumak amacıyla kanuni bir süreci gerek doğrudan doğruya gerek aracılar ile başlatabilir veya teşvik edebilirler” (21. madde)

⁹⁶ “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”(Anayasa m. 90/V)

⁹⁷ Türk Anayasası (AY m. 90/V) uyarınca, Milletlerarası Sözleşmeler kanun niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmelerin yürürlüğe girmesi, Türk milletlerarası özel hukukuna farklı bağlama kuralları veya farklı usul hükümleri kazandırabilir. (Kamacı, Mahmut; “**Türk Milletlerarası zel Hukukunda Nafaka ve Bu Konudaki Türkiye'nin Katıldığı Milletlerarası zel Hukuk Sözleşmeleri**”, s. 508-539, Yargıtay Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, Ekim 1998, s. 516.)

⁹⁸ Zira yapılan bir kanun ile bir anlaşma ortadan kaldırılamaz, ancak iç hukukta uygulanması imknsz hale gelebilir. Uluslararası alanda onayladığımız ve yürürlükte olan anlaşmanın uygulanamaması, uluslararası alanda sorumluluk doğmasına neden olacaktır. Bu nedenle, yapılan kanun ile anlaşmanın kaldırılmasına dair açık ve kesin bir niyet yok ise, anlaşmaya uygun yorum yapılmalıdır(Gündüz, Aslan; **İktidar ve Milletlerarası Sınırları**”, s. 14-63, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 64, Sayı:1-2-3, 1990, s. 62); Viyana Anlaşmasının III. Bölümünün I. Kesiminde, anlaşmalara saygı duyulması ve yürürlükte bulunan anlaşmaların taraf olan devleti bağlayacağı, bu nedenle de iyi niyetle yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. (Bilge, Suat:“**Milletlerarası Anlaşmaların Uygulanması**”, s. 17-56, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt XXIV, Aralık 1969, No 4, s. 17-18.)

Sözleşme kapsamına giren ihtilaflarda, HUAK'nun uygulanması mümkün hale gelmekte olup, 5717 sayılı Kanun'un bu konudaki eksiklikleri de bertaraf edilebilecektir.

Diğer taraftan, farklı ülkelerde bulunan taraflar arasında arabuluculuk müzakerelerinin nasıl gerçekleştirileceği, Sözleşme'nin süreye verdiği önemden dolayı müzakereler için maksimum ne kadar zaman verileceği⁹⁹, gerekmesi halinde tercümanın bu müzakerelere ne şekilde dahil edileceği gibi hususları aydınlatacak bir Genelgenin yayınlanması ve kamuoyunun aydınlatılması gerekmektedir. Arabuluculuk eğitimlerinde, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin bilgi verilmesi, arabulucuların Sözleşme'nin yapısını, uygulanmasını ve Sözleşme'nin istisnai maddeleri ile karşılaşılabilecekleri özel durumları iyi kavramaları sağlanmalıdır.

Sözleşme uyarınca, aile içi şiddet unsurunun bulunması halinde bile arabuluculuğun uygulanabilmesi mümkündür. Sözleşme çerçevesindeki aile içi şiddet içeren ihtilaflarda, arabuluculuk faaliyetinin, konusunda uzman olan kişilerin gözetiminde ve özel teknikler ile yapılabileceği genel kabul gören görüştür¹⁰⁰. Özellikle aile içi şiddet gören tarafın güvenliği konusunda emin olunması şarttır. Diğer taraftan, müzakerelerin yüz yüze yapılması gerekli değildir. Uygun ortam sağlandığı takdirde telekonferans ile veya mekik arabuluculuk yöntemi (shuttle mediation) ile süreç sürdürülebilir¹⁰¹. HUAK'nda ise bu konu açıkça arabuluculuk faaliyetleri kapsamı dışına itilmiştir (HUAK m. 1/2-son). Bu durumda, Sözleşme uygulamalarında da belirtildiği üzere arabuluculuğun özel tekniklerle¹⁰² yapılması ya da HUAK uyarınca bu tür ihtilaflarda arabuluculuk faaliyetine hiç başvurulmaması arasında tercih yapılması gerekebilir. Bu hususun da, Kanun'da yapılacak bir revizyonla açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

⁹⁹ Sözleşmenin 2'nci maddesi uyarınca Âkit Devletler ülke sınırları içerisinde Sözleşmenin hedeflerine ulaşabilmek için en seri usulleri uygulamalıdır. Yetkili makamların Sözleşmenin 2'nci maddesiyle getirilen ivedilikle hareket etme yükümlülüğü, 11'inci madde ile tekrarlanmış bulunmaktadır.

¹⁰⁰ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 73.

¹⁰¹ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 73.

¹⁰² Arabuluculuk faaliyetlerinin yüz yüze olmasının faydaları yanında, özel unsurlar içeren bazı ihtilaflarda farklı bazı teknikler tercih edilebilir. Bu konuda hayal gücünün sınırlanmaması, gelişiminin önündeki engelleri kaldıracaktır. Sonuçta, arabuluculuk için temelde gerekli olan, arabulucu ve taraflardır. Bazen tarafların aynı ortamı paylaşmasına bile gerek olmayabilir (telekonferans yöntemi). Örneğin, özellikle internet üzerinden yapılan satışlarda yaşanan ihtilaflarda başarılı olan "*internet yoluyla uyuşmazlık çözümü*" (online dispute resolution) metodunda tarafların bir arada bulunması gerekmediği gibi maliyeti de oldukça azdır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Katsh, Ethan; Rifkin, Janet; **Online Dispute Resolution**, "*Resolving Conflicts in Cyberspace*", Jossey-Bass, San Francisco, 2001, s. 8 vd.).

Kanaatimizce, Sözleşme uygulaması yeterince incelenmeden, aceleci davranarak aile içi şiddet unsuru içeren ihtilafları tamamen arabuluculuk dışına itmek arabuluculuk ile elde edilmek istenilen yarar ile ters düşer. Zira hedef, arabuluculuk tekniklerini en verimli şekilde kullanarak, yargının üzerindeki ağır yükü hafifletmek, uyuşmazlıkların daha süratli ve masrafsız çözülmesini yaygınlaştırmak olmalıdır.

Aslında, gelecekte de devam edecek aile gibi uzun süreli ilişkileri konu alan uyuşmazlıkların tamamının, arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesi mümkün olmalıdır. Zira, tarafların kendilerini en çok ifade edebilecekleri, çözüme kendilerinden bir şeyler katabilecekleri, yıpranmanın en asgari düzeyde olmasını sağlayan, ihtilafın geleceğe taşınmasını engelleyen çözüm yolu, mahkemeler değil arabuluculuk yöntemidir. Hâkimin emredici tavrı ve yargılamanın tarafları mücadeleye açık hale getirmesi göz önünde bulundurulduğunda, arabulucunun uzlaşmacı tavrı ışığında tarafların çözüme kendi iradeleriyle ulaşmasına olanak sağlanmalıdır.

SONUÇ

Hukuk kuralları, uyuşmazlıkları çözümlenerek toplumsal barışı sağlamayı hedeflemekte olup, uyuşmazlıkların esas çözüm yolu yargılama yöntemidir. Diğer taraftan, insanların arasındaki iletişimin artması küreselleşme ile ivme kazanmış ve bu durum toplumda yaşanan ihtilafların artmasına neden olmuştur. Üstelik ihtilaflar, malların ve sermayenin serbest dolaşımı ve sınırların kalkması ile uluslararası platforma taşınmıştır. Böylece, ihtilafları sona erdiren yargılama yöntemi dışında daha süratli ve masrafsız alternatif çözüm yolları aranmaya başlanmıştır.

Arbuluculuk ise geleneksel toplumlarda sıklıkla kullanılan, üçüncü kişinin dâhil olduğu alternatif bir çözüm yoludur. Günümüzde yaşanan uyuşmazlıkların çözümünde de artarak kullanılmakta olup, sorunların çözümünde taraf iradelerinin temel alınması, gizlilik ilkesi nedeniyle tarafların özel bilgilerinin ifşa edilmemesi, geleceğe yönelik çözümler sunması, suçlayıcı veya cezalandırıcı olmaktan ziyade çözüm odaklı olması nedeniyle birçok ihtilaf çözümünde başarıyla uygulanmaktadır.

Dünyada aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda öncelikli olarak tercih edilen ve en uygun çözüm yollarıyla kişilerin ilişkilerinin devamını sağlayan arabuluculuk yöntemi, Türkiye’de de kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk ilişkilerinde (HUAK m. 1) uygulanabilmektedir. HUAK’nun konu bakımından bu şekilde sınırlanma getirmesi, geleneksel bir

düşüncenin eserdir ve uluslararası normlarla uyumlu olduğu söylenemez. Zira, arabuluculuğun en etkili olduğu konulardan biri, ayırım yapılmaksızın aile hukukuna ilişkin ihtilaflardır. Ancak, kanun yapım çalışmaları esnasında bazı kaygılar neticesinde bu ihtilaflara ilişkin sınırlama getirilmiş, bazı konuların devlet denetiminde kalması gerektiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, bu sınırlamanın mümkün olduğunca dar tutulması, genele teşmil edilmemesi arabuluculuğun ruhuna daha uygun düşer. Bu takdirde, uluslararası düzenlemeler ile de kısmen uyum sağlanması mümkün olabilir.

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesindeki ihtilafların, HUAK uyarınca arabuluculuk yöntemi ile çözümünün uygulamaya dökülmesi, yaşanan sorunları kısa vadede kısmen ortadan kaldıracaktır. Elbette ki, ebeveynler arasında yaşanan bu tür uluslararası ihtilafların giderilmesi için modern ve esaslı bir kanun değişikliğinin yapılması en uygun olanıdır. Ancak, kanun çalışmalarının uzun ve zahmetli olması, kısa vadede sorunun çözümüne fayda sağlamayacaktır. Sözleşme'nin arabuluculuğa dair 7/2-c ve 10'uncu maddelerinin uygulanmasına ilişkin etkin bir düzenlemenin 5717 sayılı Kanun ile getirilmemiş olması, bu konuda en uygun bir düzenlemeye olan ihtiyacın giderek artması ve bu ihtiyacın HUAK ile giderilmesinin mümkün olması göz önüne alındığında, eldeki mevcut düzenleme ile neler yapılabileceğinin üzerinde durulması gerekmektedir. Öncelikle, farklı ülkelerde yaşayan tarafların ve arabulucunun müzakereleri nasıl gerçekleştireceği, arabuluculuk faaliyetinin hangi şart ve teknik alt yapı ile yapılacağı hususunun çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Sonuç olarak, her ne kadar Sözleşme kapsamında kalan arabuluculuk faaliyetlerinin kısa vadede HUAK kapsamında yürütülebileceği düşünülse de, 5717 sayılı Kanun'da veya HUAK'nda yapılacak temel değişikliklerle Sözleşme'den kaynaklanan uluslararası sorumluluğun etkin bir şekilde yerine getirilmesi mümkün olabilir. Unutulmaması gereken; ihtilafın taraflarının farklı ülkelerde yaşaması, tarafların kültürel farklılıkları, arabuluculuk sürecini zora sokabilecek dil engeli gibi karşılaşılabilecek sorunların, örnek ülke uygulamaları ve bu konuda hazırlanmış uluslararası kaynaklar temel alınarak çözümlenmesinin gerekli olduğudur. 1980 tarihli Sözleşme kapsamında ebeveynler arasında yaşanan ihtilafın arabuluculuk yöntemi ile çözümü önündeki bu tür engellerin ortadan kaldırılması için anılan düzenlemelerde açık, anlaşılır ve esaslı değişikliklerin yapılması şarttır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya/Demir Gökyayla, Cemile; **Milletlerarası Aile Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Aytaç, Mehlika: **“Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar”**, Adalet Dergisi, ss. 34-65, Adalet Bakanlığı, Yıl 96, Eylül 2004, Sayı 20.

Bilge, Suat: **“Milletlerarası Anlaşmaların Uygulanması”**, s. 17-56, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt XXIV, Aralık 1969, No 4.

Ceylan, Şule Şahin; **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Coester-Waltjen, Dagmar, **The Future of the Hague Child Abduction Convention: The Rise of Domestic and International Tensions- The European Perspective**, New York University Journal Of International Law and Politics, Volum 33, S. 1, 2000 (59-82) (Westlaw).

Curtis, Lindsay: **“The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: the Australian experience”**, The Commonwealth Law Bulletin, Commonwealth Secretariat, London, 1989.

Demir, Şamil; **Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi**, Adalet, Ankara, 2011, s. 12.

Finan, Cara L.; **“Convention on the Rights of the Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction”**, Santa Clara Law Review 1007, Vol 34, 1994 (Westlaw).

Gelgel, Günseli; **Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler**, Beta, İstanbul, 2012.

Goodman, Allan H.; **Basic Skills for the New Arbitrator**, 2. bası, Solomon Publications, Rockville, 2004.

Güler, Beyhan Kaplan; **Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk**, Sümer Kitapevi, İstanbul, 2014.

Gndz, Aslan; **İktidar ve Milletlerarası Sınırları**, s. 14-63, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 64, Sayı:1-2-3, 1990.

Hague Conference on Private International Law, HCCH Members , <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members> , Erişim 21.01.2016.

HCCH, Hague Conference on Private International Law, “*What’s the Permanent Bureau of the Hague Conference?*”, http://www.hcch.net/index_en.php?act=faq.details&fid=30 , Erişim 4.1.2014.

HCCH, “*Mediation*”, Guide to Good to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, (Guide to Good Practice-**Mediation**), http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf , Erişim 12.06.2014.

HCCH, **Status Table**, “*Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*”, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24> , Erişim 05.01.2016.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama dönemi 24, Yasama yılı 2, Sıra sayısı 233, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> , Erişim 18.01.2016)

Kamacı, Mahmut; “*Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Nafaka ve Bu Konudaki Türkiye’nin Katıldığı Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri*”, s. 508-539, Yargıtay Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, Ekim 1998.

Katsh, Ethan; Rifkin, Janet; **Online Dispute Resolution**, “*Resolving Conflicts in Cyberspace*”, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.

Kekeç, Elif Kısmet; **Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Adalet, Ankara, 2011.

Köseoğlu, Bilal; **Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları**, TBB, Ankara, 2007.

Liebscher, Christoph; (Çev: Göksu, Mustafa), “*Arbuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması*”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, ss. 51-76, Ankara, 2010.

Loon, J.H.A. Van; **The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law**”, Fourty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe, Symposium in Celebration of the 40th Anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law on 27 October 1989, University of Amsterdam, Deventer 1990.

Tanrıver, Süha; “*Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif*

Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Makalelerim II (2006-2010), ss. 3-31, Adalet, Ankara, 2011.

The Guide to Good Practice on Transfrontier Contact Concerning Children, https://assets.hcch.net/upload/guidecontact_e.pdf, (Erişim 12.06.2015)

Tıktık, Çiğdem Yazıcı; **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Tuğsavul, Melis Taşpolat; **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Yetkin, Ankara, 2012.

Özbek, Mustafa; **“Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”** (Anayasal İlkeler ve Arabuluculuk), Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, ss. 107-154, Ankara, 2010.

Özbek, Mustafa Serdar; **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Yetkin, Ankara, 2009.

Özbek, Mustafa; **“Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”**(*Aile Arabuluculuğu*), Dokuz Eylül Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 71-102, Cilt: 7, Sayı 2, 2005.

Öztan, Bilge; **Aile Hukuku**, 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004.

“Part I – Central Authority Practice”, Guide to Good to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, (Guide to Good Practice- **Central Authority**), http://www.hcch.net/upload/abdguid_e.pdf , (Erişim 12.06.2015);

“Part III – Preventive Measures”, Guide to Good to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, (Guide to Good Practice- **Preventive Measures**), https://assets.hcch.net/upload/abdguid_eiii_e.pdf , (Erişim 12.06.2015).

Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özekes, Muhammet; **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin, 14. Bası, Ankara, 2013.

Prütting, Hanns; (Çev: Çiftçi, Pınar), **“Arabuluculuk ve Hukuk Devleti”**, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, ss. 234-251, Ankara, 2010.

Vera, Elisa Pérez ; **Explanatory Report**, s. 429, <http://www.hcch.net/>

upload/exp128.pdf; Bodenheimer, Brigitte M.; *“The Hague Draft Convention on International Child Abduction”*, Family Law Quarterly, Volume XIV, S. 2, 1980 (99-113).

Yeşilirmak, Ali; *“Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”*, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, ss. 155-181, Ankara, 2010.

KARARLAR VE RAPORLAR

Anayasa Mahkemesi'nin 10/07/2013 tarihli ve 2012/94 E., 2013/89 K. sayılı Kararı (25/01/2014 tarihli ve 28893 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140125-16.htm> , Erişim 20.01.2016).

Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (1-3 April 2008), <https://assets.hcch.net/docs/a96540bc-28f6-4f05-a26a-6010257f890f.pdf> , (Erişim 12.01.2016).

Conclusions and Recommendations of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission to review the practical operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011), https://assets.hcch.net/upload/concl28sc6_e.pdf , (Erişim 12.01.2016)

Conclusions of the Special Commission of 3-5 April 2006 on General Affairs and Policy of the Conference,

<https://assets.hcch.net/docs/b8be1cb6-e8b7-4f5b-8ecc-45a985f8276d.pdf> , (Erişim 12.06.2015)

Council of Europe, Family Mediation, Recommendation No. R(98) 1 and Explanatory Memorandum, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec\(98\)1%20E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec(98)1%20E.pdf) , Erişim 12.01.2016.

Recommendations and Conclusions adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (2-4 April 2007), https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff_concl2007e.pdf , Erişim 12.01.2016.

ÜSTÜN NİTELİKTE ÖZEL VE KAMUSAL YARARIN BASIN FAALİYETLERİNDE FİKRİ HAK SAHİPLİĞİNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR BAKIMINDAN GÖRÜNÜMÜ

Seda KARA KILIÇARSLAN*

ÖZET

Çalışmamızda, TMK m. 24/2 hükmü uyarınca hukuka uygunluk sebeplerinden üstün nitelikte özel ve kamusal yararın, fikri mülkiyet hukukunda, eser sahibinin eser üzerindeki hakkının kısıtlanması merkezinde incelenmesi hedeflenmektedir. Üstün nitelikte özel yarar ve kamusal yarar kavramları, hukuka uygunluk sebebi olarak zaten yeterince sınırları belirsiz ve öğreti tarafından tartışmaya açıktır. Fikri mülkiyet hukukunda basın faaliyetlerinin, üçüncü kişiler tarafından haberin sahibinin izni olmaksızın çoğaltılması ise, her iki hukuka uygunluk sebebini irdeleyebildiğimiz önemli bir alanı oluşturmaktadır ve bu sebeple incelemeye değerdir. Bu noktada çatışan yararların tartılması ilkesi yapacağımız açıklamalar açısından yol göstericidir.

Anahtar Kelimeler: Eser Sahibi, fikri mülkiyet hukuku, özel yarar, kamusal yarar, hukuka uygunluk sebepleri.

DIE HÖHERRANGIGEN PRIVATEN SOWIE ÖFFENTLICHEN RECHTE AUS SICHT DER GRENZEN, DIE IM RAHMEN DER PRESSETAETIGKEIT DEM EIGENTUN URHEBERRECHTS GESEZT WERDEN

ZUSAMMENFASSUNG

In unserer Arbeit wird beabsichtigt, die entsprechend TMK Art. 24/Abs. 2 als Rechtfertigungsgründe geltenden höherrangigen privaten und öffentlichen Interessen, im Lichte der Begrenzung der Rechte des Urhebers hinsichtlich des Werkes durch diese höherrangigen privaten Urhebers hinsichtlich des Werkes durch diese höherrangigen privaten und öffentlichen Interessen im Recht des Geistigen Eigentums zu erläutern. Die Begriffe der höherrangigen privaten Interessen und öffentlichen Interessen sind ohnehin als Rechtfertigungsgründe im Hinblick auf ihre Grenzen unbestimmt und sind in der Lehre umstritten im Recht des geistigen Eigentums stellt das Vervielfachen der Pressetaetigkeiten durch Dritte ohne die Genehmigung des Inhabers, ein wichtiges Gebiet dar, um die Rechtfertigungsgründe unter die Lupe zu nehmen, und ist aus diesem Grund wert, es zu erläutern. Der Grundsatz des Abwiegens der in diesem Punkt kollidierenden Interessen sind im Hinblick auf die Erläuterungen, die hier erfolgen sollen, wegweisend.

Schlüsselwörter : *Urheber, urheber Recht, privaten interessen, öffentlichen interessen, rechtfertigungsgründe*

* Öğr. Gör., Kırıkkale Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu.

I. GİRİŞ

A. Genel Olarak

Kişinin kendisine özgü yetenek ve bilgi donanımı ve sarf ettiği emek neticesinde ortaya çıkan fikri ürünleri üzerinde mutlak bir hakkı vardır. Böylece eser olarak nitelendirebileceğimiz, bu çabanın sahibine, diğer kişilerden bağımsız haklar yüklemesi gayet normaldir. Ancak çalışmamızın konusunu teşkil eden husus bu haklar değil, acaba bu hakların sınırlanıp sınırlanamayacağıdır. Hemen belirtelim ki söz konusu hak şüphesiz sınırsız olarak değerlendirilemez. Pekiyi ama hangi gerekçeler eser sahibinin ihtiyaç duymadığı bir fedakârlığa katlanmasını gerektirir. Aslında bunların birçok sebeple yapılması mümkündür, ancak bu çalışmada konu etmek istediğimiz sınırlama, fikri mülkiyet hakkı, kamu ve özel yarar arasındaki dengenin sağlanması merkezindedir. Bir başka söyleyişle, MK m. 24/2 hükmünce, düzenlenen “üstün nitelikte özel ve kamusal yarar”ın fikri mülkiyet hukuku bağlamında müşahhas uygulamalarının incelenmesi hedeflenmektedir. Zira fikri mülkiyet hukuku, somut uygulama kapsamının belirlenmesinin zor olduğu üstün nitelikte özel ve kamusal yarar kavramlarının mevcut olduğu ve her iki yararın çatıştığı ve aralarında dengenin kurulmasının zorunlu olduğu önemli bir uygulama alanıdır.

Özellikle bu noktada basın faaliyetlerinin iktibasını incelemeye değer niteliği haizdir. Normal şartlarda basın faaliyetleri genel olarak halkın haber alma özgürlüğü sebebiyle kamu yararının ön plana çıktığı bir alandır. Ancak basın faaliyetini fikri bir çaba olarak meydana getiren kişinin, eseri üzerindeki fikri hakkı da yine kamu yararı ve özel yarar sebebiyle sınırlamaya uğrayacaktır. Kamu yararı sebebiyle haberin iktibasında, başka eserlerin ya da haberin doğabilmesi için yeterli tecrübe ve bilgi kaynağı oluşturmak amaçlı olarak, haberin bir kısmından yararlanılması, ondan feyz alınması söz konusudur. Zira sanat eserlerinde görüldüğü üzere, belirli bir döneme ait eserlerin bir takım benzerliklerinin olması, o döneme ait izler barındırması kanımızca bu nedenledir. Bu açıdan bakıldığında, eser sahibinin topluma katkı sağlayacak olan donanımdan, kamuyu mahrum etmemesi gerekir. Ne var ki iktibasla ilgili genel tanım bu olmakla beraber, basın iktibaslarında bu amaçtan söz edemeyiz. Basın iktibaslarında temel gaye toplumun bilgi ve haber almasını sağlamadır. İnceleme konumuzda değineceğimiz basın iktibasları, -FSEK’ndaki düzenlenişi uyarınca ele alındığından-, iki yönü birden akla gelmelidir. Bunlardan ilki basın organlarının topluma haber vermek amaçlı

olarak, birbirleri arasında haber paylaşımı yapmalarıdır. Burada en temel amaç toplumu ilgilendiren güncel siyasal, ekonomik konularda bilginin verilmesidir. Diğer iktibas türü ise, fikir ve sanat eserlerinin habere konu olmalarına ilişkindir. Eser olma vasfı, yani fikri hukuk anlamında iktibas burada daha ağır basar. Ancak buradaki amaç yine toplumu bilgilendirmek olmakla birlikte, haberin maksadı eseri kamuya tanıtmaya, kültürel ve entelektüel birikimini arttırmakla sınırlıdır.

Basın faaliyetlerinin özel yarar sebebiyle sınırlanması ise, şahsen kullanım sebebiyle basın faaliyetlerinin kazanç sağlamak gibi bir amaç dışında, eğitim, bilim, kültür, sanat amacıyla kullanılmak için çoğaltılmasına cevaz verilmesi olarak ifade edilir¹.

B. Temel Kavramlar

1. Fikri Hak Kavramı

Kişilerin fikri ve zihni çabalarının ürünü olan ve aynı zamanda onların hususiyetini taşıyan, başka bir deyişle onlara özgü düşünce ve sanatsal becerilerinin korunmasını sağlayabilmek adına, eser sahibine tanınan mali ve manevi hakların tümünü oluşturan haklardır². Ayrıca eser sahibi dışında, eser üzerindeki bağlantılı hak sahiplerinin hakları da fikri hak çerçevesinde ele alınır³.

Fikri hak, sahiplerine maddi nitelikte olmayan fikri çabası üzerinde çok geniş kategoride koruma imkanı sağlamıştır. FSEK m. 1 bağlamında, “fikir ve sanat eserlerinden doğan hakkın temel işlevi; hak sahiplerinin eserden doğan mali ve manevi haklarını belirlemek, korumak, bu hakların öngörülen usuli ve esaslara aykırı olarak kullanılmasını önlemek” olarak gösterilmiştir. Böylece eser sahibi eserden doğan mali ve manevi haklarını herkese karşı ileri sürebilecek, oluşacak olan ihlalleri engelleyebilecektir⁴. Fikri hak sahibine, işleme, çoğaltma, yayma, kiralama ve ödünç verme, temsil, radyo, Tv. ya da internetle iletim, pay hakkı gibi mali hakların yanı sıra; eseri topluma sunma, eserin tanıtılması ve yayınlanmasını men, eser üzerine adının belirtilmesini isteme, eserde değişiklik yapılmasını önleme ve eserin aslından geçici bir süre

¹ KILIÇOĞLU, Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 340; UYGUR, Atiye B., **Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s. 111.

² ASLAN, Adem, **Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, İstanbul, 2004, s. 22; KARA-KUZU- BAYTAN, Dilek, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, 2005, s. 2.

³ KILIÇOĞLU, s. 16.

⁴ ASLAN, s. 25.

yararlanma gibi manevi haklar da vermektedir⁵. Mali haklar, üçüncü kişilere devredilebilirken, eser sahibinin eser üzerindeki manevi hakları kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır ve başkalarına devredilemez ya da haczedilemez⁶.

2. Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar ve Çatışan Yararların Tartılması İlkesi

TMK m. 24/2 hükmüyle hukuk literatürüne kazandırılan üstün nitelikte özel ve kamusal yarar kavramları kapsamı bakımından yeterince açıklığa kavuşturulabilmiş değildir. Öğretide kavramların yerindeliliğine ilişkin tartışmaların yanı sıra içeriğine giren hukuka uygunluk sebepleri de tartışmalıdır⁷. Gerçekten de ne kamusal yarar ne de özel yarar olarak ifade edilmesi gereken durumlar arasında sınır belirlidir. Bazı hallerde her iki hukuka uygunluk sebebi içinde aynı durumların zikredildiği görülmekte ve genelde kesin sonuca somut durum ışığında varılabilmektedir. Örneğin tıbbi müdahaleler kimi zaman kişinin özel yararı, kimi zaman ise kamunun yararı gözetilerek hukuka uygun kabul edilmektedir. Salgın bir hastalığın önlenmesi için verilen mücadele de kişinin sağlığı gibi özel bir yararının varlığı tartışmasızken; buna rağmen kamunun yararı çok daha ağır basmaktadır. Bu husustaki değerlendirmeyi önceden peşinen yapmak hatalıdır. Bu sebeple her müdahalenin kendi koşulları içinde durumu değerlendirmek gereklidir⁸.

Ayrıca bu noktada üzerinde durulması gereken bir başka kavram çatışan yararların tartılması ilkesidir. Hele hele iki farklı yarardan birine öncelik verilen, birinin üstün tutulduğu hukuka uygunluk sebeplerinin açıklanması bakımından son derece faydalıdır. Bu sebeplerle, bıçak sırtı iki durumu ifade eden üstün nitelikte özel ve kamusal yararın ve yararlar arasındaki dengenin somut örneğinin açıkça görülebileceği bir alan olan fikri mülkiyet hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin incelenmesi ilk önce söz konusu kavramların ele alınmasından geçmektedir. Dolayısıyla biz bahsi geçen kavramları ve kavramların uygulama şartlarından bahsettikten sonra ikinci bölümde çalışmamızın konusuna geleceğiz.

a. Üstün Nitelikte Özel Yarar

TMK m. 24/2 hükmünün düzenlediği dört hukuka uygunluk sebebinden biri olan üstün nitelikte özel yararın varlığı halinde kişiliğe yapılan saldırı

⁵ SPENCE, Michael, *Intellectual Property*, New York, 2007, 122-123.

⁶ ASLAN, s. 24.

⁷ Tartışmalar için Bkz. KARA-KILIÇARSLAN, Seda, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, İstanbul, 2015, s. 25-27.

⁸ KARA-KILIÇARSLAN, s. 119.

hukuka uygun sayılacaktır. Üstün nitelikte özel yarar, yararlar arasında çatışmanın var olduğu ve yararların birinden birine öncelik verilerek diğer tarafın fedakârlıkta bulunmasını gerektiren bir hukuka uygunluk nedenidir. Genel hatlarıyla kapsamı belirsiz bir yapıya sahiptir. Üstün kabul edilecek saldırıların baştan tek tek belirlenmesinin zor olması bir yana, somut olayın incelenmesi sonrasında hukuka uygunluğun belirlenmesinin mümkün olması da bu belirsizliğe zemin hazırlar. Zira kavramın somut olay neticesinde belirlenebilir olma niteliği onu sınırlı sayıda sayma imkanını vermemektedir. Karşı karşıya gelen ve dengelenmesi gerekli kabul edilen durumların, hangisinin üstün kabul edildiğinin belirlenerek hukuka uygunluğun kabul edildiği bu hukuka uygunluk sebebine örnek olarak, öğretide haklı savunma, zorunluluk hali, hak arama özgürlüğü, avukatın sır saklama yükümlülüğü, ticari boykot verilmektedir⁹

Öte yandan hukuka uygunluk sebepleri TMK m. 23/2 dışında TBK m. 63'de düzenlenmiş olup başka sebeplere de burada yer verilmiştir. Ama bu sebeplerden haklı savunma ve zorunluluk hali öğretide görüşlerince yine üstün nitelikte özel yarar kapsamında ele alınmaktadır¹⁰. Zaten kanaatimizce aşağıda incelediğimiz ilkenin uygulanmasıyla temelde tüm hukuka uygunluk sebeplerini yarar dengesi bağlamında zikretmek mümkündür.

b. Üstün Nitelikte Kamusal Yararı

Yararların çatışmasında kamu yararının üstün olarak varsayıldığı ve bunun sonucunda özel yarara yapılan saldırının hukuka uygun kabul edildiği yarar dengelemesinin önem arz ettiği diğer hukuka uygunluk nedeni üstün nitelikte kamusal yarardır. Ay m. 13 hükmü çerçevesinde de kamu yararının tercih edilebileceği vurgulanmıştır¹¹.

Üstün nitelikteki kamusal yarar sebebiyle hukuka uygunluk nedenlerine ait örnekler, salgın hastalıklara karşı aşı kampanyaları, sokağa çıkma yasağı, alkol muayenesinde kan alma, suçlunun cezaevine konması, nüfus planlaması, tıbbi denemeler olarak sayılsa da en önemli örnek kitle iletişim araçlarıdır¹².

⁹ OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, Dokuzuncu Bası, İstanbul, 2009, s. 158-159; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, **Kişiler Hukuku**, On Beşinci Bası, İstanbul, 2014, s. 142; HELVACI, Serap, **Gerçek Kişiler**, Beşinci Bası, İstanbul, 2013, s. 155.

¹⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 158-159; DURAL/ÖĞÜZ, s. 142; HELVACI, s. 155.

¹¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 160; HELVACI, s. 114.

¹² KILIÇOĞLU, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuk-

Kitle iletişim araçlarının kamu yararı sebebiyle, temelde hukuka uygunluk sebebi olarak sayılması basının toplumu bilgilendirmesi ve eleştiri yaparak yönlendirmesinin önemi sebebiyledir. Fakat çalışmamızda kitle iletişim araçlarının kamu yararı ve özel yarar sebebiyle konu edilmesi kişilerin özel hayat, şeref ve haysiyet kişisel değerlerine ilişkin yapılan haberlerin kamu yararı gerekçesini taşımasından değil, fikri mülkiyet hakkı sahibinin bu hakkının topluma bilgi verme gerekçesiyle hukuk uygun sayılması sebebiyledir¹³

c. Çatışan Yararların Tartılması İlkesi

aa) Genel Olarak

Genel kural toplumun her bireyinin veya kamunun yararının dengelenmesi olup; bazı somut durumlarda yararların her birinin hukuki korumadan yararlanması imkânsızdır. Böylesi haller için, karşı karşıya gelen yararların birine üstünlük tanımak gerekir. Dolayısıyla hakim tarafından yapılacak bir inceleme sonucunda, kişisel ya da kamuya ait menfaatlerden birine yapılan saldırı hukuka uygun kabul edilmelidir¹⁴.

Çatışan yararların tartılması ilkesi federal mahkeme kararlarıncı hem hukuka aykırılık hem de hukuka uygunluk sebebi bağlamında değerlendirilmektedir¹⁵. Fakat aslında bu durum ilkenin her iki kavramı ince bir çizgiyle ayıran bıçak sırtı yapısı sebebiyle olması gereken bir sonuçtur. Zira yararlardan birini tercih etmek suretiyle hukuka uygunluk ve hukuka aykırılık durumu belirlenmiş olacaktır.

Hukuka uygunluk sebeplerinin tamamını kanaatimizce bu ilke bağlamında değerlendirmek mümkündür. Bu yolla mevcut tartışmalara çözüm bulabilir; hatta bu ilke ile üstün nitelikte özel ve kamusal yararı açıklayabilecek, somut görünüm hali oluşturabiliriz¹⁶.

bb) İlkenin Uygulanma Koşulları

İlkeyi uygulayabilmenin ilk koşulu, kanunda bir boşluk olmasıdır. Kanunun baştan çözümü sunduğu veya hukuka uygunluğa ilişkin tercihi

sal Sorumluluk, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 173- 179.

¹³ UYGUR, s. 101.

¹⁴ KANETİ, Selim, “Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, Ankara, 15-16 Aralık, 1978, s. 151.

¹⁵ BGE 108 II 241, 246, ATAMER, Yeşim, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul, 1996, s. 29.

¹⁶ KARA-KILIÇARSLAN, s. 40.

yaptığı hallerde hakimin yeniden inceleme yapmasına ihtiyaç yoktur. Zira hakime başvurulabilmesi için, verilecek karara ilişkin çözümün hakim tarafından takdir edilmesine ihtiyaç vardır. Eğer yararlar arasında korunması gereken sınır yasa tarafından belirlenmişse, yapılan davranış bu sınırlar içinde kaldığı sürece zaten hukuka uygundur¹⁷.

Hakimin yapacağı değerlendirmenin ise, MK. m. 1 bağlamında hakimin hukuk yaratması müessesesi çerçevesinde hareket etmesi de diğer ikinci koşuldur. Böylece hakim hangi yararının üstün tutulacağına, yasa boşluğunu doldurarak, her iki yararı karşılıklı tartarak karar verecektir ve daha önemli olan menfaati koruma uğruna daha az önemli olanı feda edecektir. Bunu yaparken ise, yasanın kıyas yoluyla uygulanması, hukukun genel ilkeleri, yabancı hukuk sistemleri, hakkaniyet ve adalet ilkeleri yol göstericisi olacaktır¹⁸.

II. ÜSTÜN NİTELİKTE ÖZEL YARAR SEBEBİYLE SINIRLAMALAR

A. Şahsen Kullanma

Basın faaliyetini yürüten ve eser sahibi olan kişilerin fikri mülkiyet hakkının özel yarar sebebiyle kısıtlanması şahsen kullanım sebebiyle yapılabilir. Bu konudaki düzenleme FSEK m. 38'de yer alıp, genel bir düzenlemeyi kapsamaktadır¹⁹. Yani bu başlık, bütün fikir ve sanat eser sahiplerinin çoğaltma hakkına, şahsi kullanım maksadıyla getirilen sınırlamaları konu almıştır. Basın faaliyetleri, yukarıdaki bölümlerde de görüleceği üzere çoğunlukla eser niteliğini haiz değildir. Hatta bu sebeple, FSEK m. 36 ve 37 hükümlerinin eser niteliğinden çok, haber verme niteliği sebebiyle iktibas serbestisinin düzenlendiğinden söz edilmiştir. Ne var ki, söz konusu hükümler kapsamında değerlendirilen basın faaliyetlerinin, zaten kamu yararı kapsamında kişilerin özel menfaatlerinden üstün tutulmasının genel kabulü sebebiyle, ayrıca bir iktibas serbestisinin tanınması anlamsız kalmıştır. Bu sebeple burada eser niteliği taşıyabilecek basın faaliyetlerinin mevzu bahis olduğu kabul edilmelidir. Şahsen kullanım sebebiyle yapılan iktibasları da bu noktada değerlendirmek gereklidir. Önemli bir makale, haber dizisi, belgesel şahsi kullanım sebebiyle kısıtlanabilecektir²⁰.

¹⁷ KANETİ, s. 151.

¹⁸ KANETİ, s. 153.

¹⁹ CERİTOĞLU- SENGEL, Filiz, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda intihal ve Esinlenme**, Ankara, 2009, s. 71.

²⁰ KILIÇOĞLU, s. 314; UYGUR, s. 110.

Öte yandan “şahsi kullanım” sebebiyle kısıtlamaya ilişkin diğer düzenlemelerden bahsederek, FSEK m. 38/II 2001 de yapılan değişiklikle yürürlükten kaldırılmış ve müzik eser sahiplerinin edebiyat eser sahiplerinin iznini almadan besteleriyle çoğaltma, yayma, temsil etme ve radyo aracılığıyla yayma hakkını tanımamıştır. Fakat çokça eleştirilen bu hüküm edebiyat eserlerinin yayma hakkını ihlal edebileceği gerekçesiyle yürürlükten kaldırılarak isabetli bir değişiklik yapılmıştır²¹.

1. Şahsen Kullanma Kavramı

Fikir ve sanat eserlerinin özel mülhazalarla kısıtlanması, basın faaliyetleri açısından şahsen kullanım yoluyla meydana gelmektedir. Başka bir deyişle, çoğaltma yapma hakkı şahsen kullanım alanı için serbest alan olarak bırakılmıştır. Özel yarar hasebiyle eser sahibinin haklarına yapılan sınırlamalar, kamusal yarara oranla daha kısıtlı bir alanda yer alır, kamu yararı birçok olayda daha üstün bir yer tutar²².

Şahsen kullanım kavramı, FSEK tarafından tanımlanmamıştır. Fakat kavramın tanımını yapmak, şahsen kullanımının kapsamını belirleyebilmek adına önemlidir. Genel olarak tanımlanırsa, şahsen kullanma, kişisel kullanım maksadıyla eser sahibinin çoğaltma hakkını, kişisel kullanan lehine sınırlanmasıdır. Basın faaliyetleri olarak adlandırılan özgün özellik taşıyan eserlerin, yüksek lisans tezi olarak kullanılması örnek verilebilir²³. Şahsen kullanım kavramında, belirlenmesi gereken husus şahsen kullanımın hangi kişilere özgüleneceğidir. Yalnızca bizzat kullanan kişinin kullanımıyla mı sınırlı kalacağı açıklanmalıdır. Yoksa çoğaltan kişiye iş, aile, arkadaşlık bağıyla bağlı olan kişileri de içine alacak genişlikte mi yaklaşılacaktır. Birinci düşüncenin kabulü halinde bizzat çoğaltan kişi dışında diğer kişilerin çoğaltması kabul edilmezken; diğer düşüncede gayet geniş bir biçimde kişinin iş çevresi, aile veya öğrencilerine kadar yapılan tüm çoğaltmalar hukuka uygun kabul edilecektir. Bu yaklaşımın eser sahibi aleyhine oldukça geniş bir müdahale sahası oluşturduğu açıktır. Bu sebeple “kendisiyle şahsi bağı” olan kişiler ihtiyaç duyulan sınırı oluşturmaktadır. Örneğin iş arkadaşı, okul arkadaşı, aile ve hatta müzik grubunun üyelerinin sahneye koymak maksadıyla notaları yazması gibi kişisel bağ belirtilebilir²⁴.

²¹ UYGUR, s. 110.

²² REHBİNDER, N. 437.

²³ UYGUR, s. 115.

²⁴ REHBİNDER, N. 443.

Öte yandan şahsen kullanımın ayrıca kapsamı üzerinde durulmalıdır. Gerçek kişiler açısından özel kullanım, bilimsel, mesleki veya eğitim amacıyla eserin çoğaltımını ifade etmektedir²⁵. Zaten bireye çeşitli biçimlerde serbest kullanım alanı sunulduğu aşikardır. Şöyle ki, kişinin satın almış olduğu kitabın üzerine notlar alabilir veya tanıdıklarına ödünç verebilir²⁶. Bunun dışında şahsi kullanım amaçlı çoğaltma, arkadaşının defterinden ders notları için fotokopi çektirmesinde, bir seminerde notlar alınmasında, bilimsel amaçlı yaptığı çalışmalarda veya kendi kişisel arşivi için buldurmasında görülebilir²⁷.

Tüzel kişiler açısından da, şahsi kullanım amaçlı çoğaltma yapma imkanı vardır, fakat tüzel kişiler açısından ticari maksadı ayırt etmek gerçek kişilere nispeten daha zordur. Ama yine de anonim şirketin, kamuya yararlı vakfın, devletin ticari gelir elde etme amacı dışında, eseri çoğaltabileceğini söylemeliyiz. Çoğaltma anonim şirket çalışanları ya da memurlar tarafından devlet için yapılabilir. Mesela kütüphanenin okumayı yaygınlaştırmak amacıyla, baskısı olmayan bir eseri çoğaltmasından bahsedilebilir²⁸.

2. Şahsen Kullanmanın Sınırı

a) Hak Sahibinin Meşru Menfaatlerine Zarar Vermeme

Şahsen kullanım hakkını kullanan tarafın, çoğaltma hakkını kullanırken eser sahibinin menfaatini ondan beklenilmeyecek bir fedakarlık oranında zarar vermemiş olması gerekir. Şöyle ki, eser niteliği taşıyacak nitelikte özgünlüğe sahip basın faaliyetlerini yürüten kişilerin fedakarlığı, eserlerinin kaynak olarak kullanılıp, yeni eserlerin yaratılması ve kültürel gelişim sağlamak için katlanması gerekenden fazlası olamaz. Dolayısıyla, ticari kazanç sağlamak amacıyla, şahsi kullanımı kamuya mal edecek oranda ve eser sahibini zarar uğratmak kastıyla çoğaltılamazken; eğitim öğretim amacıyla, araştırmalar için ve özellikle de sınırlı sayıda çoğaltma yapılabilir²⁹.

Kılıçoğlu bu koşulun diğerleri karşısında pratik bir faydası olmadığını belirtmiştir. Yazar'a göre "eser, kar amacı olmadan ve sadece şahsen kullanmaya yönelik olarak çoğaltılmışsa, "hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar vermemesi veya eserden normal yararlanmaya

²⁵ BGHZ 134, 250= ZUM- RD 1997, 329 i; ZUM- RD 1999, 342 f.

²⁶ REHBİNDER, N. 438.

²⁷ REHBİNDER, s. 165-169.

²⁸ REHBİNDER, N. 442.

²⁹ REHBİNDER, N. 447.

aykırı olmaması”nın nasıl gerçekleşeceğini anlaşılması güçtür³⁰. Ancak çalışmamızın temel mantığına uygun olarak, bu kriterin yararların karşı karşıya gelmesi ve bir tarafın yararının göz ardı edilmesi halinde, bu kişinin yoğun zarara maruz kalmaması amacını vurgulamakta faydalı olduğu kanaatindeyiz. Zira hukukun koruduğu hiçbir hak, diğeri karşısında çok ağır zararlara uğrama pahasına feda edilemez. Mutlaka uğranılan zarar ve elde edilen fayda arasında bir denge olmalıdır. Bu kapsamda meseleyi bir örnek üzerinden açıklamak faydalı olacaktır. Örneğin bilim dergisindeki obezite ile ilgili makaleyi, kendi kilo problemi için kullanan bir kişinin, bu makaleyi çoğaltıp karşılaştığı tüm kilolu insanlara dağıtması kabul edilemez. Çünkü eser sahibinin ilk durumdaki müdahaleye katlanması normalken, her ne kadar kişilerin yararına da olsa, eserin bilgilendirme maksadıyla çoğaltılması, eser sahibinin hakkına gereğinden fazla bir müdahale oluşturur. Eser sahibinin meşru menfaatleri artık zarar görmüştür. Elde edilen yarar ve eser sahibinin zararı arasındaki denge eser sahibi aleyhine bozulmaktadır. Artık bu derece bir fedakarlık eser sahibinden beklemez. Bununla birlikte elbette verilen bu örnek normal aştan faydalanma şartını da sağlamadığı için Kılıçoğlu'nun kabul ettiği gibi işin başından reddedilebilir. Fakat kanaatimizce her iki şartın varlığı, yalnızca kümülatif değerlendirildiğinde amacına ulaşabilecektir.

b) Normali Aştan Faydalanma

Eserden faydalanma şahsi kullanım sınırını aşmamalıdır. Normali aşan faydalanma kriteri eski düzenlemeyle çoğaltma adedi üzerinden belirlenmeye çalışılmıştır. Fakat yeni düzenleme normali aşan faydalanma ibaresiyle yetinmiştir. Ancak kavram yeterince açık değildir. Gerçekten Federal mahkeme kararları incelendiğinde, üç sayfa ya da az miktar çoğaltmadan söz edilmiştir³¹. Ayrıca şahsen kullanma kavramı içerisinde, eserin tamamı veya büyük bölümü çoğaltılabilir³².

Eserden bizzat yararlanacak olan kişi, bilim, kültür, sanat, öğrenim gibi amaçlarını gerçekleştirebilecek miktarda çoğaltma yapılmalıdır. Bu kapsamda, bilimsel araştırma yapmak amacıyla veya mesleki mülahazalarla önemli bir eserin kullanımını mümkündür. Fakat çoğaltma çalışma sınırlarıyla yapılmalı ve en az iki yıldır baskısı olmayan bir eserle ilgili olma şartını taşımalıdır³³.

³⁰ KILIÇOĞLU, s. 342.

³¹ BGH ZUM 1978, 344, REHBİNDER, N. 437.

³² UYGUR, s. 113.

³³ REHBİNDER, N. 447.

Dolayısıyla eserin çoğaltılacak nüshasının miktarı kapsamı, bu ideal amaçlar içerisinde kalacak ve bu amaçlara uygun sayıda olmalıdır. Normali aşma durumu yine amaçlar incelenerek incelenmelidir. Örneğin yaptığı araştırma için eserin kütüphaneden tamamını ya da bir kısmını tek nüsha halinde çektiğimi normaldir ya da eserin bizzat kullanımı için ve arşivinde bulundurmaya amacıyla kopyasını alabilir. Öte yandan eğitim amacıyla ve sınava çalışabilmek için eseri çeşitli vasıtalarla çoğaltabilir. Hatta ders esnasında, kayıt cihazıyla çoğaltabilir³⁴.

Benzer biçimde Anglo sakson sisteminde de, kullanımın fair use, dürüst kullanım sınırlarında kalması belirtilmiştir. Dolayısıyla eser sahibinin hakkının sınırlanması makul ölçülerde ve onu çok zarara uğratmayacak nitelikte olması ölçüt olarak kabul edilmiştir³⁵.

c) Eser çoğaltılmış Olmalı

Eser sahibinin fikri hakları şahsi kullanım amacıyla, yalnızca çoğaltma sebebiyle sınırlanabilir. Başkaca haklarının sınırlanması söz konusu değildir. Çoğaltma, bir esere ulaşılmasını, aslına ihtiyaç duymaksızın, bir takım araçlarla kopyalarının oluşturulmasıdır. Böylece eserin yaygınlaşması, kişilere, gelecek zamana erişebilmesi sağlanmış olacaktır³⁶.

Ayrıca çoğaltmayı sağlayan kopyalama teknikleri, günümüz koşullarında daha çok çeşitlenmiştir. Çoğaltma analog veya dijital yapılabilir. Dolayısıyla elle, kaset, video kaydedici, bilgisayar, fotokopi, mikrokopi, ile çoğaltım yapılabilir³⁷.

III. ÜSTÜN NİTELİKTE KAMUSAL YARAR SEBEBİYLE SINIRLAMALAR

A. Basın Açıklamalarının İktibas

Fikir ve sanat eserlerine ilişkin, basın faaliyetleri açısından getirilen iki hükümden biri olan FSEK m. 36'da basın organı tarafından yapılan bir basın açıklamasının, başka bir basın organınca alıntı yapılmasını düzenlenmiştir³⁸. Ancak söz konusu hüküm kenar başlığındaki "Gazete Münderecatı" ifadesi nedeniyle hükmün kapsamının doğru tahlil edilmesine engel teşkil eder.

³⁴ REHBİNDER, N. 448.

³⁵ UYGUR, s. 118.

³⁶ UYGUR, s. 117.

³⁷ REHBİNDER, N. 439.

³⁸ CERİTOĞLU- SENDEL, , s. 71.

Dolayısı ile konuya ilişkin açıklamaların yapılmasından evvel alıntının kapsamının ne olduğu belirlenmelidir.

1. Kapsam

a. Basın Tarafından Yapılan Bir Yayın

Her ne kadar söz konusu maddenin kenar başlığı “gazete” ile yapılmış bir açıklamanın alıntı yapılabileceği gibi bir düşüncenin ortaya çıkmasına müsaitse de; biz hükmü daha geniş anlamalıyız. Zira FSEK m. 36/I incelendiğinde, “basın veya radyo tarafından” ifadesi, yalnızca gazeteyle sınırlı bir düzenleme olmadığını alenen gözler önüne serer³⁹.

O halde basın denildiği zaman, ne anlamalıyız? Dar ve geniş anlamda kullanılan, basın kavramı temelde basın yapmakla ilgili gibi görünse de, haber verme faaliyetinin günümüzdeki gelişimine paralel olarak ek anlamlar yüklenmiştir. Gerçekten kavramın temeli ve gelişimi itibariyle yalnızca zamansal aralıklarla, periyodik olarak yayımlanan gazete ve dergiyi ifade etmekte kullanılmış; radyo ve televizyon gibi görsel araçların icadının daha sonraki bir tarihe rastlaması nedeniyle terimin kaynağını oluşturmuştur. Ne var ki, bilim ve teknolojinin gelişimi doğrultusunda haber verme kaynakları da değişiklik kaydetmiş ve yazılı basının yanı sıra, sözlü ve elektronik basın terimleri doğmuştur. Ayrıca son yıllarda internetin de haber edinme açısından bir kaynak olduğu düşünüldüğünde sayılanlara ek olarak, bir de internet basınından bahsetmek yanlış olmaz. Böylece basın kavramını sırf çıkış noktası bakımından tahlil etmek; kavramın gelişimini göz ardı ederek ele almak, yetersiz bir yaklaşım oluşturur. Salt inceleme konumuz madde hükmü açısından değil, genel itibariyle kavramı geniş anlamda ele almak eski kanun hükümlerinin günümüzde yeterli kapsamda uygulamasına yardımcı olur⁴⁰.

³⁹ KILIÇOĞLU, s. 336; ATEŞ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2003, s. 322.

⁴⁰ Geniş anlamıyla basın, yazılı, görsel işitsel tüm kitle iletişim araçlarını kapsamaktadır. Bkz. :KILIÇOĞLU, s. 20- 21; İÇEL, Kayıhan/ ÜNVER, Yener, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Yedinci Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2007, s. 110; ÇOLAK, Nusret İlker, **Kitle İletişim Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 45- 47; TÜFEK, Ömer Faruk, **Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 47- 48; NORDEMANN, Wilhelm/ NORDEMANN, Axel/ NORDEMANN, Jan Bernd, **Kommentar zum Urheberrechtsgesetz Verlagsgesetz Urheberrechtswahrnehmungsgesetz**, 10 Auflage, W. Kohlhammer Verlag, 2008, Art. 48, Nr. 1, “2003’de UrhG Art. 48 uyarınca çoğaltma ve yayma yalnızca gazeteler, dergiler ve basılı yayın tarafından yürütülürdü. Bu tarihten sonra artık “offline media” denilen diğer bilgi taşıyıcılar aracılığıyla da gerçekleşmektedir, Bunlar CD- Rom ve Dvd’dir”; REHBİNDER, Nr. 507, “Aynı şekilde internet haberleri de bu kapsamdadır”.

b. Basın Açıklamasının Konusu

İnceleme konumuzun kapsamını belirlemek için, üzerinde durulması gereken bir başka kavram ise; basın açıklamasında konudur. Basına tanınmış olan iktibas hakkı, sadece haber vermeye odaklı yani bir olay açıklaması olabileceği gibi; düşüncelerin açıklanmasıyla da haber verme işlevi yerine getirilebilir. Bizi bu sonuca götüren en önemli kanıt; “münderecat” ifadesinde gizlidir. Terim anlamı itibariyle, basın yoluyla yapılan tüm açıklamaları ifade eden münderecat ifadesi; tek başına haberi içerebileceği gibi, toplumu ilgilendiren konulara ilişkin düşünce açıklamaları, bilgilendirme amaçlı yazılar, belgesel nitelikte yayımlar, hikâye veya romanlar bu kapsamda mütalaa edilir⁴¹. Öte taraftan, FSEK m. 36/ II’de yer alan “Gazete veya dergilerde çıkan içtımai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere mütalalık makale ve fıkraların” ifadesiyle de düşünce açıklamalarının da hüküm kapsamı içinde yer alacağı aşikârdır⁴².

2. Basın Açıklamalarından İktibasın Şartları

Eser olarak nitelendirilebilecek bir fikri çabanın, başka bir eser tarafından kullanılıp, yeni ve bambaşka fikir ve sanat eseri yaratmak, iktibasın genel gayesidir⁴³. Eser sahibine ait haklar, başka bir eserin doğması için sınırlanmaya konu olmuştur. Basın iktibasında ise, yeni bir eser yaratmak amaçlanmamaktadır. İktibasın buradaki amacında da toplumun haber ve bilgi edinebilmesi, yani kamu yararı yatar. Ancak her iki menfaatin karşı karşıya geldiği her durumda, hukukun her iki menfaati birden koruması düşünülemezken; menfaatlerden sadece birine olağanüstü bir müsamaha göstermesi de beklenemez⁴⁴. Zira konumuz açısından da basının yapacağı alıntılarının ancak belirli şartlar altında gerçekleşeceği unutulmamalıdır. Basın açıklamalarına ilişkin iktibas az öncede belirttiğimiz gibi, basın açıklamasının konusu açısından iki ayrı başlık altında incelemeliyiz, çünkü kanunun sistematığı açısından bakıldığında hem olay açıklamaları (haber), hem de düşünce açıklamaları (yorum) bu kapsamda ele alınmıştır. Ayrıca her bir açıklama türünün şartları birbirinden farklıdır⁴⁵.

⁴¹ REHBİNDER, Nr. 506, “Kullanım alanının hukuka uygun olduğu haller bilginin amacına uygun olarak belirlenir. Duruşmaya ilişkin bilgi televizyonda verilebilir. Ancak içeriğin ses kayıt cihazıyla dinlenmesi yasaktır”.

⁴² KILIÇOĞLU, s. 337- 338; ATEŞ, s. 323.

⁴³ EREL, Şafak, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 262; ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 467.

⁴⁴ ATEŞ, s. 324.

⁴⁵ KILIÇOĞLU, s. 336; EREL, s. 262.

a. Olay Açıklamaları (Haberler)

aa) Eski Basın Kanunu'na İlişkin Düzenleme

Maddenin ilk fıkrasında, “basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberler serbestçe iktibas olunur” demektir. Fikri ürünün, çabanın yalnızca sahibi tarafından kullanılabilmesi ve sahibine has bir takım haklar vermesi, bu nedenle de eser kapsamında değerlendirilemeyen bir haberin FSEK kapsamında bir korumadan yararlanmaması olağandır. Eğer böyle çabadan bahsedemeyeceğimiz bir haberden söz ediyorsak da bu sınırlama gündeme gelmez. Sonuçta günlük bir olayın, kazanın, doğal afetin, cinayetın, gösterinin haber yapılmasında, muhabir yalnızca tanık olduklarını, görüp işittiklerini, fotoğraflar veya kaleme alır. Zira herkesin görüp duyduklarını birbirlerine aktarma serbestisi vardır, bu sosyal yaşamın doğal yapısı gereğidir. Bu konuda fikri bir çabası yoksa korunacak bir eserde yoktur. Dolayısıyla fikri hukuk anlamında bir iktibas serbestisinden bahsetmek de aslında mümkün değildir⁴⁶. Gelgelelim, birinci fıkranın yollama yaptığı, Basın Kanunu m. 15 hükümleri uygulama açısından saklı tutulmuştur. Aslında 15. maddenin çalışma konumuz açısından önemi, kanun metninin 2004 yılında yapılan değişiklikten önceki halidir. Bu düzenlemeye göre, ikili bir ayırım yapılmış ve haberin kullanılması için iki şart kabul edilmiştir. Şimdi sözünü ettiğimiz şartları inceleyelim.

aaa) Haber Sahibinin İzninin Alınması Zorunluluğu

aaaa) Özel Çabayı Gerektiren Haberler

Her ne kadar eser niteliği taşımaya yetecek kadar sahibinin özelliğini barındırmayan bir çalışmalar genelde haber niteliği taşımaktaysa da; yine de yasa haberi hazırlayan ve haberde büyük emeği olan kişileri koruma gereği duyulmuştur. Haberin toplum tarafından öğrenilebilmesinin önemi nedeniyle, kamu yararının üstün tutulması gerekliyse de emek ve çabanın hiçe sayılması düşünülemez. Zira toplumun büyük menfaati olan bir yolsuzluk haberinin veya toplumun dikkatini çeken bir kimseyle röportajın yapılabilmesi, oldukça zordur ve zaman alıcıdır. Haberde emeği geçen kişilerin gösterdiği bunca çaba ve sabrın neticesinde, haberin anonimleşmesinin düşünülmesi hakkaniyetli bir çözüm değildir. Bu nedenle, eğer bu şekilde bir çaba sarf edilerek yapılan bir

⁴⁶ ÖZTAN, s. 467; EREL s. 262- 263; ARSLANLI, Halil, **Fikri Hukuk Dersler II**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954, s. 130; REHBİNDER, Nr. 510; DREİTER, Thomas/ SCHULZE, Gernot, **Urheberrechts-gesetz**, 3. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2008, “Kamuya açık alanlardaki söylemlerin yayımlanması için izne gerek yoktur”, Nr. 5.

yayın varsa, eski hüküm gereğince iki önemli sınırlamayı gerektiriyordu. Bu sınırlamalardan ilki haberin, 24 saatin geçmesiyle topluma mal olacaktır ve sadece bu süreden sonra başka bir basın organı tarafından yararlanamayacaktır. Dolayısı ile bir süre sınırlaması getirilmiş ve haberi topluma ulaştırılanlar özel olarak ödüllendirilmek istenmiştir. Eğer bu sınırlamadan kurtulmak isteniyorsa o zaman haber sahibinin izni gerekir⁴⁷.

Hazır yeri gelmişken değinilmesi gereken önemli bir tartışma konusu ise, hükümde kullanılan “mevkute” ifadesinden kaynaklıdır. Konuyu açıklamak için öncelikle düzenlemenin tamamına bakmak gerekir. Buna göre, “*Bir mevkutenin hususi fedakârlık ihtiyariyle elde edip yayınladığı haber yazı ve resimler mevkute sahibinden müsaade alınmadıkça neşirlerinden 24 saat geçmeden başka mevkuteler tarafından yayınlanamaz. Hususi fedakârlık ihtiyariyle elde edilen yazı ve resimler için mevkute sahibinden izin almak mecburidir*”. Tartışma hükmün dar yorumlanıp, mevkute sahiplerinin özel çabalarıyla mı sınırlı tutulacağı; yoksa radyo ve televizyonlar tarafından elde edilen haberler içinde kullanılıp kullanılmayacağıdır. Mevkute, kelime anlamı itibariye, belirli aralıklarla çıkan süreli yayın, dergi, gazete olarak tanımlanabilir. Bu nedenle, sadece gazetede kullanılan yazı ve resimler için geçerli olduğu savunulmaktadır⁴⁸. Ancak Ayiter ise, bu görüşlerden farklı olarak radyo tarafından özel çabalarla derlenen haberlerin de bu kapsamda değerlendirileceğini savunmuştur⁴⁹. Erel’de temel olarak Ayiter’e katılsa da görüşü BK m. 15 hükmünün TRT Kurumu radyolarının yararlanamayacağını, çünkü haber ve bilgi verme kamu tüzel kişiliği bulunan, TRT’nin bu ayrıcalıktan yararlanmasının mümkün olmadığı yönündedir. Kanaatimizce çalışmanın başında kapsama ilişkin değerlendirmeleri de yaparken belirttiğimiz gibi, basın kavramının geniş yorumunun bu hüküm içinde geçerli olması gerektiğini ve hem radyo hem televizyon haberlerinde sarf edilen özel çabayı koruması gerektiğini düşünüyoruz. Öte yandan TRT’ye özgü TRTK m. 32’de var olan iktibas yasağını gerçekten, kamu menfaati açısından düşünüldüğünde anlamak

⁴⁷ ARSLANLI, “Aslında burada telif haklarının korunması yoktur. Burada olsa olsa emeğin himayesi vardır”, s. 130; KILIÇOĞLU s. 337; AYİTER, Nuşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Eserleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 152; ATEŞ, s. 326; EREL s. 262; ARIDEMİR-Genç, Arzu, **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakkı**, Vedat Yayınevi, Ankara, 2003, s. 141; ÖZTAN, s. 468; BAYAMLIOĞLU, İbrahim Emre, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 237; GÖKYAYLA, Emre, **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 292.

⁴⁸ ARSLANLI, s. 131; ARIDEMİR, s. 141.

⁴⁹ AYİTER, s. 153.

mümkün değildir. Zira kamunun haber alması amacıyla kurulmuş bir kamu tüzel kişisinden bahsetmekteyiz. Ancak TRT kurumuna ait televizyon veya radyolar tarafından elde edilen haberler için de, habere ilk ulaşan kişileri sarf ettiği emek doğrultusunda, ayrıcalıklı kılmak lazımdır⁵⁰.

Son olarak eklemek gerekir ki özellikle sözünü ettiğimiz yazılı basına haberlerin yazı ve resimlerle yapılıyor olması, kullanılan resim veya fotoğrafların güzel sanat eseri mahiyeti nedeniyle korumasını engelleyecektir. Yani başka bir deyişle haber niteliğindeki resim ve fotoğrafların eser olmasının, FSEK m. 36/I kapsamında iktibasına engel olmayacaktır⁵¹.

Basının derlediği haberler eğer özel bir çabanın ürünü değilse, haberin sahibinden izin alınmasına lüzum olmadan, süre sınırlamasız şekilde haberin kullanılabilmesi mümkündür. Daha öncede belirttiğimiz gibi, burada zaten korunmaya değer fikri bir ürünü bırakın, diğerlerine oranla fazla sayılabilecek bir çaba da yoktur. Yalnızca basının görevi olan haber verme görevi yerine getirilmekte ve vuku bulan olay yazılı veya görsel basın tarafından iletilmektedir⁵².

bbb) Kaynağın Gösterilmesi Zorunluluğu

Habere ister özel bir çaba gösterilerek ulaşılsın, isterse özel çabayla elde edilmesin nihayetinde haber kaynağının gösterilmesi lazımdır. Bu konuyu FSEK m. 36/III⁵³ hükmü düzenlemiştir. Düzenlemeye bakıldığında her ne kadar gazete ve dergi açısından yapılan bir açıklama gibi görülse de yukarıdaki açıklamalarımıza paralel algılayarak, radyo ve televizyon yayınlarını da bu kapsamda ele almalıyız. Böylece gazete, dergi, radyo veya televizyonda sunulmuş bir haberi, yeniden yayımlamak için, haber kaynağının adı, yayım tarihi ve sayısı belirtilmeli, her zaman ilk haber kaynağı gösterilmelidir⁵⁴.

bb) Yeni Basın Kanunu'na İlişkin Düzenleme

2004 yılında yapılan değişiklikten sonra, eski 15. maddenin muadili bir hüküm yer almamıştır. Dolayısı ile artık özel bir çaba sonucu elde edilmiş

⁵⁰ Aynı yönde bkz. ATEŞ, s. 327.

⁵¹ ATEŞ, s. 325.

⁵² KILIÇOĞLU, s. 337.

⁵³ FSEK m. 36/III “Bütün bu hallerde, iktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alameti zikredilmek icap eder”.

⁵⁴ EREL, s. 327- 328; ARIDEMİR, s. 141; REHBİNDER, Nr. 509; CAREY, Peter, *Media Law*, 2. Edition, Sweet Maxwell, London,, 2003, s. 77.

olma koşulu aranmayacaktır. Böylece yegâne sınırlama kaynağın gösterilmesi zorunluluğudur. Zira mevcut BK m. 24 kaynak göstermeye ilişkin bir hüküm barındırmaktadır. Buna göre, “*Bir süreli yayında yayınlanmış haber, yazı ve resimleri kaynak göstermeksizin yeniden yayımlayanlar beş milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. Bu eserleri, yeniden yayım hakkı saklı tutulmuş olmasına rağmen, süreli yayın sahibinin izni olmadan yeniden yayımlayanlar, yirmi milyar liradan kırk milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar*”.

Yapılan değişiklikten sonra öğretilerde, elde edilmesinde özel emek sarf edilmiş haberlere ilişkin korumanın ise, haksız rekabete ilişkin FSEK m. 84 ve TTK m. 56 hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁵⁵

b. Düşünce Açıklamaları

Basın açıklamalarından alıntı yapılması, yalnızca haberlerle sınırlı olarak değil, düşünce açıklamalarını da kapsar nitelikte ele alınmalıdır. FSEK m. 36/II zaten açıkça değinmektedir. Şöyle ki, “*Gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meseleler müteallik makale veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo vasıtasıyla ve diğer bir suretle yayılması serbesttir*”. Buna göre, iktibas konusu yalnızca gazete ve dergilerdeki, toplumsal, siyasi, iktisadi makale ve günlük yazılara özgüdür. Gazete ve dergilerdeki yazıları iktibas edecek organda ise böyle bir sınırlama yapılmamıştır. Yani radyo, gazete, dergi veya başka yayın organları makale ve günlük yazıları iktibas edebilir. Ancak tam tersine radyo ve televizyonlarda yayımlanan günlük sorunlara ilişkin röportaj veya programların, yazılı basınca iktibası mümkün müdür? Öğretilerde iktibasın geniş yorumlanması, radyo ve televizyon yayınlarını da kapsamaması gerektiği savunulmuştur⁵⁶.

Bunun üzerine açıkladığımız kapsamdaki serbestinin de haberler gibi sınırsız olmadığı düşünülemez. Ancak konuya ilişkin giriş hükmündeki açıklamalarında da belirttiğimiz gibi, haber niteliğindeki basın açıklamasıyla, yorum ve makalelerden alıntı yapılmasının şartları birbirinden farklıdır. Şimdi ise düşünce açıklamalarına ilişkin şartlara değineceğiz

⁵⁵ EREL, s. 262.

⁵⁶ ARSLANLI, s. 132; ATEŞ, s. 329, aynı yönde olmakla birlikte, yalnızca güncel sorunlara ilişkin yayınların iktibasını mümkün görmekte;. Bkz. NORDEMANN,/ NORDEMANN,/ NORDEMANN, Art. 49, Nr. 1, “Günlük ilgiye hizmet eden siyasi, iktisadi, dini konularda ayırım yapmadan gazete ve radyo yayınlarının çoğaltılacağı ön görülmüş”.

aa) Güncel Bir Eser Olmalı

Gazete veya dergilerde yer alan açıklamalar fikri çabanın ürünü olabileceği gibi, alelade ve eser vasfı taşımayan kalem ürünleri olabilir. Fakat biz bu kapsamdaki yazıları fikri hukuk açısından koruyamayız. Bu ürünler rekabet yasağı ilkesi göz ardı edilmeden herkes tarafından kullanılırlar⁵⁷. O halde yapacağımız açıklamalar yalnızca gazete ve dergilerde yer alan eser niteliğindeki makaleler, düşünce açıklamalarını ilgilendiriyor. Öte yandan eser olarak vasıflandırılan bu çabaların da tıpkı diğer fikir ve sanat eserleri gibi koruma altında olduğuna şüphe yoktur. Fakat kamunun yararı sebebiyle, toplumun bilgi edinmesi menfaatinin üstünlüğü bu kapsamdaki eserlerin telif haklarını sınırlandırmıştır. Yalnız madde kapsamında değerlendirilen haber ve yorumların başkaca bir basın organı tarafından kullanılmasına ilişkin düzenlemede yatan sebep, toplumun gerçek ve doğru bilgiyi alması ve bilgi akışının sağlanmasıdır. İlk fıkrada haberlere ilişkin var olan düzenleme, ikinci fıkrada düşünce açıklamalarıyla ilgili olsa bile, yine toplumun bilgi alması amacı taşıdığından güncel ekonomik, siyasi, toplumsal olaylara ilişkin makale, köşe yazıları olmalıdır⁵⁸. Elbette ki basın organlarında güncellik şartını taşımayan konulardaki yayımların yer alması mümkündür, hatta özellikle radyo ve televizyonun günümüzde daha çok vakit geçirtmek, eğlendirmek gibi işlevleri olduğu düşünülürse; yukarıda belirttiğimiz üzere güncelliği olmayan yazılar dışında, fotoğraflar, bulmacalar, şiirler, hikâyeler yer alabilir. Ama basına ilişkin bir alıntı oluşturmasının nedeni kamu yararı ve haber verme fonksiyonu olduğundan; bu kapsamda korunmayacak, sadece haber niteliği taşıyan güncel olaylara ilişkin bilgi ve düşünce açıklamalarına yer verilecektir. Roman, hikâye, şiir, fotoğraflar eğer eser vasfını haiz ise, sadece ilim ve edebiyat eserlerinden iktibasa ilişkin kurallara bağlı olacaktır⁵⁹.

⁵⁷ AYİTER, s. 153; ERDİL, Engin, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler**, Beta Yayınevi, 2003, s. 142; BEŞİROĞLU, Akın, **Fikir Hukuku Dersleri**, 4. Bası, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 673.

⁵⁸ REDEMACHER, Nicole Denise, **Urheberrecht und Gewerblicher Rechtsschutz im Internet**, Erich Smith Verlag, 2003, Nr. 166-170, “Öte yandan İnternet yayınları düzenli olarak güncellenmelidir”; WANDTKE, Artur- Axel, **Praxiskommentar zum Urheberrecht**, 3. Bası, München, 2009, Art. 49, Nr. 1; TUGENDHOT, Michael/ CHRISTIE, Jain, **The Law of Privacy and The Media**, Oxford University Press, 2002, Nr. 8.40, Zaten haberin daima güncel nitelikte olması gerekir. Çünkü toplum eski bir olayla tekrar yüz yüze gelmek istemeyecektir”.

⁵⁹ AYİTER, s. 132; BAYAMLIOĞLU, s. 238; EREL, s. 263; ÖZTAN, s. 469; ERDİL, s. 143; ATEŞ, s. 330, “Zira m. 36, toplumun haber alma ve aktüel konularda bilgilendirilme ihtiyacının karşılanması amacıyla sevk edilmiş bir hükümdür”.

Konuya ilişkin giriş hükmündeki açıklamalarında da belirttiğimiz gibi, haber niteliğindeki basın açıklamasıyla, yorum ve makalelerden alıntı yapılmasının şartları birbirinden farklıdır. Şimdi ise düşünce açıklamalarına ilişkin şartlara değineceğiz.

bb) İktibasın Yasaklanmamış Olması

Güncel, toplumsal, siyasal ve ekonomik konulara ilişkin yazılan yorumlar veya fıkralar, başka bir basın organı tarafından yararlanabilmesi için, iktibas hakkının saklı tutulmamalı, yani yasaklanmamış olmalıdır. Böyle bir yasaklama yoksa aynen ve işlenmiş şekilde iktibası mümkündür. Fakat iktibas yasağından bahsedilebilmesi için; “açıkça” yasağına ilişkin iradenin varlığının belirtilmesi lazımdır. Zımni olarak iktibasın yapılmasının istenmemesinin m. 36/ II’den yararlanmayı etkilemez⁶⁰. Böylece iktibas yapılması açıkça engellenmişse, bu durumda eser sahibinin izninin alınması gerekli ve ancak genel hükümler uyarınca mümkündür⁶¹.

Ne var ki, iktibas yasağının konulması düşüncelerin açıklandığı makale ve yorumların kullanılamaması anlamına gelmez. Yalnızca düşünce açıklaması yayında aynen alıntı yapılamaz. Sınırlı ölçüde, bu eserlerden yararlanmak mümkündür. Yani basın özeti halinde iktibası mümkündür⁶². Basın özeti, düşünce açıklamasının, gazete, dergi veya radyo televizyon tarafından kullanılmasını amaçlamaz; kamuoyunu eser hakkında bilgi sahibi yapıp, ilgisini esere sevk etmek amacını taşır. Bu nedenle bu sınırlar içerisinde kalıp; eserin aslını okumayı gereksiz kılacak derecede geniş detaylara yer verilmemesi gerekir⁶³.

B. FİKİR VE SANAT ESERLERİNE İLİŞKİN HABERLERİN İKTİBASI

Basın tarafından uygulanan bir başka iktibas türü ise, fikir ve sanat eserlerinin basın tarafından iktibas edilerek kullanılmasıdır. Öncekinden farklı olarak, basın organlarının haber değeri taşıyan olay ve düşünce açıklamalarını, birbirlerinden alıntı yaparak kamuoyuyla paylaşması değil; başlı başına bir fikir ve sanat eserinin ta kendisinin haber yapılması suretiyle iktibasından söz edilir⁶⁴.

⁶⁰ ATEŞ, 331; KILIÇOĞLU, s. 338- 339.

⁶¹ TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 190; ATEŞ, s. 331; KARAHAN, Sami/ SULUK, Cahit/ SARAÇ, Tahir/ NAL, Temel, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 84; GÖKYAYLA, s. 293.

⁶² KILIÇOĞLU, s. 339; EREL; s. 264; ATEŞ, s. 331; REHBİNDER, Nr. 507.

⁶³ EREL; s. 264; ATEŞ, s. 331.

⁶⁴ NORDEMANN/ NORDEMANN/ NORDEMANN, Art. 50, Nr. 1,

FSEK 37 maddesinde yer bulan düzenleme, 2001 yılında 4630 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır. Hükmin “haber” kenar başlığı altında ele alınmış olması Fikir ve sanat eserleriyle ilgili bir düzenlemenin varlığını hissettirmekten çok uzaktır. Düzenleme şu şekildedir: “*Haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselere bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve görüntü nakline yarayan vasıtalarla alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir. Bu serbestlik hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde düşünülemez*”.

Basına tanınan iktibas serbestisinin, fikir ve sanat eserleri açısından bir ayırım yapılmadan kabul edildiğini söylemek mümkündür. Fikir ve sanat eserlerinin tümü, her türlü görüntü nakline yarayan vasıtalarla alınabilir, çoğaltılabilir, yayınlanabilir. Hükümün ifadesiyle ilgili tartışılan bir noktaya bu itibarla temas etmek istiyoruz. Buna göre, iktibas edilecek bazı parçaların, işaret, ses ve görüntü nakline yarayan vasıtalarla alınacağı belirtilmiş; fakat bu da sanki alıntının yapılması bu araçlarla kaydedilmeden mümkün değilmiş kanısı uyandırır. Yani bir konserin icra anında, canlı olarak habere konu olamaması sonucunu meydana getirir. Böyle bir sınırlamanın getirilmesi ise kanunun taşıdığı gayeye uymayacaktır⁶⁵. Buna rağmen basına sınırsız bir iktibas yetkisi verildiği düşüncesi doğmamalıdır⁶⁶. Öyleyse, hangi şartları taşıyan bir haber, fikir ve sanat eserlerini iktibas edebilir?

1. Fikir ve Sanat Eseri veya Eserin Sahibiyle İlgili Bir Haber Olmalı

Eserin habere konu olabilmesinin en önemli şartı, eseri konu olan ya da hiç değilse sahibini konu alan bir haber olmasıdır. Bu konuda ilk akla gelen genellikle bir sinema eserinin, fragmanının habere konu olması ya da sevilen bir sanatçının konser veya kaset tanıtımına ilişkin haberler, ünlü bir ressamın sergisine ilişkin bir haberlerdir⁶⁷.

Peki, ne eserle ne de eser sahibiyle ilgili bir haber mevcut değilken; çağrışım yapabileceğimiz durumlarda eserin haber yapılması mümkün müdür?

⁶⁵ ARSLANLI, s. 134; ÖZTAN, s. 473.

⁶⁶ ATEŞ, s. 334; KARAHAN/ SULUK/ SARAÇ/ NAL, s. 84.

⁶⁷ REHBİNDER, Nr. 512; EISENMANN, Hartmut/ JAUTZ, Ulrich, **Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht**, 8. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, Nr. 79; WANDTKE, Art. 50, Nr. 1.

Öğretide tartışılacağı üzere, haberin konusu ile eser arasında dolaylı bir ilgi olması gerektiği savunulmuş, bu durumlarda eser sahibinin hakkına bir saldırı olmayacağı kabul edilmiştir⁶⁸

2. Eserin Bir Kısmı Kullanılmalı

Eserin habere konu olabilmesi, eserin sadece belirli bir bölümünün kullanılmasına bağlıdır. Eğer yapılan haber esere olan ihtiyacı ortadan kaldıracaksa, örnek verirse; ünlü bir yazarın romanının habere konu olması ve tamamının iktibas, kitabın alınması gereğini sona erdirir yahut vizyona yeni, girmiş bir filmin sinemayı konu alan bir tv programında önemli kesitlerinin gösterilmesi (örn. filmin merak edilen sonunun gösterilmesi), filmi izlemek için sinemaya gidilmesini önemli oranda azaltır⁶⁹. Öte yandan bazı eserlerin bir bütün halinde haberde veya röportajda kullanılması zorunludur. Bir ressamın bir tablosu, heykeltıraşın yaptığı bir heykel veya bir şairin şiirlerinden bazılarının işaret, ses veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla çoğaltılması, hukuka aykırı kabul edilemez. Burada göz önünde bulundurulması gereken detay ise, eser sahibinin eserlerinin tamamının iktibas edilmemesidir⁷⁰.

C. Eser Alenileşmiş Olmalı

FSEK m. 37/II hükmünde değişiklik yapılmadan önce, eserin alenileşmesi yeterli sayılmış, ayrıca yayımlanmış olmasına gerek duyulmamıştır. Sonuçta eser sahibi bizatihi kendi emeğini toplumla paylaşmak konusunda özgürdür. Kendisi istemeden her ne sebeple olursa olsun, basın esere aleniyet kazandırma yetkisi yoktur. Olsa olsa böyle bir durumda eser sahibinin manevi haklarına tecavüz söz konusudur⁷¹

4. Haber Verme Amacı

Fikir ve sanat eserlerine bağlı olarak eserin yaratıcısının sahip olduğu hakların basın tarafından sınırlanmasının temelinde toplumu bilgilendirmek kastı vardır. Bu amacın daha açık görünümü basın organlarının elde ettikleri bilgileri birbirilerinden iktibas etmeleri halinde netlikle görülür. Amaç salt topluma toplumun ilgisini uyandıran konularla ilgili genel nitelikte bilgi demetini yaymaktır. Eserin haber konusu yapılması ve bu nedenle iktibas

⁶⁸ ATEŞ, s. 325, “Örnek olarak depreme ilgili bir haberde Ahmet Mete Işıkkara ile söyleşi yaparken, Orhan Gencebay’ın deprem adlı şarkısının fon müziği olarak kullanılabilceği belirtilmiştir”.

⁶⁹ KILIÇOĞLU, s. 340; ATEŞ, s. 335- 336; TEKİNALP, s. 190.

⁷⁰ ATEŞ, s. 336; EREL, s. 265; REHBİNDER, Nr. 512; EISENMANN/ JAUTZ, Nr. 79.

⁷¹ ATEŞ, s. 335; EREL, s. 266; BAYAMLIOĞLU, s. 238.

edilmesinde ise, bu amaç yalnızca eser hakkında haber verilmesidir. Dikkat edildiğinde haber toplumu fikir ve sanat eserlerinden haberdar etmek ve entelektüel, kültürel birikimine katkı sağlamak, eseri tanıtmak sebebiyle verilir. Hal böyle olunca bu amacın dışına çıkan, kamunun ilgisini çekmeyen, unutulmuş konularla ilgili olayların habere konu yapılmasında, ne halkın menfaati vardır ne de eser sahibi eserine karşı yapılan bu sınırlamaya katlanmasına gerek⁷².

E. Kaynağın Gösterilmesi Zorunluluğu

Esere ilişkin haber ve bilgi verme kapsamında, Kanunun kaynak gösterilmesi zorunluluğuna dair bir düzenlemesi yoktur. Fakat uygulanışı bakımından eser bahis konusu yapıldığında eser sahibinin; eser sahibi bahis konusuyken de eserin belirtilmesi gereklidir. Bu da zaten haber niteliğinin olmazsa olmaz bir şartıdır⁷³.

SONUÇ

TMK m. 24/2'de düzenlenmiş olan, hukuka uygunluk sebeplerinden üstün nitelikte özel ve kamusal yarar kavramlarının uygulamasını fikri mülkiyet hukukunda, eser sahibinin haklarını kısıtlayan haller olarak görmekteyiz. Başka bir deyişle, eser sahibinin fikri haklarına, üçüncü kişilerin yaptığı müdahalelerin hukuka uygun kabul edildiği durumlar olarak ifade edilebilir. Bu noktada basın faaliyetleri kanaatimizce hem kamusal yararı hem özel yararı bünyesinde barındırabileceği ve çatışan yararın tartılması ilkesinin somut bir uygulamasını oluşturabileceği için çalışmamızın konusu olarak tercih edilmiştir. Gerçekten de basın faaliyetlerinin iktibasında kamu yararını görürken, haber, köşe yazısı, makale vs. gibi faaliyetlerin şahsen kullanım amacıyla çoğaltılmasının da ise özel yararı görmekteyiz.

FSEK düzenlemesinde basın iktibasını iki farklı amaca hizmet etmektedir. Bunlardan ilki topluma haber vermek amacıyla güncel, kamunun menfaatine olan konularla ilgili haber verme ve yorum yoluyla kamuoyunun ilgisini oluşturmaktır. Her iki biçimde kamunun çevresiyle ilgili bilgi edinmesini sağlar. Bu nedenle haber değeri olan konularda ve eğer eser niteliğini haizse eser sahibinin izni ile alıntı mümkündür. Diğer bir tür iktibas ise, yalnızca esere ilişkin olduğu için esere olan ihtiyacı yok etmeden, belirli bir oranda yapılmalıdır. Ancak yaptığımız açıklamalarda göstermektedir ki basın

⁷² ÖZTAN, s. 473; KILIÇOĞLU, s. 340; EREL, s. 266; ARIDEMİR, s. 143.

⁷³ ATEŞ, s. 339; EREL, s. 266; ÖZTAN, s. 471; NORDEMANN/NORDEMANN/NORDEMANN, Art. 51, Nr. 1.

iktibasına ilişkin düzenleme son derece yetersizdir. Özellikle hükümler ve başlıklar arasında paralellik olmaması, hükmün içeriğini yeterli derecede ifade etmekten uzaktır. Hal böyle olunca içeriğin tespiti ile ilgili tartışmalar mevcuttur. Özellikle basın kavramının hangi kapsamda anlaşılması gerektiği net olarak ifade edilmelidir. Keza basın kavramı hükümden çıktığı gibi dar yorumlanılacak olursa da başka bir sorun, günümüz koşullarına uygun bir düzenlemenin olmayışıdır.

Diğer taraftan iktibas yapılan kaynağın gösterilmesi zorunluluğu, temel bir koşul olmakla birlikte, hükmün ifade ediliş tarzına bakıldığında tek bir iktibas karşılıymuş kanısı uyandırıyor; fikir ve sanat eserlerine ilişkin haberlerde kaynak gösterilmesine yer yokmuş gibi bir düzenleme içeriyor. Oysaki kaynak gösterme, hakkın sahibine teslim edilmesini sağlaması yönünden iktibasın olmazsa olmaz şartıdır.

Basın faaliyetlerinin şahsi kullanım sebebiyle kullanılması ise, yalnızca eser sahibinin fikri mülkiyeti üzerindeki hakkını çok zarara uğratmayacak biçimde, makul oranlarda yapılan çoğaltmalar için kabul edilmektedir. Bu sayede, kişilerin yeni eserler meydana getirebilmesi, araştırmaları için kaynak bulabilmesi amaçlanmaktadır. Fakat karşılıklı menfaatleri çatışan kişiler arasında dengenin iyi kurulabilmesi için mevcut düzenleme yeterli olmadığı gibi, FSEK taslağında da yapılan değişiklik yalnızca metnin ifadesi yönünde olduğu için ihtiyacı karşılayacak nitelikte değildir. Özet olarak, yapılacak düzenlemelerde mevcut aksaklıklar dikkate alınarak, değişikliklerin yapılması, sorunların çözümü açısından zaruridir.

KAYNAKÇA

ARSLANLI, Halil, **Fikri Hukuk Dersleri**, II, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954.

ARIDEMİR- Genç, Arzu, **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakkı**, Vedat Yayınevi, Ankara, 2003.

ASLAN, Adem, **Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, İstanbul, 2004.

ATEŞ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2003.

ATAMER, Yeşim, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, İstanbul, 1996.

AYİTER, Nuşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Eserleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.

BEŞİROĞLU, Akın, **Fikir Hukuku Dersleri**, 4. Bası, Arıkan Yayınevi, 2006.

CERİTOĞLU- SENDEL, Filiz, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda intihal ve Esinlenme**, Ankara, 2009.

ÇOLAK, Nusret İlker, **Kitle İletişim Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 45- 47;

DREİTER, Thomas/ SCHULZE, Gernot, **Urheberrechts- gesetz**, 3. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2008.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, **Kişiler Hukuku**, On Beşinci Bası, İstanbul, 2014.

EISENMANN, Hartmut/ JAUTZ, Ulrich, **Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht**, 8. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009.

ERDİL Engin, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler**, Beta Yayınevi, 2003.

HELVACI, Serap, **Gerçek Kişiler**, Beşinci Bası, İstanbul, 2013.

İÇEL, Kayıhan/ ÜNVER, Yener, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Yedinci Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2007.

KANETİ, Selim, “Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, Ankara.

KARAHAN, Sami/ SULUK, Cahit/ SARAÇ, Tahir/ NAL, Temel, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

KARAKUZU- BAYTAN, Dilek, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, 2005.

KARA-KILIÇARSLAN, Seda, **Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.

TÜFEK, Ömer Faruk, **Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

NORDEMANN, Wilhelm/ NORDEMANN, Axel/ NORDEMANN, Jan Bernd, **Kommentar zum Urheberrechtsgesetz Verlagsgesetz Urheberrechtswahrnehmungsgesetz**, 10 Auflage, W. Kohlhammer Verlag, 2008.

OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, Dokuzuncu Bası, İstanbul, 2009.

CAREY, Peter, **Media Law**, 2. Edition, Sweet Maxwell, London, 2003.

REDEMACHER, Nicole Denise, **Urheberrecht und Gewerblicher Rechtshutz im İnternet**, Erich Smith Verlag, 2003.

REHBİNDER, Manfred, **Urheberrecht**, 15. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2008.

SPENCE, Michael, **Intellectual Property**, New York, 2007.

TUGENDHOT, Michael/ CHRISTIE, Jain, **The Law of Privacy and The Media**, Oxford University Press, 2002.

UYGUR, Atiye B., **Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar**, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2004.

WANDTKE, Artur- Axel, **Praxiskommentar zum Urheberrecht**, 3. Bası, München, 2009.

TTK KAPSAMINDA GEMİ KİRA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Salih ÖNDER*

ÖZET

Deniz taşımacılığında gemiye duyulan ihtiyaç karşısında, yeni bir gemi inşa ettirmenin çok uzun zaman alması, gemi maliyetlerinin yüksekliği ve gemi sahibi olmanın getirdiği mali yükümlülük ve riskler, geminin kiralınması yoluyla teminini her zaman için daha avantajlı duruma getirmiştir. Söz konusu avantajları nedeniyle geminin, kira sözleşmesiyle temin edilmesi Dünyada olduğu gibi Türk denizciliğinde de oldukça sık başvurulan bir yoldur. Bu nedenle gemi kira sözleşmesi, ülkemiz denizciliği ve deniz hukuku açısından yeni bir kavram değildir. Buna rağmen sözleşme, ilk defa 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu ile düzenlenmiştir.

Uygulamada bu sözleşme, taraflarınca ayrıca hazırlanmak yerine genellikle bu konuda hazırlanmış tip sözleşmeler üzerinden yapılmaktadır. Söz konusu tip sözleşmelerin en çok kullanılanı ise Baltık ve Uluslararası Denizcilik Konseyi (The Baltic and International Maritime Council) tarafından hazırlanan ve "BARECON" ön adıyla anılan tip sözleşmelerdir. Bunlardan en günceli ve en çok kullanılanı "BARECON 2001" şeklinde isimlendirilen tip sözleşmedir.

Gemi kira sözleşmesi, bir deniz hukuku sözleşmesi olduğundan gerek hukuki yapısı gerekse tarafların yükümlülükleri bakımından diğer kira sözleşmelerinden farklıdır. Bu nedenle çalışmanın amacı, gemi kira sözleşmesinin hukuki niteliği ile ayırıcı özelliklerinin uygulama ve doktrindeki mevcut görüşler ışığında ayrıntılı şekilde incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: Gemi Kira Sözleşmesi, Gemi, Türk Ticaret Kanunu, Kiraya Veren, Kiracı.

LEGAL ELEMENTS AND STATUS OF BAREBOAT CHARTER CONTRACT UNDER THE TCC

ABSTRACT

As a result of significant need for ships in maritime commerce and reasons such as long ship building periods, high costs for purchasing a ship, financial responsibilities and risks for owning a ship has made chartering of ships more advantageous. As a consequence, provision of the ships by way of bareboat charter

* Av. Dr., Bu makale yazarın, "Gemi Kira Sözleşmesi" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

is frequently applied recourse in Turkey like any other maritime country. Therefore, bareboat charter contract is not considered as a new concept for Turkish maritime law. However, this contract has been regulated in the Turkish law for the first time with the enactment of Turkish Commercial Code (Law No: 6102).

In practice, standard contracts are used by the parties. The most common standard contract form is called the BARECON which is prepared by The Baltic and International Maritime Council. The latest version of this standard form came out in 2001 (i.e. BARECON 2001). Since bareboat charter contract has a maritime law character it is distinct from contracts of hire both for its legal structure and obligations of the parties under the contract. For this reason, the aim of the paper is examining the legal character and distinct features of the bareboat charter contract in the light of doctrine and practice.

Keywords: *Bareboat Charter Contract, Ship, Turkish Commercial Code, Shipowner, Charterer.*

GİRİŞ

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun¹ (Mülga TTK) yürürlükte olduğu dönemde gemi kira sözleşmesiyle ilgili olan tek hüküm, Kanunun 890. maddesiydi. Bu madde ise sadece sicile kayıtlı gemilerin kiralanmasında Türk Borçlar Kanununun gayrimenkul kiralalarına ilişkin hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanacağını düzenlemekteydi. Gemi kira sözleşmesinin ülkemiz denizciliğinde yaygın olarak uygulanmasına karşın, konu hakkında söz konusu madde dışında neredeyse hiçbir hükme yer verilmemesi sözleşmenin uygulanması esnasında ortaya çıkan hukukî uyuşmazlıkların çözümünü olumsuz yönde etkilemekteydi. Bu durum, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununda gemi kira sözleşmesi konusunda ayrıntılı düzenlemeler getirilmesini zorunlu hale getirmiştir. Bu anlamda 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun² (TTK) getirdiği en önemli yeniliklerden birini, kanunun 1119 ile 1130. maddeleri arasında düzenlenen, “Gemi Kira Sözleşmeleri” oluşturmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu ile ilk defa düzenlenmesine rağmen gemi kira sözleşmesi, ülkemiz denizciliği ve deniz hukuku açısından yeni bir kavram değildir. Gerçekten de deniz taşımacılığında gemiye duyulan ihtiyaç karşısında,

¹ 09/07/1956 tarihli ve 9353 sayılı Resmî Gazete

² 14/02/2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete

yeni bir gemi inşa ettirmenin çok uzun zaman alması, gemi maliyetlerinin yüksekliği ve gemi sahibi olmanın getirdiği mali yükümlülük ve riskler, geminin kiralanması yoluyla teminini her zaman için daha avantajlı duruma getirmiştir. Söz konusu avantajları nedeniyle geminin, kira sözleşmesiyle temin edilmesi Türk denizciliğinde oldukça sık başvurulan bir yol olmuştur. Bu kapsamda çalışmamızda, Türk hukuku açısından yeni bir düzenleme olan gemi kira sözleşmesinin tanımı, unsurları ve hukuki niteliği ele alınacaktır.

A) TANIMI

Türk Ticaret Kanununun³ 1119(1). maddesi uyarınca gemi kira sözleşmesini, “*Kiraya verenin belirli bir süre için geminin kullanılmasını, kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmayı üstlendiği bir sözleşme*” şeklinde tanımlamak mümkündür⁴. TTK’nın 1119(2). maddesinde ise “*Kiraya verenin, gemi ile birlikte gemi adamlarını da kiracının emrine vermeyi üstlenmesi, sözleşmenin niteliğini değiştirmeyeceği*” hükme bağlanmaktadır. Bu anlamda gemi ile birlikte gemi adamlarının hizmetinin de kira sözleşmesinin konusuna dâhil edilmesi, sözleşmeyi gemi kira sözleşmesi olmaktan çıkarmaz⁵.

Türk Ticaret Kanununun bu tanımı aslında konusu geminin, adamları olmaksızın kiracıya tahsis edilmesi olan “Çıplak Gemi Kira Sözleşmesi”ne (*Bareboat Charter Contract*)⁶ ilişkindir⁷. Oysa gemi kira sözleşmesinin konusu gemi ile birlikte gemi adamlarının hizmetinin de kiracıya tahsis

³ 14/02/2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete

⁴ Gemi kira sözleşmesi hukukumuzda ilk defa Türk Ticaret Kanunu ile düzenlenmektedir. Türk Ticaret Kanunu tasarisının gemi kira sözleşmesine ilişkin kısmında Fransız Hukuku model olarak alınmıştır. Tasarının hazırlık çalışmalarında ayrıca Alman ve Norveç Hukuklarının ilgili hükümleri de göz önünde bulundurulmuştur. Bkz. Samim ÜNAN, “Bareboat and Time Charters in the New Turkish Commercial Code (a short comparison to German Draft dated 2011)”, **Recent Developments in Maritime Law**, İstanbul 2012, s. 25.

⁵ Çetingil / Kender / Ünán / Yazıcıoğlu’na göre, bu durumda kiraya veren gemi adamları ile olan iş sözleşmelerini kiracıya devretmekte ise sorun yoktur. Fakat aksi halde yani kiraya veren bu sözleşmelerin tarafı olmaya devam ediyorsa “kira” ilişkisinin varlığı çok şüphelidir. Bkz. Ergon ÇETİNGİL/ Rayegan KENDER/ Samim ÜNAN/ Emine YAZICIOĞLU, “Türk Ticaret Kanunu’nun Deniz Ticaretine Ayrılan Dördüncü Kitabında Hükümlerin Değiştirilmesine Dair Tasarı Taslağı”, **Deniz Hukuku Dergisi** 2002, Özel Sayı, s. 115.

⁶ Sami OKAY, **Deniz Ticareti Hukuku II**, B. 2, İstanbul 1971, s. 3; Sami AKINCI, **Deniz Hukuku - Navlun Mukaveleleri**, İstanbul, 1968, s. 13, dn. 1.

⁷ Çıplak gemi kira sözleşmesinin farklı bir tanımı, 23/06/2000 tarihli ve 24088 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği’nin 4(1)(j). maddesinde “j) *Çıplak Kiralama (Bareboat): Bir ülke bayrağındaki geminin, bir donatan/işletici sorumluluğunda başka bir ülke bayrağına geçici bir süreyle geçmesini sağlayan, geminin giderlerinin kimin tarafından hangi ölçüde karşılanacağı özel anlaşmalara tabi olan kiralamayı,*” şeklinde yapılmaktadır.

edilmesini öngören “Donatılmış Gemi Kira Sözleşmesi”⁸ (*Demise Charter Contract*) isimli bir türü daha bulunmaktadır⁹. TTK’nın 1119(2). maddesi, donatılmış gemi kira sözleşmesinin de hukukî nitelik olarak bir gemi kira sözleşmesi olduğunu ve dolayısıyla bu tür sözleşmelerin de gemi kira sözleşmesine uygulanan kurallara tâbi olduğunu belirtmektedir. Aslında her iki hükümde belirtilen gemi kira sözleşmeleri tek tanım altında toplanarak uygulamayla uyumluluk sağlanabilirdi¹⁰. Fakat bu takdirde gemi adamlarının hizmetlerinden, kiralanmaları ile yararlanılabileceği gibi kanun koyucu tarafından da istenilmeyen bir sonuç ortaya çıkabilirdi. Bu nedenle Türk Ticaret Kanununda da yapıldığı gibi sözleşmenin temel tanımının verilmesi ile yetinilmesi ve gemi adamlarının hizmetlerinin de sözleşmeye dâhil edilebileceğinin ayrıca kabul edilmesi daha yerinde olmuştur. Buradan hareketle “gemi kira sözleşmesi, kiraya verenin geminin kullanılmasını çıplak olarak¹¹, geçici bir süre için, kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanabilir¹².

B) UNSURLARI

Gemi kira sözleşmesinin adı kira sözleşmesinde olduğu gibi; kullanmanın geçici olarak devri taahhüdü, kira bedeli ödeme taahhüdü ve taraflar arasında anlaşma olmak üzere üç unsuru vardır¹³.

⁸ Bkz. Yargıtay 11. HD., 11.10.2012, E. 2011/8537, K. 2012/15837.

⁹ Seniha Didem ALGANTÜRK LIGHT, “CMI Tarafından Gemi İşletme Müteahhidinin (Barboot Charterer) Tesciline İlişkin Yapılan Çalışmalar ve Değerlendirme”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 4, S. 8, 2005 (Gemi İşletme Müteahhidinin Tescili), s.150.

¹⁰ Nitekim Yargıtay bir kararında, sözleşme içeriğinden dava konusu teknenin kaptanı ve personeli ile birlikte kiraya verildiğini ve bu nedenle de sözleşmenin çıplak kira sözleşmesi niteliğinde olmadığını belirtmektedir. Bkz. Yargıtay 11. HD., 11.10.2012, E. 2011/8537, K. 2012/15837.

¹¹ “*Is the hire of the a naked ship*” Bkz. Stanley BONNICK, *Gram on Chartering Documents*, Second Edition, London, New York, Hamburg, Hong Kong 1988, s. 82.

¹² *Ülgener* ise 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Türk Borçlar Kanununun 248. maddesinden hareketle gemi kira sözleşmesini “*Gemi kira sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, gemi maliki kiralayana, onunla gemi işletme müteahhidine ücret karşılığında geminin kullanılmasını terk etmeyi taahhüt eder.*” şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Fehmi ÜLGENER, *Çarter Sözleşmeleri I: Genel Hükümler, Sefer Çarter Sözleşmeleri*, İstanbul 2000, s. 35.

¹³ Hüseyin ALTAŞ, *Haslat ve Şirket Kirası*, Ankara 2009, s. 48; *Ünan*, bu unsurlara ayrıca “*belirli bir süre unsurunu*” da eklemektedir. Bkz. ÜNAN, a.g.m., s. 26.

1- Geminin Kullanımının Geçici Olarak Devri Taahhüdü

a) Genel Olarak

Gemi kira sözleşmesi, geminin kullanılmasının kiracıya geçici bir süre için bırakılmasını amaç edinir. Bu nedenle söz konusu edimin taahhüdü sözleşmenin asli unsurudur ve taahhüdün yapılması sözleşmenin kurulabilmesi açısından yeterlidir¹⁴. Taahhüde uygun olarak geminin kullanılmasının kiracıya devredilmesi, kiraya veren tarafından üstlenilen bu borcun ifasından ibarettir. Ancak aşağıda ele alınacağı üzere kiraya verenin buradaki taahhüdü, benzer sözleşmelerden farklı olarak geminin teknik ve ticari yönetimini de içine alacak şekilde bütün kontrolünün kiracıya devrini kapsamaktadır¹⁵. Şu kadar ki; sözleşme konusu olan gemi kavramından anlaşılması gerekenin ve sözleşme ile kiracıya kullanılması bırakılan devrin kapsamının ayrıca ortaya konması, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Bilindiği gibi geminin tanımı bakımından gerek ulusal¹⁶ ve yabancı¹⁷, gerekse uluslararası¹⁸ mevzuatta bir yeknesaklık yoktur. Bunun sebebi, tanımın yapıldığı mevzuatın farklı amaçlarla kaleme alınmış olmasıdır¹⁹. Bu nedenle burada gemi kavramından ne anlaşılması gerektiği gemi kira sözleşmesinin düzenlendiği Türk Ticaret Kanunu esas alınarak açıklanacaktır.

¹⁴ ALTAŞ, a.g.e., s. 47.

¹⁵ Fehmi ÜLGENER, "Gemi İşletme Müteahhidi, Gemi Yöneteni ve Zaman Çartereri Kavramları", **Deniz Hukuku Dergisi**, Y. 6-7 (2001-2002), S. 1-4, s.12; Lars GORTON / Rolf IHRE / Arne SANDEVARN / Patrik HILLENUS, **Shipbroking and Chartering Practice 2009**, s. 112; ALGANTÜRK LIGHT, "Gemi İşletme Müteahhidinin Tescili", s. 153.

¹⁶ Örneğin, 1957 tarihli Gemi Sicili Nizamnamesi'nin hükümleri gereğince sicile kayıt edilemeyen gemilerin tescili için hazırlanan 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu (TUGSK) 2(a), maddesinde gemi: "*Gemi: Ticari amaçla kullanılan her türlü yük, yolcu ve açık deniz balıkçı gemilerini ifade eder.*" şeklinde tanımlanmaktadır.

¹⁷ Gerçekten de İngiliz Deniz Ticaret Kanunu'nda denizde kürekten başka aletle sefer yapan her tekneyi gemi olarak tanımlarken; Hollanda Ticaret Kanunu, adı ve nevi ne olursa olsun, bütün deniz vasıtalarını gemi olarak tanımlamaktadır. Bkz. Pınar AKAN, **Deniz Hukuku'nda Geminin Enkaz Haline Gelmesinin Hukuki Niteliği ve Sonuçları**, İstanbul 2005 (Geminin Enkaz Haline Gelmesi), s. 11; Farklı tip sözleşmelerdeki gemi tanımları için Bkz. Nicholas GASKELL / Regina ASARIOTIS / Yvonne BAATZ, **Bills of Lading: Law and Contracts**, London 2000, s. 161-166.

¹⁸ Patrick GRIGGS / Williams RICHARD / Jeremy FARR, **Limitation of Liability For Maritime Claims**, Fourth Edition, London 2005, s.12, 13; Lahey/Visby Kurallarına (m. 1/d.) göre deniz taşımacılığında kullanılan her türlü araç, gemi tanımına dâhildir. Görüldüğü üzere bir aracın gemi sayılabilmesi için deniz taşımacılığında kullanılabilmesi yeterlidir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 11/12/2008 tarihinde kabul edilen Rotterdam Kuralları'nda da (m. 1/25) geminin söz konusu tanımı korunmuştur. Bkz. M. Barış GÜNAY, **Hazırlık Çalışmalarının Işığında Lahey/Visby Kuralları** (Rotterdam Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak), Ankara 2013, s. 85, 86.

¹⁹ Turgut KALPSÜZ, **Deniz Ticareti Hukuku**, Birinci Cilt (Giriş – Gemi), Ankara 1971, s. 73.

b) Gemi

Gemi kira sözleşmesini diğer kira sözleşmelerinden ayıran en önemli özellik konusunun “gemi” olmasıdır. Bu bakımdan suda kullanılan ancak gemi sayılmayan yüzer araçların kiraya verilmesi, tek başına gemi kira sözleşmesine vücut vermez. Dolayısıyla geminin tanımlanması, tanım kapsamındaki araçların tabi olacağı hükümlerin belirlenmesi²⁰ yanında, bunların kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin gemi kira sözleşmesi kapsamında olup olmadığının belirlenmesi açısından büyük öneme sahiptir.

6762 sayılı Mülga Türk Ticaret Kanununun²¹ 816. maddesinde gemi, “*tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılması, denizde hareket etmesi imkânına bağlı bulunan ve pek küçük olmayan her türlü tekne*” olarak tanımlanmaktaydı. Kanunun bu tanımından, denizde hareket etmeyen veya denizde kullanılmayan veya tekne şeklinde inşa olunmayan araçların gemi kapsamında sayılmadığı ve bunların kullanılmasının devrini öngören sözleşmelerin gemi kira sözleşmesi kapsamında olmadığı açıkça anlaşılmaktaydı. Bununla birlikte bu tanım, sadece denizde hareket etmeyi ve tekne olmayı esas alması, dolayısıyla geminin güncel tanımından uzak olması bakımından eleştirilmekteydi²². Nitekim günümüzde gemi sadece denizde değil, aynı zamanda iç sularda da kullanılmaktadır. Bununla birlikte günümüz gemi mühendisliği ve inşasında kaydedilen gelişmeler sonucunda gemilerin tekne şeklinin dışında yapılması da mümkün hale gelmiştir²³.

Tanıma ilişkin söz konusu eksiklik ve eleştirilerin giderilmesi amacıyla TTK'nın 931(1). maddesinde geminin yeni bir tanımlanmıştır. Buna göre; “*tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği*

²⁰ KALPSÜZ, a.g.e., s. 84; Aleka MANDARAKA – SHEPPARD, **Modern Maritime Law**, Second Edition, London & New York 2007, s. 14.

²¹ 09/07/1956 tarihli ve 9353 sayılı Resmî Gazete

²² “... Ticaret Kanununda “gemi” tarif edilirken “denizde” değil, “suda” ibaresinin tercih edilmesi ve bu suretle nehir ve göllerde hareket eden gemilerle yapılan ticaretin de Ticaret Kanununun deniz ticaret ile ilgili V. Kitabının kapsamına sokulması daha uygun olurdu.” KALPSÜZ, a.g.e., s. 79; “... “tekne” kelimesinin kullanılması, denizde faaliyet gösteren yeni bazı araçların gemi sayılmaması nedeniyle gemiye dair hükümlerin uygulanma imkânını ortadan kaldırmaktadır ve bu ihtiyaçları karşılamamaktadır.” Bkz. Rayegan KENDER, “Gemi”, **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, İstanbul 1997, s. 248; Kerim ATAMER, “Gemilerde Aynı Haklara ve Cebri İcraya Uygulanacak Hukuk”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Y. 6-7 (2001-2002), S. 1-4, s. 80.

²³ Nitekim Kalpsüz'e göre: “Bir cismin gemi addolunabilmesi için tekne olması lazım geldiği halde, gemi inşasında alışılmış tarz ve şekilde imâl edilmiş bulunması gerekmez. Geminin kendisi için inşa edildiği gayeye göre, tekne mutad gemi şeklinden farklı bir tarzda imâl edilmiş olabilir.” Bkz. KALPSÜZ, a.g.e., s. 76.

bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından 'gemi' sayılır." Bu yeni düzenleme ile gemi tanımının genişletildiği, denizde hareket etme ve tekne şartları yerine suda hareket etme ve yüzme özelliği bulunan her aracın gemi addedildiği görülmektedir²⁴. Yeni hüküm bunlara ilaveten yüzme özelliği bulunması şartıyla kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmayan su araçlarını da gemi olarak nitelendirmektedir.

Türk Ticaret Kanununun bu hükmünden hareketle bir su aracının gemi olarak kabul edilmesi için, öncelikle tahsis edildiği amaç suda hareket etmesini gerektirmelidir. Dolayısıyla, bir yere devamlı suretle demirlenme, karaya oturtulma veya karada bulundurulma suretiyle lokanta, otel veya diğer herhangi bir şekilde işletilen su araçları, tahsis edildiği amaç suda hareket etmesini gerektirmediğinden gemi tanımının kapsamı dışındadır²⁵. Tabiatıyla bu tür araçların kiralanması suretiyle devrini öngören sözleşmeler gemi kira sözleşmesinin konusunu oluşturmaz. Aksine yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan bir su aracı, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da gemi sayıldığından, bunların kiralanması suretiyle devrini öngören sözleşmeler gemi kira sözleşmesinin konusunu oluşturur.

Geminin tanımı bakımından her iki Türk Ticaret Kanununun ortak özelliği söz konusu tekne veya aracın "pek küçük" olmaması kıstasını kabul etmesidir²⁶. Ancak bu ifadeden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama her iki Kanunda da yapılmamıştır. Doktrinde, "pek küçük" olmama ifadesinden; denizin tehlikelerine karşı koyacak büyüklükte olma²⁷ veya normal bir deniz yolculuğunun tehlikelerine karşı koyabilme ve böyle bir yolculuğu tamamlayacak nitelikte olma²⁸ ölçütünün anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Geminin Türk Ticaret Kanunundaki yeni tanımı güncel ihtiyaçların karşılanması açısından daha elverişlidir. Ancak kanunda tanımı

²⁴ Hakan KARAN, "The Draft Turkish Maritime Law", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 36, N. 4, October 2005, s. 480; Seniha Didem ALGANTÜRK LIGHT, "TTK Tasarısı'nın Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı ile Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 5, S. 10, 2006, s. 126.

²⁵ KALPSÜZ, a.g.e., s. 81.

²⁶ GÜNAY, a.g.e., s. 86.

²⁷ Fahiman TEKİL, *Deniz Hukuku*, B. 6, İstanbul 2001, s. 68; Mertol CAN, *Deniz Ticaret Hukuku Ders Kitabı, Cilt I: Giriş-Gemi-Deniz Hukuku Kişileri*, Ankara 2000, s. 11; AKAN, a.g.e., s. 5; Sami OKAY, *Deniz Ticareti Hukuku I*, (Giriş-Gemi-Donatma ve Donatma İştiraki), B. 3, İstanbul 1970, s. 79.

²⁸ KALPSÜZ, a.g.e., s. 77.

yapılmayan ve somut bir ölçüye dayanmayan “pek küçük olmayan” kavramının geminin tanımı bakımından korunması anlaşılır değildir²⁹. Bu kavram ile ancak belirli büyüklükteki veya kapasitedeki su araçlarının gemi olarak kabul edilmesi ve bunun tartışmaya yer bırakmayacak şekilde düzenlenmesi, bu araçların kiralanmasının tâbi olacağı hukuki rejimin kolayca belirlenmesi bakımından daha doğru olurdu.

Türk Ticaret Kanununda gemiler tahsis edilme veya kullanılma amacı bakımından ticaret gemisi olmayan gemiler ve ticaret gemileri olarak ikiye ayrılır. Nitekim TTK’nın 931(1). maddesinde ticaret gemisi olmayan “gemi”nin; 931(2). maddesinde ise “ticaret gemisi”nin tanımı yapılmaktadır. TTK’nın 931(2). maddesinde verilen tanımdan hareketle, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi “ticaret gemisi”dir. Tanımından da anlaşılacağı üzere ticaret gemisi olmanın ilk şartı, Türk Ticaret Kanunu anlamında gemi vasfına sahip olmaktır. Diğer önemli şart ise geminin suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilmiş veya fiilen böyle bir amaç için kullanılmış olmasıdır. Bu nitelikteki bir geminin kimin adına veya hesabına veya kimin tarafından kullanıldığına ise ticaret gemisi sayılmasına bir etkisi yoktur.

Bir geminin TTK’nın 931. maddesi bakımından “ticaret gemisi” olup olmaması ona uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından önem taşır³⁰. Nitekim TTK’nın 935(1). maddesinde “*aksini öngören kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun deniz ticaretiyle ilgili hükümleri ticaret gemileri hakkında uygulanır.*” denilmektedir. Gemi kira sözleşmelerine ilişkin hükümler ise TTK’nın 935(1). maddesi anlamında, Türk Ticaret Kanununun deniz ticaretiyle ilgili hükümleri arasındadır. Bu anlamda Türk Ticaret Kanununun gemi kira sözleşmelerine ilişkin hükümleri, kural olarak, TTK’nın 931(2). maddesinde tanımlanan ticaret gemileri hakkında uygulanabilir³¹. Diğer bir deyişle suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilmeyen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılmayan gemilerin kiralanması gemi kira sözleşmesinin konusunu oluşturmaz³². Bununla birlikte bu emredici bir düzenleme değildir. Sözleşme serbestisi ilkesi gereği taraflar, ticaret gemisi olmayan bir geminin kiralanmasına da Türk Ticaret Kanununun gemi kira

²⁹ GÜNAY, a.g.e., s. 86.

³⁰ KALPSÜZ, a.g.e., s. 84, 99; Rayegan KENDER/ Ergon ÇETİNGİL, **Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları İle Birlikte) Temel Bilgiler**, 12. Bası, İstanbul 2010, s. 37, 38.

³¹ ÜNAN, a.g.m., s. 25.

³² ÜNAN, a.g.m., s. 25.

sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu halde ticaret gemisi olmayan bir geminin kiralanması hakkında da söz konusu hükümler uygulama alanı bulabilir.

c) Kullanımın Geçici Olarak Devri

aa) Zilyetliğin Devri

Zilyetlik, eşya üzerindeki fiili hâkimiyettir³³. Zilyetlik aynı zamanda eşya üzerindeki şahsi hakların³⁴ kullanılmasına da imkân sağlar³⁵. Bu anlamda gemi kira sözleşmesinde geminin kullanılmasının kiracıya bırakılabilmesi için, geminin zilyetliğinin kiracıya devredilmesi gerekmektedir³⁶. Çünkü geminin sözleşme uyarınca kullanılabilmesi, zilyetliğinin kiracıya devredilmesine bağlıdır. Geminin kiracıya teslim edilmesi ile tesis edilen dereceli zilyetlik yapısı içerisinde kiracıya bir alacak hakkına dayanan doğrudan³⁷ zilyetlik sağlanmaktadır³⁸. Kiracının buradaki zilyetliği, kişisel bir hakka dayandığı için aynı zamanda fer’i zilyetliktir³⁹. Fakat burada kiracı donatan gibi sözleşme konusu geminin doğrudan zilyedi olabileceği gibi, gemi üzerindeki hâkimiyetini kaptanı aracılığı ile sürdürmesi durumunda olduğu gibi dolaylı zilyet de olabilir.

Gemi zilyetliğinin devri için uygulamada geminin fiilen kiracıya teslimi aranmasına rağmen, bunun yerine gemiyi temsil eden belgelerin

³³ Kemal OĞUZMAN / Nami BARLAS, **Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, İstanbul 2008, s. 132; Şeref ERTAŞ, **Eşya Hukuku**, B. 9, İzmir 2011, s. 27.

³⁴ Gemi eşya olarak bir taşınır eşyadır. Bu nedenle, “Taşınır eşyaların sahipliği hakkında uygulanan ilkeler gemi sahipliğine de uygulanır”. Bkz. MANDARAKA – SHEPPARD, a.g.e., s. 296.

³⁵ Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ / Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2009, s. 92.

³⁶ Klaus DIMIGEN, **Bareboat charter und Bareboatregistrierung**, Hamburg 2000, s. 3; ÜLGENER, **Çarter Sözleşmeleri I**, s. 34; Charles, L. TROWBRIDGE, “History, Development, and Characteristics of the Charter Concept”, **Tulane Law Review**, Vol. 49, N. 4, May 1975, s. 748; Lambert LEROY, “Damages Arising from Breach of Contract, Loss of Revenue, and Indirect Damages”, **Tulane Law Review**, Vol. 72, 1997-1998, s. 763; Bruce, A. KING, “Ships as Property: Maritime Transactions in State and Federal Law”, **Tulane Law Review**, Vol. 79, N. 5-6, 2005, s. 1266.

³⁷ “Gemi kira süresinde gemi işletme müteahhidinin vasıtasız zilyetliğinde (“full possession”) bulunacak ve her türlü kontrolü belirtilen tarafa geçecektir.” Bkz. ÜLGENER, **Çarter Sözleşmeleri I**, s. 35.

³⁸ Mustafa Alper GÜMÜŞ, “Yeni” 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2011, s. 26.

³⁹ Bilge ÖZTAN, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 24. Bası, Ankara 2006, s. 676; AL-TAŞ, a.g.e., s. 49; ÜLGENER, “Gemi İşletme Müteahhidi”, s.13.

veya geminin kullanılmasına özgülenmiş anahtarlar⁴⁰ gibi araçların kiracıya teslimi de yeterli kabul edilmelidir⁴¹. Burada gemi zilyetliğinin devrinin kira sözleşmesine uygun olarak yapılması diğer bir deyişle geminin, kira sözleşmesinde güdülen amaç doğrultusunda kullanılmaya elverişli olarak teslim edilmesi devrin geçerliliği açısından büyük önem taşımaktadır. Gemi zilyetliğinin devri ile kiracı artık TTK'nın 1061(2). maddesi anlamında gemi işletme müteahhidi sıfatını kazanır⁴² ve bundan sonra üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan⁴³ sayılır⁴⁴. Bu aşamadan sonra gemi sahibi kiraya veren de, donatan sıfatını yitirir⁴⁵. Bu anlamda gemi sahibi kiraya veren ve kiracının sorumlulukları gemi zilyetliğinin devri ile değişir⁴⁶. Gemi kira sözleşmesinde gemi zilyetliğinin kiracıya devri aynı zamanda sözleşmeye uygun olarak geminin teknik ve ticari yönetiminin devrini de içermektedir⁴⁷.

bb) Teknik Yönetimin Devri

Geminin teknik yönetimi, geminin kullanımı konusundaki karar verme yetkisini içermektedir. Ancak bundan sadece geminin sevki (seyri) konusundaki yetkiler değil aynı zamanda geminin varlığının korunması için gerekli olan ve geminin diğer teknik yönetimi olarak adlandırılan konulardaki karar verme yetkileri⁴⁸ de anlaşılmalıdır⁴⁹.

⁴⁰ Cevdet YAVUZ / Faruk ACAR / Burak ÖZEN, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri**, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 191.

⁴¹ Murat İNCEOĞLU, **Kira Hukuku**, Cilt I, İstanbul 2014, s. 75.

⁴² DIMIGEN, a.g.e., s. 5; ALGANTÜRK LIGHT, "Gemi İşletme Müteahhidinin Tescili", s.153.

⁴³ Yargıtay 11. HD., 02.04.2012, E. 2010/14514, K. 2012/5152.

⁴⁴ Bülent SÖZER, **Gemi Geminin Mütemmim Cüzü ile Teferruatı ve Bunların Finansal Kiralama Sözleşmesi ile Temini Halinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar**, İstanbul 2010, s. 111; Ergon ÇETİNGİL, "Finansal Kiralama Konusu Gemiler Üzerinde Gemi Alacaklısı Hakkının Doğması ile İlgili Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar" **Deniz Hukuku Dergisi**, Y. 4 (1999), S. 1-2, s. 11; ÜLGENER, "Gemi İşletme Müteahhidi", s.12; ALGANTÜRK LIGHT, "Gemi İşletme Müteahhidinin Tescili", s. 154.

⁴⁵ ÜLGENER, "Gemi İşletme Müteahhidi", s.14; Ayrıca bu aşamadan sonra gemi sahibi kiraya veren, kiraya verdiği gemi dolayısıyla üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan gibi sorumlu olmaz. Bkz. Yargıtay 11. HD., 14.06.2011, E. 2011/3597, K. 2011/7173. Gemi alacaklıları ise bu durumun istisnasını oluşturur.

⁴⁶ Sheldon A. GEBB, "The Demise Charter: A Conceptual and Practical Analysis", **Tulane Law Review**, Vol. 49, N. 4, 1974-1975, s. 768, 784.

⁴⁷ ÜLGENER, **Çarter Sözleşmeleri I**, s. 34.; Işık GÖKTAN, **Taşıyanın Mali Mesuliyet Sigortası P&I Koruma ve Tazmin**, İstanbul 2006, s. 15; ALGANTÜRK LIGHT, "Gemi İşletme Müteahhidinin Tescili", s.153.

⁴⁸ Fehmi ÜLGENER, "Zaman Çarterlerinin Gemiye Kullanma Yetkisi ve Bunun Sınırları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 10, S. 1-3 (1996) (Zaman Çarterlerinin Gemiye Kullanma Yetkisi), s. 451.

⁴⁹ "Geminin teknik yönetimi, gemiyi sefere elverişli ve sözleşmede belirtilen amaca uygun kul-

Gemi kira sözleşmesinde geminin kullanımının geçici bir süre kiracıya devri amaçlanır. Bu nedenle gemi kira sözleşmesinde, yolculuk veya zaman çarteri gibi diğer deniz ticareti sözleşme türlerinden farklı olarak geminin kullanılmasının ve kontrolünün esaslı unsuru olan teknik yönetimin kiracıya devri zorunludur⁵⁰.

Geminin bütün manevra hareketleri, rotanın belirlenmesi, kılavuzluk hizmetinden yararlanması, dümen ve makine kumandaları, mevki tayini, radara bakılması, demirleme, meteorolojik haberleri değerlendirme, harita ve pusulanın kullanılması, ışıklandırma, işaret verme ve deniz trafik kurallarına uyulması gibi hususlar geminin sevki konusundaki yetkilere örnek olarak verilebilir⁵¹. Geminin sevki dışında kalan⁵² ve özellikle onun korunması, tamir edilmesi, yolculuğu esnasında elverişli halde tutulması ve emniyetinin sağlanması için alınması gerekli olan tedbirler ise geminin diğer teknik yönetimine dâhildir⁵³.

cc) Ticari Yönetimin Devri

Gemi kira sözleşmesinde geminin ticari yönetiminin de kiracıya devri zorunludur⁵⁴. Geminin ticari yönetimi, daha çok onun işletilmesi ve yükü veya yolcuları ile ilgili karar ve tedbirlerin alınması yetkisini içermektedir. Dolayısıyla geminin ticari yönetimi onu işletenin menfaatine hizmet ederken; teknik yönetimi daha çok onun varlığının korunması ve devam ettirilmesine hizmet etmektedir. Hangi limanlara ve ne zaman uğranılacağı, hangi tür yüklerin taşınacağı, yükün elleçlenmesi, yüklenmesi ve korunması, geminin

*lanıma hazır halde bulundurmaktan ibaret değildir; geminin periyodik denetimleri yaptırmak ve iyi halde muhafazasına yönelik diğer tedbirleri almak, Güvenli Yönetim Kodu (ISM Code) uyarınca güvenli yönetim sistemi oluşturmak, gemiye ilişkin gerekli belgeleri alma ve gemide bulundurma gibi işler de teknik yönetim kapsamındadır.” Bkz. Rayegan KENDER / Ergon ÇETİNGİL / Emine YAZICIOĞLU, **Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1**(6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Güncellenmiş B.13, İstanbul 2012, s. 134) (Deniz Ticareti Hukuku I).*

⁵⁰ TROWBRIDGE, a.g.m., s. 748; GEBB, a.g.m., s. 766.

⁵¹ Tahir ÇAĞA, **Navlun Sözleşmesi**, İstanbul 2004, s. 156; ÜLGNER, “Zaman Çarterlerinin Gemiye Kullanma Yetkisi”, s. 451; Hakan KARAN, **Taşıyanın Yükün Ziya ve Hasarından Sorumluluğunda Teknik Kusur-Ticari Kusur Ayrımı** (Teknik Kusur-Ticari Kusur Ayrımı), (Yüksek Lisans Tezi) Ankara 1992, s. 102, 118, 119.

⁵² Uygulamada da geminin idaresinin veya sevkinden başka bir kusuru açıklamak için ticari kusur kavramı kullanılır. Bkz. Hakan KARAN, **The Carrier’s Liability Under International Maritime Conventions: The Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules** (The Carrier’s Liability), New York-Ontario 2007, s. 289.

⁵³ “Yüke hizmet eden tedbirler bunun dışındadır.” Bkz. ÇAĞA, a.g.e., s. 157.

⁵⁴ ÜLGNER, **Çarter Sözleşmeleri I**, s. 34.

yola çıkma veya çalışma saatlerinin belirlenmesi gibi hususlar geminin ticari yönetimi konusundaki yetkilere⁵⁵ örnek olarak gösterilebilir⁵⁶.

Bazen kullanılan yetkinin geminin teknik yönetimine mi yoksa ticari yönetimine mi ait olduğu konusu açık olmayabilir. Örneğin yolculuk sırasında geminin yükü yer değiştirilebilir veya bu yük bir ara limanda boşaltılabilir⁵⁷. Bu durumda söz konusu hareketin geminin teknik yönetimi mi yoksa ticari yönetimi mi kapsamında olduğunu belirlemek önem arz eder⁵⁸. Türk Ticaret Kanununda bu konuyu doğrudan açıklığa kavuşturan bir hüküm yoktur. Bununla birlikte taşıyanın “teknik kusur ve yangın” durumundaki sorumluluğunu düzenleyen TTK’nın 1180. maddesinden yararlanılabilir.

TTK’nın 1180(1). maddesi uyarınca, “Zarar geminin sevkine veya başkaca teknik yönetimine ilişkin bir hareketin veya yangının sonucu olduğu takdirde, taşıyan yalnız kendi kusurundan sorumludur. Daha çok yükün menfaati gereği olarak alınan önlemler, geminin teknik yönetimine dâhil sayılmaz.” Hükümden ilk olarak, geminin sevkine veya başkaca teknik yönetimine ilişkin hareketlerin teknik yönetim kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Hükmün karşı anlamından ise daha çok yükün menfaati gereği olarak alınan önlemlerin, geminin ticari yönetimine dâhil olduğu anlaşılmaktadır⁵⁹. TTK’nın 1180(2). maddesi ise tereddüt hâlinde zararın, teknik yönetimin sonucu olmadığı kabul edileceğini düzenlemektedir. Fakat buradan hareketle yapılan eylemin teknik veya ticari yönetim kapsamında kaldığının belirlenmesinde de benzer karinenin uygulanması gerektiği sonucuna varılamaz. Çünkü söz konusu hüküm münhasıran taşıyanın “teknik kusur ve yangın” durumundaki sorumluluğunu düzenlemektedir.

⁵⁵ ÜLGENER, “Zaman Çarterlerinin Gemiye Kullanma Yetkisi”, s. 452; İlknur ULUĞ, “Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Haziran-Aralık 2012), C. 6, S. 1-2, s. 10, 11.

⁵⁶ “TTK’da belirtilmemiş olmakla birlikte, bir geminin ticari yönetimi, “geminin yük veya yolcu taşıma ya da tahsis edildiği diğer bir amaca uygun kullanımı ile kazanç elde etmeye yönelik sözleşmelerin akdedilmesi ve bu sözleşmelerden doğan borçların ifasına yönelik işlerin planlanması” olarak anlaşılabilir.” Bkz. KENDER / ÇETİNGİL / YAZICIOĞLU, *Deniz Ticaret Hukuku I*, s.134.

⁵⁷ “Mesela ara limanda geminin bozulan dengesinin sağlanması amacıyla yeniden yapılan istifleme faaliyeti yük üzerinde gerçekleşmekle birlikte geminin teknik idaresine ait bir harekettir.” KARAN, *Teknik Kusur-Ticari Kusur Ayrımı*, s. 105, 107.

⁵⁸ Aslında teknik idare-ticari idare kavramı, teknik kusur-ticari kusur gibi birbirinin karşıtı olarak kullanılır. Bkz. KARAN, *Teknik Kusur-Ticari Kusur Ayrımı*, s. 101.

⁵⁹ Söz konusu hüküm Mülga TTK’nın 1062. maddesinin yeniden kaleme alınmış hâli olduğundan benzer sonuca Mülga TTK’nın 1062. maddesinden de varılmaktaydı. Bkz. KARAN, *Teknik Kusur-Ticari Kusur Ayrımı*, s. 154, 155.

Netice olarak kullanılan yetkinin geminin teknik yönetimine mi yoksa ticari yönetimine mi ait olduğu hususunda yapılan hareket ile güdülen amaca bakılarak⁶⁰ karar verilmelidir⁶¹. Burada TTK'nın 1180(1). maddesinde yer alan “daha çok” ifadesi bilinçli olarak kullanılmıştır. Dolayısıyla kullanılan yetkinin daha çok neyi amaçladığı göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü geminin teknik olarak iyi bir şekilde yönetiminde öncelikle geminin dolayısıyla da sahibinin menfaati varken; geminin ticari yönetiminde yani onun ticari olarak verimli bir şekilde kullanılmasında ise daha çok işletenin menfaati bulunmaktadır⁶². Örneğimize dönecek olursak, söz konusu yükün yer değiştirilmesi veya boşaltılması geminin korunması amacıyla yapılmış ise geminin teknik yönetimi söz konusudur⁶³. Bunlar yükün korunması amacıyla yapılmış ise, geminin ticari yönetimi söz konusu olur⁶⁴. Kullanılan yetkinin veya yapılan hareketin kısmen başka bir amaca hizmet etmesi ise sonucu değiştirmez⁶⁵.

2- Kira Bedeli Ödeme Taahhüdü

TTK'nın 1119(1). maddesinde gemi kira sözleşmesinin, “kira bedeli” karşılığında yapılacağı açık şekilde hükme bağlanmaktadır. Bu açıdan gemi kira sözleşmesinin bir diğer unsuru kira bedeli ödeme taahhüdüdür. Dolayısıyla geminin kullanımının ivazsız⁶⁶ olarak devri gemi kira sözleşmesine vücut

⁶⁰ Benzer bir durum “denizcilik ve ticari kusur” ayrımı bakımından da söz konusudur. Anglo-Amerikan yargısı bu problemi “fayda kriteri” temelinde çözmüştür. Buna göre Anglo-Amerikan yaklaşımı çizgisinde gemiden çok yüklerin menfaatine olan önlemleri almadaki kusur ticari kusurdur. Bkz. KARAN, *The Carrier's Liability*, s. 289.

⁶¹ ÇAĞA, a.g.e., s. 158.

⁶² “...aynı kusur genellikle hem geminin hem de yükün menfaatini etkiliyorsa belirsizlik ortaya çıkabilir. Kusurun yol açtığı hatalı yükleme yükün emniyetini olduğu kadar geminin dengesini doğrudan veya yüklerin emniyetinin sonucu olarak da tehlikeye atabilir. Bu durumda hatalı yüklemeden kaynaklanan kayıp veya zararı kim karşılayacaktır. Bu sorunun cevabı için, gerçek olayda alınan tedbirin ana nedeni bulunmalıdır. Denizcilik kusuru ve ticari kusur arasındaki bu ayrım, alınmayan tedbirlerin asıl amacına bağlıdır ve bu nedenle her bir olayın gerçeklerinden çıkartılır.” Bkz. KARAN, *The Carrier's Liability*, s. 289.

⁶³ Bunların dışında yükü havalandırmak, yükleri istiflemek, özel kargo bölümlerinin ısısını kontrol etmek, branda ile kapakları yağmura karşı korumak, soğutma araçları ile ısıyı aşağıda tutmak, mavnaya üzerindeki yükün kaymaması için yük güvenliği tedbiri almak gemiden çok yükün menfaatine hizmet eden hareketlerdir ve geminin teknik idaresi kapsamındadır. Bkz. KARAN, *The Carrier's Liability*, s. 290.

⁶⁴ “... yükün bakım ve muhafazasındaki kusurlar demek olan ticari kusur..” Bkz. ULUĞ, a.g.m., s. 10.

⁶⁵ KARAN, *Teknik Kusur-Ticari Kusur Ayrımı*, s. 106, 135.

⁶⁶ “Bu ivaz unsuru, kirayı ariyet ve karzdan ayırır.” Bkz. Haluk TANDOĞAN, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Gör-*

vermez⁶⁷. Bununla birlikte söz konusu hükümde “kira bedeli” ifadesi kullanılmasından dolayı kiranın para⁶⁸ veya bunun dışında misli olan veya olmayan bir eşya olabileceği sonucuna da varılmaktadır⁶⁹. Bunların yanında kira bedeli kira konusu şeyden elde edilen cironun belirli bir kısmı veya yüzdesi olarak da belirlenebilir⁷⁰. Bu anlamda taraflar kira bedelinin kiraya verilen (örneğin balıkçı gemisi) gemi ile elde edilecek kazancın belirli bir kısmı olmasını da kararlaştırabilirler. Diğer taraftan kira bedelinin belirlenebilir olması yeterli olup⁷¹, sözleşme yapılmadan önce açıkça belirlenmiş olması zorunlu değildir⁷².

3- Anlaşma

a) Genel Olarak

Gemi kira sözleşmesi tıpkı adi kira sözleşmesi gibi rızai bir akittir⁷³. Bu yüzden tarafların sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin birbirine uygun iradelerini beyan etmeleri sözleşmenin kurulması için yeterlidir⁷⁴. Taraflar gemi kira sözleşmesinin esaslı noktaları⁷⁵ olan, geminin kullanımının kira

me, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, B II, Ankara 1982, s. 14.

⁶⁷ “...bedelin ödenmesi gerektiği hususunda taraflar anlaşmak zorundadır. Aksi halde, kira sözleşmesi kurulmuş olmaz.” Bkz. Cevdet YAVUZ / Faruk ACAR / Burak ÖZEN, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri** (Özel Hükümler), 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 184.

⁶⁸ “Kira sözleşmesinde karşılık (ivaz), kural olarak parayla ödenir.” Bkz. Emre GÖKYAYLA, “Türk Borçlar Kanunu’nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi” (Kira Bedelinin Belirlenmesi), **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Y. 2013, C. 9, S. 103-104, s. 19.

⁶⁹ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 26; YAVUZ / ACAR / ÖZEN, a.g.e., s. 185; GÖKYAYLA, a.g.m., s. 19; ALTAŞ, a.g.e., s. 50.

⁷⁰ GÖKYAYLA, a.g.m., s. 19.

⁷¹ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, a.g.e., s. 184; ALTAŞ, a.g.e., s. 50.

⁷² GÜMÜŞ, a.g.e., s. 27. Altaş’a göre, “Kira bedeli sözleşmede esaslı noktadır ve bunun üzerinde tarafların anlaşması ileriye bırakılamaz. Bedel belirlenmeden kira sözleşmesi uygulanma konulmuşsa, kiracı ve kiralayan sonradan belirlenen bedeli kabul ederlerse sözleşme devam eder. Eğer bedele taraflarca itiraz edilirse, hâkim geçmiş dönem kira bedelini kendisi belirler ve sözleşme ileriye dönük olarak sona erer.” Bkz. ALTAŞ, a.g.e., s. 50.

⁷³ ALTAŞ, a.g.e., s. 46, 47.

⁷⁴ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, a.g.e., s. 182; Hazırlar arasında birbirine uygun irade beyanlarının yapılması ile sözleşme kurulur ve hüküm ve sonuçlarını doğurur; hazır olmayanlar arasında ise sözleşme kabul beyanının varması ile kurulur ancak hüküm ve sonuçlarını kabul beyanının yapıldığı andan itibaren doğurur. Bkz. ALTAŞ, a.g.e., s. 53.

⁷⁵ “... esaslı noktalar taraflarca belirlenmiş veya sözleşme şartlarına ve düzenleyici hukuk kurallarına göre belirlenebilir nitelikteyse, uyuşma gerçekleşmiş olur.” Bkz. Köksal KOCAĞA, “Sözleşmenin Kurulabilmesi için Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.79, 2008, s. 82.

bedeli karşılığında geçici bir süre kiracıya bırakılması konusunda karşılıklı olarak anlaşmalıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun⁷⁶ (TBK) 12. maddesi uyarınca, tarafların sözleşmenin tali noktaları üzerinde uyuşmamış olmaları sözleşmenin kurulmasına engel değildir⁷⁷. Geminin teslim edileceği yer, sefer yapabileceği yerler, kullanım türü, kira bedelinin ödenme şekli veya yatırılacağı banka hesabı sözleşmenin tali noktalarına örnek olarak gösterilebilir. Sözleşmenin süresi de bu kapsamdadır. Bu nedenle tarafların sözleşmede kira süresini belirlemeleri zorunlu değildir⁷⁸. Bununla birlikte taraflar sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşmamışlarsa veya bu hususlar üzerinde uyuşmayı ileriye bırakmışlarsa, bu durum sözleşmenin kurulmadığı anlamına gelir⁷⁹.

b) Şekli

TBK'nın 12. maddesi uyarınca sözleşmelerde şekil serbestisi esastır⁸⁰. Gemi kira sözleşmesi, kanunen şekil şartına bağlanmadığından sözlü, yazılı ve hatta örtülü olarak da yapılabilir⁸¹. Örneğin geminin satıldığı halde alıcıya teslim olunmayıp satıcının yedinde bırakıldığı, alıcının da buna ses çıkarmak yerine satıcı tarafından geminin kendisinde bulunduğu süre zarfında yapılan düzenli ödemeleri kabul ettiği hallerde taraflar arasında örtülü olarak kurulmuş⁸² bir gemi kira sözleşmesi vardır⁸³. Ancak taraflar gemi kira sözleşmesinin belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırabilirler; bu takdirde, bu iradi şekil şartına uygun yapılmayan sözleşme, TBK'nın 17. maddesi uyarınca geçersiz olur⁸⁴.

⁷⁶ 04/02/2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete

⁷⁷ Fehmi ÜLGENER, "Çarter Sözleşmesinin Kuruluşu", **Deniz Ticareti Dergisi**, Y. 18, 2001 Mart, s. 68.

⁷⁸ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, a.g.e., s. 185.

⁷⁹ KOCAAĞA, a.g.m., 86.

⁸⁰ ALTAŞ, a.g.e., s. 47; "Kira sözleşmesinin geçerliliği, herhangi bir şekle uyulmasına bağlı değildir. Ancak uygulamada "T.C. Maliye Bakanlığı Kira Kontratosu" (kira sözleşmesi) nüshalarının kullanıldığı görülmektedir. Kullanılan bu belge ispat şekli olarak işlev görmektedir." Bkz. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, a.g.e., s. 182; Çarter sözleşmelerinde de çarterparti ispat işlevi görmektedir. Bkz. Gültekin ERŞAN, "Konişmento ve Çarterpartinin Hukuki Fonksiyonu", **Deniz Ticareti Dergisi**, Y. 5 (1988), S. 20, s. 66.

⁸¹ Diğer çarter sözleşmelerinin kuruluşu da şekil şartına bağlı değildir. Bkz. ÜLGENER, "Çarter Sözleşmesinin Kuruluşu", s. 67.

⁸² "Örtülü olarak anlaşmanın varlığı özellikle kiranın amacından çıkarılabilmektedir." Bkz. YAVUZ / ACAR / ÖZEN, a.g.e., s. 188.

⁸³ Yargıtay bir kararında, taraflar arasındaki ödemelere ilişkin defter ve kayıtların gemi kira sözleşmesinin varlığını gösterdiğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD., 20.09.2011, E. 2009/11624, K. 2011/10597.

⁸⁴ ALTAŞ, a.g.e., s. 47, 48; Taraflar çarter sözleşmesinin belirli bir şekilde yapılması konusunda anlaşmış iseler sözleşme; üzerinde anlaşılan standart çarterpartinin veya taraflarca

Gemi kirasında şekil serbestliği olsa da, ispatının kolaylığı ve kabul edilebilirliği bakımından bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılması daha yerinde olur⁸⁵. Sözlü olarak yapılan bir gemi kira sözleşmesine uygulamada nadiren rastlanır⁸⁶. Ayrıca 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun⁸⁷ 200(1). maddesi uyarınca, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçen ve bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin senetle ispat olunması gerekir. Bu nedenle söz konusu miktarı geçen gemi kira sözleşmelerinin kurulması şekle bağlı değilse de ispatı senetle olacağından yazılı şekilde yapılması daha doğrudur. Bunun yanında TTK'nın 1120. maddesi, tarafların gemi kira sözleşmesini belgelendiren, tevsik edici bir belgeyi diğerinden talep etme hakkını tanımaktadır⁸⁸. Söz konusu belge tek taraflı olarak düzenleneceğinden gemi kira sözleşmesini tek taraflı olarak tevsik edici niteliğe sahip olur⁸⁹.

TTK'nın 1120. maddesi, gemi kira sözleşmesinin tevsik edileceği belgeyi “gemi kira çarter partisi” olarak adlandırmaktadır. Böylelikle söz konusu hüküm, Türk mevzuatına yeni bir kavram kazandırmaktadır. Bilindiği üzere “çarter veya çarter partisi” (*charter-charterparty*)⁹⁰ kavramı denizcilikte genellikle geminin belirli bir bedel karşılığında tahsisi sözleşmesini ifade etmekte⁹¹ ve kendi içerisinde çeşitleri bulunmaktadır⁹². Ancak çarter kavramı, “gemi kira çarter partisi” olarak da adlandırılan gemi kira sözleşmesini de içine alan daha geniş bir kapsama sahiptir. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu, yerinde olarak gemi kira sözleşmesini tek taraflı olarak tevsik edecek olan

özel olarak hazırlanan metnin imzalanmasına kadar ertelenmiş olur. Bkz. ÜLGNER, “Çarter Sözleşmesinin Kuruluşu”, s. 67.

⁸⁵ TANDOĞAN, a.g.e., s. 95; Çarter partilerin geçerliliği için kanuni bir şekil şartı yoktur. Ancak sözlü olarak yapılan çarter partilerde problem teorik olarak hukuki geçerliliğinde değil ispat edilebilirliğindedir. Bkz. Andrew JAMIESON, *Shippers and The Law*, London - Hong Kong 1997, s. 54.

⁸⁶ DIMIGEN, a.g.e., s. 18.

⁸⁷ 04/02/2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete

⁸⁸ ÜNAN, a.g.m., s. 26.

⁸⁹ ÜNAN, a.g.m., s. 26.

⁹⁰ “... çarter-parti çarter mukavelesini tevsik eden senedin adıdır.” Bkz. ERŞAN, a.g.m., s. 65.

⁹¹ “Bu adlandırma sözleşme tiplerinin henüz türlere göre ayrı olarak görülmediği ve bu nedenle bu ibarelerin önemli bir rol oynamadığı bir dönemden kalmaktadır.” Bkz. DIMIGEN, a.g.e., s. 3.

⁹² Sweeney, J. DOEHRING, “Chartering of Vessels for Tideland Operations”, *Tulane Law Review*, Vol. 32, N. 4, 1957-1958, s. 243, 244; ÜLGNER, “Çarter Sözleşmesinin Kuruluşu”, s. 67.

belgeyi “gemi kira çarter partisi” olarak adlandırmıştır⁹³. Diğer taraftan söz konusu hükümdeki “bir gemi kira senedi” ibaresinden, bu senedin talep edilen tarafça tek yanlı olarak sözleşme hükümlerini içerecek şekilde düzenlenerek karşı tarafa vereceği anlaşılmaktadır. Gerçi Türk Ticaret Kanununda bu konuda açık bir hüküm yoktur. Ancak bu senedin çoğunlukla gemi kiracısı tarafından talep edileceği ve gemiyi kiraya veren tarafından sözleşme şartlarını içerecek şekilde düzenleneceği muhakkaktır. Bu durumda gemi kira senedi düzenleyenin taahhüdünü tevsik eder. Fakat beklenen bunun her iki tarafça imzalanmak suretiyle gemi kira sözleşmesini tam olarak tevsik eder hale getirilmesidir.

Gemi kira çarter partisinin, tarafların üzerinde anlaştığı gemi kira sözleşmesi şartlarını tam olarak içermemesi durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle gemi kira sözleşmesi tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla TBK’nın 1. maddesi anlamında kurulmuş olur. Bu nedenle sözleşmenin kurulmasından sonra düzenlenecek olan gemi kira çarter partisinin sözleşmesinin kurulmasına bir etkisi yoktur⁹⁴.

Öte yandan gemi kira sözleşmesinden farklı hükümler içeren gemi kira çarter partisinin sözleşmenin içeriğine etkisini, sözleşmesinin yazılı ve sözlü olarak yapıldığı durumlar bakımından ayırmakta yarar vardır.

Gemi kira sözleşmesinin yazılı olarak yapıldığı durumlarda sözleşme ve içeriğinin ispatı kolaydır. Bunun yanında TBK’nın 17(2). maddesinin TBK’nın 13 vd. maddelere yaptığı atıf dolayısıyla taraflar sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiği hususunda anlaşmış iseler, sözleşmede yapılacak değişikliklerinde yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu nedenle taraflardan birinin düzenleyeceği gemi kira çarter partisinin gemi kira sözleşmesinin esaslı ve tali şartlarını tam olarak içermemesinin gemi kira sözleşmesi ve içeriğine etkisi olmaz. Bu durum yeni bir gemi kira sözleşmesi kurulması

⁹³ TTK’nın 1120. maddesi mevzuatımıza yeni bir kavram kazandırmıştır. Bununla birlikte, madde başlığının “Gemi Kira Senedi” olmasına rağmen gemi kira sözleşmesinin tevsik edileceği belgenin adını “gemi kira çarter partisi” olarak belirlenmesi ikiliğe de neden olabileceğinden çok da kullanışlı değildir. Çünkü her iki kavram da neticede aynı amaçla düzenlenecek belge içindir ve muhtemelen birbirinin yerine kullanılacaktır. Dolayısıyla “gemi kira çarter partisi” denizcilik uygulamasında daha sık kullanılabilir bir kavram olduğundan çalışmamızda, gemi kira sözleşmesinin tevsik edileceği belge olarak bu kavram tercih edilecektir.

⁹⁴ ÜNAN, a.g.m., s. 26; “Şekil şartı bulunmadığından çarter sözleşmesinin kuruluşu çarter partinin düzenlenmiş olmasına bağlı değildir.” Bkz. ÜLGNER, “Çarter Sözleşmesinin Kuruluşu”, s. 67.

veya mevcut sözleşmenin şartlarının değiştirilmesi için yapılmış bir öneri olarak kabul edilebilir.

Gemi kira sözleşmesinin sözlü olarak yapıldığı durumlarda da sözleşmeden farklı hükümler içeren gemi kira gemi kira charter partisinin gemi kira sözleşmesi ve içeriğine etkisi olmaz. Zira bu durumda da yeni bir gemi kira sözleşmesi kurulması veya mevcut sözleşmenin şartlarının değiştirilmesi için yapılmış bir önerinin yapıldığı kabul edilir. Fakat bu halde hem sözleşmenin hem de içeriğinin ispatı kolay olmadığından gemi kira sözleşmesinin esaslı ve tali şartlarını tam olarak içermeyen gemi kira charter partisine itiraz edilmelidir. Aksi halde gemi kira charter partisinin aslında gemi kira sözleşmesinin içeriğini yansıtmadığını ispat kolay olmayacaktır.

Netice olarak TTK'nın 1120. maddesinin mevcut haliyle uygulamada hukukî uyumsuzluklara yol açacağı görülmektedir. Bu nedenle söz konusu hükmün yeniden ele alınması gerekmektedir. Dolayısıyla kanaatimce söz konusu maddede, gemi kira charter partisinin taraflarca sözleşme şartlarını içerecek şekilde düzenlenmesinin öngörülmesi ve bunun (en azından kira bedelinin belirli bir miktarı geçmesi halinde) sözleşmenin geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi daha yerinde olacaktır. Nitekim ileride değinileceği üzere günümüz denizcilik uygulamasında gemi kira sözleşmeleri, sözleşmenin taraflarınca ayrıca hazırlanmak yerine genellikle bu konuda hazırlanmış tip sözleşmeler üzerinden yazılı olarak yapılmaktadır.

c) Tip Gemi Kira Charter Partileri

Sözleşmelerin konusu ve şartlarının ve getirdiği hak ve yükümlülüklerin, taraflarının serbest iradeleri ile belirlenmesi esastır. Ancak bu durum sürekli ve çok sık kullanılan sözleşmelerin yapılması açısından uygulamada başvurulan bir yol değildir. Özellikle de sözleşmenin esaslı unsurlarının değişmediği sadece tarafları, yeri, tarihi ve uygulanma süresi gibi unsurlarının değişiklik arz ettiği sözleşmelerin konusu ve şartlarının tek tek ve detaylı olarak taraflarca belirlenmesi, ticari hayatın akışı içerisinde zaman ve para kaybına yol açacağı gibi pratik de değildir. Bu ve benzeri sakıncalarından dolayı içeriği tarafları veya üçüncü bir kişi veya kurum tarafından daha önceden belirlenmiş ve uygulamada “tip sözleşme” olarak adlandırılan hazır sözleşmelerin kullanılması daha yaygındır. Bu tür sözleşmeler konusuna göre kanundan kaynaklanan veya uygulamada genel kabul görmüş zorunlu ve seçimlik şartları içerirler. Taraflar sadece kendilerine ve sözleşmenin konusu, tarihi ve süresine ilişkin olan ve boş bırakılan yerleri doldurmak ve imzalamak

suretiyle iradelerine uygun bir sözleşmeyi çok basit bir usulle ve kısa bir sürede yaparlar.

Yukarıda bahsedilen husus gemi kira sözleşmeleri için de geçerlidir. Gerçekten de uygulamada gemi kira sözleşmeleri, sözleşmenin taraflarınca ayrıca hazırlanmak yerine genellikle bu konuda hazırlanmış tip sözleşmeler üzerinden yapılmaktadır. Söz konusu tip sözleşmelerin en çok kullanılanı Baltık ve Uluslararası Denizcilik Konseyi (*The Baltic and International Maritime Council*) (BIMCO) tarafından 1974 yılında hazırlanan ve türüne göre “BARECON A” veya “BARECON B” şeklinde isimlendirilen tip sözleşmelerdir⁹⁵. Her iki sözleşme de kısa zamanda dünya çapında kabul görmüş ve uygulamada amacına uygun baskın bir rol oynamıştır⁹⁶. Söz konusu tip sözleşme, BIMCO tarafından 1989 ve 2001 yılında olmak üzere iki kez yenilenmiştir⁹⁷. Günümüzde ise “BARECON 2001” şeklinde isimlendirilen tip sözleşme kullanılmaktadır.

Gemi kira sözleşmesine ilişkin Türk Ticaret Kanununun getirdiği hükümler yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğundan, uygulamada gemi kira sözleşmelerinin yine BIMCO tarafından hazırlanan ve 2001 yılında yenilenen “BARECON 2001” esas alınarak akdedilmeye devam edilebileceği düşünülmektedir⁹⁸.

C) HUKUKÎ NİTELİĞİ

Hukukî niteliği bakımından ele alındığında gemi kira sözleşmesinin adi kira sözleşmesi gibi⁹⁹; rızai, ivazlı ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu söylenebilir¹⁰⁰. Gemi kira sözleşmesi “rızaî sözleşme”dir. Bu nedenle tarafların sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin birbirine uygun iradelerini beyan etmeleri sözleşmenin kurulabilmesi için yeterlidir. Tarafların sözleşmenin tali noktaları üzerinde uyuşamamaları, TBK’nın 12. maddesi uyarınca sözleşmenin kurulmasına engel oluşturmaz.

Gemi kira sözleşmesi “ivazlı sözleşmeler”dendir. Nitekim kiraya verenin gemi kira sözleşmesi yoluyla gemisinin kullanımını belirli bir

⁹⁵ ALGANTÜRK LIGHT, “Gemi İşletme Müteahhidinin Tescili”, s. 154, 155.

⁹⁶ Mark DAVIS, *Bareboat Charters*, s. 19; ÜLGNER, “Gemi İşletme Müteahhidi”, s. 11.

⁹⁷ ALGANTÜRK LIGHT, “Gemi İşletme Müteahhidinin Tescili”, s. 154, 155, dn. 5.

⁹⁸ ALGANTÜRK LIGHT, “Gemi İşletme Müteahhidinin Tescili”, s. 155, 156.

⁹⁹ ÜLGNER, “Gemi İşletme Müteahhidi”, s.12; Vedat BUZ, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara 1998, s. 98.

¹⁰⁰ ALTAŞ, a.g.e., s. 46.

süre kiracıya bırakılmadaki menfaati, bu kullanım dolayısıyla alacağı kira bedelidir. TTK'nın 1119(1). maddesinde geminin “kira bedeli” karşılığında kira sözleşmesine konu edileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle geminin kullanımının ivazsız¹⁰¹ devri durumunda, gemi kira sözleşmesi değil, diğer özelliklerini de taşımak şartıyla¹⁰², TBK'nın 379. maddesinde tanımlanan kullanım ödünç sözleşmesi söz konusu olabilir.

Gemi kira sözleşmesinde taraflardan birinin borcu aynı zamanda diğer tarafın alacağını oluşturmaktadır. Bu nedenle gemi kira sözleşmesi “tam iki tarafa borç yükleyen” sözleşmedir. Bu sözleşmede geminin kullanımının geçici bir süre için devri, kiraya verenin borcu iken, kiracının alacağıdır; benzer bir şekilde kira bedelinin ödenmesi kiracının borcu iken, kiraya verenin alacağıdır.

Gemikira sözleşmesi “sürekli borç ilişkisi” doğuran sözleşmelerdendir¹⁰³. Bu niteliğinden dolayı, taraflar bazı edimlerini bir anda ifa etseler bile, geminin kullanımının bırakılması belirli bir süreyi kapsayacağından tarafların özellikle de kiracının menfaati sözleşme süresince devam eder.

SONUÇ

TTK'nın 1119. maddesinden hareketle gemi kira sözleşmesi, kiraya verenin geminin kullanılmasını çıplak olarak, geçici bir süre için, kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir. Aslında sözleşme, kanunda, gemi ile birlikte gemi adamlarının hizmetinin de kiracıya tahsis edilmesini öngören “Donatılmış Gemi Kira Sözleşmesi”ni de kapsayacak şekilde tanımlanabilirdi. Fakat bu takdirde gemi adamlarının hizmetlerinden, kiralanmaları ile yararlanılabileceği gibi kanun koyucu tarafından da istenilmeyen bir sonuç ortaya çıkabilirdi. Bu nedenle kanunda sözleşmenin temel tanımının verilmesi ile yetinilmesi ve gemi adamlarının hizmetlerinin de sözleşmeye dâhil edilebileceğinin ayrıca kabul edilmesi daha yerinde olmuştur.

Gemi kira sözleşmesi, geminin kullanılmasının kiracıya geçici bir süre için bırakılmasını amaç edinir. Kiraya verenin buradaki taahhüdü,

¹⁰¹ “Bu ivaz unsuru, kirayı ariyet ve karzdan ayırır.” Bkz. TANDOĞAN, a.g.e., s. 14.

¹⁰² TBK'nın 380(2). maddesi uyarınca “Ödünç alan, ödünç konusunu başkasına kullanırmaz.” Bu nedenle konusu gemi olan ivazsız bir kullanım devir sözleşmesinin kullanım ödünç olarak nitelendirilebilmesi için ödünç alan tarafın ödünç konusu gemiyi bir başkasına kullandırma hakkının bulunmaması gerekir.

¹⁰³ DIMİGEN, a.g.e., s. 23.

benzer sözleşmelerden farklı olarak geminin teknik ve ticari yönetimini de içine alacak şekilde bütün kontrolünün kiracıya devrini kapsamaktadır. Şu kadar ki; sözleşme konusu olan gemi kavramından anlaşılması gerekenin ve sözleşme ile kiracıya kullanılması bırakılan devrin kapsamının ayrıca ortaya konması, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Bilindiği gibi geminin tanımı bakımından gerek ulusal ve yabancı, gerekse uluslararası mevzuatta bir yeknesaklık yoktur. Bunun sebebi, tanımın yapıldığı mevzuatın farklı amaçlarla kaleme alınmış olmasıdır.

Gemi kira sözleşmesini diğer kira sözleşmelerinden ayıran en önemli özellik konusunun “gemi” olmasıdır. Bu bakımdan suda kullanılan ancak gemi sayılmayan yüzer araçların kiraya verilmesi, tek başına gemi kira sözleşmesine vücut vermez. TTK’nın 931(1). maddesine göre; “*tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından ‘gemi’ sayılır.*” Bu tanım ile suda hareket etme ve yüzme özelliği bulunan her aracın gemi addedildiği görülmektedir. Söz konusu hüküm ayrıca yüzme özelliği bulunması şartıyla kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmayan su araçlarını da gemi olarak nitelendirmektedir. Söz konusu hükümden hareketle, bir yere devamlı suretle demirleme, karaya oturtulma veya karada bulundurulma suretiyle lokanta, otel veya diğer herhangi bir şekilde işletilen su araçları, tahsis edildiği amaç suda hareket etmesini gerektirmediğinden gemi tanımının kapsamı dışındadır. Tabiatıyla bu tür araçların kiralanması suretiyle devrini öngören sözleşmeler gemi kira sözleşmesinin konusunu oluşturmaz. Aksine yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan bir su aracı, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da gemi sayıldığından, bunların kiralanması suretiyle devrini öngören sözleşmeler gemi kira sözleşmesinin konusunu oluşturur.

Türk Ticaret Kanununun 931. maddesinde gemiler, tahsis edilme veya kullanılma amacı bakımından ticaret gemisi olmayan gemiler ve ticaret gemileri olarak ikiye ayrılır. TTK’nın 931(2). maddesine göre, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi “ticaret gemisi”dir. Bir geminin TTK’nın 931. maddesi bakımından “ticaret gemisi” olup olmaması ona uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından önem taşır. Nitekim TTK’nın 935(1). maddesinde “*aksini öngören kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun deniz ticaretiyle ilgili hükümleri ticaret gemileri hakkında uygulanır.*” denilmektedir. Gemi

kira sözleşmelerine ilişkin hükümler ise TTK'nın 935(1). maddesi anlamında, Türk Ticaret Kanununun deniz ticaretiyle ilgili hükümleri arasındadır. Bu anlamda gemi kira sözleşmelerine ilişkin hükümleri, kural olarak, TTK'nın 931(2). maddesinde tanımlanan ticaret gemileri hakkında uygulanabilir. Bununla birlikte bu emredici bir düzenleme olmadığından taraflar, ticaret gemisi olmayan bir geminin kiralanmasına da Türk Ticaret Kanununun gemi kira sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilirler.

Gemi kira sözleşmesinde geminin kullanılmasının kiracıya bırakılabilmesi için, geminin zilyetliğinin kiracıya devredilmesi gerekmektedir. Çünkü geminin sözleşme uyarınca kullanılabilmesi, zilyetliğinin kiracıya devredilmesine bağlıdır. Gemi zilyetliğinin devri için uygulamada geminin fiilen kiracıya teslimi aranmasına rağmen, bunun yerine gemiyi temsil eden belgelerin veya geminin kullanılmasına özgülenmiş anahtarlar gibi araçların kiracıya teslimi de yeterli kabul edilmelidir. Gemi zilyetliğinin devri ile kiracı artık TTK'nın 1061(2). maddesi anlamında gemi işletme müteahhidi sıfatını kazanır ve bundan sonra üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde donatan sayılır; gemi sahibi kiraya veren de bu aşamadan sonra donatan sıfatını yitirir. Bu anlamda gemi sahibi kiraya veren ve kiracının sorumlulukları gemi zilyetliğinin devri ile değişir.

TTK'nın 1119(1). maddesinde gemi kira sözleşmesinin, “kira bedeli” karşılığında yapılacağı açık şekilde hükme bağlandığından geminin kullanımının ivazsız olarak devri gemi kira sözleşmesine vücut vermez. Bununla birlikte söz konusu hükümde “*kira bedeli*” ifadesi kullanıldığından kiranın, para veya bunun dışında misli olan veya olmayan bir eşya hatta gemi ile elde edilen cironun belirli bir kısmı veya yüzdesi olarak belirlenmesi mümkündür.

Gemi kira sözleşmesi, kanunen şekil şartına bağlanmadığından sözlü, yazılı ve hatta örtülü olarak da yapılabilir. Gemi kirasında şekil serbestliği olsa da, ispatının kolaylığı ve kabul edilirliliği bakımından bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılması daha yerinde olur. Ayrıca HMK'nın 200(1). maddesi uyarınca, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçen ve bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin senetle ispat olunması gerekir. Bu nedenle söz konusu miktarı geçen gemi kira sözleşmelerinin kurulması şekle bağlı değilse de ispatı senetle olacağından yazılı şekilde yapılması daha doğrudur.

TTK'nın 1120. maddesi, tarafların gemi kira sözleşmesini belgelendiren, tevsik edici bir belgeyi diğerinden talep etme hakkını tanımaktadır. Söz konusu hüküm, gemi kira sözleşmesinin tevsik edileceği belgeyi "gemi kira çarter partisi" olarak adlandırmaktadır. Gemi kira sözleşmesinden farklı hükümler içeren gemi kira çarter partisinin sözleşmenin içeriğine etkisini, sözleşmesinin yazılı ve sözlü olarak yapıldığı durumlar bakımından ayırmakta yarar vardır.

Gemi kira sözleşmesinin yazılı olarak yapıldığı durumlarda sözleşme ve içeriğinin ispatı kolaydır. Bunun yanında TBK'nın 17(2). maddesinin TBK'nın 13 vd. maddelere yaptığı atıf dolayısıyla taraflar sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiği hususunda anlaşmış iseler, sözleşmede yapılacak değişikliklerinde yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu nedenle taraflardan birinin düzenleyeceği gemi kira çarter partisinden gemi kira sözleşmesinin esaslı ve tali şartlarını tam olarak içermemesinin gemi kira sözleşmesi ve içeriğine etkisi olmaz. Bu durum yeni bir gemi kira sözleşmesi kurulması veya mevcut sözleşmenin şartlarının değiştirilmesi için yapılmış bir öneri olarak kabul edilebilir.

Gemi kira sözleşmesinin sözlü olarak yapıldığı durumlarda da sözleşmeden farklı hükümler içeren gemi kira çarter partisinden gemi kira sözleşmesi ve içeriğine etkisi olmaz. Zira bu durumda da yeni bir gemi kira sözleşmesi kurulması veya mevcut sözleşmenin şartlarının değiştirilmesi için yapılmış bir önerinin yapıldığı kabul edilir. Fakat bu halde hem sözleşmenin hem de içeriğinin ispatı kolay olmadığından gemi kira sözleşmesinin esaslı ve tali şartlarını tam olarak içermeyen gemi kira çarter partisine itiraz edilmelidir. Aksi halde gemi kira çarter partisinden aslında gemi kira sözleşmesinin içeriğini yansıtmadığını ispat kolay olmayacaktır.

KAYNAKÇA

Akan, Pınar, **Deniz Hukuku'nda Geminin Enkaz Haline Gelmesinin Hukuki Niteliği ve Sonuçları**, İstanbul 2005 (Geminin Enkaz Haline Gelmesi).

Akıncı, Sami, **Deniz Hukuku - Navlun Mukaveleleri**, İstanbul, 1968.

Algantürk Light, Seniha Didem, “TTK Tasarısı'nın Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı ile Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 5, S. 10, 2006.

Algantürk Light, Seniha Didem, “CMI Tarafından Gemi İşletme Müteahhidinin (Bareboat Charterer) Tesciline İlişkin Yapılan Çalışmalar ve Değerlendirme”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 4, S. 8, 2005 (Gemi İşletme Müteahhidinin Tescili).

Altaş, Hüseyin, **Hasılat ve Şirket Kirası**, Ankara 2009.

Atamer, Kerim, “Gemilerde Aynı Haklara ve Cebri İcraya Uygulanacak Hukuk”, Deniz Hukuku Dergisi, Y. 6-7 (2001-2002), S. 1-4.

Bonnick, Stanley, **Gram on Chartering Documents**, Second Edition, London, New York, Hamburg, Hong Kong 1988.

Buz, Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara 1998.

Can, Mertol, **Deniz Ticaret Hukuku Ders Kitabı, Cilt I: Giriş-Gemi-Deniz Hukuku Kişileri**, Ankara 2000.

Çağa, Tahir, **Navlun Sözleşmesi**, İstanbul 2004.

Çetingil, Ergon, “Finansal Kiralama Konusu Gemiler Üzerinde Gemi Alacaklısı Hakkının Doğması ile İlgili Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar” Deniz Hukuku Dergisi, Y. 4 (1999), S. 1-2.

Çetingil, Ergon / Kender, Rayegan / Ünan, Samim / Yazıcıoğlu, Emine, “Türk Ticaret Kanunu'nun Deniz Ticaretine Ayrılan Dördüncü Kitabında Hükümlerin Değiştirilmesine Dair Tasarı Taslağı”, Deniz Hukuku Dergisi 2002, Özel Sayı.

Davis, Mark, **Bareboat Charters**, Second Edition, London - Singapore 2005

Dimigen, Klaus, **Bareboat charter und Bareboatregistrierung**,

Hamburg 2000.

Doehring, Sweeney, J., “Chartering of Vessels for Tideland Operations”, Tulane Law Review, Vol. 32, N. 4, 1957-1958.

Erşan, Gültekin, “Konişmento ve Çarterpartinin Hukuki Fonksiyonu”, Deniz Ticareti Dergisi, Y. 5 (1988), S. 20.

Ertaş, Şeref, **Eşya Hukuku**, B. 9, İzmir 2011.

Gaskell, Nicholas / Asariotis, Regina / Baatz, Yvonne, **Bills of Lading: Law and Contracts**, London 2000.

Gebb, Sheldon A., “The Demise Charter: A Conceptual and Practical Analysis”, Tulane Law Review, Vol. 49, N. 4, 1974-1975.

Gorton, Lars / Ihre, Rolf / Sandevan, Arne / Hillenius, Patrik, **Shipbroking and Chartering Practice**, 2009.

Göktan, Işık, **Taşıyanın Mali Mesuliyet Sigortası P&I Koruma ve Tazmin**, İstanbul 2006.

Gökyayla, Emre, “Türk Borçlar Kanunu’nun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi” (Kira Bedelinin Belirlenmesi), Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2013, C. 9, S. 103-104.

Griggs, Patrick / Richard, Williams / Farr, Jeremy, **Limitation of Liability For Maritime Claims**, Fourth Edition, London 2005,

Gümüş, Mustafa Alper, “Yeni” 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2011.

Günay, M. Barış, **Hazırlık Çalışmalarının Işığında Lahey/Visby Kuralları** (Rotterdam Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak), Ankara 2013.

İnceoğlu, Murat, **Kira Hukuku**, Cilt I, İstanbul 2014.

Jamieson, Andrew, **Shipbrokers and The Law**, London - Hong Kong 1997.

Kalpsüz, Turgut, **Deniz Ticareti Hukuku, Birinci Cilt (Giriş – Gemi)**, Ankara 1971.

Karan, Hakan, “The Draft Turkish Maritime Law”, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 36, N. 4, October 2005.

Karan, Hakan, Taşıyanın Yükün Ziya ve Hasarından Sorumluluğunda

Teknik Kusur-Ticari Kusur Ayrımı (Teknik Kusur-Ticari Kusur Ayrımı), (Yüksek Lisans Tezi) Ankara 1992.

Karan, Hakan, **The Carrier's Liability Under International Maritime Conventions: The Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules** (The Carrier's Liability), New York-Ontario 2007.

Kender, Rayegan / Çetingil, Ergon / Yazıcıoğlu, Emine, **Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt 1**(6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncellenmiş Bası.13, İstanbul 2012 (Deniz Ticareti Hukuku I).

Kender, Rayegan / Çetingil, Ergon, **Deniz Ticareti Hukuku** (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları İle Birlikte) Temel Bilgiler, 12. Bası, İstanbul 2010.

Kender, Rayegan, "Gemi", 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997.

King, Bruce, A., "Ships as Property: Maritime Transactions in State and Federal Law", Tulane Law Review, Vol. 79, N. 5-6, 2005.

Kocağa, Köksal, "Sözleşmenin Kurulabilmesi için Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.79, 2008 (Sözleşmenin Kurulabilmesi).

LeRoy, Lambert, "Damages Arising from Breach of Contract, Loss of Revenue, and Indirect Damages", Tulane Law Review, Vol. 72, 1997-1998.

Mandaraka – Sheppard, Aleka, **Modern Maritime Law**, Second Edition, London & New York 2007.

Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2009.

Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami, **Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, İstanbul 2008.

Okay, Sami, **Deniz Ticareti Hukuku I**, (Giriş-Gemi-Donatma ve Donatma İştiraki), B. 3, İstanbul 1970.

Okay, Sami, **Deniz Ticareti Hukuku II**, B. 2, İstanbul 1971.

Öztan, Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 24. Bası, Ankara 2006.

Sözer, Bülent, Gemi Geminin Mütemmim Cüzü ile Teferruatı ve

Bunların Finansal Kiralama Sözleşmesi ile Temini Halinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar, İstanbul 2010.

Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, B II, Ankara 1982.

Tekil, Fahiman, **Deniz Hukuku**, B. 6, İstanbul 2001

Trowbridge, Charles L., “History, Development, and Characteristics of the Charter Concept”, Tulane Law Review, Vol. 49, N. 4, May 1975.

Uluğ, İlknur, “Taşıyanın Mutlak Sorumsuzluk Halleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Haziran-Aralık 2012), C. 6, S. 1-2.

Ülgener, Fehmi, “Çarter Sözleşmesinin Kuruluşu”, Deniz Ticareti Dergisi, Y. 18, 2001 Mart.

Ülgener, Fehmi, “Zaman Çarterlerinin Gemiye Kullanma Yetkisi ve Bunun Sınırları”, MÜHFHAD, C. 10, S. 1-3 (1996) (Zaman Çarterlerinin Gemiye Kullanma Yetkisi).

Ülgener, Fehmi, “Gemi İşletme Müteahhidi, Gemi Yöneteni ve Zaman Çartereri Kavramları”, Deniz Hukuku Dergisi, Y. 6-7 (2001-2002), S. 1-4.

Ülgener, Fehmi, **Çarter Sözleşmeleri I: Genel Hükümler, Sefer Çarter Sözleşmeleri**, İstanbul 2000.

Ünan, Samim, “Bareboat and Time Charters in the New Turkish Commercial Code (a short comparison to German Draft dated 2011)”, Recent Developments in Maritime Law, İstanbul 2012.

Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri**, 10. Baskı, İstanbul 2012.

TÜRK HUKUKUNDA İZAHNAMEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUN ESASLARI

Gökçen TURAN*

ÖZET

Bazı modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk hukukunda da izahnameden doğan hukuki sorumluluk özel olarak düzenlenmiştir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.10 hükmünde yer alan bu düzenleme uyarınca, izahnamedeki yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden doğan zararlardan öncelikle ihraççı sorumludur. İhraççının bu sorumluluğu kusura dayanmayan bir sorumluluktur. Bununla birlikte, ihraççının yönetim kurulu üyeleri ile aracı kuruluşa da, zararın ihraççıdan tazmin edilemediği hallerde sorumluluk yüklenmiştir. Bu çerçevede onlar ancak kusurlarına ve durumun gereklerine göre zarar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumludurlar. Farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk olarak adlandırılan bu sorumluluk rejimi, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hakkındaki TTK m.557 hükmünden alınmıştır. Farklılaştırılmış teselsül, müteselsil sorumluluğa nazaran sorumlular arasında daha adil bir sorumluluk paylaşımını sağlamaktadır. Sonuç olarak Türk hukukunda izahname sorumluluğunun, AB Direktifindeki ilkelere ve çağdaş yaklaşımlara uygun olarak, yatırımcı haklarını koruyacak şekilde düzenlendiği söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: İzahname, izahnameden doğan sorumluluk, kamuyu aydınlatma

THE BASICS OF CIVIL LIABILITY FROM PROSPECTUS IN TURKISH LAW

ABSTRACT

As some modern law systems, civil liability from prospectus is specially regulated in Turkish Law. According to this regulation laid in the Article 10 of the Capital Markets Law of Turkey, No: 6362, issuer is firstly liable for the losses arising from the inaccurate, misleading and incomplete information included in the prospectus. The liability of issuer is an absolute liability, not based on fault. However, the members of the board of directors of the issuer and the intermediary institution have been held liable in case when the loss cannot be compensated by the issuer. In this framework, they are liable to the extent of their fault and to the extent the losses can be attributed to them according to the necessities of the situation. This liability regime, called differentiated joint liability, is excerpted from the Article 557 of Turkish Commercial Code, regarding liability of the members of the board of directors in

* Dr., Sermaye Piyasası Kurulu Hukuk İşleri Dairesi, Başuzman Hukukçu.

joint stock companies. The principle of differentiated solidarity, compared with joint liability, provide to apportion liability more fairly among responsible persons. Consequently, it can be said that prospectus liability is regulated in Turkish law in according with the EU Directive and contemporary approaches, including protective provisions for investors.

Keywords: *prospectus, civil liability from prospectus, disclosure.*

I. GİRİŞ

Sermaye piyasalarının işleyişi temel olarak sermaye piyasası araçlarının ihracına, başka deyişle bu yolla birincil piyasadan fon toplanmasına ve ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının ikincil piyasada işlem görmesine (tedavül etmesine) dayanır. Sermaye piyasası araçlarının ihracında satışa arz edilen şey, paylar ve borçlanma araçları gibi finansal enstrümanlar olup, bunlar tamamen ihraççı şirketin faaliyet ve kârlılığına, kısaca mali durumuna göre değeri belirlenen (fiyatı hesaplanan) varlıklardır. Bu nedenle, yatırımcıların sağlıklı karar verebilmesi açısından, ihraççının finansal durumu hakkında doğru ve eksiksiz bilgilenmeleri önemlidir. İşte sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla ihracında ihraççı, gerek kendi mali durumuyla gerekse ihraç edilen araçla ilgili tüm bilgileri izahname ile kamuya duyurur. Bu bakımdan izahnamenin, halka arz esnasında kamuyu aydınlatmanın temelini oluşturduğu söylenebilir.

Sermaye piyasası araçlarının halka arzında, modern hukuk düzenlerinde kabul edilen yaklaşım kamuyu aydınlatma sistemi olup, izin sistemine alternatif bu sistemde, yetkili kamu otoritesinin görevi, ihraççı ve ihraç edilen araçla ilgili önemli tüm bilgilerin yatırımcılara eksiksiz olarak ulaşmasını sağlamakla sınırlıdır. Buna göre, ihraççı hakkında gerekli bilgilere doğru ve eksiksiz olarak ulaşan yatırımcının, bu bilgiler doğrultusunda verdiği yatırım kararının riski kendisine aittir. 1992 yılında 2499 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle Türk hukukunda da kabul edilen bu sistem, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPK)'nda izahnamenin onaylanması adıyla halen geçerlidir. SPK m.4 hükmü uyarınca, ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi için hazırlanan izahnamenin Sermaye Piyasası Kurulu (SPK ya da Kurul) tarafından onaylanması gerekmektedir. Kurul, izahnamede yer alan bilgilerin tutarlı, anlaşılabilir ve belirlenen izahname standartlarına göre eksiksiz olduğunu tespit etmesi halinde izahnamenin onaylanmasına karar verir.

Modern hukuk düzenlerinin birçoğunda, izahnamede açıklanan bilgilerin yanlış, yanıltıcı ve eksik olmasından zarara uğrayan yatırımcıların zararlarının tazminine ilişkin hukuki sorumluluk hükümlerine yer verilmiştir. Türk hukukunda bu sorumluluk SPK'nın 10 ve 32. maddelerinde düzenlenmektedir. İşbu makalede, izahname ve izahname sorumluluğunun tarihsel gelişimi hakkında genel bilgiler verildikten sonra, Türk hukukunda izahnameden doğan sorumluluğun nasıl düzenlendiği açıklanmaya çalışılacaktır.

II. İZAHNAME HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Tanımı, İçeriği ve İşlevi

Yabancı literatürdeki karşılığı “*prospectus, prospekt*” olan izahname, finans alanındaki teknik anlamı itibarıyla menkul kıymet ihracında bir kamuyu aydınlatma vasıtasıdır. İhraççı bu vasıta ile kendisini yatırımcılara tanıtır. Bu anlamda izahnamenin bir bakıma şirketin genel ekonomik durumu hakkında bir fotoğraf sunduğu söylenebilir.

İzahnamede, yatırımcının, ihraççının güncel durumunu gerçekçi bir şekilde anlayabilmesine yarayacak bilgiler bulunur. Bu kapsamda örneğin şirketin sermayesi, ortaklık yapısı, yöneticileri, faaliyet alanı, sürdürdüğü ticari faaliyetleri, ileriye dönük yatırımları, yatırım planları, finansal tabloları, sahip olduğu gayrimenkuller, taraf olduğu önemli davalar gibi bilgiler izahnamede yer alır¹.

İzahname, içeriğinde yer alan bilgilerin -yatırımcıların karar vermesinde taşıdığı önem sebebiyle, bu bilgilerin gerçeğe uygun ve eksiksiz olması bakımından sorumluluk doğuran bir metindir. Bu çerçevede izahnameyi, hukuki açıdan, öncelikle ihraççı olmak üzere mevzuatın öngördüğü kişilerce imzalanan, imza sahiplerini içeriğinde bulunan bilgilerin doğruluğu bakımından bağlayan, yani onları sorumluluk altına sokan bir belge olarak nitelendirmek mümkündür. Nitekim Kanunda, izahnameden sorumlu gerçek kişilerin isimleri ve görevlerinin, tüzel kişilerin ise unvanları, merkezleri ve iletişim bilgilerinin izahnamede belirtilmesi şart koşulmuştur (m.4/3)². Bu anlamda izahname, yatırımcılar bakımından bir teminat (güvence) fonksiyonu taşır.

¹ İzahname içeriğinde hangi bilgilerin yer alacağı SPK tarafından çıkarılan II-5.1 sayılı İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği'nin (kısaca II-5.1 sayılı Tebliğ) 7 vd. maddelerinde gösterilmiştir.

² İşbu çalışmada, sadece madde numarasına atıf yapılan hallerde, aksi belirtilmedikçe, SPK'ya atıf yapılmaktadır.

Kanuna bakıldığında da izahname, “İhraççının ve varsa garantörün finansal durum ve performansı ile geleceğe yönelik beklentilerine, faaliyetlerine, ihraç edilecek veya borsada işlem görecektir sermaye piyasası araçlarının özelliklerine ve bunlara bağlı hak ve risklere ilişkin olarak yatırımcıların bilinçli bir değerlendirme yapmasını sağlayacak nitelikteki tüm bilgileri içeren kamuyu aydınlatma belgesi” olarak tanımlanmıştır (m.3/j).

İzahnamenin halka arz suretiyle³ gerçekleştirilecek tüm ihraçlarda hazırlanması gerekmektedir⁴. Kanunun 4 vd. maddeleri, sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi için izahname hazırlanmasını, hazırlanan izahnamenin Kurul tarafından onaylanmasını ve ilan edilmesini öngörmektedir. Şu halde, izahnamenin halka arzın temel bir rüknü olduğu söylenebilir⁵.

İzahnamenin hazırlanmasında ihraççının uyması gereken temel ilkelere biri, bilgilerin yatırımcılar tarafından kolaylıkla anlaşılabilir ve değerlendirilebilir şekilde sunulmasıdır. Diğer bir temel ilke, izahnameden sorumlu kişilerin izahnamede belirtilmesi zorunluluğudur. Bu temel ilkelere bağlı kalarak, izahnamede asgari olarak hangi bilgi ve belgelere yer verileceği, izahnamenin şekli, kamuya duyurulması, yayımlanması, izahnamede değişiklik yapılması, satış koşulları vs. konularda uyulması gereken usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenecektir⁶.

SPK’da, AB düzenlemelerine uyum amacı çerçevesinde, her durumda özet bölüme yer verilmesi koşuluna bağlı kalarak, izahnamenin bir bütün veya parçalı şekilde hazırlanabilmesine imkan tanınmıştır (m.4/4)⁷.

³ Halka arz edilmeyen sermaye piyasası aracı ihraçlarında, izahname yerine, “ihraç belgesi” düzenlenir (m.11).

⁴ Belli durumlarda izahname hazırlama ve yayımlama yükümlülüğünden muafiyet söz konusu olabilir. Bu durumları belirleme yetkisi 5. madde ile Kurul’a bırakılmış olup, II-5.1 sayılı Tebliğ’in m.6 hükmünde muafiyet halleri gösterilmiştir.

⁵ 6362 sayılı Kanun’la birlikte, kayda alma yerine, izahnamenin onaylanması sisteminin benimsenmesi doğrultusunda izahnamenin önemini daha da arttırdığı belirtilebilir.

⁶ Söz konusu usul ve esaslar Kurul’un II-5.1 sayılı Tebliği ile düzenlenmiştir.

⁷ Birden fazla belge şeklinde hazırlanması durumunda izahname; a) İhraççının ve varsa garantörün sermayesi, yönetimi ve faaliyetleri, finansal durumu ve kârlılığı, ihraççının yönetim ve denetiminden sorumlu kişiler gibi bilgileri içeren ihraççı bilgi dokümanı, b) İhraç edilecek veya borsada işlem görecektir sermaye piyasası aracının özellikleri, bunlara bağlı hak, yükümlülükler ve riskler ile halka arz ve borsada işlem görmeye ilişkin bilgileri içeren sermaye piyasası aracı notu, c) Varsa garantöre, ihraççıya ve ihraç edilecek sermaye piyasası aracına ilişkin temel özellik ile riskleri içeren ve ihraççı bilgi dokümanı ile sermaye piyasası aracı notunda yer alan bilgilerden yararlanılmak suretiyle hazırlanan kısa, açık ve anlaşılır ifadelerden oluşan bir özet olmak üzere üç farklı belgeden meydana gelir (II-5.1 sayılı Tebliğ, m.13/2).

B. Onaylanması ve Yayımlanması

İzahnamenin, kamuya açıklanmadan önce Kurul onayından geçmesi gerekmektedir. Onay aşaması, izahnamenin standartlara uygun hazırlanıp hazırlanmadığı ve izahnamede zorunlu ve asgari olarak yer alması gereken bilgilerin bulunup bulunmadığının kontrolünü sağlamaya dönük bir kamu denetimi olup, izahname içeriğinde bulunan bilgilerin doğruluğunu araştırma ve teyit etme denetimi değildir. Nitekim, Kanun'da, izahnamede yer alan bilgilerin tutarlı, anlaşılabilir ve belirlenen standartlara göre eksiksiz olduğunun tespiti halinde izahnamenin onaylanmasına karar verileceği, ancak bu onayın izahnamede yer alan bilgilerin doğru olduğunun Kurul'ca tekeffülü ve bir tavsiye anlamına gelmediği vurgulanmıştır (m.6/1).

Kurul, izahname üzerindeki incelemesini on iş günü içinde tamamlar (m.6/2)⁸. Eski kanunda otuz gün olarak belirlenmiş olan sürenin (bkz. eSPK m.5/4) yeni kanunda kısaltılmasının nedeni, gerek şirket içi gelişmelerle izahnamede yer alan bilgilerin güncelliğini kaybetmemesi, gerekse dış gelişmelerden halka arzın olumsuz etkilenmesi olasılığının en aza indirilmesidir⁹. Kurul, yaptığı incelemede, inceleme kapsamı ile ilgili hususlarda bir eksiklik tespit etmezse izahnamenin onaylanmasına karar verir¹⁰. Onaylanan izahnamenin yirmi gün içinde başvuru sahibi tarafından teslim alınması şarttır. Aksi halde izahnamenin yeniden onaylanması gerekir (II-5.1 sayılı Tebliğ, m.22/5).

Onaylanan izahname Kurul tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde yayımlanır (m.7/1). 6362 sayılı Kanun'da, izahnamenin ticaret siciline tescili ve Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmesi şartı kaldırılmış, bunun yerine izahnamenin nerede yayımlandığı hususunun tescili ve sicil gazetesinde ilanı şartı getirilmiştir (m.7/1)¹¹.

İzahnamenin ilanı dışında, ihraçla ilgili basın yayın organlarında ilan ve reklamlar yapılacaksa, bu ilan ve reklamların izahname ile tutarlı olması ve gerçeğe aykırı, yanıltıcı ve abartılı bilgiler içermemesi şarttır.

⁸ Payların ilk defa halka arzında bu süre yirmi gündür.

⁹ Gerekçede, bu hususta, izahnamenin onaylanmasını esas alan yaklaşım ile uluslararası finansal piyasalar ile entegrasyonun sağlanması, AB düzenlemelerine uyumun sağlanması, piyasanın hızlı gelişimine ayak uydurulabilmesini teminen prosedürlerin hızlandırılmasının amaçlandığı belirtilmektedir (bkz. madde 4 gerekçesi).

¹⁰ Başvurunun onaylanmamasına karar verilmesi halinde, durum gerekçesiyle birlikte yazılı olarak ilgisine bildirilir (m.6/4).

¹¹ Amaç, gerekçede, halka arz maliyetlerinin azaltılması ve bu suretle halka açılmaların teşvik edilmesi olarak açıklanmaktadır (Karş. 2499 sayılı Kanun m.6/1).

İzahnamedeki bilgilerin satış bitene kadar güncelliğini koruması gerekir. Bu nedenle izahname ile kamuya açıklanan bilgilerde, satışa başlamadan önce veya satış sırasında yatırımcıların yatırım kararını etkileyebilecek değişiklik veya yeni hususların ortaya çıkması durumunda, izahnamede yapılması gereken değişiklik ya da eklenmesi gereken hususların ihraççı tarafından derhal Kurul'a bildirilmesi ve onay alınması gerekir¹². Değiştirilecek veya yeni eklenecek hususlar, Kurul tarafından izahnamenin onaylanmasına dair prosedür çerçevesinde yedi iş günü içinde incelenir ve onaylanıp onaylanmayacağı yönünde karara bağlanır. Onaylanan değişiklik ve eklemeler aynı usulde yayımlanır.

Sonuç olarak, halka arzda kamuyu aydınlatma, yukarıda açıklanan onay prosedürü ile hayata geçirilmektedir.

III. İZAHNAMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ

İzahnameden doğan sorumlulukla kastedilen, izahnamede yer verilen bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması, gerçeği dürüst bir şekilde yansıtmaması nedeniyle, söz konusu bilgilerin doğruluğuna güvenerek yatırım yapan ve zarara uğrayan yatırımcıların zararlarını tazmin sorumluluğudur. Bu anlamda izahname sorumluluğu, mevcut yatırımcılara¹³ karşı hukuki bir sorumluluk türüdür. İzahnamedeki bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasından doğabilecek cezai sorumluluk ya da idari yaptırımlar bu incelemenin kapsamı dışındadır.

A. İzin Sisteminden Kamuyu Aydınlatma Sistemine Geçiş

İzahnameden doğan sorumluluğun tarihi gelişimine izin sisteminden kamuyu aydınlatma sistemine geçişi anlatarak başlamak gerekir. Çünkü izahname sorumluluğu bir anlamda kamuyu aydınlatma sisteminin bir sonucudur¹⁴. Söz konusu neden-sonuç ilişkisini daha iyi anlayabilmek için izin sistemi ile kamuyu aydınlatma sistemi arasındaki farka değinmek yerinde olur.

¹² 6362 sayılı Kanun'da, izahnamede değişiklik veya yeni hususların yayımlanmasından önce sermaye piyasası araçlarını satın almak için talepte bulunmuş olan yatırımcılara, izahnamede yapılan ek ve değişikliklerin yayımlanmasından itibaren iki iş günü içinde taleplerini geri alma hakkı tanınmıştır (m.8/4).

¹³ Mevcut yatırımcıdan kastedilen, hali hazırda ilgili sermaye piyasası aracını satın alarak yatırım yapmış yatırımcıdır. Bunlar dışındaki, sermaye piyasası aracına yatırım yapması arzu edilen hedef kitle potansiyel yatırımcılar olarak adlandırılır.

¹⁴ Ezgi, KOCA, İzahnameden Doğan Sorumluluk, SPK'r Yeterlik Etüdü, Ankara, 2010, s. 13.

İzin sistemi en genel anlatımıyla sermaye piyasası araçlarının ihraç edilmeye layık olup olmadığını idarenin takdir ettiği, bu çerçevede çıkarılıp çıkarılmayacağına idarenin izin verdiği sisteme denmektedir. İzin sisteminin ilk örnekleri ABD’de 1911-1931 yılları arasında çıkarılan ve Blue Sky Laws olarak adlandırılan eyalet kanunlarında görülür. Bunlar, ABD’de yirminci yüzyılın başlarında sayısı hızla artan finansal dolandırıcılık olaylarına bir tepki olarak çıkarılan ve sermaye piyasası araçlarının ihracını katı bir sistemle idarenin iznine bağlayan kanunlardı¹⁵. Bu kanunlara Blue Sky Laws denmesinin altında, o dönemde yatırımcıların aldatıldığı dolandırıcılık eylemlerinin geldiği boyuta vurgu yapmak için, adeta her şeyin (gökyüzünün bile) menkul kıymetleştirilip satılmaya çalışıldığını anlatma amacı vardır¹⁶.

ABD’de 1929 Büyük Buhranı sonrasında Securities Act of 1933 ile sermaye piyasası araçlarının ihracı federal düzeyde düzenlenmiş ve bu düzenlemede izin sistemi yerine kamuyu aydınlatma (*disclosure*) sistemi benimsenmiştir. Sermaye piyasası araçlarının halka arzında modern yaklaşımı temsil eden kamuyu aydınlatma sistemi, kamu otoritesinin, ihraç edilen aracın liyakatini değerlendirme ve buna göre izin verip vermeme yetkisinin bulunmadığı, bunun yerine sadece ihraççı ve ihraç edilen araçla ilgili önemli tüm bilgilerin yatırımcılara eksiksiz olarak ulaşmasını sağlamakla sınırlı işlev ve görevinin bulunduğu sisteme denmektedir. Bu sistemde, bilgilere eksiksiz ulaşan yatırımcının verdiği alım kararının getirisi yanında riski de kendisine aittir.

Kamuyu aydınlatma sisteminin düzgün bir şekilde işlemesi, ancak yatırımcının eksiksiz ve doğru bir şekilde aydınlatılması esasına bağlıdır. Başka bir anlatımla, yatırım riskinin yatırımcı üzerinde bırakılması, ancak onun ilgili yatırım hakkında tam ve doğru şekilde aydınlatılacağı varsayımına dayanır. Bu varsayımın gerçekleşmediği durumlarda, yanlış ya da yanıltıcı bilgiye dayalı yatırımdan zarar gören yatırımcının tazmin edilmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. İşte kamuyu aydınlatma sisteminin benimsenmesi ile birlikte, yatırımın riski üzerinde bırakılan yatırımcının eksik

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk KABAALIOĞLU, Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi, İstanbul, 1985, s. 31 vd.

¹⁶ “Blue Sky” deyimini ilk olarak hakim Joseph McKenna tarafından Hall v. Geiger-Jones davasındaki verdiği kararda aşağıdaki gibi kullanılmıştır: “The name that is given to the law indicates the evil at which it is aimed – that is, to use the language of a cited case, “speculative schemes which have no more basis than so many feet of blue sky;” or, as stated by counsel in another case, “to stop the sale of stock in fly-by-night concerns, visionary oil wells, distant gold mines, and other like fraudulent exploitations.” (bkz. Roy GIRASA, Corporate Governance & Finance Law, Palgrave Macmillan, 2013, s. 141).

ve/veya yanlış bilgilendirilmesinden kimlerin ne şekilde sorumlu olacakları da düzenlenmiştir. Kısaca izahname sorumluluğu veya izahnameden doğan sorumluluk olarak adlandırılan bu sorumluluk çeşidinde gerçeğe aykırı bilginin sunulmasında rolü bulunan kişilere, zararı tazmin sorumluluğu, yani hukuki sorumluluk yükletilmiştir¹⁷.

Türk sermaye piyasası hukukunun gelişimi de aynı yönde olmuştur. Gerçekten 2499 sayılı Kanun'un ilk kabul edildiği halinde, menkul kıymetlerin halka arzını SPK'nun iznine bağlayan bir sistem kabul edilmişti ve kanunun ilk halinde izahname sorumluluğuna dair bir hükme yer verilmemişti¹⁸. Yaklaşık on yıl yürürlükte kalan izin sistemi, 1992 yılında 3794 sayılı Kanun'la 2499 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle terkedilmiştir. Kamuyu aydınlatma yaklaşımına dayalı yeni sistemde, izin yetkisi kaldırılarak, ihraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınması uygulamasına geçilmiştir (bkz. eSPK m.4).

6362 sayılı yeni SPK ile birlikte, kayda alma sistemi yerine, AB mevzuatına uyum sağlamak amacıyla izahnamenin onaylanması sistemi benimsenmiştir¹⁹. İkisi de izin sistemini reddeden sistemler olmakla birlikte, izahnamenin onaylanması sistemi, belli noktalarda izin sistemine yaklaşan unsurlar barındıran kayda alma sistemine göre daha pür bir kamuyu aydınlatma yaklaşımını temsil etmektedir²⁰. Gerçekten, 3794 sayılı Kanun'la değişik 2499 sayılı Kanun'da, kayda alma başvurusunu alan Kurul, yaptığı inceleme sonucunda açıklamaların yeterli olmadığı ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmayarak halkın istismarına yol açacağı sonucuna varırsa, gerekçe göstererek, başvuruyu reddetme yetkisine sahipti (bkz. eSPK m.5/3). Başka bir anlatımla açıklamaların gerçeği yansıtmadığını değerlendirmek de Kurul'un yetkileri arasındaydı²¹. İzahnamenin onaylanması sisteminde ise, Kurul incelemesinin kapsamına izahnamedeki bilgilerin doğruluğunun

¹⁷ İngilizce literatürde bu sorumluluk için “*prospectus liability*”, “*civil liability from prospectus*”, ya da “*civil liability from misstatements in prospectus*” ifadeleri kullanılmaktadır.

¹⁸ Bunun yerine, izin sistemine uygun olarak, SPK tarafından izahnamede yer alan açıklamaların gerçeğe uygun olmadığı veya halkın istismarına yol açacağı kanısına varılması halinde, halka arz başvurusunun reddedilmesi prosedürüne yer verilmiştir (KOCA, s. 13).

¹⁹ İzahnamenin onaylanması sistemini düzenleyen Kanun maddelerinde “*Prospectus Directive*” olarak bilinen 2003/EC/71 sayılı AB Direktifindeki ilkeler esas alınmıştır.

²⁰ Nusret ÇETİN / Hatice Ebru TÖREMİŞ / Zeynep CANTİMUR, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematik Analizi, Ankara, 2014, s. 25.

²¹ ÇETİN/TÖREMİŞ/CANTİMUR, bu bakımdan kayda alma sisteminin bir ölçüde izin sistemi ile kamuyu aydınlatma sistemi arasında karma bir sistem olarak nitelenebileceğini belirtmektedir (bkz. s. 25).

araştırılmasının girmediği açık bir şekilde ifade edilmekte, ayrıca izahnamenin onaylanması için izahnamede yer alan bilgilerin tutarlı, anlaşılabilir ve Kurul'ca belirlenen izahname standartlarına göre eksiksiz olduğunun tespit edilmesi yeterli olmaktadır (bkz. m.6/1).

B. Karşılaştırmalı Hukukta İzahname Sorumluluğu

1. İsviçre'de

İsviçre'de izahnameden doğan sorumluluk İsviçre Borçlar Kanunu (İBK)'nin 752. maddesinde düzenlenmiştir. İzahname sorumluluğu başlığını taşıyan maddede, izahnamenin hazırlanmasında katkısı ya da dahli olan herkes, izahnamede yer alan gerçeğe aykırı ya da yanıltıcı bilgidenden, birinci derecede ve müteselsil olarak sorumlu kılınmaktadır²². Bu anlamda yalnızca imzalayanlar değil, izahnamenin hazırlanmasına katkı sağlayan birimlerde (muhasabe gibi ya da finansal tablo ve raporları hazırlayan birim gibi) görev alan kişilerin de sorumlulukları söz konusu olabilmektedir²³.

Hatırlanacağı gibi, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa verdikleri zararlardan sorumluluğunu düzenleyen ve farklılaştırılmış teselsülü esas alan TTK 557 hükmünün mehası da İBK'nin 759. maddesidir.

2. İngiltere'de

İngiltere'de izahname sorumluluğu ile ilgili hükümler *Financial Services and Markets Act of 2000*'in 90. bölümünde (sec.90) yer almaktadır. Öte yandan sec.79 vd. hükümlerinde ise menkul kıymetlerin çıkarılmasında -izahnamenin de içinde yer aldığı- hazırlanması gereken form ve dokümanlar (*listing particulars*) düzenlenmektedir. Anılan hükümler çerçevesinde, menkul kıymet ihraçlarında ihraç edilen aracın taşıdığı tüm haklar ile ihraççı şirketin durumu ile ilgili yatırımcıların bilgilendirilmiş şekilde değerlendirme yapabilmesi için gerekli tüm bilgilerin belirtilen form ve belgelerde yer alması gerekmektedir. İzahnamede açıklanan bilgilerde yanlışlık ya da eksiklik olması, izahnameden sorumlu kişiler için hukuki ve cezai sorumluluk doğurur.

²² Tolga AYOĞLU, "İzahnameden Doğan Sorumluluk", İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktisabının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul, 2009, s. 646.

²³ BİLGİLİ, anılan maddede -sadece- kurucuların müteselsil sorumluluğundan söz etmektedir (bkz. Fatih BİLGİLİ, İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısında Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara, 2004, s. 92).

İzahnameden sorumlu kişilerin kimler olduğu *Financial Conduct Authority*²⁴ tarafından yayınlanan “*Prospectus Rules*” kurallarında belirtilmektedir. Bu kurallardan 5.5.3 sayılı kuralın (2) no’lu paragrafında²⁵ izahnameden sorumlu kişiler şu şekilde sıralanmıştır:

- İhraççı
- İhraççı bir ticaret şirketi ise
 - İzahname yayımlandığında şirketin yönetim kurulunda görevli üyeler
 - İzahnamede adı direktör olarak yazılmış olan herkes
 - İhraççı bir yönetim şirketi tarafından yönetiliyorsa onun kıdemli yöneticisi
- izahname ya da diğer formlarda verilen bilgilerden sorumlu olduğunu kabul eden ve bu husus izahnamede yazan herkes
- mevcut hisse senetlerini halka arz edenler
- yukarıdaki bentler kapsamına girmeyip, izahname içeriği ile yetkili olan herkes

COPEMAN/BAFI/CHEMLA/FRIEDRICH, İngiltere’de uygulamada, özellikle zararlı açıklanan yanlış bilgi arasındaki illiyet bağı ile yatırımın gerçekten söz konusu yanlış bilgilere güvenilerek yapıldığını ispat etmede karşılaşılan zorluklar, özellikle teknik ve komplike hususlar nedeniyle, izahname sorumluluğu ile ilgili az sayıda davanın mahkemeler önüne geldiğini, uyumsuzlukların çoğunlukla uzlaşma ile sona erdiğini belirtmektedir²⁶.

3. Avrupa Birliği’nde

AB’nin konuya ilişkin temel düzenlemesi, “*Prospective Directive*”

²⁴ FSMA of 2000’de 2012 yılında yapılan değişiklikle Financial Services Authority kaldırılmış, yerine Financial Conduct Authority kurulmuştur. Halen bu kurum, İngiltere’de ihraççılar tarafından yapılan açıklamaların izlenmesi, gözetilmesi ve izahnamenin onaylanması, ihraç edilen araçların kotasyon koşullarının belirlenmesi vs. hususlarda yetkili kamu otoritesidir (bkz. <http://www.fca.org.uk/firms/markets/ukla>).

²⁵ “<http://fshandbook.info/FS/html/FCA/PR/5/5>” adresinden ulaşılabilir.

²⁶ Julian COPEMAN / Alex BAFI / Denis CHEMLA / Bettina FRIEDRICH, “Prospectus liability in Europe and the US”, s. 44 (bkz. https://www.herbertsmithfreehills.com/-/media/Files/PDFs/2013/39_47%20prospectus%20liability.pdf).

olarak da adlandırılan 2003/71/EC sayılı Direktif'tir. Direktif, izahname ile kamunun aydınlatılması konusunda genel bir hukuki çerçeve sunmakta, izahnamedeki bilgilerin doğru olmaması konusunda sorumluluğun ne şekilde olması gerektiği konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu çerçevede, izahnameden doğan hukuki sorumluluk üye ülkelerin kendi milli hukuklarının bir düzenleme konusu olmaya devam etmektedir²⁷.

Bununla birlikte, Direktif'te bazı temel ilkelere de yer verilmiştir. Örneğin, Direktif'in 6/1 maddesi uyarınca, üye ülke düzenlemelerinde, izahnamede verilen bilgilerden sorumluluk en azından ihraççıyı ya da onun yönetim ve denetim organlarını, elindeki payları halka arz edeni, organize piyasada ticaret için başvuruda bulunan kimseyi ya da garantörü kapsamalıdır. Ayrıca sorumluların isim ve görevleri (tüzel kişilerin ticaret unvanı ve adresleri) ile bunların izahnamedeki bilgilerin gerçeğe uygun olduğuna dair deklarasyonlarına izahnamede yer verilmelidir. Yine Direktif'in 6/2 maddesinde, üye ülkelerin izahnameden hukuki sorumluluğa ilişkin mevzuat hükümlerini, izahnamede sorumlu oldukları açıklanan kişilere uygulanacak şekilde düzenlemeleri istenmiştir²⁸. Direktifte müteselsil sorumluluğa dair bir ilkeye yer verilmemiştir²⁹.

4. Amerika Birleşik Devletleri'nde

ABD'de izahname sorumluluğu bakımından doğrudan kanuni düzenlemeler 1933 tarihli Securities Act'in "*Civil Liabilities on Account of False Registration Statement*" başlıklı 11 ve "*Civil Liabilities Arising in Connection With Prospectuses and Communications*" başlıklı 12. bölümlerinde yer almaktadır³⁰. Bu düzenlemelere göre, ihraççı, halka arzda

²⁷ ESMA Report, s. 12 (Raporun aynı sayfasında, üye ülkelerin pek çoğunda izahnameden doğan hukuki sorumluluğa ilişkin özel düzenleme bulunmadığı, bu nedenle haksız fiil ya da sözleşme hukukuna dair genel hükümlerin uygulama alanı bulduğu belirtilmektedir). KABAALIOĞLU da izahnameden hukuki sorumluluğa ilişkin hükümlere bazı Avrupa ülkelerinde rastlandığını (öte yandan bu hükümleri yargı organlarının uygulamaktan kaçınma eğiliminde olduklarını) ifade etmektedir (bkz. Haluk KABAALIOĞLU, "Sermaye Piyasası Hukukunda Önemli Bir Karar: İzahname ve Ortaklık Yöneticileri, Aracı Kuruluşlar ve Denetçilerin Sorumluluğu", BATİDER, C.X, S.3, Haziran 1980, s. 773).

²⁸ Görüleceği gibi ülkemizdeki düzenleme AB Direktifindeki ilkelere uygundur.

²⁹ KOCA, s. 15.

³⁰ Bunlar dışında Securities and Exchange Act of 1934'e dayalı olarak SEC tarafından çıkarılan alt düzenlemelerden Rule 10b-5 hükmü de, borsa ve diğer organize piyasalardaki işlemlerde, yanıltıcı bilgi açıklanmasından doğan sorumluluğu düzenlemektedir. Rule 10b-5'a benzer geniş uygulama alanına sahip diğer bir düzenleme Securities Act of 1933'ün 17. bölümü olup, bu bölümde genel olarak birinci ve ikinci el piyasadaki aldatıcı hareketler ve dolandırıcılık fiillerine ilişkin sorumluluk hükümleri bulunmaktadır.

kayıt başvurusunda sunduğu beyanlar, izahnamede açıklanan hususlar ve kamuya yapılan diğer açıklamalarda önem taşıyan eksik ya da yanlış bilgiden sorumlu olup, ihraççı yanında aracılık yükleniminde bulunan kuruluş ve satışa destek sağlayan diğer profesyonel kuruluşların duruma göre sorumluluğu söz konusu olabilir. Öte yandan, kayda alma başvurusunun herhangi bir bölümünü hazırlayan ya da onaylayan uzman kuruluşların da (bağımsız denetim ya da değerlendirme kuruluşu gibi) hazırladıkları ya da onayladıkları bölümden sorumlulukları vardır. Ayrıca, ihraççının yönetim kurulu üyeleri ile yetkili diğer yöneticilerinin de kamuyu yanıltıcı açıklamadan sorumluluğu söz konusu olabilir³¹. Kanun, sadece zararını gösterebilen menkul kıymet alıcılarına, yanıltıcı bilgiden dolayı zarara uğradığını ispatlama zorunluluğu aramaksızın, kayda alma başvurusu ve izahnamede imzaları bulunan kişiler ile yukarıda sayılan diğer potansiyel sorumluluk sùjelerini dava etme hakkını tanımaktadır³².

IV. TÜRK HUKUKUNDA İZAHNAMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN ESASLARI

A. Genel Olarak

Türk hukukunda izahnameden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler SPK'nın m. 10 ve 32 hükümlerinde yer almaktadır³³.

Kanun'un 10. maddesi "*İzahnameden sorumlu kişiler*" başlığını taşır. Madde içeriğine bakıldığında, izahnameden sorumlu kişilerin belirtilmesi yanında, bunların dış ilişkide sorumluluğu ne şekilde paylaşacakları, yani sorumluluk kapsamı da düzenlenmiştir.

³¹ COPEMAN/BAFI/CHEMLA/FRIEDRICH, s. 46 vd.

³² Securities Act of 1933'ün yürürlüğe girmesinden sonra, bu kanuna dayalı olarak verilen en önemli yargı kararlarından biri *Escott v. BarChris Construction Company* kararıdır. Bu kararda, BarChris şirketi tarafından çıkarılıp halka arz edilen tahviller hakkındaki izahnamede önemli noktaların belirtilmeyip, yanıltıcı hususlara yer verildiğinin saptandığı, şirketin iflas etmesi ile oluşan yatırımcı zararlarından SEC'e kayıt başvurusunu imzalayan kişilerin, aracı kuruluşların ve hesapları onaylayan denetçilerin tahvil sahiplerine karşı sorumlu oldukları hükme bağlanmıştır. Verildiği tarihte geniş yankılar uyandıran, hem ihraççı, hem ihraççının yöneticileri, hem ihraça aracılık eden kuruluş hem de ihraççının hesaplarını denetleyen kişi ve kuruluşların sorumluluklarına dair ilkeler koyan karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KABAALIOĞLU (1980), s. 774 vd.

³³ TTK'nın 549. maddesinde de "... *belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı halinde bunlara katılanların sorumlu oldukları*" hükmü yer almakla birlikte, anılan SPK hükümleri TTK'ya nazaran özel hüküm mahiyetinde olmakla uygulanma önceliğine sahiptir (bkz. TTK m.330).

Kanun'un sorumlulukla ilgili diğer hükmü (m.32) "*Kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk*" başlığını taşımakta, madde içeriğinde ise 10. maddeye gönderme yapılarak anılan maddede sorumlu kişiler ve mevzuat uyarınca gibi kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayanlar veya bu belgeler kendi adına imzalanan tüzel kişilerin sorumlu oldukları belirtilmektedir. Madde gerekçesinde de kamuyu aydınlatma belgelerinden sorumluluğun belgeleri imzalayanlara ait olduğu vurgulanmaktadır. Diğer taraftan, maddede, sorumlular arasında müteselsil sorumluluk ilişkisi bulunduğu da tasrih edilmektedir.

İzahnameyi kimlerin imzalayacağı II-5.1 sayılı Tebliğ'in 7/4 maddesinde belirtilmiş olup, bu hükme göre ihraççı ve varsa halka arz eden ile yetkili aracı kuruluş izahnameyi imzalamakla yükümlü kılınmıştır.

Kanun'un 10. maddesinde sayılan izahnameden sorumlu kişilerin, Tebliğ hükmünde belirtilen imza yükümlülüğü altındaki kişilerden daha kapsamlı olması ve 32. maddenin 10. maddeye de atıf yapmış olması karşısında, izahnameden sorumlu kişiler konusunda 10. maddede belirtilen kişileri esas almak doğru olur.

B. İzahnameden Sorumlu Kişiler

İzahnameden sorumlu kişiler, Kanun'un 10. maddesinde kademeli olarak belirlenmiştir. Bu kademeli sıraya göre, izahnameden sorumlu kişiler "ihraççı" ve "ihraççı dışındaki sorumlular" olmak üzere iki ana başlıkta ele alınabilir. Öte yandan, izahnamenin hazırlanmasına hazırladıkları raporlarla katkı sağlayan kuruluşlar vardır ki, bunların da faaliyetleri ile sınırlı, ayrı bir sorumlulukları bulunmaktadır.

1. İhraççı

Kanun'un m.10/1 hükmü uyarınca, izahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan ihraççılar sorumludur. Yukarıda belirttiğimiz gibi, kanun koyucu izahnameden sorumluluğu kademeli olarak belirlemiştir. Buna göre ihraççı izahnamede yer alan bilgilerin doğru ve eksiksiz olmasından her durum ve koşulda birinci olarak sorumlu iken, sorumluluk yüklenen diğer kişiler ancak zararın ihraççıdan tazmin edilemediği hallerde sorumlu kılınmıştır.

İhraççının izahnamedeki bilgilerden her durumda birinci sorumlu olarak belirlenmesi adil ve olması gereken çözümdür. Kamuya açıklanan bilgilerin doğru ve eksiksiz olmasından, bilgiler kendisiyle doğrudan doğruya ilgili olan ihraççının sorumlu kılınması, durumun gereğine ve tabii hukuka uygundur.

2. İhraççı dışındaki sorumlular

İzahnamedeki yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden dolayı zarara uğrayan yatırımcılara, zararın doğmasında rolü bulunan -ihraççı dışındaki- belli kişi ve kurumlara müracaat etme hakkı tanınmıştır. Kanun'da ihraççıdan sonra sorumluluk yüklenen bu kişiler tahdidi şekilde sayılmış olup, bu kişilerin sorumluluklarına gidilebilmesi zararın ihraççıdan tazmin edilememesi şartına bağlanmıştır.

Kanun'un 10. maddesinde sayılan bu kişiler;

- i. halka arz edenler³⁴,
- ii. ihraca aracılık eden lider aracı kurum,
- iii. ihraçla ilgili garanti veren kişi ve kuruluşlar ile
- iv. ihraççının yönetim kurulu üyeleridir.

Görüldüğü gibi, zararın tazmini bakımından hem ihraççının tüzel kişiliğine, hem ihraççının yönetim kurulu üyelerine sorumluluk yüklenmiştir. Zararın doğmasına reel olarak neden olan olgunun, başka deyişle kamuya eksik ya da yanlış bilgi açıklanmasının gerçek nedeninin, izahnameyi hazırlayan birimlerin ve o birimleri gözetlemekle yükümlü yönetim kurulunun görevlerini kusurlu olarak gereği gibi yerine getirmemeleri olduğu kabul edilecek olursa, organlarının haksız fiillerinden tüzel kişinin sorumlu olması ilkesi (MK 50/2 ve TTK 371/5)³⁵ karşısında, hem tüzel kişinin hem organın sorumluluğuna yer verilmesini nasıl anlamak gerekir?

³⁴ Halka arz edenler, sahip olduğu sermaye piyasası araçlarını halka arz etmek üzere Kurul'a başvuruda bulunan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder (m.3/g). Başka bir ifadeyle, burada, ihraççının değil, pay sahibinin elindeki mevcut paylarını (pay dışında bir sermaye piyasası aracı söz konusu ise, onları) halka arz yoluyla satması söz konusudur. Kanun'un 4/5 maddesi, ihraççının, halka arz edene, izahnamenin hazırlanmasında gerekli kolaylaştırıcı tedbirleri almasını şart koşmaktadır. Bu tür halka arzlarda da izahname yine ihraççının sağladığı bilgilerle hazırlanmış olduğundan, birinci derecede sorumluluğun yine ihraççıya yüklenmiş olması yerindedir.

³⁵ İhraççı da bir tüzel kişiliktir ve diğer tüzel kişiler gibi organları vasıtasıyla karar alır, uygular ve yönetilirler. Bilindiği gibi, tüzel kişinin iradesi organları vasıtasıyla oluşur. Organların faaliyetleri tüzel kişinin faaliyetlerini oluşturur, aynı şekilde haksız fiillerinden de tüzel kişinin kendisi sorumlu olur (Anonim ortaklıklarda organ sorumluluğunun gelişimi ile İsviçre ve Alman hukuklarında nasıl düzenlendiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGİLİ, s. 24 vd). Tüzel kişinin, organların haksız fiillerinden sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğundan da farklıdır (bkz. Haluk TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları (No: 159), Ankara, 1961, s. 124 vd).

Öncelikle organlarının faaliyetleri sonucu oluşan zarardan ihraççının tüzel kişiliğinin sorumlu olduğunda bir tereddüt olmayıp, ilke olarak her tüzel kişi için geçerli bu sorumluluktan ihraççıyı müstesna kılan bir neden yoktur. Şu halde, SPK düzenlemesinde, ihraççı ile ihraççının yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk süjeleri arasında beraber zikredilmesi, ihraççının sorumluluğu yönünden yukarıda bahsedilen ilkeye uygun bir düzenleme olmanın yanında, zararın oluşmasına kasıtlı ya da ihmali davranışları ile neden olanların sorumluluklarının, iç ilişkide rücu davasına bırakılmayıp, zarar görene karşı doğrudan doğruya sorumlu kılınması anlamına gelmektedir. Doğan zarardan hem tüzel kişiliğe (ihraççıya) hem de tüzel kişinin organına -dış ilişkide- birlikte sorumluluk yüklenmesi, zarar görenin talep haklarını ve bu bağlamda koruma kapsamını genişleten özel bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir³⁶.

Bununla birlikte, zararın ihraççı tarafından karşılandığı durumlarda, ihraççının yine, zararın meydana gelmesindeki kusurlarına göre yönetim kurulu üyelerine -iç ilişkide- rücu etmesi gündeme gelecektir³⁷. Başka bir anlatımla yönetim kurulu üyelerinin dış ilişkide yatırımcıya karşı sorumlu kılınmış olmaları, iç ilişkideki sorumluluklarını ortadan kaldırmamaktadır. Bununla bağlantılı olarak, zararın doğmasına birlikte neden olan üyeler arasında sorumluluğun paylaşımı bakımından farklılaştırılmış teselsül bulunması hususunda TTK m. 557/1 hükmü ile SPK m. 10/1 hükmü arasında bir farklılık olmadığını müşahade ediyoruz. Şu halde, izahnamedeki eksik ya da yanlış bilgidен doğan zarar nedeniyle kendilerine birlikte sorumluluk yöneltilen yönetim kurulu üyelerinin, TTK m.367 ve 553/2 hükümleri saklı kalmak kaydıyla, açılan dava ister ihraççının açtığı rücu davası ister yatırımcının doğrudan doğruya açtığı tazminat davası olsun, her ikisinde de kişisel savunma sebeplerini ileri sürebilmeleri bakımından bir farklılık yoktur³⁸.

³⁶ BİLGİLİ, İsviçre hukukunda da ZGB Art.55 Abs.3 uyarınca, tüzel kişi yanında, organların kusurlu sorumluluğuna gidilebildiğine (bkz. s. 46 vd.), Alman hukukunda ise organın tüzel kişi ile birlikte sorumlu olmasının belli şartlar altında mümkün olduğuna değinmektedir (bkz. s. 64-65).

³⁷ İzahnameden doğan sorumluluk düzenlemesinde, kademeli sorumluluk yerine, sadece ihraççının sorumluluğu öngörülseydi, rücu başvurusu zararın ödendiği her durumda gündeme gelecekti. Ancak düzenlemenin mevcut haline göre bu başvuru, ancak tali sorumlulara gidilmesine gerek kalmadan, ihraççının zararın tamamını karşıladığı hallerde söz konusu olacaktır.

³⁸ SPK m.10 hükmüne istinaden yönetim kurulu üyesine açılan tazminat davasında davacı, zarar gören yatırımcı iken; TTK m. 553 hükmüne göre açılacak davada davacı, şirket ya da şirket ortakları olabilir (TTK m.555). Her ikisinde de yönetim kurulu üyesi zararın gerçekleşmesinde kusuru bulunmadığını ya da kusurunun düşük olduğunu ve diğer şahsi savunma sebeplerini ileri sürebilecektir.

3. Yardımcı kuruluşların sorumluluğu

Kanun'un 10/2 maddesinde, bağımsız denetim, derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları gibi izahnamede yer almak üzere hazırlanan raporları hazırlayan kişi ve kurumlar da hazırladıkları raporlarda yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden Kanun hükümleri çerçevesinde sorumlu oldukları belirtilmiştir (ayrıca bkz. m. 63)³⁹.

Madde hükmünden anlaşılacağı gibi, yardımcı kuruluşların bu sorumluluğu, hazırladıkları raporların içeriğinde yer alan bilgilerle “sınırlı” bir sorumluluk olup, yukarıda “ihraççı dışındaki sorumlular” başlığı altında değindiğimiz kişilerin sorumluluğundan farklıdır⁴⁰. Yardımcı kuruluşların sorumluluğu bu çalışmanın konusu dışındadır.

C. Sorumluluğun Niteliği

1. Genel olarak

Sorumluluğun niteliği denince akla hemen sorumluluğun iki temel kaynağı olarak haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu gelmekte ve niteleme konusunda bu ikili ayrıma müracaat edilmektedir. Buna karşın toplumdaki sosyal ve ekonomik gelişmelerle birlikte fertler ve gruplar arasındaki hukuki ilişki türlerinin çeşitlenmesi ve karmaşıklaşmasına bağlı olarak, sorumluluk nitelemesinin bu iki kaynakla kısıtlanmasının yetersiz kaldığı görülmüştür⁴¹. Nitekim inceleme konumuzda da aynı sorun karşımıza çıkmaktadır. Hazırlanması teknik süreçlerden sonra ve çeşitli birimlerin katılımı ile gerçekleşen izahnameye konulan bilgilerin eksik ya da yanlış olmasından sorumluluğu, tek başına haksız fiilden ya da sözleşmeden doğan sorumluluk olarak niteleme olanağı bulunmamaktadır. Sorumluluk süjelerinin zarara uğrayanla arasındaki hukuki ilişkilere bakıldığında, yatırımcı ile sözleşme ilişkisi içinde bulunan süjeler olduğu gibi, bulunmayanlar da vardır. Bu noktada iltibasa meydan vermemek üzere hemen şu tespiti yapmanın yararlı

³⁹ Yardımcı kuruluşların hazırladıkları raporların içerdiği bilgilerin doğruluğundan sorumlulukları, Kanun'un 32/2 maddesinde, sadece izahname bakımından değil, tüm kamuyu aydınlatma belgeleri için geçerli olmak üzere tekrar edilmiştir.

⁴⁰ Bu kuruluşlardan örneğin bağımsız denetim kuruluşlarının sorumluluğu hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Aytekin ÇELİK, Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

⁴¹ Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 119; Süleyman YALMAN, Türk ve İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 16.

olacağı kanısındayız: İzahnameden doğan hukuki sorumluluğun kaynağı kanundur. Gerçekten, izahnamede eksik ya da yanlış bilgi verilmesinden doğan zararı giderim yükümlülüğü doğrudan doğruya SPK m.10 hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede, sorumlu kişilere sorumluluk izafe etmek için, ilgili olayda haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılığın koşullarının bulunup bulunmadığını araştırmaya gerek olmayıp, sorumluluk doğrudan doğruya kanunun açık hükmünden doğmaktadır⁴². Ayrıca gerek zamanaşımı, gerek ispat yükünün izahname sorumluluğu bakımından yine SPK'da özel olarak düzenlenmiş olması karşısında, bu hususlar bakımından da genel hükümlere müracaat etme gereği bulunmadığından⁴³, sorumluluğun kaynağının akdi mi yoksa haksız fiil mi olduğunu tartışmaya lüzum bulunmadığı kanısındayız⁴⁴. Ancak yine de aşağıdaki alt başlıklarda sorumluluk sūjeleri ile yatırımcı (davacı) arasında zarar öncesinde bir hukuki ilişki olup olmadığını irdeleyip, buna bağlı çıkarımlarda bulunacağız.

Sorumluluğun niteliği meselesinde, diğer taraftan, sorumluluk sūjelerinin kusurlarının dikkate alınıp alınmadığı kriterine göre kusur sorumluluğu-kusursuz sorumluluk ayrımı yapılabilir. Kanun'un gerek 10 gerek 32. maddesinde yer alan düzenlemelerde kusur esasına değinilmiş olup, bu çerçevede kusura dayalı sorumluluğun temel esaslarını belirleyen Türk Borçlar Kanunu 49 ve devamı maddeleri, genel hükümler olarak dikkate alınır.

⁴² Aynı görüşte AYOĞLU, s. 648; Mehmet Murat İNCEOĞLU, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 133 (Yazar, izahname sorumluluğunun kanundan doğduğu, ihraççı dışındaki sorumlular (eski kanunda ihraççı dışında sadece aracı kurumlar için sorumluluk söz konusuydu, bkz. eSPK m.7) bakımından tali sorumluluk getirilmiş olmasının, bu sorumluluğu sözleşmesel sorumluluktan da haksız fiil sorumluluğundan da uzaklaştırdığını belirtmektedir).

⁴³ Sorumluluğun haksız fiile mi yoksa sözleşmeye mi dayandığı, özellikle zamanaşımı süresinin hesaplanması, ispat yükünün kime düştüğü ve bir de yardımcı şahısların verdiği zararlarda ifa yardımcısı mı yoksa istihdam edilen mi oldukları yönünden -farklı hükümlerin uygulanması nedeniyle- önem kazanmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, zamanaşımı ve ispat yükü SPK'da özel olarak düzenlenmiş, yardımcı şahısların sorumluluğu ile ilgili olarak da m.10/2 ve 32/2 hükümlerinde bağımsız denetim, derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları gibi hazırladıkları raporlarla izahnameye katkı sağlayan kuruluşların bu raporların içeriğinde yer alan bilgilerden bu Kanun hükümleri çerçevesinde yatırımcıya karşı doğrudan doğruya sorumlu oldukları belirtilmiştir. Bu kuruluşlar dışında izahnamenin hazırlanmasında rol alan ihraççının çalışanlarının (muhasabe ve diğer departmanlarında görev alan kişiler gibi) ise ifa yardımcısı mı yoksa istihdam edilen mi olduklarının, ihraççının yatırımcıya karşı mutlak ve kusura dayanmayan sorumluluğu karşısında, pratik bir önemi yoktur.

⁴⁴ TTK'da düzenlenen anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hakkında da aynı tartışmanın pratik bir öneminin kalmadığı hakkında bkz. Necla AKDAĞ GÜNEY, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 80.

Ayrıca, kusur sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, zarara birlikte neden olan kişilerin dış ilişkide davacıya karşı ne kapsamda sorumlu olacağı esasına göre, müteselsil sorumluluk-farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk ayrımı da söz konusudur. Ancak hemen vurgulamak gerekir ki, sorumluluğun müteselsil ya da farklılaştırılmış müteselsil mahiyette olması, sorumluluğun niteliğinden ziyade, kapsamını belirleyen bir ayrımdır. Bu bağlamda, Kanun'un 10.maddesi ihraççı dışındaki sorumlular hakkında farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk öngörürken, 32. madde ise tüm sorumlular arasında müteselsil sorumluluk bulunduğundan söz etmektedir. Bu iki sorumluluk türü arasındaki farklara aşağıda ayrıca değinilecektir.

2. İhraççının sorumluluğu

İhraca konu sermaye piyasası aracını satın alan yatırımcı ile ihraççı arasında bir sözleşme ilişkisi olduğu açıktır⁴⁵. Bu çerçevede, izahnamedeki bilgilere güvenerek alım yapan yatırımcının uğradığı zararın, sözleşme öncesinde sözleşme taraflarından birinin sözleşme konusu hakkında diğerine verdiği bilgilerin doğru olmamasından kaynaklanan zarar olarak değerlendirilmesi mümkündür. Buna göre ihraççının sorumluluğu, tipik bir sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*) olarak nitelendirilebilir^{46 47}.

Öteyandan, ihraççının izahnamede yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasında kusuru bulunmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulma imkanı olmadığını görüyoruz. Bu bakımdan, ihraççının sorumluluğunun bir

⁴⁵ Satın alınan sermaye piyasası aracının türüne (pay ya da borçlanma aracı olmasına) göre kurulan ilişki bir ortaklık ya da alacaklılık ilişkisi mahiyeti kazanır.

⁴⁶ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, doktrinde ana hatları ile, sözleşmenin kurulmasından önceki safhada görüşmecilerden birinin veya yardımcılarının, diğer görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş bulunan güven ilişkisine aykırı davranarak vermiş olduğu zarardan doğan sorumluluk olarak tanımlanmaktadır (Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 1083. Diğer tanımlar için bkz. Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, 11.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 488; Selahattin Sulhi TEKİNAY / Sermet AKMAN / Haluk BURCUOĞLU / Atilla ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, Beşinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 1306 vd). Diğer taraftan *culpa in contrahendo* sorumluluğunun Türk hukukunda, Almanya, İsviçre ve Fransa hukuk sistemlerinde olduğu gibi, genel bir kanun maddesiyle düzenlenmeyip, kanunda yer alan bazı sorumluluk hükümlerinin temelini oluşturduğu hakkında bkz. DEMİRCİ-OĞLU, s. 72 vd; YALMAN, s. 20.

⁴⁷ Aynı görüşte İNCEOĞLU, s. 132 (Yazar, Alman hukukunda da izahname sorumluluğunun *culpa in contrahendo* sorumluluğunun geliştirilmiş hali olduğunun kabul edildiğini belirtmektedir, bkz. dn.211); KOCA, s. 26.

kusursuz sorumluluk hali olduğu nitelenmesi de yapılabilir⁴⁸. Kanımızca, TTK m.557 hükmünden esinlenerek yeni Kanun'a dahil edilen farklılaştırılmış teselsülün⁴⁹ sadece ihraççı dışındaki sorumlular hakkında öngörülmüş olması da bu fikri doğrulamaktadır. Nitekim, tüzel kişilerin organlarının haksız fiillerinden sorumluluğunun (MK 50/2, TTK 371/5), kurtuluş beyyinesi dahi getirilmesi mümkün olmayan bir kusursuz sorumluluk hali olduğu doktrinde ifade edilmektedir⁵⁰.

Bilindiği gibi, modern hukuk sistemlerinde sorumluluğun temelini kusur ilkesi oluşturmaktadır⁵¹. Ancak kusur ilkesinin mutlak olarak uygulanması ve kusur bulunmayan hallerde zararın zarar gören üzerinde bırakılmasının meydana getirdiği adalet ve hakkaniyete uymayan sonuçlar, belli hallerde kusur olmadan da sorumluluğun kabul edilmesi düşüncesini doğurmuş ve zaman içinde bu düşünce yaygınlaşmıştır. Artık günümüzde, zararın doğmasında doğrudan doğruya bir kusuru bulunmasa dahi, zararı karşılaması denkleştirici adaletin bir gereği olarak görülen kimselere sorumluluk yükletilmesi fikri modern hukuk sistemlerinde bir gereklilik olarak kabul edilmekte ve kusursuz sorumluluk halleri kanun seviyesinde düzenlenmektedir⁵². İşte yetkililerin kusuruyla izahnamede yanıltıcı bilgi verilmesinden doğan zarardan ihraççının tüzel kişiliğinin kusursuz sorumlu kılınması da, bu gerekliliğin sermaye piyasasında ortaya çıktığı hallerden biri olarak değerlendirilebilir. Buna göre, sorumluluğu objektif olarak var kabul edilen ihraççı, gerçeğe aykırı bilgilerin yetkili kişiler eliyle hazırlandığını, bir zarar doğmuşsa onların kusuruyla doğduğunu ve onlardan tazmin edilmesi gerektiğini ileri sürememektedir.

Sebeb sorumluluğu ya da objektif sorumluluk olarak da adlandırılan kusursuz sorumluluk hallerinde hakkaniyet, yarar görenin zarara da katlanması, tehlike yaratmanın sorumluluğu, hakimiyet alanı altındaki kişilerin fiillerinden sorumluluk ve özen borcu gibi düşünceler sorumluluğun kabul edilmesinin altında yatan gerekçeler olarak gösterilmektedir⁵³. İhraççının izahnameden doğan sorumluluğunda da benzer şekilde hakkaniyet, yarar görenin zarara

⁴⁸ AYOĞLU, s. 642.

⁴⁹ Farklılaştırılmış teselsül hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Bölüm IV/D-2.

⁵⁰ Ersin ÇAMOĞLU, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 41; TANDOĞAN, s. 125.

⁵¹ EREN, s. 447 vd.

⁵² EREN, s. 462; TANDOĞAN, s. 89 vd.

⁵³ Süleyman YILMAZ, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebeb Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler", AÜHFD, C.59, S.3, 2010, s. 554 vd.

katlanması ve/veya özen borcu gerekçelerine dayanılabilir. Bunun dışında, tüm sermaye piyasası düzenlemelerinin temel amacı olan yatırımcıların ve piyasaya olan güvenin korunması ile etkin denetimin sağlanması da ihraççının kusursuz sorumlu kabul edilmesinde genel birer gerekçe olarak zikredilebilir.

3. İhraççı dışındakilerin sorumluluğu

İhraççı dışındaki kişilere yükletilen sorumluluk -hepsini kapsayan genel bir nitelikle tespiti olarak- tali nitelikte kusur sorumluluğudur. Bu çerçevede, sorumlulara, ancak kusurlarına ve durumun gereklerine göre zarar kendilerine yükletilebildiği ölçüde ve ancak zararın ihraççıdan tazmin edilemediği hallerde müracaat edilebilir. Öte yandan, tek tek sorumlulara baktığımızda, özellikle aracı kurum ve yönetim kurulu üyelerinin durumlarını daha yakından irdelemekte fayda vardır.

Aracı kurum, satış işlemlerine aracılık etmesi nedeniyle, yatırımcı ile hukuki ilişkiye girmektedir. Aracı kurum aracılık işlemlerinde ortaklık nam ve hesabına hareket ediyorsa vekil, kendi namına ortaklık hesabına hareket ediyorsa komisyoncu gibidir⁵⁴. Hemen fark edileceği gibi, aracılık yüklenimi sözleşmesinin tarafları ihraççı ile aracı kurum olup, aracı kurumun sözleşmesel edim borçları ihraççıya karşıdır⁵⁵. Yatırımcı bu sözleşmenin tarafı değildir. Öte yandan, aracı kurumun ortaklık nam ve hesabına hareket ettiği hallerde, yatırımcı ile arasında sözleşme müzakerelerinin bulunduğu da söylenemez. Bu durumda aracı kurum yardımcı şahıs konumunda olup, yardımcı şahıslar kendi kusurlu davranışlarından haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olurlar⁵⁶. Aracı kurumun kendi namına ortaklık hesabına hareket ettiği hallerde ise, sorumluluklarının ihraççıda olduğu gibi bir culpa in contrahendo sorumluluğu olduğu ileri sürülebilir⁵⁷.

Şunu belirtmek gerekir ki, aracı kurumların halka arza aracılık faaliyetleri kendine özgü kurullarla düzenlenmiş özel bir faaliyettir. Gerçekten de aracı kurumun halka arz dokümanlarının hazırlanmasında etkin bir rolü vardır. Bu

⁵⁴ Bkz. Çağlar MANAVGAT, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, BTHAE, Ankara, 1991, s. 84 vd.

⁵⁵ Bu bağlamda yatırımcının, aracılık yüklenimi sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle TBK 112 vd. hükümlerine müracaat etme imkanı yoktur.

⁵⁶ İNCEOĞLU, s. 132.

⁵⁷ İNCEOĞLU, bu fıkri ileri sürülebileceğini, ancak kendisinin buna katılmadığını, görüşünün sorumluluğun kaynağının kanun olduğu, haksız fiillere ilişkin hükümlerin ise kıyasen uygulanması gerektiği, ayrıca culpa in contrahendo ya da haksız fiil uyarınca aracı kurumun sorumlu tutulabildiği hallerde iki sorumluluğun birbiriyle yarışması yönünde olduğunu belirtmektedir (bkz. s. 132-133).

nedenle, aracı kurum, halka arzın tüm safhalarında, özellikle fiyatın doğru belirlenmesi ve ihraççı ile ilgili doğru bilgilendirme yapılması konusunda özen ve en iyi gayreti gösterme yükümlülüğü altındadır⁵⁸. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, söz konusu özen borcuna aykırılık olmanın yanında, doğrudan doğruya bir edim borcu altına girmediği yatırımcıya karşı da aracı kurumun haksız fiili niteliğindedir. Bu çerçevede aracı kurumun izahnamedeki bilgilerin eksik ya da yanlış olmasından yatırımcıya karşı sorumluluğunu, kanundan kaynaklanan, kendi mevzuatındaki özen borcu ile desteklenen, kusura dayalı, karma⁵⁹ bir sorumluluk olarak değerlendirmek kanımızca doğru olur⁶⁰.

Yönetim kurulu üyeleri ile yatırımcı arasında ilk bakışta herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı düşünülebilir. Bu doğru olmayıp, yönetim kurulu ile ortaklık arasında kabul edilen vekalet veya hizmet akdi ilişkisi⁶¹, ortaklık sözleşmesi uyarınca dolaylı olarak ortakları da yönetim kurulu üyeleri ile sözleşme ilişkisi içine sokmaktadır. Nitekim doktrinde, TTK'daki anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun sözleşmesel nitelik taşıdığı, bu çerçevede ortaklar ve şirket alacaklılarının da yönetim kurulu üyelerine karşı açacakları davalarda sözleşmeye aykırılık sebebine dayanabilecekleri belirtilmektedir⁶². Aynı görüş ve gerekçenin, yönetim kurulu üyelerinin yatırımcılara karşı izahnameden doğan sorumluluk hakkında da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

Sonuç olarak sorumluluğun niteliği hakkında aşağıdaki nihai değerlendirmeleri yapabiliriz: İzahname sorumluluğu kanundan kaynaklanan bir sorumluluktur. Kanun'da sorumluların kimler olduğu, ispat yükü ve

⁵⁸ Bkz. III-37.1 sayılı Tebliğ, m.54. Aracı kurumların bu yükümlülüğü uygulamada “*due diligence*” olarak adlandırılmaktadır (Aracı kurumların halka arz işlemlerindeki fonksiyonlarına, özellikle uzmanlıkları ile sürece katkı sağlamaları hakkında bkz. AYOĞLU, s. 640).

⁵⁹ Karma deyimini, tek başına haksız fiil ya da sözleşme değil, fakat ikisine ait unsurları da barındıran anlamında kullanıyoruz.

⁶⁰ Son olarak garantörün konumu da özellik arz eder. Garantörün sorumluluğu garanti sözleşmesine dayanır ve garantörlük sözleşmesi bağımsız bir borç doğurur. Sorumluluk da sözleşmede kararlaştırılan şartın gerçekleşmesi ile kendiliğinden doğar. Kusura bakılmaz.

⁶¹ Reha POROY / Ünal TEKİNALP / Ersin ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 352.

⁶² ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 390; Hasan PULAŞLI, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, BATİDER, C.XXV, S.1, Mart 2009, s. 36; AKDAĞ GÜNEY (2008), s. 81 vd. Ayrıca ÇAMOĞLU, 6762 sayılı eTTK'da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu incelediği kitabında, 338. madde ile ilgili olarak Adliye Encümeni Mazbatasında, sorumluluğun kaynağının akdi olduğunun belirtildiğine işaret etmektedir [ÇAMOĞLU (2007), s. 15]. Aynı hususa eserinin bu dipnotta atfı yapılan bölümünde AKDAĞ GÜNEY de değinmektedir.

zamanaşımı hususi mahiyette düzenlenmiş olup, bu meselelerde genel hükümlere müracaat etme gereği yoktur. Bununla birlikte, sorumluluğun temelini akde mi yoksa haksız fiile mi dayandığı konusunda, gerek ihraççının, gerek ihraççı vasıtasıyla ihraççının yönetim kurulu üyelerinin, gerek aracılık işlemleri nedeniyle aracı kurumun yatırımcı ile doğrudan ya da dolaylı olarak bir akdi ilişki içinde olduğunu görüyoruz. Bu çerçevede sorumluluğun akde aykırılığa dayandığı fikri ağırlık kazanmaktadır. Ayrıca, ilerde değineceğimiz gibi, ispat yükünün davalılar üzerinde bırakılmış olması da sorumluluğun akde dayandığı fikrini desteklemektedir. Şu kadar ki, izahnamede sunulan bilgilerin sözleşme akdedilmeden önce karşı tarafa sunulan bilgiler olması nedeniyle, doğrudan doğruya sözleşmeye aykırılığa değil de, sözleşme görüşmelerinde yaratılan güvene aykırı hareketten doğan bir sorumluluk (culpa in contrahendo) olduğu fikri kabul edilebilir görünmektedir.

D. Sorumluluğun Kapsamı

1. Genel olarak

Kanun'un 10 ve 32. maddelerinde sorumluluk yüklenen kişiler arasındaki sorumluluk paylaşım ilişkisi birbirinden farklı düzenlenmiştir. Kamuyu aydınlatma belgelerinden sorumluluğu düzenleyen m.32 f.1 hükmünde, sorumluluk yüklenen kişilerin müteselsilen sorumlu oldukları belirtilirken, Kanun'un 10. maddesinde, kendisi de bir kamuyu aydınlatma belgesi olan izahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan ihraççıların sorumlu olduğu, zararın ihraççıdan⁶³ tazmin edilememesi veya edilemeyeceğinin açıkça belli olması halinde; halka arz edenler, ihraca aracılık eden lider aracı kurum, varsa garantör ve ihraççının yönetim kurulu üyelerinin kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumlu oldukları belirtilmektedir. Şu halde, 32. madde tüm sorumlular arasında müteselsil sorumluluğa yer verirken, 10. madde tali sorumluluk yüklenen kişiler arasında farklılaştırılmış teselsüle⁶⁴ yer vermektedir. İzahnamenin de bir kamuyu aydınlatma belgesi olmasından

⁶³ Maddede “söz konusu kişilerden” denmekte ise de, buradaki ifade “ihraççıdan” şeklinde anlaşılması gerekir. Çünkü zararın ihraççıdan tazmin edilememesi halinde, maddede belirtilen diğer tali sorumlulara müracaat edilebilecektir. İhraççının kastedildiği gayet açık olduğuna göre, madde lafzında “söz konusu kişiler” gibi çoğul bir ifade yerine, net bir şekilde ihraççı denmesi kanımızca daha belîğ olurdu.

⁶⁴ KARAYALÇIN, “farklılaştırılmış sınırlı müteselsil sorumluluk” deyimini kullanmaktadır (bkz. Yaşar KARAYALÇIN, “İsviçre Hukuku’nda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 670.

yola çıkararak, 32. maddedeki sorumluluğun izahnameyi de teşmil ettiği ve müteselsil sorumluluğun burada da cari olduğu ileri sürülebilir. Aşağıda müteselsil sorumluluk ile farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk arasındaki farka değinildikten sonra, hükümler arasındaki söz konusu farklılığın ne şekilde yorumlanması gerektiğine dair görüşümüze yer verilecektir.

2. Müteselsil sorumluluk – farklılaştırılmış teselsül ayrımı ve hükümler arasındaki ilişki

Müteselsil sorumluluk, borçlulardan her birinin, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğu, başka deyişle alacaklının borçlulardan her birine borcun tamamını tahsil için müracaat edebildiği, alacağın tamamı ya da bir kısmının borçlulardan biri tarafından ifa edilmesi durumunda, ifa edilen miktar kadar diğerlerinin de borçtan kurtulduğu bir birlikte sorumluluk hali olup, ancak sözleşmede kararlaştırılmışsa ya da kanunda öngörülmüşse söz konusu olabilir (TBK m.162/2, 163)⁶⁵. Müteselsil sorumluluğun özelliği, zarara birlikte sebep olan borçluların, zararın doğmasındaki kusurlarının dış ilişkide (alacaklıya karşı) dikkate alınmayıp, iç ilişkide (zararın paylaşılmasında birbirlerine karşı) ileri sürülebilmesidir. Nitekim bu husus haksız fiiller bakımından TBK m.61 hükmünden anlaşılmaktadır.

6762 sayılı eTTK döneminde yönetim kurulu üyelerinin 336. madde çerçevesindeki sorumluluğu da bir müteselsil sorumluluktan ve oluşan şirket zararı için yönetim kurulu üyelerinin hepsine bu sorumluluk hükümleri muvacehesinde müracaat edilebiliyordu. Zarara neden olan fiil bakımından kusurları farklı derecelerde olmasına karşın, yönetim kurulu üyelerinin her birinin davacılar karşı zararın tamamından sorumlu olmaları sonucunu doğuran bu düzenleme, adil olmayan sonuçları nedeniyle doktrinde yoğun olarak eleştirilmiş ve mehzar İBK’da 1991 yılında yapılan reform sırasında değiştirilerek farklılaştırılmış teselsül esası kabul edilmiştir⁶⁶. Yeni düzenlemeye göre birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları halinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur. Bunun anlamı, birlikte şirketi zarara uğrattıkları

⁶⁵ Bu anlamda Kanun’un 32. maddesi kanundan kaynaklanan bir müteselsil sorumluluk halidir.

⁶⁶ İBK m.759 hükmünde yapılan değişiklik öncesindeki öğretide müteselsil sorumluluk konusunda yapılan tartışmalar ve bu tartışmaların anılan değişikliğe yansması hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet HELVACI, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğunun Anlamının Tanıtılması”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 225 vd.

iddia edilen yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davasında, üyelere her birinin, dış ilişki bakımından, zararın tamamından sorumlu olmayıp, somut olaydaki şahsi durum ve kusurlarının derecesini ileri sürerek, zararın buna göre paylaşılmasını talep etme haklarının olmasıdır⁶⁷. Farklılaştırılmış teselsül, alacaklının borçlulardan tatmin menfaatini ortadan kaldırmamakta, ancak borçlunun, borcun doğumundaki etkisini dikkate almak suretiyle hafifletmektedir⁶⁸. Şunu belirtmek gerekir ki, İsviçre’de farklılaştırılmış teselsül düzenlemesi yürürlüğe girdikten sonra Federal Mahkeme uygulamasında fazla bir değişiklik olmadığına, Mahkeme’nin kusur derecesini dikkate almak suretiyle sorumlulukta indirimine gittiğine pek rastlanmadığına da doktrinde işaret edilmektedir⁶⁹.

Yönetim kurulu üyelerinin eTTK m.336 hükmünde düzenlenen müteselsil sorumluluğuna getirilen eleştiriler ve hükmün adil olmayan sonuçları nedeniyle, mehzaz ülke kanununda benimsenen çözüm, yeni ticaret kanunumuzun hazırlanması sürecinde aynen dikkate alınmış ve anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda farklılaştırılmış teselsül esas 6102 sayılı Kanun’la birlikte ülkemizde de kabul edilmiştir (bkz. TTK m.557/1).

SPK m.10 hükmü düzenlenirken, 6102 sayılı TTK’da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından kabul edilen farklılaştırılmış teselsül düzenlemesinden esinlendiği, birebir aynı düzenlemeye yer verilmesinden anlaşıldığı gibi, hükmün gerekçesinde de TTK’nın 557. madde hükmüne paralel bir uygulamanın benimsendiği açıkça belirtilmiştir. İzahname sorumluluğu bakımından 10. maddede farklılaştırılmış teselsülü benimseyen kanun koyucu, kamuyu aydınlatma belgelerinden sorumlulukta bu esas kabul etmeyip, sorumluların müteselsil sorumlu olmasını istemiştir. Madde 32’nin gerekçesine bakıldığında, izahname ve diğer kamuyu aydınlatma belgelerinden sorumlu olanlar ile bu sorumluluğa ilişkin tazminat haklarının ve illiyet bağının çok daha detaylı bir şekilde belirlenmesinin amaçlandığı,

⁶⁷ Necla AKDAĞ GÜNEY, “Bankalar Kanunu’na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art.759’da Yer Alan Farklılaştırılmış Teselsül Düzenlemesi ile Karşılaştırılması”, Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1213.

⁶⁸ Kürşat GÖKTÜRK / Mehmet Çelebi CAN, “Farklılaştırılmış Teselsülün -Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması”, İÜHFD, C.3, S.2, 2011, s. 249.

⁶⁹ GÖKTÜRK/CAN, s. 252; Ali Haydar YAĞCIOĞLU, Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 149, dn.265.

maddede genel olarak yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerin yer aldığı kamuyu aydınlatma belgelerine dayanarak işlem yapan yatırımcıların tazminat hakları ile sorumluların kurtuluş karinelerinin düzenlendiği, kamuyu aydınlatma belgelerinden sorumlu olanların belgeleri imzalayanlar şeklinde belirli bir hale getirildiği, yeni düzenleme ile kamuyu aydınlatma belgelerine dayanılarak yapılan işlemlerden kaynaklanan tazminat talepleri için genel hükümlere müracaat etmesi gerekliliğinin ortadan kaldırıldığı, bunun yatırımcı güveninin oluşturulması ve yatırımcıların korunması açısından önemli bir yaklaşım olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, 32. maddenin gerekçesinde 10. maddenin aksine müteselsil sorumluluk ilişkisine dair bir vurgulamaya yer verilmemiştir.

Sorumlular arasındaki sorumluluk paylaşım ilişkisine dair 10. ve 32. madde arasındaki bu farklılık, dış ilişki bakımından sorumluluk kapsamını belirlemede etkili olduğundan önemlidir. Müteselsil sorumlulukta sorumlular davacıya karşı dış ilişkide zararın tamamından sorumlu iken, farklılaştırılmış teselsülde birlikte zarar verenlerin her birinin zararın doğumundaki kusuruna bakılır⁷⁰ ve bunlar dış ilişkide davacıya karşı kusurları oranında sorumlu olurlar. Buna göre, açılacak bir davada davalıların davacılar karşısındaki sorumluluk miktarlarını belirlerken hakim hangi hükmü uygulayacağı sorusu cevaplandırılmalıdır.

Yukarıda değindiğimiz madde gerekçelerinden, en azından 10. madde için kanun koyucunun iradesini net bir şekilde anlamak mümkündür. Buna göre, kanun koyucu bilinçli bir tercih olarak⁷¹, 10. maddede teselsülün farklılaştırılmasını istemiştir⁷². Kanun koyucunun bilinçli iradesi yanında, izahnamenin hususi mahiyeti de dikkate alınmak lazımdır. Gerçekten, halka arzda üstlendiği özel fonksiyon ve bu bağlamda içeriği, hazırlanması, ilanı

⁷⁰ Birlikte zarar kavramının nasıl anlaşılması gerektiği ve zararın ne şekilde paylaşılacağı konusundaki açıklamalar için bkz. TTK m.557 gerekçesi.

⁷¹ Kamuoyu görüşüne sunulan ilk kanun taslağında, izahnameden sorumlu kişilerin sorumluluğu müteselsil sorumluluk olarak düzenlenmişti (bkz. Taslak m.10). Taslaktaki bu hüküm kanunlaşma esnasında değişmiş ve mevcut halini almıştır. Anılan taslak metni için bkz. "<http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?pageid=859&action=displayfile&fn=859.pdf&submenuheader=null>".

⁷² Şu halde, ihraççının yanında, fakat ihraççıdan sonra gelmek üzere sorumluluk yükletilen kişiler, izahnamede verilen bilgilerin yanlış, yanıltıcı ve eksik olmasından -dış ilişkide- kusurları ölçüsünde sorumlu olacaklardır. Farklılaştırılmış teselsül tali sorumlular arasındadır. Buna göre, ihraççının sorumluluğu her durumda birinci derece devam etmekte, davacı zararını ihraççıdan tazmin edemediği ölçüde müracaat ettiği tali sorumlular, davacıya karşı kusurları ölçüsünde sorumlu olacaklardır.

vs. hususların özel usullere tabi kılındığı izahnamenin kamuyu aydınlatma belgelerinin özel bir çeşidi olduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede, izahnameden sorumluluğu özel olarak düzenleyen 10. madde hükmünün, kamuyu aydınlatma hükümlerinden sorumluluğu düzenleyen 32. madde hükmüne nazaran özel hüküm niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir⁷³.

Sonuç olarak, hükümler arasında genel hüküm – özel hüküm ilişkisi var olup, izahname söz konusu olduğunda m.10, izahname dışındaki kamuyu aydınlatma belgelerinde ise m.32 uygulama alanı bulur⁷⁴. Bu çerçevede, iki hüküm arasında çelişki bulunduğu ve bu konuda davacı açısından hakların yarışmasının söz konusu olduğu, bu nedenle davacının istediği hükme müracaat edebileceğini savunan görüşü⁷⁵, yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, doğru kabul etmek mümkün değildir. Hakim, davalılar arasındaki teselsülün farklılaştırılmasını isteyen ve bu yönde özel düzenleme getiren kanun koyucunun iradesini dikkate almak ve 10. madde hükmünü uygulamak zorundadır⁷⁶. Nitekim genel hükümle özel hükmün karşılaştığı durumda, hakların yarışmasından söz edilmeyip, özel hükmün uygulanmasının söz konusu olacağı Yargıtay’ın 4.6.1958 tarih ve 15/6 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında da vurgulanmıştır⁷⁷.

Öte yandan, şu hususa açıklık getirmek gerekir ki, 10. madde ile 32. madde arasındaki genel hüküm-özel hüküm ilişkisi sadece sorumluluk sükellerinin dış ilişkide sorumluluk paylaşımları hakkında olup, 32.maddenin 4, 5 ve 6. fıkralarında yer alan düzenlemelerin izahname sorumluluğunda da uygulama alanı bulacağına tereddüt etmemek gerekir.

⁷³ Aynı görüşte ÇETİN/TÖREMİŞ/CANTİMUR, s. 43.

⁷⁴ Başka bir anlatımla, pay alım tekliflerinde hazırlanan bilgi formu, özel durum açıklaması, birleşme ve bölünme işlemlerinde hazırlanacak duyuru metinleri, borsada işlem görme duyurusu ve finansal raporlar gibi (maddede geçen “gibi” ifadesi nedeniyle, belirtilen örneklerin tahdidi olmadığı söylenebilir. Nitekim bu hususa gerekçede de değinilmiştir) kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayanlar, belgelerde yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasından kaynaklanan zarardan müteselsilen sorumlu olacaktır.

⁷⁵ Bkz. İbrahim HASELÇİN, İzahname sorumluluğu çelişkili (26.12.2012 tarihli Habertürk gazetesi’nde çıkan köşe yazısı), <http://www.bloomberght.com/ht-yazarlar/ibrahim-haselcin/1274186-izahname-sorumlulugu-celiskili>.

⁷⁶ Benzer bir tartışmada, İBK’da yapılan değişiklik sırasında, hakime hafif kusurlu kimselerin sorumluluğunda indirim yapabilme yetkisinin verilmesi önerisine karşı, kanun koyucunun açıkça farklılaştırılmış teselsül hükmü getirme iradesi ile hareket ettiği, bu nedenle hükmü bu şekilde düzenlediği belirtilmiştir (HELVACI, s. 229).

⁷⁷ Mustafa Reşit KARAHASAN, Sorumluluk Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 66.

E. Sorumlulukla İlgili Diğer Meseleler

1. Kusurun ispatı ve kurtuluş kanıtı

Kanun'da kamuyu aydınlatma belgelerinden sorumlulukta sorumlular için kusur karinesi getirilmiştir. Buna göre, kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması konusunda bilgi sahibi olmadığını ve bu bilgi eksikliğinin kast veya ağır ihmallerinden kaynaklanmadığını ispatlayan kişiler sorumlu olmaz (m.36/3). Bu düzenlemeden, kanun koyucunun sorumlular bakımından kusurun varlığını karine olarak kabul ettiğini anlıyoruz. Buradaki karine aksi ispatlanabilir bir karinedir. Buna göre, davalılar açıklanan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasından bilgileri olmadığını ve bu bilgi eksikliğinin kendi kusurlarından kaynaklanmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler⁷⁸. Şu halde sorumluluk davasında ispat yükü davalılar üzerinde bırakılmıştır.

Öncelikle, buradaki sorumluluktan kurtulma imkanı ihraççıyı kapsamamaktadır. Çünkü ihraççının kamuyu aydınlatma belgelerinden biri olan izahnameden sorumluluğu Kanun'un 10. maddesinde özel olarak düzenlenmiş olup, buna göre ihraççının sorumluluğu kusura dayanmamaktadır. Başka deyişle, ihraççının, kusuru bulunmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Ayrıca, 10. maddede herhangi bir kurtuluş kanıtına yer verilmediğini de unutmamak gerekir. Şu halde kusursuz olduklarını ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkanı sadece ihraççı dışındaki sorumlular için söz konusudur⁷⁹.

İkinci olarak, ispat yükünün davalılar üzerinde bırakılmış olması, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından TTK'nın benimsediği sistemden farklıdır. Şöyle ki, 6335 sayılı Kanun'la değişik TTK m.553/1 hükmü uyarınca, kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. Bu hüküm muvacehesinde, yönetim kurulunun kusurlu olduğunu davacının ispatlaması

⁷⁸ Benzer bir düzenleme, anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin eTTK'nın 338. maddesinde de vardı. ÇAMOĞLU, anılan düzenlemedeki sorumluluktan kurtuluş imkanının, kusursuz sorumluluk hallerinin bazılarındaki kurtuluş beyyinesi değil, bir kusursuzluk beyyinesi olduğunu belirtmektedir [ÇAMOĞLU (2007), s. 15].

⁷⁹ Mücerret kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma ancak kusurlu sorumluluk hallerinde söz konusu olabilir [ÇAMOĞLU (2007), s. 15].

gerekmektedir⁸⁰. SPK’da ise izahnamenin de dahil olduğu kamuyu aydınlatma belgelerinden sorumlulukta eTTK m.338 hükmüne benzer bir kusur karinesine yer verilmiştir. Bu aksi ispat edilebilen bir karine olup, buna göre, kamuyu aydınlatma belgesinde (izahnamede) yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı ya da eksik olmasında kusurlu olduğu karine olarak kabul edilen sorumlular (aynı maddenin 1.fıkrası uyarınca izahnameyi imzalayanlar⁸¹), belgede yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması konusunda bilgi sahibi olmadığını ve bu bilgi eksikliğinin kast veya ağır ihmallerinden kaynaklanmadığını ispatladıkları takdirde sorumlu olmazlar. Şu halde, sorumluluk yöneltilen kimsenin hakkındaki karineyi çürütmek için iki hususu ispat etmesi istenmektedir. Birincisi ilgili bilginin yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasından haberi olmadığı (konu hakkında bilgi sahibi olmadığı), ikincisi ise söz konusu bilgi eksikliğinin kendisinin kast veya ağır ihmalden kaynaklanmadığıdır⁸².

İspat yükünün davalılar üzerinde bırakılması yatırımcıların korunması bakımından yerindedir. Gerçekten de sermaye piyasasında tasarruflarını değerlendiren finansal okur-yazarlık düzeyi birbirinden farklı pek çok kişi vardır. Hatta bunlar arasında, değil izahnamede açıklanan bilgi ve belgeleri anlayıp yorumlama, genel olarak piyasanın işleyişi hakkında dahi hiçbir bilgisi bulunmayan kişiler bulunabilir. Bu çerçevede, izahnamede açıklanan bilgilerdeki eksiklik ya da yanlışlığın yöneticilerin ve izahnamede imzası bulunan diğer kişilerin kusuru ile meydana geldiğinin ispatının yatırımcılardan beklenmesi, realiteye uymayan, yatırımcıları ağır külfet altına sokacak

⁸⁰ TTK’nın anılan maddesinin 6335 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önceki halinde, “kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça” ibaresi yer alıyor ve bu çerçevede yönetim kurulu üyelerinin kusurlu oldukları karine olarak kabul eden eTTK’daki sistem (bkz. m.338) yeni TTK’da da devam ettirilmiş oluyordu. ETTK’nın yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin benimsediği sistemin bütününe, hususan müteselsil sorumluluğun getirdiği ağır sorumluluk yüküne yöneltile eleştiriler kanunun yapımı sırasında dikkate alınırken, kusur karinesi ve ispat yükü bakımından eski sistemle aynı esasın benimsenmesi tartışma ve itirazlara neden olmuştur. Konuyla ilgili, özellikle ortaklıklar cephesinden gelen eleştiri ve girişimler sonucunda, kanunun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra değişikliğe gidilerek, 6335 sayılı Kanunla maddedeki “kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça” ibaresi kaldırılıp, yerine “kusurlarıyla” ibaresi eklenmiştir. Bu suretle ispat yükü davacıya çevrilmiştir.

⁸¹ Önce de değindiğimiz gibi, II-5.1 sayılı Tebliğ’in 7/4 maddesi uyarınca, ihraççı ve varsa halka arz eden ile yetkili aracı kuruluş izahnameyi imzalamakla yükümlü kılınmıştır. Şu halde karine olarak kusurlu oldukları kabul edilen kimselerin, ihraççının ve aracı kuruluşun izahnameye imza atan yetkilileri olduğu söylenebilir. Bu çerçevede anılan kişilerin açılan bir davada sorumluluktan kurtulabilmeleri için, kusurlarının bulunmadığını ispatlamaları gerekir.

⁸² Madde hükmünde açıkça ağır ihmâl denmesi nedeniyle, hafif ihmâlin maddenin uygulama alanı dışında olduğu şeklinde yorumlanmalıdır.

bir düzenleme olurdu⁸³. Halbuki, gerek açıklanan bilginin arka planına (*background'una*) gerek şirketin iç işleyişi hakkındaki tüm hususlara vakıf olmaları nedeniyle, ispat yükünün izahnameye imza koyan şirket ve aracı kurum yetkilileri üzerlerinde bırakılması adil ve yerinde bir tercihtir.

Bununla birlikte, eTTK'da kusur karinesi ve ispat yüküne ispat kuralları yönünden getirilen eleştiriler burada da ileri sürülebilir. Örneğin, kusursuzluğun ispatının istenmesinin, yokluğun ispatının istenemeyeceği kuralı ile çeliştiği gibi⁸⁴. Gerçekten düşünüldüğünde bir konu hakkında bilgi sahibi olunmadığının ispatı nasıl mümkün olabilir? Olamaz, daha doğrusu böyle bir ispat istenemez. Bu, ancak ileri sürülebilir, aksini iddia eden ise buna dair kanıtları varsa bunları gösterebilir. ÇAMOĞLU, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile ilgili bu çelişkinin, aslında yöneticilerin gerekli özeni gösterdiklerinin ispatının istendiği gerekçesiyle aşılabileceğini belirtmektedir⁸⁵. Bu noktada hemen -SPK düzenlemesindeki- sorumluluktan kurtulmak için aranan ikinci ispat koşulu, yani bilgi eksikliğinin (izahnamedeki bilginin yanlış, yanıltıcı ya da eksik olduğunu bilmemenin) kendi kast ya da ihmalinden kaynaklanmadığının ispatı koşulu akla gelmektedir. Az önce belirttiğimiz, yönetim kurulu üyelerinin aslında özen borçlarını yerine getirdiklerinin ispatının istendiği görüşüne paralel olarak, izahname sorumluluğunda da aslında sorumluluk süjesinden beklenenin, açıklanan bilginin doğruluğunu teyit için gerekli özeni gösterdiklerini ispat etmeleri olduğu söylenebilir. Kanımızca, yönetim kurulu üyelerinin özen borçlarına dair genel hükümlerdeki kurallar ile bunların yorumlanması konusunda ileri sürülen bilimsel görüşler kıyasen izahname sorumluluğunda da dikkate alınabilir ve uygulanabilir⁸⁶.

Öte yandan şu hususa da değinelim ki, farklılaştırılmış teselsül uyarınca, sorumlu olunan tazminat değerinin farklılaştırılması yolunda ileri sürülen

⁸³ Aynı görüşte ÇETİN/TÖREMİŞ/CANTİMUR, s. 42.

⁸⁴ Bkz. Ersin ÇAMOĞLU, "Sorumluluk Hukukunun Evrensel İlkeleri Işığında Yeni Türk Ticaret Kanun'unda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 412.

⁸⁵ ÇAMOĞLU (2011), s. 412-413.

⁸⁶ Söz konusu kural ve görüşleri kısaca özetlemek gerekirse; davacı, zarar doğuran işlemlerde yönetim kurulu üyesine kusur atfedilmesinin mümkün olduğunu kanıtladığı takdirde, yönetim kurulu üyesi bu işlemlerde kendisinden beklenen özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir [ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 389]. Yeni TTK'da yönetim kurulunun özen borcu hakkında, eTTK'daki basiretli iş adamı gibi davranma ölçüsü terkedilerek, gerçekçi ve çağdaş bir yaklaşım olan tedbirli bir yöneticiden beklenen özen borcu (*business judgement rule*) esas alınmıştır (TTK m.369/1). Ayrıca m.553/3 hükmü ile özen borcunun sınırı çizilmiştir. (PULAŞLI'nın bu hükme dair eleştirileri için bkz. s. 40-42).

kişisel savunma sebeplerini ispat yükü de, yine bunları ileri süren borçlunun üzerindedir⁸⁷.

2. Zamanaşımı

Kanun'un 32/6 maddesi uyarınca, kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan tazminat talebi, zararın meydana geldiği tarihten itibaren altı ay içinde zamanaşımına uğrar. Görüldüğü gibi kanun koyucu zamanaşımı süresini genel hükümlere göre oldukça kısa tutmuştur. Bunun nedeni, gerekçede, finansal piyasalarda tepkilerin çabukluğu ve işlemlerin mevcut bilgiler çerçevesinde kısa sürede yapılması gerekliliği ile bağlantılı olarak yatırımcının korunması ile bilgiden doğan sorumluluk arasında denge kurulmak istenmesi olarak açıklanmıştır.

3. İhraççıdan tazmin edilememe koşulu

Zararın ihraççıdan tazmin edilememesi ya da tazmin edilemeyeceğinin açıkça belli olması koşulunu açmakta yarar vardır. Madde lafzında “açıkça belli olması” ifadesinin yer alması, kanun koyucunun burada belli bir ölçüde kesinlik aradığını göstermektedir. Bu noktada hemen, aranan şartın ihraççıya karşı yapılan takibin semeresiz kalması olduğu düşünülebilir. Burada yorum bakımından yine kanunun ratio legis'ini gözetmek gerektiği kanısındayız. Kanun'un genel ruhu itibariyle hep yatırımcıların korunması amacı ön planda tutulduğuna göre, bu düzenlemede de, ihraççı dışındaki sorumlulara yönelmek için, ihraççıya karşı yapılan takibin semeresiz kaldığının icra iflas prosedürlerine göre kesinleşmiş olmasını beklememek gerekir. Gerek şirketin içinde bulunduğu mali durum itibariyle zararı karşılamaya yetecek gücünün olmadığına hakimde kanaat oluşturmaya yetecek ölçüde ortaya konması, gerek ihraççıya karşı yapılan takipte takibin geldiği aşama itibariyle sonuç alınamamış olması, ihraççı dışındaki sorumlulara başvurabilmek için yeterli olmalıdır⁸⁸.

⁸⁷ Kadir Berk KAPANCI, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 181.

⁸⁸ Ancak şunu belirtmek gerekir ki, ihraççının zararı giderme olasılığı (ödeme gücü), olağan hayat tecrübelerine göre diğer sorumluların ödeme gücünden muhtemelen yüksek olacak ve ihraççı dışındaki sorumlulara gidilmesine gerek olmaksızın zarar ihraççı tarafından giderilecektir. İhraççının böyle bir zararı karşılayamayacak kadar mali durumunun kötü olması demek, içi boş ya da mali güçlük içindeki bir şirketin halka arz gerçekleştirdiği anlamına gelir ki, bu izahname ile halka açıklanan bilgilerin büyük bir bölümünün gerçek dışı olduğu anlamına gelir.

3. Sorumsuzluk anlaşmaları

Kanun'un 32/7 maddesi uyarınca, kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluğu hafifleten ya da kaldıran anlaşmalar veya buna ilişkin kayıtlar geçersizdir. Bu çerçevede, 10. maddede düzenlenen izahname sorumluluğunun taraflar arasında akdedilecek sözleşme hükümleriyle sınırlanması, daraltılması ya da ortadan kaldırılması mümkün değildir⁸⁹.

4. İlliyet bağı

Yukarıda ispat yükü ile ilgili bahsimizde kusur karinesi nedeniyle kusursuzluğunu ispat yükünün davalılar üzerinde olduğundan söz etmiştik. ÇAMOĞLU'nun isabetli bir şekilde vurguladığı gibi, kusurlu davranış karinesi sadece bu bağlamdaki (yani kusurla ilgili) ispat yüküne yer değiştirir, yoksa sorumluluğun diğer iki koşulu olan zarar doğurucu olgunun (maddi vakianın) ve zarar miktarının kanıtlanması yükü davacı üzerinde kalmaya devam eder⁹⁰. Kanun koyucu m.32/4 hükmü ile, davacının bu konudaki ispat külfetini de yumuşatmıştır. Şöyle ki, -hüküm diğer kamuyu aydınlatma belgelerini de kapsamakla beraber, izahname için konuşursak-, yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiler içeren izahnamenin geçerlilik süresi boyunca⁹¹, ilk halka arzdan veya borsadan satın alınan sermaye piyasası araçlarının, gerçeğe uygun bilginin ortaya çıktığı tarihten hemen sonra borsada satılması üzerine alış ve satış fiyatı arasındaki farka göre yatırımcının zarara uğraması halinde, tazminat talepleri açısından kamuyu aydınlatma belgesi ile zarar arasında illiyet bağı kurulmuş sayılır.

Bu hükümde kanun koyucu, davacının zarar ile zarara neden olan fiil (incelememizde yanıltıcı bilgi) arasındaki illiyet bağını ispatlamada zorlukla karşılaşacağını hesaba katarak, bu konuda davacı yararına bir karine öngörmüştür. Bu karine sayesinde, davacının ispat yükünü yerine getirmek için, sermaye piyasası aracını halka arzdan satın aldığını ve -1 yıllık izahnamenin geçerlilik süresi içinde herhangi bir zaman diliminde- gerçeğe uygun bilginin ortaya çıkmasından hemen sonra sermaye piyasası aracını sattığını ve alış satış fiyatı arasındaki farktan zarara uğradığını ortaya koyması yeterlidir. Bunun dışında bir hususu ispatlama yükümlülüğü yoktur⁹².

⁸⁹ Bununla birlikte, zarardan sorumlu kişiler arasında yapılacak anlaşmalar iç ilişkide rücu bakımından geçerliliğini korur (ÇETİN/TÖREMİŞ/CANTİMUR, s. 43).

⁹⁰ ÇAMOĞLU (2011), s. 413.

⁹¹ İzahnamenin geçerlilik süresi hakkında bkz. m.9.

⁹² Gerekçede bu hususta, alım veya satım işlemlerinin doğru bilgileri taşımayan kamuyu aydınlatma belgesinin ve doğrusunun açıklanmasından hemen sonra yapılmış olması halinde,

Öte yandan, aynı maddenin 5.fikrasında, söz konusu karineye istisnalar getirilmiştir. Bu hallerde kamuyu aydınlatma belgelerinin yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasından kaynaklanan tazminat talepleri reddedilir:

i. Sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının, kamuyu aydınlatma belgesine dayanmaması,

ii. Sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olduğu bilinmesine rağmen yapılması,

iii. Kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilere ilişkin düzeltmenin, yatırım kararının verilmesinden veya bu belgeye dayanarak işlem yapılmasından önce ilan edilmiş olması,

iv. Kamuya açıklanan belgede yer alan bilgiler yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasaydı dahi yatırımcıların zarara uğrayacak olmaları

5. Birlikte dava

TTK'nın 557/2 hükmü uyarınca, davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hakim aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir. Birlikte dava etmekle kastedilen ihtiyari dava arkadaşlığı olup, bütün davalılar tek bir taraf olarak görülmekte ve böylece davacı dava masrafları rizikosunu tek bir davalıya açmış gibi taşımaktadır⁹³. Bu sayede, davacı, davalıların bir kısmı hakkında dava reddedile bile, onlar bakımından yargılama masrafına mahkum edilmeyecektir⁹⁴.

Mehaz İBK m.759/2'den TTK'ya iktibas edilen bu hüküm, SPK'daki farklılaştırılmış teselsül düzenlemesine alınmamıştır. Buna göre yatırımcılar, SPK m.10 hükmüne dayanarak ihraççı dışındaki sorumlulara karşı açacakları davada, bunların hepsini davalı gösterip sorumluluk miktarlarının hakim tarafından belirlenmesini isteyemeyecek midir? Kanımızca isteyebilmelidir,

müşteri hesabına yansıyan zararın tazmin edilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Fıkarda geçen "hemen sonra" ifadesi, finansal piyasalarda çok çabuk tepki verilmesi ve işlem yapılmasını gerektirmesi nedeniyle kullanıldığı, bu kapsamda piyasadaki bilgi akışı dikkate alındığında "birkaç seans"ı aşacak bir dönemi kapsamasının istisnai hallere özgü olması ve yorumlarda daha kısa sürelerin dikkate alınması gerektiği, bununla birlikte somut olayın özelliklerinin de değerlendirilmede önemli olduğu vurgulanmıştır.

⁹³ YAĞCIOĞLU, s. 146 (Yazar, davacı tarafından talep edilmese de, hakim zorunlu olarak her bir failin tazminat borcunu belirlemesi gerektiği görüşündedir, bkz. s. 147).

⁹⁴ KARAYALÇIN, s. 669; HELVACI, s. 229; AKDAĞ GÜNEY (2008), s. 195; GÖKTÜRK/CAN, s. 262, dn.41.

çünkü aksi halde yatırımcı önemli ölçüde dava masrafı rizikosuna altına girecektir ki, SPK'nın bütününde yatırımcının korunmasını ön planda tutan kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğu düşünülemez. Hiç kuşkusuz, gerekçede kendisinden esinlenildiği belirtilen TTK m.557 hükmünün ikinci fıkrasındaki olanağın SPK'ya alınmaması eksiklik olmuştur.

İşbu alt başlık altında yeri gelmişken aynı tarafta birden fazla davacının yer aldığı toplu dava müessesesinden⁹⁵ konumuzla bağlantısı nedeniyle bahsetmekte fayda görüyoruz. Toplu dava, zarar gören birden fazla kişinin aynı davalıya karşı olan taleplerinin tek dava içinde karara bağlandığı dava türüdür⁹⁶. Bu davada, bir veya birkaç kişi kendileri yanında diğer zarar görenleri de temsilen davalıya karşı aynı veya benzer bir haksız fiilden dolayı dava açmaktadırlar. Bunlara temsilci davacılar denmektedir. Resmîyette davanın tarafı sadece temsilci davacılar olmasına karşın, verilen karar haksız fiilden zarar görenlerin tümü için geçerli olabilmektedir⁹⁷. Böylece zarar görenlerin her birinin ayrı ayrı dava açmasına ya da mahkemeye gelmesine, hatta ismen belli olmalarına bile gerek kalmamaktadır. Şu halde toplu davayı, kısaca, bir ya da daha fazla davacının, genellikle özel hukuktan doğan bir hakkın (çoğunlukla haksız fiilden) korunması bakımından benzer hukuki durumda olan bütün kişilerin çıkarlarını temsil ettiği toplu halde dava açma biçimi olarak tanımlayabiliriz⁹⁸. Bu dava türü çoğunlukla Anglo-Amerikan hukuk sisteminde uygulanmakta olup, henüz kıta Avrupası hukuk sisteminde uygulaması yerleşmemiştir.

Zarar gören çok sayıda kişinin tazmin taleplerinin toplu halde tek davada karara bağlanması tabii olarak usul ekonomisine hizmet etmektedir. Ayrıca birbirine çelişik kararların çıkmasına engel olduğu için hukuk güvenliği

⁹⁵ Yabancı literatürdeki karşılığı *class action*'dır. Türk hukukunda bu dava türü için "grup davası", "sınıf davası" ya da "topluluk davası" gibi isimler kullanılmaktadır (bkz. Varol KARAASLAN / Muzaffer EROĞLU, "Kollektif Hukuki Himayenin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davaları", EÜHFD, C.XIII, S.3-4, 2009, s. 202; Murat ŞAHİN / Hande ÇELİK ŞAHİN, "Toplu Hak Aramada Etkin Bir Yol Olarak Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Sınıf Davaları", İÜHF, C.LXXII, S.1, 2014, s. 383 vd). Gerek grup, gerek topluluk kavramlarının şirketler hukuku alanında özel anlamlarının olması nedeniyle, grup davası ya da topluluk davası kullanımları, söz konusu özel anlamla bağlantılı olarak -ilgili- şirketler grubu ya da topluluğunun davası gibi anlaşılmaya müsait olduğu için, zarara uğrayanların davalarının bir arada toplu olarak görüldüğü dava hakkında "toplu dava" deyimini kullanılması kanımızca "*class action*" müessesesini ifade etmeye daha uygundur.

⁹⁶ KARAASLAN/ EROĞLU, s. 203.

⁹⁷ Bu özellik, toplu dava ile Türk hukukundaki dava arkadaşlığı müessesesi arasındaki en önemli farktır (KARAASLAN/ EROĞLU, s. 203).

⁹⁸ ŞAHİN/ÇELİK ŞAHİN, s. 385.

açısından da fayda sağlamaktadır. Söz konusu avantajları nedeniyle toplu dava uygulamada özellikle büyük çaplı haksız fiiller ile ürün sorumluluklarının çözümünde önemli bir rol oynamaktadır⁹⁹.

Diğer taraftan toplu dava, zarar miktarları düşük olan kimselerin mahkemeye gitmek istemedikleri düşüldüğünde, tek başına az, fakat hepsi bir araya geldiğinde önemli bir yeküne ulaşan zararların toplu halde tazminini sağladığı için, koruma normunu ihlal edenlerin ihlal neticesinde elde ettikleri haksız kazançların yanlarına kalmasına engel olmakta ve normun caydırıcı etkisini arttırmaktadır¹⁰⁰.

Türk hukukunda HMK m.113'deki düzenleme, yukarıda anahatları ile açıklamaya çalıştığımız Anglo-Amerikan hukukundaki *class action* uygulamasına tekabül eden toplu davaya birebir karşılık gelmemektedir¹⁰¹. Anılan düzenlemede, dernek ve diğer tüzel kişilerin üyeleri ya da mensuplarının menfaatlerini korumak için topluluk davası adı altında tespit yahut men davası açabilecekleri düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, söz konusu düzenleme sınırlı olarak dernek yahut meslek örgütlerine mensupları yararına haklarının tespiti ya da hukuka aykırı durumun giderilmesi için dava açma yetkisi tanımakta, ancak tazmin istemini içermemektedir. Toplu dava müessesesinin hukukumuzda kazandırılması, kanımızca, özellikle hukuki yarar, husumet ehliyeti, kesin hüküm, yargılama masrafları vs. konularında genel usul sistemimize uymayan yönleriyle alakalı olarak HMK'ya istisnai hükümler konulmasını gerektirir.

6. Emsal karar ya da açılmış dava olup olmadığı

Nihayet, incelememizde, ülkemizde bugüne kadar ihraççıya ve diğer sorumlulara karşı yatırımcılar tarafından açılmış bir hukuk davası bilgisine rastlanmamıştır. Bunun dışında, izahnamede açıklanan bilgilerin gerçeği yansıtmaması nedeniyle SPK tarafından yapılmış suç duyuruları bulunmakla birlikte, kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunmamaktadır.

V. SONUÇ

Temel olarak sermaye piyasası araçlarının ihraççıları tarafından çıkarılarak halka satılmasına ve bunların ikinci el piyasada devir işlemlerine konu edilmesine dayanan sermaye piyasasında, ihraç ve alım satım konu edilen şey finansal enstrümanlardır (paylar, borçlanma araçları, türev araçlar

⁹⁹ KARAASLAN/ EROĞLU, s. 209.

¹⁰⁰ ŞAHİN/ÇELİK ŞAHİN, s. 384.

¹⁰¹ KARAASLAN/ EROĞLU, s. 221.

vs.). Finansal enstrümanların değeri ya da fiyatının belirlenmesinde, ihraççı şirketin faaliyet ve kârlılığı, kısacası mali durumu temel ölçülerden biridir. Bu bağlamda, ihraççının mali durumu ve diğer önemli hususlar hakkında alıcıların doğru ve eksiksiz bilgilendirilmesi, sermaye piyasasının sağlıklı işleyişi bakımından son derece önemlidir. Halka arz yoluyla gerçekleştirilen ihraçlarda söz konusu bilgilendirme izahname vasıtasıyla yapılır. Bu çerçevede, izahnamenin, daha doğru bir ifadeyle izahnamedeki bilgilerin doğru ve eksiksiz olması, yatırımcıların yanlış yönlendirilmemesi ve aldatılmaması bakımından kritik öneme sahiptir.

Modern hukuk düzenlerinde, izahnamede açıklanan bilgilerin yanlış, yanıltıcı ve eksik olmasının hukuki sorumluluk doğuracağı esası genel olarak kabul edilmektedir. Kısaca izahname sorumluluğu olarak adlandırılan bu sorumluluk öncelikle ihraççıya tevcih edilmekte, bununla birlikte izahnamedeki bilgileri kontrol etme görevleri bulunan ihraççının direktörleri ile ihraca aracılık eden kuruluşun sorumluluğuna da çoğunlukla yer verilmektedir. Öte yandan, izahnamedeki bilgilere dayanak teşkil eden bağımsız denetim, değerlendirme ve derecelendirme vs. raporları hazırlayan kişi ve kurumlar da bu raporların içeriğindeki bilgilerden sorumlu tutulmaktadır.

Türk hukukunda bu sorumluluk SPK'nın 10. maddesinde özel olarak düzenlenmiş ve bu maddede ihraççının kusuruna bakılmaksızın her durumda zarardan birinci derece sorumlu olması esasına yer verilmiş, zararın ihraççıdan tazmin edilememesi halinde, ihraççının yönetim kurulu üyeleri ile aracı kuruluşa kusurlarına ve durumun gereklerine göre zarar kendilerine isnat edilebileceği ölçüde müracaat edilebileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede SPK m.10 düzenlemesinde, TTK'daki anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hakkında benimsenen farklılaştırılmış teselsül esasına aynen yer verildiği anlaşılmaktadır. Farklılaştırılmış teselsülün özelliği, davalıların davacıya karşı sorumluluk miktarının belirlenmesinde kusur oranlarının dikkate alınmasını talep haklarının olmasıdır. Bununla birlikte farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk, zarara uğrayanın tazmin ve koruma kapsamını müteselsil sorumluluğa göre hafifleten bir özelliğe sahiptir. Yatırımcı bakımından böyle bir olumsuz ihtimali barındırsa da, farklılaştırılmış teselsülün izahname sorumluluğunda da benimsenmesi, sorumluluğun dış ilişkide adil paylaşımı sağladığı ve modern sorumluluk anlayışına uygun olduğu için kanımızca yerinde bir düzenlemedir.

Öte yandan, Kanun'un 32. maddesinde kamuyu aydınlatma

belgelerinden sorumluluğa ilişkin hükümlerde sorumlular arasında müteselsil sorumluluğun bulunduğu belirtilmiştir. Kanun'un açık tanımı uyarınca bir kamuyu aydınlatma belgesi niteliği taşıyan izahnamenin de 32. madde kapsamına girdiği kuşkusuz olup, iki madde arasındaki sorumluluğun dış ilişkide paylaşımına ilişkin söz konusu farklılık, maddeler arasında çelişki mi olduğu tartışmasını doğurmaktadır. İncelememizde, hem kanun koyucunun bilinci bir tercih olarak farklılaştırılmış teselsül esas aldığından madde gerekçesinden anlaşılması, hem izahnamenin halka arzda üstlendiği fonksiyon itibariyle kamuyu aydınlatma belgelerinin özel bir çeşidi olması çerçevesinde, izahname sorumluluğunu özel olarak düzenleyen 10. madde hükmünün 32. maddeye nazaran özel hüküm niteliğinde olduğunu kabul etmek gerektiği görüşündeyiz. Bu bağlamda hükümler arasında çelişki bulunduğu, davacı açısından hakların yarışmasının söz konusu olduğu, bu nedenle davacının istediği hükme müracaat edebileceğini savunan görüşü kabul etmeye imkan olmayıp, genel hükümle özel hükmün karşılaştığı durumlarda özel hükmün uygulanması gerektiği Yargıtay içtihatları ile kabul edilmiş durumdadır. Bununla birlikte, özel hüküm, sorumluluk sükreleri ile bunlar arasında sorumluluğun dış ilişkide paylaşılması konusunda söz konusu olup; kusur karinesi ve sorumluluktan kurtulma, zararın hesaplanması, illiyet bağı ve zamanaşımına ilişkin 32. maddede öngörülen diğer kuralların izahname sorumluluğunda da uygulama alanı bulacağından şüphe duymamak gerekir. Yine de tartışmanın kesin bir şekilde sonlanması için, bir kanun değişikliği ile 32. maddeye de 10. madde hükümlerinin saklı olduğuna dair bir ibarenin eklenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Diğer taraftan, 10. maddede düzenlenen farklılaştırılmış teselsül düzenlemesi hakkında TTK'nın 557/1 maddesinden esinlenilirken, aynı maddenin 2.fıkrasındaki düzenleme SPK'ya alınmamıştır. Davacının birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebileceğini ve hakimden her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebileceğini öngören düzenlemenin, davacı bakımından dava masrafları riskini önemli ölçüde azalttığı dikkate alındığında SPK'ya alınmaması eksiklik olmuştur. Bununla birlikte, anılan hükmün izahname sorumluluğunda da kıyasen uygulanabileceği düşüncesindeyiz. Nitekim bu yorum yatırımcının korunmasını her aşamada gözetken kanun koyucunun iradesine, bu anlamda SPK'nın ratio legis'ine uygundur. Yapılacak kanun değişikliğinde bu eksikliğin de giderilmesi faydalı olacaktır.

Son olarak, bir toplu hak arama yöntemi olarak toplu dava (*class*

action), halka arza katılan yatırımcı sayısının fazlalığı dikkate alındığında, tam da izahname sorumluluğunda uygulanması faydalı olabilecek bir yöntemdir. Nitekim yurtdışında, özellikle ABD’de izahname sorumluluğunda bu dava yönteminin kullanıldığını biliyoruz. Türk hukuku bakımından, HMK 113. maddede düzenlenen müessese birebir toplu davaya karşılık gelmemektedir. Kanımızca toplu dava yönteminin hukukumuzda kazandırılması, özellikle izahname sorumluluğu bakımından yatırımcıların korunmasına hizmet eden bir müessese olacaktır.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY, Necla: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

AKDAĞ GÜNEY, Necla: “Bankalar Kanunu’na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art.759’da Yer Alan Farklılaştırılmış Teselsül Düzenlemesi ile Karşılaştırılması”, **Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1207-1240.

AYOĞLU, Tolga: “İzahnameden Doğan Sorumluluk”, **İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktisabının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

BİLGİLİ, Fatih: **İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısında Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

COPEMAN, Julian / BAFI, Alex / CHEMLA, Denis / FRIEDRICH, Bettina: “Prospectus liability in Europe and the US”, https://www.herbertsmithfreehills.com/-/media/Files/PDFs/2013/39_47%20prospectus%20liability.pdf.

ÇAMOĞLU, Ersin: **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

ÇAMOĞLU, Ersin: “Sorumluluk Hukukunun Evrensel İlkeleri Işığında Yeni Türk Ticaret Kanun’unda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”, **Prof.Dr. Şener Akyol’a Armağan**, Filiz Kitabevi,

İstanbul, 2011.

ÇELİK, Aytekin: **Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

ÇETİN, Nusret / TÖREMİŞ, Hatice Ebru / CANTİMUR, Zeynep: 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistemik Analizi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 9.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006.

ESMA Report:

http://www.esma.europa.eu/system/files/2013-619_report_liability_regimes_under_the_prospectus_directive_published_on_website.pdf

GIRASA, Roy: **Corporate Governance & Finance Law**, Palgrave Macmillan, 2013.

GÖKTÜRK, Kürşat / CAN, Mehmet Çelebi: “Farklılaştırılmış Teselsülün Özellikle Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması”, İÜHFD, C.2, 5.2, 2011, s. 247-282.

HASELÇİN, İbrahim: “İzahname sorumluluğu çelişkili” (26.12.2012 tarihli Habertürk gazetesi’nde çıkan köşe yazısı), <http://www.bloomberght.com/ht-yazarlar/ibrahim-haselcin/1274186-izahname-sorumlulugu-celiskili>.

HELVACI, Mehmet: “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 219-232.

İNCE, Mehmet Murat: **Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

KABAALIOĞLU, Haluk: “Sermaye Piyasası Hukukunda Önemli Bir Karar: İzahname ve Ortaklık Yöneticileri, Aracı Kuruluşlar ve Denetçilerin Sorumluluğu”, BATİDER, C.X, S.3, Haziran 1980, s. 773-808.

KABAALİOĞLU, Haluk: **Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, İktisadi Yayın Ltd.Şti, İstanbul, 1985.

KAPANCI, Kadir Berk: **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

KARAAŞLAN, Varol / EROĞLU, Muzaffer: “Kollektif Hukuki Himayenin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davadan”, **EÜHFD**, C.XIII, S.3-4, 2009, s. 201- 221.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: **Sorumluluk Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996.

KARAYALÇIN, Yaşar: “İsviçre Hukuku’nda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler”, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 651-672.

KOCA, Ezgi: **İzahnameden Doğan Sorumluluk**, SPKı Yeterlik Etüdü, Ankara, 2010.

MANAVGAT, Çağlar: **Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar**, BTHAE, Ankara, 1991.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, Gözden Geçirilmiş 11.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku I**, Yeniden Yazılmış 13.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

PULAŞLI, Hasan: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, **BATİDER**, C.XXV, S.1, Mart 2009, s. 27-63.

ŞAHİN, Murat / ÇELİK ŞAHİN, Hande: “Toplu Hak Aramada Etkin Bir Yol Olarak Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Sınıf Davaları”, **İÜHFM**, C.LXXII, S.1, 2014, s. 383-410.

TANDOĞAN, Haluk: **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları (No:159), Ankara, 1961.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.2, Beşinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar: **Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Mütessesil Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

YALMAN, Süleyman: **Türk ve İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

YILMAZ, Süleyman: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, **AÜHFD**, C.59, S.3, 2010, s. 551-578.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Art	: Article
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz	: bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C	: Cilt
dn	: dipnot
EC	: European Commission
ESMA	: European Securities and Markets Authority
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FSMA	: Financial Services and Markets Act

İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karş	: Karşılaştırınız
m	: madde
s	: sayfa
S	: Sayı
sec	: section
SEC	: Securities and Exchange Comission
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPKı	: Sermaye Piyasası Kurulu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
vd	: ve devamı
ZGB	: Zivilgesetzbuch

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

VERGİ USUL KANUNU MD. 3/B HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE KDV İNDİRİMİ UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Erdem ATEŞAĞAOĞLU*

ÖZET

Mükellefler; vergi incelemesi esnasında bazen kanuni defterlerini hiç ibraz etmemekte, bazen de alım faturalarını içermeyen veya tasdikli olmayan defterlerini ibraz etmektedirler. Böyle durumlarda, mükellefin alım işlemleri ile gerçekten yüklenmiş olduğu katma değer vergisi tutarını indirme hakkı, kayıt nizamına ve ibraz ödevine ilişkin yukarıdaki eksikliklere dayanılarak reddedilmektedir. Ancak idarenin bu yaklaşımı, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinin (B) bendi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Zira, vergi denetmeni tarafından defter incelemesi yapılamasa da mükellefler tarafından birtakım belgeler vasıtasıyla ilgili işlemlerin ve KDV tutarlarının gerçekliği ispat edilebilir. Diğer taraftan, VUK md. 134 hükmü çerçevesinde, vergi denetmenin bahse konu maddi olayların gerçekliğini çeşitli araştırmalar ile tespit edebilmesi de mümkündür.

Bu bağlamda, mükelleflerin yasal defterler dışındaki bazı belgelerle alım işlemlerinin gerçekliğini ortaya koyabilmekte iken vergi idareleri tarafından alım belgelerine ait defter kayıtlarına ulaşılabilmesi nedeniyle KDV indiriminin reddedilmesi hukuka aykırıdır.

Yine vergi raporu ile sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyen olarak nitelendirilmiş bir kişiden alınan tüm mal veya hizmet faturalarını gerçek bir alım-satım işlemine dayanmadıkları gerekçesi ile KDV indiriminin kapsamı dışında tutan idari yaklaşım VUK md. 3/(B) hükmüne aykırıdır. Vergi mükellefinin bazı alım faturalarının sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı oldukları sonucuna varılması için bu belgeleri düzenleyen şahıslar hakkındaki idarenin tespitlerinin yargı denetiminden geçmesi veya mal-hizmet alımının gerçeğe uygun olmadığını ortaya koyan somut bilgilere ulaşmak amacıyla belgeleri kullanan mükellefler nezdinde vergi incelemesi yapılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Katma Değer Vergisi İndirimi, Defter Kaydı, İspat Yükü

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (erdematesaga@gmail.com).

**THE EVALUATION OF THE APPLICATION OF VAT DEDUCTION WITHIN
THE SCOPE OF TAX PROCEDURE LAW ARTICLE 3/B**

ABSTRACT

Tax payers sometimes do not submit their legal book and sometimes submit such books that are not contained purchase invoices within or notarized during the tax audit. In such cases, the tax payer's right to deduct the real accrued VAT is denied due to deficiencies mentioned above regarding rules of bookkeeping or submission duty. However, this administrative approach is against the provision regulated under the article 3/(B) of Tax Procedure Law, No. 213. This is because, even though the inspection of books cannot be performed by the tax auditor, the reality of relevant purchasing transactions and accrued VAT amounts can be verified by the tax payers providing certain documents. On the other hand, within the scope of article 134 of Tax Procedure Law, it is also possible for the tax auditor to verify the reality of the aforementioned transactions by carrying out various researches.

In this respect, since tax payers can verify the reality of purchase transactions by providing some certain documents other than legal books, it is unlawful to deny the right of VAT deduction due to the failure of tax administration's attempts to attain the bookkeeping entries regarding the purchase transactions.

Also, the attitude of tax administration, which is taking the invoices of goods or services out of VAT deduction context on the grounds that such invoices do not based upon a real transaction due to goods or service invoices issued by person who is characterized as a man drawing up document that are false or misleading by content with tax audit report, is contrary to provision regulated under the article 3/(B) of Tax Procedure Law. In order to conclude that certain purchase invoices of tax payer are false or misleading by the content, either there needs to be a judicial review of the administration's evaluation for persons who prepare such documents or a tax audit before tax payer who used such documents to obtain tangible information on whether the goods and service purchases are inaccurate.

Keywords: *Deduction of Value Added Tax, Bookkeeping Entry, Burden of Proof*

GİRİŞ

3065 Sayılı KDV Kanunu md. 29/3.f. ve 34 hükümlerinde, KDV indirimi uygulamasına dair bazı şekil şartları düzenlenmiştir. Bu şartlar; özellikle ticari, sınai, zirai ve serbest meslek faaliyetleri kapsamındaki mal ve hizmet alımlarının gerçekliğini ortaya koymaya yöneliktir. Bunlardan bir tanesi de KDV Kanunu md. 34/1.f. hükmünde yer alan, “Yurt içinden sağlanan

veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait Katma Değer Vergisi, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinden ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanunî defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebilir” şeklindeki hükümdür.

Vergi idaresinin; indirim konusu KDV tutarlarının yasal defterlere kaydedilmemiş olması veya sunulan defterlerin tasdik edilmemiş olması durumlarından biriyle karşılaştığında, yukarıda anılan şekil şartının gerçekleşmediğini gerekçe göstererek KDV indirimini reddettiğini görmekteyiz. İdarenin bu yaklaşımıyla, 213 Sayılı VUK md. 3/B hükmünde yer alan “*vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır. Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir*” şeklindeki düzenlemeyi göz ardı ettiğini, mükelleflerin defter kayıtları dışında fatura, banka ve envanter kayıtları gibi belgelerle mal-hizmet alımının gerçekliğini ortaya koyabilmelerine ve bu alımlara konu KDV ödemelerini indirebilmelerine müsaade etmediğini belirtmeliyiz. Bu noktada, mükelleflerin ticari işlemlerinin gerçekliğini defter kayıtları dışında başkaca belgelerle ortaya koymasına imkan tanınmayarak KDV indiriminin reddi yoluna gidilmesinin, VUK md. 3 hükmüne aykırı vergi tarhiyatlarına sebebiyet verdiğini düşünmekteyiz.

Yine vergi idaresi tarafından; haklarında “sahte belge” veya “muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge” düzenledikleri yönünde vergi suçu raporu bulunan kişilerden mal veya hizmet alımı yapan mükelleflerin, yaptıkları bu alımların gerçek olmadığı ve bu nedenle de anılan faturalardaki KDV tutarlarını indirimine konu edilemeyeceği değerlendirmesi yapılabilmektedir. Buna karşılık, mal veya hizmet alımının gerçek olmadığı veya fatura içeriği ile uyumsuz şekilde yapıldığı hususları, ancak mükellef nezdinde bu alımlara yönelik araştırmalar veya alımların yapıldığı karşı tarafın “*sahte ve/veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek-fatura ticareti yapmak-hususi amacıyla faaliyette bulunan kişi*” olduğunu tespit eden vergi inceleme raporunun yargı denetiminden geçerek onaylanması ile ortaya konulabilir. Dolayısıyla, indirimden yararlanmak isteyen mükellefler nezdinde somut tespitler yapılmadan, KDV indirimine konu işlemlerin gerçek olmadığı veya farklı mahiyette oldukları sonucuna varılması ve söz konusu işlemlerin KDV tutarlarının indirilmesinin yerinde görülmemesi VUK md. 3/B hükmüne aykırılık teşkil eder.

Bu çalışma ile güdülen amaç; KDV indirimi uygulamasına dair genel hukuki bilgiler vermek, bu bilgiler çerçevesinde vergi idaresinin KDV indirimi uygulamasını reddetmek suretiyle tesis ettiği hangi işlemlerinin VUK md. 3/B hükmüne aykırılık teşkil ettiğini ortaya koymak ve idarenin bu şekildeki hakkaniyete aykırı KDV indirimi uygulamalarını ortadan kaldırmaya yönelik bazı önerilerde bulunmaktır.

I. KATMA DEĞER VERGİSİNDE İNDİRİM UYGULAMASI

1. Uygulamanın Kapsamı ve Amacı

KDV mükellefleri; mal ve hizmet alışlarında KDV ödemekte, satışlarında ise KDV tahsil etmektedirler. Dolayısıyla; KDV, kişilerin ödeme güçlerinin bir göstergesi olan harcamalarını esas alan bir vergidir¹. Katma değer vergisini diğer vergilerden ayıran özelliklerin başında ise indirim uygulaması yer almaktadır. Mükellefler ve vergi idareleri, KDV indirimi uygulamasının esas ve usulleri noktasında, 3065 sayılı KDV Kanunu md. 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 54 ve 58 hükümlerini esas almaktadırlar. Biz çalışma konumuz kapsamında, bu hükümlerin tamamını irdelemeyecek, sadece indirim konu edilen işlemlerin gerçekliğinin ispatı bakımından, önem arz eden ilgili hükümler üzerinde değerlendirmelerde bulunacağız.

Vergi indirimi, mal ve hizmet satışları üzerinden hesaplanan KDV'den, mal ve hizmet alış veya imal edilmesi esnasında hesaplanarak fatura ve benzeri belgelerde gösterilen KDV'nin indirilmesini ifade etmektedir.² İndirim uygulaması aşağıda izah edilen yapı gereğince, mükelleflere ait hak ve aynı zamanda bir görevdir³. KDV indirimi uygulamasında; ticari, sınai ve zirai veya serbest meslek faaliyetleri kapsamındaki bir malın veya hizmetin ilk üretiminden veya ithalatından itibaren nihai tüketiciye kadar ulaşmasına kadar bütün aşamalarda KDV alınmıyor olması sebebiyle, mükellefler vergilendirmeye konu mal veya hizmet tutarı üzerinden hesaplanan KDV tutarını bir önceki aşamada ödenen KDV tutarlarından indirmekte ve ilgili malın veya hizmetin yarattığı bakiye katma değer vergisini hazineye intikal ettirmektedirler. İşbu bağlamda; vergi mükellefi, vergi dönemi itibarıyla,

¹ ŞENYÜZ, Doğan: **Türk Vergi Sistemi**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2005, s. 381.

² BİLİCİ, Nurettin: **Vergi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 15.baskı, Ankara, 2007 s. 253; ŞENYÜZ, Doğan: **Türk Vergi Sistemi Dersleri**, Ekin Kitapevi, 4. baskı, Ankara, 2007, s. 220; AKSOY, Şerafettin: **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Filiz Kitapevi, 6.baskı, İstanbul, 2010, s. 396.

³ KIZILOL, Şükrü: **Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması**, Yaklaşım Yayıncılık, 6. baskı, Ankara, 2012, s. 1255.

kendisine yapılmış mal teslimleri, ifa edilmiş hizmet ifaları veya kendisince yapılmış mal ithalatı ile borçlandığı veya ödediği KDV tutarlarından, teslim ettiği mallar veya ifa ettiği hizmetler üzerinden tahsil ettiği veya alacaklı hale geldiği KDV tutarlarını indirmekte ve şayet KDV farkı var ise bunu vergi dairesine yatırmaktadır (KDV Kanunu md. 29). Alım esnasında yüklenilen KDV'nin indirilebilmesi için yurt içinde satın alınmış veya yurt dışından ithal edilmiş malın satılmış olması gerekmektedir.⁴

Bir vergilendirme döneminde indirilecek KDV toplamı, mükelleflerin vergiye tabi işlemleri nedeniyle hesaplanan KDV toplamından fazla olduğu takdirde, aradaki fark sonraki dönemlere devredilmekte ve iade edilmemektedir (KDV Kanunu md. 29/2.f.). Tampon kuralı olarak tanımlanan⁵ bu uygulama gereğince, bir vergilendirme döneminde indirilebilecek KDV tutarının o dönemde satış faturaları üzerinden hesaplanacak KDV'den fazla olması ile karşılaşıldığında, aradaki fazlalığın bir sonraki vergilendirme dönemine devredilerek o döneme ait indirilecek KDV tutarına eklenmesi söz konusu olur.⁶

Kural olarak, indirilemeyen KDV tutarları iade olunmaz. Öte yandan; vergiden istisna olan işlemlerle ilgili olarak yüklenilen ve indirim yoluyla giderilemeyen KDV tutarlarının bu işlemleri yapanlara iade edilmesi mümkündür (KDV Kanunu md. 32/1.f.). Yine genel oranda KDV ödenerek temin edilen mal veya hizmetlerin indirimli oranda KDV ile teslim edilmesi halinde, yüklenilen ancak indirilemeyen KDV tutarları yıl sonunda iade edilebilmektedir (KDV Kanunu md. 29/2.f.).⁷ Ancak KDV tutarlarını 30.

⁴ KIZILOĞ, Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması, s. 1262.

⁵ BİLİCİ, s. 146.

⁶ KIZILOĞ, Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması, s. 1251, 1252; KALENDEROĞLU, Mahmut: **Vergi Hukuku-Türk Vergi Sistemi**, Agon Yayınevi, 12. baskı, Ankara, 2011, s. 238; ŞENYÜZ, **Türk Vergi Sistemi Dersleri**, s. 221; SABAN, Nihal: **Vergi Hukuku**, 4. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 539.

⁷ Konu hakkında bkz. Maliye Bakanlığı'nın 04.08.2014 tarihli ve 39044742-KDV.29-2006 Sayılı Özelgesinde, "... Şirketinizin ... adresinde kurulu üretim tesislerinde petrokimya, asfalt emisyonları, madeni yağ geri dönüşüm işi ile iştigal ettiği belirtilerek, geri dönüşüm imalatı için piyasadan %18 KDV ödeyerek temin ettiğiniz ürünlerden elde ettiğiniz Bitümeni (Pentrasyon asfaltı GTİP:2713.20.00.00.11) adlı ürünün tesliminde %1 KDV oranı uygulandığından, yüklenilen KDV nin iadesinin talep edilip edilemeyeceği hususunda Başkanlığımızdan görüş sorulmaktadır. ...Buna göre, yüklenilen KDV'nin doğrudan indirimli orana tabi işlemle bağlantılı olması ve indirimli orana tabi teslim ve hizmetin gerçekleştiği vergilendirme döneminde indirim yoluyla telafi edilememesi halinde, bu işlemler nedeniyle yüklenilen KDV nin iade hesabına dahil edilmesi mümkün bulunmaktadır" şeklinde açıklamalarda bulunulmak suretiyle, örnek bir olaya yer verilmiştir (<http://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>, erişim: 20.10.2015).

maddeki indirim yasakları⁸, geç kaydetme, belge yetersizliği veya kayıt eksikliği gibi nedenlerden indiremeyen mükellefler, bu vergileri yıl sonunda gelir ve kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak yazabilmektedirler. Bu durum, KDV Kanunu md. 58 hükmünde yer alan “*Mükellefin vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan Katma Değer Vergisi ile mükellefçe indirilebilecek Katma Değer Vergisi, Gelir ve Kurumlar Vergisi matrahlarının tespitinde gider olarak kabul edilmez*” şeklindeki düzenlemenin mefhum-u muhalifinden kaynaklanmaktadır⁹. Bu alternatif yöntemde, indirilemeyen KDV tutarı tamamı geri alınmadan kısmen telafi edilebilmektedir¹⁰.

İndirim uygulaması marifetiyle; vergiden vergi alınması ve her safhada alınan vergilerin mal ve hizmetin bünyesinde kalması gibi durumlarda o mal veya hizmet üzerine ağır bir vergi yükü yüklenmesi önlenmiş ve buna ilaveten nihai tüketiciye gelinceye kadar geçen safha sayısından müstakil olarak aynı tip mal ve hizmetlerin aynı vergi yükünü taşıması sağlanmış olur¹¹. Öte yandan, anılan indirim uygulaması neticesinde, vergilendirme konusu mal veya hizmet üzerindeki toplam KDV yükü, mükellefler üzerinde değil nihai tüketici üzerinde kalmaktadır.

⁸ 26.04.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği’nde; faaliyetin yürütülmesi için gerekli olan giderler dışında kalan, işle ilgili bulunmayan veya işletme sahibinin özel tüketimine yönelik harcamalar niteliğinde bulunan ve sair kanunen kabul edilmeyen giderlere ilişkin belgelerde gösterilen KDV’nin, tüketici durumunda bulunan işletme veya işletme sahibi üzerinde barakılması gerektiği ve indirim yasağı kapsamında olduğu ifade edilmektedir. Örneğin; Gelir Vergisi Kanunu’na ve Kurumlar Vergisi Kanunu’na göre kazancın tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen katma değer vergisi, indirim konusu yapılamamaktadır (KDV Kanunu md. 30/1.f.,d bendi). Konu bkz. Maliye Bakanlığı’nın 18.07.2013 tarihli ve 16700543-130-40 Sayılı Özelgesinde, “*30 uncu maddesinin (d) bendinde de; Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarına göre kazancın tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen katma değer vergisinin indirim konusu yapılamayacağı, hüküm altına alınmıştır. Buna göre, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarına göre kazancın tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen katma değer vergisi indirim konusu yapılamayacağından, ... San. ve Tic. A.Ş.’nin örtülü kazanç yoluyla firmanıza finansman hizmeti sağladığı gerekçesiyle düzenlenen vergi inceleme raporu uyarınca ödenen ve firmanıza yansıtılan KDV nin firmanızca indirim konusu yapılması mümkün bulunmamaktadır*” şeklinde izah edilmiştir (<http://www.gib.gov.tr/gib-mevzuat>, erişim: 18.10.2015).

⁹ KDV Kanunu’nun 58. maddesi hakkında bkz. KIZILOTT, **Açıklamalı ve İctihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması**, s. 1272’de, “*Madde hükmünün mefhum-u muhalifinden hareketle, mükellef tarafından indirilemeyecek nitelikte olan KDV’nin gelir ve kurumlar vergisi matrahlarının tespitinde gider olarak dikkate alınabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak, indirilemeyecek olan KDV’nin, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunları’nın izin verdiği ölçüde gider yazılabileceği açıktır. Bu çerçevede, gelir ve kurumlar vergisi uygulamasında kanunen kabul edilmeyen giderlere ait KDV’nin, bu vergilerin matrahlarının tespitinde gider olarak dikkate alınması mümkün değildir*” şeklinde açıklamalarda bulunmuştur.

¹⁰ BİLİCİ, s. 146.

¹¹ KIZILOTT, **Açıklamalı ve İctihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması**, s. 1251.

2. Uygulamanın Şartları

Vergi indirimi uygulamasına dair bazı şekil şartları tayin edilmiş bulunmaktadır. Buna göre; yurt içinden alınan veya yurt dışından ithal olunan mallara ve hizmetlere ait KDV¹², temin edilen alım faturası veya benzeri evraklar¹³ ve gümrük makbuzu üzerinde gösterilmeli¹⁴ ve anılan bu belgeler kanuni defterlere¹⁵ kaydedilmelidir (KDV Kanunu md. 34/1.f.).Görüldüğü üzere, indirim hakkı, alıcıların alımlarını belgelendirmelerini koşuluyla

¹² Yurt içindeki teslim ve hizmetler sebebiyle yüklenen KDV'nin indirilebilmesi için verginin hesaplanarak fatura ve benzeri belgelerde gösterilmesi yeterlidir, ödenmesi şartı bulunmamaktadır (KDV Kanunu md. 29/1.f., a bendi). Öte yandan, ithal olunan mal ve hizmetlere ait KDV'nin indirilebilmesi için verginin ödenmesi şartı bulunmaktadır (KDV Kanunu md. 29/1.f., b. bendi). Konu hakkında bkz. KIZILOT, **Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması**, s. 1262'de; "Satın alınan malın bedeli ve KDV, satıcıya ödenmesi dahi indirim yapılabilir. İndirim hakkı ödemeye değil, tahakkuka bağlıdır. Sadece, ithalata ait KDV'nin indirimi, ödemeye bağlıdır. İthalata ait KDV, ödenmeği sürece indirim konusu yapılamaz"; ŞENYÜZ, **Türk Vergi Sistemi Dersleri**, s. 222'de, "...ithal olunan mal ve hizmetler dolayısıyla katma değer vergisinin hesaplanması yeterli olmayıp gümrük makbuzu üzerinden ödenmiş olması gerekir" denilmektedir.

¹³ VUK'nun 229-237. maddelerinde fatura yerine geçen vesikalar; perakende satış fişleri, makineli kasaların kayıt ruloları, giriş ve yolcu taşıma biletleri, gider pusulası, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu şeklinde sayılmıştır. VUK, banka dekontu ve tahsil fişine fatura benzeri belgeler arasında yer vermediği için söz konusu belgeler KDV indirimine imkan vermez. Bkz. ŞENYÜZ, **Türk Vergi Sistemi Dersleri**, s. 222. Katma Değer Vergisi Kanunu Uygulama Genel Tebliği'nde ise; gerçek usulde vergi mükellefi olmayanlardan mal satın alanların veya iş yaptırılanların, satın aldıkları mal veya yaptırıkları işler karşılığında düzenleyecekleri gider pusulası ve müstahsil makbuzunda KDV hesaplanmayacağı ve gösterilmeyeceği, işbu nedenle anılan mükelleflerden mal ve hizmet satın alanların indirim haklarının bulunmadığı ifade edilmektedir. Yine, söz konusu Tebliğ'de, hak ediş belgesinin Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen bir belge olmaması nedeniyle bu belgenin düzenlendiği işlerde KDV'nin indirim konusu yapılabilmesi için satış bedeli ve KDV tutarının ayrı ayrı yer aldığı bir faturanın da düzenlenmesi gerektiğine yer verilmektedir.

¹⁴ Fatura ve benzeri evraklarda, VUK'nun 230. maddesindeki bilgiler ile birlikte KDV'nin oranı ve tutarının da gösterilmesi gerekmektedir.

¹⁵ Katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilmesi için ilgili belgelerin hangi defterlere kaydedilmesi gerektiği bkz. **Katma Değer Vergisi Klavuzu**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayını, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1992, s. 270'de "...Amaç katma değer vergisinin kolayca izlenmesi olduğuna göre bunu ancak birinci sınıf tacirlerde yevmiye defteri ile defteri kebir, ikinci sınıf tacirlerde işletme hesabı defteri, çiftçilerde çiftçi işletme defteri ve serbest meslek erbabında da serbest meslek kazanç defteri kayıtları sağlayabilir. Envanter defteri, günlük kasa defteri, günlük perakende satış ve hasılat defteri, imalat defteri gibi defterlere yapılan kayıtlar bu amacı sağlamaz. Çünkü tek tek belirtecek olursak, envanter defteri dönem içindeki muameleleri kapsamaz. Günlük kasa defteri sadece kasa ile ilgili muameleleri gösterir. Vadeli işlemler bu defterde görülmez. Dolayısıyla, günlük kasa defteri işletmenin nakit alımının takip edildiği yardımcı defterdir. Keza günlük perakende ve hasılat defteri de aynı amaca hizmet eder. İmalat defteri ise bazı durumlarda tutulması dahi zorunlu olmayan, doğrudan doğruya miktar akımı ile ilgili yardımcı bir defterdir" şeklinde izah edilmiştir.

kullanılabilen bir haktır¹⁶. Diğer taraftan, KDV Kanunu'nun 23. maddesine göre, özel matrah şekilleri tespit edilen işlemler ile 20. maddenin 4. fıkrasına göre tarife ve bilet bedelinin vergi dâhil edilerek hesaplandığı hallerde ait düzenlenecek vesikalarda KDV'nin ayrıca gösterilmesi şartı aranmamaktadır. Bu bağlamda, tarifesi KDV dahil olarak tespit edilen söz konusu işlerde ve özel matrah şekillerine tabi mal ve hizmetlerde KDV tutarları iç yüzde oranı uygulanmak suretiyle hesaplanıp indirim konusu yapılmaktadır¹⁷.

KDV indirimi uygulamasından yararlanmak genel yapısı itibariyle geçek usulde vergilendirilen mükelleflere aittir. Zira; kanun koyucu tarafından, indirim konusu KDV'nin bazı belgelerde gösterilmesi ve kanuni defterlere kaydedilmesi gibi indirimin gerçeğe uygun olup olmadığını denetlemeye yönelik şekil şartları getirilmiştir. İndirim hakkına ilişkin bu şekil şartları, bir yandan verginin kendi içinde otokontrolünü sağlamakta, öte yandan da verginin belge ve kayıt düzenine dayanması dolayısıyla gelir ve kurumlar vergilerinin hasılatlarını artırmak suretiyle Türk Vergi Sistemi içinde bir otokontrol yaratmaktadır¹⁸.

3. İndirim Uygulamasının Zamanı

İndirim hakkı, vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu takvim yılı aşılmamak şartıyla, ilgili vesikaların kanuni defterlere kaydedildiği vergilendirme döneminde kullanılabilir (KDV Kanunu md. 29/3.f.). İndirim hakkında getirilen takvim yılı sınırlaması, belgelerin yasal defterlere kaydedilmesi ile ilgili olup, defterlere kaydı yapılan ancak hesaplanan verginin olmaması ya da az olması nedeniyle beyannameye indirilmek üzere sonraki dönemlere devredilen vergiler açısından bu sınırlama geçersizdir¹⁹.

Çeşitli sebeplerle işletmeye geç intikal eden belgeler aylık belirlenmiş vergi döneminde kaymalarına yol açmakta olup, bu durum indirim hakkının hiç kullanılmamasına yol açmamaktadır²⁰. İşbu nedenle, indirimin vergi doğuran

¹⁶ ÖNCEL, Mualla/ ÇAĞAN, Nami/ KUMRULU, Ahmet: **Vergi Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011, s. 401.

¹⁷ SÜRAL, Arıcan: **Katma Değer Vergisinde İndirimin Belgelendirilmesi**, Vergi Sorunları Dergisi, Mayıs- Haziran, Sayı 30, 1987, s. 18 v.d.; ŞENYÜZ, **Türk Vergi Sistemi Dersleri**, s. 222.

¹⁸ ÖNCEL/ÇAĞAN/KUMRULU, s. 401.

¹⁹ KIZILOĞLU, **Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması**, s. 1262.

²⁰ Danıştay 9. Dairesi'nin 09.05.1994 tarihli ve E. 1993/2348, K.1994/1262 sayılı kararı, bkz. (**Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 21.10.2015**); Danıştay 9. Dairesi'nin 21.04.1993 tarihli ve E.1992/4186, K.1993/1825 sayılı kararı, bkz. (<http://www.bdo.com.tr/vergi/dosyalar/kdv6/KDV6-29.pdf>, erişim: 19.10.2015); Danıştay 7. Dairesi'nin 09.03.1991 tarihli ve

olaydan sonraki vergi dönemlerinde de kullanılabilmesi mümkündür²¹. Ancak, gelir ver kurumlar vergisi uygulamaları ile paralellik sağlaması bakımından hakkın kullanımı ilgili takvim yılı ile sınırlanmıştır. Bu noktada, indirim hakkının mükellefe tanınan bir hak olduğu ve mükellefin bu hakkını geç kullanmasının kendi aleyhine bir durum yarattığı, dolayısıyla indirim hakkının vergi doğuran olayın gerçekleştiği takvim yılı ile sınırlanmasına yol açan KDV Kanunu md. 29/3.f. hükmünün kaldırılması gerektiği de ileri sürülmektedir²².

Yukarıda yer verildiği üzere, mal ve hizmet alımlarına ilişkin vesikaların mükelleflerin iradeleri dışındaki sebeplerle işletmeye kaydedilmesi, bu belgelerin ilgili buldukları vergilendirme dönemi geçtikten sonra yapılabilmektedir. Böyle bir durumda, geç kayda sebep teşkil eden olayın mücbir sebep mahiyetinde olduğunun ispat ve tevsik edilmesi şartıyla, kanuni sürenin geçmesinden sonra defter kayıtlarına alınan KDV'nin kaydın yapıldığı vergilendirme döneminde indirim konusu yapılabilmesi mümkün olur²³. Bu noktada, mücbir sebebin mevcudiyeti şartının uygulamada

E. 1987/2005, K.1991/1109 sayılı kararı (bkz. KAVAK, Ahmet: **Katma Değer Vergisi Mevzuatı**, Lebib Yalkın Yayınları, 3.baskı, İstanbul, 1996, s.31). Danıştay 7. Dairesi'nin 16.11.1990 tarihli ve E. 1987/4184, K.1990/3566 sayılı kararında, “ ...*Olayda yükümlü şirketçe, Temmuz 1985 dönemi katma değer vergisi beyannamesinde indirilen yurtiçinden sağlanan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin alış faturası ve benzeri belgelerle tevsik edilmesine rağmen bu belgelrin kasa defteri dışındaki kanuni defterlere 30.6.1985 gününden itibaren işlenmediği hususu 21.8.1985 günü şirket nezdinde düzenlenen tutanakla sabittir. Mahkeme tarafından defterler üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda ise günlük kasa defterine katedilen muamelelerin aylık toplamlar halinde yevmiye defterine intikal ettirildiği belirtilmekte, Vergi dairesi Müdürlüğü ise bu hususun aksini iddia ve tevsik etmemektedir. .. katma değer vergisinde vergi indirimi mükellefiyete bağlı bir görev ve hak olduğundan, sadece belgelerin bütün defterlere aynı takvim yılı içinde geç yazılması, mükelleflere kanunen tanınan bu hakkın ortadan kaldırılmasına neden olamaz. Bu nedenlerle yükümlü şirket indirim konusu yaptığı katma değer vergisine ilişkin belgeleri 1985 yılında kanuni defterlerine kaydettiğine göre tarhiyatın yapıldığı sırada indirim hakkı bulunduğundan salınan vergide isabet görülmemiştir” denilmektedir (**Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 21.10.2015**).*

²¹ Öte yandan, indirim hakkı doğuran belgeler yasal defterlere takvim yılı aşılmamak şartıyla geç yazıldığında indirim hakkı ortadan kalkmasa da mükelleflerin fatura tarihini esas alarak defter kayıtlarından önceki dönemlerde indirim yapmak istemesinin cezalı tarhiyata neden olacaktır. Konu hakkında bkz. Danıştay 7. Dairesi'nin 09.11.1988 tarihli ve E. 1987/2441, K. 1988/2506 sayılı kararı (BERKSOY, Hidayet: **Fatura ve Benzeri Belgelerde Yer Alan Katma Değer Vergisinin İndirim Konusu Yapılmasında “Yasal Defterlere Kayıt” Şartına Uyumlamış Olması İndirim Hakkını Ortadan Kaldırır mı?**, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 178, Temmuz, 2003, s. 44).

²² KIZILOĞLU, **Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması**, s. 1270.

²³ KDV Uygulama Genel Tebliği, s. 185 (<http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/kdvgeneluygulamatebliği>)

esnetildiği ve vergi dairelerince kayıtlardaki gecikme halinde mükelleften mücbir sebebi belgelemesinin istenilmediği de belirtilmektedir²⁴. İdarenin bu yaklaşımını yerinde buluyoruz. Zira, hiçbir KDV mükellefi, indirimde kendi aleyhine sonuç doğuracağından sebepsiz yere alış faturasını geç kaydetmez. Dolayısıyla, indirimde gecikme pratik açıdan Hazineyi değil mükellefi zarara soktuğuna göre, bu gecikmenin irade dışı nedenlerle meydana geldiğini kabul etmek ve bunun ispatını isteyerek zaten zarar görmüş mükellefi zorlamamak gerekir²⁵.

Her koşulda yıl içinde kesilen faturanın o yıl defterine kayıt edilip, yine o yılda indirim konusu yapılması gerekmektedir²⁶. Ancak, mükellefler

²⁴ 'kdv_genteb.pdf, erişim:22.10.2015).

²⁴ KIZILOTLU, Açıklamalı ve İctihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması, s. 1269.

²⁵ MAÇ, Mehmet: **KDV Uygulaması**, Denet Yayıncılık, 2. baskı, İstanbul, 1994, s. 29.11.

²⁶ KDV tutarlarını gösteren belgelerin vergi doğuran olayın meydana geldiği takvim yılı içinde kanuni defterlere kaydedilmesi şartıyla, bu belgelerdeki KDV'nin kaydedildiği vergi döneminde indirilebileceği hakkında bkz Maliye Bakanlığı'nın 28.05.2014 tarihli ve 21152195-130-327 sayılı Özelgesinde; "...ithalde ödenen vergi ve gümrük müşavirliğine ait 2012 yılında düzenlenen faturaların 2012 yılında yasal defterlerinize kaydedildiğinin ispatlanması şartıyla, 08/02/2013 tarihinde ilgili dönemlere ilişkin verilecek düzeltme beyannamesi ile indirim konusu yapılması mümkün bulunmaktadır. Ancak söz konusu faturaların 2012 yılında yasal defterlerinize kaydedilmemiş olması halinde, takvim yılının aşılması nedeniyle, 08/02/2013 tarihinde verilen düzeltme beyannamesi ile indirim konusu yapılması mümkün bulunmamaktadır"; Maliye Bakanlığı'nın 19.02.2015 tarihli ve 39044742-KDV.29-297 sayılı Özelgesinde; "...kiracı olduğunuz mağazanın kira sözleşmesinin 2010 yılında yenilenmesi sırasında aylık ödenen kira, ortak alan katılım payı ile reklam gider payı tutarları üzerinde ihtilaf çıktığı, ihtilafa konu hususlarla ilgili olarak 15/06/2010 ve daha sonraki tarihlerde adınıza dava açıldığı, kiralayan firmanın kendi belirlediği tutar üzerinden aylık olarak gönderdiği faturaların yasal defterlere kaydedilmeyerek noter kanalıyla ihtarname çekilerek iade edildiği, çeşitli tarihlerde açılan davalara ilişkin olarak mahkemenin 2012 yılında verdiği karar ile 2010-2011 ve 2012 yıllarına ilişkin toplam 892.232,39 TL kira, ortak alan katılım payı ve reklam bedeli ile 86.880,94 TL inkâr tazminatı ödenmesine karar verdiği belirtilerek, süresinde kanuni defterlere kaydedilmeyerek noter kanalıyla iade edilen 2010, 2011 ve 2012 yılı ilk altı ayına ait faturaların davanın şirketiniz aleyhine sonuçlanması üzerine 2012 yılı yasal defterlerine kaydedilerek KDV tutarlarının indirim konusu yapılmasının ve karşılık ayrılarak gider yazılan tutarı aşan kira bedeli ile diğer ortak alan ve reklam katılma payları ile ödenen inkâr tazminatının 2012 yılı kurum kazancından indiriminin mümkün olup olmayacağı konularında Başkanlığımızdan görüş sorulmaktadır... KDV Kanununun 'Vergi İndirimi' başlıklı 29/1 inci maddesinde; mükellefler, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri, 29/3 üncü maddesinde ise indirim hakkının vergiyi doğuran olayın vuku bulunduğu takvim yılı aşmamak şartıyla, ilgili vesikaların kanuni defterlere kaydedildiği vergilendirme döneminde kullanılabilirliği hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre, 2010 ve 2011 yıllarına ilişkin olarak yasal defterlere kaydedilmeyen faturalarda yer alan KDV'nin 2012 yılında indirim konusu yapılması vergiyi doğuran olayın vuku bulunduğu takvim yılı

bazen faturaları takvim yılı geçtikten sonra satıcıdan temin edebilmektedirler. Böyle bir durumda, gelir ve kurumlar vergisi bakımından bu tip faturalardaki bedellerin defterlere gider kaydedilmesi, daha önce verilmiş Aralık ayı KDV beyannamesinin de düzeltilmesi suretiyle faturalardaki KDV tutarlarının indirilmesi ve bu indirim işleminden dolayı incelemeye sevk edilmemek amacıyla da söz konusu düzeltmenin uygunluğuna dair tam tasdik yapan bir yeminli mali müşavirden rapor alınması önerilmektedir²⁷.

II. İNDİRİLECEK KDV’NİN GERÇEKLİĞİNİN İSPATI SORUNSALI

Bir vergi hukuku ilişkisinin temelindeki maddi vakıanın vasıta olarak delillerden yararlanmak suretiyle ortaya konulmasına ispat çalışması denilir²⁸. KDV indiriminin doğru bir şekilde uygulanabilmesi için de KDV yükünü doğuran işlemlerin gerçekliğinin tespit edilmesi yani ispatlanması gerekmektedir. Bu noktada, indirilecek KDV’nin gerçekliğinin kural olarak alış faturaları ve benzeri diğer belgeler ile ortaya konulması mümkündür²⁹. Mükellefin alım faturaları ile yüklenmiş olduğu KDV’nin gerçekliğini sadece defter kaydı delili ile ispat edilebileceğini savunmak ise, delil serbestisi ilkesine aykırılık teşkil eder. Zira; bu ilke gereğince, belirli konuların sadece belirli delillerle isbatı söz konusu olmaz ve deliller sayıca sınırlanamaz³⁰.

aşıldığından mümkün bulunmamakta olup, 2012 yılı ilk altı ayına ait faturaların ise 2012 yılı yasal defterlerine kaydedilerek 2012 yılı içerisinde indirim konusu yapılabileceği tabiidir” şeklinde açıklamalar yapılmıştır (<http://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>, erişim: 21.10.2015).

²⁷ KIZILOĞ, *Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması*, s. 1272, 1273.

²⁸ ÖNCEL/ÇAĞAN/KUMRULU, s. 199.

²⁹ Konu hakkında bkz. KIZILOĞ, *Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması*, s. 1251’de; “...bu mekanizmanın gerektiği şekilde işleyebilmesi için indirim konusu yapılacak verginin gerçekliğinin tespiti gerekmektedir. Yani indirim konusu yapılacak vergi götürü olarak değil, gerçek olarak tespit edilip indirilmelidir. Bunu teminen maddeye, ancak alış faturaları ve benzeri vesikalarda gösterilen verginin indirilebileceği hükmü konulmuştur. Bu hükümle verginin otokontrolü sağlanmış olmaktadır. Zira indirim hakkından faydalanmak isteyen mükellef alışları için fatura talep edecek, bu durum ona teslim yapan veya hizmet ifa eden mükellefi fatura kesmeye, dolayısıyla KDV’yi hesaplamaya icar edecektir” denilmektedir.

³⁰ Delil serbestisi ilkesi bkz. KARAKOÇ, Yusuf: *Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 7. baskı, Ankara, 2014, s. 912’de, “...vergi idaresinin yükümlü veya vergi sorumlusu ile üçüncü kişiler arasında yapılan işlemlerin, tarafların hangi niyet ve amaçlarına dayandığını somut olarak bilmesi mümkün değildir. İşte bu niyet ve amaçların ortaya çıkarılabilmesi için vergi idaresinin bazı araçlara, yani delillere ihtiyacı vardır. Deliller ne kadar sınırlı tutulursa, söz konusu işlemlerin gerçek niteliğinin ortaya çıkarılması da o derece güçleşmektedir. İspat vasıtalarının olabildiğince geniş tutulması da, vergi idaresinin keyfiliğine yol açabilir. Bu sebeple, kanun koyucu delil serbestisi ilkesini ilke olarak kabul etmektedir. Çünkü, vergiyi doğuran olayın kavranması ve vergilendirmenin ekonomik sonuçlara uygunluğunun

Vergi idaresinin, vergiyi doğuran olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini, ödenmesi gereken bir vergi olup olmadığını, varsa bunun miktarını, yükümlünün bu miktarı doğru bir şekilde ödeyip ödemediğini ya da ödenmesi için gerekli işlemleri hukuka uygun bir şekilde yapıp yapmadığını araştırması, tespit etmesi ve böylece verginin doğru bir şekilde ödenmesini sağlaması gereklidir³¹. Bu bağlamda; mükelleflerin indirim haklarına göre beyanname vererek KDV matrahını hesaplamaları ve vergi idarelerinin de beyannameye dahil edilen KDV indirimlerinin gerçekliğini denetleyebilmeleri sebebiyle, vergilendirme sürecinde hem mükellef hem de idarenin ispat faaliyetinde bulunması gerekebilmektedir. Dolayısıyla, vergi incelemesine yetkili olanlar, mükellefin ispat faaliyetini gerçekçi ve yeterli görmez ise, ispatı niçin yeterli görmediğini belirtmek ve mükellef açıklamasının neden uygun olmadığını delillendirmek suretiyle ayrı bir ispat faaliyetine girişmeleri gerekir³². Vergi denetim elemanına ait bu ispat görevi, VUK md. 134’de “*Vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır. İncelemeye yetkili olanlar tarafından lüzum görüldüğü takdirde inceleme, işletmeye dahil iktisadi kıymetlerin fiili envanterinin yapılmasına ve beyannamelerde gösterilmesi gereken unsurların tetkikine de teşmil edilebilir*” şeklinde izah edilen vergi incelemesinin maksadı gereğidir.

Öte yandan; yükümlünün vergi beyanamesine yazmış olduğu KDV indirimi bilgilerinin doğruluğunu ispat etme yüküne sahip olduğunu³³, bu ispat yükünün ve imkanın ise alım belgelerindeki KDV’nin defterlere kaydedilmemiş olması veya tasdiksiz defterler ile defter sayfalarına kaydedilmiş olması durumları karşısında ortadan kalkmayacağı kanaatindeyiz. Zira; nasıl ki biçimsel kurallara uyulmasına rağmen vergi idaresi mükellefin beyanında, belgelerinde ve kayıtlarında görünenin aksini yani olayın gerçek mahiyetini farklı delillerle ortaya koyarak vergilendirme yapabilmektedir³⁴, mükellefler de haksız vergilendirmeyle karşılaşmamak için indirmek istediği KDV tutarlarını gerçekten yüklenmiş olduğunu her türlü delille ispat edebilmelidirler.

sağlanması delil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu bir sistemde mümkündür” şeklinde açıklanmıştır.

³¹ BAŞARAN, Funda Yavaşlar: **Türk Hukukunda Vergi İncelemesi**, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 261, Haziran, 2010, s. 393.

³² YÜCE, Mehmet: **Türk Vergi Yargısı**, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2010, s. 50.

³³ İspat yükü hakkında açıklamalar için bkz. KARAKOÇ, s. 928, 929.

³⁴ Konu hakkında bkz. **Katma Değer Vergisi Klavuzu**, s. 270’de, “...kuşkusuz usule yönelik bu kuralın, olayın gerçek mahiyetini değiştirecek tarzda uygulanması gerekir. İndirim konusu katma değer vergisi gerçek işlemlerden doğmuş olmalıdır. Sadece belgelerde ayrıca gösterilmiş olması ve kanuni defterlere kaydedilmiş olması indirim için yeterli değildir” denilmektedir.

III. İDARENİN KDV'NİN GERÇEKLİĞİNE RAĞMEN İNDİRİLEMEYECEĞİ DEĞERLENDİRMESİNDE BULUNDUĞU DURUMLAR

1. Defterlere Kaydedilmeyen Belgelerdeki Kdv Tutarlarının İndirimini Reddeden İdari Yaklaşım

KDV tutarlarının yer aldığı faturaların yasal defterlere kaydedilmemesi durumu karşısında; vergi idaresinin kendisine VUK md. 30/2.f., 4. bent hükmünü esas aldığını ve bu suretle ilgili dönem KDV beyannamelerinin indirim bölümünde yer verilen bu tutarların indiriminin reddi yoluna gittiğini görmekteyiz. Vergi idaresinin bu anlayışı KDV ödemesinin ve dayanağı işlemin gerçekliğine dair ispat ölçüsünün (maddi delillerin) var olmadığı gerekçesine dayanmaktadır. Halbuki, üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların belgelenmesinin mecburi olduğunu hüküm altına alan VUK md. 227/1.f. hükmü, ilgili muamelelerin tek ispat aracının defter kayıtları olduğundan bahsetmemiştir. İşbu bağlamda, indirim uygulamasında esas alınması gereken hususun mükellefin fiilen satıcıya ödeyerek veya borçlanarak fatura ve benzeri belgeleri temin etmek suretiyle KDV'ni yüklenmesi olduğunu, dolayısıyla mükellefin gerçekten yüklenmiş olduğu KDV tutarlarının deftere kayıt gibi bir usul eksikliği yüzünden indirimini reddetmenin aşırı bir cezalandırma olduğunu belirtmeliyiz³⁵.

Bilindiği üzere, yükümlü beyanda bulunma ve kanuni defterleri düzenli bir biçimde tutma ödevlerini ihmal ettiğinde, ispat yükünde taraf değişikliğine gidilmekte ve maddi deliller bulunmadığı için re'sen takdir edilmiş olan matrahın doğru olmadığını yükümlü ispat etmek durumunda kalmaktadır³⁶. İşte defter kayıtlarının bulunmadığı durumlarda da benzer şekilde KDV'nin gerçekliğine dair delil gösterme yükünün artık vergi yükümlüsüne geçirilmesinin daha doğru olacağı düşüncesindeyiz³⁷. Zira, indirim konusuna

³⁵ MAÇ, s. 34.11.

³⁶ KARAKOÇ, s. 932, 933.

³⁷ Bu görüşümüz ile aynı paralelde açıklamalara, bkz. Danıştay 9. Daire'nin 03.04.2008 tarihli ve E. 2007/3844, K. 2008/1713 sayılı kararında, "...defter ve belgelerin ibraz edilememiş olması, yukarıda belirtilen ispat ve ibraz yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya dayanak sayılabilecek hukuki bir neden olarak düşünülemez. Zira ticari icaplara göre emtia satın aldığı kişi veya kuruluşları tanımak ve bilmek durumundaki bir alıcı, gerekli girişimleri yaparak emtia alımına ilişkin belgelerin mevcudiyetini ispat olanağına her zaman sahip bulunmaktadır. Bu durumda ise ispat külfeti kendisine düşen yükümlüler tarafından ibraz edilebilen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisi indirim konusu yapılabilecek, aksi halde indirimler kabul edilmeyecektir" şeklinde yer verilmiştir. (Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 22.10.2015).

KDV'nin mahiyetini ve buna ilişkin işlemin gerçekliğini idare mükellefin defterleri ile belgeleri üzerinden tespit edemediğinde, olayın gerçekliğinin ispat ölçüsü azalsa da tamamen ortadan kalkmamaktadır³⁸. Bu bağlamda, defterler üzerinden bir inceleme yapılamayacak olduğunda, mükelleflerin elindeki diğer yasal belgelerle işlemlerinin gerçekliğini ispat edebilmesine müsadde edilmesi ve şayet mükellefler yasal defterleri dışında kalan belgelerle alım işlemlerinin gerçekliğini ispat edecek olursa da bu işlemlere dair KDV tutarlarının indirilmesinin uygun görülmesi gerekir.

Mükellef artık kendisine düşen bu ispat işini, vergi incelemesi ve yargılama esnasında³⁹ yapabilmelidir. Mükellefin, özellikle delil serbesitisi ve

³⁸ Konu hakkında Danıştay 11. Dairesi'nin 05.10.1995 tarihli ve E. 1995/4697, K. 1995/2384 sayılı kararında, "Defter ve belgelerin yanması, isbat yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya dayanacak sayılabilecek hukuki bir neden olarak düşünülemez" şeklinde açıklamalar yapılmıştır. Karar için bkz. KIZILOT, Şükrü: **Danıştay Kararları ve Özelgeler**, 3. cilt, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2005, s. 557.

³⁹ Mükelleflerin yargıya ibraz ettiği defterler ve belgeler ile yüklendiği KDV'nin gerçekliğini ispat edebileceği, yüklenilen KDV'nin mükellefçe bu şekilde ispatı söz konusu olduğunda da artık KDV indiriminin defter ve belgelerin idareye ibraz edilmemiş olması hali dayanak gösterilerek önlenmemesi gerektiği yönünde yargı kararları bulunmaktadır. Konu hakkında bkz. Danıştay V.D.D.G.K.'nun, 22.01.2010 tarihli ve E. 2008/372, K. 2010/12 sayılı kararında; "Defter ve belgelerini incelenmek üzere ibraz etmeyerek vergi idaresinin denetiminden kaçınan ve gizlenmek istenen durumların saptanmasını önleyen mükelleflerin, katma değer vergisi beyannamelerinde yaptığı indirimlerin ön koşulları olan belgelendirme ödevini yerine getirmediğinin kabulü zorunlu ise de katma değer vergisi indiriminin salt bu ön koşulun varlığı kanıtlanmadığı için önlenmesi, bu verginin yansımaya özelliğini bozacağı,... gerçekten yüklenildiği için indirim konusu yapılan bir katma değer vergisi indiriminin salt ön koşulun varlığı kanıtlanmadığı için önlenmesi, katma değer vergisinin yansımaya ve nihai tüketici üzerinde kalmasını öngören özelliğini bozacağından davanın; davacı iddiaları doğrultusunda incelenmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır"; Danıştay V.D.D.G.K.'nun, 22.01.2010 tarihli ve E. 2008/880 ve K. 2010/9 sayılı kararında; "Tarih-yata karşı açtığı davada davacı, indirim konusu yapılan vergileri gerçekten yüklediği gibi Yasanın öngördüğü belgelendirme koşullarının yerine getirildiğini yargı yerine sunabileceği defter ve belgeleriyle kanıtlayacağını iddia etmiştir. Yasa, 34'üncü maddesindeki koşulların varlığını kanıtlayamayan yükümlülere indirim yapma olanağı tanımamakla birlikte, katma değer vergisinin yansımaya özelliği, bu vergiye ait yükün, nihai tüketiciye intikal etmesini öngörmektedir. Gerçekten yüklenildiği için indirim konusu yapılan bir katma değer vergisi indiriminin salt ön koşulun varlığı kanıtlanmadığı için önlenmesi, katma değer vergisinin yansımaya ve nihai tüketici üzerinde kalma özelliğini bozacağından davanın yukarıda değinilen kurallara doğrultusunda incelenmesi ve karara bağlanması gerekmektedir. Katma Değer Vergisi Kanununun 34'üncü maddesinde öngörülen ön koşulun varlığı, yargı yerine ibraz edilen defter kayıtları ve alış belgelerinden saptanabileceği halde beynamede indirim konusu yapılan söz konusu verginin gösterildiği belgelerin gerçekten yapılmış bir teslim dayanağına dayanmadığının, dolayısıyla yüklenilmiş bir vergi olup olmadığının, Vergi Usul Kanununun yukarıda değinilen kuralları uyarınca aynı Yasada vergi idaresine tanınmış denetim yetkisi ve teknikleri ile ortaya çıkarılabilecek nitelik taşıdığı açıktır" şeklinde açıklamalarda bulunmuştur. (Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 21.10.2015).

delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkeleri⁴⁰ çerçevesinde, yüklenmiş olduğu KDV'nin gerçekliğini her türlü belgeyle ortaya koyabilmesine müsaade edilmesi ve vergi denetmeni ile hakimın de sunulan bu belgeleri önceden konulmuş bir sınırlamaya bağı kalmadan serbestçe değerlendirmek suretiyle KDV indiriminin hukuka uygunluğu hakkında bir karara varması gerekir.

KDV doğuran işlemlerin defter kaydı ortaya konulamadığında, bu işlemlerin gerçek mahiyetinin fatura ve bezeri evraklarla, satıcı tarafın olaya ait kayıt ve beyanlarıyla, mükellefin ödeme yaptığını gösteren banka dekontu, hesap hareketleri dökümü gibi belgelerle ve satın alınan-ithal edilen malın

Ancak, defterlerini mücbir sebep olmaksızın ibraz etmeyen mükellef hakkında KDV indiriminin reddi suretiyle cezalı tarhiyat yapılmasının hukuka uygun olduğunu ve mükellefin idareye ibraz etmediği defterlerini yargılama makamına ibraz ederek bu tarhiyat işlemini iptal ettirmek istemesinde hukuka uyarlılık bulunmadığını izah eden aksi yönde yargı kararları da vardır. Bkz. Danıştay 4. Dairesi'nin 22.06.2012 tarihli ve E. 2009/9359, K. 2012/3655 sayılı kararında, "...Vergi incelemesi yapmaya yetkili denetim elemanına ibraz edilmediği için, biçimsel varlığının gerçek mahiyetiyle uyumlu olup olmadığı tespit edilemeyen defter ve belgelerin, davacı lehine verilecek karara dayanak alınması, vergilemede esas olan "gerçek mahiyet" in biçimselliğe feda edilmesi anlamına gelir. Bu bakımdan, gerçek mahiyetiyle uyumlu olduklarının, idari yargı yerince saptanmasına olanak bulunmayan; aksine, yetkili inceleme elemanına ibraz edilmedikleri için, kanıt olma değerini yitiren defter ve belgelere dayanılarak davacı lehine karar verilemez. Diğer taraftan, idari yargı yerinin görevi, idari işlemin tesis edildiği tarihte yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olup olmadığını denetlemek olduğundan, idari işlemin tesis tarihinden sonra yargı yerince yapılacak veya bilirkişiye yaptırılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi bu yönüyle de mümkün değildir. Bu durumda, yukarıda açıklandığı üzere mücbir sebep hali olmaksızın defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyerek indirim hakkından yararlanmak için yasal koşullardan birini yerine getirmeyen davacı adına katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle yapılan cezalı tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmamaktadır"; Danıştay 4. Dairesi'nin 21.10.2010 tarihli ve E. 2008/3231, K. 2010/5199 sayılı kararında, "...Mücbir sebep hali olmadan defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyerek indirim hakkından yararlanmak için yasal koşullardan birini yerine getirmeyen davacı, sonradan Mahkemeye ibraz ettiği belgelerde yer alan katma değer vergisini indirim konusu yapamaz" denilmektedir (Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 25.10.2015).

⁴⁰ Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini ve bu ilkenin delil serbestisi ilkesi karşısındaki konumunu bkz. KARAKOÇ, s. 916'da, "...bir uyumsuzluğun çözümünde her şeyin delil olarak kullanılmasını ifade eden delil serbestisi ilkesi ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini birbirine karıştırmamak gerekir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, hüküm aşamasını ilgilendiren bir ilkedir. Ancak, söz konusu ilke, takdiri delil sisteminin de bir unsurunu oluşturmaktadır. Delil serbestisi ilkesi, nelerin delil olacağını, delillerin sayısı ve nitelikleri ile ilgili iken, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, delil olarak kabul edilen isbat vasıtalarının önceden konulmuş bir sınırlamaya bağı kalmadan serbestçe değerlendirilmesine ve uyumsuzluk hakkında bir karara varılması aşamasına ilişkindir " şeklinde açıklamıştır.

stok kayıtlarıyla ispatı mümkün olabilir⁴¹. Dolayısıyla, vergi mükellefinin söz konusu KDV tutarlarının ödendiğini ve ilgili işlemlerin gerçekleştirildiğini fatura ve benzeri evraklarla, aynı işleme ait satıcı kayıt ve beyanlarıyla, kendisine ait envanter kayıtlarıyla ve hesap hareketleriyle ortaya koymasına müsaade edilmesi, VUK md. 3/B hükmüne uygun olacaktır⁴². Aksi takdirde,

⁴¹ KDV tutarlarını defter kaydı ile ortaya koyamayan ancak ibraz ettiği başkaca belgelerle bu tutarları gerçekten yüklenmiş olduğunu ispat edebilen mükelleflerin, bu tutarları indirim konusu yapabileceği bkz. Danıştay 9. Dairesi'nin 03.04.2008 tarihli ve E. 2007/3844, K. 2008/1713 sayılı kararında, "Olayda, defter ve belgelerin yandığından bahisle ibraz edilmemesi nedeniyle vergi matrahının tamamen veya kısmen maddi delillere dayanılarak saptanması olanağı ortadan kalkmış olduğundan resen takdir sebebinin varlığının kabulü zorunlu hale gelmiştir. Ancak defter ve belgelerin ibraz edilememiş olması, yukarıda belirtilen ispat ve ibraz yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya dayanak sayılabilecek hukuki bir neden olarak düşünülemez. Zira ticari icaplara göre emtia satın aldığı kişi veya kuruluşları tanımak ve bilmek durumundaki bir alıcı, gerekli girişimleri yaparak emtia alımına ilişkin belgelerin mevcudiyetini ispat olanağına her zaman sahip bulunmaktadır. Bu durumda ise ispat külfeti kendisine düşen yükümlüler tarafından ibraz edilebilen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisi indirim konusu yapılabilecek, aksi halde indirimler kabul edilmeyecektir"; Danıştay 7. Dairesi'nin 29.09.1992 tarihli ve E. 2006/698, K. 2006/4730 sayılı kararında, "...ticari icaplara göre, emtia satın aldığı kişi veya kuruluşları tanımak ve bilmek durumundaki bir alıcının gerekli girişimleri yaparak emtia alımına ilişkin belgelerin mevcudiyetini ispat olanağına sahip bulunduğu kabul edilmek gerekir. Bunun doğal sonucu, maddi delillerin yitirilmesi sonucunu doğuran yangın dolayısıyla ispat külfeti kendisine düşen yükümlüler tarafından ibraz edilebilen fatura ve benzeri vesikalara ilişkin katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilemesi, aksi halde, indirimlerin kabul edilmemesidir"; Danıştay 4. Dairesi'nin 07.12.2006 tarihli ve E. 2006/1793, K. 2006/2562 sayılı kararında, "Davacı şirket, indirim konusu yaptığı katma değer vergilerinin yer aldığı mal alış faturalarını bilgisayar kayıtlarına geçirmiş, ancak yasal defterlerine kaydetmemiştir. Davacı şirketin katma değer vergisi indiriminden yararlanmasına ilişkin yasal şartları yerine getirmediği ileri sürülerek katma değer vergisi indirimleri kabul edilmemiştir. Yükümlülerin fatura ve benzeri belgeleri defterlere kaydetmeleri, belgelerin gerçekliğinin araştırılmasına imkan tanınması açısından önemlidir. Ancak gelişen teknoloji, artık yasal defterler dışında elektronik ortamda yer alan kayıtların da dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır. Davacı şirketin ilgili dönemde indirim konusu yaptığı katma değer vergisinin varlığına ilişkin tespitlerin bilgisayar kayıtlarından yapılması mümkün iken ibraz edilen bilgisayar kayıtları ve indirim konusu yapılan faturalar incelenmeksizin defterlere kaydedilmeyen faturalarda yazılı katma değer vergisinin indirim konusu yapılamayacağından sözedilerek, katma değer vergisinin indirimlerinin reddedilmesi suretiyle yapılan tarhiyata karşı açılan davayı reddeden Mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır"; Danıştay V.D.G.K.'nin 20.03.2009 tarihli ve E. 2008/623, K. 2009/96 sayılı kararında, "Türk Ticaret Kanununun 68'inci maddesinde öngörülen zorunluluğa karşı zayıf belgesi de alınmamış ise de şube iş yerinde bir iftaya erinin de ölümüyle sonuçlanan büyük bir yangın yaşandığı ve yangında ihtilaflı yasal defter ve belgelerin de yanmış olabileceği sonucuna ulaşıldığından, katma değer vergisi indirimlerinin tümü kabul edilmeyen davacının deftere kayıt koşulu dışındaki koşulları kanıtlaması halinde gerçekten yapılmış bir teslim dayanak ve yüklenilmiş vergilerden oluşmak koşuluyla yaptığı indirimlerin kabulü gerektiği sonucuna ulaşılmıştır" şeklinde açıklanmıştır (Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 21.10.2015).

⁴² Görüşümüzü destekler nitelikte açıklamalara bkz. Danıştay 9. Dairesi'nin 26.11.2012 tarihli ve E. 2009/6707 ve K. 2012/7630 sayılı kararında, "Katma değer vergisi indiriminden

KDV'nin en büyük özelliği olan indirim uygulaması, şekilsel bazı şartlara dayanılarak sınırlandırılmış olur⁴³.

KDV tutarlarının yer aldığı fatura ve benzeri evrakların VUK md. 219 hükmündeki süreler dahilinde defterlere kaydının yapılmaması usulsüzlük cezası kesilmesini gerektirmektedir (VUK md. 352/1.f.). Dolayısıyla, faturayı deftere geç kaydetmek veya hiç kaydetmemek bir usul eksikliği oluşturmaktadır. Kayıt nizamına ilişkin bu şekli eksikliğin KDV indirimini tek başına engellememesi gerekir⁴⁴. Dolayısıyla, KDV tutarının yazılı olduğu faturanın deftere kaydedilmemiş olması, anılan defteri geçersiz delil (ihticaca salık olmayan belge) sınıfına sokmamalıdır. Bu bağlamda, yasal deftere güvenin sarsılması için öncelikle kayıt noksanlığının vergi matrahının

yararlanabilmelerinin ön şartı, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler ilgili fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması, bir başka anlatımla, yükümlü tarafından vergi indirimine konu teşkil eden mallar için gerçekte katma değer vergisinin ödenmiş olmasıdır. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3.maddesinin (B) bendinde belirtildiği üzere vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır. Bu kuralın bir gereği olarak yükümlülerin Katma Değer Vergisi Kanunu'nun yukarıda sözü edilen 29. maddesinde belirtilen vergi indiriminden yararlanabilmelerinin ön şartı, kendilerine yapılan teslim ve hizmetlerle ilgili fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması, bir başka anlatımla, yükümlü tarafından vergi indirimine konu teşkil eden mallar için gerçekte katma değer vergisinin ödenmiş olmasıdır. Gerçekleşmemiş teslim ve hizmetler dolayısıyla bir vergi ödenmesi ve bunun sonucu olarak da bir vergi indirimi söz konusu edilemeyeceği cihetle indirimde dayanak teşkil eden faturaların gerçeği yansıtıp yansıtmadığı hususlarının saptanması anlaşmazlığın çözümü bakımından önem arz etmektedir"; Danıştay 9. Dairesi'nin 09.03.1994 tarihli ve E. 1993/3448, K.1994/1397 sayılı kararında, "...Olayda 25.9.1992 tarihli inceleme raporuyla yükümlülerin 1990 yılı, yevmiye, defteri kebir ve envanter defterlerinin yazılmamış olduğunun tesbitli olması karşısında vergi matrahının tamamen veya kısmen maddi delillere dayanılarak saptanması imkanı ortadan kaktığından re`sen takdir nedeninin kabulü zorunlu hale gelmiştir.Öte yandan, defterlerin yazılı olmaması yukarıda belirtilen ispat ve ibraz yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya dayanak sayılabilecek hukuki bir neden olarak düşünülemez. Dolayısıyla akaryakıt ve madeni yağ satışıyla uğraşan yükümlülerin ibraz ettikleri fatura ve benzeri vesikalara ilişkin katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilmesi aksi halde indirimlerin kabul edilmemesi gerekir.. Bu bakımdan, yükümlüye verilecek belli bir sürede temin edip ibraz edeceği mal ve hizmet alışlarına ait fatura ve benzeri vesikalarının indirim konusu yaptığı katma değer vergisinin tamamını karşılayıp karşılamadığı hususunun belirlenmesi ve tesbit edilmiş olan matrah farkının, ibraz edilecek alış faturaları ve dönem sonu stokları da dikkate alınarak yeniden irdelenip belirlenmesi için bilirkişi incelemesi yapıldıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle verilen kararda isabet görülmemiştir" şeklinde yer verilmiştir (Kazanıcı İçtihat Bankası, erişim: 19.10.2015).

⁴³ KIZILOĞ, Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması, s. 1270; BERK-SOY, s. 47; TOLU, Abdullah: Yevmiye Defterinin Tasdiksiz Arka Sayfalarına Kaydedilen Faturalardaki Kdv'nin İndirilebileceği, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 176, Ağustos 2007, s. 210.

⁴⁴ MAÇ, s. 29.11

doğru ve kesin olarak tespitine imkan vermeyecek derecede-yoğunlukta olup olmadığının incelenmesi yerinde olur kanaatindeyiz. Örneğin; deftere kaydedilmemiş birkaç faturanın inceleme esnasında ibraz edilebiliyor olması ile satıcı tarafından bu faturalardaki vergi tutarlarına uygun kayıtların ve beyanların yapılmış olması birlikte gerçekleşmiş ise, söz konusu kayıt noksanlığının artık mükellef defterine göre matrah tespitine ve defterlere kaydı yapılmamış faturalardaki KDV tutarlarının indirimine mani olmaması gerekir.

KDV indirimine konu fatura ve benzeri belgelerin yasal defterlere vergi incelemesinden sonra kaydedilmesi söz konusu olabilir. Takvim yılını aşmamak şartıyla KDV indirimine dayanak teşkil eden belgelerini vergi incelemesinden sonra yasal defterlerine geç şekilde kaydetmiş mükelleflerin, KDV indirimi hakkı elinden alınmamalıdır. Bu noktada, indirilecek KDV tutarlarının yer aldığı faturaların yasal defterlere geç kaydedilmesi durumunun sadece bir usul eksikliği olduğunu, işbu sebeple vergi incelemesinden sonra yasal defterlere kaydı yapılan faturalardaki KDV tutarlarının indirilebileceği görüşünü benimseyen Danıştay kararları da bulunmaktadır⁴⁵.

⁴⁵ Bkz. Danıştay 9. Dairesi'nin 09.05.1994 tarihli ve E. 1993/2348, K.1994/1262 sayılı kararında, "...bilgilerin yasal deftere kaydedilmediği hususlarının çekişmesiz olduğu, ancak davacının 14.2.1992 tarihini takip eden beyanname verme süresi içinde bilgisayar disketlerinde yüklü bulunan bilgilerin deftere kaydedildiğini iddia ettiği, davalı vergi dairesinin ise bu hususun aksini iddia ve tevsik etmediği, katma değer vergisinde vergi indirimi, mükellefiyete bağlı bir görev ve hak olduğundan sadece belgelerin defterlere geç yazılmasının mükelleflere kanunen tanınan bu hakkın ortadan kaldırılmasına neden olamayacağı, ayrıca 1992/Ocak dönemine ait katma değer vergisi beyannamesi 25.2.1992 tarihine kadar verilebileceğinden beyannamede indirim konusu yapılan vergilere ait belgelerin inceleme elemanınca 14.2.1992 tarihinde düzenlenen tutanaktan sonra, beyanname verme tarihine kadarki sürede deftere kaydedilmediği konusunda idarece yapılmış bir tesbit olmadığından tarh edilen kaçakçılık cezalı katma değer vergisinde isabet görülmediği, ancak işlemlerin yasal deftere kaydı 10 günden fazla geciktirildiğinden Vergi Usul Kanunu'nun 352/1-6. maddesi uyarınca kesilen usulsüzlük cezasında kanuna aykırılık görülmediği" ifade edilmiştir (**Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, erişim: 25.10.2015**). Yine Danıştay 9. Dairesi'nin 13.12.1988 tarihli ve E. 1987/4642, K. 1988/2827 sayılı kararında, "...Olayda, yükümlü kurumca, Mayıs 1985 dönemi katma değer vergisi beyannamesinde indirilen, yurt içinden sağlanan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin alış faturası ve benzeri belgelerle tevsik edilmesine rağmen, bu belgelerin, kasa defteri dışındaki kanuni defterlere, şirket nezdinde vergi incelemesinin yapıldığı 11.10.1985 tarihine kadar işlenmediği çekişmesizdir. Ancak yükümlü şirket, gerek dava ve gerekse temyiz dilekçelerinde, söz konusu belgelerin, vergi incelemesini takiben, kanuni defterlere işlendiğini öne sürmekte, Vergi Dairesi Müdürlüğü ile bu hususun aksini iddia ve tevsik etmemektedir. Bu durumda, anılan belgelerin, 1985 yılında bütün kanuni defterlere işlendiğinin ve yukarıda açıklanan madde hükmü uyarınca da, yükümlü kurumun, katma değer vergisi indirim hakkının bu yıl içinde doğduğunun kabulü zorunludur. Diğer taraftan, katma değer vergisinde, vergi indirimi, mükellefiyete bağlı bir görev ve hak olduğundan, sadece belgelerin bütün defterlere aynı takvim yılı içinde geç yazılması mükelle-

2. Tasdiksiz Defterlere Kaydedilen Belgelerdeki Kdv Tutarlarının İndirimini Reddeden İdari Yaklaşım

KDV mükelleflerinin faaliyetlerine ilişkin yükledikleri KDV tutarlarını indirim konusu yapabilmeleri KDV Kanunu md. 29/3.f.'deki "*İndirim hakkı vergiyi doğuran olayın vuku bulunduğu takvim yılı aşılmamak şartıyla, ilgili vesikaların kanuni defterlere kaydedildiği vergilendirme döneminde kullanılabilir*" ve KDV Kanunu md. 34/1.f.'deki "*Yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait Katma Değer Vergisi, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinden ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanunî defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebilir*" şeklinde iki ayrı yasa hükmünde açıklanan koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu bağlamda, davacı mükellefin yüklediği KDV tutarlarına ilişkin indirim hakkını kullanabilmesi, indirilecek KDV'nin varlığına, fatura veya benzeri vesikalarla ispat etmesine ve bu belgeleri yasal defterlere kaydetmesine bağlıdır.

KDV indirim hakkı için mal alımı işlemlerinin alış faturasına bağlanması ve bu fatura bilgilerinin de kanuni defterlere kaydı yeterli olup, kanun koyucu burada defterlerin tasdikli olmasını uygulama şartı olarak hüküm altına almamıştır. Tasdik edilmemiş defter kayıtları bir usul (şekil) eksikliği olup, vergi indiriminin esasını etkilemeyecek bu durum kanun hükmünde KDV indirim uygulamasının asli şartlarından biri olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla, alım belgelerinin ilgili bulunduğu takvim yılı içinde kaydedildiği defter tasdiksiz olsa da şayet bu belgelerdeki KDV'nin gerçekten yüklenildiğini inceleme elemanı çeşitli araştırmalarla tespit etmiş veya mükellef sunduğu birtakım delillerle bu durumu ortaya koymuş ise, artık anılan belgelerdeki KDV tutarının indiriminin kabulü gerekir kanaatindeyiz⁴⁶. Bu noktada, zorunlu defterlerin kanuni sürelerde tasdik ettirilmemesi halini re'sen tarhiyat nedenleri arasında sayan VUK md. 30/3.f hükmü, VUK md.

flere kanunen tanınan bu hakkın ortadan kaldırılmasına neden olamaz. Bu nedenle, yükümlü kurum indirim konusu yaptığı katma değer vergisine ilişkin belgeleri 1985 yılında kanuni defterlerine kaydettiğine göre, tarhiyatın yapıldığı sırada indirim hakkı bulunduğundan vergi aslının onanmasında isabet görülmemiştir" denilmektedir (Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 23.10.2015).

⁴⁶ Benzer görüş için bkz. KIZILOTT, Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması, s. 1532; AYGÜN, Fethi: Katma Değer Vergisi İndirimi Açısından Defter Tasdikinin Önemi, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 196, Ocak, 2005, s. 37; ERDEM, Hayrettin: Yevmiye Defteri Sayfalarının Arka Yüzlerine Ya Da Tasdiksiz Yevmiye Defterine Yapılan Kayıtların Geçerliliği ve Kdv İndirimi, Yaklaşım Dergisi, Sayı 131, Kasım, 2003, s. 199, 200; TİMUR, Mehmet: Tasdiksiz Defterlere Kaydedilen Belgelerde Gösterilen KDV'nin İndirimi, Yaklaşım Dergisi, Sayı 49, Ocak, 1997, s. 53.

3/B hükmüne aykırı bir şekilde uygulanmamalı ve tek başına indirilen KDV tutarlarının reddine gerekçe teşkil etmemelidir.

Mükelleflerin ibraz ettikleri yasal defterleri tasdiksiz oldukları için kabul etmeyerek incelemeye tabi tutmayan ve bu defterlere kaydedilmiş alış faturalarındaki işlemlerin gerçekliğine dair hiçbir araştırma-tespit yapmayan idari yaklaşımın VUK md. 134 hükmüne aykırı olduğunu da ayrıca belirtmeliyiz⁴⁷.

Konu hakkında görüşümüzü destekleyici nitelikte Danıştay kararlarına ve Maliye Bakanlığı Özelgelerine aşağıda yer verilmiştir.

Danıştay 11. Dairesi'nin 14.02.1996 tarihli ve E. 1996/77, K. 1996/686 sayılı kararında, "...Defterlerde noter tasdikinin olmamasının KDV indirim hakkını ortadan kaldırmayacağı, bu defterlere kaydedilen belgelerde gösterilen KDV'nin indiriminin kabul edilmesi gerektiği"⁴⁸; Danıştay V.D.D.G.K'nun 17.06.2005 tarihli ve E. 2005/110 ve K. 2005/177 sayılı kararında, "...inceleme elemanınca dönem kayıtlarının tasdiksiz yevmiye defterine yapılmış yasal olmayan kayıtlar olarak değerlendirilmesi suretiyle bu dönemlere ilişkin katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi suretiyle tarhiyat yapılmış ise de, yükümlü tarafından sayfası biten yevmiye defteri yerine yeni yevmiye defteri tasdik ettirilmesi ve bu defterin kullanılması gerekmekte ise de

⁴⁷ Bkz. KIZILOT, **Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması**, s. 1532'de, "... mükelleflerin tasdiksiz veya süresinden sonra tasdik ettirilen defterlere kaydettikleri alış belgelerinde gösterilen indirilecek KDV tutarları reddedilmemelidir. ...Kaldı ki, bu durum VUK md. 134. maddesine de uygundur. Çünkü, bu madde hükmüne göre incelemeyi maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır. Bu hükümden hareket edildiğinde, tasdiksiz defterlere kaydedilmiş olsa dahi, alış belgelerinde gösterilen KDV'nin bu belgelerin gerçek olması ve verginin satıcı tarafından beyan edilerek Hazine'ye intikal ettirildiğinin tespiti şartlarıyla indirimine izin verilmelidir"; AYGÜN, s. 37'de, "...Bize göre bu tür durumlarda yani defterlerin belirtilen süre içinde tasdik ettirilmemiş olması halinde Vergi Usul Kanunu'nun 3/B maddesinde yer alan 'vergiletilmede ve vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır' hükmünden hareketle ilgili mükellefin defter ve belgelerinin incelemeye alınması ve bu incelemede eldeki verilerle alım belgelerinde yer alan ilgili dönem indirim katma değer vergisinin belirlenmesi ve yevmiye ve kebir defterlerinde yer alan indirim KDV'nin kabul edilmesi gerekir" denilmektedir "; ERDEM, s.198'de, "... defterlerde noter tasdikinin olmaması mükelleflerin KDV indirim haklarını ortadan kaldırmamalı, tasdiksiz de olsa kanuni defterlere kaydedilen alış belgelerinde gösterilen KDV'nin, gerçekte ödendiğinin (yüklenildiğinin), verginin satıcı tarafından beyan edildiğinin, tespiti şartıyla indirim kabul edilmelidir. Bu sonuç, VUK'un 3/B ve 134. maddelerinin de bir gereğidir. Aksi bir düşünce mükellefin KDV indirim hakkının elinden alınması ve incelemede kolayca kaçmak anlamına gelir ki, bu da KDV Kanunu'nun indirim hükümlerine ve VUK'un 3/B ve 134. maddelerine uygun düşmez" şeklinde görüşümüzü destekleyen açıklamalara yer verilmiştir.

⁴⁸ Bkz. Yaklaşım Dergisi, Sayı 44, Ağustos, 1996, s. 138.

diğer yasal defterler olan defteri-i kebir ve envanter defteri ile kasa defterinin tüm yıl boyunca tasdikli olduğu ve bu defterlere yapılan kayıtlar yönünden bir eleştiri getirilmediği de göz önünde bulundurularak biten yevmiye defterinin arka sayfasına yapılan kayıtlarla defter-i kebir, envanter defteri ve kasa defteri arasında karşılaştırmalı bir inceleme ve araştırma yapılması ve bu suretle biten yevmiye defterinin arka sayfasına yapılan kayıtların doğruluğunun araştırılması gerekirken bu yönde bir inceleme yapılmadan sadece söz konusu kayıtların biten yevmiye defterinin arka sayfasına yapıldığından hareketle katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek yapılan tarhiyatta isabet görülmemiştir”⁴⁹; Danıştay 7. Dairesi’nin 07.11.2001 tarihli ve E. 2000/6138, K. 2001/3474 sayılı kararında, “...yevmiye defterinin tasdik ettirilmeden kullanılması bu defterin yasal defter olma niteliğini ortadan kaldırmamakta olup, böyle durumlarda usulsüzlük cezası kesilmesi gerekir. Ayrıca, bu defterlere kaydedilen alış faturalarının gerçeğe aykırı veya niteliği itibarıyla yanıltıcı olup olmadığı yönünden bir araştırma yapılmadan sadece tasdiksiz yevmiye defterine kaydedilmesi gerekçe gösterilerek, alış faturalarındaki KDV’nin indiriminin reddedilmesi yerinde değildir”⁵⁰; Danıştay 7. Dairesi’nin 26.12.2001 tarihli ve E. 2000/7910, K. 2001/4168 sayılı kararında, “...Belli bir tarihten sonraki işlemlerin kaydedildiği ikinci yevmiye defteri dışındaki, birinci yevmiye defteri de dahil olmak üzere diğer tüm defterler, yasal süreleri içinde tasdik ettirilmiş olduğundan ve indirilen KDV’lere ilişkin belgelerin gerçeği yansıtmadığı yolunda herhangi bir iddia ve yapılmış bir tespit bulunmadığından, mükellefçe indirilen KDV’lerin kabulü gerekir. Kullanılan tüm belgelerin yasal defterlere kayıtlı olması durumunda yapılan tarhiyatta ve ceza kesme işleminde yasaya uygunluk bulunmamaktadır”⁵¹ şeklinde tasdiksiz deterele kaydedilen belgelerdeki KDV’nin indirim konusu yapılabileceği ifade edilmiştir.

Yine Maliye Bakanlığının 18.01.1995 tarih ve B.07.GEL.153.5334/138 sayılı Özelgesinde, “...süresinde tasdik ettirilmeyen defterlere kaydedilen alış belgelerinin gerçekliğine inceleme elemanınca kanaat getirilmiş olması halinde, bu belgelerde gösterilen KDV’nin indiriminin Vergi Usul Kanununun 134’üncü maddesine uygun olacağı”⁵²; Maliye Bakanlığı’nın 02.11.2000 tarih ve 50774 sayılı Özelgesinde, “...yevmiye defterine yapılan kayıtların tasdikli

⁴⁹ Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 23.10.2015.

⁵⁰ Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 23.10.2015.

⁵¹ KIZILOL, Şükrü: *Danıştay Kararları ve Özelgeler*, 7. cilt, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2005, s. 1521.

⁵² KIZILOL, Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması, s. 1533.

*defter-i kebire süresinde ve usulüne uygun kaydedilmesi şartıyla, yevmiye defterinin arka sayfalarında yer alan kayıtlara dayalı KDV indirimlerinin bu çerçevede kabulünün mümkün olduğu*⁵³; Maliye Bakanlığı'nın 21.05.2002 tarih ve 22906 sayılı Özelgesinde, "...Usulüne göre tasdik ettirilmemiş defterlere kaydedilen belgelerin Katma Değer Vergisi Kanunu açısından yapılan incelemede veya dönem matrahının takdiri sırasında gerçek olduklarına kanaat getirilmesi ve bu verginin satıcı tarafından beyan edildiğinin tespit edilmiş olması kaydıyla bu belgelerdeki katma değer vergisinin indiriminin kabul edilmesi gerektiği"⁵⁴; Maliye Bakanlığı'nın 20.01.1994 tarih ve 3998 sayılı Özelgesinde, "...tasdiksiz de olsa kanuni defterlere ilgili takvim yılı içinde kaydedilen alış belgelerinde gösterilen KDV'nin ödendiğinin ve bu verginin satıcı tarafından beyan edildiğinin inceleme ile tespit edilmiş olması şartlarıyla, bu belgelerde gösterilen KDV'nin indiriminin kabul edilebileceği"⁵⁵; Gelirler Genel Müdürlüğü'nün 23.07.2001 tarih ve 40199 sayılı Özelgesinde, "...tutulması mecburi olan defterlerde tasdik işleminin hiç yaptırılmamış olması ya da bir önceki yıla ait tasdikli defterlere ara tasdik yaptırılmadan kayıt yapılması hali re'sen takdir sebebi olmakla birlikte 3065 sayılı Kanunun uygulanmasında, bu defterlere kaydedilen gider belgelerinden dolayı yüklenilen katma değer vergisinin, mükelleflerce indirim konusu yapılabileceği, ancak bunun için inceleme elemanınca alış belgelerinin gerçekliğine kanaat getirilmesi ve bu verginin satıcı tarafından beyan edildiğinin tespitinin zorunlu olduğu"⁵⁶; İstanbul Defterdarlığı'nın 01.12.2003 tarih ve KDV. MUK.B.07.4.DEF.0.34.18. 32.6601 sayılı Özelgesinde; "İndirim, katma değer vergisi uygulamasının temel unsurlarından biridir. Mükelleflerin indirim hakkını kullanabilmeleri ise indirilecek katma değer vergisinin varlığını, fatura veya benzeri vesikalarla ispat etmelerine ve bu belgeleri yasal defterlere kaydetmelerine bağlıdır. Tutulması zorunlu defterlerde; tasdik işleminin hiç yaptırılmamış olması yada bir önceki takvim yılında veya hesap döneminde tasdik ettirilerek kullanılanlardan, ara tasdike gidilmeksizin bir sonraki hesap döneminde de aynı defterlere kayıt yapılması, Vergi Usul Kanununun 30/3'üncü maddesine göre re'sen tarhiyat nedeni olmakla birlikte, usulüne göre tasdik ettirilmemiş defterlere kaydedilen belgelerin Katma Değer Vergisi Kanunu açısından yapılan incelemede veya dönem matrahının takdiri sırasında gerçek olduklarına kanaat getirilmesi ve

⁵³ KIZILOĞ, Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması, s. 1533.

⁵⁴ TOLU, s. 211.

⁵⁵ KIZILOĞ, Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması, s. 1533.

⁵⁶ ERDEM, s. 199.

bu verginin satıcı tarafından beyan edildiğinin tespit edilmiş olması kaydıyla bu belgelerdeki KDV'nin indirim unsuru olarak dikkate alınması mümkündür”⁵⁷ şeklinde açıklamalarda bulunulmuştur.

Yukarıda yer verilen yargı içtihatları ve özeldeler göstermektedir ki; mükellef alım faturalarını kaydettiği ve tamamı veya bazı sayfaları itibariyle tasdiksiz olan defterlerini⁵⁸ ibraz ettiğinde şayet vergi idaresi VUK md. 30/3.f. hükmüne dayanarak bu defter kayıtlarını incelemeyen KDV indirimini reddetme yoluna gidecek olursa, anılan defter kayıtlarının gerçekliğini alıcı mükellef ile satıcı nezdinde araştırmadan tesis edilen bu işlemin VUK md. 3 hükümlerine aykırılığı söz konusu olabilecektir. Kanaatimizce; KDV indirimini reddetmek suretiyle gerçekleştirilen tarhiyat işlemleri yargılama aşamasında işlem gerçekliği esasına dayanılarak iptal edilmekte iken, fatura ve benzeri belgelerdeki KDV tutarlarını kayıt nizamına ilişkin başkaca eksiklikler nedeniyle reddetmek yerine idari aşamada (vergi incelemesi esnasında) bu vergilerin gerçekten yüklenilip yüklenilmediğinin idarece araştırılması veya mükellefçe ortaya konulmasına müsaade edilmesi yoluna gidilmesi daha doğru olacaktır.

3. Hakkında Sahte Veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlediği Yönünde Vergi Raporu Bulunan Bir Kişiden Alınan Tüm Mal Veya Hizmet Faturalarını Gerçek Bir İşleme Dayanmadıkları Gereğesi İle Kdv İndirimi Uygulamasının Dışında Tutan İdari Yaklaşım

İnceleme raporlarıyla sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı faturalar düzenledikleri iddia olunan kişilerin pekala gerçeğe uygun veya gerçek nitelikte ticari ilişkiler sonrası düzenledikleri faturalar da olabilir. Dolayısıyla, herhangi bir mükellefin, vergi kaçakçılığı suçu isnadıyla karşılaşan bir kişiden temin ettiği belgelerdeki malları gerçekten almış ve kullanmış olması söz konusu olabilir. Bu bağlamda; vergi idaresi tarafından faturayı düzenleyen konumundaki kişi için hazırlanmış vergi raporunda her ne kadar bu kişinin sahte fatura düzenlemiş olduğu sonucuna ulaşılmışsa da bahsi geçen bu raporun yargısal denetime tabi tutularak kesinleşmesi söz

⁵⁷ Cengiz Sazak, **Yüklenilen Katma Değer Vergisinin Gider Veya Maliyet Unsuruna Dönüştüğü Durumlar**, (http://www.esmmmo.org.tr/docs/bilgi_bankasi/yuklenilen_katma_deger_vergisinin_gider_veya_maliye_unsuruna_donustugu_durumlar.doc, erişim: 28.10.2015).

⁵⁸ Yevmiye defterinin tasdiksiz arka sayfalarına yapılan kayıtlar ile tasdiksiz yevmiye defterine yapılan kayıtların aynı mahiyette olduğu hakkında bkz. KIZILOL, **Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması**, s. 1542.

konusu olmadan⁵⁹ veya mükellefin bu kişiden aldığı faturalardaki işlemlerin temelde veya içerik itibariyle gerçek dışı olduğu yönünde somut tespitler yapılmadan⁶⁰, alım fatuarlarının sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı oldukları nitelendirmesi yapılamaz.

Gerçekleşmemiş teslim ve hizmetler dolayısıyla katma değer vergisi ödenmesi ve bunun sonucu olarakta vergi indirimi söz konusu olamayacağından, vergi indirimine dayanak teşkil eden faturaların gerçeği yansıtıp yansıtmadığının ortaya konulması gerekmektedir⁶¹. Bu noktada, VUK md. 3’de yer alan “vergilendirmede olayların gerçek mahiyetine hâkim olunması” prensibi dikkate alınmalı ve vergi dairesi tarafından sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlediği veya kullandığına dair hakkında vergi tekniği raporu bulunan kişilerden mal alışı yapan diğer mükellefler nezdinde incelemeler yapılması suretiyle söz konusu mal

⁵⁹ Danıştay 9. Dairesi’nin 24.03.2008 tarihli ve E. 2007/4314, K. 2008/1467 sayılı kararında, “... Olayda, her ne kadar davacı şirkete fatura düzenleyen Ltd. Şti’nin mal alışlarına ilişkin faturaları düzenleyen şirketler hakkında sahte fatura tanzim ettiklerinden bahisle raporlar düzenlendiği belirtilmekte ise de, bu raporlar sonucu ne gibi işlemler yapıldığı, haklarında bir tarhiyat yapılıp yapılmadığı ve bunların kesinleşip kesinleşmediği hususunda vergi tekniği raporunda herhangi bir saptamanın da yapılmadığı anlaşıldığından, davacı şirkete fatura düzenleyen şirketlerin 2002 yılında düzenledikleri tüm faturaların sahte olduklarından bahsetmeye olanak bulunmamaktadır” denilmektedir. (<http://www.cetinkaya.av.tr/2-yayin-danistay-kararlari-ısıgında-sahte-belge-naylon-fatura-davalarında-alıs-faturalarının-sahte-olması-221>, erişim: 23.10.2015).

⁶⁰ Danıştay 9. Dairesi’nin 17.11.2009 tarihli ve E. 2009/5333, K. 2009/4172 sayılı kararında, “... Davacı şirkete fatura düzenleyen şirketlerin, (Kod) listelerinde yer almalarının, başka tespitler olmaksızın bu şirketler tarafından düzenlenen faturaların sahte olduklarını göstermeyeceği” ifade edilmiştir (**Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 23.10.2015**).

⁶¹ Bkz. Danıştay 9. Dairesi’nin 28.10.2011 tarihli ve E. 2008/1603, K. 2011/7262 sayılı kararı (**Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 23.10.2015**).

alımlarının sahte⁶² veya yanıltıcı⁶³ olup olmadığı hususu ortaya konulmalıdır.

⁶² Danıştay 4. Dairesi'nin 07.06.2010 tarihli ve 2009/4029 E. ve 2010/3462 K. sayılı kararında, "... davacının kurumun defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu sahte olduğu ileri sürülen fatura karşılıklarının banka aracılığı ile çekle ödendiği tespit edildiği halde inceleme elemanınca vergi incelemesinin amacına uygun olarak bu belgelerin mahiyeti hakkında hiç bir inceleme yapılmamıştır. Davacı tarafından ödemelerin çekle yapıldığını gösteren banka ekstreleri dosyaya sunulmuş ancak vergi mahkemesince de çekle ödeme iddiaları dikkate alınmamış, ödemelerin mahiyeti araştırılmamış, fatura düzenleyen firma hakkındaki raporda yer alan tespitler esas alınarak söz konusu faturaların sahte olduğu kabul edilmiştir. Bütün bu hususlar gözönünde tutulduğunda, davacının lehine ve aleyhine olan hususların birlikte değerlendirilmediği, dolayısıyla dava konusu tarhiyatın, 213 sayılı Kanun'un 3. maddesinde belirtilen, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olacağı kuralı ile 134. maddesindeki vergi incelemesinde öngörülen amaca aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığından, eksik incelemeye dayalı vergi inceleme raporuna istinaden yapılan tarhiyatın kaldırılması istemiyle açılan davayı vergi ziyai cezalı vergi aslı yönünden reddeden Vergi Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir. Yine bkz. Danıştay 9. Dairesi'nin 17.11.2009 tarihli ve E. 2009/5333 ve K. 2009/4172 sayılı kararında, "...Davacı şirkete fatura düzenleyen şirketlerin, (Kod) listelerinde yer almaları, başka tespitler olmaksızın, bu şirketler tarafından düzenlenen faturaların sahte olduklarını göstermeyeceği"; Danıştay 9. Dairesi'nin 26.11.2012 tarihli ve E. 2009/6707, K. 2012/7630 sayılı kararında, "...Davacının kullandığı faturaları düzenleyen ... Petrol İnşaat, Turizm Tic. San. Ltd Şti. hakkında tespitler bu yükümlünün bazı vergisel yükümlülüklerini yerine getirmediği ortaya koymaktaysa da davacı hakkında yapılan incelemede davacı şirket yetkilisinin söz konusu faturalar içeriği alışveriş karşılığında ödemelerin çekle yapıldığını ifade etmesine; buna kanıt olarak ... bank, Karabağlar Şubesine ait toplam 96,765,900,000 TL içeren 7 adet çek fotokopisini ibraz etmesine, bir adet çek fotokopisini ise temin edemediğini ifade etmesine karşın, inceleme elemanı tarafından bu ödemelerin gerçek olup olmadığına yönelik herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmamış ve herhangi bir eleştiri de getirilmemiş olması karşısında söz konusu faturaların sahte olduğunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde kesin olarak ortaya konulduğunu kabul etmeye olanak kalmamaktadır. Bu durumda davacının kullandığı söz konusu faturaların sahte olduğu kabul edilmek suretiyle adına salınan cezalı vergide ve buna karşı açılan davayı reddeden mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır" denilmektedir. (Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 24.10.2015).

⁶³ Danıştay 9. Dairesi'nin 27.01.2010 tarihli ve E. 2009/1991, K. 2010/ 267 sayılı kararında, "...Olayda, davacı tarafından dava ve temyiz dilekçelerinde; (S.Ç)'den alınan fatura bedellerinin büyük kısmının bu kişi adına düzenlenen çeklerle ödendiği, bu çeklerin, vergi incelemesi sırasında vergi denetmeni tarafından ilgili bankadan yazılı olarak istenilmesi üzerine ilgili banka tarafından vergi denetmenine gönderildiği, ancak, vergi inceleme raporunda bu çekler hakkında herhangi bir açıklamaya yer verilmediği, bu ödemelere ilişkin çeklerin birer örneğinin de vergi denetmeni tarafından kendilerine verildiği, çeklere bakıldığı takdirde çek bedellerinin bizzat (S.Ç) tarafından tahsil edildiğinin görüleceği, fatura muhteviyatı malların İzmir'den Balıkesir'e sevk edildiği ve bunlara ilişkin sevk ve taşıma irsaliyelerinin mevcut olduğunun açıklandığı, ikinci dilekçesine bir kısım taşıma irsaliyelerinin eklendiği, vergi denetmenince ve Vergi Mahkemesince de bu belgelere ilişkin olarak herhangi bir incelemenin yapılmadığı, aksinin de belirtilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, davacı tarafından katma değer vergisi indiriminde kullanılan ancak muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu saptanan fatura bedellerinin büyük bir kısmı karşılığında davacı tarafından çek düzenlenmesi ve bu durumun da inceleme elemanına belirtilmesi nedeniyle davacı ihtilaflı faturalar karşılığında gerçekten mal aldığı, ancak muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu saptanan bu faturaların bilmeden kullanıldığı sonuç ve kanaatine varıldığından, cezanın bir kata indirilmesi ger-

Aksi takdirde; iyiniyetli bazı mükellefler, yaptıkları iş veya aldıkları mal için banka aracılığıyla yada senetle ödeme yapmalarına rağmen “müteselsil sorumluluk” uygulaması sebebiyle zor durumda kalabilmektedir⁶⁴. Diğer bir ifadeyle, vergi tekniği raporlarında sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenledikleri yönünde olumsuz tespitler bulunan kişilerden fatura temin eden mükellefler nezdinde kullanılan faturalardaki işlemlerin hiç gerçekleşmediği veya mal miktarı, cinsi, bedeli gibi unsurlar bakımından farklı şekilde gerçekleştiği hususlarında somut tespit yapılmadan, ilgili faturalardaki KDV indiriminin reddedilmesi hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Bu noktada; Danıştay 4. Dairesi'nin 26.04.2007 tarihli ve E. 2006/1742, K. 2007/1408 sayılı kararında, “*Vergi mahkemesince, vergi incelemesinin amacına da uygun olarak öncelikle, içeriği itibarıyla yanıltıcı olduğu sonucuna varılan faturaları veren şirket hakkında düzenlenen raporlar üzerine idarece ne gibi işlemler yapıldığı, bu raporlara dayalı olarak komisyon geliri elde etmekten dolayı tarhiyat yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise sonucunun ne olduğu, bu raporlarla ilgili yargı kararlarının bulunup bulunmadığı, söz konusu şirketin mükellefiyetinin idarece terkin edilip edilmediği, edilmişse dava konusu yapılıp yapılmadığı, davacıya fatura düzenlediği dönemlerde, katma değer vergisi beyannamelerini verip vermediği adına katma değer vergisi tarhiyatı yapılmış ise bu konuda yargı kararı bulunup bulunmadığı hususları davalı idareden, ya da faturaları düzenleyen şirketin bağlı bulunduğu vergi dairesinden araştırılıp bu araştırma sonucuna göre karar verilmesi gerekirken davanın reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir*”⁶⁵ denilmek suretiyle, idarenin alım faturalarının sahte olduğuna kanaat getirerek bu faturalardaki KDV'nin gerçek bir muamele veya duruma dayanmaması sebebiyle indirimini reddedilebilmesi için hangi hususların tespitine yönelik nasıl araştırmalar yapması gerektiği izah etmiştir.

Vergi idaresinin, alım faturalarının gerçek bir işleme dayanmadığını veya taraflar arasındaki işlemi gerçeğe uygun şekilde yansıtmadığını bizzat KDV yüklenicisi mükellef nezdinde yürüttüğü araştırmalarla tespit etmeden bu faturalardaki KDV tutarlarının reddi yoluna gidemeyeceği, aşağıdaki yargı kararlarında izah edilmektedir.

ekirken, üç kat olarak onanmasında isabet görülmemiştir” denilmektedir. (Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 24.10.2015).

⁶⁴ KIZILOĞLU, Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması, s. 1292.

⁶⁵ Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 23.10.2015.

Danıştay 4. Daire'nin, 18.12.1998 tarihli ve E. 1997/5110, K. 1998/5386 sayılı kararında, “sahte ve kapsamı itibarıyla yanıltıcı belge kullanıldığına, bu belgeyi veren hakkında düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak hüküm olunması hatalıdır. Belgeyi alanın da defter ve belgelerinin incelenmesi ve bu faturanın gerçek bir ticari ilişkiye dayalı olup olmadığının saptanması gerekir”⁶⁶,

Danıştay 9. Daire, 23.05.2012 tarihli ve E. 2008/7281, K. 2012/2865 sayılı kararında; “...Ticari yaşamda malı satın alan mükellefin, malı satanın, vergi ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği hususunda bilgi sahibi olması, bir başka deyişle, bir mükellefin katma değer vergisi beyannamelerini verip vermediği, hasılatının ne kadar olduğu, kullandığı belgelerin (şekil şartlarının doğru olması kaydıyla) vergi dairesinin izniyle bastırılıp bastırılmadığı konularında diğer mükelleflerin bilgisinin olmaması olağan bir durumdur. Esasen vergi mevzuatında bu düşüncenin aksine bir hüküm olmadığı gibi Vergi Usul Kanununun “Vergi Mahremiyeti” başlıklı 5. maddesi de bu düşüncüyü destekler niteliktedir. Sahte fatura kullanan mükellefler arasında; alış ve satışlarını sahte fatura ile belgelendirerek tamamen sahte fatura komisyonculuğu yapan mükelleflerin yanısıra, maliyetlerini yükseltmek ve daha az katma değer vergisi ödemek amacıyla, sadece sahte mal alış faturası kullanan mükellefler de vardır. **Bu nedenle bir mükellefin alışlarının bir kısmının veya tamamının sahte olmasından hareketle satışlarının da sahte olduğu sonucuna ulaşılmak suretiyle yapılacak yorum, ticari yaşamın gerçekleriyle örtüşmediği gibi iyiniyetli mükellefleri de zor durumda bırakacaktır. Bir mükellefin vergi ile ilgili sorumluluklarını yerine getirmeyerek yasal olmayan fiillerinden doğan mali sonuçlardan iyiniyetli ve olayla irtibatı olup olmadığı somut olarak ortaya konulmadan bir başka mükellefi sorumlu tutmak hukukun temel ilkeleriyle bağdaşmayacaktır.**

Olayda, her ne kadar Demir Çelik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ve Tasfiye Halinde Metal Pazarlama Sanayi Ticaret Limited Şirketi hakkında yapılan tespitlere göre, anılan şirketlerin sahte fatura düzenlediği konusunda kuşklar bulunmakta ise de, anılan şirketlerin düzenlediği tüm faturaların sahte olduğu şeklinde bir genelleme yapılması mümkün olmayıp, anılan şirketlerin davacı adına düzenlediği faturaların sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu hususunun açık ve somut

⁶⁶ <http://www.yildizymm.com.tr/Files/SpecialFiles/Documents/ozel-dosya-no-13-28042014171724.pdf>, erişim: 24.10.2015.

bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Yukarıda belirtilen tespitlerde, beyannameleri verdiği, faturalarını anlaşmalı matbaaya bastırdığı anlaşılan, ... Demir Çelik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin faaliyetinin olup olmadığı, işyerinde ticari emtiasının bulunup bulunmadığı hususlarında, ihtilaflı yılda yapılmış yoklamaların bulunmaması, bunun yanısıra Tasfiye Halinde ... Metal Pazarlama Sanayi Ticaret Limited Şirketi hakkında düzenlenen yoklama tutanaklarının incelenmesinden, şirketin faaliyetine devam ettiği, işyerinde alım satımını yaptığı emtianın bulunduğu ve işçi çalıştırdığının görülmesi karşısında, ***anılan şirketlerin davacı adına düzenlediği faturaların sahte olduğu sonucuna varılması varsayıma dayalı bir yaklaşım olacaktır.*** Bu durumda, ***davacı şirkete fatura düzenleyen ... Demir Çelik Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ile Tasfiye Halinde ... Metal Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. hakkında düzenlenen vergi tekniği raporlarında mükelleflerin davacıya düzenlediği faturaların sahte olduğu konusunda somut bir saptama bulunmadığından, vergi mahkemesi tarafından, davanın cezalı tarihyata ilişkin kısmının reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir***⁶⁷,

Danıştay 9. Daire, 20.01.2010 tarihli ve E. 2008/3402, K. 2010/84 sayılı kararında; ***“...Olayda, her ne kadar (K.) Ltd. Şti. hakkında yapılan tespitlere göre, şirketin sahte fatura düzenlediği konusunda kuşklar bulunmakta ise de, anılan şirketin düzenlediği tüm faturaların sahte olduğu şeklinde bir genelleme yapılması mümkün olmayıp, anılan şirketin davacı şirket adına düzenlediği faturaların sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu hususunun açık ve somut bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.*** Yukarıda belirtilen tespitlerde, (K.) Ltd. Şti.'nin beyannameleri vermesi, faturalarının anlaşmalı matbaaya bastırması, faaliyetinin olup olmadığı, işyerinde ticari emtiasının bulunup bulunmadığı hususlarında, ihtilaflı yıllarda yapılmış yoklamaların bulunmaması karşısında, davacı şirketin ödemelerini nakit yaptığı, (K.) Ltd. Şti. 'nin mal alış faturaları sahte olduğundan satışlarının da sahte olduğu sonucunun ortaya çıktığı ve vergilendirme ile ilgili ödev ve sorumluluklarını yerine getirmediği hususlarına dayanarak anılan şirketin davacı şirket adına düzenlediği faturaların sahte ve muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı olduğu sonucuna varılması varsayıma dayalı bir yaklaşım olacaktır. ***Bu nedenle aksi yöndeki Mahkeme kararının vergi ziyat cezalı katma değer vergisine ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerekmiştir***⁶⁸,

⁶⁷ Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 25.10.2015.

⁶⁸ Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 25.10.2015.

Danıştay 4. Daire'nin, 26.10.1998 tarihli ve E. 1997/2818, K. 1998/45 sayılı kararında, "...mal alışlarının gerçek olmadığı yolunda yeterli inceleme ve somut saptama yapılmayan yükümlünün adlarına fatura düzenlediği vergi mükellefi olan kişi ve kuruluşlar nezdinde inceleme yapılıp, davacı ile söz konusu şahıslar arasındaki mal alışverişinin gerçek olmadığı yolunda herhangi bir tespit de bulunulmadığından varsayıma ve eksik incelemeye dayalı olduğu açık olan tarhiyatın kaldırılması gerekirken kararda yazılı gerekçelerle davayı reddeden mahkeme kararında isabet görülmemiştir"⁶⁹,

Danıştay 4. Daire'nin 21.03.2001 tarihli ve E. 2000/4, K. 2001/992 sayılı kararında, "... adli mükelleften kazak ve yün ipliği satın almıştır. Anılan kişiyle ilgili yapılan araştırmalar ve düzenlenen raporlar sonucu; işyerinin kapalı olduğu, işyerine hiç emtia giriş çıkışının bulunmadığı, gelir vergisi beyannamesinde düşük matrah gösterdiği, katma değer vergisi beyannamelerinde hasılatın yüksek olmasına karşın ödenecek katma değer vergisinin çıkmadığı, defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmediği, ikametgâh adresinde tanınmadığı, kırtasiye işiyle ilgili sahte fatura düzenlediği, kaçakçılığa iştiraktan dolayı hakkında rapor hazırlandığı hususları tespit edilmiş, bu tespitler dikkate alınarak davacı şirkete düzenlenen faturaların gerçek bir emtia alımına dayanmadığı kabul edilmiştir. İnceleme sırasında, davacı şirketin defter ve belgeleri incelenerek emtia giriş ve çıkışı tespit edilmek suretiyle söz konusu faturalar olmaksızın işletmenin emtia dengesinin bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır. Ayrıca davacı şirketin faaliyet gösterdiği konfeksiyon sektöründeki karlılık oranı belirlenerek faturanın sadece maliyeti yükseltmek için mi yoksa belgesiz mal alımlarının kayıtlarda gösterilmesi amacıyla mı sağlanmış olduğu saptanmamıştır. Bu tespitler yapılmaksızın faturaları düzenleyen mükelleflerle ilgili olarak yapılan bir takım araştırmalara dayanılarak faturaların gerçek bir emtia alımına dayanmadan düzenlenen gerçeğe uygun olmayan belge niteliği taşıdığı sonucuna varılamaz. Eksik incelemeye dayanılarak bulunan matrah farkının kaldırılması istemini reddeden mahkeme kararında isabet görülmemiştir"⁷⁰,

Danıştay 4. Daire'nin 16.11.2005 tarihli ve E. 2005/183, K. 2005/2105 sayılı kararında; "...fatura alınan firmaların sahte fatura düzenlediklerinden söz edilerek, davacı şirketin ilgili yılda içeriği itibariyle yanıltıcı fatura düzenlediği sonucuna varıldığı, ancak vergi incelemesinin amacına uygun olarak yapılacak bir inceleme ve karşıt incelemeler yapılmadığından ve

⁶⁹ Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 25.10.2015.

⁷⁰ Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 24.10.2015.

envanter dengesi, mal hareketi, iş gücü, üretim kapasitesi, iş olanakları yönünden araştırma ve tespitlerde bulunulmadığından eksik inceleme sonucu düzenlenen rapora istinaden yapılan işlemi iptal eden vergi mahkemesi kararı onanarakı vergi dairesi bozma talebi reddedilmiştir”⁷¹,

Danıştay 9. Daire'nin 05.03.1999 tarihli ve E. 1998/2139, K. 1999/833 sayılı kararında; “...213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen usul ve esaslara göre tarhiyat yapılabilmesi için vergiyi doğuran olayın gerçeğe en yakın şekilde ortaya konulması ve bununla ilgili somut kanıtların açıklıkla saptanması zorunludur. Olayda, fatura düzenleyen şahsın ifadesinin tek başına ispatlama vasıtası olarak kullanıldığı, bunun dışında hiç bir inceleme ve araştırma yapılmadan matrah farkı bulunduğu anlaşılmaktadır. Türk vergi sisteminde, sadece ifade dışında, olayla ilgili başkaca kanıtlar bulunmadan, varsayıma dayalı olarak tarhiyat yapılması mümkün bulunmamaktadır. Dosyaya sunulan faturada, mal satan şahsın adresi ve mükellefiyet numarası bulunmakta olup kendi kayıtları arasında sözü edilen faturanın bulunup bulunmadığı araştırılıp, vergi kayıtları incelenebileceken, somut bir tespit olmaksızın sadece sahte fatura düzenlediği ileri sürülen şahsın mali polisteki ifadesine dayanılarak varsayımla yapılan tarhiyatta ve mahkemece bu tarhiyata karşı açılan davanın reddinde isabet görülmemiştir”⁷²,

Danıştay 4. Daire'nin 12.04.2000 tarihli ve E.1999/5145, K.2000/1460 sayılı kararında; “...213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3/B maddesinde vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, 134. maddesinde de, vergi incelemesinden maksadın ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tesbit etmek ve sağlamak olduğu hükme bağlanmıştır. Davacı şirket, taahhüt konusu inşaatlarda faturalardaki dolgu maddelerinin alındığı ve nakliye hizmetinin yapıldığını, malzemelerin kullanılmadığını ve hizmetin yapılmadığını kabulü halinde alınan istihkakların izah edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Davacı şirketin faaliyeti itibarıyla alınan malzemelerin kullanılması ve nakliye hizmeti yaptırılması normal olup inşaatlarda malzemelerin kullanılmadığı ve nakliye hizmetinin yapılmadığı yolunda bir tespit olmayıp Limited Şirketi hakkında düzenlenen rapor ile davacı şirket ortağının firmayı tanımayıp ödemelerin olmadığı yolunda ifadesi

⁷¹ <http://www.yildizymm.com.tr/Files/SpecialFiles/Documents/ozel-dosya-no-13-28042014171724.pdf>, erişim: 24.10.2015.

⁷² <http://www.cetinkaya.av.tr/2-yayin-danistay-kararlari-ısıgında-sahte-belge-naylon-fatura-davalarında-alıs-faturalarının-sahte-olması-221>, erişim: 23.10.2015.

esas alınarak faturaların gerçekdışı olduğu kabul edilmiştir. Faturalardaki emtianın kullanılmadığı ve nakliye hizmetinin yapılmadığı konusunda hiçbir inceleme yapılmadan matrah farkı saptanması olayın gerçek mahiyetine ve vergi incelemesinin amacına aykırıdır. Aksi yönde verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir"⁷³.

denilmek suretiyle, sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanımına bağlı cezalı gelir vergisi ve KDV tarhiyatları yapılabilmesi için sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma fiilline yönelik somut tespitlerde bulunulması ve bu bağlamda başta belgeyi kullanan mükellef nezdinde olmak üzere çeşitli araştırmalar yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

SONUÇ

İdarenin; KDV indirimine konu işlemlerin mahiyetini ve özellikle gerçekliğini, bu bağlamda mükellefin gerçekten alım faturasında yer alan KDV tutarını yüklenmiş olduğunu tespit edebilmesi için öncelikle anılan işlemlere ait defter kayıtlarını incelemesi gerekmektedir. KDV Kanunu md. 34/1.f. hükmü, idarenin bu çalışmasına hizmet etmesi açısından önem arz etmektedir. Ancak, KDV indirimine dayanak teşkil eden olayların ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin ancak KDV tutarlı alım faturaları ile buna benzer belgelerin tasdikli defterlere kaydedilmiş olması halinde tespit edilebileceğini savunmak, akla ve mantığa uygun değildir. Kaldı ki, mükellefin alım faturaları ile yüklenmiş olduğu KDV'nin gerçekliğini sadece defter kaydı delili ile ispat edilebileceğini kabul etmek delil serbestisi ilkesine de aykırılık teşkil eder. İdarenin aksi yöndeki yaklaşımlar ile mükellefin KDV'ni indirim hakkını ortadan kaldırdığını görmekteyiz.

Mükellefin gerçekten yüklenmiş olduğu bir KDV tutarının sadece bu verginin yer aldığı alım belgesinin yasal defterlere VUK hükümlerine uygun şekilde kaydedilmemiş olması sebebiyle indirilemeyeceğini ileri sürmek, VUK md. 3/B hükmüne değil de yükümlünün şekle dair ödevlerine yer veren KDV Kanunu md. 34/1.f., VUK md. 219, 220 ve devamı hükümlerine öncelik verilmesi anlamına gelecektir. KDV tutarlı alım faturalarının gerçeği yansıttığı defter kayıtları dışındaki delillerle ispat edilebiliyorken, kanuni defterlerin ibraz edilmemiş, usulüne uygun olarak tutulmamış veya tasdik ettirilmemiş olması, vergi idaresi ve/veya vergi yargı organları bakımından KDV indiriminin reddinde haklı gerekçe teşkil edemez⁷⁴.

⁷³ Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 26.10.2015.

⁷⁴ Benzer yönde açıklamalar için bkz. PÜRSÜNLERLİ, Elif Çakar/ SARAÇOĞLU, Fatih: **Kanuni Defterlere İşlenmemiş Belgelerde Yer Alan KDV'nin Mahsubu**, Prof. Dr.

İşbu bağlamda; yüklendiği ve indirmek istediği KDV tutarlarını gösteren fatura ve benzeri evrakları kanuni defterleri düzenli bir biçimde kaydetmemek suretiyle bu şekli ödevini yerine getirmeyen vergi mükellefine, artık vergi incelemesi ve yargılama esnasında söz konusu işlemlerin gerçekliğini defter kayıtları dışında çeşitli delillerle ortaya koyabilme imkanı ve hakkı verilmelidir. Ayrıca, defterler ibraz edilmese, tasdiksiz olsa veya alım belgelerine ait kayıtlar içermese bile vergi denetmeni tarafından pekala VUK md. 3/B ve VUK md. 134 hükümleri gözetilmek suretiyle alım işleminin ve bu işlemle mükellefin yüklendiği KDV tutarının gerçekliğine yönelik araştırmalar yapılabilir. Zira, vergileme ile ilgili gerçek durumun tespit edilebilmesi için mükelleflere yasal defterlerini ibrazı etme ile bu defterlerini kayıt ve tasdik nizamına uygun tutma gibi şekli ödevler getirilmiş olsa da bu ödevlere uyulmamış olması gerçek durumun tespitini olanaksız kılmaz.

Son olarak, yukarıdaki açıklamalarımız ve yargı kararları çerçevesinde, mükellef nezdinde gerekli araştırmalar ve tespitler yapmadan veya faturaların temin edildiği kişinin tüm işlemlerinin gerçek dışı olduğuna yer veren raporlar yargı denetimi ile hukuka uygun bulunmadan, haklarında sahte belge veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenledikleri yönünde vergi raporu bulunan kişiden mal veya hizmet satın almış mükellefin bu alımlarına konu faturalarını gerçek bir işleme ve mahiyete dayanmayan faturalar olarak nitelendiren ve anılan faturalardaki KDV tutarlarının indirimini reddeden idari yaklaşımın, VUK md. 3/B hükmüne aykırılık teşkil ettiğini belirtmeliyiz.

KAYNAKÇA

AKSOY, Şerafettin: **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Filiz Kitapevi, 6.baskı, İstanbul, 2010.

AYGÜN, Fethi: **Katma Değer Vergisi İndirimi Açısından Defter Tasdikinin Önemi**, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 196, Ocak, 2005, s. 33-38.

BAŞARAN, Funda Yavaşlar: **Türk Hukukunda Vergi İncelemesi**, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 261, Haziran, 2010, s. 393-424.

Metin Taş'a Armağan, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s. 195'de, "VUK, KDVK, içtihatlar ve doktrin bir arada değerlendirildiğinde; mükelleflerin, yükledikleri KDV'ye ilişkin fatura vb. vesikaların gerçeği yansıttığının ispat edilmiş olması durumunda; kanuni defterler ibraz edilmemiş, usulüne uygun olarak tutulmamış veya tasdik ettirilmemiş olsa dahi, vergi idaresi ve/veya vergi yargı organları tarafından, yüklenilmiş bulunan KDV'nin hesaplanan KDV'den indiriminin kabul edilmesi yerinde bir yaklaşım olacaktır" denilmektedir.

BERKSOY, Hidayet: **Fatura ve Benzeri Belgelerde Yer Alan Katma Değer Vergisinin İndirim Konusu Yapılmasında “Yasal Defterlere Kayıt” Şartına Uyulmamış Olması İndirim Hakkını Ortadan Kaldırır mı?**, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 178, Temmuz, 2003, s. 36-47.

BİLİCİ, Nurettin: **Vergi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 15.baskı, Ankara, 2007.

BERKSOY, Hidayet: **Fatura ve Benzeri Belgelerde Yer Alan Katma Değer Vergisinin İndirim Konusu Yapılmasında “Yasal Defterlere Kayıt” Şartına Uyulmamış Olması İndirim Hakkını Ortadan Kaldırır mı?**, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 178, Temmuz, 2003, s. 36-47.

ERDEM, Hayrettin: **Yevmiye Defteri Sayfalarının Arka Yüzlerine Ya Da Tasdiksiz Yevmiye Defterine Yapılan Kayıtların Geçerliliği ve Kdv İndirimi**, Yaklaşım Dergisi, Sayı 131, Kasım, 2003, s.195-200.

KALENDEROĞLU, Mahmut: **Vergi Hukuku-Türk Vergi Sistemi**, Agon Yayınevi, 12. baskı, Ankara, 2011

KARAKOÇ, Yusuf: **Vergi Hukuku**, Yetkin Yayınevi, 7. baskı, Ankara, 2014

Katma Değer Vergisi Klavuzu, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayını, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1992.

KAVAK, Ahmet: **Katma Değer Vergisi Mevzuatı**, Lebib Yalkın Yayınları, 3. baskı, İstanbul, 1996

KIZILOT, Şükrü: **Açıklamalı ve İçtihatlı Katma Değer Vergisi ve Uygulaması**, Yaklaşım Yayıncılık, 6. baskı, Ankara, 2012.

KIZILOT, Şükrü: **Danıştay Kararları ve Özelgeler**, 3. cilt, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2005.

KIZILOT, Şükrü: **Danıştay Kararları ve Özelgeler**, 7. cilt, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2005.

MAÇ, Mehmet: **KDV Uygulaması**, Denet Yayıncılık, 2. baskı, İstanbul, 1994

ÖNCEL, Mualla/ÇAĞAN, Nami/KUMRULU, Ahmet: **Vergi Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.

PÜRSÜNLERLİ, Çakar Elif/SARAÇOĞLU, Fatih: **Kanuni Defterlere İşlenmemiş Belgelerde Yer Alan KDV'nin Mahsubu**, Prof. Dr. Metin Taş'a Armağan, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s. 185-195.

SABAN, Nihal: **Vergi Hukuku**, 4. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006

SAZAK, Cengiz: **Yüklenilen Katma Değer Vergisinin Gider Veya**

Maliyet Unsuruna Dönüştüğü Durumlar, (http://www.esmmmo.org.tr/docs/bilgi_bankasi/yuklenile_katma_deger_vergisinin_gider_veya_maliye_unsuruna_donustugu_durumlar.doc, erişim: 28.10.2015).

SÜRAL, Arıcan: **Katma Değer Vergisinde İndirimin Belgelendirilmesi**, Vergi Sorunları Dergisi, Mayıs, Haziran, Sayı 30, 1987, s. 18-29.

ŞENYÜZ, Doğan: **Türk Vergi Sistemi**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2005.

ŞENYÜZ, Doğan: **Türk Vergi Sistemi Dersleri**, Yayınevi, 4. baskı, Ankara, 2007.

TİMUR, Mehmet: **Tasdiksiz Defterlere Kaydedilen Belgelerde Gösterilen KDV'nin İndirimi**, Yaklaşım Dergisi, Sayı 49, Ocak, 1997, s. 50-53.

TOLU, Abdullah: **Yevmiye Defterinin Tasdiksiz Arka Sayfalarına Kaydedilen Faturalardaki Kdv'nin İndirilebileceği**, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 176, Ağustos 2007, s. 206-211.

YÜCE, Mehmet: **Türk Vergi Yargısı**, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2010.

<http://www.bdo.com.tr/vergi/dosyalar/kdv6/KDV6-29.pdf>, erişim: 19.10.2015.

<http://www.cetinkaya.av.tr/2-yayin-danistay-kararları-ısıgında-sahte-belge-naylon-fatura-davalarında-alıs-faturalarının-sahte-olması-221>, erişim: 23.10.2015.

<http://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>

Kazancı İçtihat Bankası

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası

<http://www.yildizymm.com.tr/Files/SpecialFiles/Documents/ozel-dosya-no-13-28042014171724.pdf>, erişim: 24.10.2015.

İDARENİN SAĞLIK HİZMETLERİNDEN DOĞAN TAZMİN SORUMLULUĞU VE DANIŞTAYIN YENİ YAKLAŞIMI

Aydın AKGÜL*

ÖZET

Sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesi nedeniyle bireylerin zarara uğraması durumunda meydana gelen zararların idarece tazmin edilmesi hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Sağlık hizmet kusuru, sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işletilmesinde yetersizlik veya tıbbi uygulama hatası şeklinde meydana gelebilir. Danıştay, sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu için aradığı “ağır hizmet kusuru” koşuluna yönelik içtihadını 2015 yılından itibaren değiştirmiş ve “hizmet kusurunu” yeterli kabul etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tam yargı davası, idarenin tazmin sorumluluğu, sağlık hizmeti, hizmet kusuru, tıbbi uygulama hatası.

COMPENSATION LIABILITY OF THE ADMINISTRATION FROM HEALTH SERVICE AND COUNCIL OF STATE'S NEW APPROACH

ABSTRACT

It is a requirement of the rule of law for the administration to compensate the damages that results from public health service faults. Public health service faults may come in view as deficiency of the establishment and operation of the health service or medical. The Turkish Council of State has changed its the case law that stipulates gross service fault and has found service fault adequate for compensation liability of administration in full remedy actions regarding public health service since beginning of 2015.

Keywords: Full remedy action, compensation liability of administration, public health service, medical malpractice.

Dr, Hâkim

GİRİŞ

İdare tarafından yürütölen sağlık hizmetinin sunumu nedeniyle birey maddi veya manevi zarara uğramışsa, idarenin hukuken tazmin sorumluluğu söz konusu olur. Sağlık hizmeti nedeniyle uğranıldığı öne sürölen zarar, idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davası yoluyla karşılanmaktadır.

Danıştay, sağlık hizmetinin bünyesinde risk taşıması ve hizmeti alan bireyin aynı zamanda hizmetten yararlanan konumunda olması nedeniyle, tedavi hizmetleriyle ilgili sağlık hizmetinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu için aradığı “ağır hizmet kusuru” şartıyla ilgili uzun yıllar süren içtihadını değiştirmiştir.

Bu çalışmada, idare tarafından yürütölen sağlık hizmetinde ne tür bir sorumluluk ilkesinin kabul edilmesi gerektiğini tartışarak Danıştay’ın kusura yönelik yeni yaklaşımını belirteceğiz. Sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği iddiasıyla açılmış tam yargı davalarına ilişkin örnek kararları, dolayısıyla sağlık hizmetinde idarenin tazmin sorumluluğunu ve Danıştay’ın konuya nasıl baktığını anlatmaya çalışacağız.

Tartışmalara katkı sağlaması amacıyla yeri geldiğinde Fransız Danıştayı’nın konuya yaklaşımını da belirteceğiz. Konunun daha iyi anlaşılması için, idarenin hukuki sorumluluğu, tam yargı davaları, sağlık hizmetinde kusur ile tıbbi uygulama hataları konularında kısaca bilgi verilmesi faydalı olacaktır.

1.İDARENİN TAZMİN SORUMLULUĞU VE TAM YARGI DAVALARI

Öncelikle belirtmek gerekir ki idarenin hukuki sorumluluğu, hizmet kusuru ve tam yargı davaları konuları idare hukukunun temel konularından birisi olup, bu konuları etraflıca ele alıp incelenmek bu çalışmanın amacını ve kapsamını açar. Bununla birlikte, sağlık hizmetinde kusur kavramı ve idarenin tazmin sorumluluğu konusunda Danıştay’ın yeni yaklaşımını anlamak için sözü edilen kavramların idare hukuku öğretisindeki yerini genel olarak incelemekte yarar bulunmaktadır.

1.1.GENEL OLARAK İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

“Herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır” şeklinde ifade edilebilecek olan hukuki sorumluluk ilkesi, Medeni Hukuktakine kıyasla İdare Hukukunda daha büyük bir önem taşımakta ve daha geniş bir alanı

kapsamaktadır¹. Gerçekten, idarenin sorumluluğu, kamu hukuku alanında, idare hukukunun özellikleri göz önünde tutularak geliştirilen özel hukuktan ayrı bir sorumluluk türüdür ve kendine özgü kuralları vardır².

İdarenin sorumluluğu denilirken, idarenin Anayasa ve kanunlardan aldığı görevle ve kamusal yöntemlerle yaptığı faaliyetlerden, bu faaliyetlerin içerdiği tesislerden, bunların kurulması, işletilmesine ilişkin eylemlerden kaynaklanan bireysel nitelikteki zararlardan sorumluluk kastedilmektedir³.

İdarenin sorumluluğu ile ilgili kuralların geliştirilmesinde Fransız Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi başta olmak üzere yargı içtihatlarının etkisi büyük olmuştur⁴. Gerçekten, Fransa’da devletin idari eylem ve işlemlerden dolayı sorumluluğunu düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. Bu sorumluluk, mahkeme içtihatlarıyla kabul edilmiş ve zamanla geliştirilmiştir⁵. Yargısal içtihatların eseri olan idarenin sorumluluğu kavramı, son derece elastiki bir yapıya sahip olup, giderek zarar görenlerin lehine yorumlanan çözüm tarzlarıyla nispeten doğrusal bir çizgi izlemiştir⁶.

Diğer bir açıdan idarenin hukuki sorumluluğu, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan⁷ bir kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle bireylerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır⁸. İdarenin hukuki sorumluluğunun kabulü konusunda genel olarak kabul edilen görüşe göre, idarenin kusurlu olmasında, bir kamu hizmeti⁹

¹ Ali Ülkü AZRAK, “İdarenin Toplumsal Muhatara(Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.135.

² Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt I, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2008, s.837.

³ Yıldızhan YAYLA, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.47.

⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.837.

⁵ Kemal Tahir GÜRSOY, “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.71.

⁶ Gürsel KAPLAN, “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, **AYİM Dergisi**, Sa.19,

⁷ E. Ethem ATAY, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2009, s.678.

⁸ ESİN Yüksel, **İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, II. Kitap:Esas, Ankara, 1973, s.14.

⁹ “Kamu hizmeti”, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yö-

etkinliği bu sorumluluğu doğurmaktadır¹⁰.

İdarenin hukuki sorumluluğu sebeplerinden birisini hizmet kusuruna dayanan sorumluluk oluşturmaktadır¹¹. Hemen belirtmek gerekir ki, idarenin hukuki sorumluluğunda asıl olan, hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olmasıdır¹². Nitekim, geleneksel idare hukuku doktrin ve içtihadında idarenin kusurlu sorumluluğunun sebebi olan “kusur”, hep “hizmet kusuru” olarak algılanmış ve tanımlanmış, hatta “kusur” terimi yerine hep “hizmet kusuru” terimi kullanılmıştır¹³.

Objektif bir niteliğe sahip olan hizmet kusuru, hizmetin kuruluşu ve işleyişinde ortaya çıkan kusur olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Daha geniş bir ifadeyle, idarenin hizmet kusuru nedeniyle olan sorumluluğu, idarece yürütülen kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık veya eksikliklerdir¹⁵. SARICA'nın kısaca “*idarenin kusuru*” olarak belirttiği hizmet kusuru, idare hukukuna özgü, anonim ve objektif özellikleri olan bir kusurdur¹⁶.

1.2.TAM YARGI DAVALARI

İdarenin hukuki sorumluluğunun doğal sonucu, diğer bir ifadeyle yaptırım gücü ise idarenin tazmin borcudur¹⁷. İdarenin tazmin borcunun, yani hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, idari yargıya özgü bir dava türü olan ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenen tam yargı davası ile ortaya çıkmaktadır.

Danıştay'a göre tam yargı davaları; “*idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat*

nelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişiler tarafından yürütülen bir faaliyet şeklinde tanımlanmaktadır. Aydın GÜLAN, “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi: Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı**, 1988, Y.9, Sa.1-3, s.148, Kamu hizmetine ilişkin diğer bir tanım ve açıklamalar için bkz. Onur KARAHANOĞULLARI, **Kamu Hizmeti**, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2004, s.31 vd.

¹⁰ ATAY, age, s.702.

¹¹ Lütfi DURAN, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Yayın No:138, Ankara, 1974, s.26.

¹² ATAY, s.702.

¹³ Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Basın Yayım Dağıtım, Bursa, 2010, s.749.

¹⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.860.

¹⁵ DURAN, s.26.

¹⁶ Ragıp SARICA, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İHFİM**, Y.1949, C. XV, Sa. 4, s.858-860.

¹⁷ ESİN, s.14.

davalarındır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir.”¹⁸

Doktrinde de, özel hukuktaki edim davasına benzetilen ve hakkın tazmin ve telafisine karar verilen tam yargı davaları, uygulamada ise, idari işlem ve eylemler dolayısıyla meydana gelen maddi ve manevi zararların tazmin edildiği tazminat davaları olarak görülmektedir¹⁹. Diğer bir açıdan tam yargı davaları, idari yargılama hukuku uygulamasında, tazminat davası kimliğinde bir yargısal korunma işlevi sağlamaktadır²⁰.

Tam yargı davası ile davacı, yasal gerçeğe dayanarak subjektif hakkının varlığını veya kendisi lehine bazı haklar doğuracak bir durumun tespitini istemekte²¹; idari yargı yeri de idari faaliyet sonunda ortaya çıkan zarardan sorumlu gördüğü idareyi, bu zarara eşit değerde para ödemekle yükümlü tutmaktadır²².

İdarenin hukuki sorumluluğundan, yani tazmin borcundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması, zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir²³ ve idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırır.

Sağlık hizmetini sunan kamu görevlilerinin sağlık hizmetinin sunumu sırasında kusurlu davranışları sebebiyle, sağlık hizmetinden faydalanan kimselere zarar vermeleri muhtemeldir. İdare ajanlarının kusurlu davranışları ile bireylere vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumlu tutulmaları,

¹⁸ Danıştay 10.D. 15.5.2013, E: 2009/6118, K:2013/4501, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁹ Turan YILDIRIM/Melikşah YASİN/Nur KAMAN/H. Eyüp ÖZDEMİR/Gül ÜSTÜN/Özge OKAY TEKİNSOY, **İdare Hukuku**, XII Levha Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2013, s.799.

²⁰ Bununla birlikte AYANOĞLU, tam yargı davasına uygulamada verilen işlevin, etkin bir yargısal korumayı sağlamaktan uzak olduğunu; bu çerçevede, bu tür davalarda tazminat dışında, bir menkul geri verme, idarenin fiili durumunu önleme ve kaldırma veya başka içerikte bir karar verilmesi gereğinin etkin bir idari yargı denetiminin gereği olarak ortaya çıktığını öne sürmektedir. Taner AYANOĞLU, “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara, 2004, s.64-65.

²¹ Serdar ÖZGÜLDÜR, **Tam Yargı Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.39.

²² Kazım YENİCE/Yüksel ESİN, **Açıklamalı-İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arisan Matbaacılık, Ankara, 1983, s.107.

²³ Danıştay 10.D., 31.12.2012, E:2011/5294, K:2012/7209, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Esasen, klasik kamu hukuku anlayışla bakıldığında, nerede yetki var ise orada sorumluluk vardır²⁴.

Danıştay'a göre, idarenin hizmet kusuru sebebine dayalı sorumluluğu, ikincil derecede sorumluluk olmayıp, asli bir sorumluluktur. İdarenin gerçek veya tüzel kişilerle birlikte sorumlu olduğu durumlarda bile, öncelikle idarenin sorumluluğuna başvurulması gerekir. Bu nedenle, olayda kusuru bulunan gerçek veya tüzel kişiler aleyhine açılacak davadan sonra idari yargıda tam yargı davası açılabileceği şeklinde bir yaklaşım, idarenin hukuki sorumluluğu kavramıyla bağdaşmaz²⁵. Dolayısıyla, sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesinden kaynaklı zararın tazmini istemiyle açılacak tam yargı davasının, öncelikle hizmeti kusurlu yürüttüğü iddia olunan hekimin veya diğer sağlık çalışanının bağlı bulunduğu idareye karşı açılması zorunludur. Aksi düşünce, tam yargı davasının niteliğine aykırı olur.

Uygulamada da, bu tür davaların, sağlık hizmetini yürüten idareye karşı açıldığı, olayla ilgisi bulunan hekimlerin davalı idare yanında gerek idare mahkemesi aşamasında gerekse Danıştay aşamasında davaya müdahil oldukları, şayet müdahale talepleri mahkeme aşamasında kabul edilmemişse mahkemece verilen kararın temyiz mercii tarafından usul yönünden bozulduğu görülmektedir.

Davacıların çocuğunun ameliyatı sırasında sağ yerine sol kolunun ameliyat edilmesinde davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada; Adli Tıp Kurumu raporunda, sağlam olan kolun yanlışlıkla ameliyat edilmesinden dolayı ameliyatı yapan hekimin 8/8 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. Bu rapora dayanarak tazminat istemini kabul eden İdare Mahkemesi kararı ise, ameliyatı gerçekleştiren hekimin müdahale isteminin mahkeme aşamasında kabul edilmemesi nedeniyle Danıştay tarafından usul yönünden bozulmuştur²⁶.

Yüksek Mahkemeye göre, olayda; davalı idare yanında müdahale isteminde bulunan hekimin, davacıların çocuğunun yapılan ameliyatı sırasında sağ yerine sol kolunu ameliyat eden hekim olması ve bu davanın davalı Sağlık Bakanlığı aleyhine sonuçlanması halinde, Sağlık Bakanlığı'nca hekime rücu edilecek olması karşısında; davalı idare yanında müdahale isteminde bulunan

²⁴ Fatih BİRTEK, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, Sa. 3-4, Y:2007, http://www.turk-hukuksitesi.com/makale_773.htm, erişim tarihi 28.09.2015)

²⁵ Danıştay 10.D. 13.2.2006, E:2004/9120, K:2006/1220, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

²⁶ Danıştay 10.D. 11.6.2010, E: 2007/4932, K:2010/5301, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

hekimin müdahale istemi kabul edilip, savunması alınarak dosyanın usule uygun tekemmül ettirilmesi suretiyle davanın karara bağlanması gerekirken, davalı yanında müdahale istemi kabul edilmeksizin verilen temyize konu kararda usule uyarlık bulunmamaktadır.

Kararda ayrıca, “*idare mahkemesince, dosyada bulunan Adli Tıp Kurumu raporu yanında, müdahale isteminde bulunan tarafın savunmaları da değerlendirilip, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alınarak yeniden bir karar verileceği tabiidir.*” gerekçesine yer verilerek, tıbbi uygulamayı gerçekleştiren hekimin savunmalarının da bilirkişi raporuyla birlikte mahkemesince değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.

2.SAĞLIK HİZMETİNDE KUSURAYÖNELİK DANIŞTAY’IN YENİ YAKLAŞIMI

2.1.SAĞLIK HİZMETİ

Kamu hizmetleri konularına göre farklı şekillerde sınıflandırılmaktadır. Kamu hizmetleri içerisinde yer alan sağlık hizmeti, Devletin varlık sebebini oluşturan²⁷, öteden beri yürüttüğü geleneksel kamu hizmetleri olarak tanımlanan idari kamu hizmetlerinden olup kamu hukuku kurallarına tabidir²⁸.

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesinde sağlık hizmeti; “*insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Sağlığın kamu hizmeti olarak düzenlenmesi, bu hizmeti sunan idareye yükümlülükler, bireye ise haklar verildiği anlamına gelmektedir. Sağlık hizmetinden yararlanma birey açısından bir hak olduğu gibi, bireylere sağlık hizmeti sunma Devlet açısından aynı zamanda bir yükümlülüktür²⁹.

Sağlık hizmetleri doğrudan insanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile yakından ilişkili olması nedeniyle de bireyler açısından hayati öneme sahiptir. Bu hak, Anayasa’nın 56. maddesi ile anayasal koruma altına alınmış

²⁷ Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınları 5. Baskı, Ankara, 2014, s.554.

²⁸ Metin GÜNDAĞ, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011, s.338.

²⁹ M. Savaş BAYINDIR, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2007, C. XI, Sa.1-2, s.554

ve bu hususta Devlete görev verilmiştir. Bundan dolayı, kurum, kuruluşları ve personeliyle Devletin bir uzantısı olan idare, bireylere sunacağı sağlık hizmetini tıp biliminin kurallarına uygun olarak yürütmek zorundadır.

Sağlık hizmeti kavramı yalnızca, kişilerin vücut sağlığının bozulması sonucu bir sağlık kuruluşuna başvurması ile ortaya çıkan bir kamu hizmeti olmayıp, kişinin hasta olmadığı, bir sağlık kuruluşuna başvurmadığı zamanlarda görüleceği üzere, çok önceden ortaya çıkmakta; hastalandığı durumlarda teşhis, tıbbi müdahale, tedavi şekline bürünmekte ve nihayet hastalığın tedavisinden sonra rehabilite edici olarak değişken bir hal alan hizmet türüdür. Bu açıdan sağlık hizmeti, değişken ve sürekli bir kamu hizmetidir³⁰.

Dünya Sağlık Örgütü de sağlığı, “*yalnızca hastalığın olmaması değil, aynı zamanda fiziksel, zihinsel ve sosyal anlamda tam bir iyilik hali*” şeklinde tanımlamıştır. Bu açıdan sağlık hizmeti, yalnızca hastalığı tedavi eden değil, aynı zamanda vatandaşların yaşamlarını sağlıklı sürdürmeleri için tüm tedbirleri alan, sağlığı korumak için hizmet sunan, tedavi sonrası da rehabilite eden bir hizmet anlayışını ifade etmektedir³¹.

2.2.SAĞLIK HİZMETİNDE HİZMET KUSURU-AĞIR HİZMET KUSURU AYRIMI

“*Kusur; mevcut bir ödevin yerine getirilmesindeki eksikliklerdir.*” GÖZLER’in de vurguladığı üzere, kusurun nasıl tanımlandığından çok belirli bir şekilde davranan kamu görevlisinin davranışında kusur olup olmadığının anlaşılması güçtür. Bu noktada karar vermek için ise bu davranışın içinde yer aldığı yer ve zaman koşullarının dikkate alınması gerekir³².

Sağlığın bir hak ve kamu hizmeti olarak düzenlenmesi, idarenin sağlık hizmetlerinden dolayı bireye karşı hukuki sorumluluğunu doğurmaktadır³³. Sağlık hizmetinde hasta-hekim ilişkisi, aslında kurum-hasta ilişkisi şeklinde belirirken, hastanın muhatabı, zararlarının birincil sorumlusu da, kamu hizmetinin anonim karakteri gereği idare olmaktadır³⁴.

³⁰ BİRTEK, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_773.htm.

³¹ Serkan ÇINARLI, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Kitabevi, Ankara, 2013, s.20.

³² GÖZLER, s.749.

³³ BAYINDIR, s.557.

³⁴ Sait GÜRAN, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **Danıştay Dergisi**, Y.12, Sa.46-47, 1982, s.17-19.

Sağlık hizmetindeki hizmet kusuruna yönelik yasal bir düzenleme bulunmamakta, bu husus öğreti ve Danıştay içtihatları ile belirlenmektedir³⁵. Fransız Danıştay'ının kararlarından çıkarılan bölümlemeye göre; hizmet kusurunu oluşturan haller, hizmetin kötü işlemesi, hizmetin işlememesi ve hizmetin geç işlemesi olmak üzere üçe ayrılmaktadır³⁶. Bununla birlikte, doktrin ve içtihatlarda hizmet kusurunun belirtilen üç klasik halde verilmesi şeklindeki geleneksel anlayışın yanlış olduğu belirtilmektedir³⁷.

Hizmet kusuruna yönelik belirtilen üçlü ayrıma Danıştay'ın da pek değer vermediği anlaşılmaktadır. Danıştay kararlarında çoğu kez bu üç halden bir arada söz edildiği görülmekte, Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen olaylarda bunlardan yalnızca birine uyarılma konusunda çaba göstermediği saptanmaktadır³⁸. Nitekim, ilerleyen başlıkta sağlık hizmetindeki kusurdan kaynaklı açılan tam yargı davalarıyla ilgili verilecek örnek kararlarda da görüleceği üzere Danıştay'ın, olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığına yönelik saptama yapmasına karşın, olayın hizmet kusurunu oluşturan üç halden hangisine girdiğine yönelik niteleme yapmadığı anlaşılmaktadır.

Hizmet kusuruyla ilgili sözünü ettiğimiz ayırmadan hareketle olsa gerek, idarenin sağlık hizmetindeki kusurunda, kamusal sağlık hizmetlerinin hiç işlememesi, geç ya da kötü işlemesi anlamında kusurlu idari eylemde tamamen objektif ve genel bir niteliğin söz konusu olduğu ifade edilmektedir³⁹. Aslında, sağlık hizmetinde hizmetin kötü ve geç işleyip işlemediği, gereği gibi yürütülüp yürütülmediği, kusurun hangi yoğunlukta olduğu, “*çağdaş düzenli bir idarenin tutum ve davranışlarının nasıl olması gerektiğine bakılarak*” ve “*kendi kategorisine giren normal bir kuruluştan istenen ve beklenen tutum ve davranış çerçevesinde değerlendirme*” yapılarak belirlenir⁴⁰. Buna karşın, sağlık hizmeti yönünden tıbbın ve hukukun verileri ile kabulleri dikkate alınmak suretiyle yeni bir ayırımın kabul edilmesi gerektiği de öne sürülmektedir⁴¹.

³⁵ Aydın AKGÜL, “Yargı Kararları Işığında, Gebelik Ve Doğum Sürecinde Sağlık Hizmeti Kusurundan Kaynaklanan Tam Yargı Davaları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi: Yargıtay Onursal Başkanı A. Nazım Kaynak’a Armağan**, Y.3, Sa.10, 2012, s.490.

³⁶ ESİN, s.31.

³⁷ GÖZLER, s.750.

³⁸ ESİN, s.31.

³⁹ Nurten FİDAN, “Hekimin Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Sorumluluğu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.1, Y.1, Sa.3, 2010, s.350.

⁴⁰ GÜRAN, s.20.

⁴¹ Serkan KIZILYEL, “Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, **Terazi Dergisi**, Y.3, Sa.24, Ağustos 2008, s.145.

İdarenin sağlık hizmetlerinden dolayı hangi hallerde sorumlu tutulup, hangi ölçüdeki ve yoğunluktaki kusur hallerinde sorumlu tutulacağı konusu, faaliyet ve zarara yol açan hususun ne olduğuna ve şartlarına göre, bazen basit kusur yeterli görülerek bazen de ağır kusur aranarak çözümlenmektedir⁴².

Ağır hizmet kusuru kavramına, idarenin sorumsuzluğu ilkesinden sorumluluğuna geçişte idarenin tazmin yükümlülüğünü sınırlamak amacıyla başvurulduğu ifade edilmektedir⁴³. ESİN'e göre, idarenin yürüttüğü bütün hizmetlere yönelik her ihmal, yanlışlık veya gecikme nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalması, idareyi mali yönden güçsüzlüğe uğratabileceği gibi, kamu görevlilerinin işten soğumaları ve çekingen olmaları sonucunu doğurur⁴⁴.

Sağlık hizmetinin kusurlu yürütüldüğü iddiasıyla açılan tam yargı davalarında; İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın önceki içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.

Sağlık hizmetlerinin çoğu niteliği gereği tehlike unsurunu bünyesinde bulundurmaktadır⁴⁵. Danıştay da, sağlık hizmetini, bünyesinde risk taşıyan bir kamu hizmeti olarak kabul edip, sağlık hizmetinden yararlanan kişinin zarara uğraması halinde, bu zararın tazminini, yalnızca idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün görmüş⁴⁶, gerek uzun yıllar bu nitelikteki tam yargı davalarına temyizen bakan Danıştay 10. Dairesi gerekse 2013 yılından sonra bu tür davalara temyizen bakan Danıştay 15. Dairesi, söz konusu içtihadı 2015 yılına kadar sürdürmüştür.

2.3.DANIŞTAY'IN YENİ YAKLAŞIMI

Danıştay 2015 yılından itibaren, tedavi hizmetleriyle ilgili sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında, idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için "ağır hizmet kusuru" yerine

⁴² GÜRAN, s.19.

⁴³ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.837.

⁴⁴ ESİN, s.47.

⁴⁵ Mustafa AVCI, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu", **Ankara Barosu Dergisi**, Y.2012, Sa.1, s.111.

⁴⁶ Danıştay 10. D. 17.4.2012, E:2008/8441, K:2012/1544, Danıştay 15. D. 23.09.2014, E:2013/4079, K:2014/6453, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

“hizmet kusuru”nu yeterli kabul etmiştir. Danıştay 15. Dairesinin içtihat değişikliğini, aşağıda belirtilen iki kararını kıyaslama yapmak suretiyle görebiliriz.

Yüksek Mahkemenin önceki içtihadındaki gerekçesi; “*İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.*”⁴⁷ şeklindeydi.

Yüksek Mahkemenin, sağlık hizmetinde kusura yönelik yeni yaklaşımı ise şu şekilde olmuştur:

Davalı idare bünyesindeki hastanede gerçekleşen doğum olayına ilişkin yapılan müdahale sonucunda çocuklarının mental motor retardasyon hastalığına yakalanması ve annenin gebe kalabilme imkanını kaybetmesinde davalı idarenin “*ağır hizmet kusuru*” bulunduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesince, Adli Tıp Kurumu raporuna dayalı olarak davanın reddine karar verilmiştir.

Bu kararı temyizen inceleyen Danıştay, yıllardır sürdürdüğü yaklaşımını değiştirmesinin nedenini açıklamaksızın, “İdare hukuku ilkeleri ve Dairemizin içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için; zararın, idarenin *hizmet kusuru* sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. *Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.*”⁴⁸ şeklinde yeni yaklaşımını belirterek, sağlık hizmetinden kaynaklı tam yargı davalarında ağır hizmet kusuru yerine hizmet kusurunu yeterli kabul etmiştir. Kararda ayrıca, “*Uyuşmazlıkta, İdare Mahkemesince, davacının tedavisinde hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla Adli Tıp Kurumu nezdinde bilirkişi*

⁴⁷ Danıştay 15. D. 12.12.2013, E:2013/4237, K:2013/10653; 23.1.2014, E:2012/12332, K:2014/116, 23.09.2014 E:2013/4116, K:2014/6354; 24.12.2014, E:2013/4440, K:2014/10032, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁴⁸ Danıştay 15. D. 18.02.2015, E:2013/4361, K:2015/890 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

incelemesi yaptırılmış olmakla birlikte; bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan raporun uyuşmazlığın çözümünde yeterli olmadığı” hususuna yönelik açıklamalar yapıldıktan sonra “bu nedenle **olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının net olarak ortaya konulmadığı**” vurgulanmış ve olayda ağır hizmet kusuru yerine hizmet kusuru bulunup bulunmadığına açıklık getirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir.

Kararın devamında ise, “İdare Mahkemesince, esas itibarıyla adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Genel Kurulu nezdinde, davacılar yakınına uygulanan teşhis ve tedavinin tıbbi kurallara uygun olarak yapıp yapılmadığını irdeleyecek şekilde bir inceleme yaptırılması, bunun sonucunda **olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının yeniden belirlenmesi** gerekirken, uyuşmazlığın çözümü için yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayalı olarak **eksik inceleme sonucu verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığı**” belirtilerek İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Yüksek Mahkeme, davacıya acil serviste uygulanan teşhis ve tedavilerin tıp kurallarına uygun olmadığı, dolayısıyla sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği iddiasıyla açılan davada⁴⁹; davacılar yakınının, rahatsızlığı nedeniyle 26.09.2011 tarihinde kaldırıldığı hastanede 11.10.2011 tarihine kadar gördüğü tedavinin netice vermemesi üzerine, tedavi için götürüldüğü yurt dışındaki hastanede 28.11.2011 tarihinde hayatını kaybetmesine davalı idareye bağlı hastanede sunulan sağlık hizmetinin tıp kurallarına uygun olarak işletilmemesinin sebep olduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada⁵⁰; davacının annesine verilen tedavi hizmetinde hizmetin kusurlu işletilerek ölümüne neden olduğundan bahisle manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada⁵¹; davacının yapılan ameliyat sırasında ve sonrasında enfeksiyon (MRSA) kapıldığından bahisle uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada⁵², aynı şekilde yeni yaklaşımını sürdürmüştür. Hemen belirtmek gerekir ki, farklı tarihlere verilen bu kararlarda da Danıştay, söz konusu yaklaşımını değiştirmesine yönelik açıklamada bulunmamış, ancak yukarıda sözünü ettiğimiz ilkeye aynı cümlelerle yer vermiştir.

⁴⁹ Danıştay 15. D. 21.04.2015, E:2014/5867, K:2015/2320 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁰ Danıştay 15. D. 13.05.2015, E:2014/7569, K:2015/2820 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵¹ Danıştay 15. D. 04.06.2015, E:2014/5822, K:2015/3658 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵² Danıştay 15. D. 25.06.2015, E:2013/6275, K:2015/4430 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Öte yandan, davacı tarafça sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletildiğinden bahisle oluştuğu ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan ve 18.06.2015 tarihinde verilen kararda⁵³ “*Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.*” şeklinde yeni yaklaşımın belirtilmesine karşın, davacının hastalanması nedeniyle götürüldüğü hastanede yapılan iğne sonucunda sakat kaldığından bahisle uğranıldığı iddia edilen maddi ve manevi zararın idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek yasal faizi ile birlikte davalı idarece tazminine karar verilmesi istemiyle açılan ve aynı tarihte verilen kararda bu kez, “*bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetini yürüten idarenin hizmetten yararlanan ilgiliye karşı tazmin sorumluluğu, sadece hizmetin kusurlu işletilmesi halinde değil, ağır hizmet kusurunun saptanması halinde mümkündür.*”⁵⁴ gerekçesine yer verilmesi çelişki oluşturmakla birlikte, kanaatimizce yazım hatasından kaynaklanmıştır.

Aslında, Danıştay’ın 2015 yılındaki yeni içtihadına kadar olan uygulamalarına bakıldığında, hizmet kusuru-ağır hizmet kusuru ayırımına belirgin biçimde uyulmadığı, konuya ilişkin kararlarda sağlık hizmetinde ne tür bir uygulamanın hizmet kusuru, ne tür bir uygulamanın ise ağır hizmet kusuru olduğuna yönelik genel bir kriter koyulmaksızın her somut olayın durumuna göre değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır.

Buna karşın, Danıştay’ın, “*sağlık hizmetlerinin bünyesinde risk taşıyan bölümü tedavi hizmetleri olup; teşhis ve tedavide hizmetin niteliği gereği doğal kabul edilebilecek hatalar dışında tedavinin tıbbi gereklere uygun olmadığına ilişkin açık ve belirgin kusurlar idarenin tazmin sorumluluğunu gerektirecektir.*” gerekçesine yer verdiği kararlarının olduğunu da belirtmek gerekir. Yüksek Mahkeme, söz konusu kararında, tedavi hizmetlerinin diğer sağlık hizmetlerinden farklı tutulması gerektiğini belirterek bu tür sağlık hizmetinde “*açık ve belirgin kusur*” şeklinde farklı bir kriteri öngörmüştür⁵⁵.

⁵³ Danıştay 15. D. 18.06.2015, E:2014/7296, K:2015/4171 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁴ Danıştay 15. D. 18.06.2015, E:2014/9364, K:2015/4241 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁵ “Dava konusu olayda, tedavi öncesi röntgenlerin muhafaza edilmemesi nedeniyle sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği anlaşılmaktadır. Dosyadaki adli tıp raporunda tedavi sonucu meydana gelen siyatik sinir deformasyonu komplikasyon olarak nitelendirildikten sonra, uygulanan tedavinin mevcut rahatsızlığa uygunluğu konusunda röntgen grafilerinin bulunamaması nedeniyle görüş belirtilmemesi, tedavi hizmetlerinin kusurlu işletildiğini göstermemektedir. Oysa idarenin tazminle sorumlu tutulması tedavinin kabul edilebilecek hatalar dışında tıbbi gereklere uygun olmadığının tespiti şartına bağlıdır. Dolayısıyla davacıya uygulanan tedavide açık ve belirgin hizmet kusurunun saptanamaması davacının uğradığını öne sürdüğü mad-

Ancak, yukarıda belirttiğimiz içtihat değişikliği, tedavi hizmetlerinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında da uygulanmaktadır.

Yüksek Mahkemenin kimi kararlarında, “İdare Hukukunun ilkeleri ve Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ‘açık ve belli bir ağırlıktaki hizmet kusuru’ sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir.” ilkesi ortaya konulduktan sonra, kararın devamında; “Bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetinin geç işlemesi, kusurlu işlemesi veya hiç işlememesinden doğabilecek tazminat istemlerinde tazminata hükmedilebilmesi için ‘hizmet kusurunun’ açık ve net olarak ortaya konulması gerekmektedir.” gerekçesine yer verilmesi, kanaatimizce çelişki oluşturmuştur⁵⁶.

Diğer taraftan, Danıştay’ın, tıbbi uygulama hataları içerisinde yer alan özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında ağır hizmet kusuru yerine “hizmet kusurunu” yeterli kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkeme; ameliyat sırasında ameliyat bölgesinde makas unutulması⁵⁷, göz ameliyatı yapılırken anestezi indüksiyonu sırasında oksijen yerine azot protoksit verilmesi sonucu davacının yaşamını yitirmesi⁵⁸ gibi olaylarda hizmet kusuru bulunmasını idarenin tazmin sorumluluğu için yeterli kabul etmiştir.

2.4.FRANSIZ DANIŞTAYI’NIN UYGULAMASI

Fransız Danıştayı uygulamasına bakıldığında ise genellikle kusur, ağırlık derecelerine göre sınıflandırılmaktadır. Yüksek Mahkeme, kararlarında “ağır kusur”, “açık kusur”, “özel ağırlıklı kusur”, “olağandışı ağır kusur” veya “sorumluluk doğurmaya elverişli kusur” gibi kavramlar kullanmakta, böylece her kusurun idarenin sorumluluğunu doğuracak nitelikte olmadığına işaret etmektedir⁵⁹. Fransız öğretisinde, Fransız Danıştayı’nın belirtilen ayrımlarından sonra “basit hizmet kusuru”, “ağır kusur”, “açık veya özel ağırlıklı kusur” ve “hile benzeri kusurlar” şeklinde dördü bir ayrıma gidilmiş, son öğreti ve uygulamalarla “basit kusur” ve “ağır kusur” şeklinde ikili bir

di zararın idarece tazminini olanaksız kılmaktadır.” Danıştay 10. D. 27.12.2011, 2009/9151, 2011/5976, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁶ Danıştay 10. D. 30.12.2011, E:2008/950, K:2011/6169, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁷ Danıştay 10. D. 12.11.2007, E:2005/7349, K:2007/5071, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁸ Danıştay 10. D. 22.11.2012, E:2008/7693, K:2012/5954, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁵⁹ Xavier DELCROS/Bertrand DELCROS (Derleyenler), Çeviren: Turgut CANDAN, **Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No:39, Başbakanlık Basımevi, Ankara,1984, s.18.

ayrım kabul edilmiştir⁶⁰.

Bununla birlikte, sağlık hizmetine yönelik olarak 1990'lı yıllardan itibaren idarenin sorumluluğuyla ilgili içtihatlarda önemli birtakım değişikliklerin ortaya çıktığı görülmektedir. Daha önce, ancak ağır hizmet kusurunun varlığı halinde idarenin sorumluluğuna gidilmekte iken, cerrahi ve medikal operasyonlarda artık basit kusur kabul edilmiştir⁶¹.

Yine Fransız Danıştay, organizasyon ya da kamu görevlilerinin kusurundan kaynaklı sorumlulukta zamanla basit kusuru yeterli görmeye başlamıştır. Hastanede zorunlu olan tıbbi müdahalenin derhal yapılmamış olması, operatör tarafından geç müdahale edilmesi sonucunda hastanın durumunun daha da kötüleşmesi, genç bir hastanın göğüs boşluğundaki yaranın tedavisi sırasında meydana gelen kazanın yarattığı yanık izi, sakat bir kişiye uygulanan tedavi sırasında aşırı sıkıştırmadan kaynaklanan rahatsızlık örneklerinde basit kusur yeterli görülmüştür⁶².

Fransız Danıştay, bazı hallerde ise ağır kusurun varlığını aramayı korumuştur. Zorunlu hallerde, görünüşe dayalı olarak hastalara yapılan müdahalelerde hastanın kusuru ile müdahalenin zararsız etkilerinin yol açtığı doktor yardımcılarının kusurunun varlığına dayalı sorumluluk halinde ağır kusurun olması gerektiği kabul edilmiştir⁶³.

Türk ve Fransız Danıştaylarının yaklaşımları birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaştığımızı belirtebiliriz. Sağlık hizmetinin, sağlıklı yaşam hakkı ile yakından ilişkisi olması yönüyle bireyler açısından hayati öneme sahip olduğunda kuşku yoktur. Sağlık hizmetinin belirtilen niteliği, bazı durumlarda hastaya müdahaleye yönelik küçük bir eylemin veya eylemsizliğin ağır sonuçlara yol açabilme özelliği, sağlık hizmet kusurunun her somut olaya göre ayrı irdelenmesi gerekliliği gibi hususların yanında tıp biliminin sürekli gelişim içinde olması birlikte değerlendirildiğinde, Danıştay'ın, tedavi hizmetleriyle ilgili sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesinden dolayı açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu için ağır hizmet kusuru yerine hizmet kusurunu yeterli kabul etmesi kanaatimizce de isabetli olmuştur.

⁶⁰ Serdar ÖZGÜLDÜR, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", in İl Han ÖZAY, *Günlükte Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.841-842.

⁶¹ KAPLAN, s.195.

⁶² Zühal BERKET BAŞ, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara, 2004, s.75.

⁶³ BERKET BAŞ, s.80.

Aslında, Danıştay, sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmadığına bir kararında işaret etmiřtir⁶⁴.

Doktrinde de, ağır hizmet kusurunun idarenin sorumluluğu Şartlarından birisi olarak aranmasının doğru olmayacağı, bu Şekildeki bir yaklaşımın sosyal devlet anlayışına da ters düşeceği savunulmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre, idarenin sorumluluğu için kusurlu olmasının yeterli sayılması gerekmekte olup, kusurun ağırlığına özel hukuktaki gibi tazminat miktarını etkileyen bir unsur olarak bakılmalıdır⁶⁵. Ayrıca, kusurun derecesinin, rücu hakkının kullanılması açısından önemli olduğu ifade edilmektedir⁶⁶.

Ancak, sağlık hizmetinin tehlike içermesi ve bünyesinde risk taşıması özelliği göz önünde bulundurularak, yüksek risk içeren tıbbi mdahaleler⁶⁷ ve operasyonlarda meydana gelebilecek tıbbi uygulama hatası gibi, bir kısım tıbbi uygulama hatalarına yönelik ağır hizmet kusurunun varlığının aranması kanaatimizce zorunludur. Şüphesiz, her somut olaya göre ayrı değerlendirilmesi gereken bu nitelikteki kusurlardan, hangi tür tıbbi uygulama hatalarının bu kapsamda kabul edileceği konusunda, başta 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu ile adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu'na ve son tahlilde içtihatlarıyla bu alana yön veren Danıştay'a büyük görev düşmektedir.

Doktrinde de, aşır sigara ve alkol tüketimi, tedaviye uymama gibi birçok nedenin, sağlık hizmetini riskli hale getirdiği, riskin varlığının ise ağır hizmet kusurunu gerektirdiği ifade edilmektedir. Bundan dolayı, ağır hizmet

⁶⁴ Danıştay 10. D. 24.09.2007, E:2005/3719, K:2007/4316, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁶⁵ ÖZGÜLDÜR, (2004), s.843.

⁶⁶ GÜRSOY, s.131.

⁶⁷ rneğin Danıştay, davacıların çocuğunun doğum sırasında yapılan müdahale sonucu sakat kaldığından bahisle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davada; Adli Tıp Kurumu raporuna dayalı olarak, yüksek doğum tartılı bebeklerin doğumu sırasında sinir felci bir komplikasyon olarak ortaya çıkabilecek ise; bebeğin yüksek tartılı doğum olacağı belli iken ve sezaryen olanağı kalmadığı aıkkın, anne ve bebek açısından tıbbi risk taşıdığı belirgin olan söz konusu doğum olayında bu konuda uzman bir doktorun bulunmasının gerekip gerekmediğinin, uzman doktorun doğum sırasında bulunması halinde bebeğin sağ kolunda meydana gelen sinir felcinin engellenebilip engellenemeyeceğinin, tıbbi risk taşıdığı anlaşılan bu tür bir doğumun ebe tarafından tek başına yönetilip ynetilemeyeceğinin hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde net olarak ortaya konulması gerektiğine işaret etmiştir. Danıştay 10. D. 29.01.2010, E:2008/6720, K:2010/160, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

kusurunun yalnızca operasyonlar yönünden aranması, diğer sağlık hizmetleri yönünden kusurun varlığının tazminat için yeterli olduğu savunulmaktadır⁶⁸.

2.5.SAĞLIK HİZMETİNDE KUSURSUZ SORUMLULUĞA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. İdari eylem ve işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir⁶⁹.

Hizmet kusuruna yönelik yukarıda açıklamalarda bulunmuştuk. Kusursuz sorumluluk ise, kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağan dışı zararların idarece tazmini esasına dayanmakta olup; kusur sorumluluğuna oranla ikincil derecede bir sorumluluk türüdür. Diğer bir anlatımla idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, idari faaliyet ile nedensellik bağı kurulabilen, genel külfetler dışındaki özel ve olağan dışı zararları kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazmin etmekle yükümlüdür⁷⁰.

Her hukuk sisteminde kusur farklı biçimde rol oynamaktadır. Mukayeseli hukuk açısından bakıldığında kusur, bazen idarenin sorumluluğunun en önemli şartı iken bazen de hiç değerli değildir. Özellikle yeni hukuk düzenlemelerinde kusur, idari sorumluluğun şartı olmaktan çıkarılmaktadır⁷¹. Bu yönde AZRAK, idarenin hizmetinde bulunduğu toplum içerisindeki etkinliği nedeniyle zarar görenlerle zarar görmeyenler arasında bozulan dengenin yeniden kurulabilmesi için, idarenin sorumluluğu ilkesinin uygulama alanının genişlemesinin kaçınılmaz bir zorunluluk olduğunu vurgulamaktadır⁷².

Bu noktada, sağlık hizmeti açısından “*Acaba, idarenin sorumluluğunda kusur ilkesine bağlı kalma zorunlu mudur? Zorunlu ise bu ne ölçüde olmalıdır*” sorusu akla gelmektedir. GÜRSOY’a göre, bu sorunun cevabı için, toplumun bugünkü yapısı, kişinin toplum karşısındaki hak durumu, kişinin karşısında toplumun gücü ve görevinin göz önünde bulundurulması gerekmekte olup, idarenin bir olayda kusurunun olmaması veya kusurunun ispat edilememesi

⁶⁸ ÇINARLI, s.185.

⁶⁹ Danıştay 10. D. 24.01.2013, E:2012/1176, K:2013/407, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁷⁰ Danıştay 10. D. 09.10.2012, E:2010/16037, K:2012/4676, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁷¹ GÜRSOY, s.131.

⁷² AZRAK, s.135.

halinde bu rizikonun bireye yüklenmesi, bireyin toplum yararına feda edilmesi anlamına gelmektedir⁷³.

Nitekim sağlık hizmetinde bazı durumlarda hizmet kusuru şartından vazgeçilerek kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasının ya da en azından, zarar gören lehine kusur karinesinin kabul edilmesinin daha isabetli olacağı⁷⁴, sağlık hizmetinin sunumu sırasında gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler ve diğer tedavi ve bakım hizmetleri nedeniyle ortaya çıkan zararlardan idarenin hukuken sorumlu tutulabilmesi için bir hizmet kusurunun şart olup olmadığı, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği öne sürülmektedir⁷⁵.

Nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan sağlık hizmeti faaliyetlerinde illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiğini belirten GÜRAN, “böylece, idarenin tıbbi faaliyetler alanında da alelade kusur ve ağır kusur sorumluluğu yanında, kendisi ve ajanı hekimin yaptıkları hakkında herhangi bir hüküm verilmeden salt illiyet bağı ile çözümlenen kusursuz sorumluluğu şeklindeki üçlü sorumluluk düzeni, içtihadın koyacağı esaslar ve çizeceği sınırlar içinde geliştirilip işletilmelidir...” önerisini getirmektedir⁷⁶.

Benzer şekilde, AIDS virüsü gibi önlenemeyen ve yayılması engellenemeyen hastalık sayısındaki artış ve genetik bilimindeki gelişmelerin tıp alanında uygulanmasının kusursuz sorumluluk ilkesinin önemini ve uygulanabilirlik alanını arttırdığı belirtilerek sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun, yaşamın zorunluluklarına uyumu ve sosyal yaşantının gerekliliklerini yakalamak açısından daima gelişmeye açık olduğu ifade edilmektedir⁷⁷.

Danıştay ise, kanaatimizce kusursuz sorumluluğun pekala uygulanabileceği bir uyuşmazlıkta, davanın kabulü yönünde verilen kararı bozmuştur. Davacıların çocuğuna Sağlık Ocağında uygulanan oral polio aşısı (OPV) nedeniyle oluşan çocuk felci sonucu uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi’nce; idarenin sağlık hizmetini yürüten personelinin görevi sırasında yaptığı oral polio aşısına bağlı

⁷³ GÜRSOY, s.132.

⁷⁴ KAPLAN, s.195.

⁷⁵ AVCI, s.137.

⁷⁶ GÜRAN, s.21-22.

⁷⁷ BEREKET BAŞ, s.87-88.

olarak davacının çocuk felci olmasında idarenin hizmet kusuru saptanamamakla birlikte, zarar ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağının bulunması sebebiyle ve kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davacılar zararının idarece tazmini gerektiği gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Yüksek Mahkeme ise, “bünyesinde risk barındıran sağlık hizmetlerinin sunucusu olan davalı idarenin, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında gerçekleştirdiği aşidan kaynaklanan komplikasyonda, idarenin hizmet kusuru bulunmadığı Adli Tıp Kurumunca belirtildiğinden, davalı idarenin tıp kurallarına uygun olarak yürüttüğü tespit edilen hizmetten dolayı maddi ve manevi tazminata mahkum edilmesi mümkün değildir.” gerekçesiyle idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir⁷⁸.

Halbuki, temyiz kararında hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu raporunda, “Sağlık Ocağında uygulandığı bildirilen oral polio aşısı sonrası gelişen bulguların ‘aşıya bağlı parolitik poliomyelit’ ile uyumlu olduğu, aşı sonrası ortaya çıkan komplikasyon olarak değerlendirildiği” belirtilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu rapor dikkate alındığında, sağlık ocağından sağlık hizmeti aldığı ve aldığı bu hizmet sonrası zarara uğradığı tartışmasız olan davacıların, uğradığı zarar ile idarenin eylemi arasında illiyet bağı bulunması nedeniyle kanaatimizce kusursuz sorumluluğa dayalı olarak tazminata hükmedilmesi gerekirdi.

Nitekim Fransız Danıştay da, zorunlu aşı, AIDS ve Hepatit-C gibi bulaşıcı tehlike içeren hastalıklar ile kan ürünlerinin nakli konusunda ortaya çıkan zararlı sonuçların idareye yüklenebildiği ölçüde herhangi bir kusuru olmasa dahi, idarenin bundan hukuken sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmektedir⁷⁹.

Bu açıklamalar çerçevesinde, sağlık hizmetinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında belirli durumlarda, somut olayın özelliği ve tıp bilimindeki gelişmeler de göz önünde bulundurularak kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabileceği kanaatini taşımaktayız. Örneğin, ameliyat ve tedavi sürecinde hastanede enfeksiyon kapma, zorunlu aşı nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davalarda, illiyet bağı kurulması halinde pekala kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarenin hukuki sorumluluğuna gidilebilir. Zaten Danıştay, bu nitelikteki davalarda, idarenin hizmet kusuru

⁷⁸ Danıştay 15. D. 25.06.2015, E:2014/8633, K:2015/4625, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁷⁹ KAPLAN, s.195.

bulunup bulunmadığını etraflıca irdelemektedir⁸⁰. Ancak, bu tür davalarda, idarenin hizmet kusuru bulunmasa dahi, sağlık hizmeti almak amacıyla bu hizmeti yürüten idareye başvuran bireylerin zarara uğraması halinde uğradıkları zararının karşılanması kanaatimizce hakkaniyetin de gereğidir.

3.SAĞLIK HİZMETİNDEN KAYNAKLI TAM YARGI DAVALARI

İdarenin sağlık hizmeti nedeniyle tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için aranan hizmet kusuru, sağlık hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işletilmesinde yetersizlik veya tıbbi uygulama hataları şeklinde meydana gelebilir. Bu başlık altında Danıştay önüne gelmiş tam yargı davalarından örnekler verilerek konu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

3.1.SAĞLIK HİZMETİNİN KURULUŞUNDA, DÜZENLENMESİNDE VE İŞLETİLMESİNDEKİ YETERSİZLİKTEN KAYNAKLI TAM YARGI DAVALARI

İdarenin, sağlık hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işletilmesindeki yetersizlikten kaynaklanan sorumluluğunu organizasyon kusuru olarak da değerlendirebiliriz. Danıştay kararında belirtildiği üzere; halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin tıbbi esaslara uygun biçimde ve hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personel ile yapılmasını sağlamakla yükümlü olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde kusurlu davranılması idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur⁸¹.

Hastane yönetiminin, somut organizasyon yükümlülükleri yanında sözleşmeden kaynaklanan birtakım yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün ilki, hastanın tedavisi olup, bunun dışında, hastane bakımını sağlama, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayda geçirme, kayıtları düzenli tutma, sır saklama gibi yan yükümlülükleri de vardır⁸².

⁸⁰ “Bilirkişi raporunun 4. maddesinde, hastanın diyabetik olduğu ve bu tip hastalarda enfeksiyon riskinin normalden yüksek olduğunun belirtilmesine ve raporun 6. maddesinde, ameliyatın dördüncü gününü bu tür ameliyatlarda muhtemel komplikasyonlarından olan pseudomonas menenjitinin hastane enfeksiyonu olarak geliştiği tespitine yer verilmesine karşın, bilirkişi raporunda, diyabetik ve enfeksiyon riski normalden yüksek olduğu belirtilen davacıya yönelik tedbir alınıp alınmadığı, alınmışsa tedbirlerin yeterli olup olmadığı, hastane enfeksiyonundan ne anlaşılması gerektiği, davacının zarara uğramasına neden olan söz konusu hastane enfeksiyonunda davalı idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığı hususlarına yönelik saptama yapılmamıştır.” Danıştay 10. D. 05.8.2009, E:2006/5958, K:2009/3736, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸¹ Danıştay 10. D. 05.07.2006, E: 2005/2442, K:2006/4812, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸² Hakan HAKERİ, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2013, s.593.

Bu başlık altında vereceğimiz örnek kararlardan da anlaşılacağı üzere, Danıştay, bu tür davalarda idarenin tazmin sorumluluğu için kimi zaman ağır hizmet kusurunu aramış ise de, çoğunlukla sağlık hizmetinin kuruluş ve yürütülüş biçimine dikkat çekerek hizmet kusurunu yeterli görmüştür⁸³.

Torakal skolyoz tanısı ile davalı idareye ait hastaneye yatan davacıların murisine yapılan ameliyat sonrasında vefat etmesinden dolayı açılan davada; İdare Mahkemesi tarafından, Adli Tıp Kurumu raporu uyarınca, davalı idarenin olayda kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Danıştay ise; davalı idareye ait hastanede bir ameliyat sırasında doğabilecek kan ihtiyacının önceden öngörülerek bu konuda gerekli tedbirlerin alınmaması, bu nedenle ameliyat sırasında kan takılmasında gecikmeye neden olunması, yine ameliyat sonrasında yoğun bakımda yer ayarlanmaması nedeniyle hastanın yoğun bakıma alınmasında da gecikme yaşanması nedeniyle davalı idarenin olayda bu yönüyle hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varmıştır⁸⁴.

Organizasyon kusuru olarak değerlendirilen bir kararda ise, hastanın cuma günü hastaneye başvurduğu ve araya hafta sonu girmesi nedeniyle poliklinik muayenesinin en erken pazartesi günü yapılabilecek olması göz önüne alındığında, hasta için gereken ortopedi konsültasyonunun yaptırılması gerektiği, yalnızca ortopedi polikliniğine yönlendirilmiş olmasıyla yetinilemeyeceği; olayda, acil servise başvuran hastanın içinde bulunduğu klinik tablo karşısında ortopedi konsültasyonunun yaptırılmamış olmasının idare bünyesinde sunulan sağlık hizmetinin organizasyon hatası olarak değerlendirildiğinden, meydana gelen durumun komplikasyon olarak ifade edilmesinin idarenin manevi tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmiştir⁸⁵.

Davacıların çocuğunun doğumu sırasında yapılan yanlış uygulamalar neticesinde doğması ve doğuma bağlı rahatsızlıkları nedeniyle ölümü sonucu uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; İdare Mahkemesince, Adli Tıp Kurumu raporuna dayalı olarak davanın reddine karar verilmiş ise de; Danıştay tarafından, Adli Tıp Kurumu tarafından İdare Mahkemesi aracılığıyla 23:40'tan sonra çekildiği iddia edilen NST kayıtlarının istenmesine rağmen, söz konusu kayıtların davalı idare tarafından sunulmadığı görüldüğünden, doğum takibinin uygun yapılmadığı,

⁸³ Danıştay 10. D. 20.03.2012, E: 2008/2668, K:2012/1006, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁴ Danıştay 10. D. 20.03.2012, E:2008/2688, K:2012/1006, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁵ Danıştay 10. D. 20.03.2012, E:2008/2688, K:2012/1006, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

öte yandan Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 43. maddesinin (c) fıkrasına ve 49. maddesinin (b) fıkrasına göre kadın doğum uzmanı ve anestezi teknisyeninin hastanede normal nöbet tutması gerektiği, ancak bu kişilerin icapçı olarak nöbet tuttuklarının anlaşılması nedeniyle davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır⁸⁶.

Danıştay, kadın doğum uzmanının bulunmadığı hastanede, ebe tarafından muayene yapılarak çocuğun ayak geliş biçiminde doğacağına anlaşılması üzerine sevk yapılmakla birlikte, personel refakatinde ambulans tahsisi gerekirken hastanın özel araçla gönderilmesinde, davacıların prematüre doğan çocuğunun da aralarında bulunduğu 8 bebeğin “Yeni Doğan” servisinde hastane enfeksiyonu nedeniyle ölümünde davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme, hastanede doğan bebekten fenilketonüri tarama programı çerçevesinde kan örneği alınmayıp, geç tanı konularak tedaviye geç başlanması ve sonucunda bebeğin zihinsel etkilenmesi nedeniyle; erken ve sınırlı bir zaman diliminde teşhis edilip tedavisine başlanması gereken “fenilketonüri” hastalığının mücadele biçimine ilişkin kamu hizmetinin kötü işlediğini kabul ederek davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiğine karar vermiştir⁸⁷.

Danıştay, hasta kayıtlarının tutulması ve muhafazası şeklindeki sağlık hizmetinde, sağlık hizmetlerinden yararlananlarla ilgili kayıtların eksikliğinin, yapılan tedavilerin kayıt altına alınmamasının, tetkik ve inceleme sonuçlarının muhafaza edilmemesinin⁸⁸, hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin⁸⁹ hizmetin kusurlu işletildiğinin kabulü için yeterli olduğunu kabul etmektedir. Esasında bu hususlar, idare tarafından, bireylerin kişisel sağlık verilerinin korunması yükümlülüğü başlığı altında ele alınmaktadır⁹⁰.

Yüksek Mahkeme, davacıya ait sağlık kayıtlarının korunmamasını, en başta tıbbi müdahalenin irdelenme imkânını ortadan kaldırması yönüyle hizmet kusuru kabul etmektedir. İkinci olarak, sağlık verileri kaybolan bireyin, sağlığına yönelik belirsizlik nedeniyle üzüntü duymasına neden olunmasından dolayı uğranılan manevi zararın idarece tazmin edilmesi gerekmektedir.

⁸⁶ Danıştay 15. D. 21.04.2015, E:2014/5867, K:20145/2320, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁷ Benzer yöndeki kararlar için bkz. AKGÜL, (2012), s.490-491.

⁸⁸ Danıştay 10. D., 27.10.2009, E:2007/305, K:2009/9183; Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁸⁹ Danıştay 10. D., 29.04.2008, E:2007/3301, K:2008/2939, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁹⁰ Kişisel sağlık verilerinin korunması konusunda daha fazla bilgi için bkz. Aydın AKGÜL, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, *Danıştay Dergisi*, Y.2013, Sa.133, s.21-45.

Danıştay’a göre; hastanın sağlık kuruluşuna başvurduğu gün ve saatin, hastaya uygulanan tedavinin, tedaviyi uygulayan doktor ve sağlık personelinin adının, kullanılan ilaç gibi bilgilerin hasta dosyasında (poliklinik defterinde) yer alması hasta haklarının gereği olup, söz konusu kayıtların düzenli ve yeterli tutulmaması, kişinin doğruyu öğrenme hakkına engel olacağından hizmet kusurunu oluşturmakta, dolayısıyla davacının uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi gerekmektedir⁹¹.

Yüksek Mahkeme, bilgi edinme hakkının kullanılması kapsamında talep edilen başta hasta dosyası olmak üzere, epikriz ve ölüm raporlarının davacıya süresinde verilmemesinin, çocukları ölü olarak doğan anne ve baba nezdinde, sağlık uygulamalarının kusurlu işletildiği hususunda oluşturulan şüphe ve ruhsal çöküntünün manevi tazmin talebinin karşılanması gereğini ortaya koyduğunu belirterek olayda hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddeden İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir⁹².

3.2.TIBBİ UYGULAMA HATALARINDAN KAYNAKLI TAM YARGI DAVALARI

3.2.1.Genel Olarak Tıbbi Uygulama Hataları

Tıbbi uygulama hatasının daha iyi anlaşılabilmesi için tıbbi müdahale kavramına değinmek gerekir. Kısaca tıbbi müdahale, hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir. Daha geniş anlatımla, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan ve bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyettir⁹³.

Hekim, ne kadar bilgili ve deneyimli olursa olsun, tıbbi uygulamalar sırasında, istenmeden de olsa, hastasına zarar vermesi söz konusu olabilir. Çünkü her tıbbi girişim bünyesinde bir “risk” taşımaktadır⁹⁴. Danıştay da, sağlık hizmetinin, bünyesinde risk taşıyan bir hizmet olduğunu kararlarında vurgulamaktadır⁹⁵. Ancak, tıbbi müdahaleler izin verilen risk kapsamında

⁹¹ AKGÜL, (2013), s.36-38.

⁹² Danıştay 15. D. 15.04.2015, E:2014/5076 K:2015/2184, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

⁹³ Mehmet AYAN, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991, s.5.

⁹⁴ Ahmet Nezih KÖK/Mustafa GÜLER/Semra ÇALANGU, “Hekimlikte ‘Malpraktis’”, **ANKEM Dergisi**, 17(No.4), Y:2000, s.345.

⁹⁵ Danıştay 15. D. 21.04.2015, E:2014/5867, K:2015/2320; 13.05.2015, E:2014/7569, K:2015/2820, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

kabul edilmekte, burada her an için zararlı bir sonucun meydana gelmesi durumu söz konusu olabilmektedir⁹⁶. Bu zararlı durumlar, bazen tıp biliminin izin verilen riskli yapısından kaynaklanmakta, bazen de tıp uygulayıcısı kişi ya da kurumların hata ve ihmalleri sonucu meydana gelmektedir⁹⁷.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılındaki 44. Genel Kurulu'nda tıbbi uygulama hataları, “*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” şeklinde tanımlanmıştır⁹⁸. Sağlık hizmetinin kötü işleminin bir türü olarak tıbbi uygulama hataları; bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi olarak da tanımlanmaktadır⁹⁹. Bu tanımlarla birlikte, tıp literatüründe, meslek hatasının tanımlanması yerine, somut her olayın değişen özelliğine göre tespitinin daha doğru ve isabetli olacağı belirtilmektedir¹⁰⁰.

Tıbbi müdahalenin, hukuka uygunluğu için olması zorunlu unsuru, bizzat tıp bilimi ve mesleği belirlemektedir. Buna göre, uygulanacak tıbbi müdahalenin, tıbben zorunluluğunun bulunması yanında, tıp biliminin ilke ve kurallarına, diğer bir ifadeyle tıbbi standartlara uygun olarak yerine getirilmesi gereklidir¹⁰¹. Ancak, belirtmek gerekir ki, hekimin ya da diğer sağlık görevlilerinin, kendi gördüğü eğitim ya da uzmanlıkla ilgili edindiği bilgileri, bir hastanın tedavisinde yeteri kadar göstermeyip ülkedeki mevcut tıbbi hizmet standartlarının altında bir hizmet vermesi tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir¹⁰².

Danıştay kararında da belirtildiği üzere; tıbbi uygulama hatasında, hastanın tanı ve tedavisi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile hastaya uygun tedavi uygulanmaması söz konusudur.

⁹⁶ HAKERİ, s.538.

⁹⁷ Halide SAVAS, “*Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Zararların Tazmini*”, **1. Tıp Hukuku Günleri: Tıbbi Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya'nın Anısına**, Türk Tabipler Birliği İstanbul Tabip Odası, 1. Baskı, İstanbul, 2012, s.71.

⁹⁸ Oğuz POLAT/Işıl PAKİŞ, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”, **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, C.2, Sa.3, Temmuz 2011, s.119-120.

⁹⁹ Oğuz POLAT, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 31.

¹⁰⁰ Zariye ŞENOCAK, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, AÜHF Yayınları No:44, Ankara, 1998, s.83

¹⁰¹ Mine KAYA, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.2012, Sa.100, s.51.

¹⁰² Mustafa KICALIOĞLU, “Yargı Kararları Işığında Doktorun(Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, **Terazi Dergisi**, Y.2006, Sa.4, s.18.

Bu noktada hatalı tıbbi uygulama sonucu doğacak sorumluluk “kusura dayalı genel sorumluluk”tur¹⁰³.

3.2.2. Tıbbi Uygulama Hatalarıyla İlgili Tam Yargı Davaları

Sağlık hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana gelen hizmet kusuruna ilişkin Danıştay kararları çerçevesinde bu çalışmada teşhis ve tanı hatası, tedavi hatası ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi konularında örnekler verilecektir.

3.2.2.1. Teşhis ve Tanı Hatasıyla İlgili Kararlar

Hekimlik sözleşmesi, hekime teşhis koyma yükümlülüğü yüklemektedir. Bundan dolayıdır ki; seçilecek tedavi yönteminin isabetliliği iyi ve doğru bir teşhise bağlıdır. Teşhis için gerekli muayeneyi yapan, tetkikleri yaptıran ve elde edilen bulguları özenle değerlendiren hekim bakımından teşhiste yanılma halinde sorumluluk doğrudan gündeme gelmeyecektir¹⁰⁴. Bu açıdan, tanı, hastaya uygulanacak en isabetli tedavi türünün belirlenmesi yönüyle önemlidir. Tanı hatası; yanlış veya eksik tanı konulması, gerçek tanı için yeterli araştırmanın yapılmaması şeklinde örneklendirilebilir¹⁰⁵.

Konuyla ilgili örnek olarak verebileceğimiz kararlara bakıldığında, davacılar yakınının mide perforasyonu geçirdiği halde bu durumu fark etmeyerek böbrek taşı tanısı konulması sonucunda geç müdahale edilmesi nedeniyle hayatını kaybetmesinde¹⁰⁶ davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu kabul edilerek davacıların uğradığı zararın tazminine karar verilmiştir.

Konuyla ilgili diğer bir olayda, davacının babasının 27.02.2005 tarihinde saat 4:00’da başlayan göğüs ve kola yayılan ağrı şikayeti ile Eğitim ve Araştırma Hastanesine götürüldüğü, burada yapılan muayenesi neticesinde, hastanın 10 yıldır kalp hastası olduğu, 1999 yılında PTCA stent takıldığı, 3 defa anjiyo olduğu, rahatsızlığına yönelik ilaçlar kullandığının öğrenildiği, hastanın akut koroner sendrom ön tanısı ile ileri tetkik ve tedavi için dahiliye servisine yatırıldığı, daha sonra saat 19:58 sularında yakınları tarafından tuvalette baygın olarak bulunduğu ve saat 21.35 itibarıyla vefat ettiği anlaşılmış, olay nedeniyle manevi zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır.

¹⁰³ Danıştay 15. D. 30.01.2015 E:2014/7136, K:2015/413 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁰⁴ Danıştay 15. D. 11.03.2015, E: 2013/7669 K:2015/1396, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁰⁵ AKGÜL, (2012), s.494.

¹⁰⁶ Danıştay 10. D. 09.04.2008, E:2007/8357, K:2008/2064, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan Adli Tıp Kurumu Birinci İhtisas Kurulu'nun raporunda "hastanın ölümünün akut koroner sendrom sonucu meydana gelmiş olduğu" belirtilmiş, Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunun raporunda ise, "hastanın 27.02.2005 tarihinde İstanbul Eğitim Hastanesine göğüs ağrısı nedeniyle yatırıldığı, akut koroner sendrom tanısı ile tedavisinin düzenlendiği, kişiye dolantin ve opiat türevi analjeziklerin uygulanabileceği, bu tedavinin tıp kurallarına uygun olduğu, dosyada mevcut saat 10:00'da ve saat 16:35'te çekilen iki EKG arasında anterior derivasyonlarda R progresyon kaybının ve V1-V2'de şüpheli Q dalgalarının geliştiğinin gözlemlendiği, enzim değerlerinin hangi saate ait olduğunun kayıtlı olmadığı, dosyada mevcut 3 adet EKG ve 1 adet enzim sonucu dışında seri EKG ve enzim takibi olmadığı, yukarıda bahsedilen EKG değişikliklerinin akut myokard enfarktüsü habercisi olabileceği cihetle kişinin daha yakın takibi ve yoğun bakım şartlarında müşahade altında tutulmasının daha uygun olacağı" belirtilmiştir.

Danıştay, Mahkeme'ye sunulan bilirkişi raporuna davalı idare tarafından yapılan itirazı yerinde görmemiş ve düzenlenen raporu hükme esas alınabilir nitelikte bularak, davacının uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁷.

Zorunlu olarak kullanılması gereken tanı yöntemi ve araçlarının kullanılmaması, konsültasyon gereken hallerde bu yola gidilmemesi, eksik araştırma yapılması ve yapılan araştırma sonuçlarının bir hastalığın karakteristik belirtilerini ortaya koymasına rağmen hatalı sonuca varılması olarak adlandırılan kusurlar tanı hatasını oluşturmaktadır¹⁰⁸.

28/08/1998, 25/08/1999, 15/05/2001 ve 06/09/2002 tarihlerinde Devlet Hastanesi'ne görme bozukluğu şikayetleriyle müracaat eden davacının, 2003 yılında ...Üniversite Hastanesi Göz Kliniğinde yapılan muayenesinde "Glokom" hastası olduğunun belirlenmesi üzerine, Devlet Hastanesi'nde teşhisin geç konulması nedeniyle sağ gözünün kör olmasına ve sol gözünün ise büyük oranda işlevini yitirmesine sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesinin sebep olduğu ileri sürülerek uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; İdare Mahkemesince; dava konusu olayda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla Adli Tıp Kurumu nezdinde yaptırılan ve hükme esas alınabilecek nitelikte bulunan bilirkişi

¹⁰⁷ Danıştay 15. D. 21.05.2014, E: 2013/4135 K:2014/3970, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹⁰⁸ Cemal ÖZTÜRKLER: **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.85.

raporu esas alınmak suretiyle olayda hizmet kusuru ve ihmâl bulunmadığı, dolayısıyla idarenin tazmin yükümlülüğünün bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Danıştay ise, dosya kapsamından, davacının düzenli olarak aynı hastanenin aynı servisine 4 defa muayene olduğu halde, davacı için doğru teşhisin konulmadığı, bu hususa hastanede gerekli cihazın bulunmamasının katkısı olduğu düşünülse de, aynı şikayetlerle başvurduğu anlaşılan hasta için durumunun düzelmediği değerlendirilerek hastalığı için altta yatan gerçek nedeni içeren patolojinin araştırılması yoluna gidilmediği, bu gerekliliğin anılan hastanede yapılmamasının cihaz eksikliği nedeniyle mümkün olmaması halinde hastayı ileri tetkik ve tedavi imkanlarına sahip bir merkeze sevk etmek gerekirken bunun da yapılmadığı hususlarına dikkat çekmiştir¹⁰⁹.

Yüksek Mahkemeye göre; 4 defa aynı şikayetlerle müracaat edilmiş olmasına ve aynı tedavi yönteminin uygulanmasına rağmen olumlu sonuç alınmamış olması halinde, hasta şikayetlerinin altında yatan asıl patolojinin araştırılması, bu kapsamda kapsamlı tetkiklerin yapılması, cihaz eksikliği nedeniyle bunun yapılamaması halinde ise, ileri tetkik ve tedavi için hastanın üst merkeze sevkî gerekmektedir.

Hizmet kusurunun bulunmadığı sonucuna varılan bir olayda ise, davacıya yanlış teşhis ve buna bağlı yanlış tedavi uygulanması nedeniyle sol böbreği ile buna bağlı idrar yolunun tamamının alınması sonucu uğranıldığı öne sürülen manevî zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. İdare Mahkemesince, davacıya uygulanan ameliyatın tıbben gerekli ve doğru olduğu, zira hastada ilk ameliyatta alınan doku parçalarında bir kanser olduğunun patoloji raporunda belirtildiği, buna göre davacıya ait preparatlar üzerinde yaptırılan patolojik incelemeye dayanılarak hazırlanan bilirkişi raporuna göre davalı idarece konulan teşhis ve uygulanan tedavide hizmet kusurunun oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar aynen onanmıştır¹¹⁰.

3.2.2.2. Tedavi Hatasıyla İlgili Kararlar

Mevcut tıp biliminin gereklerine göre yapılan tedavi, nihayetinde istenen sonucu vermese bile hizmet kusuru olarak kabul edilemez. Diğer bir ifadeyle, hizmet kusuru ancak uygulanan yöntemlere göre mutata olmayan tedavi hataları için söz konusu olmaktadır¹¹¹.

¹⁰⁹ Danıştay 15. D. 11.03.2015, E: 2013/7669 K:2015/1396, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹⁰ Danıştay 10. D., 27.4.2009, E:2007/4122, K:2009/3251, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹¹ İ. Hamit HANCI, *Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.5.

Tıbbi olarak gerekli olmasına karşın mşdahalenin yapılmaması veya geç yapılması, yanlış tedavi yşnteminin seçilmesi, gerekli testlerin yapılmaması, yanlış ilaç verilmesi veya ilacın dozunun yanlış ayarlanması, lsşz tıbbi mşdahale, bir komplikasyonun fark edilmemesi, hatalı ameliyat tekniği, teknik aletlerin kullanılmasında yapılan hatalar, geç veya hatalı sevk uygulamaları, enjeksiyon ve hijyen kurallarına uyulmaması, konsşltasyon istenmemesi gibi durumlar tedavi hatası kapsamında ele alınmaktadır¹¹².

Danıştay; trafik kazası sonucu yaralanan davacının, akciğer grafiklerinde çok sayıda kot kırıkları ve prşnotaraks saptanmasına karşın, toraks tşpş takılmadan ve stabil hale getirilmeden sevk edilmesinde¹¹³, doğum kontrolş sağlamak amacıyla yapılan tşp bağlama ameliyatı sırasında meydana gelen ince bağırsak yırtılması sonrasında, bilgisayarlı tomografi ektirmekte geç kalınması ve çektirilen tomografiye gşre karın sol yan bşlşmşnş dolduran bşyşk boyutlu sıvı saptanmasına rağmen hastanın hemen ameliyata alınması gerekirken 3 gşn sonra ameliyata alınmasında¹¹⁴ NST'lerde tekrarlayan deselerasyonları normal olarak kabul ederek daha ileri tetkik ve tedaviye gerek gşrşlmemesinde; hastanın antenatal kayıtlarının ve testlerinin incelenmeden normal doğuma yşnlendirilmesi sonucunda bebeğin oksijen yetersizliğine bağlı beyin lşmş tanısıyla dşnyaya gelmesinde¹¹⁵ hizmet kusurunun bulunduğunu kabul ederek davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

3.2.2.3. zen Yřkřmlřlřđřnřn Yerine Getirilmemesiyle İlgili Kararlar

Tıbbi mşdahalenin bştşn aşamalarında gşsterilmesi gereken zen yřkřmlřlřđř, yalnızca tedavi açısından sşz konusu olmayıp, tedavi sonrasında da geerlidir¹¹⁶.

Danıştay, zen yřkřmlřlřđřnřn yerine getirilmemesiyle ilgili olarak; davacının, yapılan ameliyatı sırasında, kanın pıhtılaşmasını önleyen koter cihazının arızalı olması nedeniyle, bağlandığı sol el parmağının elektrik akımıyla yanması sonucu kesilmesini¹¹⁷; yoğun bakım unitesinde tedavi gşren

¹¹² HAKERİ, s.575-588.

¹¹³ Danıştay 10. D. 15.05.2007, E:2004/12641, K: 2007/2645, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹⁴ Danıştay 10. D. 28.02.2007, E:2007/8645, K:2011/1570, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹⁵ Danıştay 10. D. 27.3.2002, E:2004/6540, K:2007/4237, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹⁶ HAKERİ, s.589.

¹¹⁷ Danıştay 10. D. 31.03.2009, E: 2009/11271, K:2010/2519, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

ve ajitasyon içinde bulunan hastanın düşme tehlikesi altında olduğunun davalı idarece bilindiği ve daha özenli bir biçimde bakım ve takibi gerektiği halde, bu özen ve takibin yapılmayarak davacının annesinin hastanede tedavi gördüğü sırada yataktan düşmesi sonucu ölmesini¹¹⁸; ameliyat sırasında kullanılan koter cihazına bağlı olarak davacının her iki bacağına iç yüzeyinde yanıklar meydana gelmesini¹¹⁹; doğum sırasında perine yırtığının fark eden ebenin bu durumu nöbetçi doktora bildirmeyerek kendisinin müdahalede bulunmasını, hastanın doğum sonrası vizite sırasında değerlendirilmesine rağmen komplikasyon sonucu gelişen perine yırtığının tespit edilmemesini ve gerekli tedavinin uygulanmamasını¹²⁰, sezaryenle ameliyat olan davacının karnında unutulmuş gazlı bezin çıkarılması amacıyla tekrar ameliyat edilmesini¹²¹ hizmet kusuru olarak kabul etmiştir.

Benzer şekilde Yüksek Mahkeme; davacıların babasının bacağına oluşan damar tıkanıklığı şikayetiyle başvurduğu Üniversite Tıp Fakültesi Hastanesinde yapılan ameliyattan sonra yoğun bakım ünitesinde ağrı kesici enjekte edilmek istenirken buzdolabında eski bir ağrı kesici şişesine konmuş olan glutraldehit adlı dezenfektan maddesinin enjekte edilmesi üzerine iğnenin hemen ardından şiddetli ağrı şokunun gelişmesi sonucu belden aşağısının felç olması ve sonrasında vefat etmesinde¹²²; sağlıklı doğan bebeğin sağ kolunun bir travmaya maruz kalması sonucu oluşan kırık nedeniyle kesilmesine neden olunmasında¹²³ hizmet kusurunun bulunduğunu ve davalı idarenin tazmin sorumluluğu olduğunu kabul etmiştir.

SONUÇ

İdare tarafından yürütülen sağlık hizmetinin kusurlu işletilmesi nedeniyle zarar gören bireyin uğradığı maddi ve manevi zararının tazmin edilmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Söz konusu zararın tazmin edilmesi, idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davası yoluyla sağlanmaktadır.

Danıştay, uzun yıllar süren içtihadında, tedavi hizmetleriyle ilgili sağlık hizmetini, bünyesinde risk taşıyan bir kamu hizmeti olarak kabul edip, sağlık

¹¹⁸ Danıştay 10. D. 13.10.2006, E:2003/4864, K:2006/5652, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹¹⁹ Danıştay 15. D. 09.05.2013, E:2013/3249, K:2013/3322, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹²⁰ Danıştay 10. D. 27.10.2009, E:2007/305, K:2009/9183, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹²¹ Danıştay 10. D. 08.12.2009, E:2009/7969, K:2009/10233, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹²² Danıştay 15. D. 03.11.2014, E:2013/4285, K:2014/7782, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

¹²³ Danıştay 10. D. 09.03.2004, E:2002/1220, K:2004/1420, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

hizmetinden yararlanan kişinin zarara uğraması halinde, bu zararın tazminini, yalnızca idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün görmüş ve bu içtihadını 2015 yılına kadar sürdürmüştür. Ancak, Danıştay'ın yeni yaklaşımında bu şekilde bir ayırım ortadan kaldırılarak, tedavi hizmetleriyle ilgili sağlık hizmetinde ağır hizmet kusuru yerine hizmet kusuru yeterli kabul edilmiştir.

Sağlıklı yaşam hakkıyla yakından ilişkili olan sağlık hizmetinde hastaya müdahaleye yönelik küçük bir eylemin veya eylemsizliğin bazı durumlarda ağır sonuçlara yol açabilme özelliği, sağlık hizmetindeki kusurdan kaynaklı tam yargı davalarında genel bir kriterin belirlenmesinin zorluğu ve her somut olaya göre hizmet kusurunun tartışılması gerekliliği yanında tıp biliminin sürekli gelişim içinde olması hususları birlikte dikkate alındığında, Danıştay'ın yeni yaklaşımı kanaatimizce de isabetli olmuştur.

Ayrıca, ameliyat ve tedavi sürecinde hastanede enfeksiyon kapılması, zorunlu aşı örneklerinde olduğu gibi, sağlık hizmetinden kaynaklı açılan tam yargı davalarında belirli durumlarda, somut olayın özelliği ve tıp bilimindeki gelişmeler göz önünde bulundurularak ve illiyet bağı kurulmak koşuluyla kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması hakkaniyetin gereğidir.

Öte yandan, sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesi nedeniyle zarar gören kişinin uğradığı zararının hukuk devleti ilkesi uyarınca idarece tazmin edilmesi gerektiğinde kuşku yoktur. Ancak, Mahkemelerce, olayda hizmet kusuru bulunduğu sonucuna ulaşılması halinde hükmedilen yüklü miktardaki tazminatın ilgili sağlık görevlisine rücu edilmesi, ekonomik açıdan sağlık çalışanlarını zor duruma düşürebileceği gibi; hekimlerin, gelecekte tıbbi uygulama hataları nedeniyle açılacak davalardan korunmak amacıyla defansif tıp uygulamalarına¹²⁴ yönelmesine de yol açabilecektir. Bu nedenle, rücuya ilişkin olarak, sağlık hizmetinin bünyesinde risk taşıma özelliği de dikkate alındığında; olayda kast bulunması dışında, meydana gelen zararın büyük bir kısmı sağlık hizmetinin yürütülmesinden sorumlu idare tarafından karşılanmalıdır.

¹²⁴ Defansif tıp, hekimlerin, tıbben herhangi bir gerekliliği olmamasına karşın, hastalardan testler, ek araştırmalar istemeleri ya da yüksek riskli hastaları muayeneden kaçınmalarını içeren tıbbi davranışları ifade etmektedir. Hekimlerin bu tür davranışlara yönelmesindeki esas amaç ise, kendilerini olası bir malpraktis davasından korumaktır. Kerem YILMAZ/Oğuz POLAT/Begüm KOCAMAZ, "Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi", *Adalet Akademisi Dergisi*, Y.5, Sa.16, Ocak 2014, s.19.

Sağlık hizmetinde kusur, sağlık hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işletilmesinde yetersizlik veya tıbbi uygulama hatası şeklinde meydana gelebilir. İdare mahkemeleri ve son tahlilde temyiz mercii olarak Danıştay, sağlık hizmetinin kusurlu yürütüldüğü iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, her somut olayın özelliğine göre hizmet kusuru bulunup bulunmadığını irdeleyerek idarenin tazmin sorumluluğu hakkında karar vermektedir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil: **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınları 5. Baskı, Ankara, 2014.

AKGÜL, Aydın: “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, **Danıştay Dergisi**, Y.2013, Sa.133, s.21-45.

AKGÜL, Aydın: “Yargı Kararları Işığında, Gebelik Ve Doğum Sürecinde Sağlık Hizmeti Kusurundan Kaynaklanan Tam Yargı Davaları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi: Yargıtay Onursal Başkanı A. Nazım Kaynak’a Armağan**, Y.3, Sa.10, 2012, s.485-498.

ATAY, E. Ethem: **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2009.

AVCI, Mustafa: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y:2012, Sa.1, s.105-140.

AYAN, Mehmet: **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991.

AYANOĞLU, Taner: “Yargısal Korunma İşlevi Bakımından Tam Yargı Davasının Niteliği”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara, 2004, s.63-71.

AZRAK, Ali Ülkü: “İdarenin Toplumsal Muhatarası(Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.135-145.

BAYINDIR, M. Savaş: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2007, C. XI, Sa.1-2, s.551-589.

BEREKET BAŞ, Zühal: “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:68, Danıştay Matbaası, Ankara, 2004,s.73-88.

BİRTEK, Fatih: “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y:2007, C.2, Sa. 3-4, (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_773.htm, erişim tarihi 28.09.2015).

ÇINARLI, Serkan: **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Kitabevi, Ankara, 2013.

DELCROS Xavier/DELCROS Bernard (Derleyenler), Çeviren CANDAN, Turgut: **Fransa ve İngiltere’de İdarenin Sorumluluğu**, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No:39, Başbakanlık Basımevi, Ankara,1984.

DURAN, Lütfi: **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 138, Ankara, 1974.

ESİN, Yüksel: **İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları**, II. Kitap:Esas, Ankara, 1973.

FİDAN, Nurten: “Hekimin Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Sorumluluğu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.1, Y.1, Sa.3, 2010, s.349-362.

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Basın Yayım Dağıtım, Bursa, 2010.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN Turgut, **İdare Hukuku**, İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2008.

GÜLAN, Aydın: “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, 1988, Y.9, Sa.1-3, s.147-159.

GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011.

GÜRAN, Sait: “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **Danıştay Dergisi**, Y.12, Sa.46-47, 1982, s.16-22.

GÜRSOY, Kemal Tahir: “İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası,

İstanbul, 1980, s.71-133.

HAKERİ, Hakan: **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2013.

HANCI, İ. Hamit: **Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

KAPLAN, Gürsel: “İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Y:2004, Sa.19, Kitap:1, s.173–199.

KARAHANOGULLARI, Onur: **Kamu Hizmeti**, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2004.

KAYA, Mine: “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.2012, Sa.100, s.45-82.

KICALIOĞLU, Mustafa: “Yargı Kararları Işığında Doktorun(Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, **Terazi Dergisi**, Y.2006, Sa.4, s.17-27.

KIZILYEL, Serkan: “Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, **Terazi Dergisi**, Y.3, Sa.24, Ağustos 2008, s.137-156.

KÖK Ahmet Nezih/GÜLER Mustafa/ÇALANGU Semra: “Hekimlikte ‘Malpraktis’”, **ANKEM Dergisi**, 17(No.4), Y.2003, s.345-351.

ÖZGÜLDÜR, Serdar: “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, in İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZGÜLDÜR, Serdar: **Tam Yargı Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

ÖZTÜRKLER, Cemal: **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

POLAT, Oğuz: **Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

POLAT, Oğuz/PAKİŞ, Işıl: “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim

Sorumluluğu”, **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, C.2, Sa.3, Temmuz 2011, s.119-125.

SARICA, Ragıp: “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İHFM**, Y.1949, C. XV, Sa.4, s.858-895.

SAVAŞ, Halide: “Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Zararların Tazmini”, **1. Tıp Hukuku Günleri: Tıbbi Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya'nın Anısına**, Türk Tabipler Birliği İstanbul Tabip Odası, 1. Baskı, İstanbul, 2012.

ŞENOCAK, Zarife: **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, AÜHF Yayınları No:44, Ankara, 1998.

YAYLA, Yıldızhan: “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, **İdare Hukuku Alanında Sorumluluk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.45-59.

YENİCE Kazım/ESİN Yüksel: **Açıklamalı-İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.

YILDIRIM Turan/YASİN Melikşah/KAMAN Nür/ÖZDEMİR H. Eyüp/ÜSTÜN Gül/OKAY TEKİNSOY Özge, **İdare Hukuku**, XII Levha Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2013.

YILMAZ Kerem/POLAT Oğuz/KOCAMAZ Begüm: “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi”, **Adalet Akademisi Dergisi**, Y.5, Sa.16, Ocak 2014, s.19-51.

iştir.

JEAN BODİN'İN DEVLET TEORİSİ ÜZERİNDEKİ OSMANLI ETKİSİ

Ergin ERGÜL*

ÖZET

Jean Bodin, egemenlik terimini kavramsallaştıran ve siyaset bilimine kazandıran önemli bir Rönesans düşünürüdür. Bodin, mutlak monarşiyi savunan egemen devlet teorisini ülkesinde bozulan iç barışı ve güvenliği sağlamanın bir aracı olarak ortaya atmıştır. Devlet biçimlerini monarşi, aristokrasi ve demokrasi olarak sınıflandıran Bodin'in tercihi, doğal yönetim şekli olarak gördüğü mutlak monarşi olmuştur. Bodin monarşileri de krallık, senyörlük ve tiranlık üzere üç kategoriye ayırmıştır. Bodin meşru bir yönetim biçimi kabul ettiği ve tiranlık monarşisinden farklı gördüğü senyörlük monarşisine klasik örnek olarak Osmanlı devletini vermiştir. Ayrıca bir çok Osmanlı devlet kurumunu ve uygulamasını krallık monarşisi tarafından uygulanması gereken iyi uygulamalar olarak değerlendirmiştir.

Çalışma, Bodin'in özellikle Devletin Altı Kitabı'nda Osmanlı kurumlarına, politika ve uygulamalarına yaptığı göndermeler ve dönemin Osmanlı devlet anlayışı ve yapısı ışığında, 16. yüzyılın bu önemli düşünürünün devlet ve egemenlik teorisi üzerindeki Osmanlı etkisini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Jean Bodin, Egemenlik, Monarşi, Osmanlı Devleti, Devletin Altı Kitabı

THE OTTOMAN EFFECT ON JEAN BODIN'S THEORY OF STATE

ABSTRACT

Jean Bodin is an important Renaissance philosopher who conceptualized the term 'sovereignty' and introduced it into the political science. Bodin put forward the theory of the sovereign state supporting monarchy as an instrument for sustaining internal peace and security that had deteriorated in his country. The choice of Bodin, who classified the types of state as monarchy, aristocracy and democracy, was absolute monarchy which he regarded as a natural form of regime. Bodin divided monarchies in three categories: royal, seigneuriale or lordly and tyranny. Bodin held up the Ottoman Empire as a classical example to "lordly monarchy" which he regarded as a legitimate regime and found different from tyranny monarchy. Furthermore, he considered many Ottoman institutions and practices as good practices that should be implemented by royal monarchy.

This paper aims to bring forward the Ottoman effect on the state and sovereignty theory of this important 16th-century philosopher in the light of his

* Dr. Başbakanlık Müsteşar Yardımcısı

reference to Ottoman institutions, policies and practices in his book 'Six Books of the Commonwealth' and Ottoman state concept and structure of that age.

Keywords: Jean Bodin, Sovereignty, Monarchy, Ottoman Empire, Six Books of the Commonwealth

GİRİŞ

Jean Bodin (1529/1530-1596)¹ Fransız hukukçu ve siyaset felsefecisidir .Aynı zamanda çağdaş devletin felsefi temellerini atmış bir düşünür olarak görülür. Bodin'in kamu hukukuna ve siyaset felsefesine yaptığı en önemli katkı, egemenlik kavramını siyasal düşünceye kazandırmasıdır.²

Gerçekten, Bodin tarafından bu kavrama işaret edildikten sonra, siyaset bilimi ve kamu hukukunda egemenlik kavramı, Bodin'in ürettiği bir terim olarak, sürekli kullanılmaya devam etmiş ve günümüze kadar gelmiştir.³

Devlet teorileri bakımından Bodin'in 1576 yılında yayımladığı "Devletin Altı Kitabı" adlı eseri gerçekten önemlidir.⁴ Bodin'in en önemli

¹ Bodin, terimin tam anlamıyla bir Rönesans şahsiyetidir. Çok kültürlü, filozof, tarihçi, hukukçu, hatta ilahiyatçı. CHANTEUR, Janine, "La loi naturelle et la souveraineté chez Jean Bodin". In: **Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne. Actes de la table ronde de Rome** (12-14 novembre 1987) Rome : École Française de Rome, 1991. pp. 283-294. (*Publications de l'École française de Rome*, 147), s. 284. www.persee.fr/doc/efr_0000-0000_1991_act_147_1_4176. Göze E, Bodin'in hayatı konusunda ayrıntılı bilgi olmadığını söylese de (GÖZE, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, 14. Baskı, Beta, İstanbul 2013, s.138, s. 138), bizim ulaştığımız kaynaklar düşünürün yaşam öyküsüne ilişkin oldukça ayrıntılı bilgiler vermektedir. Düşünürün yaşamı ve yapıtları hakkında bilgi için bkz. AGAOGULLARI Mehmet Ali (Editör), *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2013, s.401. Ayrıca bkz. Roger CHAUVIRE'nin 1914'de Paris'de basılan **Jean Bodin, auteur de la "République"** başlıklı doktora tezi. Teze şu adresten ulaşılabilir: <https://archive.org/details/jeanbodinauteurd-00chau>

² AĞAOGULLARI, a.g.e, s.401; TUNÇAY, Mete (Der.), **Batı'da Siyasî Düşünceler Tarihi** (Seçilmiş Yazılar II), Ankara: Teori Yay. 1986. s. 163

³ HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.29

⁴ AKIN, İlhan F., **Kamu Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul 1979, s. 92. Kırk iki bölümden meydana gelen bu kitapta, aile, baba iktidarı, kölelik, vatandaşlık, uyruklu, yabancı, anlaşma ve sözleşme, değişik yönetim biçimleri, senato, memurlar, maliye konuları, para, uygulayıcı, değiştirici ve uyumlayıcı adalet, Devletin doğuşu, gelişimi ve batışı, devrimlerin nedenleri, önlenme yolları, v.b. konular ele alınmaktadır.. Fakat bu çeşitli konuların tümünü kapsayan genel görüşü egemenlik kavramının incelenmesinde bulabiliriz. AKIN s.93

çalışması olan bu eser⁵, Fransız Rönesansı'nın hukukî ve siyasî düşüncesinin bütününe temsil etmektedir.⁶ Bu eserin diğer önemli bir özelliği, Osmanlı yönetim biçiminin olumlu yönlerinin derinlemesine ele alındığı bir çalışma oluşudur.⁷

Bu eserinde, siyasetin genel ilkelerini ortaya koyabilmek amacıyla, geniş bilgisinden faydalanarak çok sayıda tarihsel ve hukuksal örneğe başvuran Bodin, bunlar arasında karşılaştırmalar yapmakta ve hepsini teorik bir çerçeve içine yerleştirmeye çalışmaktadır. Bu yönüyle, Devletin Altı Kitabı, ne salt pragmatik, ne de yalnızca teorik bir yapıttır.⁸

Eser Saint-Barthélémy katliamından sonra Protestan yazarlarca yayınlanan ve karma yönetimi savunan eserlere cevap niteliğindedir.⁹

⁵ AKBAY, Muvaffak, **Umumi Amme Hukuku Dersleri**, Cilt. I, 4. Bası, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 207. Bu çalışmada referans aldığımız eserin modern Fransızca versiyonu için bkz. BODIN, Jean, **Les six livres de la République. Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583**, Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris : Librairie générale française, 1993, 607 pp. Le livre de poche, LP17, n° 4619. Classiques de la philosophie, <http://classiques.uqac.ca/>. Eserin 1577 tarihli orijinali için bkz. <https://ia801801.us.archive.org/28/items/lessixliuresdela00bodi/lessixliuresdela00bodi.pdf>

⁶ TURCHETTI, Mario, "Jean Bodin", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/bodin/>>. erişim: 1.12.2015. Bu eser siyasal düşüncenin gelişiminde ortaya koyduğu görüşlerin yanı sıra, Thomas Hobbs'u doğrudan etkilemiş olması nedeniyle de büyük önem taşımaktadır. YETKİN, Çetin, **Siyasal Düşünceler Tarihi II**, Güner Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 455

⁷ GOFFMAN, Daniel, **The Ottoman Empire and Early Modern Europe**, Cambridge University Presse, 2014, s. 243, Türkçesi GOFFMAN, Daniel (çev.Ülkün TANSEL), **Osmanlı Dünyası ve Avrupa, 1300-1700**, 4. Baskı, Kitap Yayınevi, İstanbul 2014. Buradaki çeviriler orijinal metin ve Türkçe çeviri karşılaştırılarak verilmiş olup, sayfa numaraları orijinal İngilizce metne ilişkindir.

⁸ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s. 404

⁹ RENS, Ivo, **Histoire des doctrines politiques** (31 mai 2000), s.46, http://classiques.uqac.ca/contemporains/rens_ivo/histoire_doctrines_politiques/histoire_doctrines%20pol.pdf, erişim: 16.11.2015; GÖZE, a.g.e, s.138. Bu yazarlardan Cenevrelî tanınmış hukukçu François Hotman'a göre, "Eski Fransa kralları seçimle iktidara gelirlerdi, tiran olarak değil, hükümdar olarak seçilirlerdi, mutlak, aşırı ve sonsuz güçleri yoktu, belli kanunlara ve şartlara tabi idiler." Demek ki halk, anlaşma şartlarına uymayanın tacını alabilirdi başından. Böyle bir imparatorluk mutlak bir krallık olamazdı, karma bir devletti. Hotman'a göre rejimlerin en iyisiydi bu, "üç unsuru, kralı, aristokrasiyi, halkı kaynaştırıyor, aralarında bir denge kuruyordu. MERİÇ, Cemil, **Umrandan Uygarlığa**, İletişim yayınları, 22. Baskı, İstanbul 2015, s.185. Örneğin, Bodin karma devlet fikrini Roma örneği ile destekleyen sözkonusu yazarlara karşı şöyle demektedir: "Roma devleti karma değildi, basitti. Bunlar, Roma devletini örnek olarak veriyorlar. Romalıların monarşi, cumhuriyet ve aristokrasiden meydana gelen karma bir yönetim oluşturdıklarını söylüyorlar. Krallık iktidarını konsüllerde, aristokrasiyi senatoda ve demokrasiyi halk meclislerinde görüyoruz diyorlar. ... Oysa ilk olarak krallık iktidarı ikiye

Modern egemenliğin kavramsallaştırılması ve niteliklerinin ortaya konulması Bodin tarafından söz konusu eserle gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle Bodin, kamu hukuku ve siyaset bilimi açısından egemenlik kavramını tanımlayan ve onu bir teori haline getiren ilk düşünür olarak görülmektedir.

Bodin, sözkonusu eserinde bu kavramı şöyle tanımlamıştır: “Egemenlik Romalıların *majestatem* olarak adlandırdıkları bir devletin mutlak ve sürekli gücüdür... Yani en büyük buyurma gücüdür.”¹⁰

Bodin, egemenliğin niteliklerini mutlak, sınırsız, sürekli, tek, bölünemez ve devredilemez olarak ortaya koymuştur. Yine Bodin'e göre; egemenlik, siyasî topluluğu kaynaştıran, birleştiren güçtür. O olmazsa siyasî topluluk parçalanır.¹¹

Gerçek manada Bodin'de ifadesini bulan mutlak egemenlik, güç, yetki ve zaman bakımından sınırsız, “her şeye kadir” bir anlayışı ifade etmektedir.¹²

Bodin'in devlet egemenliğine yönelik kuramsal çabası, öncelikle içinde yaşadığı dönemin Fransız toplumunun sorunlarını çözmeye yöneliktir. Bodin bu kuramını daha çok Fransa'da Katolik ve Protestanlar arasındaki mezhep kavgaları ile bozulan iç barışı ve güvenliği sağlama kaygılarından hareketle geliştirmiştir.¹³

Bodin'in “Devletin Altı Kitabı'nda” dile getirdiği egemenlik kavramı modern devleti açıklamada öylesine önemli bir düşünsel kategori haline gelecektir ki, Bodin'den sonra devleti ele almaya kalkışan hemen hiç bir düşünür bu kavramı kullanmamazlık edemeyecektir.¹⁴

bölünemez, ve monarşi kralda birleştiğinde asla ortak kabul etmez ya da daha önce ortaya koyduğumuz gibi aksi durumda artık krallık da, monarşi de olmaz. Türkiye'de (Osmanlı'da) Vezir-i Azam ve Etyopya'da Bethudete Romalıların iki konsülünden on kat daha fazla iktidara sahiptir. Ancak konsüllerin halkın kölesi ve tabisi olması gibi bunlar da hükümdarın köleleri ve tabileridirler”. BODIN, République, s.113

¹⁰ BODIN, République, s. 74. “La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République, que les Latins appellent *majestatem*... c'est-à-dire la plus grande puissance de commander”

¹¹ MERİÇ, a.g.e, s. 189

¹² ŞENTOP, Mustafa, “Siyasî Hakimiyetin Kaynağı Meselesi ve Osmanlı Telakkisi”, **e-akademi, ara Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Temmuz 2004, Sayı 29, parag.35

¹³ BERİŞ, Hamit Emrah, **Küreselleşme Çağında Egemenlik**, Lotus Yayınları, Ankara 2006, s. 18 ve 20; RENS a.g.m, erişim: 16.11.2015

¹⁴ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s.416

Avrupa’da mutlakiyetçilik özellikle Bodin’in inisiyatifiyle siyasî bir doktrine dönüşmüştür.¹⁵ Dolayısıyla Bodin feodal düzenden mutlak merkezî monarşiler dönemine geçişi simgeleyen bir düşündürdür. Aynı zamanda, içte mutlak ve üstün; dışa karşı mutlak bağımsız egemen devlet anlayışının kurucusudur. Bu egemenlik ve egemen devlet anlayışı gerek teoride genel uygulamada daha sonraki yüzyıllarda da kabul görecektir.¹⁶

Bodin’in yaşadığı dönem tarihçi Halil İnalçık’ın “Osmanlı devletinin dünya gücü oluşu (1526-1596)” olarak adlandırdığı döneme denk gelmektedir.¹⁷

Bodin yaşadığı dönemde Avrupa’da, Osmanlı devletine ilişkin olarak genelde Osmanlı’da esir kalmış askerler, seyyahlar ve diplomatlar tarafından kaleme alınan önemli bir literatür oluşmuştu. Ayrıca bu çağda Osmanlı egemenliği Avrupa’nın ortasına ulaşmış, Fransa-Osmanlı ilişkileri siyasî ve askeri bir ittifaka dönüşmüştü. Bu durum dönemin Batılı siyasetçi, diplomat, yazar ve düşünürlerinde Osmanlı devlet yapısı, yönetimi ve halkına ilişkin olarak daha yoğun bir ilgi oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Bu açıdan, dönemin düşünürleri içinde İslam’a ve Türklere karşı açık fikirli ve oldukça olumlu ve ılımlı yaklaşımları ile öne çıkan Bodin’in¹⁸ egemenlik teorisini oluştururken döneminin en güçlü monorşisi olarak görülen Osmanlı devletine ve bu devletin teşkilat ve kurumlarına ilişkin olarak faydalanabileceği geniş bir literatür oluşmuştu.

¹⁵ RENS a.g.m, erişim: 16.11.2015

¹⁶ GÖZE, a.g.e, s.141

¹⁷ İNALCIK, Halil, **Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600)**, 17. Baskı, YKY, İstanbul 2012, s.40

¹⁸ BERRIOT, François, “Remarques sur la découverte de l’Islam par l’Occident, à la fin du Moyen-Age et à la Renaissance”. In: **Bulletin de l’Association d’étude sur l’humanisme, la réforme et la renaissance**. N°22, 1986. p. 11. Bodin İslam dinine sempatik yaklaşan ender Batılılardır. Bodin’in bu yönünü vurgulayan bir makale için bkz. BERRIOT, François “Jean Bodin et l’Islam”, in his *Spiritualités, hétérodoxies et imaginaires*, Saint-Etienne: Publications de l’Université de Saint-Étienne, 1994, ss. 207–220.

Bodin’in ölümünden sonra yayımlanan “Esrarlı Bilgileri Saklamaya İlişkin Öğütler” *Colloquium of the Seven about Secrets of the Sublime (Colloquium Heptaplomeres de rerum sublimium arcanis abditis*, 1683) isimli çalışması, kendi dinî görüşleri ile ilgili ipuçları vermektedir. Bodin’in ruhani inançları kendi dönemindeki hiçbir resmi dinle bağdaşmamıştır. Aksine doğal bir din biçimine benzemektedir.

TURCHETTI, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/bodin/>, erişim: 1.12.2015

Nitekim Hilmi Ziya Ülken Bodinî tabii din fikrinin önderi olarak nitelendirmektedir. ÜLKEN, Hilmi Ziya, **Yeni Zamanlar Felsefesi**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2015, s.14

Bodin, sözkonusu literatüre hâkim olduğu gibi, iyi tanıdığı Fransa'nın eski Osmanlı elçisi Jean De La Vigne'nin hatıra ve mektuplarına erişim imkânı da bulmuştur. Ama Osmanlı İmparatorluğuna olan ilgisi, farklı konularda olumlu fikirleri toplamaktan daha ileriye gitmektedir.¹⁹

Bodin'in sürekli olarak "krallık monarşisine" bağlılığını vurgulamasına rağmen Osmanlıyı örnek gösterdiği "senyörlük monarşisine" yönelik de inkâr edilemez bir sempati taşıdığı yazılarında açıkça görülmektedir.²⁰

Konuyu irdelerken, ilk olarak Bodin'in Osmanlı'dan etkilenmesine yol açan Fransa ve Avrupa koşullarını, ardından Bodin'in, Osmanlı devletini övdüğü, örnek gösterdiği bazı uygulamaları ele alacağız. Daha sonra ise, Bodin'in egemenlik kavramına ve egemenliğin niteliğine ilişkin görüşlerini, Osmanlıya ilişkin verdiği örnekler ile Osmanlı'nın 16. yüzyıldaki siyasal sistemi ve egemenlik anlayışına ilişkin olarak Bodin'in açıklamalarını teyit eden tarihi kaynaklar ışığında ele alacağız.

1.BODİNİN DEVLET TEORİSİNİ OLUŞTURDUĞU KOŞULLAR VE OSMANLI DEVLETİ

1.1. Fransa'nın İç Koşulları

Bodin Machiavelli ile birlikte modern siyasî düşüncenin kurucularından biridir.²¹ İtalyan ulusal birliğini kurulmasını amaçlayan Machiavelli'nin aksine Bodin siyasal kuramını "ulus devletini" çoktan gerçekleştirmiş olan Fransa üzerine yapılandırmıştır. Fransa, İtalya gibi parçalanmış bir görüntü vermiyorsa da, dinsel bölünmeler (ve bu bölünmelerin uzantısı olan feodal siyasal hesaplaşmalar) nedeniyle büyük çalkantılarla sarsılmakta, hatta bir iç savaş içinde bulunmaktaydı.²²

¹⁹ MALCOLM, Noel, "Positive views of Islam and of Ottoman rule in the 16th century: the case of Jean Bodin", in Anna Contadini, **The Renaissance and the Ottoman World**, SOAS, University of London, UK and Claire Norton, St Mary's University College, s.205

²⁰ CREMER, Albert, "L'Empire ottoman, modèle de l'État moderne ? La Turquie vue par des auteurs politiques du XVI^e siècle", s. 41.in : *Comparaisons, raisons, raisons d'État. Les politiques de la république des lettres au tournant du XVII^e siècle* sous la dir. d'Armelle Lefebvre, Munich, R. Oldenbourg Verlag (*Ateliers des Deutschen Historischen Instituts Paris*, Bd. 6), 2013. Bizim tespitimize göre, Bodin'in ünlü "Devletin Altı Kitabında" adlı eserinde Türk (Turc) kelimesi 13 defa, Türkiye (Turquie) kelimesi ise 9 defa geçmektedir. http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin_jean/six_livres_republique/bodin_six_livres_republique.pdf

²¹ Le républicanisme de Bodin - Rationalités Contemporaines [www.rationalitescontemporaines.paris-sorbon](http://www.rationalitescontemporaines.paris-sorbon.fr) , s.1.

²² AĞAOĞULLARI, a.g.e, s. 415.

16. yüzyılın ikinci yarısında, Fransa krallarının sınırsız iktidarına karşı koyan bir takım akımlar görülmüştü. Bu akımları sürdürenler, eski Fransız krallarının seçimle iktidara geldiklerini, belirli yasaların belirli maddelerine göre krallığa atandıklarını, yetkilerini kısıtlayan bir takım yasaların bulunduğunu ileri sürüyorlardı. Bu gibi yetkileri sınırlı krallara zorba denilemezdi. Yasalara uymadıkları takdirde, toplum hemen harekete geçer, onları tahttan indirirdi. Sırasında geriye alınabilen, tek elde toplanmayan bir iktidara dayanan krallıklara, mutlak krallık yerine “karma yönetim” demek daha doğru olacaktı. Fransa geleneklerine kıymalı, iktidarı tek kişiye vereceğine kral, soylular ve halk arasında dağıtmalıydı. İşte, bu görüşü çürütmek, mutlak krallığı savunmak, karma yönetimin yürümeyeceğini göstermek için Jean Bodin “Devletin Altı Kitabı”nı kaleme almıştır.²³

Bu kitapla Bodin’in birden fazla hedef güttüğü görülmektedir: Kralın mutlak iktidarını güçlendirmek ve onu ülkedeki karma yönetim savunucularından kurtarmak, din kavgaları yüzünden bozulmaya yüz tutan Fransa’nın birliğini sağlamlaştırmak ve ona kalkınma yollarını göstermek, zamanın dinî, siyasî kargaşalığı arasında kurtuluş yolunu gösterecek hukukun genel ilkelerini ortaya koymak ve siyasal bilimin temellerini atmak.²⁴

Bodin’in bu amaçlarla ortaya attığı egemenlik kuramı, feodal çağın kalıntılarına ya da feodal içerikli yönetim arayışlarına karşı, mutlak monarşiye getirilmiş önemli bir dayanaktır. Ona göre, siyasal otoriteyi dağıtan ve gelenek ile görenekleri ön plana koyan feodal sistem, merkezi devlet anlayışının tam karşı kutbunda yer alır. Bu nedenle feodalite hukuk öncesi bir yapıyı ifade eder. Bodin, Fransa kralını tüm siyasal toplumun mutlak başkanı, tek egemeni konumuna getirerek, Machiavelli’nin Fransa’yı feodal bir krallık şeklinde betimlemesinin yanlış olduğunu belirtir.²⁵

Fransız Din Savaşlarının gerginliklerini ve endişelerini yaşayan Bodin çağın esas sorununun tamamen politik olduğu yorumunu getirmiştir. Hukuk eğitimi alan ve kamu hizmeti tecrübesi olan Bodin yazılarında tarihsel, dinsel ve ekonomik sorunları incelemiştir. Diğer yandan, dinsel uzlaşma ortamının sağlanması için yeniden sağlam ve istikrarlı bir hükümetin gerekliliğini

²³ AKIN, a.g.e, s. 93.

²⁴ AKAD, Mehmed, DİNÇKOL, Bihterin Vural, BULUT, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, 10. Baskı, DER Yayınları, İstanbul 2014, s. 99

²⁵ GÖRGÜN, Tahsin, “Batının Sosyo - Politik Oluşumunda Osmanlı’nın Etkisi”, <http://www.hazargrubu.org/hazar-akademi/tarih-ve-iktisat/253-batinin-sosyo-politik-olusumunda-osmalinin-etkisi.html> , erişim: 10.11.2015

savunan “Politikler” adlı monarşi yanlısı küçük bir parti (aydın/yazar grubu) içinde yer almıştır. Bodin’in “Devletin Altı Kitabı” adlı dev eseri 1576 yılında –protestanlara yönelik 1572’deki Saint-Barthélemy Katliamından dört yıl sonra- yayımlanmıştır ve “Politikler” grubunun görüşlerinin en ikna edici ifadesi olarak kabul edilmiştir.²⁶

Bodin mezhep savaşlarının ardından ülkesinde yeniden iç barışın, kamu düzeni ve güvenliğinin tesisi için güçlü ve saygın bir krallık monarşisinin gerekliliğine inanmış, söz konusu kitabındaki devlet teorisini bu amaçla ortaya koymuştur.

Bodin, uyrukların iradeleri ve inançları ne olursa olsun herkes için karar verme yetkisini tek bir egemene tanıyarak, farklı devlet mensuplarının düzensiz inisiyatiflerine son vermeyi amaçlamıştır.²⁷

Bodin 1581’de Alençon Dükünün yanında İngiltere’ye bir gezi yapmıştır. Bu gezi sırasında, bu ülkedeki siyasî kurum ve göreneklerin, Devletin Altı Kitabındaki görüşleri doğrulayan bir yönde olduğunu gözlemlemiştir. Fransa’ya dönünce de eserinin Latince çevirisini yapıp 1586’da yayımlamıştır.²⁸

Bodin’in mutlakiyetçiliği Fransa’da eski rejimin resmî anayasal doktrini olmuştur. Ayrıca etkisi Fransa ile sınırlı kalmamıştır. Devletin Altı Kitabı, Avrupa’da her yerde kamu hukuku ve siyaset biliminin ansiklopedik bir sentezi olarak kabul görmüştür. Bu anayasal teorinin etkisi en fazla İngiltere ve Almanya’da hissedilmiştir.²⁹

1.2. Batı’da Dönemin Osmanlı Algısı

16. yüzyıl, Osmanlı devleti ve Osmanlı toplumuyla ilgili Batı Avrupa düşünce tarzında bir dönüşüme şahit olmuştur. Okur yazar olan her insan, yüzyılın ikinci yarısı itibariyle, o bölgede bulunmuş veya oralarını bizzat görmüş yazarlarca sağlanan bilgiler sayesinde Osmanlı dünyasındaki hayat şartları ve yönetim hakkında önemli miktarda bilgiye erişebiliyordu.³⁰

²⁶ ALATLI, Alev, **Batıya Yön Veren Metinler –II- (1350-1650)**, Kapadokya MYO Yayınları, 1. Basım, 2010, s.587; Le républicanisme de Bodin - Rationalités Contemporaines www.rationalites contemporaines.paris-sorbon , s.1

²⁷ DEMELEMESTRE, Gaëlle Valeyre-, *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVI^e `eme-XVIII^e `eme siècles)*, Philosophy. Université Paris-Est, 2009, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00503799/document>, erişim: 5.12.2015

²⁸ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s. 402

²⁹ FRANKLIN, Julian H., **Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste**, PUF, Paris 1993, s. 171

³⁰ MALCOLM, a.g.m, s.197.

Bunun sebebine gelince, Avrupa'ya geçtikten bir yüzyıl sonra İstanbul'u fetheden Türkler, daha kısa bir süre içinde Viyana önlerine kadar gelmişlerdir. İşte bu büyük olaylar Avrupa'da Türklere karşı ilgiyi artırmıştır. Osmanlı'nın beklenmedik ilerleyişi ve zaferleri siyasi liderlerde sadece korku uyandırırken, siyasi düşünürlerde makul bir hayranlık oluşturmuştur.³¹

Romanyalı tarihçi Carl Göllner'in araştırmasına göre, 16. yüzyıl'da Avrupa'da Türklere ilgili yayınlar o tarihlerde henüz yeni keşfolunmuş Amerika ile ilgili olanlarını ikiye katlamıştır.³²

Bu yayınların bir kısmı Türkler, onların devlet düzeni, yönetim biçimi, hükümdarları, kökenleri, bir kısmı da bazı iç olaylar ve onların komşuları Safevi devleti ile münasebetleri ile ilgilidir".³³

1503'ten 1570'lere uzanan zamanda yazılmış 62 Venedikli diplomatın raporlarını derleyen Lucette Valensi'nin çalışması Osmanlılara karşı tepkilerin çelişik olduğunu göstermektedir. Bazı açılardan Sultan'ın gücünden adeta büyülenmiş gibidirler. Serinin ilki olan 1503'teki Gritti'nin raporu Büyük Senyör'ü dünyanın en büyük gücü olarak tanımlar; 1552'de Margo Minio Büyük Senyör için en güçlü hükümdar diyecektir. Bu tip referanslara oldukça sık rastlanmaktadır. Vergi gelirlerinin bolluğu, sınırsız servet, ordunun her an ve düzenli işesi, disiplinli insan kaynakları Venedikli diplomatlarda neredeyse hayranlık uyandırmış görünmektedir. Venedikli elçiler için ilgi çekici olan bir diğer konu ise asaletten gelen bir aristokrasinin Osmanlı sisteminde bulunmayışıdır.³⁴

Bu yazarların yazıları (bazen gözlemlediklerini yanlış anlamış ve sık sık önceki yazarlardan malzeme veya argüman ödünç almış olsalar da) kör bir önyargıya değil gözleme dayanıyordu. Bu yazılardan düzenli bir toplum ve devletin - sadece etkili bir biçimde idare edilen bir toplumu değil aynı zamanda Batı Avrupa'da bulunmayan gömülü erdemleri içeren- oldukça detaylı bir resmi ortaya çıkıyordu.³⁵

³¹ CREMER, a.g.m, s. 38.

³² GÖYÜNÇ, Nejat, "16. Yüzyılda Avrupa'da Türkler İle İlgili Yayınlar", *Cogito*, Sayı 19, Yaz 1999, s.314

³³ GÖYÜNÇ, a.g.m, s. 317.

³⁴ YILMAZ, Gülay, "Osmanlı Yönetiminin Oryantalist İnşası", *Studies of Ottoman Domain*, Cilt:4, Sayı:7 Ağustos 2014 s.58 , <http://ssrn.com/abstract=2576185> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2576185> , erişim: 12.11.2015.

³⁵ MALCOLM, a.g.m, s.198

Avrupalı siyaset düşünürlerin bu eserlerdeki bir çok bilgiyi kendi düşünce ve teorilerini oluştururken destekleyici olarak kullandığı görülmektedir.

Gerçekten de, dönemin siyasî yazarlarından dokuzunun eserlerini inceleyen Cremer'in vardığı sonuca göre, bu yazarların Osmanlı Devletine ilişkin düşünceleri oldukça karışıktır. Osmanlı devletinin bir yandan endişe ve kuşku kaynağı olduğu, diğer yandan ise rasyonel ve etkili siyasî sisteminden dolayı takdir uyandırdığı görülmektedir.³⁶

Bodin, bu yeni bilgi birikimini özümseyen ve bu eserleri okuyarak kendi eserlerinde bir çok Osmanlı kurumunu takdir eden ilk siyaset felsefecilerindendir.³⁷

Bodin'in çalışmaları çok geniş kapsamlı olmuş ve sözkonusu çalışmaların çoğunu incelemiştir. “Tarihi Kolay Anlama Yöntemi” (Methodus ad facilem historiarum cognitionem, 1566) adlı tarihi okuma rehberinde Richer ve Postel'in çalışmaları ile bir dizi Osmanlı tarihi çalışmalarını tavsiye etmiştir. Şu da belirtilmelidir ki kitaplar Bodin'in tek kaynağı değildi; diplomat ve tüccarlardan da bilgiler toplamıştır.³⁸

Chavuviré'ye göre, “Türkiye Fransa'da III. Henri döneminde (1551-1589) oldukça modaydı. Anne Kraliçe ve Kralın değer verdiği maliyecileri Şövalye Poncet “Büyük Türk”den dönüyor ve onun idari sistemini kopya etmeyi istiyordu”.³⁹

Tarihçi Goffman da, 16. yüzyılda Avrupa'da Osmanlı'dan korkanların yanı sıra, Osmanlı'da yaşayarak, ona biraz korkuyla olsa bile saygıyla bakmış Batı Avrupalıların varlığına işaret etmekte ve “dahası bu gezginlerin kitaplarındaki dikkatli -gözlemler içeren- metinleri okuyan Guillaume Postel (1510-1581)⁴⁰ ve Jean Bodin gibi siyaset felsefecileri, yazıları aracılığıyla bir çok Osmanlı kurumuna karşı saygı beslenmesine yardımcı oldular” demektedir.⁴¹

³⁶ CREMER, a.g.m, s.59

³⁷ GOFFMAN, a.g.e, s.6; MALCOLM, a.g.m, s.200

³⁸ MALCOLM, a.g.m, s.200 ve 201.

³⁹ CHAUVIRE, a.g.e, 297, Note de page 5

⁴⁰ Guillaume Postel'in hayatı ve “Türklerin Devleti” adlı meşhur eserindeki konular için bkz. ARIKAN, Zeki, “Guillaume Postel ve Reépublique of Turcs”, http://egeweb2.ege.edu.tr/tid/dosyalar/II_1984/TIDII-198402-05.pdf, erişim: 12.05.2015.

⁴¹ GOFFMAN, a.g.e, s.6

16. yüzyılda Avrupalılar arasında Türklerin imajında korkudan saygıya, 17. ve 18. yüzyıllarda ise lakaydi ve küçümsemeye doğru bir değişim yaşandığı görülmektedir.⁴²

1.3 Fransa- Osmanlı İttifakı

16. yüzyıldan itibaren bir çok Hristiyan hükümdar Osmanlı devletini kendi ülkesinin gerek dışında gerekse içindeki politik aktörlere karşı bir müttefik olarak görmüştür. Avrupa monarkları İstanbul’da sırf Avrupa-Osmanlı ilişkileri aşkından değil, süregelen siyasî ve ekonomik mücadelede rakiplerini zayıflatma aracı olarak elçilikler kurmuşlardır. Avrupa güç politikalarının merkezi olduğundan İstanbul Avrupa diplomasisinin merkezi halini almıştı.⁴³ Hollanda, İngiliz, Fransız ve Venedik elçileri İstanbul’da ikamet ettiriler ve Osmanlılar 15. ve 16. yüzyılda İtalya’da ortaya çıkan uluslararası diplomatik sistemin bir parçası- hatta belki de çekirdeği- durumundaydılar.⁴⁴

Bodin, Devletin Altı Kitabı’nda bu ittifak ilişkilerinin zihniyet dünyasını ortaya koyan şu ifadeye yer verir: “Erdel voyvodasının açıkça ve yüksek sesle dediği, Ferdinand’ın müttefiki olmaktansa Türk’ün kölesi olmayı tercih ederim sözü gibi”.⁴⁵

Bu bağlamda Osmanlı devleti ile Fransa arasındaki siyasî ittifak ilişkisi ve Hristiyan dünyasının geri kalanına bu ittifakın gerekliliğini savunma ihtiyacının, Fransız siyasî düşünürlerinin Osmanlı’nın devlet yapısına ve kurumlarına olan ilgisini özellikle artıran bir husus olduğu aşikardır.

Tarihçiler 16. yüzyıl’da Osmanlı dış politikası’nın Avrupa’da ulus devletlerin ortaya çıkması ve güçlenmesinde önemli bir etkisi olduğunu belirtmektedirler.

Örnek olarak, tarihçi Karpat’a göre, “siyasî olarak Osmanlı devleti, ekonomik gücünü Avrupalı müttefiklerinin gücünü desteklemek amacıyla kullanmıştır.⁴⁶ Kapitülasyonla, yani 1536’da veya 1569’da Fransa’ya, daha

⁴² KARPAT, Kemal H., **Osmanlı ve Dünya, Osmanlı Devleti ve Dünya Tarihindeki yeri**, 5. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul 2015, s. 20

⁴³ RUDOLF, Harriet, “The Ottoman Empire and the Institutionalization of European Diplomacy, 1500-1700”, in **Islam and International Law** (Edited by Marie-Luisa Frick, Andreas Th. Müller, , Martinus Nijhoff, Leiden/Boston 2013, s.178

⁴⁴ GOFFMAN, a.g.e, s. 20

⁴⁵ BODIN, Jean, **Les Six livres de la Republique de I. Bodin Angevin...** Reueuë, corrigée et augmentée de nouveau, p. 535. <https://play.google.com/books/reader?id=b8610D14Dx4C&printsec=frontcover&output=reader&hl=tr&pg=GBS.PR6>

⁴⁶ Halil İnalıc bu ilişkiyi şöyle anlatır: “1533’de Padişah Francis’e, Charles V’e karşı İngilte-

sonra da Hollanda ve İngiltere'ye tanınan ticaret imtiyazları, bu ülkeleri Roma'daki Papa'ya karşı mücadelelerinde güçlendirmek ve Avusturyalı Habsburglara karşı muhalefet etmek üzere tasarlanmıştı. Fransa'nın 16. yüzyılda millî bir devlet olarak doğması, onun Osmanlılarla ittifakı sayesinde büyük ölçüde kolaylaştırılmış bulunuyordu. Batı Akdeniz'deki Türk donanması Fransa'nın güney cenahını düşmanlarının her türlü hücumundan koruyor ve Fransız monarklarına güçlerini kuzeyde yoğunlaştırma ve böylece Fransız milli devletlerinin cephelerini güvenceye alma imkanı tanıyordu".⁴⁷

İnalçık'a göre ise, "kendi payına Fransa kralı, Avrupa'daki Habsburg üstünlüğünü kontrol altına alan esas güç olarak Osmanlı ittifakının öneminin çok iyi farkındaydı. 1532'de I. Francis, Venedik Büyükelçisine, Osmanlı İmparatorluğunu, Avrupa Devletlerinin V. Şarl'a karşı devamlı varlığını garanti eden yegane güç olarak gördüğünü açıklamıştır. Kısacası Osmanlı İmparatorluğu'nun 16. yüzyılda Avrupa'daki kuvvet dengesinde ve sonuç olarak Batı'daki ulus devletlerin yükselişinde önemli bir rol oynadığı söylenebilir".⁴⁸

Bodin Osmanlı-Fransa ittifakını onaylamaktadır: İnanç düşmanlarına karşı yemini tutup tutmamaya karşın görüşlerini ileri sürerken şöyle demektedir:

"Düşmanlara verilecek söz tutulmayacaksa verilmemelidir. Bilakis düşmanlarla ateşkes meşru ise onlara verilen sözün tutulması da gerekmez mi ? İmparator V. Şarl büyükelçisi Robert l'Anglais aracılığıyla, sonra da Sangiac de Sorie tarafından Pers sınırlarına kadar sürdürülen putperestler ve inançsızlarla ittifak anlaşması yapmayı meşru sayarken, Kral 1. Fransuva'ya karşı Türklerle ittifak anlaşması yapmasından başka atacak bir suçlama bulamamıştır. Ayrıca biliyoruz ki, Polonya kralları, Venedikliler, Cenevizliler, Raguzalılar da onlarla benzer ittifaklar yapmışlardır".⁴⁹

re ve Almanya prensleri ile koolisyon kurmasını sağlamak için toplam yüz bin altın gönderdi. İki yıl sonra Fransa Kralı Padişah'tan bir milyon düka altını ek talepte bulundu. Daha sonra 1555'de Fransa Kralı II. Henry paraya sıkışınca, Fransa'da faizi yüzde 12 ile 16 arasında değişen borçlanma bonosu çıkardı ve o zamanda aralarında paşaların da bulunduğu birçok Türk bu borçlanmaya para yatırmayı kârlı buldu". İNALCIK Halil, "Modern Avrupa'nın Gelişmesinde Türk Etkisi", in KARPAT, Kemal H., **Osmanlı ve Dünya, Osmanlı Devleti ve Dünya Tarihindeki Yeri**, 5. Baskı, İstanbul 2015, s. 89. Bodin bu konuya ilişkin şöyle demektedir: Türk paşaların bile oraya 500.000 Ecu yatırdıklarını görüyoruz. Aktaran CHAUVIRE, a.g.e, s. 455, République., VI, 2, s. 598.

⁴⁷ KARPAT, a.g.e, s.27

⁴⁸ İNALCIK, a.g.m, s. 89

⁴⁹ BODIN, République, s.273

Bodin uluslararası hukukun *pacta sunt servanda* ilkesine uyulması gerektiğini de Osmanlı ve Macaristan örneğinden hareketle anlatmaktadır. Papalık Konsülünün kararı gereği Türklerle yapılmış anlaşmayı bozması için Kardinal Saint-Julien Macaristan'a gönderilir. Macar kralı, önce anlaşmanın Hristiyanlar için avantajlı olduğunu söyleyerek dirense de, sonunda kendisinden talep edilen "Hristiyan politikasını" uygulamak zorunda kalır. Bu durum Türklerin yeniden daha güçlü şekilde Macaristan'a saldırılarına yol açar. Bodin alaycı bir şekilde ekler: Konsülün kararını getiren Kardinal ise dönüş yolunda Hristiyan soyguncular tarafından öldürüldü.⁵⁰

1.4. Dönemin Osmanlı Devlet Yapısı ve Egemenlik Anlayışı

Bodin'e kaynaklık eden eserlerde yer verilen Osmanlıya ilişkin bilgiler genelde farklı kesim, mesleklerden ve farklı eğitim düzeyine sahip yazarların gözlemlerine dayalıdır. Bodin bu bilgilerden Osmanlı siyasal sisteminin üstün yönünü yansıttıklarını düşündüklerini, siyasî teorisini desteklemek için objektif bilgiler olarak kullanmıştır. Bodin'in teorisinin ana hatları ile Osmanlı'dan verdiği örnekleri ele almadan önce dönemin Osmanlı devlet anlayışı ve egemenlik yaklaşımına ilişkin bazı temel hususları hatırlamak yararlı olacaktır.

Osmanlı devlet anlayışına göre, Osmanlı hükümdarının yüklendiği misyon "Allah'ın yeryüzündeki gölgesi'dir. Fatih'den itibaren bu kavram Osmanlı kanunnamelerine de yansımış ve hukukî bir nitelikte kazanmıştır. Hükümdar, tahta geçtiği andan itibaren Allah'ın adaletini insanlığa dağıtan kutsal kişi kimliğini üstlenmiş olmaktadır.⁵¹

Diğer yandan, İstanbul'un fethi ile birlikte Osmanlı padişahı devlette tam ve mutlak egemen haline gelmiştir. Köprülü'nün ifadesiyle, "Osmanlı devleti Ortaçağda mutlak monarşinin ilk örneğini Avrupalılara vermişti".⁵²

Osmanlı Devleti'nde bütün teşkilat, Padişahın mutlak ve ortak olunamaz egemenliğini gerçekleştirmek üzere tasarlanmıştı. Hükümet, eyaletlerin yönetimi ve ordu doğrudan Padişaha bağlı bir sistem olarak

⁵⁰ JOUBERT, Jean, P., "Bodin et la théorie des relations internationales", in *Oeuvre de Jean Bodin (L')*: Champion, 2004, s.84

⁵¹ EROĞLU, Haldun, "Osmanlılarda İktidarın Değişim Süreci ve Meşruiyet Sorunu", *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi* 43,2, 2003, s.19, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/26/1010/12249.pdf>

⁵² KÖPRÜLÜ, Fuad, *Les institutions juridiques Turques au moyen-age: y a-t- il un droit public turc distinct du droit public musulman?*, Ankara 1937, s.41

teşkilatlandırılmıştı. Bu sistemin merkezinde Padişah ve saray teşkilatı bulunuyordu. Merkez teşkilatı denildiğinde Padişah, vezir-i azam, saray, Divan-ı Hümayun ve ordu kurumları akla gelmektedir. Ayrıca Osmanlı devlet yönetiminin temel kurumlarından biri olan kul sistemi ile de, merkezî otoritenin saraydan ülkenin uzak köşelerine kadar gerçekleştirilmesi sağlanıyordu.⁵³

Örfî egemenlik yetkileri bir taraftan Orta Asya Türk devlet geleneğine, diğer taraftan Yakındoğu'daki kadim imparatorluk geleneklerine dayanmakla beraber gerçekte Osmanlı padişahının daha ziyade Osmanlı tarihinin bir ürünü olduğunu ifade eden Tarihçi İnalçık, Avrupa'da yeniçağların başında Machiavelli ve Jean Bodin gibi siyasî teorisyenlerin mutlak hükümdar örnekleri arasında Osmanlı padişahlarına geniş yer verdiklerine dikkat çeker.⁵⁴

İnalçık'a göre, "Osmanlı padişahları İslâm tarihinde belki en ziyade merkezîyetçi ve mutlakîyetçi hükümdarlar sayılabilir. Onlar yalnız idarî sahada bu mutlakîyetin bir vasıtası olarak devletin icra yetkilerini yalnız kendi kullarına vermek, toprak üzerinde devlet kontrolünü kurmakla kalmamışlar, aynı zamanda ilmiye sınıfını teşkilâtlandırmak ve devlet hizmetine sokmak, her türlü vakfi devlet kontrolü altına almak suretiyle merkezîyetçi güçlerini o zamana kadar hiçbir İslâm devletinde görülmemiş şekilde kuvvetlendirmişlerdir".⁵⁵

Ancak sözkonusu merkezîyetçiliği ve mutlak iktidarı uygulamada sınırlayan ve olumsuz etkilerini azaltan bir takım mekanizmaların varlığı da şüphe götürmez.

Tarihçi Kemal Karpatın vurguladığı üzere, Klasik Osmanlı Devleti güven, savunma ve asayiş gibi alanlarda her yere hâkimdi. Fakat toplumun kültürüyle, eğitimiyle meşgul olmamıştır. Devlet merkezîyetçi olmakla beraber birçok alanda bilhassa insanların, toplumların kültürleriyle, değerleriyle, kişilikleriyle ilgili alanlarda büyük bir serbestliği tanımıştır.⁵⁶

⁵³ ARMAĞAN Abdüllatif, "Klasik Dönemde Osmanlılarda Devlet Yönetim Anlayışına Dair Bazı Düşünceler", s. 145, <http://ataum.gazi.edu.tr/posts/view/title/klasik-donemde-osmanlılarda-devlet-yonetim-anlayisina-dair-bazi-dusunceler-45966>, erişim: 10.12.2015

⁵⁴ Halil İNALCIK, "padişah" maddesi, **İslam Ansiklopedisi**, cilt: 34; sayfa: 142

⁵⁵ İNALCIK, padişah, s.142

⁵⁶ KARPAT, Kemal. H., (Mülakat Şenay Erray), "Osmanlı ve Cumhuriyetin Devlet Anlayışı Üstüne: Benzerlikler ve Farklılıklar", **Muhafazar Düşünce, Devlet**, Yıl 7 Sayı: 28, Nisan 2011, s. 100

Batı'da Feodal düzenden mutlak merkezi monarşilere geçişi simgeleyen bir düşünür olan⁵⁷ Bodin'in, Osmanlı devletini merkezi monarşinin en çarpıcı ve başarılı örneği olarak gördüğü Devletin Altı Kitabı'nda yazdıklarından anlaşılmaktadır.

2.BODİN'E BİR ESİN KAYNAĞI OLARAK OSMANLI DEVLETİ

2.1. Doğru Yönetim Örneği Olarak Osmanlı

Bodin "Devlet'in Altı Kitabı'nda "doğru/adil yönetim" konusunu işlerken prensin (egemenin) adaletli bir biçimde davranarak ülkesindeki korsanları kendisine bağlamasının övgüye değer olduğunu ileri sürer. Bu görüşünü desteklemek için Kanuni'nin izlediği bir politikayı örnek verir.⁵⁸

"Çağımızda Sultan Süleyman, bilinen en asil korsanlardan ikisini, yani Barbaros ve Turgut Reisi, gerek denizi diğer korsanlardan temizlemek, gerek kendi konumunu ve deniz ticaretini güvence altına almak amacıyla, birisini Kaptan-ı Derya diğerini Paşa yaparak divanına (yönetime) aldı. Bu korsan şeflerini erdem limanına çekmek, sadece böyle kimseleri hükümdarların devletlerini istila etme ümitlerini azalttığı için değil, aynı zamanda insanlığın düşmanları olarak, diğerlerini ortadan kaldırmak açısından övgüye değer bir davranıştır ve daima da öyle olacaktır".⁵⁹

"Keza bir ülkeyi sadece ve sonrasında mağlupları isyan ettirmek için baskı yapan, soyan memurlar bırakmak için fethetmek, güvencesiz bir iştir, çünkü kötüdür. Ne kadar güçlü olunursa olunsun isyan etmesi endişesi olmaksızın zayıf ümitsizliğe zorlanamaz. Bu nedenle Fransızlar İtalya'yı kaybettiler ve İspanyollar Flanders'i⁶⁰ kaybedecekler. O halde fetih ancak fethedilen ülkenin daha iyi kullanılması ile meşrulaştırılabilir ve kalıcı olur. Bu ilerledikçe koloniler ya da tımarlar oluşturan Romalılar ve Türklerin iyi anladıkları bir husustur. Bu şekilde, deneyimden yararlanıldığında, siyasette ahlak nosyonu görünebilir. Zulüm, bir intihar tarzı olarak belirir".⁶¹

Gerçekten de Osmanlı hukuk hayatında adaletin korunması ve gerçekleştirilmesine çok büyük önem ve değer verildiği görülmektedir.

⁵⁷ HAKYEMEZ, a.g.e, s.29

⁵⁸ AĞAOGULLARI, a.g.e, s.405.

⁵⁹ BODIN, République, s. 45

⁶⁰ Kuzey avrupa'da yer alan bir ortaçağ ülkesi olup hâlihazırdaki Kuzey Fransa, Belçika ve güneybatı Hollanda toprakları arasında yer almaktaydı.

⁶¹ CHAUVIRE, a.g.e, 288

Nitekim Fatih ve II. Bayazid dönemlerinde yaşamış devlet adamı, tarihçi ve düşünür Tursun Bey hükümdarın temel özelliklerinden söz ederken adalet, sabır, soğukkanlılık ve akıl üzerinde durmaktadır. Sıralamada önceliğin adalete verilmesi dikkat çekicidir.⁶²

Adalet, Osmanlı siyasî anlayışının, özellikle bu anlayışı veciz şekilde ifade eden Adalet Dairesi'nin temel kavramıdır. Adaletnâme geleneği de siyasetin önemli bir uygulamasıdır. Siyasî otoritenin veya otorite vekillerinin tasarrufundan zarar gördüklerini iddia edenlerin haklılıklarının tespit edilmesi durumunda, zararlarının giderilmesi gerekir.⁶³

2.2 Dinî Hoşgörü Modeli Olarak Osmanlı

Bodin'in siyasî yazılarında ele aldığı önemli konulardan birisi, Osmanlı'nın dinsel hoşgörü uygulamasıdır.⁶⁴ Zira Bodin, Fransa'da Katolikler ile Protestanlar arasındaki savaşların dinsel hoşgörü ile önlenebileceğini ve iktidar boşluğu ile bunun doğurduğu kargaşadan ancak egemenliğin tek kişinin elinde bulunduğu mutlak monarşi sistem ile çıkılabileceğine inanmaktaydı.⁶⁵

Bodin bu tezini “Devletin Altı Kitabında” çağın en güçlü mutlak monarşisi olarak gördüğü Osmanlı örneği ile desteklemektedir :

“Avrupa'nın önemli bir kısmını elinde tutan Türklerin kralı dünyanın başka krallarından daha iyi bir şekilde dinini koruyor ve bu konuda kimseyi zorlamıyor, bilakis herkesin vicdanına/inancına göre yaşamasına müsaade ediyor. Üstelik Pera'daki sarayının etrafında birbirinden farklı dört dini, Yahudilik, Katolik, Ortodoksluk ve İslam olmak üzere birarada tutmaktadır. Ayrıca, Agust'un Kudüsteki yahudilere sadaka ve kurban göndermesi gibi kendisine dua etmeleri için Athos dağının⁶⁶ hristiyan din adamları ve keşişlerine sadaka göndermektedir”.⁶⁷

⁶² LEWIS, Bernard, **İstanbul ve Osmanlı Uygarlığı**, (Çev. Nihal Önal), 1975, s.50'den Aktaran, GÜRİZ, Adnan, “Türkiye’de Hukukî Positivizm”, s.161, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/adnan.pdf

⁶³ OKTAY, Cemil, “...Ve Bunun Gibi Tedbire Siyaset Dirler.” Tursun Bey'in Siyaset Tanımı Üzerine Notlar, **İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi** No:40 (Mart 2009), s. 50

⁶⁴ GOFFMAN, a.g.e, s.111.

⁶⁵ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s. 402

⁶⁶ Türkçe’de Aynoroz dağı olarak bilinir. Yunanistan’ın kuzeyinde Ege Denizine uzanan bir yarımada’da bulunan dağda Ortodokslar için pek mühim ve muteber manastırlar bulunmaktadır. ALATLI, a.g.e, s.589, dpn. 23

⁶⁷ BODIN, République, s.232

Latince metinde Bodin saydığı dört dine Etiyopyalıların ve Perslerin dinlerini de yani Kıptileri ve Şiileri de eklemektedir.⁶⁸

Bodin bu davranışın gerekçesini ise şöyle ortaya koymaktadır: “Türkler gibi eskiler, saf akıldan türeyen tüm dinlerin Tanrı nazarında kabul gördüğüne ikna olmuşlardı ”.⁶⁹

Görüldüğü üzere, Bodin Osmanlıyı dinsel hoşgörüyü örnek göstermekte ve Osmanlının bu yönü konusunda açık bir hayranlık ifade etmektedir.⁷⁰

Bodin’in bu konudaki hayranlığı, İslam dinine yönelik olarak da söz konusudur. Bodin’in son çalışmalarından biri olan “Esrarlı Bilgileri Saklamaya İlişkin Öğütler” (Colloquium heptaplomeres, muhtemelen 1590-1592) adlı eserine ait el yazmaları on yedinci yüzyılın başında dağıtılmaya başlamış ve 1857’de basılmıştır. Çalışma, yedi karakter arasında dini ve felsefi konularda bir tartışma olarak sunulmaktadır: Bir Katolik, bir Lüteryen, bir Calvinist, iki ateist (geleneksel olarak Deizm ve şüpheci natüralizm) bir Yahudi ve bir Müslüman. Octavius adındaki bunlardan sonuncusu kendini korsanlar tarafından Sicilya’da esir alınan, Suriye’de köle olarak satılan ve İslamiyet’e geçen biri olarak tanımlamaktadır. Octavius’un Müslüman inançlarını ve uygulamalarını hararetli bir şekilde övdüğü görülsede, bu edebi bir eser olduğundan, bunlar Bodin’in kendi görüşleri değil karakterin görüşleridir. Yine de karakterin ifadeleri ile Bodin’in diğer yerlerde dile getirdiği görüşleri arasında ciddi benzerlikler vardır. Bu nedenle Octavius’un Müslüman idarecilerin dini hoşgörüsü ile ilgili övgülerinin yer aldığı pasajın ardından Bodin’in Devletin Altı Kitabı’ndakilere benzer tartışmaları hatırlatan din ve politikayla ilgili daha genel bir tartışmanın gelmesi şaşırtıcı değildir.⁷¹

Belirtmek gerekir ki, Bodin esas olarak dinî değil devleti ilgilendiren sebeplerden ötürü dinde hoşgörüyü savunmuştur.⁷²

Cemil Meriç Jean Bodin’i ve devlet düşüncesini Devletin Altı Kitabının üzerinden anlatırken şu soruyu sorar: “Bizde niçin bir Bodin, bir Hobbes, bir Bousset yetişmemiştir? Cevabını da kendisi verir: Neden yetişsin?... Mutlakiyetin bu yavuz nazariyecileri Osmanlı ülkesinde yaşasalar Zatı Şahanenin destancısı olurlardı. Ülkelerinde gerçekleştiğini göremedikleri

⁶⁸ CREMER, a.g.m, s.47

⁶⁹ ALATLI, a.g.e, s.589

⁷⁰ GOFFMAN, a.g.m, s. 111

⁷¹ MALCOLM, a.g.e, s.204

⁷² ALATLI, a.g.e, s.587

adil ve kerim devlet rüyasını, yalnız Osmanlı gerçekleştirmiştir. Padişahın müdafaya ihtiyacı yoktu. Padişahlık müessesesi hiç bir zaman tehlike ile karşılaşmamıştı ki”.⁷³

2.3. Kurumsal Reform Modeli Olarak Osmanlı

Tarih, siyaset ve toplum üzerine yazılarında Bodin, incelediği eserlerde Osmanlı hayatıyla ilgili olumlu yorumların birçoğunu tekrarlamıştır. Bodin'in Osmanlı devletine ilgi duymasına yol açan konulardan birinin de askeri güç ve disiplin olduğu anlaşılmaktadır. Türklerin askeri konulara doğal bir yatkınlığı olan savaşçı bir halk olduğu sürekli değindiği temalardan biridir; ancak Türklerin askeri organizasyon ve disiplininin antik Roma'nınkine eşdeğer tek sistem olduğunu açıklayarak daha da ileri gitmiştir.⁷⁴ Devletin Altı Kitabında şöyle yazmaktadır:

“Her devletin durumuna ve büyüklüğüne göre piyade ve süvari birliklerinin kurulması ve Antik Romalıların yaptığı gibi barış zamanlarında gençliklerinden itibaren garnizonda ve sınırlarda askeri disiplinle yetiştirilmeleri uygundur! Antik Romalılar, bugün olduğu gibi hırsızlık, yağma, cinayet işlememiş, bunun yerine kamplarında onur, ağırbaşlılık, iffet, adalet ve diğer erdemleri öğretmişlerdir. Bu düzende kimse kendi intikamını almaz, şiddete başvurmazdı. Ve sonuçta bugün Türk ordusunda olduğu gibi bu disipline uyulmalıdır. İyi subayların ve askerlerin ödüllendirilmesi gerekir. Bütçenin üçte biri savunma giderleri için kullanılmalıdır. Bu ihtiyaç anında, devleti savunacak adamlara sahip olmayı temin etmek için bu tutar fazla sayılmaz”.⁷⁵

Bodin, Devletin Altı Kitabı'nda, birçok yerde Osmanlı devletinin başka özelliklerini de övmüştür.

Bu kapsamda, kralların kendilerini halklarına çok sık göstermemeleri gerektiğini tavsiye etmiş ve Habeş, Tatar, Pers veya Türk Kralları gibi “görkemlerini” korumaları gerektiğini söylemiştir.⁷⁶

⁷³ MERİÇ, a.g.e, s.196

⁷⁴ MALCOLM, a.g.m, s. 202

⁷⁵ BODIN, République, s.268

⁷⁶ Fatih, kendisini devlet ileri gelenlerinden daha üstün ve ulaşılamaz olduğu düşüncesini hem devlet adamlarına hem de topluma yaymak için, Babası II. Murat'tan farklı olarak sınırlı kimselere görüşme izni vermiş, Divan-ı Hümayun toplantılarına bizzat katılmamış, devlet işlerini özel arz odasında tartışmış ve kanunları bu şekilde çıkarmıştır. Bu uygulamalar sonucu padişahın kişiliğinin kutsal ve erişilemez olduğu fikri yayılmıştır. Kendisinden sonra gelen hükümdarlar da aynı şekilde davranmış yöntemi bürokrasi haline gelmiştir. Bu da

Ayrıca, halkın silahsızlandırılması yönündeki Osmanlı politikasını onaylamış ve şunları eklemiştir.

“Türkler bu alanda da ileridir, asi ve suçluları şiddetle cezalandırıp savaş zamanında bile silah taşımalarına izin vermezler. Silah yalnızca savaşa giderken taşınabilir.”⁷⁷

Bodin’e göre, Osmanlı devletinin siyasî değerleri aynı zamanda egemenin kişiliğinde ortaya çıkmaktadır. Bodin Floransa’da Julian de Medicis’i kilise’de öldürüp İstanbul’a kaçan katili Floransa’ya teslim etmesini örnek vererek Fatih Sultan Mehmet’in adaletini övmektedir. Ayrıca Büyük Senyör yani Osmanlı Hükümdarının Avrupalıların köle olarak nitelendirdikleri kişilere gerçek çocukları gibi eğitim ve öğretim sağladığını ve kendilerine asillik imtiyazları verdiğini açıklama gereği duymaktadır.⁷⁸

Osmanlının Bodin’in övgüsünü kazanan diğer bir özelliği vergi toplama yöntemidir. Osmanlı vergi toplama yöntemini etkili ve dürüst bir sistem olarak Fransa’ninkini ise küçük görmektedir.

“Garip bir şey ve bu topraklarda oldukça saçma. Bir sürü insan daha sonra yankesicilik yapmak için efendilerine paralarını veriyor. Türk İmparatoru ise tersini yapıyor. Çünkü mevkileri satmıyor...”⁷⁹

Tarihi Kolay Anlama Yöntemi’nde Bodin, Kutsal Roma İmparatorluğunun eski Roma egemenliğinin (*imperium*) devamını temsil ettiği iddialarını alaya almış ve ‘Almanya neden Türklerin sultanına karşı çıkıyor?’ diye sormuştur. “Bu gerçeği herkes bilmektedir – dünyanın herhangi bir yerinde imparatorluk ve gerçek monarşi ihtişamı varsa, bu da sultandan yayılmalıdır. Sultan, Asya’nın, Afrika’nın ve Avrupa’nın en zengin bölgelerine sahiptir ve birkaç ada hariç tüm Akdeniz’e hükmetmektedir”.⁸⁰

3.BODİN’DE DEVLET TANIMI, DEVLETİN EGEMENLİK UNSURU VE NİTELİKLERİ

3.1 Devlet Tanımı

Bodin “Devletin Altı Kitabı” yapıtında devleti şöyle tanımlar: “Devlet, birçok aile ile onların ortaklaşa sahip olduklarının egemen güçle adil şekilde

padışahın egemenliğinin mutlaklığı üzerine olumlu etki yapmıştır.

¹NALCIK, Halil, **Devlet-i ‘Aliye I**, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2012, s. 117

⁷⁷ MALCOLM, a.g.m, s.203

⁷⁸ LE THIEC, a.g.e, s.65

⁷⁹ MALCOLM, a.g.m, s.203

⁸⁰ MALCOLM, a.g.e, s. 212.

(hakkaniyete uygun olarak) yönetilmesidir".⁸¹

Bu tanıma göre; Bodin, devletin kökeni olarak aileyi görmüş ve ailedeki baba otoritesini, devletteki egemen otorite ile özdeşleştirmiştir. Devleti güç kullanmaya dayandırmakla birlikte, onun zorbaların yönetimi olarak değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır. Devlete bunu sağlayan özellik yönetimin doğruluğu, adaleti içermesi ve ortak çıkar esasına dayandırılmasıdır. Bir başka deyişle onu zorbalıktan ayıran meşru (hakça) olmasıdır.⁸²

Görüldüğü üzere, Bodin, egemenliği devletin mantıki ve mutlak ölçütü olarak kabul etmiştir.⁸³ Devlete özgü temel nitelik, egemen erk (ya da egemenlik) ile donatılmış olmasıdır. Ancak, birleşmiş ve birleştirici kamusal iktidar anlamındaki devleti, diğer iktidar yapılarından ayıran üç öge daha vardır: Doğruluk (adalet), aileler ve ortak şeyler.⁸⁴

"Devletlerin gerçek kaynağı ve kökeni" tespitini yaparak aileye büyük bir yer vermekle beraber, Bodin'in üzerinde titizlikle durduğu konu egemenlik kavramıdır. Bu kavram yerleşti mi, Devlet kurulmuş olur. Fakat, egemenlik gücüyle Devletin büyüklüğü arasında orantılı bir ilişki aramaya kalkışmamalıyız, yalnız üç aileden kurulu bir toplumun başkanı, pekâlâ da dünyanın en yetkili kralı olabilir.⁸⁵

Bodin bu tezini Ragusa (Dubrovnik) ve Osmanlı devleti karşılaştırması ile destekler:

"Egemen güçle üç ailenin doğru/hakkaniyetli yönetimi bile büyük bir senyörlük gibi bir devlet meydana getirir. Ragusa (Dubrovnik) senyörlüğü, Avrupa çapında en küçüklerden olsa da, dünya üzerinde en büyüklerden olan Türklerin ya da Tatarlarınkinden daha az devlet değildir".⁸⁶

⁸¹ BODIN, République, s. 57. Tanımın Fransızcası: " République est un droit gouvernement de plusieurs ménages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine ".

⁸² ÇETİN, Halis, "Modern Devletin Egemenlik (Kurucu İktidar) Döngüsü", **Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, [S.l.], p. 56-75, jun. 2002. ISSN 2147-3064. Erişim Adresi: <<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/asbed/article/view/5000072374>>. erişim: 11 Dec. 2015 doi:<http://dx.doi.org/10.11616/AbantSbe.77>, s. 3-4

⁸³ ÖZMAN, M. Aydoğan, "Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1964, Cilt 21, Sayı 1-4, s.57

⁸⁴ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s.405

⁸⁵ AKIN, a.g.e, s.94

⁸⁶ BODIN, République, s.50

3.2.Devletin Egemenlik Unsuru

Bodin'in egemenlik kavramını işleyişi, siyaset felsefesinin en önemli başarılarından birisi olarak nitelendirilmektedir.⁸⁷

Bodin, egemenlik kavramına hukuksal açıdan bakmaktadır. Ona göre egemenlik; devlet varlığının esas şartı, devletin asli cevheridir.⁸⁸ Bodin egemenliği, “yurttaşlar üzerindeki en yüksek, en mutlak ve en sürekli güç” olarak nitelendirir.⁸⁹

Böylece ilk defa devlet gücünün bir özelliği olarak farzedilen egemenlik, devlet gücünün üstün olma, mutlak olma özelliği olup, bizatihi devlet gücünün kendisi değildir.⁹⁰

Bodin için egemen güç, doğru olarak anlaşılan siyasal topluluk kavramının içindedir, bu tartışılmaz. “Tahtayı gemi yapan: biçimidir. Kemerleri destekleyen omurgayı, geminin başını ve kıcını, güvertesini kaldırın, ne kalır ortada. Tıpkı onun gibi, egemen güç olmayınca devlet de devlet olmaktan çıkar. Devletin bütün bölümlerini, bütün aile ve zümreleri bir tek vücut halinde toplayan bu güçtür.”⁹¹

Bodin egemenlik kavramını mutlak ve devamlı bir iktidar olarak tanımlayarak, devletin pozitif hukuk alanındaki bağımsızlığını belirtmeye çalışmıştır.⁹²

Bodin'in bu egemenlik anlayışı, feodaliteyi bertaraf ederek Fransız monarşisinin temel yapısını oluşturuyordu. Bilindiği gibi, feodalite kişisel hiyerarşik ilişkiler demetidir, kamu otoritesi bin parçaya bölünmüştür, kamu iktidarı ve özel hukuk ilişkileri birbiri içine girmiştir. Mutlak egemenlik kavramı, bu feodal düzen ve yapının ölüm fermanı, demektir, diğer yandan bu egemenlik kavramı ilkçağlardan beri savunulan karma yönetimlerin sonu anlamına gelmektedir. Mutlak egemenlik anlayışı karşısında egemenliğin kral, soylular ve halk meclisleri tarafından birlikte kullanılmasından söz edilemez. Son olarak, bu egemenlik anlayışı dinî iktidarın yani papaların ve Roma- Germen imparatorlarının üstünlük iddialarının sonu demektir. Böylece

⁸⁷ AKIN, a.g.e, s. 95

⁸⁸ ÖZMAN, a.g.m, s.57

⁸⁹ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s.407

⁹⁰ ÖZMAN, a.g.m, s.57

⁹¹ MERİÇ, a.g.e, s. 188

⁹² AKBAY, a.g.e, s.214

Bodin'in egemenlik anlayışı, Fransız merkezî devletinin temelini atıyordu. Egemen devlet, kendi üstünde dinî ya da siyasî bir güç tanımayan bir devlettir.⁹³

Mutlak monarşinin babası sayılabilecek bu yazara göre egemenlik bölünmez, mutlak ve süreklidir.⁹⁴

Bodin'e göre; "Egemenlik parçalanmaz, bölünmez bir bütün olarak bir prenste bir azınlıkta ya da toplumda olabilir. Egemenlik bir bütün olarak tek elde toplanmadıkça toplumda savaş ve mücadele sona ermez".⁹⁵

3.3. Egemenliğin Nitelikleri ve Osmanlı Devleti ile Karşılaştırılması

3.3.1 Mutlaklık

Bodin'e göre egemenliğin ilk temel niteliği mutlak oluşudur. Buradaki mutlaklık, hiçbir sınıra tabi olmama ile eş anlamlıdır.⁹⁶ Egemenlik en yüksek buyurma-yönetme gücü olduğundan bir başka güç tarafından sınırlandırılması düşünülemez. Egemenin mutlak oluşu, en açık biçimde, egemenin yasalarla olan ilişkisi içinde görülür. Egemen güç başkalarından emir almaz, egemen güç teb'a için yasa yapar, yasayı değiştirir, yenisini yapar. Egemen yönetici yasalarla bağlı değildir. Ne kendinden önce yapılmış yasalarla, ne de kendi yaptığı yasalarla bağlıdır. Bodin, "egemen kişi, istese de kendi elini kolunu bağlayamaz. Bu nedenle kral fermanları ve emirnameleri "isteğimiz bu yöndedir" sözleri ile biter". Dolayısıyla eğer bir prens üstün bir gücün onayını almadan yasa yapamıyorsa o prens egemen değildir, olsa olsa uyruktur; eğer yasa yapabilmesi için kendine eşit bir gücün onayı gerekliyse, yine egemen sayılmaz ve yine eğer bir senato ya da halk meclisi gibi kendinden aşağı düzeyde olan bir gücün onayı gerekiyorsa bu durumda da yönetici egemen sayılmaz.⁹⁷

Ayrıca Bodin, yasayı genel olarak bütün uyrukları ya da ortak şeyleri ilgilendiren egemenin buyruğu şeklinde tanımlayarak, yasaya bu düzeyde salt pozitif bir anlam yükler ve dahası yasayı hukuktan ayırır. Yasa egemenin güçle donanmış buyruğu olmasına karşın, hukuk sadece hakkaniyettir ya da adalettir.⁹⁸

⁹³ GÖZE, a.g.e, s.140

⁹⁴ AKIN, a.g.e, s.95

⁹⁵ GÖZE, a.g.e, s. 140

⁹⁶ HAKYEMEZ, a.g.e, s. 83

⁹⁷ GÖZE, a.g.e, s. 139

⁹⁸ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s.408

Öte yandan, örf ve âdet kuralları ve gelenekler de egemen gücü yasa yaparken sınırlamaz, egemen güç savaşa karar verir, barış yapar, yargıda kesin ve son kararı verir, yüksek dereceli görevlileri atar, para basar, vergi koyar, af ilân eder.⁹⁹

Dolayısıyla egemenliğin belirtisi, yönetilenlere danışmadan, yasa yapma yetkisini kullanmak, bir üstün, bir eşitin, ya da bir altın rızasını almadan, toplu olarak, ya da teker teker yurttaşların hukukunu belirtmektir.¹⁰⁰

Bodin, “yurttaşlar üzerindeki en yüksek, en mutlak ve en sürekli güç” olarak nitelendirdiği egemenliğin, özünü ortaya koyabilmek için, özelliklerini sıralar. En yüksek buyurma-yönetme erki olan egemenlik, bir başka güç tarafından sınırlandırılmış değildir. Çünkü “ bir prense belli yükümlülükler ve koşullar altında verilmiş olan egemenlik, ne egemenliktir, ne de mutlak erktir.” Toplumda çeşitli iktidar odakları egemenden kaynaklanırlar, daha doğrusu, onun izniyle, onun izin verdiği ölçü ve süre içinde vardırırlar. Osmanlı Devletindeki tımarların “Türklerin kralının keyfine bağlı olduğunu” yazan Bodin, böylece feodal sistemi ve bu sisteme özgü haklar anlayışını bir kalemde silip atar. Daha açıkçası, bir toplumda gözlemlenen çeşitli unvanlar, statüler, yetkiler ya da erkler, egemen tarafından bağışlanan ve gerekli görüldüğünde geri alınan birer ayrıcalıktan başka bir şey değildir.¹⁰¹

Bodin Tarihi Kolay Anlama Yöntemi’nde tımar sisteminin Osmanlı devletini “yenilmez” yaptığını söyler. Devletin Altı Kitabı’nda ise bu konuyla ilgili şunları yazar: “Tımarlı sipahiler”in tüm malları Sultanın kontrolündeydi. Barış zamanlarında onar yıllık sürelerle toprağı kullanma hakkını ellerinde tutuyorlardı. Öldüklerinde ise toprağın kullanım hakkı çocuklarına geçiyordu. Ancak Bodin, Latince versiyonunda sistemin uygulamada çok daha az katı olduğunu eklemiştir. Bu kitapta tımar sistemiyle ilgili başka bir tartışmada Bodin, “yasa gereği” sistemin sadece Osmanlılar tarafından fethedilen alanlarda uygulandığını belirtmiştir. Dolayısıyla Osmanlı’nın merkezindeki tebaa bundan etkilenmemiştir. Sultanın tebaasının büyük bir çoğunluğu tımarlı sipahi değildir.¹⁰²

⁹⁹ GÖZE, a.g.e, s.139

¹⁰⁰ AKIN, a.g.e, s. 95

¹⁰¹ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s.408

¹⁰² MALCOLM, a.g.m, s. 208.

3.3.2. Süreklilik

Bodin'in modern devlet teorisine en büyük katkısı ve bu alanda getirdiği en önemli yenilik devletin sürekliliği ilkesini ortaya atmasıdır. Bodin, bu bağlamda, siyasal iktidarın/devletin sürekliliği için egemene değil; egemenlik olgusuna atıfta bulunmuştur. Egemen ölümlü iken; egemenlik ölümsüzdür. Bu modern devletin kurumsallaşması, meşruiyet araması ve sürdürülebilir bir egemenlik arayışının habercisidir.¹⁰³

Egemenlik süreklidir. Çünkü, değişen yönetimlerin ötesinde toplum hep aynı kalır, egemenliğin sürekliliği siyasal toplumun sürekliliği düşüncesinden kaynaklanır.¹⁰⁴

Yöneticiden çok farklı olan egemen prens, egemenlik hakkını ömür boyu kullandıktan sonra, tacıyla birlikte kendinden sonrakine aktarır. Bodin devlet ile egemen arasında bir ayrım gözetir. Bu durumda ise, devlet, prensin eylemlerine indirgenmeyip onu aşan bir gerçekliğe sahip olur. Egemenliğin sürekliliği, devletin egemenle, yani prensin yaşamıyla, dolayısıyla belli bir zamanla sınırlı olmadığı anlamına gelir.¹⁰⁵

Böylece, monarşilerde egemenlik, kesintisiz biçimde bir kişiden başka bir kişiye geçmiş olur. Fransa Krallığı'ndaki "kral öldü, yaşasın kral" deyişi, bu anlayışın en açık göstergesidir. Zira Fransa'da krallar ölmez. Onlar siyasal bir bedendir ve ölen onların sadece fiziksel bedenleridir; egemenliğin görüntüsü olan siyasal bedenleri ise ebedidir. Siyasal bedeni açısında kral hiçbir zaman ölmez. Bir başka deyişle; kral, kral olarak hiçbir zaman ölmez, ölen doğal bedendir.¹⁰⁶

Bodin'e göre; süreyle sınırlı olan ya da istenildiği zaman geri alınabilen bir iktidar, egemenlik değil; olsa olsa yetki olur. Dolayısıyla; bu yetkiyi kullanan da esasen egemen değil, sadece yöneticidir.¹⁰⁷

Romalı konsüller, diktatörler, belli bir süre sonunda uzaklaştırıldıklarına göre, bunların gerçekten egemenliğe vardıkları söylenemez. İstenildiği zaman geri alınabilen bir iktidar olsa olsa bir yetkidir, egemenlik değil. Romalı diktatörler, egemenliğe eremeyen, ancak onun koruyuculuğunu yapan

¹⁰³ ÇETİN, a.g.m, s. 58

¹⁰⁴ GÖZE, a.g.e, s.139

¹⁰⁵ AĞAOĞULLARI, a.g.e, s.409

¹⁰⁶ SAYGILI, Abdurrahman, "Modern Devlet'in Çıplak Sureti", *AUHFD*, 59 (1) 2010, s.79-80

¹⁰⁷ HAKYEMEZ, a.g.e, s.30

kişilerdi. Egemenlik sürekli olur. Kral, egemenlik hakkını ömrü boyunca kullandıktan sonra tacıyla birlikte aktarır. Bir meclisin, ya da bir memurun egemenliğinden söz açılmaz.¹⁰⁸

Bu bağlamda, Osmanlı'da “Devlet-i ebed müddet”, devletin ömrünün vade biçilemeyecek kadar sonsuz olduğu fikrini deklare etmektedir.¹⁰⁹ Bu anlayış sürekli olan soyut egemenliğin devlette, onun somut tezahürünün ise padişahda görüldüğünün bir göstergesi olarak okunabilir.

Diğer yandan Fatih'in kanunlaştırma faaliyeti, Osmanlı'da bu dönemde egemenliğin sürekliliği anlayışının varlığını ortaya koymaktadır. Çünkü o zamana kadar Osmanlı hukukunda, bir padişahın çıkardığı kanunlar, sonradan gelen padişahı bağlamaz iken Fatih çıkardığı kanunların kendinden sonrakileri de bağlamasını amaçlamıştır.¹¹⁰ Bu nedenle Fatih Kanunnamenin başında, bizzat kendi hattı ile yazdığı emirde aynen şöyle der: Bu kanunname atam ve dedem kanunudur, benim dahi kanunumdur, evlad-i kiramım neslen ba'de neslin (kuşaktan kuşağa) bununla amil olalar.¹¹¹

3.3.3. Bölünemezlik ve Devredilemezlik

Egemenliğin mutlak, bölünmez ve sürekli olabilmesi için, “bir” olması gerekir. Bodin, egemenin egemenliği temsil ettiğini söylemekle birlikte; bu gücü ona tevdi etmez. Egemenin sınırlarını egemenlik oluşturur. Egemen, bu üstün gücü, bir başka kişiye ya da kuruma devredemez. Bu devredilemezlik, onun bölünemeyeceği anlamına da gelir. Yani egemenlik parçalara bölünemez. Bir devlette birden fazla egemen olamaz.¹¹²

Bodin egemenliğin bölünmezliğini mutlak monarşiyi savunmak için ileri sürer. Fransa'daki aristokrat krallığı beğenmez. Kralın yanında onun yetkilerini bölüşen seçkinlerin, soyluların türemesi, mutlak egemenlik kavramına aykırıdır. Paris'teki Parlatentonun aristokrasiyi, Genel Meclisin demokrasiyi, kralın da krallığı temsil etmesi yanlış bir yorumdur. Egemen bir kral ile onun uyruklarını bir tutulamaz.¹¹³

¹⁰⁸ AKIN, a.g.e, s.95

¹⁰⁹ YURTSEVEN, Yılmaz, “Osmanlı Klasik Döneminde İdeoloji, Din ve Siyasî Meşruiyet Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI.S.1-2, Y. 2007, s.1259, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/11_50.pdf

¹¹⁰ İNALCIK, a.g.e, s. 35

¹¹¹ İNALCIK, *Adalet Kitabı*, a.g.m, s. 99

¹¹² SAYGILI, a.g.m, s. 80

¹¹³ AKIN, a.g.e, s. 95

Egemenliğin bir olması gibi egemen de birdir; yani bir kraldır, aristokrasidir veya bir meclis. Bodin üç çeşit devlet biçiminin olduğunu kabul ediyorsa da, bunların içinde egemenliğe en uygun düşenin monorşi olduğunu ileri sürer.

Mutlak ama keyfi olmayan monarşiden yana görünen Bodin, egemen monark ile halk arasında bir danışma organı olarak senato, parlamento (États-Généraux) diye adlandırılabilir bir organa da yer verir, ancak bu organ hiçbir şekilde bir karar organı değildir ve olamaz da, çünkü bilindiği gibi, egemenlik bölünmez, mutlak bir bütün olarak tek kişiye aittir ve bu ara kuruluş varlığını egemen güçten alır ve ona tâbi kalır.¹¹⁴

Osmanlı Devleti'nde, kuruluş yıllarından itibaren eski Türk egemenlik anlayışının güçlü izleri bulunmakla beraber, Fatih dönemine doğru egemenliğin bölünmezliği ilkesi yerleştirilerek bu anlayış değiştirilmiştir.¹¹⁵ Bodin'in dile getirdiği egemenliğin bölünmezliği anlayışı Osmanlı devletinde, daha Fatih devrinde oluşmuş olup Kanuni devrinde de yerleşik bir ilke halini almıştı. Nitekim Tursun Bey, Padişahın varlığını toplumda adaleti gerçekleştirecek bölünmez tek bir otorite ihtiyacı ile açıklar. Tursun Bey mutlakçı otorite dışında siyasî bir düzeni düşünmez.¹¹⁶ Ona göre, toplumsal düzeni korumak için bir padişahın varlığı gereklidir ve o tam ve mutlak otoriteye sahip olmalıdır.¹¹⁷

Fatih'in merkezileşmek ve egemenliği kendisinde toplamak için izlemiş olduğu politiklardan biri de kendi hanedanına rakip olarak gördüğü Türk hanedanlarını ortadan kaldırmaktır. Bu durum daha sonra Batı'da feodal beylere karşı savaşarak kralların merkezi otoritelerini güçlendirmelerine benzemektedir. Fatih'in bu hamleleri egemenliğin bölünmezliği ve mutlaklığı açısından önemlidir.¹¹⁸

¹¹⁴ GÖZE, a.g.e, s.140.

¹¹⁵ ŞENTOP, a.g.m, parag.75

<http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=Siyasi%20Hakimiyetin%20Kayna%F0%FD%20Meselesi%20ve%20Osmanl%FD%20Telakkisi&kimlik=1088765050&url=makaleler/msentop-1.htm>, erişim: 16.11.2015

¹¹⁶ OKTAY, a.g.m, s. 46

¹¹⁷ İNALCIK., Halil, “**Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfi-Sultan’i Hukuk ve Fatih’in Kanunları**”, ARI, Bülent ASLANTAŞ, Selim (Editörler), *Halil İnalçık Adalet Kitabı*, Yeditepe, 2. Baskı, İstanbul 2015, s.115

¹¹⁸ KILIÇ, Seval, **Kanun-i Esasi’de Egemenlik Anlayışı**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2014, 57 ve 58.

Fatih Osmanlı devlet teşkilatında padişahın sonra en önemli kişi olan sadrazamları güçlü ve nüfuzlu Türk ailelerden seçmeyi terk ederek, padişahın her zaman kolaylıkla azledebileceği devşirme sisteminden gelen görevliler arasından atama usulünü başlatmıştır. Böyle önemli bir makamda bulunan kimsenin sadece Padişah'a karşı sorumlu olması, Padişahın alanını genişleterek egemenliğin birliği ve mutlaklığını pekiştirmiştir.¹¹⁹

Nitekim Bodin Devletin Altı Kitabı'nda devşirme sistemi ile ilgili oldukça olumlu yorumlarda bulunmuş ve sisteme alınan çocuklardan bazılarının devlette en yüksek mevkilere kadar yükseldiğini belirtmiştir. Latince metinde bu paragrafı genişletmiş ve liyakat ve erdemle ödüllendirilmesi üzerine kurulu Osmanlı sistemini övmüştür.

“Türk muhafız askerleri ve Hristiyanlardan haraç olarak alınan (devşirme) gençlerle ilgili olarak hiçbir zaman onları köle olarak görmedim. Sultanın ailelerine kaydediliyorlar ve üst düzey mevkilere, onurlara, şeyhülislamlığa, yetkilere yükselebiliyorlardı. Bu mevkiler torunlarına da geçebiliyordu. Ve tüm malları korunuyordu. Türkler için soyluluk tamamen erdemle ölçülür ve soy veya mallarıyla ölçülmez”.¹²⁰

Yasama yetkisine bakıldığında İstanbulun fethinden sonra sınırsız bir otorite kazanan Fatih merkezî ve mutlak bir imparatorluğu Fatih kanunnameleri olarak bilinen kapsamlı bir hukuk koyma yoluyla gerçekleştirmeye çalışmıştır. Fatih mutlak hükümlerlik otoritesini, devleti belli bir amaca göre düzenleme ve serbestçe kanun koyma doğrultusunda kullanmıştır.¹²¹

Fatihin egemenliğin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde attığı en önemli adımlardan birisi, ne eski Türk ne de İslam geleneğinde olmayan kardeş katlinin kanunlaştırılması meselesidir.¹²²

Öte yandan Osmanlı padişahları 16. yüzyıl başlarına kadar, -dönemin başka hanedanları gibi- diğer hanedanlarla – siyasî olarak nitelendirilebilecek evlilikler yapmışlardır. Hükümdar hanedanlarıyla evlilik yoluyla bu tür akrabalık Kanuni devrinde terkedilmiştir. Ortaylı'ya göre, bu terkte egemenliği paylaşmama endişesi vardır.¹²³

¹¹⁹ KILIÇ, a.g.t, s.56 ve 57

¹²⁰ MALCOLM,, a.g.m, s.202

¹²¹ İNALCIK, Halil, **Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet**, s.32

¹²² KILIÇ, a.g.t, s.54

¹²³ ORTAYLI, İlber, **Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi**, 4. Baskı, Cedit Neşriyat, Ankara 2012, s. 173

Bütün bu gelişmelerden haberdar olan Bodin şöyle yazmaktadır:

“Sadece egemen tek Tanrı ve tek güneş olduğundan ve benzeri, birden fazla krala tahammül edemeyen sosyal hayvanlara kadar, monarşinin doğal düzeni temsil ettiğinden şüphe duyulmamalıdır. 1552’de dört oğlundan üçünü öldüren Sultan Süleyman sadece bu özdeyişi uyguladı: “Gökyüzünde sadece tek Tanrı, yeryüzünde ise tek sultan vardır”. Uyruları Avrupa’da köleler olarak kötülense de, bu gerçek değildir. Kuşkusuz Türklerin kralı topraklarının genişliğinden dolayı değil – bu alanda İspanya Kralı kendisini on kat geçmektedir- ama sadece evinde beslenen ve köle olarak adlandırılan adamların bulunmasına rağmen, kişilerin ve malların efendisi olduğundan “Büyük Senyör” olarak adlandırılmaktadır”.¹²⁴

Devletin Altı Kitabı’nın Avrupa’da daha geniş bir kesime hitap eden Latince versiyonunda Bodin bu hususu daha ayrıntılı olarak açıklamıştır:

“Türklerin Senyörü gerçekte halkına onu hizmetlilerine karşı “iyi aile babası” yapacak şekilde çok daha insani ve serbestçe davranmaktadır. Bizim “serf” ya da “prensin serfleri” olarak adlandırdıklarımızı Türkler tarafından iç oğlanı olarak adlandırılıyor, bunları kendi çocukları olarak eğitiyorlar ve başkaları tarafından imrenilen asalet hakları veriyorlar”.¹²⁵

3.4.Devlet Türleri ve Bodin’in Tercihi

3.4.1 Devlet Biçimleri ve Devlet-Hükümet Ayrımı

Bodin Monarşi, Aristokrasi ve demokrasi olmak üzere üç çeşit devlet biçimi kabul eder. Bodin Devletin Altı Kitabının ikincisinin 1. bölümünü “Genel Olarak Devlet” türlerine ayırır. Burada karma yönetim imkansızlığını savunur. Bodin, senyörlük, krallık ve tiranlık olmak üzere üç çeşit monarşik devlet gözlemler. Kitabın ikinci bölümünde “senyörlük monarşisini”, üçüncü bölümünde “krallık monarşisini” ve dördüncü bölümünde ise “tiranlık/zorbalık monarşisini” ele alır.

Monarşiyi bir kişinin yönetimi olarak; aristokrasiyi birkaç kişinin yönetimi olarak, demokrasiyi ise tüm halkın yönetimi olarak tanımlayan Bodin, devlet şekilleri ve hükümet şekilleri arasında ayırım yapmaya özel önem vermiştir. ¹²⁶ Egemenlik ile hükümeti birbirinden ayıran ilk yazar olan¹²⁷

¹²⁴ BODIN, République, s. 314

¹²⁵ CREMER, a.g.m, s.44

¹²⁶ TURCHETTI, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/bodin/>, erişim: 1.12.2015

¹²⁷ MERİÇ, a.g.e, s. 194.

Bodin şöyle demektedir:

“Birden fazla hükümdar olduğu takdirde monarşi olamaz. Zira her monarşi ya senyörlük ya krallık ya da tiranlıktır: Bu devletin türünde değişiklik yapan bir husus değildir. Bu monarşiyi yönetme (hükümet etme) farklılığından ileri gelmektedir.

Devlet ile hükümet arasında fark vardır. Zira devlet monarşi iken eğer prens, asalet, zenginlik ya da erdemi dikkate almaksızın herkese eşit olarak devlet yetkilerine, yüksek görevlere, memuriyetlere ve kamu arazilerine ulaşmasına izin verirse, monarşiler demokrasi/halk yönetimi olarak yönetilecektir. Diğer taraftan, eğer prens devlet sorumluluklarını yalnızca en soylu, en zengin veya en erdemli olanlara verir, sırf onları yararlandırırsa, monarşi aristokrasi şeklinde yönetilmiş olacaktır. Aristokratik ve demokratik rejimler için de aynı gözlemler geçerlidir.

Keza Aristokratik senyörlük makam ve payeleri tüm uyruklara eşit olarak dağıtarak devletini demokrasi olarak ya da sadece soylulara ve zenginlere dağıtarak aristokratik şekilde yönetebilir. Hükümet şekilleri bir devletin durumunun hükümet ve idareden farklı olduğunu dikkate almaksızın devlet türlerini karıştıranları yanılgıya düşürmüştür”.¹²⁸

Bodine göre en iyi yöntem, egemen monarkın hem soyluları, hem de halktan kişileri kollayarak ama soylulara yine de bir üstünlük sağlayarak görevleri dağıtmasıdır.¹²⁹ Diğer bir ifade ile uyumlu hükümettir.

Bodin, Aristokrasilerin demokrasiye dönüşümünün çoğunlukla asillerin yenilgisi ile gerçekleştiğini söylerken Osmanlıdan bir örnek vermektedir:

“Asaletin kaybı için devleti değiştirme mahzuru bütün kan soylu prensler, tek bir asili bile hayatta bırakmayan Türklerin hükmetmek istedikleri her yerde yaptıkları gibi geri kalan soylularla birlikte öldürülmüş değillerse monarşilerde görülmez”.¹³⁰

3.4.2. Monarşiyi tercih gerekçeleri.

Bodin ele aldığı devlet biçimleri arasında tercihini monarşiden yana kullanmaktadır. Monarşiyi tercih gerekçesinin ilki, onun doğal yönetim biçimi olmasıdır. Monarşinin doğal yönetim biçimi olduğuna ilişkin çeşitli deliller

¹²⁸ BODIN, République, s.122-123

¹²⁹ GÖZE, s. 141.

¹³⁰ BODIN, République, s. 196

getirirken Osmanlı'dan örnekler de vermektedir:

“Monarşi doğaldır. Monarşinin en güvenilir olduğunu göstermek için fazla vurguya gerek yoktur: Çünkü bir devletin gerçek sureti olan ailenin sadece bir şefi olabilir. Kanıtladığımız üzere bütün tabiat yasaları bizi monarşiye götürür. İster sadece tek bir beden olan ve bütün azaları için irade, hareket ve duygunun bağlandığı tek bir şefi olan bu küçük dünyaya bakalım veya tek bir egemen Tanrıya sahip bu büyük dünyaya bakalım; ya da gözlerimizi tek bir güneş göreceğimiz göğe dikelim ; Toplu yaşayan hayvanlara kadar, ne kadar iyi olurlarsa olsunlar birden fazla krala, senyöre katlanmazlar. Bu Türklerin kralı Süleyman'ın kullandığı bir örnektir, bunların atası, İrandan dönerken, ordunun Şehzade Mustafa'ya yaptığı tezahüratı ve sevinç çığlıklarını duyduğunda, kıskançlıkla oğlu Mustafa'yı çadırında boğdurtarak öldürttü, ve hemen cesedi ordunun önüne attırdı, yüksek sesle “gökyüzünde Tek Allah, yeryüzünde tek Sultan vardır” dedi; iki gün sonra kardeşine ağlayan Şehzade Gobe'yi¹³¹ ve hayatından endişe ederek kaçan üçüncü şehzade Mehmet'i¹³² öldürttü. Birden fazla senyörün mahzurlarından sakınmak için sadece birini hayatta bıraktı”.¹³³

Monarşinin doğal niteliğinin diğer bir kanıtı şudur, onun bütün dünya milletleri, Asurlular, Persler, Mısırlılar, İskitler, Galyalılar, İngilizler, Türkler, Moskovalılar (Ruslar), Tatarlar ve Afrikalılar tarafından benimsendiğini görmekteyiz”.¹³⁴

Gökyüzünde de tek güneş... Evrende tek Tanrı... Eski uygarlıklarda da tek kişi egemenliği... Örneğin, Asurlularda, Perslerde, Mısırlılarda, Makedonyalılarda... Sonra teorik planda kalındığında egemenliğin tek kişide, bir azınlıkta ya da halkta olabileceği düşünülebilir, ama uygulamada egemenliğin sadece tek kişide olması, onun bölünmezliği ve mutlak olma niteliği ile uyuşur.¹³⁵

Bodin'in monorşiyi savunmasının ikinci gerekçesi, teorileştirdiği egemenlik kavramından kaynaklanmaktadır. Bodine göre monarşi, egemenliği tam olarak ayakta tutabilecek yegane yönetim şeklidir;

¹³¹ İtalyanların Gobbe olarak adlandırdığı Şehzade Cihangir. THİEC, a.g.m, s.68.

¹³² Bu da İran'a kaçan ve orada İran Şahına öldürtülen Şehzade Bayazıt olmalıdır. THİEC, a.g.e, s. 69

¹³³ BODİN, République, s.334

¹³⁴ CHAUVIRE, a.g.e, s. 343

¹³⁵ GÖZE, a.g.e, s. 141

“Bir devletin temel göstergesi, yani egemenlik gücü, monarşi dışındaki yönetim biçimlerinde sürdürülemez. Çünkü, bir devlette ancak bir egemen olabilir. Eğer iki, üç veya daha fazla kişi olursa hiçbiri egemen olmaz, çünkü hiçbiri diğerlerine bir kanun dikte edemez ve onların kanunlarını kabul etmez. Kolektif bir egemen güç hayal etmek mümkündür, hüküm yetkisi bir sınıfa veya tüm halka verilebilir; ancak egemen gücün kullanma yetkisi diğer herkesi etrafında birleştirecek tek bir kişiye verilmezse, yani devletin bir başı olmazsa ne gerçek tebaası ne de gerçek bir koruyucusu olur. Egemenlik otoritesine sahip olmayan herhangi bir hükümdar bu işlevi yerine getiremez. Ayrıca, hâkim sınıf veya tüm halk çoğu zaman görüldüğü üzere bölünürse bu anlaşmazlık kavgaya ve güç kullanmaya yolaçar, herkes birbirine silah çeker”.

136

Bodin monarşiyi tercih edişinin üçüncü gerekçesi olarak, monarşide ehliyet sahiplerinin daha isabetle seçilebileceği düşüncesini ileri sürer:

“Her ülkede bilgeler ve erdemliler pek az sayıdadırlar... Ancak egemen monark sayıca az ama bilge olan grubun desteğini isteyebilir ve devlet işleri için deneyim sahibi, uzman danışmanları seçebilir. Demokratik ve aristokratik devletlerde hem akıllıları hem de aptalları çeşitli makamlara ve meclislere almak gerekecektir”.¹³⁷

Bodin’e göre mutlakiyet kanun yapan ama yaptığı kanunlarla kendisi bağlı olmayan bir egemen tespit etmesi bakımından rejimler arasında en savunulabilir olandı. Egemenliği tek bir bireyin eline vermenin en bariz faydası, onun bölünmez olmasını sağlamasıydı: Egemenlik nihai otorite olmasını sağlayacak tek bir seste ifadesini bulabilirdi.¹³⁸

Bodin verasete dayalı monarşiyi savunurken de diğerleri yanında Osmanlı örneğini verir :

“Hatırlatmak gerekir ki, Barbarlar, Asurlular, Medler, Mısırlılar, Asyalılar, Partlar, Hindliler, Afrikalılar, Türkler, Tatarlar, Araplar, Moskovalılar, Keltler, İngilizler, İskoçyalılar, Fransızlar, İspanyollar, Perulular, Berberiler, Etyopyalılar ve sayısız diğer halklar sadece veraset usulüyle krallara sahip olmuşlardır”.¹³⁹

¹³⁶ BODIN, République, s.310

¹³⁷ BODIN, République, s.310

¹³⁸ HEYWOOD, Andrew *Siyaset*, Adres yayınları, 15. Baskı, Ankara 2015, s.51

¹³⁹ BODIN, République, s.317

Döneminin koşullarında kralın kişiliğinde somutlaşmış olan siyasal iktidarı her türlü kayıt ve sınırlandırmadan bağımsızlaştıran Bodin, bu yöndeki düşüncelerini egemenlik kavramına dayandırmıştır. Artık, onun düşüncesine göre, ne papalık, ne kilise, ne de halk, egemen devlet anlayışına karşı hiç bir üstünlük, ayrıcalık, sınırlandırma öne süremeyecektir.¹⁴⁰

3.4.3. Monarşi biçimleri ve Osmanlı devleti

Bodin üç tip monarşiden bahsetmektedir;

“Krallık monarşisi ya da meşru monarşi (la Monarchie royale, ou légitime) uyrukların hükümdarın yasalarına, hükümdarın da doğal özgürlüğü ve malvarlıklarının mülkiyetini uyruklara bırakarak doğal kanunlara itaat ettiği devlettir. Senyörlük monarşisi (La Monarchie seigneuriale) prensin silah gücü ve meşru savaş yoluyla kişilerin ve malvarlıklarının efendisi olduğu ve kölelerinin aile babası gibi uyruklarını yöneten devlettir. Tiranik monarşi (La Monarchie tyrannique) monarkın doğal kanunları hiçe sayarak hür insanları köleler olarak, uyruklarının mallarını kendisinin gibi suistimal ettiği devlettir”.¹⁴¹

Bodin, krallık monarşisi ile senyörlük monarşisi arasındaki farka ve ilişkiye şöyle açıklık getirmektedir:

“Krallık monarkı doğal özgürlüğü ve malvarlıklarının mülkiyetini her birine bırakarak uyrukların kendine karşı olmasını istediği gibi doğal kanunlara uygun davranan ve itaat eden kişidir. Bu son kelimeleri adil ve erdemli bir Prens olabilen ve uyruklarını adil şekilde yönetebilen bununla birlikte malların ve kişilerin efendisi olarak kalabilen senyörlük prensinin farkını ortaya koymak için söyledim. Eğer Senyörlük monarkı, düşmanlarının ülkesini haklı bir savaşla fethederek onları özgür bırakır, kendilerinin ve mallarının mülkiyetini onlara verirse, senyör kral olur ve senyörlük monarşisini krallık monarşisine çevirir”.¹⁴²

Görüldüğü üzere, Bodin “senyörlük monarşisinin” tiranlıkla ilgili aynı olmadığını özellikle vurgulamaktadır. Senyörlük monarşisinin meşru bir idare şekli olduğunda ısrar etmektedir: Bu monarşi türü meşru savaşta zafer kazanmakla başlar ve kralın tebaasını keyfi ve bencilce sömürmesi yerine aile sevgisi benzeri bir idare sistemi içerir.

¹⁴⁰ YETKİN, a.g.e, s. 461

¹⁴¹ BODIN, République, s. 123

¹⁴² BODIN, République, p. 124

Bodin'in yazılarında tekrarlanan klasik senyör monark örneği, Osmanlı sultanıdır.¹⁴³ Bu konuda Bodin Louis Le Roy gibi yazarlara göre çok daha olumlu bir yorum getirmiştir.¹⁴⁴

Bodin senyörlük monarşisinin tanımından anlaşılacağı üzere, senyörün kişiler ve mallar üzerindeki mülkiyetini Roma hukukuna dayanan sırf fetih hakkı (*droit de conquête*) ile açıklanmaktadır. Le Thiec'e göre ilginç olan Bodin'in bu kuralı fetihleri Hristiyan devletler aleyhine gerçekleştiren müslüman Osmanlı devleti lehine kullanmasıdır.¹⁴⁵

Diğer yandan Bodin Osmanlıya ilişkin verdiği örnekler Devletin Altı Kitabı'nda tek bir bölümde veya "senyörlük monarşisi" başlığı altında yer almamaktadır. Bu örnekleri ve karşılaştırmaları iyi düzenlenmiş bir devletin özelliklerini ortaya koymak amacıyla, kitabının tamamına serpiştirmiştir. Dolayısıyla eserin bütününe bakıldığında Bodin'in Osmanlı'nın bir çok kurumunu krallık monarşisinin esinlenmesi gereken hususlar olarak gördüğü, bu nedenle Osmanlı sistemini uygulamada Krallık monarşisine yaklaştığını düşündüğü ortaya çıkmaktadır.

Bodin, Devletin Altı Kitabından önce kaleme aldığı diğer bir eserinde de (Tarihi Kolay Anlama Yöntemi) senyörlük monarşisinin tiranlık monarşisi ile karıştırılmaması gereğine dikkat çekmektedir:

"İyi ve adil bir savaşta düşmanlarını yenen, savaşın kurallarına göre düşmanlarının malvarlığı ve onlara bağlı kişiler üzerinde mutlak hakkı olduğunu farz eden ve sonrasında milletler kanununa göre bir evin hâkiminin kölelerine ve onların mallarına sahip olması ve doğru bulduğu zaman onları satması gibi düşmanlarını köle haline getiren bir prensle ilgili uygunsuz olan hiçbir şey yoktur. Fakat adil olmayan bir savaş sayesinde ya da diğer farklı yollarla özgür insanları köleleştiren ve onların mallarına el koyan bir prens bir senyör değil bir tirandır".¹⁴⁶

¹⁴³ MALCOLM, a.g.m, s. 205

¹⁴⁴ MALCOLM, a.g.m, s. 206. Louis Le Roy gibi on altıncı yüzyıl yazarları bu kategoriye sultanın yönetim tarzını açıklamak için geliştirmişler ve çok olumsuz yorumlar yapmışlardır: Le Roy senyörlük yönetimini "Sultanın kullarının ona hayvanlar gibi itaat etmek zorunda olduğu... Sultan'ın bugünkü otoritesi gibi... Senyörün mutlak ve keyfi bir şekilde yönettiği ve tebaasının hayatı ve ölümü üzerinde tam güce sahip olduğu katı bir yönetim şekli..." olarak tanımlamaktadır. "senyörlük veya despotik yönetim fikrinden sonraki "Doğu despotizmi" ile ilgili Batı teorisi ortaya çıkmıştır. MALCOLM, a.g.m, s. 206

¹⁴⁵ LE THIEC, Guy, "L'Empire ottoman, modèle de monarchie seigneuriale dans l'œuvre de Bodin", in *L'œuvre de Jean Bodin*, éd. G.-A. Pérouse *et al.*, Paris: H. Champion, 2004, s. 62

¹⁴⁶ TURCHETTI, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/bodin/>, erişim: 1.12.2015

Senyörlük ile tiranlık arasındaki fark son derece önemlidir. Senyörlük, meşru ve bazen de yasaldır. Tiranlık ise hiçbir zaman meşru olmadığı gibi her zaman yasadışı ve tabii hukuka ve ilahi kanunlara aykırıdır.¹⁴⁷

Siyaset bilimi alanında, senyörlük monarşisi statüsü Osmanlı devletini, meşru monarşilerin karşısında konumlanan ve tek otoriter monarşi olan tiranlıklar arasında sayılmasını önlemekteydi.¹⁴⁸

Bodin Devletin Altı Kitabı'nın sonuna doğru kraliyet monarşisinin en iyi olduğunu ilan etmiştir. Ancak krallık yönetimine göre daha iyi veya daha etkili olarak senyörlük yönetimi olarak gördüğü bir temel kriterin olduğu da vurgulanmalıdır: rejimin veya devletin istikrarı ve sürekliliği. İç barış konusuna değer veren ve en kötü tiranın bile anarşiye tercih edildiğini belirten bu siyaset teorisyeninin pratik kaygıları dikkate alındığında, bu durum kendisi için önemli bir husus olmalıdır. Senyörlük monarşisini açıklarken belirttiği üzere, senyörlük monarşileri büyük ve uzun süreli olmuştur hep... Senyörlük monarşisi krallık monarşisinden daha uzun ömürlüdür. Bunun nedeni ise daha heybetli olmasıdır.¹⁴⁹

Bodin kralın şahsına ve önemine ilişkin olarak dönemin Osmanlı sultanlıları için kullanılan ifadelerle benzer düşünceler ileri sürer. “Dünyada Tanrı'dan sonra en büyük varlıklar hükümdarlardır. Diğer insanları yönetmek için Tanrı tarafından vazifelendirilmişlerdir, onun vekilidirler. Bu itibarla onların niteliklerini iyice bilmek gerekir ki, tam bir itiat ile ululuklarına hürmet ve kulluk gösterilebilsin ve onlardan tam bir kemal-i tazimle söz edilebilsin. Zira hükümdarına saygısızlık eden, Tanrıya saygısızlık eder. Hükümdar Tanrının yeryüzündeki gölgesidir”.¹⁵⁰

3.5.EGEMENLİK YETKİSİNİN KULLANIMININ SINIRLARI

Daha önce belirttiğimiz gibi Bodin'e göre, egemenlik sınırsızdır ve hiçbir sınırlama tanımaz. Sadece hükümdar veya devlet başkanı daha doğru bir ifade ile egemenliğin icrası doğal hukuk ve ilahi kanunlarla sınırlanmıştır.¹⁵¹ Fransa Kralları ihtişamlıdır çünkü onların egemenliği tabii hukuk ve ilahi

¹⁴⁷ TURCHETTI, erişim: 1.12.2015

¹⁴⁸ LE THIEC, a.g.m, s. 621

¹⁴⁹ MALCOLM, a.g.m, s.208

¹⁵⁰ MERİÇ, a.g.e, s. 196 (JANET, Paul, *Histoire de la Science Politique*, 1887'den naklen)

¹⁵¹ MAIRET, Gérard, “Les Six Livres de la République et la fondation moderne de l'État profane”, dans *Jean Bodin, Les six livres de la République. Un abrégé du texte de l'édi-*

kanunlarla sınırlandırılmıştır.¹⁵²

Bodin'in devlet tanımında yer alan adil şekilde (hakkaniyete uygun olarak) yönetilme (*un droit gouvernement*) kriteri doğal kanunlara uygundur. Bu kanunlar herşeyden önce tanrının iradesinin ifadesi olduğu için kutsaldır.¹⁵³

Dolayısıyla, monarşi monarkın doğal yasaları çiğnediği; özgür insanlara köle muamelesi yaptığı, uyruklarının mallarını kendi malı gibi kullandığı tiranlık yani zorba bir yönetim de olmayacaktır. Çünkü egemen yöneticinin yasalarının üstünde, tanrısal iradenin yansıması olan doğal yasalar vardır ve bu doğal yasalar içinde de birinci planda uyrukların mülkiyet haklarına ve özgürlüklerine saygı gelir. Yöneticinin uyrukların mülkiyet haklarına ve özgürlüklerine, yani doğal yasaya saygılı olduğu ve uyrukların da yöneticilerin yaptığı yasalara uygun davrandıkları zaman monarşi meşru olur.¹⁵⁴

Tirandan korkma fikri, ilk çağlardan beri gelişerek bütün düşünürlerin kafasında yer etmiştir. Bodin de tiranlığı/zorbalığı, Stoacılar ve Aquino'lu Thomas, gibi doğal hukuka dayanarak yerer. Bu doğal hukukun ilk kuralı yurttaşların doğal özgürlüklerine ve mallarına saygıdır. Krallığın haklı, meşru bir yönetim olmasını ister Bodin. Yani, uyruklar Krala boyun eğerken, Kral da, Kutsal aklın yankısı diye bellediğimiz doğal yasaya uymalıdır.¹⁵⁵

Karma görüş taraftarlarının iddia ettiği gibi Prens öldürülebilir mi? Burada Bodin ikili bir ayrıma girmektedir. Prens başka bir prens tarafından öldürülmesi ve prensin uyrukları tarafından öldürülmesi. Birinci ihtimali bir çok örneğin yanı sıra Timur ve Yıldırım Bayazıt örneği üzerinden açıklamaktadır.

“Meselemizin asıl güçlüğü, şunda yatıyor ; yani, devletin başına/ iktidara seçim, veraset haklı savaş veya Tanrının özel seçimi ile gelmiş olsun eğer egemen prens zalim ve kötü ise öldürülebilir, zira tiran kelimesine verilen mana budur. Bu meseleye değinen çok sayıda hukukçu ve ilahiyatçı ayırım yapmaksızın ve hatta birileri bu iki bağdaşmaz kelimeyi çok güzel ve

tion de Paris de 1583, Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris : Librairie générale française, 1993, 607 pp. Le livre de poche, LP17, n° 4619. Classiques de la philosophie, s.47 <http://classiques.uqac.ca/>

¹⁵² TURCHETTI, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/bodin/>, erişim: 1.12.2015

¹⁵³ CHANTEUR, a.g.m, 285-286

¹⁵⁴ GÖZE, a.g.e, s. 141

¹⁵⁵ AKIN, a.g.e, s. 100

çiçekli Monarşileri tahrip eden tiran kral'ı koyarak tiranın öldürülmesinin meşru olduğuna karar vermişlerdir. Bu sorunun ilişkin olarak iyi bir karar verebilmek için mutlak egemen olan ve olmayan prens arasında ve uyruklar ile yabancılar arasında ayrıma gitmek gerekir. Zira tiranın meşru şekilde bir yabancı prens ya da bir uyruk tarafından öldürülmesini söylemek oldukça farklı hususlardır...Keza Tatarların prensi Timur zorbalığını cezalandırmak ve ezilmiş halkları kurtarmak için geldiğini söyleyerek, İstanbulu kuşattığı sırada Türklerin Kralı Beyazıt'a savaş ilan ettiği zaman, gerçekten de Stellan dağı ovasında yapılan meydan savaşında onu yenmiştir. 300 bin Türkü öldürüp ya da esir aldıktan sonra bir kafeste zincirlenmiş tiranı öldürmüştür. Bu durumda erdemli prens bir tirana karşı güç, nezaket ya da adaletle muamele edebilir. Doğru olan, tiranı esir alan erdemli prensin ona karşı devletler hukukunu uygulamaktan ziyade bir cani, katil ve hırsız gibi onu yargılaması ve cezalandırmasıdır. Fakat uyruklara gelince, Prens mutlak olarak egemen olup olmadığını bilmek gerekir, çünkü mutlak olarak egemen değilse, egemenlik ya halka ya da senyörlere aittir".¹⁵⁶

Mutlak olarak egemen olan Prense ilişkin olarak ise Türkiye'yi de zikrederek şöyle demektedir :

“İktidarı şüphe götürmeyen ve egemenliği uyruklarla bölüşmeyen Fransa, İspanya, İngiltere, İskoçya, Etiyopya, Türkiye, İran Moskova'nın gerçek monokralı gibi ise, Prens mutlak olarak egemendir. Bu durumda ne tek bir uyruğun ne genel olarak herkesin Monarkın fiili olarak veya yargı yoluyla olsun, söylenebilecek tüm kötülükleri haksızlıkları ve işlemiş olsa bile ne onuruna ne hayatına kastetmesi söz konusu olmaz. Çünkü yargı yoluna ilişkin olarak, uyruğun tüm iktidarın ve hükmetme otoritesinin bağlı olduğu ve bütün hakimlerin yetkilerini geri alabileceği gibi onun huzurunda bütün hakimlerin, kurulların, meclislerin ve toplulukların yargı yetkileri ve iktidarları bittiğinden prensi üzerinde asla yargı yetkisi yoktur”.¹⁵⁷

Bodin'in egemenlik yetkisinin kullanılmasına ilişkin öngördüğü teorik sınırlamalar Osmanlı devletinde uygulanmıştır. Bunlardan biri doğal hukuk kapsamında görülebilecek adalet ilkesidir.

Bu konuda İnalcık şöyle der: “Prensip bakımından Osmanlı ülkesi ve halkı, iktidarını Tanrı'dan alan ve yalnız Tanrı önünde sorumlu patrimonial, mutlak bir hükümdarın hükmü altındadır. Bununla beraber onun bu iktidarı,

¹⁵⁶ BODIN, République, s.134.

¹⁵⁷ BODIN, République, s.135.

siyasî bir pragmatizm dairesinde kanun ve adalet prensiplerine göre icra etme zorunda olduğu da bir gerçektir. Bu esaslar, gerçekte bürokrasiyi, hatta idareye karşı dava hakkı olan reayayı, hükümdar karşısında direnç gösterebilen bir güç durumuna getirmektedir.¹⁵⁸ Adalet anlayışı, haksızlıkları kaldırma çabasıyla ilan edilen adaletnameler, bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Bürokratlar, asker ve ulema ile birlikte hareket ederek bu hükümleri çiğneyen bir hükümdarın saltanatına son verebilir; Osmanlı tarihinde bunun misalleri az değildir. Bürokrasi; kanunu, yani devlet idaresinde objektif kuralları temsil eden bir kurum olarak, din ve devletin selameti adına hükümdarın karşısına çıkma gücüne sahiptir. Buna karşı hükümdar da, bürokratu (veziriazamı) hiçbir kurala bağlı olmaksızın azletme gücüne sahiptir; böylece bu iki güç arasında bir dengeden söz etmek mümkündür. Bu durum yazıya dökülmemiş bir anayasal denge rejimini anımsatır. Osmanlı devletinin uzun yıllar payidar olmasını, tarihçi böyle çözmektedir”.¹⁵⁹

Osmanlı padişahlarının egemenliğini sınırlandıran diğer ilke ise şer’i hukuk, başka bir ifadeyle ilahi hukuktur.

Osmanlı padişahlarının yetkilerini kullanırken veya görevlerini yerine getirirken şer’i hukuku gözettikleri gözlenmektedir.¹⁶⁰ Bu minvalde, padişahlar şer’i hukukun ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunduğu alanlarda kanun koymamaya, diğer alanlarda da kanun koyarken de bu hukukun genel prensiplerine ters düşmemeye belli bir özen göstermişlerdir.¹⁶¹

Osmanlı Devletinde Padişahın egemenliğin kullanımında, kraliyet monarşisi için öngördüğü ilahi ve doğal yasalar gibi bazı sınırlamalara tabi olduğunun farkında olan Bodin, Tarihi Kolay Anlama Yöntemi’nde şöyle yazmıştır: ‘Müftü veya imam olan kişi ilahi kanunun yorumcusu olarak görülüyor, öyle ki hiç kimse dini ihlal eden bir yasa çıkaramaz.’ *République’in* Latince versiyonunda ise şöyle demektedir: ‘Türk ve Arap beyleri... Müftülerine büyük saygı duymakta ve yasalarıyla ilgili şüpheli sorularda müftülere veya Şeyh-ül İslam’a başvurarak onların karar vermesini

¹⁵⁸ Şerif Mardin bu durumu Sultan ile halk arasında “zımnî sözleşme” olarak kavramsallaştırır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜL, Mehmet Furkan, “Şerif Mardin’in Zımnî Sözleşme Anlayışı Hakkında Çeşitli Yorumlar”, *Siyasetname Dergisi*, Yıl 2015, Sayı 2, ss.24-27.

¹⁵⁹ İNALCIK, Halil, *Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet*, Eren yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2005, s.7.

¹⁶⁰ KAŞIKÇI, Osman, *Osmanlı’da Devlet Başkanlığı*, Yitik hazine Yayınları, İstanbul 2012, s. 22.

¹⁶¹ AKBULUT, İlhan, “Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni”, *AÜEHFD*, C.Iv, S1-2 (2000), s. 241

istemektedirler. Kısıtlama gibi görülebilecek bu duruma rağmen Bodin'e göre, Osmanlı sultanlarının egemenliği "krallık monarşisine" en yakın uçtadır. Kulluk rejimi ılımlaştırılmıştır; kontrol ve denge üst normlarla sağlanmaktadır. Ayrıca tüm iktidar sistemi, insanlara zulüm edecek şekilde değil, erdem sahibi olanları yükseltip ödüllendirmek üzerine kuruludur. Bodin bir tartışmasında, sultanın yönetiminin "kraliyet" monarşisinin temel özelliklerinden birini paylaştığını belirtmiştir. Egemenin niteliği ile hükümetin niteliği arasındaki farkı anlatırken şöyle yazmıştır: Egemen monark, insanlar arasında ayırım yapmadan makam ve rütbe dağıttığında demokratik bir hükümet olabilir. Ancak Monark asillere, zenginlere, yiğitlere veya erdem sahiplerine makam ve rütbe verdiğinde, kraliyet monarşisi olur.' Bodin'in sultanın yüksek görevleri erdem ve asil davranışlar temelinde dağıtmasını övdüğü düşünülürse, bu ifadelerinden Osmanlı sisteminin senyörlük yönetimi ile krallık yönetiminin temel özelliklerini bağdaştırdığını düşündüğü yorumu yapılabilir.¹⁶²

SONUÇ

Türk tarihinin en parlak dönemlerinden olan 16. yüzyıl Avrupa'da Türklere karşı korkunun saygıya dönüştüğü ve Batılılarca Osmanlı devletinin ve toplumunu gözlenmesine dayanan çok sayıda eserin yayınlandığı bir dönemdir. 16'ncı yüzyılın büyük siyasî düşünürleri arasında yer alan Jean Bodin sıkı mutlak monarşi taraftarlığı ve modern devletin bir unsuru olarak egemenlik kavramını teorileştirmesi, mutlakiyetçi monarşinin en önemli düşünürlerinden olmasının eserlerinde İslam dini ve Türklere karşı olumlu düşünceleri ile de dikkat çekmektedir.

Bodin'in siyasî düşüncelerini içeren ve özellikle de devlet teorisi ve egemenlik kavramı bağlamında kendinden sonrasını derinlemesine etkileyen "Devletin Altı Kitabında" yer alan Osmanlı kurumlarına ilişkin bilgilerin tarihi veriler ışığında incelenmesi, Bodin'in egemenlikle donatılan devlet teorisini oluştururken Osmanlı devlet yapısı ve kurumlarından etkilendiğini ortaya koymaktadır. Bodin meşru bir devlet türü olarak "senyörlük monarşisi"ne örnek verdiği Osmanlı devletinin birçok kurumu hakkında övgü dolu ve son derece olumlu ifadeler kullanmıştır.

Diğer yandan Budinin Osmanlıya ilişkin verdiği örneklerin çoğu Devletin Altı Kitabında tek bir bölümde veya "senyörlük monarşisi" başlığı

¹⁶² MALCOLM, a.g.m, s. 210

altında yer almamaktadır. Osmanlıya ilişkin örnekleri ve karşılaştırmaları iyi düzenlenmiş bir devletin özelliklerini ortaya koymak amacıyla, kitabının tamamına serpiştirmiştir. Dolayısıyla eserin bütününe bakıldığında Bodin'in Osmanlı'nın birçok kurumunu "krallık monarşisinin" "esinlenmesi gereken modeller olarak gördüğü, bu nedenle de Osmanlı sisteminin uygulamada krallık monarşisine yaklaştığını düşündüğü söylenebilir.

Bodin'in siyasî düşüncesinde Osmanlı devleti 16. yüzyıl'da istikrarlı, güçlü, zengin, politikaları dinsel hoşgörü, adalet ve liyakate dayalı örnek bir devlet modeli olarak öne çıkmaktadır. Bodinin devlet teorisi bağlamında özellikle aşağıdaki konularda Osmanlı kurumlarından büyük ölçüde etkilendiği görülmektedir: Monarşinin ideal ve doğal yönetim şekli olduğu düşüncesi, egemenliğin "mutlaklık, süreklilik, bölünmezlik ve devredilemezlik" özellikleri, iç barışın ve kamu güvenliğinin tesisi için dini hoşgörünün gerekliliği ve egemenin ilahi ve doğal hukuk tarafından sınırlanması.

Bir makale kapsamını hayli aşacak olan Bodin'in devlet teorisi üzerindeki Osmanlı etkisini bütün boyutlarıyla ortaya çıkarabilmek, ancak hukuk, siyaset bilimi ve tarih eksenli interdisipliner bir doktora tez çalışması ile mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali (Editör), **Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler**, İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2013

AKAD, Mehmed, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 10 Baskı, DER Yayınları, İstanbul 2014

AKBAY, Muvaffak, **Umumi Amme Hukuku Dersleri**, Cilt 1, 4. Bası, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961

AKBULUT, İlhan, "Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni", AÜEHFD, C.IV, S.1-2 (2000), ss. 219-256

AKIN, İlhan F., **Kamu Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul 1979

ALATLI, Alev, **Batıya Yön Veren Metinler –II- (1350-1650)**, Kapadokya MYO Yayınları, 1. Basım, 2010

ARIKAN, Zeki, “**Guillaume Postel ve Reépublique of Turcs**”, http://egeweb2.ege.edu.tr/tid/dosyalar/II_1984/TIDII-198402-05.pdf erişim: 12.05.2015

ARMAĞAN, “**Abdüllatif, Klasik Dönemde Osmanlılarda Devlet Yönetim Anlayışına Dair Bazı Düşünceler**”, ss. 139-156, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/26/1010/12249.pdf> , erişim.

BERİŞ, Hamit Emrah, **Küreselleşme Çağında Egemenlik**, Lotus yayınları, Ankara 2006

BERRIOT, François, “Remarques sur la découverte de l’Islam par l’Occident, à la fin du Moyen-Age et à la Renaissance ”. In: **Bulletin de l’Association d’étude sur l’humanisme, la réforme et la renaissance**. N°22, 1986. pp. 11-25.

BERRIOT, François, 1994, “Jean Bodin et l’Islam”, in his **Spiritualités, hétérodoxies et imaginaires**, Saint-Etienne: Publications de l’Université de Saint-Étienne, ss. 207–220.

BODIN, Jean, **Les Six livres de la République de I. Bodin Angevin...** Reueuë, corrigée et augmentée de nouveau, <https://play.google.com/books/reader?id=b8610D14Dx4C&printsec=frontcover&output=reader&hl=tr&pg=GBS.PR6>

BODIN, Jean, **Les six livres de la République. Un abrégé du texte de l’édition de Paris de 1583**, Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris : Librairie générale française, 1993, 607 pp. Le livre de poche, LP17, n° 4619. Classiques de la philosophie, <http://classiques.uqac.ca/>.

CHANTEUR, Janine, “La loi naturelle et la souveraineté chez Jean Bodin”, in: **Théologie et droit dans la science politique de l’État moderne**. Actes de la table ronde de Rome (12-14 novembre 1987) Rome : École Française de Rome, 1991. pp. 283-294. (*Publications de l’École française de Rome*, 147)

CHAUVIRE, Roger, **Jean Bodin, auteur de la “République”**, <https://archive.org/details/jeanbodinauteur00chau>, erişim: 15.12.2015

CREMER, Albert, “L’Empire ottoman, modèle de l’État moderne ? La Turquie vue par des auteurs politiques du XVI^e”

siècle, p. 37-74.in : *Comparaisons, raisons, raisons d'État. Les politiques de la république des lettres au tournant du XVIIe siècle* sous la dir. d'Armelle Lefebvre, Munich, R. Oldenbourg Verlag (*Ateliers des Deutschen Historischen Instituts Paris*, Bd. 6), 2013, s.37-74

ÇETİN, Halis, “Modern Devletin Egemenlik (Kurucu İktidar) Döngüsü”, **Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, [S.I.], Haziran 2002, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/asbed/article/view/5000072374>>doi:<http://dx.doi.org/10.11616/AbantSbe.77>, ss.56-75 erişim: 11 .12.2015

DEMELEMESTRE, Gaëlle Valeyre-, “**Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVI `eme-XVIII `eme siecles)**”, **Philosophy. Université Paris-Est**, 2009, ss. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00503799/document>, erişim: 5.12.2015

ERGÜL, Mehmet Furkan, “Şerif Mardin’in Zımnî Sözleşme Anlayışı Hakkında Çeşitli Yorumlar”, **Siyasetname Dergisi**, yıl 2015, sayı 2, ss. 24-27

EROĞLU, Haldun, “Osmanlılarda İktidarın Değişim Süreci ve Meşruiyet Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi** 43,2 (2003, ss. 19-39, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/26/1010/12249.pdf>

FRANKLIN, Julian H., **Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste**, PUF, Paris 1993

GOFFMAN, Daniel, **The Ottoman Empire and early modern Europe**, Cambridge University Presse, 2014

GOFFMAN, Daniel (çev.Ülkün Tansel), **Osmanlı Dünyası ve Avrupa, 1300-1700**, 4. Baskı, Kitap Yayınevi, İstanbul 2014.

GÖRGÜN, Tahsin, Batının Sosyo - Politik Oluşumunda Osmanlı'nın Etkisi, <http://www.hazargrubu.org/hazar-akademi/tarih-ve-iktisat/253-batinin-sosyo-politik-olusumunda-osmalinin-etkisi.html>

GÖYÜNÇ, Nejat, “16. Yüzyılda Avrupa’da Türkler İle İlgili Yayınlar”, **Cogito**, Sayı 19, Yaz 1999, ss. 313-319

GÖZE, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, 14. Baskı, Beta, İstanbul 2013

GÜRİZ, Adnan, “Türkiye’de Hukukî Posivitizm”, s.161, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/adnan.pdf

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı**, seçkin Yayınevi, Ankara 2004

HEYWOOD, Andrew, **Siyaset**, 15. Baskı, Adres yayınları, Ankara 2015

Ivo, Rens, Histoire des doctrines politiques (31 mai 2000), s.46, http://classiques.uqac.ca/contemporains/rens_ivo/histoire_doctrines_politiques/histoire_doctrines%20pol.pdf, erişim: 16.11.2015

LEWIS, Bernard, **İstanbul ve Osmanlı Uygarlığı**, (Çev. Nihal Önal), Bilge Kültür Sanat, İstanbul 1975

İNALCIK Halil, “Osmanlı Hukukuna Giriş Örfi-Sultan’i Hukuk ve Fatihin Kanunları”, Bülent Arı, SelimAslantaş (Editörler), **Halil İnalçık Adalet Kitabı**, Yeditepe, 2. Baskı, İstanbul 2015

İNALCIK, Halil, **Devlet-i ‘Aliye I**, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2012

İNALCIK, Halil, Modern Avrupa’nın Gelişmesinde Türk Etkisi, in Kemal H. Karpat, **Osmanlı ve Dünya, Osmanlı Devleti ve Dünya Tarihindeki Yeri**, 5. Baskı, İstanbul 2015

İNALCIK, Halil, **Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600)**, 17. Baskı, YKY, İstanbul 2012

İNALCIK, Halil, **Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet**, Eren yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2005

İNALCIK, Halil, “padişah maddesi”, **İslam Ansiklopedisi**, Cilt: 34; sayfa: 142

JOUBERT (J.-P.), “Bodin et la théorie des relations internationales”, in **Oeuvre de Jean Bodin (L’)**: Champion, 2004, pp. 77-100

KARPAT, Kemal H., **Osmanlı ve Dünya, Osmanlı Devleti ve Dünya Tarihindeki Yeri**, 5. Baskı, Timaş yayınları, İstanbul 2015

KARPAT, Kemal. H. (Mülakat Şenay Erray), “Osmanlı ve Cumhuriyetin Devlet Anlayışı Üstüne: Benzerlikler ve Farklılıklar”, **Muhafazakar Düşünce, Devlet**, Yıl 7 Sayı: 28, Nisan 2011

KAŞIKÇI. Osman, **Osmanlı’da Devlet Başkanlığı**, Yitik hazine

Yayımları, İstanbul 2012

KILIÇ, Seval, **Kanun-i Esasi'de Egemenlik Anlayışı**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi

KÖPRÜLÜ, Fuad, **Les institutions juridiques Turques au moyen-age : y a-t- il un droit public turc distinct du droit public musulman?**, Ankara 1937

Le républicanisme de Bodin - Rationalités Contemporaines www.rationalitescontemporaines.paris-sorbon

LE THIEC, Guy, “L’Empire ottoman, modèle de monarchie seigneuriale dans l’œuvre de Bodin”, in **L’œuvre de Jean Bodin**, éd. G.-A. Pérouse *et al.*, Paris: H. Champion, 2004, pp. 55–77.

MAIRET, Gérard, Les Six Livres de la République et la fondation moderne de l’État profane, dans Jean Bodin, Les six livres de la République. Un abrégé du texte de l’édition de Paris de 1583, Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris : Librairie générale française, 1993, 607 pp. Le livre de poche, LP17, n° 4619. Classiques de la philosophie, <http://classiques.uqac.ca/>

MALCOLM, Noel, “Positive views of Islam and of Ottoman rule in the sixteenth century: the case of Jean Bodin.” In Contadini, Anna and Claire Norton, eds. **The Renaissance and the Ottoman world**. Farnham, Surrey, England; Burlington, VT: Ashgate, 2013, ss.197-217

MERİÇ, Cemil, **Umrandan Uygarlığa**, İletişim yayımları, 22. baskı, İstanbul 2015

OKTAY, Cemil, “...Ve Bunun Gibi Tedbîre Siyaset Dirler.” Tursun Bey’in Siyaset Tanımı Üzerine Notlar, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi No:40 (Mart 2009), ss. 43-51

ORTAYLI, İlber, **Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi**, 4. Baskı, Cedit Neşriyat, Ankara 2012

ÖZMAN, M. Aydoğan, Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1964, Cilt 21, Sayı 1-4

RUDOLF, Harriet, “The Ottoman Empire and the Institutionalization of European Diplomacy, 1500-1700”, in **Islam and International Law** (Edited by Marie-Luisa Frick, Andreas Th. Müller, , Martinus Nijhoff, Leiden/Boston

2013, pp 161 –183.

SAYGILI, Abdurrahman, “Modern Devlet’in Çıplak Sureti”, **AUHFD**, 59 (1) 2010, ss. 61-97

ŞENTOP, Mustafa, “Siyasî Hakimiyetin Kaynağı Meselesi ve Osmanlı Telakkisi”, **e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Temmuz 2004, Sayı 29

TUNÇAY, Mete, (Der.): **Batı’da Siyasî Düşünceler Tarihi (Seçilmiş Yazılar II)**, Ankara: Teori Yay. 1986

TURCHETTI, Mario, “Jean Bodin”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/bodin/>, erişim: 1.12.2015.

ÜLKEN, Hilmi Ziya, **Yeni Zamanlar Felsefesi**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2015

YETKİN, Çetin, **Siyasal Düşünceler Tarihi II**, Güner Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2012

YILMAZ, Gülay, “Osmanlı Yönetiminin Oryantalist İnşası”, **Studies of Ottoman Domain**, Cilt: 4, Sayı:7 Ağustos 2014, ss.54-81. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2576185> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2576185>

YURTSEVEN, Yılmaz, “Osmanlı Klasik Döneminde İdeoloji, Din ve Siyasî Meşruiyet Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI.S.1-2, Y. 2007, s.1259, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/11_50.pdf

YALAN TANIKLIK SUÇU (TCK m. 272)

Neslihan GÖKTÜRK*

ÖZET

Adaletin gerçekleşmesi için maddi vakianın gerçeğe uygun şekilde aydınlatılması zorunludur. Bunun için, karara veya hükme dayanak alınan tanık beyanının gerçeğe uygun olması önemlidir. Oysa ki, tanık çeşitli sebeplerle gerçeğe aykırı beyanda bulunabilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engelleme tehlikesine binaen yalan tanıklık suçu gerek mülga 765 sayılı TCK gerekse 5237 sayılı TCK'da adliye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. Ancak, her iki düzenleme arasında önemli farklar bulunduğu gibi; Alman Ceza Kanunu'nda yalan tanıklık suçunun düzenleniş şekli 5237 sayılı TCK'dan farklılık arz etmektedir. Makalede, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen yalan tanıklık suçu uygulamada ortaya çıkan sorunlar da göz önünde bulundurulmak suretiyle Yargıtay içtihatları ışığında mülga 765 sayılı TCK ve Alman Ceza Kanunu ile mukayeseli olarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Maddi gerçek, delil, tanık, yalan tanıklık, doğruyu söyleme yükümlülüğü, gerçeğe aykırı beyanda bulunma.

CRIME OF PERJURY (Turkish Criminal Code Article 272)

ABSTRACT

Enlightening the factual background of a case is of paramount importance to achieving justice. To this end, the witness statement that are used to arrive at the decision and the verdict of a Court has to be truthful. However, the witnesses, due to several motivations, may provide false statements. Taking such danger into consideration, both the former Turkish Criminal Code (No. 765) and the current Turkish Criminal Code (No. 5237) set forth the crime of perjury in amongst the offences against the judicial bodies or court. Nevertheless, the formulations of the Crime of Perjury in these two Codes differ both from each other and from the provision of the German Criminal Code. In this Article, the crime of perjury as set forth in the Criminal Code No. 5237 will be examined in relation to the former Turkish Criminal Code (No. 765) and the German Criminal Code and with reference to the issues and problems encountered in judicial practice.

Keywords: Factual background, evidence, witness, perjury, the obligation to tell the truth, providing false statement.

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

§ 1. GENEL AÇIKLAMA

Hukuk düzeninin koyduğu normların ihlali halinde, yaptırım uygulanabilmesi için ihlal iddiası ortaya konduktan sonra bir muhakeme faaliyeti yürütülmektedir. Hukuk devletinin gereği olan muhakeme faaliyeti, devletin üstlendiği temel fonksiyonlardan biri olup; amaç, adaletin tecellisidir¹. Muhakeme faaliyetinde “olay gerçekten vuku bulmuş mudur?”, “olay ne şekilde vuku bulmuştur?”, “olayda hangi hukuk normları ihlal edilmektedir?”, “olayla ilişkili kişiler kimlerdir?”, “olayla ilişkili kişilerin sorumluluğu nedir?” sorularına yanıt aranmaktadır. Yanıtlanması gereken bu sorular, muhakeme faaliyetinin iki temel meselesi olan “maddi mesele” ve “hukuki mesele” altında toplanmaktadır. Maddi mesele olaya ilişkindir ve bu mesele kapsamında fiilin gerçekten icra edilip edilmediği, icra edilmiş ise ne şekilde, hangi şartlar altında ve kim tarafından icra edildiği araştırılmaktadır; ki buna sübut, yani ispat meselesi denilmektedir. Hukuki mesele ise, olayın ve olayla ilgili kişilerin hukuk kuralları karşısındaki durumu ile ilintili olup; fiilin hangi hukuk normunu ihlal ettiğinin ve fiili icra eden kişinin sorumluluğunun belirlenmesine yöneliktir². Maddi mesele çözülmeden, bir başka ifade ile sübuta varılmadan hukuki meselenin çözümü mümkün olmadığı gibi; maddi meselenin gerçeğe (aslına) uygun bir biçimde tespit edilmesi, hukuki mesele hakkında doğru sonuca varılması ve muhakemede isabetli bir karar verilmesi, yani adaletin tecellisi bakımından büyük önem taşımaktadır. Adaletin gerçekleşmesi için maddi vakianın gerçeğe uygun şekilde aydınlatılması zorunludur. Bu nedenle muhakeme faaliyetinin özü, maddi gerçeğe ulaşmaktır; bu, tüm muhakeme dalları için geçerlidir.

Uyuşmazlığın konusunu teşkil eden maddi vakianın aslına uygun şekilde aydınlatılması için, geçmişte yaşanan olayı temsil eden³ ve olayın canlandırılmasını sağlayan araçlara ihtiyaç vardır; ki bunlar ispat araçları olan delillerdir. Maddi meseleye yönelik inceleme delillerle doğrudan doğruya

¹ **Müller**, Henning Ernst, in: MK-StGB, Band 3, 2. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2012, Vorbem §§ 153 ff. kn. 7; **Heger**, Martin, in: Lackner / Kühl-StGB, 28. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014, Vorbem §§ 153 kn. 1.

² **Şahin**, Cumhuriyet / **Göktürk**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 2, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 26, 235.

³ Delil olayı temsil edici olmalıdır. Bundan maksat, ispat aracının olayın bir parçası olması veya olayı yansımasıdır. Olayın bir parçasını temsil etmeyen veya olayı aksettirmeyen şey delil değildir. Örneğin olay yerindeki suç aleti olayın bir parçası iken, olaya tanık olan kişinin beyanı ise olayı yansıtan bir delildir. Olayı temsil edicilik, geçmişte yaşanmış olayı anlatılabilir ve gözümüzde canlandırılabilir yeteneğini ifade etmektedir. Delilin sağlam ve güvenilir olması da olayı temsil ediciliğin bir unsurudur (**Şahin / Göktürk**, C. 2, s. 29).

temasa geçilmesini ve delillerin değerlendirilmesini gerekli kılar; delil olmadan maddi meselenin çözümü olanaksızdır, delilsiz sübut olmaz⁴. Hukuk muhakemesinde belge delili ile ispat kuralı geçerlidir. Zira muhakemenin konusunu oluşturan hukuki ilişkinin tarafları, ortaya çıkması olası hukuki ihtilafları da öngörmek suretiyle buna uygun ispat araçlarını (belge) önceden hazırlamaktadırlar. İdari yargılama faaliyeti ise, belge delili üzerinde yapılan incelemelerden oluşup; çoğu zaman ortada uyumsuzluğun konusunu oluşturan idari işlemi tevsik eden bir belge bulunmaktadır. Ancak ceza muhakemesinde durum farklıdır; ispat araçları önceden hazırlanmaz, hatta suç genellikle gizlilik içinde işlenir ve suçtan geriye kalan belirtiler yok edilmek istenir. Bu durum, diğer muhakeme dallarından farklı olarak ceza muhakemesinde beyan delillerinin ve bu bağlamda tanık beyanının ön plana çıkmasını sonuçlamaktadır. Ancak ispat kurallarındaki farklılığa rağmen, tanık beyanı diğer muhakeme dallarında da maddi meselenin çözümü bakımından önemini muhafaza etmektedir. Sonuçta, tanık beyanı tüm muhakeme dalları bakımından müşterek nitelik taşıyan bir delil türüdür.

Ceza muhakemesinde, tanık beyanı, belirti delilleri ile mukayese edildiğinde ulaşılması en rahat delil olduğu gibi; aydınlatılmaya çalışılan olay hakkında doğrudan bilgi verebilir. Buna karşılık, belirti delillerinin hem elde edilmesi hem de olayı doğrudan temsil etmemeleri nedeniyle diğer delillerle desteklenmeleri ihtiyacı daha çok çaba sarf edilmesini gerekli kılmakta; bu durum, tanık beyanının daha çok tercih edilmesine sebebiyet vermektedir⁵. Fakat ispat gücü bakımından mukayese edildiğinde, teknolojik gelişmeler dikkate alınarak kriminalistik biliminin verilerine göre değerlendirilen ve bilimsel delil olarak ortaya çıkan belirtilerin ispat gücü son derece yüksek iken; kaynağının yanlış ya da yalan beyanda bulunması ihtimali bulunan insan olması nedeniyle olayı temsil güvenilirliği açısından üzerinde en çok tartışılan ispat aracı tanık beyanıdır. Buna rağmen, hiçbir hukuk düzeni tanık beyanından vazgeçebilmiş değildir⁶.

⁴ Şahin / Göktürk, C. 2, s. 26; Kunter'e göre de "Hakim, muhakeme sonunda maddi meseleyi çözmek için bir tarihçi gibi, eski olayı yeniden yaşatacak, geçmişin bulutları arasından hakikati görmeğe çalışacaktır. Gerçekten hakim geçmişte ne olduğunu, nasıl olduğunu bilmeğe mecburdur. Bunun için elindeki imkan "bugün"dür. "Bugün"den maksat, bugün var olan ve varlığını duyularımızla öğrenebildiğimiz şeylerdir. İşte "delil" budur." (Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun, Bir Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, no. 322).

⁵ Kühne, Hans-Heiner, "Der Beweiswert von Zeugenaussagen", NStZ 1985/6, s. 252.

⁶ Fezyoğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, 1. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 3.

Uyuşmazlığın konusunu teşkil eden maddi vakianın gerçeğe uygun şekilde belirlenebilmesi için, karara veya hükme dayanak alınan tanık beyanının gerçeğe uygun olması gerekmektedir. Oysa ki, tanık çeşitli nedenlerle gerçeğe aykırı beyanda bulunabilir. Tanık, bilerek gerçeğe aykırı beyanda bulunabileceği gibi (yalan beyan); duyu organları vasıtasıyla olayı yanlış algılama, araya zaman girmesi nedeniyle unutmaya veya yanlış hatırlama, olayın aktarılmasında yetersiz kalma gibi nedenlerle de gerçeğe aykırı beyanda bulunabilir (yanlış beyan). Bu sebeple, delillerin değerlendirilmesi bağlamında tanık beyanına ne ölçüde itibar edileceğinin belirlenmesi önemli bir sorundur⁷.

5271 sayılı CMK ve 6100 sayılı HMK’da tanığın gerçeğe uygun beyanda bulunmasını sağlamaya yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlardan en önemlisi, tanığın; gerçeği açıklama, doğru beyanda bulunma, bildiklerini gizlememe yükümlülüğü altında olmasıdır. Tanık, uyuşmazlığın konusunu teşkil eden somut vakıa hakkında duyu organları vasıtası ile edindiği bilgileri gizlemeden, doğru şekilde beyan etmekle yükümlüdür⁸. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması, TCK’nın 272. maddesinde “yalan tanıklık” suçu olarak tanımlanmıştır.

Maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engelleme tehlikesine binaen yalan tanıklık suçu gerek 765 sayılı TCK gerekse 5237 sayılı TCK’da adliyeye karşı

⁷ Kühne, NSTZ 1985/6, s. 252 ff.; Şahin / Göktürk, C. 2, s. 37; Bu sebeplerdir ki, tanık beyanı hukuk muhakemesinde kesin delil olarak kabul edilmez. bkz. Yargıtay CGK, 1.4.2014, E. 2013/4-498, K. 2014/154 “Tanık beyanı Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasında takdirli delillerdendir. Kesin delil değildir. Çünkü tanık insandır. Yaşadığı ortam, algılama biçimi, kişisel yorumu, aldığı eğitimi, yaşı, cinsiyeti vesaire hususlardan etkilenir, hatta unuttur. İnsan psikolojisi ile ilintilidir.”

⁸ 5271 sayılı CMK’da ve 6100 sayılı HMK’da yer alan ve birbirleri ile benzerlik arz ettiği görülen, tanığın gerçeğe uygun beyanda bulunmasını sağlamaya yönelik bazı düzenlemeler şunlardır: Tanıklıktan çekinme yetkisi (CMK m. 45; HMK m. 247-250), tanıklıktan çekinme yükümlülüğü (CMK m. 46, 47), tanıkların ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenmesi (CMK m. 52/1; HMK m. 261), tanıkların birbirleriyle ve şüpheliyle yüzleştirilmesi (CMK m. 52/2; PVSK ek m. 6; HMK m. 261), tanıklık görevinin öneminin anlatılması (CMK m. 53; HMK m. 256), yemin etme yükümlülüğü (CMK m. 54, 55; HMK m. 258), tanığa tanıklığına ne dereceye kadar güvenebileceği hakkında soru yöneltilmesi (CMK m. 58/1; HMK m. 254; tanıklara itiraz HMK m. 255), tanığın korunmasına ilişkin tedbirler alınması (CMK m. 58/2-5; 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu), tanığa mahkemece soru yöneltebilmesi (CMK m. 59/2; HMK m. 261), keşif sırasında; mağdurun, şüphelinin veya sanığın hazır bulunmasının tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabileceğe şüpheli veya sanığın hazır bulunmamasına karar verilebilmesi (CMK m. 84/3), sanığın yüzüne karşı, bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilmesi halinde sorgu ve dinleme sırasında sanığın mahkeme salonundan dışarı çıkarılabilmesi (CMK m. 200/1), muhakemeye katılan suçluların tanığa soru yöneltebilmesi (CMK m. 201/1; HMK m. 152).

işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 272. maddesine göre “(1) *Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye, dört aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*

(2) *Mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*

(3) *Üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun soruşturma veya kovuşturması kapsamında yalan tanıklık yapan kişi hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(4) *Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi ile ilgili olarak gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

(5) *Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin göz altına alınması veya tutuklanması hâlinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.*

(6) *Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(7) *Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, altıncı fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar artırılır.*

(8) *Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmışsa; yalan tanıklıkta bulunan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

765 sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'da bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması ve tercümanın gerçeğe aykırı çeviride bulunması yalan tanıklık suçu ile birlikte aynı madde kapsamında değil, bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.

§ 2. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Yalan tanıklık suçu 5237 sayılı TCK'da "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü kısımda, "Adliyeye Karşı Suçlar" başlığını taşıyan ikinci bölümde düzenlenmiştir. Yalan tanıklık suçu ile korunan hukuki menfaatin, bu bölümde düzenlenen diğer suçlardan bağımsız olarak tespiti mümkün değildir. Devlet, muhakeme ve infaz faaliyetini toplum adına üstlenmiş olup; bu fonksiyonu devletin temel varlık nedenlerinden biridir. Devletin varlığını idame ettirebilmesi için, hakkın yerini bulduğu ve sahibine teslim edildiği; bir suç sözkonusu ise, suçun takip edildiği ve aydınlığa kavuşturulduğu, hükmün infaz edildiği hususunda toplumda bir güvenin hakim olması gerekir. Toplumda adaletin tecellisine duyulan güven sarsıldığında, devletin varlığı da sorgulanır hale gelir. Adaletin tecellisinde temel mesele, maddi vakianın gerçeğe uygun olarak tespit edilmesidir; ki bu, aynı zamanda muhakeme faaliyetinin amacını oluşturur. Zira, hukuki mesele bakımından doğru sonuca varılması ve muhakeme sonunda isabetli bir karar verilmesi, ancak maddi vakianın gerçeğe uygun şekilde tespit edilmesine bağlıdır. Maddi gerçek ortaya konmadan, isabetli bir karar verildiğinden, dolayısıyla adaletin yerini bulduğundan söz edilemez. İşte bu nedenledir ki, muhakeme faaliyetinin özü maddi gerçeğe ulaşılmasıdır. Bu özün olası tüm tehlikelere karşı korunması, üstlendiği üç temel fonksiyondan biri olan yargı erkine binaen devletin varlığı bakımından son derece önemlidir. Bu nedenle, devlet açısından "maddi gerçek" korunması gereken bir cevherdir. Maddi gerçeğin korunmasında, muhakeme faaliyetinin kurallarına uygun olarak yürütülmesi ve bu bağlamda muhakeme sujelerinin yükümlülüklerine uygun hareket etmeleri kadar; deliller de büyük önem taşımaktadır. Zira, maddi gerçeğe ulaşılmasını sağlayan vasıtalar delillerdir. Muhakeme sürecinde, adeta bir kazı faaliyeti yürütülerek deliller toplanmakta ve bunlar değerlendirilmek suretiyle üzeri örtülen gerçek gün yüzüne çıkarılmaya, geçmişteki olay yeniden canlandırılmaya çalışılmaktadır. Delil olmadan, muhakeme sürecinde bir adım ileri gidilmesi, dolayısıyla öze varılması mümkün değildir. Tanık beyanının bir delil türü olması itibarı ile tanığın gerçeğe aykırı beyanı, uyuşmazlık hakkında karar vermeye yetkili mercileri yanlış yola sevk ederek sübut ve bunun neticesinde hukuki mesele hakkında hatalı kararlar vermelerine neden olabilir. Bu durumda adaletin tecellisinden söz edilemeyeceği için, toplumda adalet mekanizmasının işleyişine duyulan güven sarsılacaktır. Buna göre, yalan tanıklık suçu ile korunan hukuki menfaat maddi gerçeğe ulaşılması suretiyle adaletin tecelli etmesindeki toplumsal menfaat ve adalet mekanizmasının işleyişine duyulan güvendir.

Bununla birlikte, suçun düzenlediği yer dikkate alınarak böyle bir sonuca varılması yanıltıcı olmamalıdır. Zira, maddi gerçeğe ulaşılmasında sadece toplum değil; muhakemenin konusunu teşkil eden uyumsuzluğun tarafı olan ve aleyhine gerçeğe aykırı beyanda bulunulan birey de menfaat sahibidir. Yalan tanıklık suçuna ilişkin norm ile, aynı zamanda bireyin adil yargılanma hakkı korunmaktadır⁹. Adaletin tecellisinde her ne kadar toplumsal bir menfaat bulunsun da; bu, her şeyden önce birey için gereklidir. Çünkü, birey, uyumsuzluğun tarafı olması nedeni ile bundan bizzat etkilenecek, sonuçlarını doğrudan üzerinde hissedecektir. Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri (TCK m. 272/4-8) ile etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemede aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte bir karar verilip verilmediğinin de göz önünde bulundurulması (TCK m. 274) bunu teyid edici mahiyettedir. Dolayısıyla, maddi vakıanın gerçeğe uygun olarak tespiti, bireyin adil yargılanma hakkı kapsamındadır. Delillerin toplanmasına yönelik tüm tedbirler, maddi gerçeğe varılmasına ve bu bağlamda bireyin adil yargılanmasına yöneliktir. Maddi gerçeğe varılmadan, adil yargılamadan söz edilemez. Ceza yargılamasında mahkumiyet kararının, sadece sanığın yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde verilebilecek olmasının temelinde de bu düşünce vardır. Buna göre, yalan tanıklık suçu maddi gerçeğe ulaşılmasını engelleme tehlikesini doğurmaya elverişli bir fiil olması nedeni ile bireyin adil yargılama hakkını da ihlal etmektedir¹⁰.

Ancak, maddi gerçeğin ortaya çıkması ve adaletin tecellisindeki bireysel menfaat ile toplumsal menfaat arasında bir sıralama yapılmasının, yani birinin diğerine nazaran daha üstün olduğu şeklinde bir sonuca varılmasının doğru olmadığı; her iki menfaatin birbirine bağlı olduğu ve birbirini tamamladığı kanaatindeyiz. Tanıklığın kamusal görev niteliği taşıması ve buna bağlı olarak tanığın hazır bulunma, beyanda bulunma ve gerçeği söyleme yükümlülüğü

⁹ Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 6, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 8182, Yazarlar'a göre yalan tanıklık suçu ile korunan asıl hukuki değer kişilerin adil yargılanma hakkıdır. Yargılama sırasında mahkemenin kanaatini oluşturması bakımından önemli ispat araçlarından biri olan tanık beyanının gerçeğe aykırı oluşturulması suretiyle bireyin adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir.

Nitekim, Yargıtay kararlarında da suçun düzenlendiği yere rağmen bu husus açıkça ortaya konmaktadır. **Yargıtay CGK, 1.4.2014, E. 2013/4-498, K. 2014/154** "Yalan tanıklık suçuyla yargılamanın doğru olmayan beyanlarla gerçeğe aykırı bir şekilde yönlendirilmesinin önüne geçilerek adaletin tecellisi sağlanmak suretiyle yargılamanın taraflarının haklarının zarar görmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır."

¹⁰ Adil yargılanma hakkı, münhasıran AİHS m. 6'da sayılan haklarla sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Devletin adil bir yargılama yapılmasını sağlamaya yönelik aldığı tüm tedbirler, bu kapsamda yalan tanıklık suçuna ilişkin düzenleme de bu bağlamda değerlendirilmelidir.

altında olması ve bu yükümlülüklerin ihlalinin yaptırıma bağlanması, bu kapsamda yalan tanıklığın suç olarak tanımlanması; adaletin tecellisindeki hem bireysel, hem de toplumsal menfaatlerin korunmasına yöneliktir.

§ 3. SUÇUN YAPISAL UNSURLARI

I. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

1. Suçun Konusu

Tanığın beyanının gerçeğe uygun olması, maddi vakıanın gerçeğe uygun şekilde tespit edilebilmesine yöneliktir¹¹. Tanık, uyuşmazlığın konusunu teşkil eden olay hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunmakla maddi gerçeğe ulaşılmasını engellemektedir. Bu suçun konusu, maddi gerçeğin ta kendisidir.

2. Fiil

Suçun fiil unsuru TCK'nın 272. maddesinde “*gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapmak*” şeklinde belirtilmiştir. Gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapmak; gerçeğin tümüyle veya kısmen olduğundan başka türlü anlatılması, tanıklığın konusunu oluşturan hususlar hakkındaki bilginin kısmen veya tamamen gizlenmesi, gerçeğin inkar edilmesi, gerçeğin ilave bir takım unsurlar eklenerek anlatılması şeklinde olabilir¹². Yalan tanıklığın ne şekilde yapıldığının bir önemi yoktur; ispat üzerinde etkisi olan bir olgunun gerçeğe

¹¹ Müller, MK-StGB Vorbem §§ 153 ff. kn. 8.

¹² Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8188; Özbek, Veli Özer ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 1096-1097; Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan /Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 1011; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 709; Suçun fiil unsuru 272. maddenin gerekçesinde şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Suçun maddi unsuru yalan söylemek veya tanıklığın konusunu oluşturan hususlar hakkındaki bilgiyi, bilerek, kısmen veya tamamen saklamaktır. Yalan söylemek deyimi, tabii olarak gerçeği inkar etmeyi de kapsamaktadır.*”; Yargıtay CGK, 1.4.2014, E. 2013/4-498, K. 2014/154 “Yalan tanıklık suçunun maddi unsurunu oluşturan hareket failin gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması ve yalan söylemesidir. Gerçeğe aykırı tanıklık yapmak, maddi olay hakkında bilerek gerçeğe aykırı beyanda bulunmak, yalan söylemek, gerçeği inkar etmek ya da sorulan sorularda bilgisini az veya çok saklamaktır.”

Bir görüşe göre, gerçeğe aykırı tanıklık yapmak “söylemlerin gerçekte çelişip çatışması, gerçek olmaması, yalan olması, doğru olmamasıdır.” Uygulamada tereddüt yaratmamak açısından sözkonusu ifade tarzı yerine “*tamamen veya kısmen gerçeğe aykırı beyanda bulunmak veya gerçeği tamamen veya kısmen gizlemek*” ifadesi kullanılmalıdır. Bu yöndeki görüş için bkz. Ünver, Yener, Adliyeye Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 182. Kanaatimizce de fiil unsurunun suçun yasal tanımında bu ifade yerine “*gerçeğe aykırı beyanda bulunmak veya gerçeği gizlemek*” şeklinde gösterilmesi kanunilik ilkesinin bir gereği olan belirlilik ilkesine daha uygun olur idi.

aykırı şekilde anlatılması yeterlidir¹³. Dolayısıyla, yalan tanıklık suçu serbest hareketli suçtur. Ayrıca, suçun yasal tanımında netice unsuruna yer verilmemesi, fiilin icrası ile birlikte tamamlanması nedeniyle, bu suç sırf hareket suçudur¹⁴. Yalan tanıklık, soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir¹⁵. Bir zararın gerçekleşmesi ya da somut bir tehlikenin ortaya çıkması aranmadığı gibi; gerçeğe aykırı açıklamada bulunan tanığın beyanının hükme veya karara esas alınması, delil olarak değerlendirilmesi gerekli değildir. Örneğin hakim, tanığın beyanını güvenilir bulmadığı için delil olarak değerlendirmeyebilir ve hükme esas almayabilir. Bu durumda da, gerçeğe aykırı beyanda bulunmakla yalan tanıklık suçu oluşmakta; fiilin icrası ile adaletin tecellisinin tehlikeye girdiği kabul edilmektedir¹⁶.

a. Gerçeğe Aykırı Olarak Tanıklık Yapmak

Tanık, huzurda şahsen hazır bulunmak ve sözlü olarak ifade vermek zorundadır¹⁷. Tanığın, olay hakkında duyu organları ile algılamak suretiyle edindiği bilgiyi açıklaması ve sorulan sorulara cevap vermesi beyanda bulunmadır¹⁸. Olay hakkındaki bilgisinin sorulması üzerine verdiği tüm bilgiler ve sorulan sorular üzerine verdiği yanıtlar -bunların içeriğinin ifadesinin alınmasına neden olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olup olmadığına ya da ispat bakımından önemli olup olmadığına bakılmaksızın- tanığın ifadesine dahildir¹⁹. Beyan, sözlü bir ifade bulunmasa da açıklanan

¹³ Ünver, s. 181.

¹⁴ Kudlich, Henn, in: BeckOK-StGB, 29. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2015, § 153 kn. 3.

¹⁵ Alman hukukunda da bu suçun soyut tehlike suçu olarak düzenlendiği görülmektedir. Tanığın gerçeğe aykırı beyanının maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını etkileyip etkilememesinin bir önemi bulunmamaktadır. Gerçeğe aykırı beyanda bulunulması gerekli ve yeterlidir (Müller, MK-StGB Vorbem §§ 153 ff. kn. 18; Heger, Lackner / Kühl-StGB Vorbem §§ 153 kn. 1; Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 2; Lenckner, Theodor / Bosch, Nikolaus, in: Schönke/Schröder StGB, 29. Auflage, C. H. Beck Verlag, München, 2014, Vorbem §§ 153 kn. 2a; Wessels, Johannes / Hettinger, Michael, Strafrecht Besonderer Teil 1, 38. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2014, § 17 kn. 739; Hettinger, Michael / Bender, Elias, "Die Aussagedelikte", JuS 2015/7, s. 577).

¹⁶ Hettinger / Bender, JuS 2015/7, s. 578; Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 5, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 7827; Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8189.

¹⁷ Müller, MK-StGB § 153 kn. 8

¹⁸ Müller, MK-StGB § 153 kn. 8; Vormbaum, Thomas, in: NK-StGB, Band 2, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013, § 153 kn. 7.

¹⁹ Wessels / Hettinger, BT 1 § 17 kn. 748; Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 5; Lenckner / Bosch, Schönke/Schröder-StGB § 153 kn. 3.

öykünün kağıt üzerine resmedilmesini veya mimiklerle anlatılmasını da kapsamaktadır²⁰.

Tanıktan gerçeği söylemesi istenir. Tanığın gerçeği söyleme yükümlülüğünün sınırını, ifadenin alınmasına neden olan soruşturma veya kovuşturmanın konusu belirler. Tanık, sadece uyuşmazlığın konusunu teşkil eden olayla ilgili olarak gerçeğe uygun beyanda bulunmakla yükümlüdür²¹. Medeni muhakemede ise bunun sınırını tanık beyanı ile ispat edilmek istenen husus belirler²². Tanığın, uyuşmazlığın konusunu oluşturan olay dışında kalan gerçeğe aykırı açıklamaları bu suça sebebiyet vermez²³. Örneğin tanık, kimliği hakkında yalan beyanda bulunuyor ise, bu suç değil; TCK'nın 206. maddesinde düzenlenen resmi belge düzenlenmesinde yalan beyan suçu oluşur²⁴. Ayrıca, gerçeğe aykırı beyan ancak ispat edilmek istenen husus bakımından önemli ise bu suç oluşur. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında etkisi bulunmayan olgular hakkındaki gerçeğe aykırı beyan bu suça vücut vermez²⁵. Çünkü bu durumda, fiil, adaletin tecelli etmesini menfî şekilde etkileyecek bir tehlikelilik arz etmediği için, suç ile korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli değildir²⁶.

²⁰ Müller, MK-StGB § 153 kn. 8; Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 7.

²¹ Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 9; Wessels / Hettinger, BT 1 § 17 kn. 746; Heghmanns, Michael, Strafrecht Besonderer Teil, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009, kn. 1847 1851; Hettinger / Bender, JuS 2015/7, s. 578; Eisele, Jörg, “Versuch, Rücktritt und Berichtigung der Aussage bei §§ 153 bis 156 StGB”, JA 2011/9, s. 668 f.

²² Wessels / Hettinger, BT 1 § 17 kn. 748; Heghmanns, BT kn. 1851.

²³ Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 8; Lenckner / Bosch, Schönke/Schröder-StGB Vorbem §§ 153 kn. 18; Heghmanns, BT kn. 1851; Artuk / Gökçen / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7829; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1097; Tezcan / Erdem / Önok, Özel Hükümler, s. 1011; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 709; Feyzioğlu, s. 243; Yaşar / Gökçen / Artuç, C. 6, s. 8187; İçer, Zafer, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK. M. 272)”, MÜHF-HAD, C. 18, 2012/1, s. 191.

Yargıtay kararları da aynı yöndedir. Yargıtay 4. CD, 15.5.2012, E. 2010/17053, K. 2012/11506 “davanın soruşturma ve kovuşturma aşamalarında tanık olarak dinlenen ve olay yerinde bulunmayan sanığın, olay günü failleri görüp görmeme gibi olayla doğrudan ilgisi bulunmayan bir konuda yalan beyanda bulunmasının yüklenen suçun unsurlarını oluşturmayacağı gözetilmeden”

²⁴ Artuk / Gökçen / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7829; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1097; Tezcan / Erdem / Önok, Özel Hükümler, s. 1011; Yaşar / Gökçen / Artuç, C. 6, s. 8187; İçer, s. 191.

²⁵ Lenckner / Bosch, Schönke/Schröder-StGB Vorbem §§ 153 kn. 18; Heghmanns, BT kn. 1851 f.; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 710; Yaşar / Gökçen / Artuç, C. 6, s. 8188; İçer, s. 193.

²⁶ Artuk / Gökçen / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7829; İçer, s. 193.

Tanığın vakıa hakkındaki kendi değerlendirmeleri, yorumları veya çıkarımları esas itibarı ile tanık ifadesinin içeriğine dahil değildir²⁷. Tanık, olay hakkında bildiklerini gerçeğe uygun olarak beyan etmekle beraber; kendi analizlerini, yorumlarını, değerlendirmelerini, kanaatini, hissettiklerini gerçeğe aykırı olarak beyan eder yahut tamamen veya kısmen veya gizlerse tipik bir fiilden söz edilemeyeceği için yalan tanıklık suçu oluşmaz²⁸.

Tanığın beyanının gerçeğe aykırı olup olmadığının belirlenmesinde, failin zihnindeki gerçeklik (subjektif teori²⁹) değil, objektif gerçeklik esas alınmalı; tanığın beyanının objektif gerçeklik ile çelişip çelişmediğine ya da failin bunu gizleyip gizlemediğine bakılmalıdır (objektif teori)³⁰. Yargıtay'ın

²⁷ Müller, MK-StGB § 153 kn. 39; Heghmanns, BT kn. 1853; Hettinger / Bender, JuS 2015/7, s. 578.

²⁸ Ünver, s. 182; Yargıtay 9. CD, 17.9.2014, E. 2014/31, K. 2014/9187 “Sanığın Mehmet Cantekin ile arasında geçen olayları olayın hemen akabinde tanıklara anlatması, tanıkların da bu konuyu kendilerince yorumlayarak anlatımda bulunmasının atılı suçun kanuni unsurlarını oluşturmayacağı gözetilmeden, yüklenen suçtan sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,”

²⁹ Subjektif teori, beyanın gerçeğe aykırılığının belirlenmesinde failin bilgisi ile söylediklerinin çelişip çelişmediğini esas almaktadır (Widerspruch zwischen Wort und Wissen). Çünkü, insan dış dünyada gerçekleşen vakıaları duyu organları vasıtasıyla algılamaktadır; insanın duyu organları ile vakıayı nasıl algıladığı önemlidir. Dolayısıyla, beyanın gerçeğe uygunluğunda, vakıanın dış dünyada nasıl gerçekleştiği, yani objektif gerçeklik değil; algılamalara dayalı olan tanığın zihnindeki gerçeklik esas alınmalıdır. Tanık, objektif gerçekliği değil; olay hakkında -duyu organları ile algıladığı kadarıyla- bildiklerini söylemekle yükümlüdür. Fakat bu teori, failin olay hakkındaki algılamaya dayalı bilgisini bilerek yanlış aktarması ve bunun maddi gerçeklikle örtüşmesi halinde, bu fiilin suç ile korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli olmamasına rağmen failin yalan tanıklık suçundan dolayı ceza sorumluluğu cihetine gidildiği gerekçesi ile eleştirilmektedir (bkz. Müller, MK-StGB § 153 kn. 47). Diğer taraftan fiilin taksirle işlenen şeklinin suç olarak tanımlandığı Alman hukukunda subjektif teorisinin benimsenmesi halinde, failin gerçeği söylediği düşüncesi ile gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu bir durumda, failin bilgisinin esas alınması nedeni ile yalan tanıklık suçunun taksirle işlenen şeklinin hiçbir zaman işlenmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmektedir (bkz. Eisele, JA 2011/9, s. 669).

Alman doktrininde subjektif teorisinin modern versiyonu olarak nitelendirilen yükümlülük teorisi (Pflichttheorie) ise, tanığın gerçeği söyleme yükümlülüğünü esas almaktadır. Tanığın, olay hakkında zihninde algılamaya dayalı olarak oluşan bilgisini, gerçeği söyleme yükümlülüğüne uygun bir biçimde aktarması yeterlidir. Bu durumda, tanığın söyledikleri objektif gerçeklikle örtüşme dahi yükümlülüğünü yerine getirmesi nedeni ile yalan tanıklık suçu oluşmaz. Ancak bu teori, Alman hukukunda yalan tanıklığın hem kasten hem de taksirle işlenen şeklinin suç olarak tanımlanması nedeni ile her iki suç tipi arasında ayırım yapma imkanını ortadan kaldırdığı gerekçesi ile eleştirilmektedir (Ayrıntı için bkz. Müller, MK-StGB § 153 kn. 49).

Türk doktrininde subjektif teoriyi benimseyen görüş için bkz. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 710.

³⁰ Alman doktrininde objektif teori hakimdir. Bu teoriye göre, yalan tanıklık bakımından

da objektif teoriyi esas aldığı görülmektedir³¹. Failin, gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu kanaati ile hareket ettiği, ancak beyanın gerçeğe uygun olduğu durumda, elverişsiz teşebbüs sözkonusudur. Zira, fiil suçun konusu bakımından tehlike oluşturmaya; suç ile korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli değildir. Tanığın beyanının münhasıran objektif gerçeklik ile örtüşmediği bir durumda, fiilin elverişliliğinden söz edilebilir³².

Tanık, tanıklığının konusunu oluşturan hususlar hakkındaki bilgisini tam olarak açıklamakla yükümlüdür³³. Ancak, bu, yukarıda belirtildiği üzere maddi gerçeğin ortaya çıkmasında etkisi bulunan vakıalarla sınırlıdır. Açıklamadaki

tanığın söylediklerinin objektif gerçeklik ile örtüşüp örtüşmediğine; bir başka ifade ile söz ile maddi gerçeklik arasında bir çelişki bulunup bulunmadığına bakılmalıdır (Widerspruch zwischen Wort und Wirklichkeit). Tanığın, algılaması ya da hafızasının zayıflığından dolayı maddi gerçeklikten uzaklaşması ise, suçun manevi unsuru bağlamında ele alınması gereken bir husustur (Ayrımı için bkz. Müller, MK-StGB § 153 kn. 42 ff.).

Alman doktrininde objektif teoriyi benimseyen görüş için bkz. **Kudlich**, BeckOK-StGB § 153 kn. 7 f.; **Lenckner / Bosch**, Schönke/Schröder-StGB Vorbem §§ 153 kn. 6 ff.; **Hegmanns**, BT kn. 1864; **Hettinger / Bender**, JuS 2015/7, s. 579; **Mitsch**, Wofgang, “Teilnahme, Versuch und Rücktritt bei Aussagedelikten”, JuS 2005/4, s. 341; **Eisele**, JA 2011/9, s. 669.

Türk doktrininde objektif teoriyi esas alan görüş için bkz. **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 1100; **Tezcan / Erdem / Önok**, Özel Hükümler, s. 1012; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8188; **Arslan**, Mehmet, “Yalan Tanıklık Suçunda Gerçeğe Aykırılık”, CHD 2015/28, s. 280.

³¹ **Yargıtay CGK, 1.4.2014, E. 2013/4-498, K. 2014/154 . Yargıtay CGK, 1.4.2014, E. 2013/4-498, K. 2014/154** “Tanığın gerçeğe aykırı her beyanı yalan tanıklık suçunu oluşturmayacaktır. Bu nedenle tanığın doğru sandığı açıklamaların objektif olarak gerçek dışı olması bu suçun oluşması için yeterli değildir. Tanığın bilinçli olarak gerçeğe aykırı olarak beyan etmesi gerekmektedir.”; **Yargıtay 4. CD, 26.3.2012, E. 2010/3607, K. 2012/6879** “Kendisine tanıklık görevi yüklenen kişi, beş duyusu ile elde ettiği bilgileri, değiştirmeden, gizlemeden, objektif gerçekliğe uygun olarak, kendisini dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde eksiksiz şekilde anlatmakla yükümlüdür.”

Yargıtay’ın yalan tanıklık suçuna ilişkin olarak verdiği kararların içeriğinden, failin subjektif kanısını suçun manevi unsuru olan kast kapsamında değerlendirdiği sonucuna varılmaktadır. **Yargıtay CGK, 1.4.2014, E. 2013/4-498, K. 2014/154** “Tanığın bilinçli olarak gerçeğe aykırı olarak beyan etmesi ... yalan gerçeğin kasten değiştirilmesi olup yanılarak, ihmal ederek veya bilmeyerek söylenen sözlerde, yalan tanıklık suçunun unsurlarının oluşmadığı kabul edilmelidir.//Başka bir anlatımla tanığın beyanları arasında çelişki bulunması tek başına yalan tanıklık suçunun oluştuğunun kabulü için yeterli değildir. Suçun tüm unsurlarının özellikle de gerçeğe aykırı tanıklığın bilinerek ve istenerek yapıldığının şüpheye yer verilmeyecek şekilde ispatlanması gerekmektedir.”; **Yargıtay 4. CD, 26.9.2012, E. 2011/14089, K. 2012/18536; Yargıtay 4. CD, 2.10.2012, 2011/21151, K. 2012/19087 Yargıtay 4. CD, 25.9.2012, E. 2012/3633, K. 2012/18583.**

³² **Eisele**, JA 2011/9, s. 669; Ancak subjektif teori esas alındığında failin tamamlanan yalan tanıklık suçundan sorumlu tutulması gerekecektir.

³³ **Yargıtay CGK, 1.4.2014, E. 2013/4-498, K. 2014/154.**

eksikliğin ispat bakımından bir etkisi ve önemi yoksa, tanığın bunu gizlemesi bu suç bakımından tipik değildir. Buna karşılık, açıklamadaki eksiklik, ispat bakımından etkisi bulunan bir hususa ilişkin ise, tipikliğin objektif unsuru gerçekleşmiştir³⁴. Yargıtay da, tanığın olay hakkındaki bilgisini gizlemesini tipik bir fiil olarak görmektedir³⁵. Belirtilmesi gerekir ki, tanığın ifadesinin münhasıran soru-cevap tarzında alınması halinde, tanığın sadece sorulan hususlara cevap vermesi istenmiş olup da açıklamadığı bilgi sorulmamış ya da öğrenilmek istenmemiş ise gerçeğin gizlenmesi tipiklik arz etmez³⁶. Zira, tanığa bildiklerini tam olarak açıklama olanağı verilmiş değildir ve böyle bir durumda gerçeğin gizlendiğinden söz edilemez. Kaldı ki, ifadeyi alan merci, tanığı yeniden çağırarak suretiyle eksik bırakılan kısımlara ilişkin soru sorma imkanına sahiptir. Bunun dışında kalan hallerde, tanık olay hakkındaki tüm bilgisini açıklamakla yükümlü olup; açıklanmayan her hususa ilişkin olarak soru sorulması gerekli değildir. Sorun, suçun manevi unsuru kapsamında ele alınmalıdır. İspat üzerinde etkili olan bir hususa ilişkin olarak, tanık bunu kendisince önemsiz sayarak ya da unutarak açıklamada bulunmamış olabilir. Bu durumda, failin kasten hareket ettiği söylenemez. Fakat tanık, gizlediği hususun ispat için önemli olduğu yahut önemli olabileceğini bilmesine rağmen açıklamada bulunmaktan kaçınıyor ise, fiili tipiktir³⁷. Nitekim 272.

³⁴ Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 96, 98; Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 6; Lenckner / Bosch, Schönke/Schröder-StGB Vorbem §§ 153 kn. 16; Hettinger / Bender, JuS 2015/7, s. 580

³⁵ Yargıtay 11. CD, 20.2.2014, E. 2014/11, K. 2014/2951 “anılan suç, kendisinin katılmadığı olaylara ilişkin bildiklerini tanık dinlemeye yetkili merciler önünde açıklamaya zorunlu olan kimselerin ... dinlendiği konudaki bilgilerini az veya çok söylememesi ile gerçekleşir.”

³⁶ Ünver, s. 188.

³⁷ Heghmanns, BT kn. 1862; Artuk / Gökcan / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7830, Yazarlar’a göre tanık bildiği her şeyi tam olarak anlatmakla yükümlüdür. Tanık, ayrıca soru sorulmasına gerek olmaksızın bildiği her şeyi anlatmalıdır. Tanığa, her hususa ilişkin olarak soru sorulması gerekli değildir. Tanık, sorulmadığı için o hususa ilişkin bilgisini söylemediği şeklinde bir iddiada bulunamaz. Ancak, bilgisini gizleyen tanığın yalan tanıklıkta bulunduğu kabulü, kesin ve inandırıcı delillerin varlığına bağlıdır.; Tezcan / Erdem / Önok, Özel Hükümler, s. 1011; Gerçeği açıklamamak biçimindeki yalan tanıklıkta suçun oluşması için bu hususların sorulması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1097, “madde metninde gerçeğe aykırı tanıklıktan söz edilmektedir. Bu tanıklık aktif olarak yalan beyanları dile getirmek olabileceği gibi sorulan sorulara cevap vermemek yahut gerçeğe aykırı cevaplar vermek şeklinde de olabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus bu suç fiilinin ancak sorulan sorular bakımından oluşabileceğidir. Yoksa tanığın kendiliğinden her şeyi anlatmaması halinde yalan tanıklık suçu oluşmayacaktır.”; Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8188, “olayın özelliğine göre, tanığa sorulan soruların, bu cevabı kapsadığının açıkça belli olması aranmalıdır.”; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 710.

madde gerekçesi de bunu teyid edici mahiyettedir³⁸. Madde gerekçesinde, tanığın uyuşmazlığın konusunu oluşturan olay hakkındaki bilgisini tam olarak açıklamakla yükümlü olduğu, bu bilginin tamamen veya kısmen saklanması suçun maddi unsurunu oluşturduğu açıkça belirtilmiş olup; “bilerek” ifadesine yer verilmek suretiyle bunun suçun manevi unsuru olan “kast” kapsamında mütalaa edilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Tanığın kastının varlığının tespiti ise, bir ispat sorunudur.

Ancak, tanıklıktan çekinme yetkisi olmadığı halde, kişinin tanıklık yapmaktan kaçınması, bir başka ifade ile uyuşmazlığın konusunu teşkil eden maddi vakıa hakkında hiç konuşmaması ve sorulan soruların hiçbirine cevap vermemesi halinde yalan tanıklık suçu oluşmaz. Zira, bu durumda ifadenin varlığından söz edilemez³⁹. Bu, CMK’nın 60. maddesine göre disiplin yaptırımını gerektiren bir davranıştır⁴⁰. Benzer şekilde, tanık uyuşmazlığın konusunu teşkil eden maddi vakıa hakkındaki bilgisini tanıklıktan çekinme yetkisi bulunmadığı halde açık bir biçimde kısmen açıklamakla yetiniyor ve başka bilgi vermeyeceğini söylüyor yahut sorulan soruların bir kısmına cevap vermekten kaçınıyor ve bu hususlara ilişkin açıklama yapmayacağını belirtiyor ise yalan tanıklık suçu oluşmaz; bu sadece disiplin yaptırımını gerektiren bir davranıştır⁴¹. Çünkü, böyle bir durumda suç ile korunan hukuki menfaati ihlal eden tipik bir fiilden söz edilemez⁴². Buna karşılık susma açık bir biçimde ortaya konmayıp, gerçeğin gizlenmesi şeklinde ortaya çıkıyor ise yalan tanıklık suçu oluşur⁴³.

Tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan kişinin bu yetkisini kullanması ise, gerçeğin gizlenmesi şeklinde yorumlanamaz. Aynı husus, tanığın başlangıçta bu yetkisini kullanmayıp beyanda bulunmaya başladıktan sonra tanıklıktan çekinmesi yahut soruların bir kısmına cevap verip diğerlerine

³⁸ TCK’nın 272. madde gerekçesine göre “Suçun maddi unsuru yalan söylemek veya tanıklığın konusunu oluşturan hususlar hakkındaki bilgiyi, **bilerek, kısmen veya tamamen saklamaktır.**// Tanık, tanıklığının konusunu oluşturan hususlar hakkındaki bilgisini veya gördüğünü tam olarak açıklamakla yükümlüdür.”

³⁹ Müller, MK-StGB § 153 kn. 9; Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 97; Lenckner / Bosch, Schönke/Schröder-StGB Vorbem §§ 153 kn. 16.

⁴⁰ Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8196.

⁴¹ Müller, MK-StGB § 153 kn. 10; Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 97; Heghmanns, BT kn. 1863.

⁴² Heghmanns, BT kn. 1863.

⁴³ Müller, MK-StGB § 153 kn. 11.

cevap vermektan çekinmesi için de geçerlidir⁴⁴. Her iki halde de, kişinin kanunen kendisine tanınan yetkiyi kullanması nedeniyle tipiklik arz eden bir fiil bulunmamaktadır⁴⁵. Buna karşılık, tanıklıktan çekinme yetkisi, tanığın bu yetkiyi kullanmayıp beyanda bulunmayı tercih ettiği durumda, bildiğini doğru şekilde söyleme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Tanıklıktan çekinme yetkisi, sadece tanıklık yapma yükümlülüğünü bertaraf eder. Bu yetki, ne çağırıldığı zaman hazır bulunma yükümlülüğünü ne de bu yetkinin kullanılmayıp tanıklık yapmanın tercih edildiği durumda doğruyu söyleme yükümlülüğünü ortadan kaldırır. Bu yetki, tanığa sadece tanıklık yapıp yapmama konusunda bir tercih imkanı vermektedir; kapsamı da münhasıran tercihin yapılması ile sınırlıdır. Bu nedenle, çekinme yetkisine sahip olup da bu yetkisini kullanmayan tanık gerçeğe aykırı beyanda bulunuyor ise yalan tanıklık suçunu oluşturur ve 273/1-b hükmü uygulanmaz.

Muhakeme şartına bağlı olup da şartın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması yahut af, zamanaşımı gibi bir düşme nedeninin varlığı halinde de yalan tanıklık suçunun oluşacağı ve failin bu suçtan sorumlu tutulması gerektiği düşüncesindeyiz⁴⁶. Yalan tanıklık suçunun temel şeklinin oluşması, muhakemenin akıbetinden bağımsız olup; suçun oluşumu bakımından **fiilin icra edildiği an**, yani **tanığın beyanda bulunduğu an** esas alınmalıdır. Bu durumda, muhakemeye son verilmesi nedeni ile adaletin yanlış yola sevk edilmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla fiilin suç ile korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli olmadığı söylenemez. Aynı husus, madde bakımından yetkisiz (görevsiz) mahkeme huzurunda yapılan gerçeğe aykırı beyanlar bakımından da geçerlidir⁴⁷. Fiilin suç ile korunan hukuki menfaati

⁴⁴ Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8187.

⁴⁵ Belirtilmesi gerekir ki, kişinin tanıklıktan çekinme yetkisini kullanması bir hukuka uygunluk nedeni olarak mütalaa edilmemelidir. Hukuka aykırılık unsuru bakımından bir tespit yapılabilmesi için, öncelikle fiilin tipikliğinin belirlenmesi zorunludur. Halbuki, sözü edilen durumda ortada tipik bir fiil bulunmamaktadır. Zira, tanık, çekinme yetkisini kullanmak suretiyle bilgi vermeyeceğini açık bir biçimde ortaya koymaktadır; bu durumda, gerçeğin gizlenmesinden söz edilemez. Dolayısıyla, fiil tipik değildir. Tanığın çekinme yetkisini kullanması, sadece disiplin yaptırımını bertaraf eder.

⁴⁶ Aksi görüş için bkz. Feyzioğlu, s. 238, dn. 563; Artuk / Gökcan / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7832, Yazarlar'a göre, tanığın yalan beyanda bulunmasından sonra muhakemeye devam edilmesini imkansız kılan bir engelin ortaya çıkması, örneğin takibi izin şartına bağlı suç hakkında Adalet Bakanının izin vermemesi ve buna bağlı olarak kovuşturma evresine geçilmesinin mümkün olmadığı bir durumda, yalan beyanın adaletin tecellisi üzerinde menfi bir etkisi de yoktur. Davanın açılmadığı bir durumda, yalan beyanın suç ile korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli olduğu söylenemez.

⁴⁷ 5271 sayılı CMK'nın 7. maddesinde yer alan "Yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hakim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür." şeklindeki

ihlal etmeye elverişliliği, icra edildiği an itibarı ile belirlenmelidir; suçun soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi de bunu gerekli kılmaktadır. Aksi, suçun yasal tanımında yer almayan ve muhakemeye ilişkin hususların tipikliğin olumsuz unsuru haline getirilmesi anlamını taşır. Bu hususların yalan tanıklık suçu bakımından bir cezasızlık nedeni olarak kanunda düzenlenmesi mümkün olmakla birlikte; 5237 sayılı TCK bu yönde bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Mevcut durum itibarı ile, bu hususlar cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir⁴⁸.

b. Tanık Dinlemeye Yetkili Merciler

Suçun oluşması için, tanıklığın, tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde yapılması şarttır. Mercinin tanık dinleme yetkisini haiz olması, haksızlığın yapısal bir unsuru olup; tipikliğin maddi unsurları kapsamında yer alır. Mercinin tanık dinleme yetkisi yoksa yalan tanıklık suçu oluşmaz⁴⁹. Mercinin tanık dinleme yetkisinin bulunması, sadece haksızlığın yapısal bir unsuru değildir; aynı zamanda suç ile korunan hukuki menfaatin belirlenmesi bakımından da önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Çünkü tanık dinleme yetkisini haiz olması, mercinin ifa ettiği faaliyet itibarı ile kazai fonksiyonunu ortaya koymaktadır. Bu, yargısal bir faaliyet olabileceği gibi; yargısal faaliyet dışında hukuka aykırı bir fiil dolayısıyla yürütülen herhangi bir muhakeme de olabilir⁵⁰.

TCK'nın 272. maddesinin 1. fıkrasında "*hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan soruşturma kapsamında*" ifadesi kullanılmaktadır. Düzenlemedeki "**soruşturma**" ifadesi sadece ceza muhakemesinin bir evresi olan **soruşturma ile sınırlı şekilde anlaşılmamalıdır**. Madde metninde geçen

düzenleme doğrudan doğruyalık ilkesi gereği görevli (madde bakımından yetkili) mahkemeye hitap eden bir düzenleme olup, görevsiz mahkeme tarafından dinlenen tanığın yeniden dinlenmesi yükümlülüğünü getirmektedir. Düzenlemede geçen hükümsüzlük, doğrudan doğruyalık ilkesi çerçevesinde değerlendirilmeli; görevsiz mahkeme tarafından yapılan ifade alma işleminin yok sayılması şeklinde yorumlanmamalıdır. Sözelimi görevli mahkeme, tanığın görevsiz mahkeme tarafından alınan ifadesine ilişkin tutanakları (belge delili) çelişkinin giderilmesi amacıyla duruşmada okuyabilir. Dolayısıyla, tanık görevsiz mahkemede dinlenmesi sırasında da gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suretiyle yalan tanıklık suçunu işleyebilir.

⁴⁸ Yargıtay mülga 765 sayılı TCK döneminde verdiği eski tarihli bir kararında, davanın genel af ile ortadan kalkmasını yalan tanıklık suçunun oluşumu üzerinde etkili görmemiştir. **Yargıtay 4. CD, 16.5.1961, 1911/2206** "Esasen dava af ile ortadan kalkarsa bu hal cezaya etkili hafifletici bir sebep teşkil eder."

⁴⁹ **Müller**, MK-StGB § 153 kn. 25; **Lenckner / Bosch**, Schönke/Schröder-StGB Vorbem §§ 153 kn. 20; **Hettinger / Bender**, JuS 2015/7, s. 580.

⁵⁰ **Vormbaum**, NK-StGB § 153 kn. 43.

“hukuka aykırı fiil” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, soruşturmanın suç dolayısıyla yapılması şart olmayıp, hukuka aykırı bir fiil dolayısıyla yapılıyor olması yeterlidir. Dolayısıyla, **ceza soruşturması ve/veya kovuşturması, medeni muhakeme, idari soruşturma, disiplin soruşturması** sırasında tanık sıfatı ile dinlenen kişi bu suçu işleyebilir^{51,52}. Nitekim, aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında idari yaptırım uygulanması, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerinden biridir (TCK m. 272/8). Disiplin suçlarının da, idari yaptırım uygulanmasını gerektiren hukuka aykırı fiiller arasında yer alması ve disiplin soruşturmasını yürüten merciin tanık dinleme yetkisinin bulunması nedeni ile, disiplin soruşturması sırasında yalan tanıklık suçunun işlenmesi mümkündür⁵³. Yargıtay’ın da, disiplin soruşturması sırasında yalan tanıklık suçunun işlenebileceği yönünde kararları bulunmaktadır⁵⁴.

Ceza soruşturmasında **sulh ceza hakimi ve Cumhuriyet savcısı**⁵⁵,

⁵¹ **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 1098; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8184.

⁵² 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda idari davalarda tanık dinlenmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır (2577 sayılı İYUK m. 1/2). İYUK’ta hüküm bulunmayan hususlarda 6100 sayılı HMK’nın uygulanacağına ilişkin 31. maddede ise, yollama yapılan hususlar arasında tanıklık sayılmış değildir. Bu nedenle, uygulamada idari davalarda yalan tanıklık suçunun oluşması mümkün gözükmemektedir.

⁵³ **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 1099; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8184; **Tezcan / Erdem / Önok**, Özel Hükümler, s. 1008.

Nitekim Alman hukukunda da disiplin soruşturması sırasında tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunması halinde yalan tanıklık suçunun oluşacağı kabul edilmektedir (bkz. **Wessels / Hettinger**, BT 1 § 17 kn. 749).

⁵⁴ bkz. **Yargıtay 9. CD, 6.3.2014, E. 2014/170, K. 2014/2503**.

⁵⁵ Bir görüşe göre, ceza muhakemesi hukukunda tanığın sözlerinin “tanık beyanı” niteliğini taşıyabilmesi için, bunun kovuşturma evresinde sübut konusunda karar vermeye yetkili olan mahkeme ya da onun yerine geçmeye yetkili kılınan bir organ (naip hakim ya da istinabe olunan mahkeme) olması gerekmektedir. Bu görüşe göre, “tanık olmak” başka şey, sübut konusunda karar verecek yargılama makamı huzurunda “tanıklık etmek” başka şeydir. Olayın tanığı olan kişinin sözleri ancak tanıklık ederken “tanık beyanı” olarak nitelendirilebilir. Bunun dışındakilere ise “ifade” denilir, bu ifade tutanağa geçirilince “belge” delili olur. Soruşturma evresinde, savcıya ve sulh ceza hakimine verilen ifadeler tanık beyanı delilini oluşturmaz. Zira, bu makamlar sübut konusunda karar vermeye yetkili değildir. Kovuşturma evresinde, tanığın soruşturma evresindeki ifade tutanağının okunabileceği hallerde, bu ifade tutanağı “tanık beyanı” delili değil, “belge delili” niteliğindedir (bkz. **Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 511-512).

Bu görüşe katılmıyoruz. Zira, bu görüş esas alındığında yalan tanıklık suçunun ancak mahkeme huzurunda işlenebileceğinin kabulü gerekir; tanığın mahkeme dışında diğer kişi ya da merciler huzurunda yaptığı açıklamalar, bunlar sübut konusunda karar vermeye yetkili olmadıkları için suç ile korunan hukuki menfaati ihlal etmeye elverişli nitelik taşımayacaktır. Kanaatimizce, soruşturma evresinde tanığın Cumhuriyet savcısı tarafından dinlenmesi

ceza kovuşturmasında **mahkeme, istinabe olunan mahkeme, naip hakim** tanık dinleme yetkisine sahiptir. Ceza soruşturması sırasında **kolluğun tanık dinlemeye yetkisi yoktur**. Kolluğun araştırma faaliyetleri kapsamında ifadelerine başvurulması gerekli olan kişileri çağırma ve lüzumlu olan şeyleri sorma yetkisi bulunmaktadır (PVSK m. 15/1). Fakat kolluğun gelmeyen tanıkları zorla getirme ve yemin verme yetkisi yoktur. Kolluk, olayla ilgili bilgisi bulunan kişilere “ifade sahibi” sıfatıyla başvurur ve sorduğu sorulara ilişkin cevapları tutanağa geçirir; ancak bu işlem sırasında tanığın dinlenmesine ilişkin hükümler uygulanmaz. Bu nedenle, sözkonusu işlem teknik anlamda “tanık dinleme” olarak nitelendirilemez; kendine özgü yapısı olan bir araştırma ve bilgi toplama faaliyetidir⁵⁶. Kolluğun tanık dinleme yetkisinin bulunmaması

“tanık beyanı” delilini oluşturur. Kovuşturma evresinde tanığın soruşturma evresindeki ifade tutanağının okunabileceği hallerde, bu ifade tutanağı “belge delili” niteliğinde olsa da; soruşturma evresi bakımından “tanık beyanı”dır. Çünkü, Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinin sonunda, toplanan delillerin iddianame düzenlemek için yeterli olup olmadığı noktasında delilleri değerlendirmek durumundadır. Delilleri değerlendirmesi sonucunda suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe nedeni bulunmadığı kanaatine varan Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararını verecektir. Deliller değerlendirilmeksizin, Cumhuriyet savcısının yeterli şüphe nedeni bulunup bulunmadığını tespit etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, soruşturma evresinde tanığın Cumhuriyet savcısı huzurunda yaptığı açıklamalar, bu evre bakımından “tanık beyanı”dır. CMK 43/5, 54/2, 146/4-7’de yer alan düzenlemeler de bunu teyid etmektedir. CMK 43/5 hükmü, kişinin mahkeme dışında savcı önünde tanık olarak dinlenebileceğini, bu amaçla savcının tanığa çağrı kağıdı gönderebileceğini düzenlemektedir. Ayrıca, savcı çağrıya rağmen gelmeyen tanık hakkında zorla getirme kararı verebilir (CMK m. 146/4-7). Tanıkların çağırılması ve dinlenmesinde uyulacak usul bakımından savcı ve mahkeme makamları arasında bir fark gözetilmiş değildir. Yine, tanığa yemin verilmesinin gayesi göz önünde bulundurulduğunda, 54/2 hükmünden savcının delil değerlendirme yetkisinin bulunduğu sonucuna varılmaktadır; aksi halde, savcının tanığa yemin verdirmesi izah edilemez.

Tanık dinleme için yapılan bu değerlendirmeler şüphelinin ifadesinin alınması bakımından da aynen geçerlidir. Şüpheli, tıpkı tanıkta olduğu gibi soruşturma evresinde savcı ve sulh ceza hakimi; kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından dinlenebilmektedir. Yenisey / Nuhoğlu tarafından dile getirilen görüş, şüpheli için de geçerli midir? Bu görüş benimsendiğinde, şüphelinin savcı tarafından dinlenmesi, savcının delil değerlendirme ve sübut konusunda karar verme yetkisinin bulunmadığı gerekçesi ile “beyan delili” olarak nitelendirilemeyecektir. Fakat bu sonuç, CMK 145, 146, 147 ve 148’de yer alan düzenlemelerle bağdaşmayacaktır. Bu itibarla, **tanık veya şüphelinin açıklamalarının veya bu açıklamaların yer aldığı tutanakların beyan ya da belge delili sayılması, dinlemeye kimin yetkili olduğundan bağımsız bir konudur**. Soruşturma evresinde ifade alma veya sorguya yetkili merciler huzurunda yapılan tüm açıklamalar bu evre bakımından “beyan delili”dir.

⁵⁶ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nin 4. maddesinde “bilgi alma” ve “ifade alma” kavramları ayrı ayrı tanımlanmış olup “*bir suçun tespiti veya aydınlatılmasına yönelik olarak, müşteki ve suçtan zarar gören ile suç işleme şüphesi altında bulunmayan diğer kişilerin dinlenmesi ve tutanağa geçirilmesi*” bilgi almadır. Bu Yönetmelik sadece polis değil, genel adli kolluk içinde yer alan jandarma bakımından da geçerlidir. Nitekim

nedeni ile, tanığın kolluğa olay hakkında bilgi verirken gerçeğe aykırı beyanda bulunması veya gerçeği gizlemesi yalan tanıklık suçu bakımından tipik bir fiil değildir⁵⁷. Yargıtay kararları da aynı yöndedir⁵⁸. Kolluğa olay

Yönetmelik'in 3. maddesinde 2803 sayılı Kanun da zikredilmiştir. 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, jandarmaya tanık dinleme yetkisi veren bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Kolluk, uygulamada olay hakkında bilgi sahibi olan kişileri dinlerken "Bilgi Alma Tutanağı" tanzim etmektedir. Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 88, 89, 92, 99, 123'te tanığın ifadesinin alınmasından söz edilmektedir. Ancak bu Yönetmelik'in dayanağını teşkil eden 2803 sayılı Kanun'da jandarmaya bu yetkiyi veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Özellikle Yönetmelik'in "tanık olabileceklerin çağırılması ve dinlenmesi" başlığını taşıyan 123. madde hükmü, jandarmaya savcıdan bağımsız bir sujelik statüsünün verildiği izlenimini yaratmaktadır ki, bu yetki kanun ile dahi verilmiş değildir. Kanun ile verilmeyen bir yetkinin Yönetmelik ile düzenlenmesi mümkün olmadığı için Yönetmelik'in sözkonusu hükümlerini kanuna aykırı bulmaktayız; jandarmanın teknik anlamda tanık dinleme yetkisi bulunmamaktadır.

27.3.2015 tarih ve 6638 sayılı Kanun ile 2559 sayılı PVSK'nın 15. maddesine eklenen 2. fıkra, kolluğa teknik anlamda tanık dinleme yetkisinin tanıdığı şekilde anlaşılmalıdır. PVSK'nın 15/2 hükmünde kullanılan "tanık ifadesi" ibaresi salt lâfzi yorum yapılarak 1. fıkradan bağımsız şekilde yorumlanmamalıdır. Aksi düşünce, kolluğun soruşturmanın sahibi olan savcıdan bağımsız bir suje olduğunun kabulü anlamını taşır. Soruşturmayı sevk ve idare etme ve bu evre bakımından delilleri değerlendirme yetkisi münhasıran savcıya aittir. Dolayısıyla, yapılan işlem teknik anlamda tanık ifadesinin alınması değildir. Ancak bu, kolluğun tanzim ettiği bilgi alma tutanaklarının delil değeri taşımadığı anlamına gelmez.

⁵⁷ Ünver, s. 190-192; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1099; İçer, s. 194; Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8184-8185, Fakat Yazarlar'a göre bu beyanların da bir soruşturmayı etkilemesi ve yönlendirmesi sözkonusu olabileceğine göre 272. maddenin 1. fıkrasına "Kolluk görevlileri önünde yalan ifade veren kimselere de birinci fıkra hükmü uygulanır." şeklinde bir cümle eklenmesi yerinde olacaktır. Böyle bir ifadenin eklenmesinin yerinde olmayacağı düşüncesindeyiz. Zira olay hakkında bilgi sahibi olan kişi kolluk tarafından dinlenmiş olsa dahi, Cumhuriyet savcısı tarafından tanık sıfatıyla yeniden dinlenecektir. En önemlisi ise, kolluğun delilleri değerlendirme, bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Kolluk, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının yardımcısı konumunda olup; bu evrede delilleri değerlendirme yetkisi soruşturma evresini sevk ve idare eden Cumhuriyet savcısına aittir.

⁵⁸ Yargıtay 8. CD, 9.3.2015, E. 2014/33358, K. 2015/13307; Yargıtay 9. CD, 19.2.2014, E. 2014/186, K. 2014/1891; Yargıtay 9. CD, 24.9.2014, E. 2014/4234, K. 2014/9521; Yargıtay 9. CD, 18.3.2014, E. 2014/799, K. 2014/3092; Yargıtay 9. CD, 16.9.2014, E. 2013/12880, K. 2014/9146; Yargıtay 14. CD, 8.12.2014, E. 2013/4154, K. 2014/13852; Yargıtay 4. CD, 3.10.2012, E. 2011/9302, K. 2012/19328; Yargıtay 4. CD, 26.9.2012, E. 2011/8448, K. 2012/18513; Yargıtay 9. CD, 27.12.2012, E. 2012/6920, K. 2012/16000; Yargıtay 4. CD, 24.6.2009, E. 2009/16212, K. 2009/12656.

Buna karşılık Yargıtay genel kolluk içinde yer alan jandarmanın tanık dinlemeye yetkisine sahip olup olmadığı konusunda çelişkili kararlar vermektedir. Yargıtay 4. CD, 4.10.2012, E. 2011/19716, K. 2012/19722 "Sanığın, yaralama ile sonuçlanan bir trafik kazasının soruşturması sırasında, tanık dinlemeye yetkili olan jandarma önünde, doğruyu söylememekten ibaret eylemin, TCK'nın 272/1. maddesinde gösterilen yalan tanıklık suçunu oluşturmayacağı değerlendirilip tartışılmadan"; Aksi yönde Yargıtay 4. CD, 3.7.2012, E. 2010/7868, K. 2012/15866 "Jandarma görevlilerinin tanık dinleme

hakkında bilgi veren kişinin, kolluğun tanık dinleme yetkisine sahip olduğu düşüncesi ile gerçeğe aykırı beyanda bulunması ancak mefruz suç bağlamında değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu durumda, fiilin tipikliğinden söz edilemeyeceği için mefruz suçtan dolayı ceza sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün değildir⁵⁹.

4483 sayılı Kanun'a göre yapılan soruşturma kapsamında ön inceleme ile görevlendirilen kişi gerekli bilgi ve belgeleri toplama; bu Kanun'da hüküm bulunmayan hususlarda CMK'ya göre işlem yapma yetkisine sahiptir (4483 sayılı K. m. 6/1). Dolayısıyla, ön inceleme ile görevlendirilen kişi tanık dinleyebilir; ancak tanığa yemin verme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Zira, bu aşamada henüz ceza soruşturması başlamış değildir; ceza soruşturmasına başlanmasının gerekli olup olmadığına yönelik "idari işlem" mahiyetini taşıyan bir inceleme yapılmaktadır⁶⁰.

Meclis soruşturması (Anayasa m. 100), verilen önerge üzerine başlatılmaktadır. Bu önergede, hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakanın ceza sorumluluğunu gerektiren fiilin görev sırasında işlendiğinin ve hangi kanun hükmüne aykırı olduğunun gerekçe gösterilmek ve maddesi de yazılmak suretiyle belirtilmesi zorunludur (TBMM İç Tüzüğü m. 107/2). Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, onbeş kişiden oluşan bir soruşturma komisyonu oluşturulur (TBMM İç Tüzüğü m. 109/1). Meclis soruşturma komisyonu, Başbakan veya bakan hakkında önerge ile isnad edilen suç dolayısıyla araştırma faaliyeti yürütür. Soruşturma kapsamında, komisyon tanık dinleme yetkisine de sahiptir (TBMM İç Tüzüğü m. 111)⁶¹. Komisyon, soruşturma sonunda Yüce Divana sevk yönünde bir

yetkilerinin bulunmaması karşısında, yalan tanıklık suçunun öğelerinin oluşamayacağı gözetilmeden sanığın hükümlüğüne karar verilmesi"; **Yargıtay 4. CD, 1.11.2011, E. 2011/12425, K. 2011/19874.**

⁵⁹ **Eisele**, JA 2011/9, s. 668.

⁶⁰ **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8185-8186; Aksi yöndeki görüş için bkz. **Ünver**, s. 191, Ünver'e göre 4483 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan ön soruşturma idari işlem değil, ceza soruşturmasının ön aşamasıdır ve soruşturmacının tanık dinleme yetkisi yanında tanığa yemin verme yetkisi vardır.

⁶¹ TBMM İç Tüzüğü'nün Meclis soruşturması komisyonunun yetkilerini düzenleyen **111. maddesi şu şekildedir**: "Komisyon kamusal ve özel kuruluşlardan konu ile ilgili bilgi ve belgeleri isteyebilir; gerekli gördüklerine el koyabilir; Bakanlar Kurulunun bütün vasıtalarından faydalanabilir; Bakanlar Kurulu üyelerini, diğer ilgilileri, tanık ve bilirkişileri dinleyebilir (f. 1). Komisyon, naip veya istinabe yolu ile adli mercilerden yardım isteyebilir. Ayrıca Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun tanıklarla, bilirkişilerle, zapt ve arama ile ilgili olarak adli mercilere verdiği hürriyetleri kısıtlayıcı yetkilerin genel hükümler çerçevesinde kullanılmasını, gerekçesini bildirmek suretiyle görevli adli merciden yazılı isteyebilir (f. 2). Komisyon, hakkında soruşturma açılması istenen Başbakan veya bakanın savunmasını alır.

rapor hazırlayabilir ve bu rapor üzerine TBMM Yüce Divana sevk yönünde karar alabilir. Komisyonun Yüce Divana sevk yönündeki raporları ile Genel Kurulun Yüce Divana sevk kararlarında isnad edilen suç ve sevk maddesi gösterilmek zorundadır (TBMM İç Tüzüğü m. 112/4). Buna göre, Başbakan veya ilgili bakan hakkında meclis soruşturma komisyonu tarafından yürütülen araştırma faaliyeti, ceza muhakemesi sürecinde soruşturma evresine tekabül etmektedir. TBMM Genel Kurulu'nun Yüce Divana sevk kararı ise iddianame yerine geçen belgedir. Dolayısıyla, meclis soruşturma komisyonu adli nitelikte bir görev ifa etmektedir. Bu soruşturma sırasında dinlenen tanıkların gerçeğe aykırı beyanda bulunmaları, yalan tanıklık suçunu oluşturur. Fakat TBMM İç Tüzüğü, tanığa yemin verme yetkisini ihtiva eden bir düzenleme içermediği için, dar yorumla meclis soruşturma komisyonunun tanığa yemin verme yetkisini haiz olmadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, komisyon huzurunda dinlenen tanıkların gerçeğe aykırı beyanları ancak suçun temel şeklini (TCK m. 272/1) oluşturur⁶².

Tahkim hükümleri gereği hakemler tanık dinleyebilirler (6100 s. HMK m. 429); fakat yemin veremezler⁶³. **Noterler** ise, yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul olmadıkları gibi; hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturmadan da söz edilemeyeceği için yalan tanıklık suçunun oluşması mümkün değildir⁶⁴.

Bununla ilgili olarak talep edeceği belgeleri temin ettirir (f. 3). Komisyon, gerektiğinde alt komisyonlar kurarak Ankara dışında çalışma kararı alabilir (f. 4).”

⁶² Alman hukukunda da parlamento soruşturma komisyonlarının tanığa yemin verme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Soruşturma Komisyonu Kanunu'nun (Untersuchungsausschussgesetz) yürürlüğe girdiği 19.6.2001 tarihine kadar doktrinde parlamento soruşturma komisyonlarının tanığa yemin verme yetkisini haiz olduğu, bu nedenle de tanığın soruşturma komisyonu huzurunda gerçeğe aykırı beyanda bulunması durumunda StGB §153 hükmüne göre cezalandırılması gerektiği ileri sürülmüştür. Zira, StGB § 153 hükmünün uygulanabilmesi için merciin tanığa yemin verme yetkisine sahip olması gerekmektedir. İşte bu nedenle, soruşturma komisyonları huzurunda gerçeğe aykırı beyanda bulunulması halinde bunu StGB § 153 kapsamında değerlendirebilmek için, parlamento soruşturma komisyonlarının beyanda bulunan kişiye yemin verebileceği doktrinde kabul edilmekte idi. Ancak, 19.6.2001 tarihinde yürürlüğe giren Soruşturma Komisyonu Kanunu'nun 162. paragrafının 2. fıkrasında StGB § 153-160 hükümlerinin parlamento soruşturma komisyonları huzurunda gerçeğe aykırı beyanda bulunulması halinde de uygulanacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme ve bu Kanun'da soruşturma komisyonunun yemin verme yetkisine sahip olduğunu öngören bir düzenleme de bulunmaması karşısında artık bu görüşün geçerliliğini kaybettiği ve parlamento soruşturma komisyonlarının yemin verme yetkisine sahip olmadığı kabul edilmektedir (Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 52).

⁶³ Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8186.

⁶⁴ Yargıtay 11. CD, 20.2.2014, E. 2014/11, K. 2014/2951“Noterlerin TCK'nun 272. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi

Uluslararası adli yardımlaşma çerçevesinde, Türkiye’de tanık dinlendiği ve tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu durumda da yalan tanıklık suçu oluşur⁶⁵. Yine, Türkiye’de yürütülen bir muhakeme dolayısıyla merciin tanık dinleme yetkisi bulunmakla birlikte; tanığın ülke dışında bulunması nedeniyle bu ülkede dinlenmesi ve gerçeğe aykırı beyanda bulunması halinde 272. madde hükmü uygulama alanı bulur⁶⁶. Buna karşılık, bir Türk vatandaşının yabancı ülkede işlenen bir suç nedeni ile yabancı ülkede yürütülen bir muhakeme dolayısıyla yabancı ülke mercileri huzurunda tanık sıfatı ile gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu bir durumda 272. madde hükmü uygulanmaz; zira bu durumda Türkiye’de adaletin gerçekleşmesini tehlikeye sokan, dolayısıyla norm ile korunan hukuki menfaati ihlal eden bir durumdan söz edilemez⁶⁷.

c. Tanığın Çağrılması ve Dinlenmesine İlişkin Muhakeme Kurallarına Aykırılık

Tanığın çağrılması ve dinlenmesine ilişkin muhakeme kurallarına aykırılığın yalan tanıklık suçunun oluşumu üzerindeki etkisi doktrinde tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, tanığın usulüne uygun olarak çağrılmaması veya dinlenmemesi halinde yalan tanıklık suçu oluşmaz. Yalan tanıklık suçu muhakemenin amacını, yani muhakeme sonunda verilecek kararı korumaktadır. Bunun için ise, muhakemenin kurallarına uygun olarak yürütülmesi ve bu bağlamda muhakemeye katılan sujelere ile muhakemede yer alan diğer kişilerin yükümlülüklerine uygun hareket etmesi beklenmektedir. Muhakemede tanığın yükümlülüklerinden biri de doğru beyanda bulunmaktır. Yalan tanıklık suçu ile, failin kendisinden beklenen davranış biçimine, yani doğruyu söyleme yükümlülüğüne uygun davranmaması suretiyle muhakemenin amacını tehlikeye düşürmesi cezalandırılmaktadır. Tanığın

veya kurul” olmadığı gibi anılan maddenin 1. fıkrasında yer alan “hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturmada” da bahsedilemeyeceği cihetle, belirtilen suçun yasal unsurlarının gerçekleşmediği, vekaletnamenin düzenlenmesi sırasında vekalet veren bayanın Asiyeye Karabulut olduğunu doğrulamak suretiyle kişinin kimliği hakkında yalan beyanda bulunan sanığın eyleminin TCK’nun 206. maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılarak sanık Kazım Kazan hakkında yalan tanıklık suçundan TCK’nun 272/2. maddesi uyarınca yazılı şekilde hüküm kurulması”

⁶⁵ Müller, MK-StGB Vorbem §§ 153 ff. kn. 21; Vormbaum, NK-StGB Vorbem §§ 153 ff. kn. 31; Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 35.

⁶⁶ Müller, MK-StGB Vorbem §§ 153 ff. kn. 24; Vormbaum, NK-StGB Vorbem §§ 153 ff. kn. 33; Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 36.

⁶⁷ Müller, MK-StGB Vorbem §§ 153 ff. kn. 25; Vormbaum, NK-StGB Vorbem §§ 153 ff. kn. 34.

dinlenmesine ilişkin muhakeme kurallarına aykırı hareket edilmiş ise, tanık ister doğru isterse gerçeğe aykırı beyanda bulunmuş olsun bu beyanın delil olarak değerlendirilmesi ve hükme esas alınması mümkün değildir. Dolayısıyla, usulüne uygun olarak alınmayan tanık beyanının muhakeme sonunda verilecek karara etki etme imkanı yoktur. Muhakemenin amacı, tanığın beyanı ile değil; usulüne aykırı olarak alınan tanık beyanının delil olarak değerlendirilmesi ve hükme esas alınması halinde tehlikeye düşer. Bu itibarla, muhakemede değerlendirilemeyen tanık beyanının yalan tanıklık suçunu oluşturabilmesi mümkün değildir⁶⁸.

Kanaatimizce, tanığın çağrılması ve dinlenmesine ilişkin muhakeme kurallarına aykırılık, yalan tanıklık suçunun oluşumu üzerinde etkili değildir. Tanığın usulüne uygun olarak çağrılmaması suçun oluşmasını önlemez⁶⁹. Çünkü, bu durum, kişinin “tanık” sıfatını kazanmasına engel değildir. Burada, delilin elde edilmesinde bir hukuka aykırılık sözkonusu olsa da; dinlenen kişi “tanık” statüsündedir ve uyuşmazlığın konusunu teşkil eden vakıa hakkında bildiğini doğru şekilde söylemekle yükümlüdür. Sözkonusu hukuka aykırılığa rağmen, fiil haksızlığını muhafaza eder⁷⁰. Usulüne uygun çağrıda bulunulması, bu suçun bir unsuru olmayıp; çağrıya rağmen gelmeme halinde uygulanacak

⁶⁸ Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 32; Benzer yönde bkz. Hettinger / Bender, JuS 2015/7, s. 580, Yazarlar’a göre tanığın beyanının muhakemede delil olarak değerlendirilebilir olması, yalan tanıklık suçu ile korunan hukuki menfaatin ihlali için gerekli bir koşuldur. Bu durumda, tanığın gerçeği söyleme yükümlülüğü bulunmadığı gibi; bir beyanın varlığından da söz edilemez.

Yargıtay da, mülga 765 sayılı TCK döneminde tanığın usulüne uygun olarak çağrılması ve dinlenmesini suçun oluşması bakımından bir “ön koşul” olarak kabul ettiğini belirten kararlar vermiştir. Bu kararlara göre, tanık usulüne uygun olarak çağrılmamış ve/veya dinlenmemiş ise gerçeğe aykırı beyanda bulunması yalan tanıklık suçunu oluşturmaz. **Yargıtay 4. CD, 6.5.2002, E. 2002/5840, K. 2002/7908** “1-Sulh Ceza Mahkemesine açılan 6831 sayılı Yasa ile ilgili davada sanık olan Elbeti’ne yükletilen suça sanığın da katılması nedeniyle CYY’nın 50.maddesi uyarınca tanıklık etmeden ve ant içmeden çekinme hakkı bulunmasına karşın, Yasaya göre gerekli uyanlar yapılmadan dinlendiğinin anlaşılması karşısında, a- **CYY’nda öngörülen yönetime göre dinlenmeyen sanığa yükletilen yalan tanıklık suçunun ön koşullarının oluşmadığının gözetilmemesi**, b- Hakkında tanıklıktan çekinme uyarısı yapılmadığı için TCY’nın 288. maddesinin 2., uyarı yapılsaydı bile aynı maddenin 1. bentleri uyarınca hüküm kurmak gerekirken, eksik incelemeyle ve **suçun ön koşulunu** ve cezadan başışıklık nedenlerini **göz ardı edilmesi suretiyle TCY’nın 286/1. maddesiyle hüküm kurulması**”; Aynı yönde bkz. **Yargıtay 4. CD, 15.9.1993, E. 1993/5002, K. 1993/6077, T. 15.9.1993.**

⁶⁹ bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7831; Ünver, s. 197; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1099; Tezcan / Erdem / Önok, Özel Hükümler, s. 1012; Feyzi-oğlu, s. 239; Yaşar / Gökçen / Artuç, C. 6, s. 8186; İçer, s. 196.

⁷⁰ İçer, s. 196.

olan zorla getirme tedbirine ilişkin bir koşuldur⁷¹. Tanığın dinlenmesine ilişkin muhakeme hukuku kurallarına aykırılık ise, tanığın beyanda bulunduğu bir durumda, onun doğruyu söyleme yükümlülüğünü bertaraf etmediği gibi; sözkonusu aykırılığa binaen tanık beyanının delil olarak değerlendirilememesi yalan tanıklık suçunun oluşumuna engel değildir. Bu husus, sadece cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir⁷². Örneğin, tanığa dinlenmeden önce gerçeği söylemesinin önemi, gerçeğe aykırı beyanda bulunması halinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı hatırlatılmalıdır (CMK m. 53). Bu hususun hatırlatılmaması, yalan tanıklık suçunun oluşmasına engel değildir⁷³. Çünkü, tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunu bilerek hareket ettiği bir durumda, bu hatırlatmanın yapılmamış olması kastını ortadan kaldırmaz.

⁷¹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7831; Ünver, s. 197; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1099-1100; Feyzioğlu, s. 239; Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8186.

⁷² Müller, MK-StGB § 153 kn. 25; Heger, Lackner / Kühl-StGB Vorbem §§ 153 kn. 6; Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 12, 14; Lenckner / Bosch, Schönke/Schröder-StGB Vorbem §§ 153 kn. 23.

Ancak buna bazı istisnalar tanınması mümkündür. Bunlardan biri, merciin tanık dinleme yetkisinin bulunmamasıdır; zira bu durumda tanık beyanının varlığından söz edilemez. Bir diğeri ise, tanığın ifadesinin alınması sırasında yasak sorgu yöntemlerinin (Alman StPO § 136a, CMK m. 148) uygulanmasıdır. Alman StPO § 69/3 hükmüne göre, tanığın dinlenmesinde şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasında yasak sorgu yöntemlerinin uygulanmasını ve bu ifadenin delil olarak değerlendirilmesini yasaklayan StPO § 136a hükmü uygulanacaktır. Buna göre, tanığın beyanının özgür iradesine dayanması; bunun için tanığın ifade sırasında hem fiziksel hem de ruhsal bakımdan ifade verebilecek durumda olması gerekmektedir. Yasak yöntemlerin uygulanması, delil aracı olan tanığın fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne zarar verdiği gibi; bu yolla tanığın iradesinin baskı altına alınması, normun koruma amacı olan maddi gerçeğin bulunmasını da tehlikeye sokmaktadır. İşte bu durumlarda yalan tanıklık suçu oluşmaz (Müller, MK-StGB § 153 kn. 25, 31, 32; Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 13).

5271 sayılı CMK'da ise tanığın dinlenmesi sırasında 148. maddenin uygulanacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olması bir eksiklik değildir. 5271 sayılı CMK'da, Alman StPO § 69/3 hükmüne paralel bir düzenlemenin bulunmaması, tanığın ifadesinin alınması sırasında yasak sorgu yöntemlerine cevaz verildiği şeklinde yorumlanamaz. Tanığın beyanının özgür iradesine dayanması ve ifadesi sırasında fiziksel ve ruhsal bakımdan beyanda bulunabilecek durumda olması, tanığın bir delil aracı olduğu düşünüldüğünde ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğin bulunması bakımından mantıklı bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan, ceza muhakemesinin amacı her ne kadar maddi gerçeğin bulunması olsa da; bir hukuk devletinde, bu amaca her ne pahasına olursa olsun sınırsız bir yaklaşımla değil, insan haklarına uygun şekilde ulaşılması esastır. İşte CMK'nın 148. maddesi, bunu sağlamaya yönelik olup; şüpheli veya sanığın ifadesi ya da sorgusu sırasında iradesini etkileyen ve insan hakları ile bağdaşmayan her türlü yöntemin uygulanmasını yasaklamaktadır. CMK'nın 148. madde hükmününün kıyas yoluyla tanığın ifadesinin alınması bakımından da uygulanacağı hususunda bir tereddüt yoktur.

⁷³ Artuk / Gökçen / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7831; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1100; Feyzioğlu, s. 239; Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8187.

Dolayısıyla fiil haksızlığını muhafaza eder. Bu delilin, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olması nedeni ile değerlendirilememesi, haksızlığın varlığını ortadan kaldıracı bir etkiye sahip değildir⁷⁴. Tanık beyanı ile bu beyanın elde edilmesindeki hukuka aykırılık sebebiyle delil olarak değerlendirilebilirliği birbirinden farklı hususlardır. Tanığa yükümlülüklerinin ve haklarının öğretilmemesi, her ne kadar hükme esas alınamayacak olsa da ortada bir tanık beyanının bulunmadığı, bu durumda tanığın gerçeği söyleme yükümlülüğü altında olmadığı ve yalan söyleyebileceği, gerçeğe aykırı beyanının suç teşkil etmeyeceği şeklinde yorumlanamaz. Aksi düşünce, muhakeme kurallarına aykırılık halinde tanığın yalan söyleyebileceği şeklinde çelişki arz eden bir sonuca yol açar. Bu itibarla, tanık; yükümlülükleri ve hakları konusunda bilgilendirilmemiş olsa dahi, mahkeme veya yetkili merci huzurunda gerçeği söyleme yükümlülüğü altındadır⁷⁵. Bu bağlamda, tanıklıktan çekinme yetkisi bulunan tanığa bu yetkisinin hatırlatılmaması, yalan tanıklık suçunun oluşmasını önlemez⁷⁶. Nitekim, TCK'nın 273. maddesindeki düzenleme de bunu teyid edici mahiyettedir. Tanıklıktan çekinme yetkisi bulunan tanığa bu yetkisinin hatırlatılmaması, fiilin suç teşkil etmesine engel değildir. Ancak bu yetkinin hatırlatılmaması, şahsi cezasızlık ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak öngörülmüştür.

Diğer taraftan, tanık beyanı hükme esas alınmamış olabileceği gibi; hükme esas alınmış olup da sözkonusu hukuka aykırılık kanun yoluna başvurulmaması yahut kanun yoluna başvurulmuş olup da ileri sürülmemesi ya da gözden kaçması gibi bir nedenle hiç tartışma konusu yapılmamış olabilir. İşte bu ihtimal karşısında, muhakeme kurallarına uygun davranılmasının yalan tanıklık suçunun bir ön şartı olarak kabul edilmesi, suçun oluşmasının muhakemenin taraflarının iradesine bağlı kılınması yahut kanun yolu denetiminde bir hata yapılmaması anlamını taşır ki, bunun suç teorisinde suçun yapısal bir unsuru olarak izahı mümkün değildir⁷⁷.

Tanığın yemin edip etmemesinin suçun oluşumu üzerinde bir etkisi yoktur⁷⁸. Yemin verilmeyen tanıklar, CMK'nın 50. maddesinde

⁷⁴ Aynı yönde bkz. **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8187.

⁷⁵ **Müller**, MK-StGB § 153 kn. 34; Aksi görüş için bkz. **Hettinger / Bender**, JuS 2015/7, s. 580.

⁷⁶ **Lenckner / Bosch**, Schönke/Schröder-StGB Vorbem §§ 153 kn. 23 f.

⁷⁷ **Müller**, MK-StGB § 153 kn. 28.

⁷⁸ Aynı husus, mülga 765 sayılı TCK için de geçerli idi. Ancak mülga 765 sayılı TCK'da tanığın yeminsiz dinlenmesi 286/4 hükmünde cezada indirim yapılmasını gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiş idi: "Eğer yeminsiz şahadet edilmişse ceza müddeti yarısına kadar

düzenlenmiştir. Tanık yemin etmese de, doğruyu söylemekle yükümlüdür; yemin verdirilmemesi doğruyu söyleme yükümlülüğünü bertaraf etmez. Şayet tanık yemin ettirerek tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde dinleniyor ise, suçun nitelikli hali (TCK m. 272/2) oluşur. Çünkü, bu nitelikli hal bakımından tanığın yemin etmiş olması değil; tanığı dinleyen kişi veya kurulun yemin verme yetkisinin bulunması koşulu aranmaktadır.

3. Fail

Yalan tanıklık suçunun faili, sadece yetkili merci tarafından tanık sıfatı ile davet edilen ve bu sıfatla beyanda bulunan kişiler olabilir. Faillik statüsü bakımından, beyanın “tanık” sıfatı ile yapılması önemlidir⁷⁹. Tanık sıfatını taşımayan bir kimsenin gerçeğe aykırı beyanı bu suç bakımından tipik değildir⁸⁰. Dolayısıyla, bu suç özgü suçtur (Sonderdelikt)⁸¹. Diğer taraftan, fiilin

indirilir.” Cezada indirim yapılmasını gerektiren sözkonusu nitelikli unsurdan, mülga 765 sayılı TCK 286/1’de düzenlenen suçun temel şekli açısından tanığın yemin etmiş olması gerektiği sonucuna varılmakta idi.

⁷⁹ **Kudlich**, BeckOK-StGB § 153 kn. 4; **Lenckner / Bosch**, Schönke/Schröder-StGB § 153 kn. 4.

⁸⁰ Bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması, tercümanın ifade ve belgeleri gerçeğe aykırı olarak tercüme etmesi bağımsız bir suç olan gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık suçunu (TCK m. 276) oluşturur. Mülga 765 sayılı TCK’da ise bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması yalan tanıklık suçu kapsamında düzenlenmiş idi.

⁸¹ **Vormbaum**, NK-StGB § 153 kn. 111, Yazar’a göre, bu suç gerçek özgü suçtur (echtes Sonderdelikt). Zira tanıklık konumu faille özgü olarak aranan ve cezalandırılabilirliği temellendiren bir özelliktir; **İçer**, s. 201; Aksi görüş için bkz. **Ünver**, s. 178; **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 1108; **Ölmez**, Gökhan, Yalan Tanıklık Suçu, Yüksek Lisans Tezi (Yayınlanmamış), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 63, dn. 179, Yazar’a göre tanıklık sıfatının yargılamaya konu olaydan sonra ortaya çıkması ve kural olarak herkesin tanıklık yapmak zorunda olması nedeni ile bu suç özgü suç niteliğini haiz değildir.

Alman doktrinde ileri sürülen bir görüş, bu suçun özgü suç niteliği taşımadığı yönündedir. Alman doktrininde bu yöndeki görüş için bkz. **Müller**, MK-StGB Vorbem §§ 153 ff. kn. 19, Zira tanık konumu yalan tanıklık suçunun özel ve şahsi nitelik taşıyan bir unsuru değildir. Çünkü, tanık adaletin gerçekleşmesinde kendisine yükümlülük yüklenen özel bir konumda değildir. Maddi gerçeğin tespiti görevi, tanığa bırakılmış değildir. Maddi gerçeğin bulunmasında, tanığın hukuki hiçbir görevi yoktur; bir başka ifade ile tanık hukuki bir yükümlülük altında değildir; sadece fiili bir görev ifa etmektedir. Tanık, hazır bulunma ve beyanda bulunma yükümlülüğü altında ise de; bunun dışında sınırları belirlenen bir yükümlülük yüklenmiş değildir. Suçun yasal tanımında “tanık” ifadesine yer verilmek suretiyle suçun faili sınırlandırılmış olmasına rağmen; bunun amacı onu özel bir yükümlülük altına sokmak değil, tam tersine tanığı korumaktır. Bir kimse, ancak “tanık” sıfatı ile beyanda bulunduğunu biliyor ise yalan tanıklık suçu oluşabilir.

Kanaatimizce, bu suç özgü suç niteliğindedir. Zira, herkesin yalan tanıklık suçunu işleyebilmesi mümkün değildir. Ancak, yetkili kişi ya da merciler tarafından tanık sıfatı ile beyanda bulunmak üzere davet edilen kişiler bu suçu işleyebilirler. Bunun dışındaki kişilerin bu suçu işleyebilmeleri mümkün değildir. Kişinin, yargılamaya konu olayla bağlantılı olarak

münhasıran tanığın bizzat kendisi tarafından icra edilebilmesinin mümkün olması nedeni ile bizzat işlenebilen bir suçtur (eigenhändig Delikt)⁸².

Kimlerin tanık sıfatıyla dinlenebileceğine gelince: Tanık, teknik bir kavram olup; muhakeme konusu olay hakkında duyuları vasıtasıyla öğrendiklerini aktaran ve uyuşmazlığın konusunu oluşturan olayın tarafı olmayan üçüncü kişidir⁸³. Suçtan zarar gören veya mağdurdun dinlenmesinde her

olaydan sonra tanık sıfatını kazanması ve olay hakkında bilgi sahibi olan ve uyuşmazlığın tarafı olmayan herkesin tanıklık yapmak zorunda olması, bunu herkesin işleyebileceği bir suç haline getirmez. Özgü suç için, fiilin icra edildiği an itibarı ile failin suç tipinin aradığı sıfatı haiz olması gerekmektedir. Burada “filin icra edildiği an” ile kastedilen, kişinin tanıklık yaptığı olayın vuku bulduğu ya da hukuki ilişkin kurulduğu an değildir. Tam tersine, kişinin, sözkonusu olaya binaen ortaya çıkan uyuşmazlığa ilişkin muhakemeyi yürüten yetkili mercinin çağrısı üzerine bu merci huzurunda beyanda bulunduğu andır. Dolayısıyla, tanıklık sıfatının yargılamaya konu olaydan sonra çıkması şeklinde yukarıda ileri sürülen görüşe (bkz. **Ölmez**, s. 63) iştirak etmiyoruz. Burada önemli olan, tanıklık sıfatının uyuşmazlığın konusunu teşkil eden olay anında ortaya çıkıp çıkmadığı değil; kişinin yetkili merci tarafından bu sıfatla çağrılıp çağrılmadığıdır. Örneğin, suç teşkil eden olay anında hiç orada bulunmayan ve olay hakkında hiçbir bilgisi olmayan kişi de, yetkili merci tarafından “tanık” sıfatı ile çağrıldığında artık tanıktır ve dinlendiğinde tanık sıfatı ile beyanda bulunmaktadır. Bu kişi, sanki olay anında orada imiş ve olay hakkında bilgisi varmış gibi gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu yalan tanıklık suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır.

⁸² **Müller**, MK-StGB Vorbem §§ 153 ff. kn. 16 f., § 153 kn. 73; **Vormbaum**, NK-StGB § 153 kn. 111; **Heger**, Lackner / Köhl-StGB Vorbem §§ 153 kn. 7; **Kudlich**, BeckOK-StGB § 153 kn. 2; **Lenckner / Bosch**, Schönke/Schröder-StGB Vorbem §§ 153 kn. 2a; **Wessels / Hettinger**, BT 1 § 17 kn. 739; **Hegmanns**, BT kn. 1847; **Kudlich**, JA 2008/7, s. 510; **Hettinger / Bender**, JuS 2015/7, s. 577; **Tezcan / Erdem / Önok**, Özel Hükümler, s. 1010; **İçer**, s. 202.

⁸³ **Şahin / Göktürk**, C. 2, s. 33.

Tanık tarafından edinilen bilginin her zaman doğrudan olması mümkün değildir. Bazen, dolaylı edinilmiş bilgi de sözkonusu olabilir. Olayı bizzat görmüş olan kişi(ler)den olay hakkında bilgi sahibi olan birisi dolaylı tanık durumundadır. Olay hakkında doğrudan bilgi sahibi olan tanığa çeşitli nedenlerle ulaşılamaması, tanıklık yapmaması gibi durumlarda, ondan bilgi sahibi olan kişinin, duyduğunu söyleyen olarak dolaylı tanıklığı gündeme gelmektedir. Bu kişi, tanığın daha önce ifadesini almış olan kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısı veya hakim olabileceği gibi; gizli bilgi kaynağından bilgi alan bir görevli ya da bir olay hakkında dolaylı bilgi sahibi olan her hangi bir üçüncü kişi olabilir. Özellikle örgütlü suçlulukla mücadele çerçevesinde gizli soruşturmacının ya da örgüt içinde (güvenilir kişi) veya dışında (informant, bilgi veren) olup, soruşturma ve kovuşturma makamlarına bilgi aktaran özel şahsın anonim kalması nedeniyle bundan duyduğunu aktaran kişinin tanıklığı sözkonusu olabilir. Dolaylı olarak bilgi edinmiş kişilerin tanıklığı, “ikinci derece tanıklık” veya “tanıklığın tanıklığı” olarak da adlandırılmaktadır. Gerçekten bu kişiler, bilgilerini olayın tanığı olmuş bir başkasından edindikleri için, bir bakıma tanıklığın tanıklığını yapmaktadırlar. Ayrıca, bilgileri orijinal, ilk elden olmadığı için de tanıklıkları ikinci derecedir (**Şahin / Göktürk**, C. 2, s. 35).

Dolaylı tanık da bu suçun faili olabilir. Tanıklığının dolaylı olması, doğruyu söyleme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Doğruyu söyleme yükümlülüğü bakımından doğrudan tanık ile dolaylı tanık arasında bir farklılık gözetilerek, dolaylı tanığın gerçeğe aykırı beyanı yaptırımsız bırakılamaz. Aksine bir yaklaşım, dolaylı tanığın yalan söyleyebileceği

ne kadar tanıklara ilişkin usul uygulanacak ise de; bunlar uyuşmazlığın tarafı olması nedeni ile tanık değildir⁸⁴. Dolayısıyla, suçtan zarar gören ve mağdur bu suçun faili olamaz⁸⁵. CMK'nın 236/1 hükmünde yer alan “*Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır*” şeklindeki düzenleme, münhasıran mağdurun dinlenmesinde tanığın dinlenmesine ilişkin usul hükümlerine atıfta bulunmakta olup; mağdurun “tanık” sıfatıyla dinleneceği şeklinde yorumlanmamalıdır⁸⁶.

Şüpheli veya sanık, kendisi hakkında başlatılan soruşturma ve kovuşturmada tanık olarak dinlenemez⁸⁷; bu nedenle yalan tanıklık suçunun faili olamaz⁸⁸. Şüpheli sıfatı ile soruşturma evresinde ifadesi alınan kişi hakkında

şeklindeki bir yoruma açık kapı bırakır. Fakat, dolaylı tanığın uyuşmazlığın konusunu teşkil eden vakıa hakkındaki bilgisi duyuları vasıtası ile edindiği algılamaya değil; uyuşmazlığın taraflarından (örneğin mağdur) ya da üçüncü kişilerden duyduklarına dayanmaktadır; ki bu husus, doğrudan ve dolaylı tanık arasındaki ayırıcı kriterdir. Buna bağlı olarak, dolaylı tanıktan duyduklarını tam ve doğru olarak söylemesi beklenir. Dolaylı tanığın doğruyu söyleme yükümlülüğü, duydukları ile sınırlı olup; zihninde duyuları bulunan kişi daha sonradan müdahil sıfatını aldığı anda yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılabilir (s. 239).

⁸⁴ Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 246; Şahin / Göktürk, C. 2, s. 34; Aksi görüş için bkz. Feyzioğlu, s. 44, Yazar'a göre tanık sıfatıyla beyanda bulunurken gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişi daha sonra müdahil sıfatını aldığı anda yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılabilir (s. 239).

⁸⁵ Centel / Zafer, s. 246; Artuk / Gökçen / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7832; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1095-1096; Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8183; Yargıtay 9. CD, 20.2.2013, E. 2012/11127, K. 2013/2434 “suçun mağduru olan ve yargılamanın sujesi konumunda bulunan sanığın yalan tanıklık suçunun faili olamayacağı bu nedenle yalan tanıklık suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı gerekçe ile mahkumiyetine karar verilmesi”

Aksi görüş için bkz. Ünver, s. 179, Yazar suçtan zarar gören ve mağdurun tanık sıfatı ile dinlenebileceği ve bu suçun faili olabileceği görüşündedir. Yazar'a göre “*Suçtan zarar gören konusunda bu durum çok açık olmakla birlikte, mağdur açısından her mağdurun otomatikman müdahil (katılan) sıfatıyla dinleneceği varsayımı da doğru değildir. Mağdur müdahil olmamış ve fakat tanık sıfatıyla dinlenmişse, bu kimse de bu suçun faili olabilir.*”; Tezcan / Erdem / Önok, Özel Hükümler, s. 1010, “*suçtan zarar görenin açıklamaları, ister müdahil (katılan) olsun, ister olmasın, yalan tanıklık suçunu oluşturabilir.*”

⁸⁶ Artuk / Gökçen / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7833.

⁸⁷ Centel / Zafer, s. 245; Şahin / Göktürk, C. 2, s. 34.

⁸⁸ Müller, MK-StGB § 153 kn. 4; Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 3; Heger, Lackner / Kühl-StGB § 153 kn. 2; Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 4; Lenckner / Bosch, Schönke / Schröder-StGB § 153 kn. 4; Wessels / Hettinger, BT 1 § 17 kn. 749; Hettinger / Bender, JuS 2015/7, s. 579; Tezcan / Erdem / Önok, Özel Hükümler, s. 1010; Artuk / Gökçen / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7833; İçer, s. 203.

kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi, ancak daha sonra bu kişinin tanık sıfatı ile duruşmada dinlenmesi durumunda, şüpheli sıfatıyla verdiği ifadede gerçeğe aykırı beyanda bulunmuş olması dolayısıyla yalan tanıklık suçu oluşmaz. Zira, bu kişi her ne kadar daha sonra tanık sıfatı ile dinlenmiş olsa da gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu sırada “şüpheli” statüsündedir ve bu kişi yalan tanıklık suçunun faili olamaz⁸⁹. İştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağının diğer suç ortağına ilişkin muhakemede dinlenmesinde, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanacak ise de⁹⁰, bu kişi uyuşmazlığın tarafı olması nedeni ile tanık değildir ve yalan tanıklık suçunun faili olamaz⁹¹. Soruşturma ve kovuşturmanın ayrı veya birlikte yürütülmesinin bir önemi yoktur.

Benzer şekilde, hukuk davalarında davacı ve davalı sıfatını taşıyan kişi tanık olarak dinlenemez⁹². Bu kişiler, yalnızca yalan yere yemin suçunun (TCK m. 275) faili olabilirler⁹³. Yargıtay da, yalan tanıklık suçunun oluşması

Şüpheli veya sanığın “tanık” sıfatını taşımaması nedeniyle yalan tanıklık suçunun faili olamaması, suç vakıası hakkında yalan söyleme hakkına sahip olduğu anlamına gelmez. Şüpheli veya sanık, “nemo tenetur” ilkesi gereği susma hakkına sahip ise de (Anayasa m. 38/5, CMK m. 147/1-e) konuşmayı tercih ettiği bir durumda suç vakıası hakkında gerçeğe uygun beyanda bulunmakla yükümlüdür. “Nemo tenetur” ilkesi ve susma hakkı, şüpheli veya sanığa gerçeğe aykırı beyanda bulunma hakkını vermez; şüpheli veya sanık yalan söyleyerek kendisini savunamaz. Maddi gerçeğin araştırıldığı ceza muhakemesinde, gerçeğe aykırı beyanda bulunma savunma hakkının sınırları dahilinde kabul edilemez. Fakat şüpheli veya sanığın suç vakıası hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunmasını suç olarak tanımlayan bir kanuni düzenleme Türk hukukunda mevcut değildir. Dolayısıyla, bu yükümlülük “sırf ahlaki bir yükümlülük”tür (Ayrıntı için bkz. **Özgenç**, İzzet, “Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları”, MÜHF-HAD, C. 9, 1995/1-3, s. 139-142).

⁸⁹ **Vormbaum**, NK-StGB § 153 kn. 25.

⁹⁰ Şüphelilik-sanıklık ile tanıklık arasındaki önemli farklar nedeniyle, muhakeme konusu suçta iştiraktan şüpheli veya sanık olanların da kural olarak tanık gibi dinlenebilmelerine imkan veren düzenleme (m. 50/1-c) eleştirilmelidir. Zira sanıkların birbirine karşı tanıklık yapması düşünülemez. Bu durumda hiç olmazsa, kendini suçlayıcı beyanda bulunma yasağı hükmünü (m. 48) işletmek uygun olacaktır (**Sahin / Göktürk**, C. 2, s. 34).

⁹¹ **Müller**, MK-StGB § 153 kn. 6; **Lenckner / Bosch**, Schönte/Schröder-StGB § 153 kn. 4a; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8183; **İçer**, s. 203; Aksi görüş için bkz. **Tezcan / Erdem / Önok**, Özel Hükümler, s. 1010.

⁹² **Vormbaum**, NK-StGB § 153 kn. 3; **Kudlich**, BeckOK-StGB § 153 kn. 4; **Lenckner / Bosch**, Schönte/Schröder-StGB § 153 kn. 4; **Wessels / Hettinger**, BT 1 § 17 kn. 749.

6100 sayılı HMK m. 240 - “(1) Davada taraf olmayan kişiler tanık olarak gösterilebilir.”

⁹³ **Yargıtay 4. CD, 29.11.2011, E. 2010/21065, K. 2011/22870** “Sanığın talimatla alınan Ağır Ceza Mahkemesine ait yeminli tanık ifadesinde doğruyu söylediği, ancak satılan otomobil nedeniyle kendisi aleyhine de hukuk mahkemesinde alacak davası açılması üzerine bu mahkemede 05/06/2003 tarihinde vermiş olduğu yeminli ifadesinde yalan söylediği Ali Doğan ve Vahit Zeybek’in ifadelerinden anlaşıldığı, bu nedenle sanığın eyleminin yalan yere yemin etme suçunu (TCY. 287) oluşturabileceği anlaşıldığından, yalan tanıklık suçunun unsurlarının oluşmaması nedeniyle sanığın beraati yerine mahkumiyetine hükmedilmesi”

için uyuşmazlığın konusunu teşkil eden maddi vakıa hakkında bildiklerini anlatan kişinin olayla bir ilgisinin bulunmamasını aramaktadır⁹⁴.

4. Mağdur

TCK’da düzenlendiği bölüm ve bu bağlamda korunan hukuki menfaat göz önünde bulundurulduğunda suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir (geniş anlamda mağdur). Ancak, tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunması, hukuka aykırı fiil nedeniyle hakkında soruşturma yapılan kişiyi de mağdur etmektedir (dar anlamda mağdur)⁹⁵. Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri (TCK m. 272/4-8) ile etkin pişmanlığa (TCK m. 274) ilişkin düzenlemeler bunu teyid edici mahiyettedir. Tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunması her ne kadar hukuka aykırı fiil nedeni ile soruşturma yürüten mercileri yanlış yola sevk ederek maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının önlenmesi tehlikesini doğursa da; aynı zamanda hakkında soruşturma yürütülen kişinin adil yargılanma hakkı da ihlal edilmekte ve bu kişi gerçeğe aykırı beyanının sonuçlarını doğrudan doğruya üzerinde hissetmektedir. Dolayısıyla, münhasıran suçun TCK’da düzenlendiği yer dikkate alınarak sadece maddi gerçeğin ortaya çıkmasındaki toplumsal menfaatin korunduğu söylenemez. Bunun dışında, gerçeğe aykırı beyan ile adil yargılanma hakkı ihlal edilen birey de mağdur statüsündedir⁹⁶.

⁹⁴ **Yargıtay 11. CD, 20.2.2014, E. 2014/11, K. 2014/2951** “TCK’nun 272. maddesinde düzenlenen yalan tanıklık suçunun oluşması için; ... hukuksal bir uyuşmazlığa konu bir olayla ilgili olarak bilgisini aktaran kişinin yasalar gereği “tanık” sıfatıyla dinlenilmesi gerekli olup, anılan suç, **kendisinin katılmadığı olaylara ilişkin** bildiklerini tanık dinlemeye yetkili merciler önünde açıklamaya zorunlu olan kimselerin yalan söylemesi veya gerçeği inkar etmesi yahut dinlendiği konudaki bilgilerini az veya çok söylememesi ile gerçekleşir.”

⁹⁵ Aksi görüş için bkz. **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 1096, Yazarlar’a göre suçun mağduru belirli bir kimse değil, genel olarak toplumu oluşturan herkestir. Korunan hukuki menfaatin adil yargılanma hakkı olduğundan bahisle davalı, davacı, şüpheli, sanık, mağdur veya katılan sıfatını taşıyan kişilerin “mağdur” olduğundan söz edilemez.

⁹⁶ Yargıtay kararlarında da yalan tanıklık suçu ile yargılamanın taraflarının korunduğu açıkça belirtilmektedir. **Yargıtay CGK, 1.4.2014, E. 2013/4-498, K. 2014/154** “Yalan tanıklık suçuyla yargılamanın doğru olmayan beyanlarla gerçeğe aykırı bir şekilde yönlendirilmesinin önüne geçilerek adaletin tecellisi sağlanmak suretiyle yargılamanın taraflarının haklarının zarar görmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır.”

5. Nitelikli Unsurlar

Yalan tanıklık suçunda, TCK'nın 272. maddesinin 2 ve 3. fıkraları ile iki nitelikli hal öngörülmüştür⁹⁷. TCK'nın 272. maddesinin 2. fıkrasına göre⁹⁸ *“Mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”* Suçun temel şekli açısından tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurulun yemin verdirmeye yetkisinin olmaması gerekir⁹⁹.

⁹⁷ Yalan yere yemin, 5237 sayılı TCK'da bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Alman StGB § 154/1 hükmünden farklı olarak yalan tanıklığın, yemin edilerek yapılması cezada artırım yapılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olarak düzenlenmemiştir. Mülga 765 sayılı TCK'da ise tanığın yeminsiz dinlenmesi 286/4 hükmünde cezada indirim yapılmasını gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlenmiş idi: *“Eğer yeminsiz şahadet edilmişse ceza müddeti yarısına kadar indirilir.”* 5237 sayılı TCK'da ise böyle bir nitelikli unsura yer verilmemiştir.

⁹⁸ Bu düzenlemede yer alan nitelikli unsur, mülga 765 sayılı TCK'da suçun temel şeklini oluşturmaktadır. Suçun temel şeklinin düzenlendiği mülga 765 sayılı TCK m. 286/1 şu şekilde idi: *“Yemin ettirerek şahit veya ehlihibre istimama salahiyettar olan bir memur veya heyet huzurunda şahadet ederken yalan söyleyen veya hakikatı inkar yahut isticvap olduğu hususat hakkında malumatı az veya çok ketmeyleyen kimse üç aydan üç seneye kadar hapis ile mücazat olunur.”* Buna göre, merciin yemin verme yetkisi yoksa yalan tanıklık suçunun oluşması da mümkün değil idi. Yine, 286/4 hükmünde tanığın yeminsiz dinlenmesi cezada indirim yapılmasını gerektiren nitelikli unsur olarak düzenlendiği için suçun temel şekli bakımından tanığın yemin etmiş olması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

⁹⁹ TCK'nın 272. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sözkonusu düzenleme, Alman hukukunda yalan tanıklık suçunun temel şeklini oluşturmaktadır. Yemin etmeksizin yapılan yalan tanıklığı düzenleyen Alman StGB § 153 hükmüne göre *“(1) Her kim, mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık veya bilirkişi ifadesi almaya kanunen yetkili bir merci huzurunda, tanık veya bilirkişi sıfatı ile yemin etmeden gerçeğe aykırı beyanda bulunur ise, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Alman hukukunda tanığın mahkeme huzurunda veya yemin verdirmeye kanunen yetkili kılınmış bir merci huzurunda yemin altında gerçeğe aykırı beyanda bulunması ise suçun nitelikli şekli olarak tanımlanmıştır (StGB § 154/1).

Bu düzenlemenin nedeni, yemin altında verilen ifadenin delil değerinin yemin etmeden verilen ifadeye nazaran daha fazla olduğunun; dolayısıyla tanığın yemin altında gerçeğe aykırı beyanda bulunmasının maddi gerçeğin tespitini daha fazla tehlikeye soktuğunun kabul edilmesidir (Müller, MK-StGB Vorbem §§ 153 ff. kn. 15).

Ancak Alman doktrininde StGB § 154 hükmünün varlığı sorgulanmaktadır. Yemin vererek yalan tanıklık yapılmasının suç politikası bakımından cezalandırmadaki önemini yitirdiği, istatistiksel verilere göre adliyeye karşı işlenen suçlar içindeki payının son derece düşük olduğu, diğer taraftan yeminin delillerin değerlendirilmesinde tarihsel açıdan arz ettiği önemi günümüzde yitirdiği; bu nedenle, tanıklar bakımından yalan yere yeminin, bir başka ifade ile yemin vererek gerçeğe aykırı beyanda bulunmanın StGB § 153 hükmüne nazaran suçun bir nitelikli unsuru olarak tanımlanmasından vazgeçilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Yemin vererek yalan tanıklık, en eski suç tiplerinden biridir ve yeminin edilmiş şekilde münhasıran “Tanrı”nın adının zikredilmesi nedeni ile cezalandırılabilir bir fiil olarak telakki edilmiştir. Tanığın, Tanrı adına yemin etmesine rağmen gerçeğe aykırı beyanda bulunması Tanrı'ya hakaret olarak görüldüğü için yalan tanıklık cezası en ağır suç tiplerinden biri idi. Beyanın doğruluğunu güvence altına alması nedeni ile yeminin geçmişten günümüze

Örneğin 4483 sayılı Kanuna göre ön soruşturma ile görevlendirilenler, hukuka aykırı bir fiil nedeni ile idari soruşturma veya disiplin soruşturması ile görevlendirilenler, tahkim hükümleri gereği hakemler tanığa yemin verme yetkisine sahip değildir¹⁰⁰. Bu nedenle bu merciler önünde gerçeğe aykırı beyanda bulunan tanık hakkında 1. fıkra hükmü uygulanacaktır¹⁰¹. İkinci fıkraya göre, yalan tanıklık suçunun mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde işlenmesi, cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli unsurdur¹⁰². Huzurunda tanıklık yapılan makamın “mahkeme” olması, 2. fıkranın uygulanması için yeterlidir. Mahkeme, herhangi bir yargı kolundaki mahkeme; örneğin ceza mahkemesi, hukuk mahkemesi, anayasa mahkemesi olabilir. Mahkeme, sadece devletin resmi mahkemeleri olarak anlaşılmalıdır. Tahkim mahkemeleri ise, mahkeme statüsünde değildir ve tahkim mahkemeleri huzurunda yapılan gerçeğe aykırı beyanlar yalan tanıklık suçunun nitelikli şeklini oluşturmaz¹⁰³. Mahkeme dışında kalan ve tanık dinleyen diğer mercilerin yemin verdirmeye yetkili olması bu nitelikli hal bakımından yeterlidir. Örneğin soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı¹⁰⁴ ya da sulh ceza hakimliği önünde gerçeğe aykırı

kadar yalan tanıklığın bir unsuru olarak ele alınması, yalan tanıklık suçunun uzun süre dine karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmesine sebebiyet vermiştir. Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nun ilk şeklinde tanığın yeminsiz olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunması suç olarak düzenlenmemiştir. Zira, her tanığın beyanda bulunmadan önce yemin vermesi zorunlu idi. Bu nedenle de, yemin, yalan tanıklık suçunun zorunlu bir unsuru idi (Müller, MK-StGB § 154 kn. 6 f., 9 f.).

Günümüzde Alman hukukunda tanığın mahkeme huzurunda veya yemin verdirmeye kanunen yetkili kılınmış bir merci huzurunda yemin altında gerçeğe aykırı beyanda bulunması yalan tanıklık suçunun nitelikli şekli olarak tanımlandığı gibi (StGB § 154/1); henüz yemin etme ehliyetine sahip olmayan bir tanığın yemin etmeksizin gerçeğe aykırı beyanda bulunması hakim in tasirine göre cezada indirim yapılmasını gerektiren ya da cezayı tamamen ortadan kaldıran şahsi neden olarak düzenlenmiştir (StGB § 157/2) .

¹⁰⁰ Alman hukukunda da disiplin soruşturmasını yürüten merciin tanık dinlerken yemin verme yetkisi bulunmamaktadır. Disiplin soruşturmasını yürüten merciin tanık dinlerken yemin verme yetkisine sahip olduğunu öngören Alman BDO (Bundesdisziplinarordnung) § 58 hükmünün 1. cümlesi 1.1.2002 tarihi itibarı ile yürürlükten kaldırılmıştır. 1.10.1967-31.12.2001 tarihleri arasında yürürlükte kalan bu düzenlemeye göre, soruşturmanın başkanı delilin güvenilirliği için gereklilik arz ediyor ise tanığa yemin verebilir idi (Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 50).

¹⁰¹ Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8190.

¹⁰² TCK'nın 272/2 hükmü, bağımsız bir suç tipi ihtiva etmeyip; 1. fıkrada düzenlenen suçun temel şekline nazaran cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli hali düzenlemektedir. Huzurunda tanıklık yapılan merciin “mahkeme” olması veya yemin vermeye yetkili olması, fiilin haksızlık muhtevası üzerinde etkilidir.

¹⁰³ Müller, MK-StGB § 153 kn. 62; Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 44.

¹⁰⁴ Alman hukukunda savcının tanığa yemin verme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak, doktrinde

beyanda bulunan tanık hakkında 2. fıkra hükmü uygulanacaktır. Tanığa yemin verilmemesi (CMK m. 50) ya da tanığın yemin etmekten çekinmesi (CMK m. 51) önemli değildir. Tanığa yemin verilmesine ya da tanık yemin etmekten çekinse dahi, tanık dinleyen merci yemin verme yetkisine sahip ise bu nitelikli hal uygulanır; tanığın yemin etmesi nitelikli halin bir unsuru değildir¹⁰⁵.

TCK'nın 272. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun soruşturma veya kovuşturması kapsamında tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunması cezada artırım yapılmasını gerektiren bir diğer nitelikli unsurdur¹⁰⁶. Burada, soruşturma veya kovuşturmanın bir suçla ilişkin olması ve suçun karşılığında öngörülen soyut cezanın üst sınırının üç yılı geçmesi gerekmektedir¹⁰⁷. Üç yıllık sürenin

bu durum eleştirilmekte, savcılığın adli bir merci olduğu ve yargısal bir faaliyet icra ettiği, bu nedenle de yemin verme yetkisine sahip olması gerektiği, bu yönde bir kanun değişikliği yapılmasına ihtiyaç olduğu ileri sürülmektedir (**Vormbaum**, NK-StGB § 153 kn. 55).

¹⁰⁵ **Artuk / Gökcan / Yenidünya**, TCK Şerhi, C. 5, s. 7828; **Ünver**, s. 193; **Feyzioğlu**, s. 240-241; Aksi görüş için bkz. **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8191, Yazarlar'a göre 2. fıkranın uygulanabilmesi için, yemin ettiren tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurulun yemin verme yetkisine sahip olması yeterli değildir; ayrıca tanığa yemin verilmiş olması aranmalı, tanığın yeminsiz dinlenmesi durumunda ise 1. fıkrada düzenlenen suçun temel şeklinin oluşacağı kabul edilmelidir. Buna karşılık, mahkeme huzurundaki tanıklık bakımından yemin verilmiş olup olmaması 2. fıkranın uygulanması bakımından önem taşımaz.; **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 1098, Yazarlar'a göre tanığa yemin verilmemesi suçun oluşumu üzerinde etkili değildir. Fakat 2. fıkrada geçen "yemin ettiren tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde" yapılan tanıklık bakımından, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için tanığa yemin verdirilmiş olması gerekmektedir. "*Eğer kişiye yemin verdirilmemişse bu zaten birinci fıkra kapsamında işlenen bir suçtur.*"

Kanaatimizce, 2. fıkradaki nitelikli halin uygulanabilmesi için tanığa yemin verdirilmesinin gerekli olup olmadığı üzerindeki tartışma esas itibarı ile yeminsiz tanıklık yapılmasını cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir neden olarak düzenleyen mülga 765 sayılı TCK'nın 286/4 hükmüne 5237 sayılı TCK'da yer verilmemesinden kaynaklanmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 272/2 hükmünde yer alan düzenleme lafz olarak yorumlandığında tanığın yemin etmesi bir unsur olarak aranmış değildir; merciin yemin verme yetkisini haiz olması yeterlidir. Tanığın yemin edip etmediği ise, yeminin beyanın doğruluğunu kuvvetlendirici etkisi göz önünde bulundurulduğunda TCK'nın 61. maddesine göre alt ve üst sınırlar arasında (bir yıldan üç yıla kadar) cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Bu hükümde tanığın yemin etmesi bir unsur olarak öngörülmediği için, mülga 765 sayılı TCK'nın 286/4 hükmüne paralel şekilde tanığın yeminsiz olarak dinlenmesinin cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir neden olarak düzenlenmesi gerektiği ileri sürülemez.

¹⁰⁶ Aynı nitelikli unsur, mülga 765 sayılı TCK'da 286/2 hükmünde de yer almakta idi: "*Eğer fitil üç seneden fazla hürriyeti tahdit eden ceza müstelzim bir cürmün tahkik ve muhakemesi esnasında vaki olmuş ise cezası üç seneden on seneye kadar ağır hapidir.*"

¹⁰⁷ **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8192; **Yargıtay CGK**, 1.4.2014, E. 2013/4-498, K. 2014/154 "Üçüncü fıkrada ise, kanunî tanımında *üst sınırı üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun* soruşturma veya kovuşturması kapsamında yalan tanıklık yapılması, daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir."; **Yargıtay**

tespitinde, cezasının suçun temel şekline nazaran bağımsız olarak belirlendiği suçun nitelikli halleri de dikkate alınmalıdır¹⁰⁸. Buna karşılık, nitelikli haller dışında kalan ve faile verilecek cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmuş yaş küçüklüğü, zincirleme suç, haksız tahrik gibi cezada artırım ya da indirim yapılmasını gerektiren hususlar üç yıllık sınırın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaz. Hapis ve adli para cezasının birlikte ya da seçimlik olarak öngörüldüğü suçlar bakımından hapis cezası esas alınır. Yalnızca adli para cezasını gerektiren suçlarda, bu nitelikli hal uygulanmaz. Birleştirilerek görülen davalarda tanığın birden fazla suç ile ilgili olarak tanıklık yapması durumunda, bu suçların karşılığında öngörülen hapis cezalarının toplam miktarı değil; her bir suç için öngörülen hapis cezasının miktarı esas alınır¹⁰⁹.

6. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Haller

TCK'nın 272. maddesinin 4 ilâ 8. fıkralarında yer alan düzenlemeler¹¹⁰, yalan tanıklık suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan halleridir¹¹¹; suçun nitelikli unsuru değildir¹¹². Yalan tanıklık suçu, temel şekli (TCK m. 272/1) ve nitelikli halleri (TCK m. 272/2-3) itibarı ile soyut tehlike suçu; 4 ilâ 8. fıkralarda düzenlenen haller bakımından ise zarar suçudur. Ayrıca, 4 ilâ 8. fıkralar, failin fiiline bağlı olarak ortaya çıkan ağır neticeleri düzenlemektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda, suçun temel şeklinin her zaman bir netice ve zarar suçu olarak düzenlenmesi zorunlu olmayıp; suç konusu üzerinde soyut ya da somut tehlike doğuran sırf hareket suçlarının da neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerinin bulunması mümkündür. Diğer taraftan, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin genel hüküm olan TCK'nın 23. maddesine göre, failin bu netice

CGK, 1.4.2014, E. 2013/4-498, K. 2014/154 “Üçüncü fıkrada ise, kanuni tanımında *üst sınırı üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun* soruşturma veya kovuşturması kapsamında yalan tanıklık yapılması, daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir.”; Yargıtay mülga 765 sayılı TCK döneminde üst sınırı esas alan kararlar vermiştir. **Yargıtay 4. CD, 30.6.1993, 4693/5399; Yargıtay 4. CD, 12.2.1991, 6885/870**; Aksi görüş için bkz. **Tezcan / Erdem / Önok**, Özel Hükümler, s. 1015, Yazarlar'a göre kanunda açıkça öngörülerek cezanın alt sınırı esas alınmalı idi.

¹⁰⁸ **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8192; Aksi görüş için bkz. **Ölmez**, s. 76.

¹⁰⁹ **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8192.

¹¹⁰ Mülga 765 sayılı TCK'da yalan tanıklık suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali sadece 286/3 hükmünde düzenlenmiş olup, sözkonusu düzenleme 5237 sayılı TCK'da 272/6 hükmüne tekabül etmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 272/4, 5 ve 8 hükmünün karşılığı ise mülga 765 sayılı TCK'da yoktur. Bu açıdan 5237 sayılı TCK'daki düzenlemeler daha geniştir.

¹¹¹ Aynı yönde bkz. **İçer**, s. 205 vd.

¹¹² Aksi görüş için bkz. **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 1101-1102, Yazarlar TCK'nın 272. maddesinin 4, 6, 7 ve 8. fıkralarında yer alan düzenlemeleri de “*cezada artırım yapılmasını gerektiren nitelikli haller*” başlığı altında ele almaktadırlar.

bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekli ve yeterlidir. TCK'nın 272. maddesinin 4 ilâ 8. fıkraları nitelikli unsur kabul edildiğinde ise, failin kasten hareket etmesi gerekecektir; aksi halde, fiil suçun manevi unsurunun bulunmamasına binaen bu düzenlemeler karşısında tipiklik arz etmeyecek ve fail bunlardan sorumlu tutulamayacaktır. Hâlbuki fail, fiilin icrası sırasında bu neticelerin ortaya çıkmasını somut olayda her zaman öngörmemiş olabilir; ancak yalan tanıklığa bağlı olarak bu tür neticelerin ortaya çıkması objektif olarak öngörülebilen nitelikte olduğu için taksiri nedeniyle failin neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerden sorumlu tutulması mümkündür. Failin bu neticeler bakımından kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettiği ise, cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Yalan tanıklık suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri ise şunlardır:

TCK m. 272/4: Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi ile ilgili olarak gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri, örneğin arama, elkoyma, teknik araçla izleme, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, adli kontrol tedbiri uygulanmışsa, yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla, yalan tanıklık suçunun failine verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır (TCK m. 272/4). Beraat ya da kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kesinleşmesi gerekmektedir. Ayrıca, koruma tedbirinin uygulanması ile tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunması arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Koruma tedbirine ilişkin kararın gerekçesinde tanığın beyanının deliller arasında gösterilmesi nedensellik bağının varlığı için yeterli görülmelidir¹¹³. Tedbire karar verilmesinin yeterli olmadığı, tedbirin fiilen uygulanmaya başlanması gerektiği düşüncesindedir.

TCK m. 272/5: Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde, yüklenen fiili işlemediğinden dolayı

¹¹³ Aksi görüş için bkz. **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8192, Yazarlar'a göre 4. fıkrada koruma tedbirinin uygulanması ile yalan tanıklık arasında nedensellik bağının varlığı aranmamıştır. Koruma tedbirinin uygulanması halinde yalan tanıklığın neden olduğu tehlike veya zararın daha büyük olduğu düşünülmüştür. Bu nedenle, yalan tanıklığın koruma tedbirinin uygulanmasında bir etkisinin olup olmadığı araştırılmaz. Ancak, koruma tedbirinin yalan tanıklık nedeni ile uygulanmış olması gibi bir şart yok ise de, yalan tanıklıktan sonra bu tedbire ilişkin kararın alınmış olması zorunlu görülmelidir. Buna göre, koruma tedbiri alındıktan sonraki yalan tanıklıkta 4. fıkra hükmü uygulanmamalıdır.

Ancak belirtilmesi gerekir ki, yazarların 4. fıkranın uygulanması için gözaltı veya tutuklama dışındaki koruma tedbiri ile yalan tanıklık arasında nedensellik bağının varlığını gerekli görmemeleri; buna karşılık, yalan tanıklık ile gözaltı veya tutuklama tedbirinin uygulanması arasında nedensellik bağını aramaları (TCK m. 272/5) çelişki arz etmektedir.

hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla, yalan tanıklık yapan kişi ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m. 272/5)¹¹⁴. Hükümde, diğer neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerden farklı olarak bir artırım oranı ya da bağımsız bir ceza belirlenmeyip; halin niteliğine uygun olarak tanığın ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolaylı fail sıfatıyla sorumlu tutulacağı öngörülmek suretiyle suçların içtimasını da ilgilendiren bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçek içtima kuralının uygulanması cezalandırma bakımından kanunkoyucunun bir tercihi olup¹¹⁵; aynı zamanda içtima bahsini ilgilendirmesi bunu neticesi sebebiyle ağırlaşan hal olmaktan çıkarmaz. Ancak, failin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail sıfatıyla sorumlu tutulacak olması nedeniyle, bu neticesi sebebiyle ağırlaşan hal bakımından failin fiilin icrası sırasında en azından olası kastla hareket etmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Zira, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, ancak kasten işlenebilen bir suçtur; taksirle işlenen şekli suç olarak tanımlanmış değildir. Bu itibarla, failin taksirinin varlığı halinde 272/5 hükmü uygulanmaz. Bu durum, diğer neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerden farklı olarak cezalandırma bakımından gerçek içtima kuralına yer verilmesinin zorunlu bir sonucudur. Fakat belirtilmesi gerekir ki, gözaltı veya tutuklama ancak bir suça ilişkin soruşturma ve/veya kovuşturma sırasında uygulanabilecek tedbirler olup; bir suça ilişkin muhakemede bu tedbirlerin uygulanması ihtimal dahilindedir. Dolayısıyla, ceza soruşturması veya kovuşturmasında gerçeğe aykırı beyanda bulunan tanığın, bu tür tedbirlerin uygulanabileceğini en azından öngörmüş olduğunun, yani olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir.

TCK'nın 272/5 hükmünün uygulanabilmesi için, aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkındaki beraat hükmü ya da kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kesinleşmesi gerekmektedir. Ayrıca, yalan tanıklık ile tutuklama veya gözaltı işlemleri arasında nedensellik bağının varlığı aranmalıdır. Ancak bu işlemlerin tek dayanağının yalan tanıklık olması zorunlu değildir. Gözaltı ya da tutuklama için yalan tanığın beyanının deliller arasında gösterilmiş olması, nedensellik bağının varlığı için yeterli sayılmalıdır¹¹⁶. Bunun dışında,

¹¹⁴ Ayrıca, haksız olarak gözaltına alınan veya tutuklanan kişiye devlet tazminat ödemekle yükümlüdür. Yalan tanıklık nedeni ile gözaltına alınma veya tutuklanma halinde, devlet ödediği bu tazminat nedeni ile yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu eder (CMK m. 143/3).

¹¹⁵ Eleştirisi için bkz. **Soyaslan**, *Özel Hükümler*, s. 712, Yazar'a göre bu durumda fail iki suçtan cezalandırılmakta, dolayısıyla bir fiile iki ceza öngörülmektedir. Doğru olan çözüm, suçun temel şeklinden hareketle faile verilecek cezada artırım yapılmasıdır.

¹¹⁶ **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8193.

aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında gözaltına alma ya da tutuklama kararının verilmesi yeterli olmayıp, kararın uygulanmaya başlanmış olması gerekmektedir.

TCK m. 272/6-7: Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkumiyeti halinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır (TCK m. 272/6)^{117, 118}. Mahkumiyet kararının kesinleşmesi gerekmektedir. Aleyhine

¹¹⁷ TCK'nın 272. maddesinin 6. fıkrasında yer alan **“sürelî hapis cezasına mahkumiyeti halinde, mahkum olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına”** ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 14.1.2015 tarih ve E. 2014/116, K. 2015/4 sayılı kararı ile iptal edilmiş olup (29.4.2015 tarih ve 29341 sayılı RG); iptal hükmü, kararın resmi gazete'de yayımlanmasından 6 ay sonra, yani 29.10.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi şöyledir: *“Kanun'un yalan tanıklık suçunun düzenlendiği 272. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüşken, suçun nitelikli hallerinden olan aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin yalan tanıklık neticesinde hapis cezasıyla cezalandırılmasının düzenlendiği (6) numaralı fıkrasında, aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin sürelî hapis cezasına mahkumiyeti halinde, sanığın mahkum olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. // Kanun koyucu, yalan tanıklık suçunun temel şekli ile nitelikli hallerini düzenlerken yalan tanıklık sonucunda mağdurun uğradığı zararın ağırlığını ve mağdur hakkında uygulanan yaptırım miktarını ve türünü dikkate alabilir. Nitekim 272. maddenin (3) ile (8) numaralı fıkralarında, fiilin temel biçimlerini oluşturan ilk iki fıkraya nazaran cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir. Buna karşın, **itiraz konusu kuralın yer aldığı (6) numaralı fıkrada, aleyhine yalan tanıklık yapılan kişinin sürelî hapis cezasına mahkumiyeti halinde sanık için öngörülen cezalandırma yöntemi hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açmaktadır. Yalan tanıklık suçunun temel şekli olarak, 272. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimsenin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüş iken, suçun nitelikli hallerinden birinin düzenlendiği maddenin (6) numaralı fıkrasında, aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin yargılanıp sürelî hapis cezasına mahkumiyeti halinde, yalan tanıklık failinin söz konusu cezanın üçte ikisi kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Bu durum ise suçun nitelikli halinin, aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin mahkum olduğu hapis cezasının süresine bağlı olarak, suçun temel şekline oranla daha hafif bir şekilde cezalandırılmasına yol açmaktadır. Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin kısa sürelî hapis cezasına mahkumiyeti halinde daha belirgin olarak ortaya çıkan bu durum, ceza adaletinin sağlanması bakımından adil olmayan sonuçlara sebep olmakta ve bu yönüyle kuralda, kanun koyucunun ceza siyasetini belirleme konusundaki sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken göz önünde tutması gereken adalet ve hakkaniyet ilkelerine uyarlık bulunmamaktadır.”***

Doktrinde de, bu düzenleme eleştirilmekte idi. Yalan tanıklık ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cezaları göz önünde bulundurulduğunda, ihlal edilen hukuki menfaat ile ceza miktarları arasında orantısızlık bulunduğu, ölçüsüz ve ağır bir ceza yaptırımına hükmedilmesine neden olduğu ifade edilmekte idi (Eleştiriler için bkz. **Ünver**, s. 207; **Tezcan / Erdem / Önok**, Özel Hükümler, s. 1016)

¹¹⁸ Aynı neticesi sebebiyle ağırlaşan hal, mülga 765 sayılı TCK'da 286/3 hükmünde de yer al-

tanıklıkta bulunulan kimsenin mahkum olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, bu ceza yarısı kadar artırılabacaktır (TCK m. 272/7)¹¹⁹. Bu hükmün uygulanabilmesi için, mahkumiyet kararı ile yalan tanıklık arasında nedensellik bağı bulunmalıdır¹²⁰. Mahkeme, delilleri değerlendirme serbestisi çerçevesinde tanığın beyanına itibar etmemiş olabilir. Şayet mahkeme, mahkumiyet kararında tanığın gerçeğe aykırı beyanına dayanmamış ise bu nitelikli hal uygulanmamalıdır. Buna karşılık mahkumiyet hükmünün tek dayanağının tanığın yalan beyanı olması da gerekli değildir. Mahkemenin, mahkumiyet hükmünün gerekçesinde tanığın beyanını deliller arasında göstermesi nedensellik bağının varlığı için yeterli görülmelidir¹²¹.

TCK m. 272/8: Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmışsa, yalan tanıklıkta bulunan kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (TCK m. 272/8). Adli para cezası, disiplin yaptırımları ya da örneğin Kabahatler Kanunu çerçevesinde hükmedilen idari yaptırımlar bu kapsamdadır. Fıkra metninde “uygulanmışsa” ifadesine yer verilmesi nedeniyle, lafzi yorumla 4. fıkraya paralel şekilde, adli ya da idari nitelikteki yaptırıma karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesinin yeterli olmadığı; kararın uygulanmaya başlanması gerektiği düşüncesindeyiz¹²².

II. TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Yalan tanıklık suçu sadece kasten işlenebilir, failin hangi amaç ya da saikle hareket ettiği önem taşımaz; fiilin taksirle işlenen şekli ise suç olarak tanımlanmamıştır¹²³. Failin, tanık sıfatı ile ifade verdiğini; merciin tanık

makta idi: “Eğer yalan şahadet, bir kimseye müebbet hapis cezası verilmesi sonucunu doğurmuş ise, faile verilecek ceza onbeş seneden aşağı olamaz ve ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkumiyet halinde ise faile müebbet ağır hapis cezası verilir.”

¹¹⁹ Bir görüşe göre 272. maddenin 7. fıkrasında, 5. fıkrada olduğu üzere failin ayrıca infazın başlaması nedeni kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan “dolaylı fail” sıfatı ile sorumlu tutulacağı öngörülmemiş ise de, hapis cezasının infazının başlamasıyla birlikte kişinin hürriyeti kısıtlanacağından genel hükümler uyarınca (TCK m. 37/1) yalan tanıklık yapan kişinin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan “dolaylı fail” olarak sorumlu tutulması gerekir (bkz. İçer, s. 207-208).

Kanaatimizce, 272. maddenin 6 ve 7. fıkralarındaki düzenlemenin lafzi dikkate alındığında öngörülen ceza miktarı itibarı ile bu görüşün savunulması mantıki olarak mümkün değildir.

¹²⁰ Artuk / Gökçen / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7835; Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8194.

¹²¹ Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8194.

¹²² Aynı yönde bkz. Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8194.

¹²³ Alman StGB § 161 hükmüne göre “(1) 154 ilâ 156.maddelerde tanımlanmış olan fiiller taksirle işlenir ise, bir yıla kadar hapis cezası veya para cezası verilir.” Buna göre, Alman

dinleme yetkisinin bulunduğunu; açıklamalarının gerçeği yansıtmadığını, gerçeği gizlediğini bilmesi yeterlidir¹²⁴. Fiilin gerçeğin gizlenmesi suretiyle ihmali bir davranışla icra edilmesi durumunda, tanık gerçeği gizlediğinin ve gizlediği hususların maddi vakianın ispatı ile doğrudan bağlantılı olduğunu bilmelidir¹²⁵.

Kastın varlığı için, fail, her şeyden evvel tanık sıfatı ile ifade verdiğinin bilincinde olmalıdır. Örneğin ifade veren kimse, tanık değil de şüpheli sıfatı ile ifadesinin alındığı düşüncesinde ise suçun maddi unsurlarında yanlışlık söz konusudur ve failin bu yanlışlığı yalan tanıklık suçu bakımından kastını bertaraf eder (TCK m. 30/1)¹²⁶. Yine, merciin tanık dinlemeye yetkili olması, maddi unsurlar kapsamında suçun normatif unsurudur. Bu nedenle failin kastının bu unsuru da kapsamaması, bir başka ifade ile failin merciin tanık dinleme yetkisinin bulunduğunu bilmesi gerekmektedir¹²⁷. Fakat, failin örneğin ifadesini alan kişinin Cumhuriyet savcısı olduğunu bilmesi yeterli olup; tanık dinlemeye ya da yemin vermeye yetkili olduğunu bilip bilmemesinin önemi yoktur. Bir başka ifade ile failin, huzurunda beyanda bulunduğu merciin niteliğini bilmesi kastın varlığı için yeterlidir. Sözelimi failin yanlış hukuki değerlendirme yapmak suretiyle Cumhuriyet savcılığının tıpkı kolluk gibi tanık dinleme yetkisinin bulunmadığı kanısında olması (niteleme yanlışlığı / Subsumtionsirrtum) kastını ortadan kaldırmaz¹²⁸.

hukukunda yalan tanıklık suçunun nitelikli hali olarak kabul edilen StGB § 154 hükmünde suç olarak tanımlanan fiilin taksirle işlenmesi mümkündür. Fail, mahkeme huzurunda ya da yemin vermeye kanunen yetkili kılınmış bir merci huzurunda yemin ederek gerçeğe aykırı beyanda bulunur ve bunu taksirle icra ederse, StGB § 161 hükmüne göre sorumludur.

Ancak StGB § 161 hükmünde yer alan ve fiilin taksirle icra edilen şeklini suç olarak tanımlayan bu düzenlemenin varlığı, Alman doktrininde eleştirilmektedir. Eleştiri için bkz. **Vormbaum**, NK-StGB § 153 kn. 110; § 161 kn. 1.

¹²⁴ **Müller**, MK-StGB § 153 kn. 68; **Vormbaum**, NK-StGB § 153 kn. 101; **Heger**, Lackner / Kühl-StGB § 153 kn. 5; **Kudlich**, BeckOK-StGB § 153 kn. 18; **Wessels / Hettinger**, BT 1 § 17 kn. 750; **Hegmanns**, BT kn. 1872; **Ünver**, s. 202; **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, TCK Şerhi, C. 5, s. 7836.

¹²⁵ **Vormbaum**, NK-StGB § 153 kn. 104; **Hegmanns**, BT kn. 1862.

¹²⁶ **Vormbaum**, NK-StGB § 153 kn. 102.

¹²⁷ **Vormbaum**, NK-StGB § 153 kn. 101; **Kudlich**, BeckOK-StGB § 153 kn. 20; **Lenckner / Bosch**, Schönke/Schröder-StGB Vorbem §§ 153 kn. 32; **Wessels / Hettinger**, BT 1 § 17 kn. 750.

¹²⁸ **Kudlich**, BeckOK-StGB § 153 kn. 20.

Belirtilmesi gerekir ki, niteleme yanlışlığının unsur yanlışlığı mı, yoksa haksızlık yanlışlığı kapsamında mı değerlendirileceği tartışmalı bir konudur. Kanaatimizce, niteleme yanlışlığı bir yorum yanlışlığıdır ve failin kastını ortadan kaldırmaz. Failin, normatif nitelik taşıyan bir unsuru hukuki kavram olarak doğru şekilde tavsif edememiş olması, unsur yanlışlığı

Suçun olası kastla işlenmesi de mümkündür¹²⁹. Örneğin, fail, aradan zaman geçmesi nedeni ile olaya ilişkin bazı hususları hatırlamadığı yahut yanlış olarak algılamış olabileceği, dolayısıyla bilgisinin şüpheli olduğunu bilmesine rağmen bunu belirtmeyerek o şekilde vuku bulmuş gibi olay hakkında bilgi veriyor ise olası kast ile hareket etmektedir. Çünkü fail, yetkili mercileri yanlış yola sevk edebileceğini öngörerek açıklamada bulunmaktadır¹³⁰. Buna karşılık, fail, unutmaması nedeniyle açıklamada bulunamıyor ya da bazı hususları yanlış hatırlıyor ve olayın o şekilde gerçekleştiği kanaati ile açıklamada bulunuyor ise kastından söz edilemez.

III. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Tipiklik unsurunun gerçekleşmesi ile hukuka aykırılık unsuru da kendiliğinden gerçekleşir. Yapısı gereği, bu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeninden söz edilemez. İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni de uygulanamaz. Zira, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden bahisle aleyhine tanıklık yapılan kişinin mağdur olduğu kabul edilse dahi; bu suç adliye karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir¹³¹. Diğer taraftan, kişinin tanıklıktan çekinme yetkisini kullanması bir hukuka uygunluk nedeni olarak mütalaa edilmemelidir. Hukuka aykırılık unsuru bakımından bir

kapsamında değerlendirilemez. Kast için, fail suçun yasal tanımında yer alan unsurları ismen bilmek, hukuki kavram olarak doğru şekilde tavsif etmek zorunda değildir; somut olayda bu unsurun konusunu oluşturan şeyi bilmesi yeterlidir. Örneğin, araç plakası üzerinde tahrifat yapan kişi, araç plakasının “resmi belge” niteliğinde olduğunu bilmeseydi resmi belgede sahtecilik suçu bakımından kasten hareket etmektedir. Failin, araç plakasını “resmi belge” olarak hukukun doğru şekilde tavsif etmesi kast için gerekli olmayıp; somut olayda bu unsurlara karşılık gelen şeyi bilmesi kafidir. Fail, olaydaki koşulların bilincindedir, yani tipikliğinin objektif unsurlarının gerçekleştiğini bilmektedir; bu nedenle de kasten hareket etmektedir. Olayın dış dünyadaki gerçekleşme şekli ile failin zihnindeki resim birbiri ile tamamen örtüşmektedir, objektif gerçeklik ile failin tasavvuru arasında bir uyumsuzluk yoktur; ancak fail kanunda kullanılan kavramın, somut olaydaki koşulu kapsadığı konusunda yanlış düşmektedir. Dolayısıyla, niteleme yanlışlığına unsur yanlışlığı kapsamında değerlendirilmek suretiyle kastı bertaraf eden bir etki tanınması mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, suçun unsurları ile ilişkili olan niteleme yanlışlığının haksızlık yanlışlığına sebebiyet vermesi mümkündür. Fail, normatif unsuru karşılayan hukuki kavramın içeriğini ya da sınırını yanlış yorumlaması sonucunda bu kavramın somut olaydaki koşulu kapsamadığını, bu nedenle de davranışının yasak normu kapsamına girmediğini, bir haksızlık oluşturmadığını düşünüyor ise haksızlık yanlışlığı içinde hareket ettiği kabul edilmelidir.

¹²⁹ Müller, MK-StGB § 153 kn. 68, 70; Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 100; Heger, Lackner / Kühl-StGB § 153 kn. 5; Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 19; Lenckner / Bosch, Schönlke/Schröder-StGB § 153 kn. 7; Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8194; Artuk / Gökcan / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7836; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1105; Tezcan / Erdem / Önok, Özel Hükümler, s. 1012.

¹³⁰ Müller, MK-StGB § 153 kn. 70; Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 19; Ünver, s. 203.

¹³¹ Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1104.

tespit yapılabilmesi için, öncelikle fiilin tipikliğinin belirlenmesi zorunludur. Halbuki, sözü edilen durumda ortada tipik bir fiil bulunmamaktadır. Çünkü, tanık, çekinme yetkisini kullanmak suretiyle bilgi vermeyeceğini açık bir biçimde ortaya koymaktadır; bu durumda, gerçeğin gizlenmesinden söz edilemez. Dolayısıyla, fiil tipik değildir. Tanığın çekinme yetkisini kullanması, sadece disiplin yaptırımını bertaraf edici bir etkiyi haizdir.

Ş 4. ŞAHSİ CEZASIZLIK veya CEZANIN AZALTIKMASINI GEREKTİREN ŞAHSİ NEDENLER

Yalan tanıklık suçu bakımından, TCK'nın 273. maddesinde hakimnin takdirine göre faile ceza verilmemesini ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak iki nedene yer verilmiştir^{132, 133}. Şahsi nitelik taşıması nedeniyle bu hükümden sadece yalan tanıklık suçunun faili yararlanabilir; şerik sıfatını taşıyan suç ortağının yararlanması mümkün

¹³² Mülga 765 sayılı TCK'da da aynı nedenlere benzer şekilde yer verilmiştir. Mülga 765 sayılı TCK'nın 5237 sayılı TCK'nın 273. maddesine karşılık gelen 288. maddesi şu şekildedir: "Yalan yere yemin veya şahadet eden şahıs: 1 - Hakikatı beyan ettiği takdirde kendisini veya akrabasından birini hürriyet ve namusca behemehal fahiş bir zarara maruz kılması muhtemel olan, 2 - Kendi tarafından beyan olunan zati vasıflara nazaran şahit sıfatıyla celbi iktiza etmiyen yahut o şahsın ceza davasında şahit ve ehli hibre ve mütercim olmaktan istinkafa hakkı olduğu halde mahkemece kendisine bu hakkı ihtar edilmemiş bulunan, // Kimselelerden ise yukarıki maddede mezkur olan cezalardan muaftırlar. // Eğer bunların yalan şahadeti diğer bir şahsi takibata yahut mahkumiyete maruz kılarsa yukarıdaki maddelerde yazılı cezalar; yarısından üçte ikisine indirilir."

Her iki Kanun'da yer alan düzenlemeler benzer olmakla beraber aralarında bazı farklılıklar mevcuttur. Bunlardan biri, sözkonusu nedenlerin mülga 765 sayılı TCK'da esas itibarı ile şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiş olmalarıdır; bir başka ifade ile faile ceza verilmeyecektir, bu hususta hakime bir takdir yetkisi bırakılmamıştır. Ancak yalan tanıklığa bağlı olarak bir başkası hakkında soruşturma başlatılması ya da mahkumiyet kararı verilmesi durumunda faile ceza verilecek ise de cezada indirim yapılması öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK'da ise sözkonusu nedenler hakime ceza verip vermemek konusunda takdir yetkisi bırakır şekilde şahsi cezasızlık nedeni ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak düzenlenmiş, buna uygun olarak 288/2 hükmüne karşılık gelen bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

¹³³ Belirtilen nedenler, bir şahsi cezasızlık ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak düzenlenmiş olup, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracı bir etkiyi haiz değildir; yalan tanıklık suçu varlığını muhafaza eder. Fakat, Askeri Yargıtay 1. Dairesi, bir kararında tanığın kendisini ceza soruşturmasından korumak amacıyla yalan söylemesi durumunda bunu hem "hukuka aykırılığı kaldırın özel bir sebep" hem de "şahsi cezasızlık sebebi" olarak nitelendirmiştir. bkz. **Askeri Yargıtay 1. Dairesi, 15.3.2006, E. 2006/362, K. 2006/417** "sanık E.B.'nin soruşturmaya maruz kalmasının muhtemel olması nedeniyle, kendini koruma içgüdüsüyle yalan söylediği ve bu durumun 765 sayılı TCK.nun 288/1 inci maddesinde cezasızlığı gerektiren ve **hukuka aykırılığı kaldırın özel bir sebep** olarak belirtildiği anlaşıldığından, sanık hakkında **şahsi cezasızlık sebebinin varlığı** nedeniyle, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekirken"

değildir¹³⁴. Ayrıca, bu hüküm, özel hukuk uyumsuzlukları kapsamında yapılan yalan tanıklık hallerinde uygulanmayacaktır (TCK m. 273/2).

TCK m. 273/1-a: Kişinin; kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayla uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması bir şahsi cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedendir (TCK m. 273/1-a)^{135, 136}. Burada, anayasal

¹³⁴ **Lenckner / Bosch**, Schönke/Schröder-StGB § 157 kn. 4; **Heghmanns**, BT kn. 1874.

¹³⁵ Akrabalık ilişkisinin kapsamı bakımından 5237 sayılı TCK ile mülga 765 sayılı TCK arasında farklılık sözkonusudur. Mülga 765 sayılı TCK'nın 288. maddesinde yer alan "akrabalardan biri" ibaresi, 259. madde uyarınca karı, koca, altsoy, üstsoy, amca, dayı, hala, teyze ve yeğenler ile aynı derecedeki sihrî hısımlar şeklinde anlaşılmalıdır. 5237 sayılı TCK'da ise hükmün uygulama alanı altsoy, üstsoy, eş ve kardeş ile sınırlandırılmış, kapsamı mülga 765 sayılı TCK'ya nazaran daraltılmıştır.

¹³⁶ Bir görüşe göre, bu düzenleme zorunluluk haline ilişkin özel bir düzenlemedir. Burada zorunluluk haline ilişkin genel düzenlemeden (TCK m. 25/2) farklı olarak, yalan tanıklık yoluyla kurtarılacak istenen hukuki menfaatin daha üstün olması aranmadığı gibi, belli değerlere yönelik ağır bir tehlikenin varlığına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Gerçeğe aykırı açıklama, tehlikeyi bertaraf etmeye elverişli bir araç da değildir. Bu nedenle, zorunluluk haline ilişkin TCK'nın 25/2 hükmünün yalan tanıklık suçu bakımından uygulama alanı bulamayacağını düşünen kanunkoyucu kişinin bu özel durumunu göz önünde bulundurmuştur. Zorunluluk haline ilişkin özel bir düzenleme niteliğini taşıyan sözkonusu hüküm, genel nitelikli olan TCK'nın 25/2 hükmünün uygulanma olanağını ortadan kaldırmaktadır (bkz. **Tezcan / Erdem / Önok**, Özel Hükümler, s. 1017).

Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun "tanıklıkta zaruret hali (Aussagenotstand)" başlığını taşıyan § 157/1 hükmüne göre tanık bir aile mensubunu veya kendisini cezalandırılma ya da kişi hürriyetini kısıtlayan bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine tabi olma tehlikesinden kurtarmak için gerçeğe aykırı beyanda bulunur ise mahkeme cezayı takdiren indirebilir ve yemin altında olmadan beyanda bulunmuş ise ceza vermektan tamamen vazgeçebilir (StGB § 157/1). Ancak belirtilmesi gerekir ki, maddenin başlığı her ne kadar "tanıklıkta zaruret hali" başlığını taşısa da hukuki niteliği Alman doktrininde tartışmalıdır. Bir görüş, bu hükmü zorunluluk haline ilişkin özel bir düzenleme olarak nitelendirmektedir (bkz. **Vormbaum**, NK-StGB § 157 kn. 4 ff.). Diğer bir görüş, StGB § 157 hükmünü "zorunluluk hali benzeri menfaatler çatışması (notstandsähnliche Konfliktlage)" şeklinde nitelendirmektedir (bkz. **Heghmanns**, BT kn. 1874). Başka bir görüş ise, şahsi cezasızlık nedeni olarak görmektedir (bkz. **Müller**, MK-StGB § 157 kn. 2).

Kanaatimizce, TCK'nın 273/1-a hükmü düzenleniş şekli itibarı ile zorunluluk haline ilişkin özel bir düzenleme değildir. Zira, genel hükümler kısmında düzenlenen zorunluluk halinin (TCK m. 25/1) unsurlarına ilişkin olarak suça uygun özel bir belirleme (örneğin TCK m. 147) yapılmadığı gibi, ilave bir unsur da getirilmiş değildir. En önemlisi ise, ceza soruşturması ya da kovuşturması başlatılacak olması, hukuken korunan belirli değerlere yönelik bir tehlike olarak değerlendirilemez. Fiilen bir tehlikenin varlığından söz edilebilirse de, bu tehlike yalan tanıklık suçunun işlenmesi yoluyla bertaraf edilmesi hukuken mazur görülebilecek bir tehlike değildir. Zorunluluk hali kapsamında, böyle bir tehlikenin yalan tanıklık suçunun işlenmesi yoluyla bertaraf edilmesi hukuken mazur görülerek himaye edilemez. Ayrıca 273/1-a hükmü her zaman değil, ancak sayılan sınırlı sayıda kişiler (kendisi, altsoy, üstsoy, eş ve kardeş) ile ilgili hususlar hakkında yalan tanıklıkta bulunulması halinde uygulanma kabiliyetine sahiptir. Tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunmasının sebebi, vereceği bilginin kendisini

bir ilke olan “nemo tenetur” ilkesi geçerlidir (Anayasa m. 38/5)¹³⁷. Soruşturma ve kovuşturma ile kastedilen, suç teşkil eden bir fiil dolayısıyla başlatılacak ceza soruşturması ve kovuşturmasıdır. Örneğin kabahat niteliğindeki fiil dolayısıyla soruşturma yapılması sözkonusu ise, bu hüküm uygulanmaz¹³⁸. Diğer taraftan suç karşılığında sadece adli para cezası öngörülmüş ise, bu, failin sadece malvarlığına yönelik bir tehlikedir. Korunmak istenen hukuki menfaatler mukayese edildiğinde münhasıran soruşturma ve kovuşturma tehdidinin varlığı yeterli değildir. Failin, soruşturma ve kovuşturma neticesinde kişi hürriyetini kısıtlayıcı nitelik taşıyan hapis veya güvenlik tedbiri yaptırımlarının uygulanma tehlikesinin bulunması aranmalıdır¹³⁹. Ayrıca, soruşturma ve kovuşturma tehlikesinin objektif olarak varlığı yeterli değildir; failin zihnindeki durum esas alınır. Soruşturma ve kovuşturma tehlikesi objektif olarak bulunmakla beraber, tanık bunu bilmiyor ise şahsi cezasızlık nedeninden yararlanamaz¹⁴⁰. Şayet genel af, dava zamanaşımı, muhakeme şartının gerçekleşmemesi (örneğin şikayet süresinin dolması) gibi bir nedenle soruşturma ve kovuşturma olanağı kalmamış ise failin bundan yararlanma olanağı bulunmamaktadır¹⁴¹.

TCK m. 273/1-b¹⁴²: Tanıklıktan çekinme yetkisi bulunan tanığa bu yetkisinin hatırlatılmaması, yalan tanıklık suçunun oluşmasını önlemez¹⁴³. Tanığın çekinme yetkisi olmasına rağmen bunun kendisine hatırlatılmaması yalan tanıklık suçu bakımından bir şahsi cezasızlık veya cezada indirim

veya sayılan sınırlı sayıda yakınlarından birini suçlayıcı mahiyette olmasıdır. Tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunmasında, tamamen şahsi nitelikteki bu yakınlık ilişkisi etkilidir. İnsan tabiatı gereği kendisini ve yakınlarını ceza soruşturması ve kovuşturması da dahil olmak üzere gelebilecek her türlü tehlikeden koruma eğilimindedir; dolayısıyla kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunması insandan beklenebilecek ve yükümlülük olarak yüklenebilecek bir davranış değildir. Esasen burada **failin iradesini zorlayan, dolayısıyla da kusur üzerinde etkili olan bir durum** sözkonusudur. Fakat bu, kişinin şahsından veya belirli şahıslarla olan yakınlık ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Kanunkoyucu, Anayasa’da da güvence altına alınan “nemo tenetur” ilkesinin (Anayasa m. 38/5) gereğini bunu yalan tanıklık suçu bakımından şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlemek suretiyle yerine getirmiştir.

¹³⁷ İlke hakkında bilgi için bkz. **Yenisey / Nuhoglu**, s. 514-515; Bu ilkeye göre faille ceza verilmesinden tamamen vazgeçilmesi gerektiği yönündeki haklı eleştiri için bkz. **Ünver**, s. 210.

¹³⁸ **Hettinger / Bender**, JuS 2015/7, s. 585.

¹³⁹ **Mitsch**, JuS 2005/4, s. 342.

¹⁴⁰ **Heger**, Lackner / Kühl-StGB § 157 kn. 7; **Hettinger / Bender**, JuS 2015/7, s. 585.

¹⁴¹ **Heger**, Lackner / Kühl-StGB § 157 kn. 4.

¹⁴² Bu konuya, yukarıda ilgili olduğu diğer konu başlıkları altında değinildiği için, tekrardan kaçınmak adına yeniden açıklamada bulunmuyoruz.

¹⁴³ **Lenckner / Bosch**, Schönke/Schröder-StGB Vorbem §§ 153 kn. 23 f.

yapılmasını gerektiren şahsi nedendir (TCK m. 273/1-b)¹⁴⁴.

§ 5. ETKİN PİŞMANLIK

TCK'nın 274. maddesinde, yalan tanıklık suçu bakımından etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir¹⁴⁵. Etkin pişmanlık için, failin yalan söylediğini itiraf etmesi yeterli değildir; bunun yanında gerçeği söylemesi gerekmektedir¹⁴⁶. Yalan tanıklık suçunun işlenmesine azmettiren ya da yardımda bulunan sıfatıyla iştirak edenler de etkin pişmanlığa ilişkin hükümden yararlanabilirler. Ancak şerik sıfatını taşıyan suç ortağının sadece

¹⁴⁴ bkz. **Yargıtay 9. CD, 1.7.2013, E. 2013/3407, K. 2013/10140**

¹⁴⁵ Mülga 765 sayılı TCK'nın 289. maddesinde etkin pişmanlığa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş idi: *"Bir kimse ceza tahkikat veya muhakematı esnasında şahadet ettikten sonra iş lüzum veya meni muhakeme kararnamesi ile bitmezden veya muhakeme hitam bulmazdan veya yalan şahadet hadisesinden dolayı muhakeme başka güne talik olunmazdan evvel bu şahadetten rücu ile hakikati söyleser 286 ncı maddede beyan olunan fiilden dolayı cezadan muaftır (f. 1). // Eğer rücu beyan olunan zamanlardan sonra olur; yahut bir hukuk davasının muhakemesi esnasında vukua gelmiş olan yalan şahadete mütaallik bulunur ise bu şahadetin vukubulduğu dava hakkında mahkemeden karar çıkmazdan evvel zuhura gelmiş olmak şartıyla bu bapta ki ceza üçte birinden yarısına kadar indirilir (f. 2). Eğer bu şahadet bir şahsın tevkiifini yahut hakkında fahiş bir zararı mucip olmuşsa cürüm failinin göreceği ceza bu maddenin birinci kısmında yazılı hallerde üçte bir ve ikinci kısmında yazılı olan hallerde altıda bir derecesinde azaltılır (f. 3)."*

Ancak mülga 765 sayılı TCK'daki bu düzenleme, 5237 sayılı TCK'nın 274. maddesinde yer alan düzenlemeden büyük ölçüde farklıdır. Hukuk davaları bakımından etkin pişmanlık sadece cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak düzenlenmekte idi. 5237 sayılı TCK'da ise nedeni izah edilemeyen bu ayırma son verildiği gibi, suçun neticesi sebebi ile ağırlaşan halleri ile uyum arz eden şekilde aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında hükümden önce bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak bir karar verilip verilmediği de göz önünde bulundurulmuştur.

Alman StGB § 158 hükmünde etkin pişmanlık "gerçeğe aykırı beyanın düzeltilmesi (Berichtigung einer falschen Angabe)" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, fail gerçeğe aykırı beyanını "doğru zamanda (rechtzeitig)" düzeltirse hakim ceza vermektan vazgeçebileceği gibi, cezada indirim yapabilir (Abs. 1). Yapılan düzeltme, şayet karar verilirken artık kullanılmıyorsa veya fiilden başkaları zarar görmüşse yahut fail hakkında düzeltme yapılmadan önce zaten bir bildirim yapılmış ya da soruşturma başlatılmışsa düzeltmenin geciktiği, yani doğru zamanda yapılmadığı kabul edilir (Abs. 2). Düzeltme, ancak gerçeğe aykırı beyanın yapıldığı veya muhakemede beyanı incelemek durumunda olan mercie yahut mahkeme, savcılık ya da kolluğa yapılabilir (Abs. 3).

¹⁴⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Baba, Yasemin, Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık**, 1. Bası, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No:1, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 48 vd., 77; **Yargıtay 9. CD, 16.9.2014, E. 2013/16608, K. 2014/9155** "Sanıkların tanık olarak dinlendikleri Bingöl Ağır Ceza Mahkemesinin ... sayılı dosyasında gerçeği söylediği anlaşıldığından ... etkin pişmanlık hükmünün uygulanıp uygulanmayacağıının tartışılması"; **Yargıtay 4. CD, 6.12.2011, E. 2009/20331, K. 2011/23236; Yargıtay 4. CD, 21.3.2011, E. 2009/2368, K. 2011/3505**

gerçeği söylemesi yeterli olmayıp, tanığın hangi açıklamalarının gerçeğe aykırı olduğunu da belirtmesi gerekir¹⁴⁷.

TCK'nın 274. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce gerçeğin söylenmesi hâlinde, cezaya hükmolunmaz.*” Örneğin hukuk davasında ihtiyati tedbir kararının verilmesi; ceza davasında taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma kararı verilmesi; adli kontrol kapsamında yurt dışına çıkış yasağı konulması bu nitelikte bir karardır. Bu düzenleme, 2. fıkra ile birlikte yorumlanmalıdır. Düzenleme, 2. fıkra ile birlikte yorumlandığında 1. fıkranın uygulanabilmesi için, *hükümden önce* aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmemiş olması zorunludur¹⁴⁸. Şayet bu nitelikte bir karar verilmiş ise hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde 2. fıkra hükmü uygulanacaktır. Burada, etkin pişmanlık şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiştir; faile ceza verilmeyecektir, hakimın takdir yetkisi bulunmamaktadır. Fail hakkında verilmesi gereken hüküm, ceza verilmesine yer olmadığı kararıdır (CMK m. 223/4-b)¹⁴⁹; ayrıca soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmada takdir yetkisini haizdir (CMK m. 171/1).

TCK'nın 274. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verildikten sonra ve fakat hükümden önce gerçeğin söylenmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisinden yarısına kadarı indirilebilir.*” Hüküm, CMK'nın 223. maddesine göre ilk derece mahkemesindeki yargılamayı sonlandıran beraat, mahkûmiyet, düşme ve ceza verilmesine yer olmadığı kararlarından biridir.

TCK'nın 274. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşmeden önce gerçeğin söylenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısından üçte birine kadarı*

¹⁴⁷ Eisele, JA 2011/9, s. 670.

¹⁴⁸ Yargıtay 9. CD, 5.2.2014, E. 2013/17098, K. 2014/1159; Yargıtay 9. CD, 12.6.2013, E. 2013/4405, K. 2013/9065; Yargıtay 9. CD, 6.5.2014, E. 2013/15869, K. 2014/5720.

¹⁴⁹ Burada fail hakkında beraat kararı verilemez. Yargıtay 9. CD, 5.2.2014, E. 2013/17098, K. 2014/1159, “aleyhine tanıklık yapılan kişinin aleyhine bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden ve hükümden önce gerçeği söylemek suretiyle etkin pişmanlık gösterdiği gözetilerek hakkında TCK'nın 274/1. maddesi uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığına” karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi”

indirilebilir.” Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında mahkumiyet dışında başka bir karar verilmiş yahut mahkumiyet kararı kesinleşmiş ise bu hükmün uygulanma olanağı yoktur. Ayrıca, mahkumiyet hükmü ile yalan tanıklık arasında bir neden-sonuç ilişkisinin bulunması gerekli değildir.

TCK'nın 274. maddesi ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunlardan biri, lehe yalan tanıklık yapan failin etkin pişmanlık hükmünden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Yargıtay, failin, lehe yalan tanıklık yaptığı durumda, 274. madde hükmünün uygulanamayacağı yönünde karar vermektedir¹⁵⁰. TCK'nın 274. maddesinin uygulama alanını münhasıran tanığın aleyhe olacak şekilde yalan beyanda bulunması hali ile sınırlandıran bu görüşe katılmıyoruz. Hükümden önce ya da ceza davasında mahkumiyet kararı kesinleşmeden önce gerçeği söylemesi halinde, yalan beyanın lehe ya da aleyhe olduğuna bakılmaksızın failin etkin pişmanlık hükmünden yararlanabileceği düşüncesindeyiz. Her şeyden evvel, 274. maddede geçen “aleyhine tanıklık yapılan kişi” ifadesi, aynı ifadeye TCK'nın 272/4-8 hükmünde yer verilmesi nedeni ile buna paralel şekilde yorumlanmamalıdır. Zira, TCK'nın 272/4-8 hükmünde suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri düzenlenmekte olup, “aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi” ile kastedilen suçun mağduru olan gerçek kişidir. Yukarıda da belirtildiği üzere suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan hali ile failin fiili arasında nedensellik bağının varlığı gerekli olup; sözkonusu neticelerin aleyhe tanıklık yapılan kişi ile ilgili olarak ortaya çıkması mantıklı bir zorunluluktur. TCK'nın 274. maddesinde ise, 272. maddeden farklı olarak failin etkin pişmanlıktan yararlanabileceği zaman dilimi ifade edilmekte; bu bağlamda aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında verilen kararın niteliği ve zamanı esas alınmaktadır. Sözkonusu kararların, 272. madde hükmü göz önünde bulundurulduğunda aleyhine tanıklık yapılan mağdur aleyhine

¹⁵⁰ **Yargıtay 9. CD, 19.11.2014, E. 2014/6798, K. 2014/11701** “Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlaması veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce ya da aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında mahkumiyet kararı kesinleşmeden önce gerçeğin söylenmesi halinde TCK'nın 274. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanabileceği, lehe yalan tanıklık yapıp da gerçeğe dönülmesi halinde anılan madde hükmünün uygulanamayacağı, somut olayda; Kayseri 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2008/258 esas sayılı dosyasında kasten öldürme suçundan yargılanan sanık Ercan Dilek ile kasten öldürme suçuna azmettirme ve yağma suçundan yargılanan katılan Tahir Eken lehine soruşturma ve kovuşturma aşamasında yalan tanıklık yapan ve yalan tanıklık yaptığı kişiler hakkında hüküm verilmeden önce gerçeği söyleyen sanıklar hakkında mahkumiyet hükmü kurulması yerine uygulama koşulları bulunmadığı gözetilmeden etkin pişmanlıkta bulduklarının kabulüyle TCK'nın 274/1. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi”; **Yargıtay 4. CD, 13.11.2012, E. 2010/28878, K. 2012/24815** “TCK'nın 274. maddesindeki etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için, tanıklığın aleyhe olmasının gerekmesi karşısında”

verileceği açıktır. Bu nedenle, maddede “aleyhine tanıklık yapılan kişi” ifadesinin kullanılması yanlış değildir. Ancak, 274. madde hükmünün uygulanması bakımından failin gerçeğe aykırı beyanı ile maddede belirtilen durumlar, örneğin hak kısıtlaması arasında bir nedensellik bağının varlığı gerekli olmadığı gibi; 272. maddede belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerin varlığı da aranmaz. Örneğin, fail, duruşmada sanığın lehine olacak şekilde yalan beyanda bulunmuş olmasına rağmen, hakim diğer tanıkların beyanlarından ya da dosyada bulunan diğer delillere istinaden hak kısıtlamasını ya da hak yoksunluğunu sonuçlayan bir karar vermiş olabilir.

TCK’nın 272. maddesinin 1 ilâ 3. fıkralarında yer alan düzenlemeler dikkate alındığında korunanın maddi gerçek olduğu sonucuna varılmaktadır. Maddi gerçeğin korunduğu bir durumda, tanığın beyanının lehe ya da aleyhe olması bir önem taşımaz. Örneğin, tanık şüpheli veya sanık lehine gerçeğe aykırı beyanda bulunmuş olabilir. TCK’nın 274. maddesinin uygulama alanı münhasıran tanığın aleyhe olacak şekilde yalan beyanda bulunması hali ile sınırlandırıldığında lehe beyanda bulunan tanığın etkin pişmanlıktan yararlanma olanağı tümüyle ortadan kalkmaktadır. Oysa ki, lehe yalan beyanda bulunan tanık da, daha sonra bu beyanından dönmek suretiyle maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayabilir. Diğer taraftan, aleyhe beyanda bulunan tanık etkin pişmanlıktan yararlanırken, lehe beyanda bulunan tanığın evleviyetle yararlanması gerekmektedir. Aksine bir durum, lehe olacak şekilde gerçeğe aykırı beyanda bulunan tanık bakımından aleyhe bir sonuç doğurur ve korunan hukuki menfaat esas alındığında maddenin uygulanmasında eşitlik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmasına sebebiyet verir. Nitekim 274. maddenin 1 ve 2. fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, 2. fıkrada “ve” bağlacı kullanılırken; 1. fıkrada “veya” bağlacının kullanılmış olmasının düşüncemizi teyid eder şekilde kanunkoyucunun bilinçli bir tercihi olduğu kanaatindeyiz¹⁵¹. TCK’nın 274. maddesinin 1 ve 2. fıkrasına göre, etkin pişmanlık bakımından esas alınan zaman dilimi “hüküm” anıdır. Buradaki hüküm, yalan tanıklık suçu dolayısıyla verilecek olan hüküm değil; yalan tanıklık suçunun oluşmasına neden olan muhakeme sonunda verilen hükümdür. Sözkonusu hüküm, ceza davalarında CMK’nın 223. maddesinde sayılan hüküm çeşitlerinden biri olabileceği gibi; hukuk davalarında lehine ya da aleyhine tanıklık yapılan davalı ya da davacı bakımından davanın reddi ya da kabulü şeklinde olabilir. Bu husus, 1. ve 2. fıkrada kullanılan “hükümden önce” ifadesinden de

¹⁵¹ TCK m. 274/1 hükmünde “veya” bağlacı yerine “ve” bağlacının kullanılması gerektiği yönündeki görüşe katılmıyoruz (Bu yöndeki görüş için bkz. Ünver, s. 215).

anlaşılmaktadır. Hüküm, 1. fıkrada kullanılan “veya” bağlacından önceki kısım ile ilişkilendirilmemelidir. Hükümden önce hak kısıtlamasını veya hak yoksunluğunu kısıtlayan bir karar verilmesi zorunlu olmayıp, böyle bir karar verilmemiş olabilir. Maddede belirtilmek istenen husus, bir hak kısıtlamasını veya hak yoksunluğunu sonuçlayan bir karar verilmeden önce veya hükümden önce tanığın yalan beyanından dönerek gerçeği söylemesidir. Ancak, her ikisi failin ceza sorumluluğuna etkisi bakımından eşit tutulmamış; bir hak kısıtlamasını veya hak yoksunluğunu sonuçlayan bir karar verilmeden önce gerçeğin söylenmesi failin cezasını tamamen ortadan kaldırırken; bu nitelikte bir karar verildikten ve fakat hükümden önce gerçeğin söylenmesi cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi neden olarak düzenlenmiştir.

Hukuk davalarından farklı olarak, ceza davalarında hükümden sonra da failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesine imkan verilmiştir (TCK m. 274/3). Ceza davalarında mahkumiyet kararı kesinleşmeden önce failin gerçeği söylemesi, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak düzenlenmiştir. Ancak 3. fıkra metninde “mahkumiyet kararı” yerine “hüküm” ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Zira, tanık örneğin sanığın lehine beyanda bulunmuş ve sanık hakkında dosyadaki delil durumu da göz önünde bulundurularak bu tanığın beyanına istinaden beraat kararı verilmiş olabilir. Tanık, hükümden sonra ancak hükmün kesinleşmesinden evvel maddi vakıa hakkında sanığın mahkumiyetini gerektirir önemli açıklamalarda bulunabilir. Ceza muhakemesinde delil serbestisi ve bu bağlamda delillerin ileri sürülmesi bakımından bir zaman sınırlandırması bulunmadığı dikkate alındığında bu tanığın da etkin pişmanlıktan yararlanması gerektiği açıktır. Bu durumda, failin yalan tanıklık yaptığının ortaya çıkması ve hakkında bu suçtan dolayı soruşturma başlatılması son derece güç olsa da; sonradan ortaya çıkan delillere bağlı olarak imkansız değildir. Etkin pişmanlık kurumunun varlık nedeni de, bunu gerekli kılmaktadır. Diğer taraftan, ceza davasında mahkumiyet kararı verilen hallerde de, failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için yalan beyanın sanığın lehine ya da aleyhine olması arasında bir fark gözetilmemelidir. Fail, sanığın lehine tanıklık yapmış ve fakat dosyadaki mevcut delil durumuna göre sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olabilir. Bu durumda da, tanığın etkin pişmanlığı ilk derece mahkemesinin ulaştığı maddi gerçeği teyid edici mahiyettedir ve kanun yolu denetiminde dikkate alınması gereken bir delildir. Ayrıca, maddenin 1 ve 2. fıkrasında ceza ve hukuk davaları arasında bir ayırım gözetilmez iken; 3. fıkranın uygulama alanının ceza davaları ile sınırlandırılması anlaşılır değildir. Hukuk davalarında da, olağan kanun yolu aşamasında fail yalan beyanından dönerek gerçeği söyleyebilir ve mahkemenin ulaştığı maddi

gerçeğin akıbetini değiştirebilir. Sonuç olarak 3. fıkrada yer alan “*Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında verilen mahkumiyet kararı kesinleşmeden önce*” ibaresinin “*Hükmün kesinleşmesinden önce*” şeklinde değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında mahkumiyet hükmü verilmekte, ancak açıklanmamakta, yani herhangi bir hukuki sonuç doğurmamaktadır. Henüz kesinleşen bir hüküm bulunmadığı için, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından sonra failin yalan tanıklık yaptığını itiraf etmesi ve gerçeği beyan etmesi halinde 3. fıkra hükmü uygulanacaktır¹⁵².

Son olarak belirtilmesi gerekir ki, failin soruşturma evresinde de etkin pişmanlık hükmünden yararlanması mümkündür¹⁵³. Soruşturma evresinde, tanığın yalan söylediğini itiraf ederek gerçeği söylemesi halinde, aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmemiş olması koşulu ile (TCK m. 274/1) Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmada takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir (CMK m. 171).

§ 6. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

I. TEŞEBBÜS

Suç, yetkili kişi veya kurul önünde tanık sıfatı ile yalan beyanda bulunmakla tamamlanır; burada beyanın tamamlanması esastır. Tanık söyleyeceklerini bitirmiş, ifadeyi alan kişi veya merciin yahut muhakeme sūjelerinin soracak bir şeyi kalmamış ise beyan da tamamlanmıştır¹⁵⁴. Kişi, ifadesinin başlangıcında gerçeğe aykırı beyanda bulunmakla beraber ifadesini tamamlamadan önce bunları düzelterek gerçeğe uygun beyanda bulunur ise, fiilin tipikliğinden söz edilemez¹⁵⁵. Zira, bu durumda beyanın gerçeğe

¹⁵² Ünver, s. 216.

¹⁵³ Yargıtay 4. CD, 3.10.2012, E. 2011/9302, K. 2012/19328.

¹⁵⁴ Müller, MK-StGB § 153 kn. 37; Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 17, 109; Heger, Lackner / Kühl-StGB § 153 kn. 6; Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 22; Lenckner / Bosch, Schönke/Schröder-StGB § 153 kn. 8; Wessels / Hettinger, BT 1 § 17 kn. 751; Heghmanns, BT kn. 1870; Hettinger / Bender, JuS 2015/7, s. 581; Mitsch, JuS 2005/4, s. 341.

¹⁵⁵ Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 22; Lenckner / Bosch, Schönke/Schröder-StGB § 153 kn. 8; Heghmanns, BT kn. 1879; Mitsch, JuS 2005/4, s. 341 f.; Eisele, JA 2011/9, s. 670; Alman Federal Mahkemesi'nin kararı da bu yöndedir: BGH, Urteil vom 2. 2. 1960 - 1 StR 697/59 (LG Amberg), NJW 1960, s. 731, Alman Federal mahkemesi'ne göre ifade alma işlemi tanığın açıklamalarını tamamlaması ve ifadeyi alan merciin soracak bir sorusu kalmaması ile tamamlanır. Beyanın gerçeğe uygunluğunun tespitinde ifadenin tümü göz önünde bulundurulur. Gerçeğe aykırı beyanda bulunan tanığın ifade alma işlemi tamamlanmadan

aykırı olduğundan söz edilemez; tamamlandığı an itibarı ile içeriği gerçeğe uygun olan bir beyan bulunmaktadır. Beyanın gerçeğe aykırı olup olmadığı, ancak beyan tamamlandığında tümü dikkate alınmak suretiyle belirlenebilir; ifadeyi parçalara ayırmak suretiyle bir belirleme yapılamaz. Kişi, beyanda bulunmaya başlamasına rağmen herhangi bir nedenle beyanı yarıda kalmış ise beyanını tamamlama imkanı verilmeli ve ifadesinin tamamı göz önünde bulundurularak beyanın gerçeğe aykırı olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmalıdır. Beyanın tümü dikkate alınmadan yalan tanıklık suçunun oluşup oluşmadığını tespit edebilmek güçtür. Dolayısıyla, yalan tanıklık suçunu düzenleyen hüküm, ancak beyanın tamamlanması durumunda uygulanabilir¹⁵⁶. Beyanı tamamlama imkanı verilmeden, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmemelidir; bu suçta teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir¹⁵⁷. Aynı nedenle, etkin pişmanlık (TCK m. 274, Alman StGB §158) bağlamında bir değerlendirme de yapılamaz¹⁵⁸. Etkin pişmanlığa ilişkin hüküm, ancak beyanın tamamlanmasından sonra uygulama alanı bulabilir¹⁵⁹. Buna karşılık, tanığın beyanını tamamlayarak ayrılmasından sonra yeniden dinlenmesinin gerekli görülmesi sebebiyle çağırılması üzerine bu kez önceki beyanından dönerek gerçeği söylemesi halinde koşulları varsa etkin pişmanlığa ilişkin hüküm uygulanmalıdır.

II. İŞTİRAK

Özgül suç (Sonderdelikt) ve münhasıran tek başına işlenen suç olması (eigenhändiges Delikt) nedeni ile yalan tanıklık suçunda müşterek faillik ya da dolaylı faillik mümkün değildir; sadece beyanda bulunan kişi fail sıfatını

önce doğruyu söylemesi halinde, ifade tümü itibarı ile dikkate alınacağı için doğru olduğu kabul edilir ve “gerçeğe aykırı beyanda bulunma” unsurunun gerçekleşmemesi nedeni ile yalan tanıklık suçu bakımından tipik bir fiilden söz edilemez.

¹⁵⁶ **Mitsch**, JuS 2005/4, s. 341 f.; **Wessels / Hettinger**, BT 1 § 17 kn. 751; **Heghmanns**, BT kn. 1871.

¹⁵⁷ **Kudlich**, BeckOK-StGB § 153 kn. 23; **Wessels / Hettinger**, BT 1 § 17 kn. 751; **Heghmanns**, BT kn. 1871; **Hettinger / Bender**, JuS 2015/7, s. 581; **Mitsch**, JuS 2005/4, s. 341; **Artuk / Gökçen / Yenidünya**, TCK Şerhi, C. 5, s. 7838; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8195; **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 1106; Aksi görüş için bkz. **Ünver**, s. 220; **Tezcan / Erdem / Önok**, Özel Hükümler, s. 1013; **İçer**, s. 210; Bu görüşe göre yalan tanıklık suçu sırf hareket suçu olmakla beraber icra hareketleri kısımlara bölünebildiği için teşebbüse elverişlidir. Tanığın beyanının bir bölümü yalan teşkil edip de beyan henüz tamamlanmadan herhangi bir sebeple yarıda kalırsa, yalan tanıklık suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır. Tanık, beyanını tamamlamadan bunu düzeltir ve gerçeğe uygun beyanda bulunur ise gönüllü vazgeçmeden (TCK m. 36) yararlanır ve teşebbüs aşamasında kalan yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılmaz.

¹⁵⁸ **Heghmanns**, BT kn. 1879; **Mitsch**, JuS 2005/4, s. 341; **Eisele**, JA 2011/9, s. 670.

¹⁵⁹ **Wessels / Hettinger**, BT 1 § 17 kn. 751; **Heghmanns**, BT kn. 1871, 1879.

taşıyabilir. Buna karşılık, yalan tanıklık suçuna azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla iştirak mümkündür^{160, 161}.

5237 sayılı TCK'da, mülga 765 sayılı TCK'nın 291. maddesini¹⁶²

¹⁶⁰ Müller, MK-StGB § 153 kn. 73 f.; Vormbaum, NK-StGB § 153 kn. 111; Heger, Lackner / Kühl-StGB Vorbem §§ 153 kn. 7; Kudlich, BeckOK-StGB § 153 kn. 24; Lenckner / Bosch, Schönke/Schröder-StGB Vorbem §§ 153 kn. 33 f.; Heghmanns, BT kn. 1847 f.; Kudlich, JA 2008/7, s. 510; Hettinger / Bender, JuS 2015/7, s. 577; Tezcan / Erdem / Önok, Özel Hükümler, s. 1014; Yaşar / Gökcan / Artaç, C. 6, s. 8195; İçer, s. 202, 211.

¹⁶¹ Uygulamada en sık karşılaşılan durumlardan biri de, avukatların, tanıkları ne söylemeleri, ne söylememeleri gerektiği konusunda yönlendirmeleri, gerçeğe aykırı beyanda bulunmaya sevk etmeleridir. Avukat sadece müvekkilinin yardımcısı değildir; aynı zamanda adaletin tecellisine hizmet eden bir organdır. TCK'nın 6/1-d hükmünde tanımı yapılan "yargı görevi yapan" deyimini, hakimler ve Cumhuriyet savcılarının yanı sıra avukatları da kapsamaktadır. Adaletin tecellisine hizmet eden bir organ olmaları dolayısıyla, avukatlar görevlerini doğruluk ve güven esasına dayalı olarak icra etmekle yükümlüdürler. Avukatlık kamu hizmetidir (1136 sayılı Avukatlık K. m. 1). Avukatlık mesleğinin amacı, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların *adalet ve hakkaniyete uygun olarak* çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır (Avukatlık K. m. 2). Avukatlar, yükledikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde *özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek* ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler (Avukatlık K. m. 34). Muhakemenin amacı maddi gerçeğin araştırılmasıdır ve avukat maddi gerçeğin bulunmasını engelleyici şekilde görev ifa edemez. Maddi gerçeğin araştırılması ilkesi, aynı zamanda iddia ve savunma hakkının sınırlarını belirleyici bir fonksiyon icra eder. Bu bağlamda, avukatlar ispat vasıtalarını müvekkilleri lehine değiştiremez, yok edemez ve gizleyemezler. Bu davranış, savunma hakkının kapsamı dışındadır. Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyi'nin yayınladığı Meslek Kuralları'nın "duruşmaların adilane yürütülmesi" başlığını taşıyan 4.2 paragrafına göre "*Bir avukat, duruşmaların adilane bir şekilde yürütülmesine daima gereken özeni göstermelidir.*"; "yanlış veya yanıltıcı bilgi" başlığını taşıyan 4.4 paragrafına göre ise "*Bir avukat hiçbir zaman mahkemeye, bilerek, yanlış veya yanıltıcı bilgi sunmaz.*" Avukatların, tanıkları hakları konusunda bilgilendirmeleri, örneğin tanıklıktan çekinme yetkilerinin bulunduğunu hatırlatmaları yahut tanıklık dolayısıyla yaptıkları masrafları (yol, konaklama vs.) karşılamaları mümkün ise de; **yönlendirmek amacıyla tanıklarla temasa geçmeleri adil yargılama ilkesinin ihlali niteliğindedir ve maddi vakıa hakkında tanıkların iradi karar verme hürriyetlerini etkileyici şekilde davranmaları yasaktır** (Krekeler, Wilhelm, "Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung", NSTz 1989/4, s. 150). Nitekim Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 24. maddesine göre "*Avukat, ilerde tanık olarak dinlenecek kimselerden, istisnai olarak bazı hususları öğrenmek mecburiyetinde kalmış olursa, onları etkilemiş olma şüphesi altına düşmekten kaçınmalıdır. Avukat, tanıklara tavsiyelerde bulunamaz, ne şekilde tanıklık edecekleri veya hakim önünde nasıl hareket edecekleri hakkında talimat veremez.*" Avukatın, gerçekte olaya tanık olmamış kişileri tanık olarak göstererek ya da tanıklarla bağlantı kurarak ne söylemeleri, ne söylememeleri gerektiği hususunda yönlendirmesi ve bu kişilerin iradi olarak tanık sıfatıyla muhakemede gerçeğe aykırı beyanda bulunmaları halinde, bağıllık kuralı gereği yalan tanıklık suçundan azmettiren sıfatıyla sorumlu tutulması gerekmektedir. Bağıllık kuralının uygulanamadığı durumda, unsurlarının gerçekleşmiş olması koşuluyla tanığı etkilemeye teşebbüs suçundan (TCK m. 277) sorumlu tutulması mümkündür.

¹⁶² Mülga 765 sayılı TCK m. 291- "Bir kimse 286 ncı maddede yazılı olan cürmü işletmek için

karşılıyan bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁶³. 5237 sayılı TCK'nın suça iştirakte bağlılık kuralını düzenleyen 40. maddesi karşısında, sorun iştirake ilişkin genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmelidir¹⁶⁴. Akim kalan azmettirme halinde azmettiren yalan tanıklık suçundan dolayı sorumlu tutulamaz ise de; unsurları varsa tanığı etkilemeye teşebbüs suçundan (TCK m. 277)¹⁶⁵ sorumlu tutulabilir¹⁶⁶. Cebir veya tehdit uygulanması yahut hileli

para vermek veya sair menfaat göstermek veya vait ve teşvik veya tehdit veya hile ve desise ile veya nüfuz kullanmak suretiyle şahit veya ehli hibre yahut tercüman tedarik ederek yalan şahadeti işletmiş ve hilafı vaki rey beyan ve tercümanlık ifa ettirmiş ise 286 ncı maddenin birinci fıkrasında muayyen olan hallerde bir aydan bir seneye kadar, ikinci fıkrasındaki hallerde üç seneden beş seneye kadar hapis, üçüncü fıkrasında yazılı hususatta on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır. Yalancı şahit ve o makuleden ehli hibre ve tercüman tedarik eden kimsenin onlara mükafaten verdiği şeyler müsadere olunur (f. 1). // Bir kimse bu suretlerle şahit veya ehli hibre yahut tercüman tedarikine yalnız teşebbüs etmiş bulunursa geçen fıkralarda yazılı olan cezalar üçte bire indirilir (f. 2).”

¹⁶³ Alman StGB § 159 hükmünde “yalan beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs (Versuch der Anstiftung zur Falschsaussage)” bağımsız bir suç tipi olarak tanımlanmıştır. Düzenlemeye göre, yemin etmeden yalan beyanda bulunmaya (StGB § 153) azmettirmeye teşebbüs hakkında akim kalmış azmettirmeye ilişkin StGB § 30 ve akim kalmış azmettirmeden vazgeçmeye ilişkin StGB § 31 hükmü uygulanır.

¹⁶⁴ **Yargıtay 4. CD, 8.11.2006, E. 2006/6500, K. 2006/16080** “... yalan tanıklığa özendirme suçu 5237 sayılı TCK.nda 765 sayılı Yasada olduğu gibi bağımsız olarak düzenlenmediğinden hükümlünün hukuki durumunun, 5237 sayılı Yasanın yalan tanıklık ve suça iştirakin hangi biçimde gerçekleştiği ile ilgili 272,37,38,39. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi”

¹⁶⁵ TCK m. 277- “(1) Görülmekte olan bir davada (...) (*) gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, (...) (**) sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır. // (2) Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır.”

(*) Burada yer alan “veya yapılmakta olan bir soruşturmada,” ibaresi, 6545 sayılı Kanun’un (28.6.2014 tarih ve 29044 sayılı RG) 69. maddesiyle madde metninden çıkartılmıştır.

(**) Burada yer alan “şüpheli veya” ibaresi, 6545 sayılı Kanun’un (28.6.2014 tarih ve 29044 sayılı RG) 69. maddesiyle madde metninden çıkartılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, 6545 sayılı Kanun ile yapılan bu değişiklik bir geriye gidiştir; “soruşturma” ibaresinin madde metninden çıkarılması yerinde olmamıştır. Yalnızca görülmekte olan bir dava sırasında değil, soruşturma aşamasında da 277. maddede tanımlanan bu suçun işlenmesi mümkündür. Nitekim, 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet Tasarısı’nda şu açıklamalara yer verilmiş idi: “Maddenin birinci fıkrasında tanımlanan suçun konusunu, herhangi bir uyuşmazlık oluşturmaktadır. Bu uyuşmazlık, özel hukuk hükümlerine göre açılmış olan bir davaya konu olabileceği gibi, ceza soruşturması veya kovuşturmasına konu olan bir suç olgusuna ilişkin uyuşmazlık da olabilecektir. Dikkat edilmelidir ki, uyuşmazlığın, herhangi bir davaya ya da soruşturma veya kovuşturmaya konu edilmiş olması gerekmektedir.” (bkz. TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, s. 26 vd.)

¹⁶⁶ Doktrinde bir görüş tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunması durumunda, onu etkileyen

davranışlarla maddi vakiyaya ilişkin olarak yanılığa sevk edilmesi suretiyle tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunmasının sağlanması halinde, suça iştirak (azmettirme) çerçevesinde bir değerlendirme yapılamaz. Yalan tanıklık suçunun münhasıran tanık sıfatını taşıyan kimse tarafından işlenebilen bir suç olması nedeni ile, tanığın iradesi üzerinde hakimiyet tesis eden kimsenin “dolaylı fail” sıfatı ile yalan tanıklık suçundan sorumlu tutulması da mümkün değildir¹⁶⁷. Münhasıran tek başına işlenen suçlarda (eigenhändiges Delikt) dolaylı faillik, ancak ilgili suç tipinde buna ilişkin özel bir düzenleme bulunması halinde mümkündür¹⁶⁸. Yalan tanıklık suçunda, bu hususa ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁶⁹. Bu durumda, tanığın iradesi üzerinde hakimiyet tesis eden kişi, ancak unsurlarının gerçekleşmiş olması koşuluyla

kişinin gerçek içtima kuralı uygulanmak suretiyle hem tanığı etkilemeye teşebbüs suçundan (TCK m. 277), hem de yalan tanıklık suçundan (TCK m. 272) azmettiren sıfatıyla sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir (Bu yöndeki görüş için bkz. **İçer**, s. 212-213).

Kanaatimizce bu durumda gerçek içtima kuralının uygulanması mümkün değildir. Çünkü gerçek içtima kuralı fiil çokluğu-suç çokluğu esasına dayanır. Burada ise, tek fiil vardır ve tek fiil ile iki farklı suç tipi gerçekleştirilmektedir. Ancak görünüşte içtima ilişkisinin varlığı, farklı nev’iden fikri içtimai düzenleyen TCK’nın 44. madde hükmünün uygulanmasına da engel teşkil eder (Ayrıntı için bkz. **Göktürk**, Neslihan, Fikri İçtima, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 7-75, 96). Tanığın azmettirmenin etkisi ile gerçeğe aykırı beyanda bulunması durumunda, 272. madde hükmü asli norm sıfatıyla uygulama alanı bulur; 277. madde hükmü ise tali (yardımcı) norm sıfatı ile geri çekilir. Teşebbüs suçu ile fiilin icra edilmesinin sebebiyet verdiği suç (yalan tanıklık) arasında asli norm-tali norm ilişkisi sözkonusudur (**Müller**, MK-StGB § 159 kn. 24; **Kudlich**, BeckOK-StGB § 159 kn. 14; **Vormbaum**, NK-StGB § 159 kn. 29; **Heger**, Lackner / Kühl-StGB § 159 kn. 6; **Lenckner / Bosch**, Schönke/Schröder-StGB § 159 kn. 9). Aynı nedenle, burada 277/2 hükmü de uygulama alanı bulmaz. TCK’nın 277/2 hükmü, fikri içtimai bir kural haline getirmemekte; tam tersine fikri içtimain varlığı halinde 44. maddede öngörülen ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğine (en ağır cezayı gerektiren suç) ilave olarak cezanın belirlenmesinde bir artırım oranı öngörmektedir. Dolayısıyla, 277/2 hükmünü uygulayabilmek için öncelikle fikri içtimain varlığını kabul gerekir.

¹⁶⁷ **Heger**, Lackner / Kühl-StGB Vorbem §§ 153 kn. 7; **Kudlich**, BeckOK-StGB § 153 kn. 24; **Kudlich**, JA 2008/7, s. 510; **Hettinger / Bender**, JuS 2015/7, s. 577; Aksi görüş için bkz. **İçer**, s. 211.

¹⁶⁸ **Kudlich**, JA 2008/7, s. 510.

¹⁶⁹ TCK’nın 272/5 hükmü, yalan tanıklık suçunun dolaylı fail sıfatıyla işlenebileceğine ilişkin özel bir düzenleme getirmemektedir. Burada düzenlenen hal, yalan tanıklık suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerinden biri olan aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde failin ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolaylı fail sıfatıyla sorumlu tutulacağıdır. Bir başka ifade ile, yalan tanıklık suçunun değil; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun dolaylı fail sıfatıyla işlenmesi sözkonusudur. Dolaylı faillığe bağlı olarak yalan tanıklık suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında gerçek içtima kuralının uygulanması, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan halinde failin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğine ilişkindir. Bu nedenle, doğrudan doğruya iştirak bahsi ile değil, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan hali ve suçların içtimai bahsi ile alakalıdır.

tanığı etkilemeye teşebbüs suçundan (TCK m. 277) sorumlu tutulabilir¹⁷⁰.

Birden fazla tanığın aralarında anlaşarak aynı vakiya ilişkin olarak yalan beyanda bulunmaları halinde, müşterek faillığe ilişkin hüküm uygulanmaz. Çünkü, münhasıran tek başına işlenen suç olması (eigenhändiges Delikt) nedeni ile aynı fiilin icrası üzerinde müşterek hakimiyet kurulduğundan söz edilemez. Fiil, her bir tanık bakımından ayrıdır. Her bir tanık, yalan tanıklık suçunun müstakil failidir. Bununla birlikte, örneğin iki tanığın kendi aralarında gerçeğe aykırı beyanda bulunma konusunda anlaşmaları durumunda, biri diğerinin işlediği yalan tanıklık suçuna yardım eden sıfatı ile iştirak etmektedir¹⁷¹. Bu durumda, kendi tanıklığı bakımından fail sıfatı ile, diğerinin tanıklığı bakımından yardımda bulunan sıfatı ile sorumlu tutulacaktır. İki ayrı fiil ve iki ayrı suç bulunduğu için tek fiil esasına dayanan görünüşte içtimam bir türü olan failliğin şerikliğe nazaran asliliği kuralı uygulanmaz; ancak bir suç işleme kararının varlığı halinde zincirleme suça ilişkin hüküm uygulanabilir (TCK m. 43/1).

III. İÇTİMA

Fail, uyuşmazlığın konusunu teşkil eden vakiya ilişkin olarak aynı merci, örneğin mahkeme tarafından birden fazla kez çağrılıp da her defasında gerçeğe aykırı beyanda bulunuyor ise hukuki anlamda tek bir fiil bulunduğu kabul edilerek fail tek bir yalan tanıklık suçundan sorumlu tutulmalı, tekrarlanan beyanların sayısı ise cezanın belirlenmesinde (TCK m. 61) dikkate alınmalıdır.

¹⁷⁰ Bir görüş, mülga 765 sayılı TCK'nın 291. maddesini karşılayan bir düzenlemeye 5237 sayılı TCK'da yer verilmemesini eksiklik olarak nitelendirmektedir. Bu yöndeki görüş için bkz. **Tezcan / Erdem / Önok**, Özel Hükümler, s. 1014, Yazarlar'a göre suça iştirakte bağlılık kuralını düzenleyen TCK'nın 40/3 hükmü göz önünde bulundurulduğunda yalan tanıklık suçunun icra hareketlerine başlanmış olmadıkça yalan söylemesi için tanık tedarik eden kimseyi cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Mülga 765 sayılı TCK'da yalan tanık tedariki bağımsız bir suç olarak tanımlandığı için bir kimsenin gerçeğe aykırı beyanda bulunması için ikna edilmesi dahi cezalandırılabilir bir fiil idi. Tanık ifade vermedikçe, onu tedarik eden kişiyi cezalandırmak da mümkün olmayacağı için mülga 765 sayılı TCK'nın 291. maddesini karşılayan bir düzenlemeye 5237 sayılı TCK'da yer verilmemesi bir eksikliklerdir.

Bu gerekçeye, suça iştirakte bağlılık kuralı (TCK m. 40) ve tanığı etkilemeye teşebbüs suçu (TCK m. 277) karşısında katılmıyoruz. Temel sorun, TCK'nın 277. maddesinin 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe bağlı olarak ortaya çıkan mevcut düzenlemesinin yetersizliğinden kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan, yalan tanıklık suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri (TCK m. 272/4-8) ve karşılığında öngörülen ceza miktarları göz önünde bulundurulduğunda, dolaylı failliğin mümkün olmaması nedeniyle tanığın iradesi üzerinde hakimiyet tesis eden kişinin TCK'nın 277. maddesinden sorumlu tutulması adaletsizliğe sebebiyet verecektir. Bu nedenle, yalan tanıklık suçunda dolaylı faillığe ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. TCK'nın 277. maddesinde düzenlenen tanığı etkilemeye teşebbüs suçu, bunu karşılar nitelikte değildir.

¹⁷¹ Müller, MK-StGB § 153 kn. 79.

Buna karşılık, tanık, aynı vakıa hakkında farklı merciler huzurunda, örneğin soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılığı ve kovuşturma evresinde mahkeme huzurunda gerçeğe aykırı beyanda bulunuyor ise, hukuki anlamda birden fazla fiil ve birden fazla suç vardır¹⁷². Çünkü, merciler farklı olduğu için beyan içeriği itibarı ile aynı olsa da “aynı beyan” şeklinde değerlendirilemez. Aynı suç işleme kararının varlığı halinde zincirleme suça ilişkin hüküm (TCK m. 43/1) uygulanmalıdır. Yargıtay, tanığın aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak birden fazla defa beyanda bulunması halinde -aynı ya da farklı merciler huzurunda olması arasında bir fark gözetmeksizin- hukuki anlamda tek bir fiil ve tek bir suç bulunduğu yönünde karar vermektedir¹⁷³. Doktrinde bir görüş de bu doğrultudadır¹⁷⁴.

İştirak halinde işlenen suçlarda aralarında objektif bağlantı bulunmasına binaen birleştirilerek görülen davalarda tanık aynı vakıaya ilişkin olarak tek

¹⁷² **Heger**, Lackner / Kühl-StGB § 153 kn. 8; **Kudlich**, BeckOK-StGB § 153 kn. 32, Her bir merci huzurundaki ifade sırasında tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunması ayrı bir fiil ve ayrı bir suçtur.

Alman doktrinindeki bir görüş ise muhakemenin evrelerini esas almaktadır. Bu görüşe göre, tanığın farklı evrelerdeki gerçeğe aykırı beyanları ayrı bir fiil ve ayrı bir suçtur; buna karşılık aynı evrede farklı merciler huzurunda dahi olsa gerçeğe aykırı beyanda bulunması hukuki anlamda tek bir fiil şeklinde değerlendirilir (bkz. **Müller**, MK-StGB § 153 kn. 111; **Vornbaum**, NK-StGB § 153 kn. 123, 125; **Lenckner / Bosch**, Schönke/Schröder-StGB § 153 kn. 14; **Hettinger / Bender**, JuS 2015/7, s. 581).

¹⁷³ **Yargıtay 9. CD, 20.2.2014, E. 2013/15036, K. 2014/1923** “Sanığın kasten öldürme suçu nedeniyle yürütülen kovuşturma kapsamında, Nazilli Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/48 Esas sayılı dosyasının 12.05.2009 tarihli oturumunda ve 24.04.2009 tarihinde yapılan keşif sırasında gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması şeklinde gerçekleşen eyleminin tek suç oluşturduğu ve zincirleme suç hükümlerinin yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, hakkında TCK’nın 43. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini;”, **Yargıtay 9. CD, 25.6.2013, E. 2013/6076, K. 2013/9749** “Sanığın, Uğur Uyanık hakkında hakaret ve tehdit suçundan yapılan soruşturma sırasında 23.06.2009 tarihinde Cumhuriyet savcısı huzurunda ve kovuşturma aşamasında 13.05.2010 tarihinde ise hakim huzurunda gerçeğe aykırı beyanda bulunmasının tek yalan tanıklık suçunu oluşturacağı gözetilmeden sanığın yazılı maddeler ile iki kez cezalandırılmasına karar verilmesi”

Yargıtay’ın ilk kararına katılıyoruz. Zira, tanık aynı vakıa hakkında kovuşturma evresinde aynı merci (mahkeme) huzurunda birden fazla kez gerçeğe aykırı beyanda bulunmuştur. Dolayısıyla, hukuki anlamda tek bir fiil ve tek bir suç vardır; fiil çokluğu ve suç çokluğu esasına dayanan zincirleme suça ilişkin hüküm (TCK m. 43/1) uygulanmaz. Buna karşılık, Yargıtay’ın ikinci kararına iştirak etmiyoruz. Zira, Cumhuriyet savcılığı ve mahkeme farklı merciler olup; tanık aynı vakıaya ilişkin olsa da farklı merciler huzurunda gerçeğe aykırı beyanda bulunmaktadır. Dolayısıyla, hukuki anlamda birden fazla fiil ve birden fazla suç vardır; aynı suç işleme kararının varlığı halinde zincirleme suça ilişkin hüküm uygulanmalıdır. Uyuşmazlık konusu vakıanın aynı olması, fiilin sayısı değil; aynı suç işleme kararının varlığının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

¹⁷⁴ bkz. **Ünver**, s. 224; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8196-8197; **Tezcan / Erdem / Önok**, Özel Hükümler, s. 1013.

bir beyanı ile birden fazla kişi aleyhine tanıklıkta bulunabilir. Bu durumda, her ne kadar birden fazla kişi aleyhine tanıklıkta bulunulsa da vakıya aynı olduğu için, suçun konusuna bağlı olarak hukuki anlamda tek bir fiil ve tek bir suç bulunmaktadır; aleyhine tanıklık yapılan kişi sayısı ise cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır¹⁷⁵. Davaların birleştirilerek değil, ayrı ayrı görüldüğü halde ise birden fazla fiil ve birden fazla suç bulunmaktadır; aynı suç işleme kararının varlığına bağlı olarak zincirleme suç (TCK m. 43/1) sözkonusu olabilir. Zira, tanık birden fazla defa gerçeğe aykırı beyanda bulunma iradesi ile hareket etmektedir.

Benzer şekilde, aynı kişinin aynı olayda birden fazla suç teşkil eden fiilinin bulunduğu ve uyuşmazlıklar arasındaki subjektif bağlantı nedeni ile davaların birleştirilerek görüldüğü durumda, tanık aynı beyanı ile birden fazla dava bakımından yalan tanıklık suçunu işleyebilir. Bu halde de, vakıya aynı olduğu için, suçun konusuna bağlı olarak hukuki anlamda tek bir fiil ve tek bir suç bulunmaktadır¹⁷⁶. Davaların birleştirilerek değil, ayrı ayrı görüldüğü halde ise birden fazla fiil ve birden fazla suç bulunmaktadır; aynı suç işleme kararının varlığına bağlı olarak zincirleme suç (TCK m. 43/1) sözkonusu olabilir.

Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde, yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla, yalan tanıklık yapan kişi ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı fail sıfatıyla sorumlu tutulur (TCK m. 272/5). Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında hürriyeti kısıtlayıcı tedbir (gözaltı, tutuklama) uygulanması, esas itibarı ile yalan tanıklık suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan halidir. Ancak, diğer neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerden farklı olarak bir artırım oranı ya da bağımsız bir ceza belirlenmeyip; halin niteliğine uygun olarak tanığın ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı fail sıfatıyla sorumlu tutulacağı öngörülmek suretiyle suçların içtimamı da ilgilendiren bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yalan tanıklık suçu ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasında gerçek içtima kuralı uygulanacaktır¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Yaşar / Gökcan / Artuç, C. 6, s. 8197; Artuk / Gökcan / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7840; Özbek ve diğerleri, Özel Hükümler, s. 1107; Aksi yönde bkz. Feyzioğlu, Tanıklık, s. 240, “adliye, birden çok sanık hakkında yanlış yola saptırılma tehlikesine maruz bırakıldığından, birden çok suç işlenmiştir. Ancak şartları varsa, müteselsil suç düşünülebilir.”

¹⁷⁶ Artuk / Gökcan / Yenidünya, TCK Şerhi, C. 5, s. 7840; Tezcan / Erdem / Önok, Özel Hükümler, s. 1013.

¹⁷⁷ Eleştiri için bkz. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 712, Yazar’a göre bu durumda fail iki suçtan cezalandırılmakta, dolayısıyla bir fiile iki ceza öngörülmektedir. Doğru olan çözüm, suçun temel şekliyle hareketle faile verilecek cezada artırım yapılmasıdır.

Fail, yalan beyanda bulunmakla uyuşmazlığın konusunu teşkil eden olayla ilgili olarak işlemediğini bildiği halde bir başkası yahut uyuşmazlığın konusunu teşkil eden olay dışında başka bir fiille ilgili olarak bir başkası ya da uyuşmazlığın tarafı hakkında hukuka aykırı bir fiil isnadında bulunuyor ise aynı zamanda iftira suçu da oluşur. Burada tek fiil ile iki farklı suç işlendiği için farklı nev’iden fikri içtima hükmü (TCK m. 44) uygulanmalıdır. Buna karşılık, tanık, uyuşmazlığın konusunu teşkil eden olayla ilgili olarak uyuşmazlığın sujesi, yani tarafı olan kişi hakkında isnadda bulunuyor ise sadece yalan tanıklık suçu oluşur¹⁷⁸. Şayet fail suç bildiriminde bulunmak

¹⁷⁸ TCK’nın 267. ve 272. maddelerindeki düzenlemeler böyle bir ayırım yapılmasını gerekli kılmaktadır. Zira, TCK’nın 267/1 hükmünde “Yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için, bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi” ifadesi kullanılmakta ve bu isnadın yetkili makamlara ihbar veya şikâyet bulunmak suretiyle ya da basın ve yayın yoluyla yapılması gerektiği belirtilmektedir. Yine, madde gerekçesinde “Bu isnadın yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunmak suretiyle ya da basın ve yayın yoluyla yapılması gerekir. // Kişiye karşı suç isnadı ihbar veya şikâyet suretiyle yapılmış olabilir. Dolayısıyla, ihbar veya şikâyetin yapılabileceği her makam nezdinde yapılan isnadla iftira suçu işlenebilir.” şeklinde açıklama yer almaktadır. Maddenin lafzı, gerekçesi ve düzenlendiği bölüm dikkate alındığında, hukuka aykırı fiil isnadının, mağdur hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamaya yönelik olması, dolayısıyla da ortada henüz başlamış bir soruşturma veya kovuşturma bulunmaması gerekmektedir. Dolayısıyla, madde gerekçesindeki “Başlatılmış olan hukuk veya ceza muhakemesi sürecinde davanın tarafı, sanık veya tanık konumundaki kişiler de, buldukları beyanlarla iftira suçunu işleyebilirler.” şeklindeki ifade, tanık bakımından, yalan beyanda bulunmakla uyuşmazlığın konusunu teşkil eden olayla ilgili olarak işlemediğini bildiği halde bir başkası ile ilgili olarak yahut uyuşmazlığın konusunu teşkil eden olay dışında başka bir fiille ilgili olarak bir başkası ya da uyuşmazlığın tarafı hakkında hukuka aykırı bir fiil isnadında bulunması olarak anlaşılmalıdır. Tanık, ancak bu kayıtlı iftira suçunu işleyebilir. Buna karşılık, tanık, uyuşmazlığın konusunu teşkil eden olayla ilgili olarak uyuşmazlığın sujesi, yani tarafı olan kişi hakkında isnadda bulunuyor ise sadece yalan tanıklık suçu oluşur. TCK’nın 267. maddesinin gerekçesinde yer alan sözkonusu açıklama doğru olmakla birlikte, yalan tanıklık iftira suçundan bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği için bu suça özgü unsurların dikkate alınması suretiyle tanığın hangi hallerde iftira suçunu işleyebileceğinin ayrıca belirlenmesi zarureti hasıl olmaktadır. İftira suçunu düzenleyen hükmün gerekçesinde, ilgili diğer suç tipleri göz önünde bulundurularak bu hususa ilişkin açıklama yapılamayacağı aşikardır. Bu nedenle, genel bir ifadeye yer verilmekle yetinilmiştir. Ancak belirtilmesi gerekir ki, tanık, sözgelimi kasten öldürme suçundan dolayı yürütülen ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında suçun şüpheli veya sanık tarafından işlenmediğini, gerçekte bir başkası tarafından işlendiğini bildiği halde şüpheli veya sanık tarafından işlendiğini beyan ediyor ise, bu suç nedeni ile şüpheli veya sanık hakkında işleyen bir ceza muhakemesi süreci bulunduğu için iftira suçunun oluşması mümkün değil ise de; bu durum, yalan tanıklık suçunun haksızlık muhtevası üzerinde etkilidir ve TCK’nın 61. maddesine göre faile verilecek temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Benzer yönde bkz. **Özbek ve diğerleri**, Özel Hükümler, s. 1107, Yazarlar’a göre “burada failin yalan tanıklık sırasında verdiği beyanın niteliğine bakmak gerekir. Eğer beyan sadece davanın konusu ile ilgili yalan niteliğinde ise sadece yalan tanıklık suçu oluşacaktır.

suretiyle işlemediğini bildiği halde bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnadında

Ancak yapılan yalan beyan aynı zamanda masum bir kişinin dava konusu dışında başka bir fiille ilgili olarak isnat içeriyorsa bu durumda mahkemenin suç duyurusunda bulunması gerekecektir ve bu bir anlamda ihbardır. O halde bu beyanla iftira suçu da işlenebilecektir. İşte ikinci verilen örnek bakımından iftira suçu ile yalan tanıklık suçu arasında fikri içtima hükümleri uygulanabilecektir.”

Yargıtay da, halihazırda mevcut olan bir soruşturma dolayısıyla tanığın olayla ilgili olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunmasını yalan tanıklık suçu kapsamında değerlendirmekte; şayet tanığın beyanı ile bir kişi hakkında soruşturma başlatılmış ise ancak o zaman iftira suçunun oluşacağını kabul etmektedir.

Yargıtay 8. CD, 15.5.2013, E. 2013/2647, K. 2013/15071 “5237 sayılı Kanun uyarınca iftira suçu, yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idarî bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat etmekten ibarettir. Aynı yasaya göre yalan tanıklık suçu ise hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı bir şekilde tanıklık yapmak olarak tanımlanmıştır. // Somut olayda; sanığın, mağdurların yaptığını söylediği kasten öldürme suçuna ilişkin dava dosyası getirilip incelenerek sanıklara yüklenen kasten öldürme suçunun temyize konu dosya sanığının, karakola başvurup tanıklık yapması üzerine soruşturmaya başlanıp başlanmadığı, başlanmış bir soruşturmada sanığın tanık sıfatıyla ifadesine başvurulup başvurulmadığı tespit edilip sonucuna göre suç vasfı ile hukuki durumun tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi,”

Belirtmek gerekir ki, ceza muhakemesinde tanığın soruşturma ve kovuşturma ile yetkili merciler huzurunda yahut hukuk mahkemesinde hukuka aykırı fiil isnadında bulunması aynı zamanda ihbar olarak kabul edilir (CMK m. 158). Yine idari bir soruşturmada yapılan hukuka aykırı fiil isnadı bakımından kamu görevlisi görevi nedeni ile işlendiğini öğrendiği bir suçu yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür (TCK m. 279). Böyle bir durumda iftira suçu bakımından aranan “bildirim” koşulunun gerçekleşmediği söylenemez. Bu nedenle aşağıdaki Yargıtay kararına bu yönü ile katılmıyoruz.

Yargıtay 9. CD, 7.11.2013, E. 2013/10181, K. 2013/13558 “İftira suçunun oluşabilmesi için; yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunarak işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat edilmesinin gerektiği, somut olayda eylem sabit kabul edildiği takdirde sanığın başka bir soruşturma nedeniyle 29.04.2008 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığınca tanık sıfatıyla alınan ifadesinde başkasına hukuka aykırı bir fiil isnat etme biçiminde kabul edilen fiilinde iftira suçunun yetkili mercie ihbar ve şikâyet koşulunun gerçekleşmediği, eyleminin yalan tanıklık suçunu oluşturabileceği hukukî durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması”; Doktrinde de bu yönde görüşler ileri sürülmektedir. bkz. **Tezcan / Erdem / Önok**, Özel Hükümler, s. 1013; **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8196, Yazarlar’a göre yalan tanıklığın başkasına hukuka aykırı bir fiil isnad etme biçiminde gerçekleşmesi halinde, yetkili mercie ihbar veya şikâyet koşulu gerçekleşmediği için iftira suçu oluşmaz, sadece yalan tanıklık suçu oluşur.

Kanaatimizce, karara konu olan olayda Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tanık sıfatıyla alınan ifadesinde başkasına hukuka aykırı bir fiil isnadında bulunan failin fiili iftira suçunu oluşturur. Burada, yetkili mercie ihbar ve şikâyet koşulunun gerçekleşmediği söylenemez. Kaldı ki, Cumhuriyet savcılığı, soruşturma makamı itibarı ile CMK’nın 158/1 hükmüne göre ihbar veya şikâyetin yapılabileceği asıl yetkili merciidir.

bulunuyor ve daha sonra bu kimse hakkında başlatılan muhakemede tanık sıfatı ile ifade vermek suretiyle söz konusu bildirim içeriğini tekrar ediyor ise sadece iftira suçu oluşur; ayrıca yalan tanıklık suçu oluşmaz¹⁷⁹.

Tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunması, aynı zamanda aleyhine tanıklık yapılan kimsenin onur, şeref ve saygınlığını rencide eden somut bir fiil isnadıdır¹⁸⁰. Yalan tanıklığa ilişkin norm, somut bir fiil isnadı şeklinde icra edilen hakaret suçunun haksızlığını da bünyesinde ihtiva etmekte, bu seçimlik hareketin haksızlığını kendi içinde tüketmektedir. Yalan tanıklık suçu ile korunan hukuki menfaat, böyle bir yorumu gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, fail sadece yalan tanıklık suçundan sorumludur; tüketen norm-tüketilen norm şeklindeki görünüşte içtima ilişkisinin varlığı, fikri içtimanın (TCK m. 44) varlığını kabule engeldir. Bununla birlikte, tanık gerçeğe aykırı beyanda bulunurken aleyhine tanıklık yaptığı kişi hakkında örneğin “şerefsiz” gibi sövme niteliği taşıyan kişisel yorumlarda bulunursa, gerçek içtima kuralı uygulanarak hem yalan tanıklık hem de hakaret suçundan sorumlu tutulmalıdır. Çünkü, bu durumda yalan tanıklığa ilişkin norm, sövme şeklinde icra edilen hakaret suçunun haksızlığını tüketmez; sövme, yalan tanıklık suçunun bir unsuru değildir. Beyanda bulunma yükümlülüğü, tanığa, kişiler hakkında sövme biçiminde kişisel yorumlarda bulunma hakkını da vermez. Tanığın olay hakkındaki kişisel yorum ve analizleri beyan kapsamında olsa da, sövme biçimindeki sözler olay hakkında bilgi vermeye yönelik olmadıkları için “gerçeğe aykırı beyanda bulunma” fiili kapsamında mütalaa edilemezler. Gerçeğe aykırı beyanda bulunma fiili, sövme şeklinde icra edilen hakaret suçunun haksızlığını bünyesinde ihtiva etmediği, yani tüketmediği için ayrı bir fiil ve ayrı bir suç şeklinde değerlendirilmelidir. Kaldı ki, tanık gerçeğe uygun beyanda bulursa dahi, bu nitelikteki sözler hakaret suçuna sebebiyet verecektir. Sövme şeklindeki sözlerin beyan sırasında söylendiği aşıkardır; ancak bu sözlerin gerçeğe uygun ya da aykırı beyanla bir ilgisi bulunmamaktadır¹⁸¹.

¹⁷⁹ bkz. **Yargıtay 4. CD, 2.5.2012, E. 2010/24495, K. 2012/10184**

¹⁸⁰ Tanığın gerçeğe uygun beyanda bulunması halinde de, TCK m. 125 anlamında somut bir fiil veya olgu isnadı vardır. Ancak, beyanda bulunma yükümlülüğüne istinaden görevin ifası söz konusu olduğu için tanığın fiili hukuka uygundur; hakaret suçu oluşmaz.

¹⁸¹ Bu hususta doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, tanığın gerçeğe aykırı beyanının aynı zamanda hakaret suçunu oluşturması durumunda, tek fiil ile iki farklı suç işlendiği için farklı nev’iden fikri içtima hükmü (TCK m. 44) uygulanmalıdır (bkz. **Özbek ve diğerleri**, *Özel Hükümler*, s. 1107). Diğer bir görüşe göre ise, tanığın gerçeğe aykırı beyanının aynı zamanda hakaret suçunu oluşturması durumunda, yalan tanıklık suçu ile hakaret suçu arasında asli norm-tali norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle fikri

Tanık, hem kimliği hakkında yalan beyanda bulunur hem de uyuşmazlığın konusunu teşkil eden vakıya ilişkin olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunur ise, resmi belge düzenlenmesinde yalan beyan (TCK m. 206) ve yalan tanıklık suçu (TCK m. 272) bakımından tipiklik arz eden iki ayrı fiil bulunmaktadır. Gerçek içtima kuralı uygulanarak tanığın her iki suçtan sorumlu tutulması gerekmektedir.

Tanıklığın kamu görevi olması nedeni ile tanığı yalan beyanda bulunmaya azmettiren kişi bunun karşılığında para ve sair menfaat temininde bulunur ise ayrıca rüşvet suçu oluşacak ve yalan tanıklık ile rüşvet suçu arasında gerçek içtima kuralı uygulanacaktır.

§ 7. MUHAKEME KURALLARI

Yalan tanıklık suçunda ispat sorun arz etmektedir. Aynı vakıya ilişkin olarak dinlenen birden fazla tanığın beyanı arasında çelişki bulunması mümkündür¹⁸². Yine, muhakemenin değişik aşamalarında farklı merciler tarafından dinlenen tanığın kendi beyanları arasında da çelişki bulunabilir. Örneğin, tanığın kolluktaki veya savcılıktaki beyanı ile duruşmadaki beyanı örtüşmeyebilir. Araya uzun zaman girmesi, hafızasının zayıf olması gibi nedenlerle tanık bazı ayrıntıları untabilir ya da olduğundan farklı şekilde hatırlayabilir. İşte, tanığın kendi beyanları arasında çelişki bulunması yahut birden fazla tanık beyanı arasındaki çelişki, her zaman yalan tanıklık suçunun oluştuğu anlamına gelmez. Sadece çelişkinin varlığı, suçun oluştuğunun kabulü için yeterli değildir; tanığın yalan söylediğinin, özellikle de kasten hareket ettiğinin ispatlanması gerekir¹⁸³. Ayrıca, tanığın beyanının gerekçeli

içtima kuralı uygulanamayacak, asli normun önceliği ilkesi gereği fail sadece yalan tanıklık suçundan sorumlu tutulacaktır (bkz. **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8196).

¹⁸² **Yaşar / Gökcan / Artuç**, C. 6, s. 8189, “Uygulamada, mahkemenin bir uyuşmazlıkla ilgili olarak çelişkili anlatımlarda bulunan tanıklardan birini veya bir kısmını hükmüne esas alması durumunda, öbür tanık veya tanıkların yalan tanıklıkta bulunduğu iddiasıyla karşılaşmaktadır. Bu iddia kural olarak yersiz değildir. Çünkü, aynı anda gördüğü olayı diğer bir tanıktan farklı olarak anlatan tanığın çelişkisi şüphe doğurucudur. Fakat belirtelim ki, hukuk ve ceza mahkemelerinde tanıkların anlatımları alınırken çoğu kez yeterli dikkat ve özen gösterilmemekte, her bir tanığın, olayın hangi anında ve hangi yer ve açıdan gördüğü üzerinde durulmadan, sanki her tanık aynı anda ve aynı yerden bakıyormuş gibi ifadeler tutanağa yazılmaktadır. Bu da, tanıklar arasındaki birçok çelişkinin doğmasına yol açmaktadır.”

¹⁸³ **Yargıtay 4. CD, 2.10.2012, 2011/21151, K. 2012/19087** “bu davada tanık sıfatıyla verilen ifadeler ve katılanların anlatımları ile çelişen ifadelerinin, ancak vicdani kanaati oluşturacağı, yalan tanıklık suçu için kesin kanıt olamayacağı gözetilerek, sanıkların çelişen anlatımlarının olayı yanlış algılama, kısmen görme, kendi görgüsüne göre aktarma ya da zaman geçmesi nedeniyle yanlış hatırlamadan mı kaynaklandığı değerlendirilerek, kast unsurunun kanıtlara

kararda yer alan mahkemenin kabulünden farklı olması da, her zaman tanığın beyanının gerçeğe aykırı olduğunu göstermez¹⁸⁴.

Yalan tanıklık suçu dolayısıyla açılan davada, yargılamayı yapan mahkemenin tanığın dinlendiği uyuşmazlığa ilişkin muhakeme dosyasını incelemesi gerekir¹⁸⁵. Yargıtay, mahkemenin bu muhakemenin sonucunu bekletici mesele yapmasını aramakta; muhakemenin sonucu beklenmeden yalan tanıklık suçundan dolayı hüküm verilmesini bozma nedeni saymaktadır¹⁸⁶. Ancak bu husus, soruşturma evresinde iddianamenin iadesi için bir neden değildir¹⁸⁷. Tanığın dinlendiği uyuşmazlığa ilişkin muhakeme sonunda verilen kararın kesinleşmesini beklemeye ise gerek yoktur¹⁸⁸. Yalan tanıklık suçundan dolayı yargılama yapan mahkemenin, tanığın dinlendiği uyuşmazlığa ilişkin muhakemenin sonucunu bekletici mesele yapması¹⁸⁹ ve bu dosyayı incelemesi gerekir ise de; tam tersi söylenemez. Başka bir deyişle,

dayalı olarak gösterilmesi gerekirken”; Yargıtay 4. CD, 6.6.2012, E. 2012/12060, K. 2012/13844; Yargıtay 4. CD, 4.6.2012, E. 2010/21542, K. 2012/13275; Yargıtay 4. CD, 25.9.2012, E. 2012/3633, K. 2012/18583; Yargıtay 4. CD, 3.4.2012, E. 2010/8984, K. 2012/7779; Yargıtay 4. CD, 20.2.2012, E. 2011/8715, K. 2012/3305; Yargıtay 4. CD, 26.12.2011, E. 2011/20448, K. 2011/25165; Yargıtay 4. CD, 13.6.2011, E. 2009/11087, K. 2011/8095; Yargıtay 4. CD, 19.6.2007, E. 2007/4942, K. 2007/5803; Yargıtay 4. CD, 3.10.2007, E. 2006/3657, K. 2007/7651; Yargıtay 4. CD, 22.6.2010, E. 2008/14213, K. 2010/12227

¹⁸⁴ Ünver, s. 189; Belirtmek gerekir ki, tanık beyanları arasında çelişki varsa ve mahkeme bunlardan birine itibar edip hükme esas alıyorsa, aynı zamanda bu tanık hakkında yalan tanıklık suçundan dolayı Cumhuriyet savcılığına bildirimde bulunulmasına karar verilmesi kendi içinde çelişki arz eden bir durumdur. Nitekim, Yargıtay bu durumu haklı olarak bozma nedeni saymaktadır. Yargıtay 3. CD, 21.10.2014, E. 2014/17811, K. 2014/33033 “tanık G...’in beyanına itibar edilerek mahkumiyet hükmü verildiği halde aynı tanık hakkında yalan tanıklıktan suç duyurusunda bulunulmasına karar verilerek gerekçede çelişkiye düşülmesi, // Bozmayı gerektirmiş,”

¹⁸⁵ Yargıtay, yalan tanıklık suçu dolayısıyla açılan davada, yargılamayı yapan mahkemenin tanığın dinlendiği uyuşmazlığa ilişkin muhakeme dosyasını incelememesi bozma nedeni saymaktadır. bkz. Yargıtay 4. CD, 27.11.2006, E. 2005/10185, K. 2006/16800; Yargıtay 4. CD, 29.11.2006, E. 2005/10566, K. 2006/17048; Yargıtay 4. CD, 4.11.2008, E. 2008/9661, K. 2008/20918; Yargıtay 8. CD, 13.10.2009, E. 2007/12487, K. 2009/12606

¹⁸⁶ bkz. Yargıtay 4. CD, 26.3.2007, E. 2006/68, K. 2007/2699; Yargıtay 4. CD, 13.6.2007, E. 2006/1554, K. 2007/5624; Yargıtay 4. CD, 21.1.2008, E. 2006/6462, K. 2008/473; Yargıtay 4. CD, 16.3.2009, E. 2008/21041, K. 2009/4916; Yargıtay 4. CD, 24.3.2009, E. 2007/9323, K. 2009/5486

¹⁸⁷ bkz. Yargıtay 4. CD, 15.10.2008, E. 2008/15465, K. 2008/18602

¹⁸⁸ bkz. Yargıtay 4. CD, 15.10.2008, E. 2008/15465, K. 2008/18602

¹⁸⁹ Bekletici mesele hakkında ayrıntı için bkz. Akkaş, Ahmet Hulusi, Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 189 vd.

tanığın dinlendiği uyumsuzluğa ilişkin muhakemeyi yürüten merciin, yalan tanıklık suçundan dolayı yapılan yargılamanın sonucunu beklemesine gerek yoktur¹⁹⁰.

Yemin verilerek dinlenmiş olan tanığın hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine yalan beyanda bulunduğu anlaşılırsa, bu, hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenidir¹⁹¹. Bunun için; tanığın yemin verilerek dinlenmiş olması, tanığın gerçeğe aykırı beyanı ile mahkumiyet hükmü arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunması ve mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi gerekmektedir. Bu koşullarda, yargılamanın yenilenmesi mümkündür (CMK m. 311/1-b)¹⁹². Yargılamanın yenilenmesi için, tanığın yemin verilerek dinlenmiş olması aranmaktadır. Tanıklar, kural olarak yemin etmek zorundadırlar; ancak istisnai olarak yeminsiz dinlenecek veya yeminden çekinebilecek tanıklar da vardır (CMK m. 50, 51). Yeminsiz olarak dinlenen tanığın da hükmü etkileyecek şekilde gerçek dışı beyanda bulunması ihtimal dahilindedir ve yalan tanıklık suçu oluşabilir. Dolayısıyla, tanıklar bakımından yemin verilerek dinlenmiş olma koşulunun aranması çelişki yaratmaktadır. Ayrıca, CMK'nın 311/1-b hükmünde "kasıt veya ihmal" ifadesi kullanılmıştır. Yalan tanıklık suçu, sadece kasten işlenebilen bir suçtur; "ihmal" ifadesinin taksir şeklinde anlaşılması gerekir. Bu durumda, yalan tanıklık suçu oluşmayacağından kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü verilmesi koşulu (CMK m. 316/1) da aranmaz¹⁹³.

¹⁹⁰ Aksi görüş için bkz. **Yenisey / Nuhoglu**, s. 142 "bir tanık hakkında yalan tanıklıktan kovuşturma yapılıyorsa (TCK 272), o tanığın yalan söylediği iddia olunan davada, bu ceza davasının sonucu beklenmelidir."

¹⁹¹ Buna karşılık, hükümlü lehine yapılan yalan tanıklık bir yargılamanın yenilenmesi nedeni değildir. CMK'nın 314. maddesinde böyle bir nedene yer verilmemiştir.

¹⁹² **Yargıtay 3. CD, 6.7.2015, E. 2015/1755, K. 2015/23831** "Yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin gösterildiği 5271 sayılı CMK'nın 311. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde "...yeni olaylar veya yeni deliller ortaya koyulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte gözönüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkum edilmesini gerektirecek nitelikte olursa" yargılamanın yenilenmesinin istenebileceği belirtildiği, yeni olaylar veya delillerin hükmün verildiği anda mahkemece bilinmemesi gerektiği, yargılama aşamasında bilinen olayları veya tanıkları " yeni delil veya yeni olaylar " türünden saymak olanaksız olduğu bu nedenle hükümlü müdafinin tanık Sefa Hoda'nın gerçekleri mahkmeden gizlediğine ilişkin beyanlarının yeni delil ve olay niteliğinde kabul edilmesi mümkün değil ise de, 5271 sayılı CMK'nın 311. maddesinin ' b ' bendinin 1. fıkrasının " Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğunu veya oy verdiği anlaşılırsa " yargılamanın yenilenmesinin istenebileceği belirtilmesi karşısında, dosya kapsamında tanık Sefa Hoda hakkında yalan tanıklık suçundan kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunmadığından önceki hükmün onanması yerine iptaline karar verilmesi, // Bozmayı gerektirmiş,"

¹⁹³ **Şahin / Göktürk**, C. 2, s. 300.

Aleyhine tanıklık yapılan şüpheli veya sanığın gözaltına alınması ya da tutuklanması halinde, Devlet ödediği tazminat nedeniyle yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu eder (CMK m. 143/3)

Hakkında tanık koruma tedbiri uygulanan tanığın, koruma kararı verilmesine neden olan olay hakkında yalan tanıklık suçundan dolayı mahkum olması halinde tedbir kaldırılabilir (TKK m. 8/4-b). Tanık koruma tedbiri kararının kaldırılması halinde, karar tarihinden bu tedbir kararının kaldırıldığı tarihe kadar kararı uygulayan makamlarca yapılan giderler kanuni faizi ile birlikte tanıktan tahsil edilir; ödenmemesi halinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır (TKK m. 21).

DİSİPLİN CEZALARININ GERİ ALINMASI

F.Ebru GÜNDÜZ**

ÖZET

İdari işlemin geri alınması, hukuka aykırı idari işlemi sona erdiren hukuki araçlardan bir tanesidir. Ancak idari istikrar için idarenin hukuka aykırı işlemini geri alabileceği bir süre sınırına ihtiyaç vardır. Bu süre sınırı idari işleme karşı iptal davası açma süresi olarak kabul edilir. Ancak yükümlendirici işlemlerin hukuka aykırı olmaları koşulu ile hiçbir süre sınırı olmadan, her zaman geri alınabilecekleri kabul edilir. Disiplin cezaları da bir yükümlendirici işlem olduğu için her zaman geri alınabilmelidir. Ancak Danıştay tarafından disiplin cezaları için Kanunda öngörülen itiraz süresi geçtikten sonra geri alınamayacağı kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Geri Alma, İdari İşlem, Disiplin Cezası, Danıştay, Kesin İşlem

THE REVOKE OF DISCIPLINARY PUNISHMENT

ABSTRACT

The revoke of administrative acts is one of the legal instruments to end the administrative process. But, the administration can revoke the illegal actions of a time limit is needed for administrative stability. This time limit is considered to be the time of opening action for annulment against administrative acts. However, without any time limit, with the condition that unlawful and obligation acts always accepted can be revoke. Because of disciplinary action is a obligation act always be able to get back. However, it is accepted cannot be revoke after the objection period stipulated in the Law for disciplinary action by the Council of State.

Keywords: Revoke, Administrative Act, Disciplinary Punishment, Council of State, Certain Act

* Yrd. Doç. Dr., Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi

* (F.Ebru GÜNDÜZ, İdari İşlemin Geri Alınması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, GÜSBE, Ankara-2010)

GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin bütün eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması gerekir. İdarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması için de birtakım hukuki araçlar kabul edilmiştir. Bunların en önemli ve en etkili idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasıdır.

İdarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi olmasının yanı sıra idarenin hukuka aykırı bir işlem yapması halinde yine idare tarafından gerçekleştirilen bir başka idari işlem ile bu hukuka aykırı işlemin tüm hüküm ve sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılabileceği de kabul edilmektedir. Bu da karşımıza idari işlemin geri alınması kavramını çıkarmaktadır. İdari işlemin geri alınması idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu sağlamanın hukuki araçlarından bir tanesidir.

İdareye toplumsal düzeni korumak amacıyla yaptırım uygulama yetkisi tanınmıştır. İdarenin sahip olduğu bu yaptırımların önemli bir kısmını ise disiplin cezaları oluşturmaktadır. Disiplin cezaları genellikle kamu görevlilerine verilen cezalar olarak karşımıza çıkmakla beraber, öğrenciler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu üyeleri gibi kamu görevlileri dışındaki bazı statülerde bulunan kişiler de kendi mevzuatlarına göre disiplin cezalarına tabi tutulabilirler.

Disiplin cezaları kişiler üzerinde yükümlendirici bir etkiye sahip oldukları için geri alınıp alınamamaları önem arz etmektedir.

Disiplin cezaları ile ilgili Danıştay kararlarının pek çoğunda, bu cezaların kesin olduğu ve geri alınmalarının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Biz de çalışmamızda disiplin cezalarının geri alınıp alınamayacağını Danıştay kararları ve doktrindeki görüşler doğrultusunda inceleyeceğiz.

İDARİ İŞLEMİN GERİ ALINMASI

İdari işlemin sona erme sebepleri arasında kabul edilen idari işlemin geri alınması, hukuka aykırı bir idari işlemin bir başka idari işlem ile yapıldığı andan itibaren hukuki âlemden silinmesidir¹.

Hukuka aykırılığı tespit edilmiş bir idari işlemin geri alınması, hem bir zorunluluk hem de hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmelidir².

¹ GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s.170; CHAPUS René, *Droit Administratif Général*, C.I, Paris, Montchestien, 2001, s.1151.

² “Hukuki dayanaktan yoksun kalan emekliye sevk işlemlerinin idarece geri alınması sureti-

Geri alma kurumunun kabul edilme sebebi, idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun sağlanmasıdır. Bu nedenle geri alma, ancak hukuka aykırı idari işlemlerin hukuk âleminde tamamen silinmesi amacıyla yapılabilir³.

İdare, hukuka aykırı bir işlemi ne zaman geri alabilir? Daha doğrusu idarenin bu işlemi geri almasında bir süre sınırı var mıdır? Hukuka aykırı bir idari işlemin geri alınmasıyla, idarenin hukuka uygunluğu sağlanacağından idarenin hukuka aykırı işlemi her zaman geri alabileceğinin kabul edilmesi gerektiği düşünülebilirse de bu kabul bazı sakıncaları beraberinde getirecektir. İdarenin işlemi geri almasında herhangi bir süre sınırının kabul edilmemesi, idarenin işlemi her zaman geri alma ihtimalini barındırır ki bu da idari istikrar ilkesine zarar verecektir⁴. Bu sebeple idarenin işlemi geri almasının makul bir süre ile sınırlandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu makul süre de idari işleme karşı dava açma süresi olarak kabul edilir. İdari işlemin geri alınması ile yargı mercii tarafından iptal edilmesi sonuçları itibariyle birbirine benzemektedir ve idari işleme karşı dava açma süresi geçtikten sonra işlemin kesinleşeceği kabul edildiği için dava açma süresi geri alma süresi olarak da kabul edilmektedir⁵.

İdari işlemin geri alınmasında bir süre sınırı kabul edilmekle birlikte, bazı idari işlemlerin herhangi bir süre sınırlaması olmadan her zaman geri alınabileceği de kabul edilmektedir. Her zaman geri alınabileceği kabul edilen

le görevlerine iade edilmeleri hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.” (Dan.1.D., 30.05.2003, E.2003/71, K.2003/69, www.hukukturk.com)

³ BIYIKLI Hasan İsmet, “Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürütme Ziliği İlkesi”, DD., S.11, Y.3, s.106; ÇAĞLAYAN Ramazan, “İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine”, AÜEHFD, C.IV, S.1-2, 2000, s.47.

⁴ İdari işleme karşı iptal davası açma süresinin de belirli bir süre ile sınırlandırılması aynı gerekçelere dayanmaktadır. ERGEN Cafer, İdari Yargı Davaları, Seçkin, Ankara-2008, s.306. ÖNGÖREN Gürsel, Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süreleri, Kazancı, İstanbul, 1990, s.7. Dava açma süresi belirlenirken çatışan kamu yararı ile özel yarar dengelenmek istenmiş ve kamu yararına daha yakın bir çözüm belirlenmiştir, dava açma süresi uzun sayılmayacak bir şekilde belirlenmiştir. Dava açma süresinin belirli bir süre ile sınırlandırılması kişilerin hak arama özgürlüklerine de bir sınır getirilmesi anlamına gelmektedir. Ancak idarenin işlemlerinin sınırsız bir şekilde tartışılacak hale gelmesi de idari istikrara zarar verecektir. (ÖNGÖREN, s.8.)

⁵ AKYILMAZ Bahtiyar- SEZGİNER Murat- KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-İstanbul-2015, s.473; Aksi yöndeki görüş için bkz. KARAHANOGULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, Ankara-2012, s.586

idari işlemlerden bir tanesi de ilgisine yükümlülük getiren idari işlemlerdir⁶. İlgilisi lehine haklar doğuran işlemler ancak iptal davası açma süresi içerisinde geri alınabilmelidir⁷. Hukuka aykırı bir şekilde ilgisine yükümlülükler getiren, kişinin aleyhine olan bir işlemin, idari istikrarın sağlanması pahasına da olsa uygulanmaya devam edilmesinde hiçbir haklı yan yoktur. Kişilerin bile bile ve haksız yere bu yükümlülüğe katılmaları istenemez. Bu nedenle ilgisine yükümlülükler getiren işlemlerin idare tarafından her zaman geri alınmalarının kabulü gerekir⁸.

DISİPLİN CEZALARININ GERİ ALINMASI

Birey, idare ile ilişkilerinde idare karşısında genellikle memurluk, öğrencilik gibi bir statü içerisinde yer alır. Bu, idare hukukunun statüsel bir hukuk dalı olma özelliğinin sonucudur. İşte idarenin bireyler ile olan bu statüsel ilişkilerden kaynaklanan, yaptırım uygulama yetkisi vardır ve bu yaptırım uygulama yetkisi disiplin hukuku olarak düzenlenmiştir⁹. İdarenin uyguladığı, disiplin hukukunda yer alan yaptırımlardan bir kısmı da memurlara uygulanmış olduğu disiplin cezalarıdır. Disiplin cezalarını, kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi ve kamu yararının sağlanabilmesi amacıyla, kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumluluklarını gereği gibi yerine getirmeleri için yasal olarak düzenlenen yaptırımlardır¹⁰, şeklinde tanımlayabiliriz.

*“Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumlulukları kapsamında kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla yasal olarak düzenlenmiş yaptırımlardır. Kamu hizmetlerini yürüten kamu görevlilerinin görev anlayışları, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları öngörülmüştür.”*¹¹

⁶ GÜNDAY, s.179-182. ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları (C.I-II), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul- 1966, s.551.

⁷ TAN Turgut, “Danıştayımızın İki İçtihadı Birleştirme Kararı Üzerine”, AİD, C.5, S.4, Aralık, 1972, s.55.

⁸ ONAR şöyle ifade etmiştir: “*Ferde külfetler yükleyen durumlar daima kaldırılmalıdır.*” ONAR, burada her ne kadar “kaldırmak” ifadesini kullanmış olsa da, paragraf bir bütün olarak değerlendirildiğinde “geri alma” anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bkz. ONAR, C.1, s.551.

⁹ ÖZAY İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayın No: 691, İstanbul, 1985, s.43; AKGÜNER Tayfun, Kamu Personel Yönetimi, Der Yayınları, İstanbul, 1998, s.197.

¹⁰ PINAR İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s.1051.

¹¹ AYM, 20.10.2011, E.2010/28, K.2011/139, KBB; AYM, 01.04.2010, E.2008/114, K.2010/53, KBB.

“Disiplin cezaları memurun mesleki hayat ve vazifesinde görülen yolsuzluklara karşı, kendisine tatbik edilen bir kısım zecri müeyyidelerdir”¹².

Disiplin cezaları da birer idari işlem oldukları için idare tarafından bir geri alma işlemi ile ortadan kaldırılabılır mi?

Disiplin cezalarının diğer idari işlemlerden bazı farklılıkları bulunduğu ve disiplin cezasının, cezayı veren idari makam için de bağlayıcı ve kesin nitelikte olduğu, işlem tesis edildikten sonra artık o işleme karşı idari makamlar tarafından yapılabilecek herhangi bir şey olmadığı ileri sürülmektedir¹³. Danıştay da konu ile ilgili hemen hemen tüm kararlarında disiplin cezalarının geri alınmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu durum bir Danıştay kararında şöyle ifade edilmiştir;

“Kamu hizmetinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesi için gerekli önlemlerden olan disiplin cezası, niteliği gereği öteki idari işlemlerden farklıdır.

Disiplin cezası vermeye yetkili organlar, bu organların oluşumu, çalışma usulü, karar oluşturulması, bu kararlara itiraz ve bütün bu sürecin her aşaması için öngörülen süre koşulları ile disiplin cezası işlemi sıkı şekil şartına bağlı olarak uygulanabilmektedir.

Bu özellik, disiplin cezasının yeni bir idari işlemle ortadan kaldırılmasına engeldir. Ceza ancak bir yargı kararı yahut yasama tasarrufu ile iptal edilebilir veya disiplin cezasının ağırlığına göre, belli süreler geçtikten sonra sicil dosyasından silinmesi atamaya yetkili amirden istenebilir.”¹⁴.

Karardan da anlaşılacağı gibi Danıştay, disiplin cezasının başka bir idari işlemle ortadan kaldırılamayacağını kabul etmektedir. Kanaatimizce Danıştay’ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Disiplin cezaları için idarenin geri alma hakkının olmadığını kabul edilmesi, kişilerin hukuka aykırı olarak aldıkları disiplin cezalarına katlanmak zorunda kalmaları neticesini doğurabilir. Kişi hukuka aykırı olarak aldığını düşündüğü disiplin

¹² ONAR, C.II, s.1188.

¹³ ARSLAN Zehredin, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları, Alfa Yayınları, 2001, s.31. KARAVELİOĞLU da, “*atamaya yetkili amir tarafından doğrudan doğruya veya onayı ile verilen disiplin cezaları kesindir. Bu tür bir işlemin bir kez tesisinden sonra artık o işleme karşı idari makamların yapacağı bir şey yoktur.*” şeklinde, disiplin cezalarının kesin olduğunu vurgulamıştır. (KARAVELİOĞLU Celal, Açıklamalı ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, 2006, Ankara, s.641.)

¹⁴ Dan.8.D., 12.10.1998, E.1998/4988, K.1998/3015, www.hukukturk.com

cezasına karşı, dava açma hakkını kullanmak istemeyebilir veya dava açma süresini kaçırmış olabilir. Bu durumda disiplin cezasının idare tarafından geri alınmayacağı kabulü halinde, kişinin başvurabileceği hiçbir yol kalmamaktadır¹⁵.

Danıştay'ın kararında gerekçe olarak gösterdiği, disiplin cezasını vermeye yetkili makamların oluşum biçimlerinin farklı oluşu, uygulanan usulün farklı oluşu, disiplin cezalarının idari makamlar tarafından geri alınmaması veya kaldırılamaması için yeterli sebep olarak kabul edilemez. İdarenin farklı usullere tabi veya sıkı şekil şartlarına tabi disiplin cezaları haricinde pek çok faaliyeti de bulunmaktadır.

2010 yılında halkoylaması sonucunda Anayasada yapılan değişiklikler öncesinde Anayasa, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapatılabileceğine ilişkin bir hüküm içermekte idi ve Anayasanın bu hükmü doğrultusunda da 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 136'ncı maddesinde uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz edilebileceği ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu düzenlenmişti. Uyarma ve kınama dışındaki diğer cezalara karşı ise herhangi bir itiraz usulü öngörülmemiştir. Sadece aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı yargı yoluna başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Uyarma ve kınama cezalarına ilişkin olarak itiraz süresi Kanunun 136'ncı maddesinde 7 gün olarak düzenlenmişti ve itiraz edilmeyen disiplin cezaları ile itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu belirtilmiştir.

2010 yılında Anayasada yapılan değişiklik doğrultusunda 2011 yılında 6111 sayılı Kanun ile 657 sayılı Kanunun 136'ncı maddesi kaldırılmış ve 135'nci maddesinde bazı değişikliklere gidilmiştir. Maddenin son haline göre;

“Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir. İtirazda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir.” Yine aynı maddede *“İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler.”* hükmü yer almaktadır.

¹⁵ Fransız doktrinde de disiplin cezalarının hak yaratmayan işlemlerden oldukları, bu sebeple de geri alınmalarının mümkün olduğu ifade edilmektedir. (GUETTIER Christophe, Droit Administratif, Montchrestien, 2000, s.217.)

Görüldüğü gibi artık Kanunda tüm disiplin cezaları için itiraz usulü öngörölmüş ve itiraz edilmeyen disiplin cezalarının kesin olduğundan bahsedilmiştir. Kanunun 2011 yılı öncesindeki halinde ise, sadece uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz usulü kabul edilmişti ve sadece bu cezaların itiraz edilmediği zaman kesinleşeceği hükmü yer almakta idi. Uyarma ve kınama dışındaki diğer disiplin cezalarının kesin olduğuna dair herhangi bir hüküm yer almamakta idi. Danıştay bu dönemdeki kararlarında da uyarma ve kınama cezası dışındaki diğer disiplin cezalarına karşı itirazda dahi bulunulamayacağını ve dolayısıyla da geri alınmalarının mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Disiplin cezaları da birer idari işlem oldukları için hukuka aykırı oldukları sürece geri alınabilmeleri gerekir. Ancak maddede yer alan disiplin cezalarına itiraz edilmemesi halinde disiplin cezasının kesin olduğuna dair hüküm, bu işlemlerin geri alınması üzerinde nasıl bir etkide bulunacaktır?

Danıştay da disiplin cezalarının geri alınamayacağını belirttiği kararlarının hemen hepsinde, verilen disiplin cezalarının kesin olduğu gerekçesini ortaya koymuştur. Oysaki daha önce de ifade ettiğimiz gibi, 2011 yılı öncesi 657 sayılı Kanunda uyarma ve kınama cezaları dışında disiplin cezalarının kesin olduğuna dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

*“Danıştayca da kabul edildiği üzere, ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde kesinleşen disiplin cezaları, disiplin cezalarını veren idari merciler yönünden bağlayıcı ve kesin nitelikte olup, idari mercilerin vermiş oldukları disiplin cezalarını geri almaları, verdikleri disiplin cezası yerine başka bir disiplin cezası verme yoluna gitmeleri kural olarak olanaksızdır.”*¹⁶

Konunun netleştirilebilmesi için disiplin cezalarının kesinliği üzerinde durmak gerekmektedir.

657 sayılı Kanunun 135’inci maddesinde ifadesini bulan “kesinlik” idari anlamda bir kesinliktir. 2011 değişikliği öncesi uyarma ve kınama cezaları için kabul edilen kesinliğin tersine¹⁷, yargısal bir kesinlik olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Yani bu disiplin cezalarına karşı itiraz süresi geçse bile dava açılacaktır.

¹⁶ Dan.8.D., 12.10.1998, E.1998/4988, K.1998/3015, www.hukukturk.com

¹⁷ Anayasada 2010 yılında yapılan değişiklikten önce Anayasa, uyarma ve kınama cezalarına karşı dava yargı yolunun kapatılabileceğine ilişkin bir hüküm içermekteydi. Bu doğrultuda 657 sayılı Kanunun 136’ncı maddesi uyarma ve kınama cezalarının itiraz süresi geçmesi ile kesinleşeceği ve itiraz üzerine itiraz merciinin kararının kesin olduğu hükmü yer almakta idi. Buradaki kesinlik ise Anayasanın verdiği izin doğrultusunda yargısal bir kesinlik olarak karşımıza çıkmakta idi.

Kanunlarda yer alan bir idari işlemin kesin olduğu şeklindeki ifade, idari anlamda bir kesinlik olarak yorumlanır. Kesin kabul edilen idari işlemlerin, işlemi yapan idari mercii tarafından veya üst idari makam tarafından geri alınıp kaldırılamayacağı kabul edilmekle¹⁸ birlikte, disiplin cezaları için bunun farklı yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Disiplin cezaları için de Kanunda itiraz süresinin geçmesi ile birlikte kesinleşecekleri hüküm altına alınmıştır. Ancak disiplin cezaları gibi kişiye bir takım yükümlülükler getiren, kişilerin aleyhine olan idari işlemlerin hukuka aykırı olmalarına rağmen geri alınamayacağını kabul etmek mümkün değildir. İdari işlemin geri alınmasında uyulması gereken süre koşulu, ilgisine yükümlülükler getiren idari işlemler için uygulanmamalıdır¹⁹. Disiplin cezalarının da yükümlendirici bir işlem olduğu konusunda tereddüt yoktur.

İdare, hukuka aykırı olarak vermiş olduğu bir disiplin cezasını her zaman geri alabilmelidir. Maddede ifade edilen kesinliği, disiplin cezasının geri alınıp yerine daha ağır bir ceza verilmesini engelleyen bir hüküm olarak kabul etmek gerekir. Aksi halde idarenin işleminin hem hukuka uygunluğunu sağlayacak hem de kişi lehine sonuç doğuracak hukuka aykırı bir disiplin cezasının geri alınmasının kabul edilmemesi, Anayasanın 2'nci maddesindeki Hukuk Devleti ilkesine de aykırı olacaktır. Hukuk devleti vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlettir²⁰. Hukuka aykırı olmasına rağmen, bir disiplin cezasının itiraz süresinin geçtiği için geri alınamayacağını kabul edilmesi hukuki güvenlik ilkesine ve Devlete duyulan güvene zarar verecektir.

Ayrıca Kanunda disiplin cezasına itiraz edilmesi halinde, itiraz merciinin kararının kesin olduğuna dair herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. İtiraz hakkının kullanılmasından sonra disiplin cezasının geri alınmasında bu gerekçeye (kesin olduğu gerekçesine) dayanılması da mümkün değildir.

İdarenin ister itiraz süresi içerisinde ister itiraz süresinden sonra bir disiplin cezasını geri alması halinde yerine daha ağır bir ceza vermesi mümkün

¹⁸ TAN Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Sevinç Matbaası, Ankara-1970, s.23; GÜN-DAY, s.172. Mevzuatlarda kesin idari işlemlerle karşılaşmaktadır. Örneğin; 1475 sayılı İş Kanunu'nun 39'uncü maddesinin 3'üncü fıkrasında da, Asgari Ücret Tespit Komisyonu kararlarının kesin olduğu belirtilmiştir. Yine 3091 sayılı Taşınmaz Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun 7'nci maddesinde mülki amir tarafından verilen kararın kesin olduğu düzenlenmiştir.

¹⁹ GÜN-DAY, s.179. ONAR, C.1, s.551.

²⁰ Anayasa Mahkemesi de bir kararında, "hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur" diyerek bu hususu vurgulamıştır. (AYM, 08.10.2003, E. 2003/31, K.2003/87, KBB)

değildir. İtiraz süresi içerisinde daha ağır bir ceza verilmesini Kanununun 135'inci maddesi zaten yasaklamaktadır. Maddede itiraz merciinin disiplin cezasını ya tamamen kaldırabileceği ya da hafifletilebileceği düzenlenmiştir. Kanunla itiraz süresi içerisinde dahi daha ağır bir ceza verilmesi kabul edilmediğine göre, itiraz süresinden sonra disiplin cezasının geri alınıp yerine daha ağır bir ceza verilmesinin kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak biraz önce ifade ettiğimiz gibi, disiplin cezasına itiraz süresi geçse de cezanın hafifletilmesi ve tamamen kaldırılması yani geri alınması mümkün kabul edilmelidir.

Konu ile ilgili Danıştay kararlarına yansıyan olaylar ve bu olaylar ile ilgili Danıştay'ın kararı ve gerekçelerini incelememizin faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

Danıştay kararına konu olmuş bir olay şöyledir: Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını alan bir kişi, 15 ay sonra verdiği bir dilekçe ile söz konusu disiplin cezasının hukuka aykırı olduğunu iddia etmiş ve yeniden gözden geçirilmesi talebinde bulunmuştur. Yüksek disiplin kurulu tarafından da itiraza konu bu cezanın kaldırılmasına karar verilmiştir. Kesinleşmiş bir disiplin cezasının kaldırılmasına sebep olduğu gerekçesi ile Kurumun genel müdürü ve aynı zamanda da yönetim kurulu başkanı olan kişi hakkında disiplin cezası verilmiştir. Bu disiplin cezası verme işlemine karşı açılan davada Danıştay, *“davacının kesinleşmiş ve idari yargı yoluna süresi içinde başvurulmamış bulunan disiplin cezası için yapılacak bir işlem bulunmadığı halde”* disiplin cezasının kaldırılmasına sebep olduğu için kişiye disiplin cezası verilmesinde hukuka aykırılık olmadığına karar vermiştir²¹. Görüldüğü gibi Danıştay disiplin cezalarının geri alınamaması konusunda oldukça katı bir tutum sergilemektedir. Danıştay'ın bu kararında geri alınan disiplin cezası kademe ilerlemesinin durdurulmasıdır. 657 sayılı Kanunun 2011 yılı değişikliğinden önce uyarma ve kınama dışındaki cezaların kesin olduğuna dair herhangi bir hüküm olmamasına rağmen Danıştay, bu cezaların da kesin olduğunu kabul etmektedir. Hatta Danıştay bazı kararlarında uyarma ve kınama dışında diğer cezalara karşı itiraz yoluna da başvurulamayacağını kabul etmektedir ki²², hukuki bir dayanak olmadan hem bu cezalara karşı itiraz

²¹ Dan. 12.10.1998, E.1998/4988, K.1998/3015, www.hukukturk.com

²² “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135. maddesinde, Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabileceği, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet Memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır/....2577 sayılı Yasanın 11.maddesiyle getirilen başvuru hakkı, idari işlemin kaldırılması geri alınması veya değiştirilmesi amacına yönelik olduğundan, disiplin ce-

edilemeyeceği hem de bu cezaların kesin oldukları ve geri alınamayacaklarına dair görüşlerin kabul edilmesi mümkün değildir²³.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 48'inci maddesinde²⁴ de, bu Yönetmeliğe göre verilen disiplin cezalarına karşı 7 gün içinde itiraz edilebileceği, itiraz edilmeyen disiplin cezalarının kesinleşeceği hükmü yer almaktadır. Danıştay bu Yönetmeliğe dayanılarak verilen bir disiplin cezası ile ilgili kararında, “İlgili yasal düzenlemeler çerçevesinde kesinleşen disiplin cezaları, doktrinde ve uygulamada kabul edildiği üzere, disiplin cezalarını veren idari merciler yönünden de bağlayıcı ve kesin niteliktedir, idari mercilerin, vermiş oldukları disiplin cezalarını geri almaları, verdikleri disiplin cezası yerine başka bir disiplin cezası verme yoluna gitmeleri kural olarak olanaksızdır.”²⁵ diyerek, yine disiplin cezalarının geri alınamayacağını kabul etmiştir.

Bir başka Danıştay kararına konu olay ise şöyledir: Davacılar a ait bir atın koşuda dopingli çıkması üzerine 1 yıl süre ile yarışlardan men cezası verilmiştir. Daha sonra bu kararda maddi hataya düşüldüğü gerekçesi ile 1 yıl men cezası geri alınıp müebbeden yarışlara girmekten men cezası verilmiştir. Açılan davanın temyiz incelemesi sonucunda Danıştay, 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanunun 4. maddesindeki, Yüksek Komiserler Heyeti tarafından verilen cezaların kesin olduğu gerekçesine dayanarak, “gerek doktrinde gerekse uygulamadan, disiplin cezası olma

zalarıyla ilgili özel düzenlemede ayılıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya Devlet memurluğundan çıkarma cezaları için itiraz yolunun düzenlenmemesi, itiraz olursa bile cezanın kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi söz konusu olamayacağından sayılan disiplin cezalarına karşı doğrudan dava açılması gerekmektedir.” (Dan. 12.D., 17.02.2006, E.2003/873, K.2006/473, www.hukukturk.com).

²³ Örüldeği gibi Danıştay bu kararında bu üç disiplin cezası için bir itiraz yolu olmadığını bu itiraz yolu kullanılsa dahi cezalar üzerinde hiçbir etkiye sahip olmayacağı ifade edilmiştir. Yine Danıştay bir başka kararında, “...bu kural incelendiğinde, ...verilen cezaların kesin ve yeniden görüşülmesi mümkün olmayan kararlar olduğu, bu kararlara karşı başvurulabilecek bir üst idari merciin bulunmadığı anlaşılmaktadır...” sözleriyle, itiraz usulü öngörülmemeyen bu cezaların kesin olduğu ve itiraz yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir. (Dan. 10.D., 22.05.1982, E.1984/86, K.1985/1057, Nakleden: ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s.359).

²⁴ GÜNDAY tarafından da herhangi bir yasal bir dayanak bulunmadan 2577 sayılı Kanunun 11'inci maddesindeki genel idari başvuru yolunun kapatılmasının kabul edilebilir olmadığını ifade etmiştir. (GÜNDAY, s.173).

²⁴ “Disiplin amirleri ve disiplin kurulları tarafından verilen disiplin cezalarına karşı yapılacak itirazlarda süre kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren 7 gündür. Bu süre içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir.”

²⁵ Dan. 10.D., 15.02.1990, E.1989/2490, K.1990/270, www.hukukturk.com

niteliğini taşıyan idari işlemlerin disiplin cezası vermeye yetkili kurullar yönünden de bağlayıcı ve kesin nitelik taşıdığı, kararı veren kurulca dahi geri alınmayacağı tartışmasıdır” diyerek, cezanın geri alınmasını hukuka aykırı bulmuştur²⁶.

Danıştay, Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılması gerekirken uyarma cezası verilmesi olayında, Adalet Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu tarafından uyarma cezasının yok hükmünde olduğu değerlendirilerek, tekrar soruşturma açılması ve kişiye, daha ağır bir ceza verilmesini, disiplin cezalarının kesin olduğu ve ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile hukuka uygun bulmamıştır²⁷. Yine benzer bir kararında Danıştay, Adalet Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu tarafından daha önce verilmiş olan kınama cezasının yok hükmünde kabul edilerek devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesini de hukuka aykırı bulmuştur²⁸.

Danıştay’ın bu kararlarından da anlaşılacağı gibi, Danıştay disiplin cezasının hem kişinin lehine olarak yani tamamen kaldırılması veya hafifletilmesi amacıyla ortadan kaldırılmasını hem de kişinin aleyhine olarak yani disiplin cezasının ortadan kaldırılıp daha ağır bir ceza verilmesini kabul etmemektedir. Oysa ki, kişinin lehine olan durumların kabul edilmesi gerekmektedir.

Doktrinde de disiplin cezalarının her zaman geri alınabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden bazıları disiplin cezası hukuka uygun da olsa hukuka aykırı da olsa geri alınabileceği yönündedir²⁹. Bunun yanı sıra disiplin cezasının hukuka aykırı olması halinde her zaman geri alınabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır: *“Kanaatimizce, disiplin cezalarının geri alınmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır. Eğer idare, verilen disiplin cezasının hukuka aykırı olduğunu tespit ederse, hukuka aykırı olan bu işlemi herhangi bir süre ile bağlı olmaksızın geri alabilir.”*³⁰

Disiplin cezasının hukuka uygun olması halinde geri alınmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Sadece hukuka aykırı idari işlemler geri

²⁶ Dan. 10.D., 01.04.1985, E.1985/456, K.1985/661, www.hukukturk.com

²⁷ Dan. 12.D., 26.03.2007, E.2006/3521, K:2007/1413, www.hukukturk.com

²⁸ Dan. 12.D., 16.06.2008, E.2008/1919, K.2008/3714, www.hukukturk.com

²⁹ DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul-1982, s.423. Benzer yöndeki bir görüş GÖZLER tarafından *“idare bir memura hukuka uygun olarak verdiği disiplin cezasını geri alabilir.”* şekline ifade edilmiştir. (GÖZLER Kemal, İdare Hukuku C.I, Ekin Yayınevi, Bursa-2003, C.I, s.984.)

³⁰ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s.360.

alınabileceği için disiplin cezası da her ne kadar ilgisinin aleyhine bir işlem olsa da hukuka uygun olduğu sürece geri alınması mümkün değildir. İdari işlemin geri alınması, yargı mercii tarafından verilen iptal kararına benzemektedir ve idari işlemin yapıldığı andan itibaren bütün sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğu için sonuçları itibariyle ağır bir yaptırımdır. Bu sebeple idarenin hukuka uygun işlemleri disiplin cezası da olsalar geri alınamazlar. Hukuka uygun bir disiplin cezasının geri alınabileceğinin kabul edilmesi, disiplin cezasının verilmiş amacına da aykırı olacaktır. İdare, disiplin cezalarını kurum içerisindeki düzenin sağlanması amacıyla vermektedir³¹. Dolayısıyla idarenin tüm işlemlerinde olduğu gibi disiplin cezası verme işlemi de amaç, kamu yararının sağlanmasıdır. Kamu yararı amacına hizmet eden ve hukuka uygun olan bir işlem disiplin cezası olsa da geri alınamaz.

SONUÇ

Hukuk Devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için idarenin işlemlerinin hukuka uygun olması gerekir. İdarenin hukuka aykırı bir işlem tesis etmesi halinde ise bu işlemin, yargı mercii tarafından iptal edilerek veya idare tarafından geri alınarak hukuk âleminden silinmesi sağlanabilir.

Genel olarak idarenin hukuka aykırı ve kişi lehine sonuçlar doğuran bir işlemini geri alma hakkının bir süre ile sınırlandırılması kabul edilmektedir. Bununla birlikte ilgisine yükümlülükler getiren işlemlerin herhangi bir süre ile sınırlı olmadan her zaman geri alınabileceği kabul edilir. Disiplin cezaları da birer yükümlendirici işlem olduklarından bu kapsamda değerlendirilmelidir.

657 sayılı Kanununun 135'inci maddesinde yer alan "Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir" hükmü ve disiplin cezalarının kendine has bir takım usuller takip edilerek tesis edilmesi gerekçe gösterilerek, disiplin cezalarının itiraz süresinden sonra geri alınamayacağı Danıştay tarafından kabul edilmektedir.

Disiplin cezaları birer yükümlendirici işlem oldukları için her zaman geri alınmaları kabul edilmelidir. Her ne kadar Kanunda itiraz süresi geçtikten sonra disiplin cezasının kesinleşeceğine dair hüküm varsa da, hukuka aykırı bir disiplin cezasının geri alınamaması, dava açma süresi de geçmiş ise hukuka aykırılığın devam ettirilmesi anlamını taşıyacaktır ki bunu Hukuk Devleti ilkesi ile bağdaştırmanın imkânı yoktur. Ayrıca 657 sayılı Kanunda disiplin

³¹ Disiplin cezaları, kamu hizmeti düzenini bozan eylemlere verilen cezalar şeklinde de tanımlanmıştır. (ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara-2009, s.917).

cezasına itiraz edilmesi halinde, itiraz merciinin kararının kesin olduğuna dair herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. İtiraz hakkının kullanılmasından sonra disiplin cezasının geri alınmasında bu gerekçeye dayanılması da mümkün değildir.

657 sayılı Kanunun 135-136'ncı maddelerinde 2010 Anayasa değişikliği doğrultusunda 2011 yılında yapılan değişiklikten önce, uyarma ve kınama cezası dışında disiplin cezalarına itiraz edilebileceğine ve itiraz süresi geçtikten sonra bu cezaların kesinleşeceğine dair herhangi bir hüküm de bulunmamakta idi. Ancak buna rağmen Danıştay konu ile ilgili vermiş olduğu kararlarında, disiplin cezalarının kesin olduğunu vurgulayarak, geri alınamayacağına hükmetmiştir.

Disiplin cezasının geri alınamayacağının kabulü, dava açma süresi de geçtikten sonra kişinin hukuka aykırı bir cezaya katlanması sonucunu doğuracaktır ki, bunu kabul etmek Hukuk Devleti ilkesinin önemli unsurlarından olan hukuki güvenlik ilkesine aykırı olacaktır. Bu sebeple Kanunda yer alan kesinlik ifadesinin, bireyin hakkını koruyucu şekilde yorumlanarak, itiraz süresi geçtikten sonra disiplin cezası hukuka aykırı olsa dahi geri alınıp daha ağır bir ceza verilememesi şeklinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

AKGÜNER Tayfun, Kamu Personel Yönetimi, Der Yayınları, İstanbul, 1998

AKYILMAZ Bahtiyar- SEZGİNER Murat- KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-İstanbul-2015

ARSLAN Zehredin, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları, Alfa Yayınları, 2001

ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara-2009

BIYIKLI Hasan İsmet, "Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdari İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi", DD., S.11, Y.3, 1973.

CHAPUS René, Droit Administratif Général, C.I, Paris, Montchestien, 2001

ÇAĞLAYAN Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi,

Ankara-2014, (İdare Hukuku)

ÇAĞLAYAN Ramazan, “İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine”, AÜEHFD, C.IV, S.1-2, 2000, 43-58

DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul-1982

ERGEN Cafer, İdari Yargı Davaları, Seçkin, Ankara-2008

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku C.I, Ekin Yayınevi, Bursa-2003

GUETTIER Christophe, Droit Administratif, Montchrestien, 2000

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2011

KARAHANOĞULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, Ankara-2012

KARAVELİOĞLU Celal, Açıklamalı ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara-2006

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları (C.I-II), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul- 1966

ÖNGÖREN Gürsel, Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süreleri, Kazancı, İstanbul, 1990

ÖZAY İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayın No: 691, İstanbul, 1985

PINAR İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998

TAN Turgut, “Danıştayımızın İki İçtihadı Birleştirme Kararı Üzerine”, AİD, C.5, S.4, Aralık, 1972

TAN Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Sevinç Matbaası, Ankara-1970

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN HABERLEŞMESİ*

Ramazan Onur KARADENİZ**

ÖZET

Kişinin haberleşmesi 1982 Anayasasının 22. maddesinde “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.” şeklinde ifade edilmektedir. Anayasanın hükümlerinde belirtilen koruma kapsamından tutuklu ve hükümlülerin de yararlanabileceği verilen Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarıyla da teyit edilmektedir. Ancak ceza infaz kurumlarının olağan ve makul gereksinimleri dikkate alındığında tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine yönelik birtakım sınırlamalar ve tedbirlerin alınabildiği görülmektedir. AYM'nin bireysel başvuru kararları kapsamında tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine yönelik müdahalelerin hangi koşullarda ihlale sebebiyet vereceği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yerleşik içtihatlarına da atf yapmak suretiyle değerlendirilmiştir. Bu kapsamda ulusal mevzuat hükümlerinin tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine yönelik nasıl bir sınırlandırma rejimi öngördüğü ve bunun yansımalarına değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesi, Haberleşmenin gizliliği, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

COMMUNICATION OF DETAINEES AND PRISONERS IN TURKISH CONSTITUTIONAL COURT INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS

ABSTRACT

Person's communication in the article 22 of 1982 Constitution is stated as “Everyone has the liberty of communication. The confidentiality of communications is essential.” It is also confirmed that detainees and prisoners could also benefit from the scope of protection specified in the provisions of Constitution, by Constitutional Court decisions. However, when the ordinary and reasonable requirements of penal institution are taken into consideration, there seem some restrictions and precautions about the communication of prisoners and detainees can be taken. Under the Constitutional Court decisions, in which conditions, the interventions to communication of detainees and prisoners cause to infringement, by also referring

* Bu makale, yazarın “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” isimli Yüksek Lisans Tezi'nden türetilmiştir.

** Kara Harp Okulu Dekanlığı, Öğretim Görevlisi, Ankara, rokaradeniz@kho.edu.tr

to established case laws of European Convention on Human Rights (ECHR), will be evaluated. In this context, which kind of confinements about communication of detainees and prisoners; anticipated by the national legislation provisions; and its effects are studied in this paper.

Keywords: Communication of detainees and prisoners, The confidentiality of communication, Constitutional Court, European Convention on Human Rights

1- GİRİŞ

1982 Anayasasının özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında yer alan 22. maddesi haberleşme hürriyetini koruma altına almaktadır. Haberleşme hürriyetinin korunacağı “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.” hükümleriyle belirtilmiştir. Bu koruma kapsamından cezaevlerinde tutuklu veya hükümlü olarak bulunan kimselerin yararlanıp yararlanamayacağı hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira özgürlüğünden yoksun bırakılan bu kişilerin birtakım hakların öznesi olamayacağı yönünde değerlendirmeler bulunmaktadır.¹ Geçmiş yıllarda da tutuklu ve hükümlülere haberleşme imkanı verilmesinin cezaevlerinde bir iyileştirme yöntemi olarak kabul edildiği bilinmektedir.² Cezalandırma ile öngörülen amacın; suç işlemenin önlenmesi, toplumun korunması³, vatandaşların kanuna uygun davranma eğilimlerini artırmak olduğu⁴ ifade edilmektedir. Ancak mahkûmların yeniden sosyalleştirilmesi ve topluma kazandırılmasının yani bir nevi rehabilitasyon sürecinden geçirilmesinin de cezalandırmanın amaçlarından olduğu önemle vurgulanmaktadır.⁵ Bu durum mahkûmlara yönelik hükümler içeren uluslararası ve bölgesel birçok belgede de ifade edilmiştir.⁶ Topluma yeniden kazandırılma sürecinde tutuklu ve

¹ Gülay ARSLAN ÖNCÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı”, İstanbul, Beta Basım, 2011, s.14.

² Bülent ALTINSOY, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları Işığında Mahkûmların Özel Hayatı” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (115), 2014, s.45.

³ ÖNCÜ, s.14.

⁴ Veli ÖZBEK, “İnfaz Hukuku”, Ankara, Orion Yayınları, 2007, s.14.

⁵ ÖNCÜ, s.14., ÖZBEK, s.16., Timur DEMİRBAŞ, “İnfaz Hukuku”, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.155.

⁶ ÖNCÜ, s.14-15. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 10. maddesinde “ceza infaz rejimi, mahpusları iyileştirme ve topluma yeniden kazandırılmalarını sağlama temel amacına yönelik uygulamayı içerecektir” hükmü yer almaktadır. BM Mahpusların Tretmanı için Standart Asgari Kurallarında ise “mahpusların özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının yeterince acı verdiği ve bu durumun cezaevi sisteminde daha da ağırlaştırılmaması gerektiği” ifade edilmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararlarında ise mahkûmların mümkün olduğu ölçüde dış dünya ile iletişiminin kesilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

hükümlülerin dış dünya ile iletişimlerini sağlayabilmesi, haberleşme hakkından yararlanabilmesi ise ayrı bir önem arz etmektedir.⁷ Türkiye’de 2010 yılında gerçekleşen Anayasa değişiklikleri ile bireysel başvuru yolunun açılmasıyla birlikte tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine ilişkin birçok şikâyeti Anayasa Mahkemesi (AYM) inceleme ve değerlendirme imkanı bulmuştur.⁸ AYM, tutuklu ve hükümlülerin haberleşme hakkı da dahil olmak üzere Anayasada koruma altına alınan haklardan⁹ yararlanabileceğini ifade etmiştir. Bu çalışma ile AYM’nin bireysel başvuru kararları kapsamında tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine yönelik müdahalelerin hangi koşullarda ihlale sebebiyet vereceği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) yerleşik içtihatlarına da atıf yapmak suretiyle değerlendirilmeye çalışılacaktır. *AİHM ve AYM’nin genel ilkeler olarak bahsettiği kanunilik, meşru amaçlara sahip olma ve demokratik toplumda gereklilik ölçütleri alt başlıklar halinde ayrıntılı olarak izah edilmeye çalışılacaktır.* AYM önüne gelen davalar, konu başlıkları altında belirtilecek, ulusal mevzuat hükümlerinin genel ilkelere ve tavsiye kararlarına uygunluğu değerlendirilecektir. Bu kapsamda ulusal mevzuat hükümlerinin tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine yönelik nasıl bir sınırlandırma rejimi öngördüğü ve bunun yansımalarına konu başlıkları altında değinilecektir.

2- 1982 ANAYASASI HÜKÜMLERİ VE ANAYASA MAHKEMESİ’NİN GENEL OLARAK TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN HABERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE BAKIŞI

Özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında 22. madde ile haberleşme hürriyetinin korunacağı “*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*” hükümleriyle belirtilmiştir. Anayasanın 22. maddesinin 2. fıkrasında ise hakkın mutlak olmayıp birtakım şartların varlığı halinde sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir. Bu hüküm ise “*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması*

⁷ Handan YOKUŞ SEVÜK, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu Ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi”, AÜEHFD, C.VII, Sa.3-4, 2003, s.336.

⁸ 23 Eylül 2012-10 Nisan 2015 tarihleri arasındaki bireysel başvuru istatistiklerine göre özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamında 1928 başvuru yapılmıştır. Bkz.http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23_eylul_2012_10_nisan_2015.pdf Bu başvuruların içerisinde tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine ilişkin olanlarına çalışma içerisinde yer verilmiştir.

⁹ AYM, tutuklu ve hükümlülerin Anayasanın 19. Maddesinde belirtilen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı hariç olmak üzere Anayasanın ve AİHS’nin ortak koruma alanı kapsamında bulunan temel hak ve hürriyetlerin tamamına genel olarak sahip olduğunu özellikle ifade etmektedir. Bkz. İbrahim Uysal, 2014/1711, 23/7/2014, parag.29-33, Benzer nitelikteki AİHM kararı için bkz. Hirst/Birleşik Krallık (No. 2),74025/01, 06/10/2005, parag.69.

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 merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.” şeklinde düzenlenmiştir. Son fıkra ise “İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.” ifadesini taşımaktadır.¹⁰ Haberleşmenin gizliliği kavramının ne olduğuna, bu gizliliğin kapsamına ve sınırlarına ilişkin, Anayasanın ilgili hükümlerinde ve madde gerekçelerinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.¹¹ Bu sebeple haberleşme kavramının ne olduğu ve kapsamında nelerin bulunduğu ilişkin yardımcı olacak makamlar, verdikleri kararlarla somut olayları değerlendiren AYM ve onun sıklıkla atfı yaptığı AİHM olacaktır.

AİHM haberleşmeyi sözlük anlamından daha geniş yorumlamış, her çeşitli araçla yapılan ve kişiler arasında gerçekleştirilen özel nitelikteki haberleşmenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinin¹² korumasından yararlanacağını ifade etmiştir.¹³ AYM de AİHS ve Anayasanın ortak koruma alanının, “haberleşme özgürlüğünün yanı sıra, içeriği ve biçimi ne olursa olsun, haberleşmenin gizliliğini de güvence altına aldığını” ifade

¹⁰ Anayasa hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı başlıklı 8.maddesi ile uyumluluk arz ettiği görülmektedir. Bu durum temel hak ve hürriyetlere ilişkin genel gerekçede belirtilmiştir. Gerekçede “temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği bu bölümde 1950 İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi göz önünde tutulmuştur” ifadesine yer verilmiştir. bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli, 2011, Ankara. İkinci Kısım Genel Gerekçe.

¹¹ Zeki HAFIZOĞULLARI, Muharrem ÖZEN, “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sa.4, 2009, s.9-10.

¹² AİHS'nin 8.maddesinde “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir” ifadelerine yer verilmiştir. AİHS'nin 8/1 fıkrasında hak ve özgürlükler, 8/2 fıkrasında ise bu hakların mutlak olmayıp öngörülen koşullar çerçevesinde sınırlandırılabilceği belirtilmektedir. bkz. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi”, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s.330.

¹³ Schenk/İsviçre, 10862/84, 12/07/1988, parag.43-44, A/Fransa, 14838/89, 23/11/1993, parag.36.

etmektedir.¹⁴ Bu kapsamda “*posta, elektronik posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla yapılan haberleşme faaliyetleri*” haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁵

AYM, tutuklu ve hükümlülerin içinde buldukları durumu hukuka uygun tutma olarak değerlendirmiştir. Bu sebeple tutuklu ve hükümlüler Anayasanın 19. maddesi kapsamındaki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından yararlanamamaktadır. Ancak AYM, “*tutuklu ve hükümlülerin Anayasanın ve AİHS’nin ortak koruma alanı kapsamında kalan diğer temel hak ve hürriyetlerin tamamına genel olarak sahip olduğunu*” özellikle ifade etmektedir.¹⁶ Bu sebeple haberleşme özgürlüğüne ilişkin haklardan tutuklu ve hükümlülerin de yararlanmasında bir şüphe bulunmamaktadır.¹⁷ Ancak hemen ifade edilmelidir ki AYM tutuklu ve hükümlülerin sahip oldukları hakların, suçun önlenmesi ve cezaevi disiplininin temini gibi makul gerekliliklerin varlığı halinde sınırlandırılabilirliğini de ifade etmektedir.¹⁸ AİHM de ceza infaz kurumunun olağan ve makul gereksinimlerinin dikkate alınması gerekliliğinden bahsetmiştir. Bu sebeple ceza infaz kurumlarında bulunan kimselerin haberleşmelerinin, belirli ölçüde kontrol altına alınmasının AİHS’nin 8. maddesinin ihlaline sebebiyet vermeyeceği ifade edilmiştir.¹⁹ Bu nedenle AYM, haberleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahaleden dolayı yapılan şikayetleri değerlendirirken her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmektedir.²⁰ Buna göre öncelikle söz konusu şikayete Anayasanın 22. maddesinin uygulanabilirliği değerlendirilmektedir. Devamında Anayasanın 22. maddesinde belirtilen

¹⁴ Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16/04/2015, parag.49, Akif İpek, 2013/9456, 24/06/2015, parag.32, Musa Kaya, 2013/2351, 16/09/2015, parag.42, Murat Karayel, 2013/2125, 16/09/2015, parag.36, Abdulvahap Kavak, 2013/7477, 06/10/2015, parag.27.

¹⁵ Mehmet Koray Eryaşa, parag.49, Akif İpek, parag.32.

¹⁶ İbrahim Uysal, 2014/1711, 23/7/2014, parag.29-33, Benzer nitelikteki AİHM kararı için bkz. Hirst/Birleşik Krallık (No. 2), 74025/01, 06/10/2005, parag.69.

¹⁷ AYM, AİHM kararlarına atıf yaparak cezaevi idarelerinin tutuklu ve hükümlülerin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterme yükümlülüklerini göz önünde bulundurarak tedbirler alması gerektiğinin altını çizmektedir. bkz. Mehmet Koray Eryaşa, parag.88. Benzer değerlendirmeler içeren AİHM kararları için bkz. Messina/İtalya (No. 2), 25498/94, 28/12/2000, parag.61, Kučera/Slovakya, 48666/99, 17/7/2007, parag.127, Vlasov/Rusya, 78146/01, 12/6/2008, parag.123.

¹⁸ Mehmet Koray Eryaşa, parag.51, Musa Kaya, parag.62, Turan Günana, 2013/3550, 19/11/2014, parag.35.

¹⁹ Mehmet Nuri Özen/Türkiye, 15672/08, 11/01/2011, parag.50, Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 5947/72, 25/3/1983, parag.98.

²⁰ Mehmet Koray Eryaşa, parag.50, Musa Kaya, parag.45, Abdulvahap Kavak, parag.30.

bir hakka yönelik işlem ya da eylem varsa bunun müdahale olup olmadığı araştırılmaktadır. Şayet bir müdahale olduğuna kanaat getirilirse, son olarak yapılan müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmektedir.²¹ Somut olaydaki müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı ise Anayasanın 22. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerin varlığına ve Anayasanın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirip getirmediğine göre tespit edilmektedir. Bu nedenle sınırlamanın Anayasanın 13. maddesinde öngörülen “öze dokunmama, Anayasanın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine” aykırı olmaması gerekmektedir.²²

Bu ilkelerin ayrıntılarına geçmeden önce son olarak değinilmesi gereken husus “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararları”dır.²³ Tavsiye kararlarının “dış dünya ile ilişki” başlıklı maddelerinde aşağıdaki hususlar belirtilmiştir:

“Dış Dünya ile İlişki”

24.1. Mahpusların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin mahpusları ziyaret etmelerine izin verilmelidir.

²¹ Akif İpek, parag.38-39, Musa Kaya, parag.46-47, Abdulvahap Kavak, parag.31-32, Mehmet Koray Eryaşa, parag.49-51. AYM’nin değerlendirmelerinde AİHM değerlendirmeleri dikkate alınmaktadır. AİHM’de öncelikle hükmün uygulanabilirliğini saptamakta, sonrasında müdahalenin varlığını araştırmakta şayet müdahalede varsa bu müdahalenin ihlale sebebiyet verip vermediğini tespit etmektedir. bkz. GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ,s.331, Ivana ROAGNA, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması” Ankara, Şen Matbaa, 2013, s.11-12, Ursula KILKELLY, “Özel Hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı AİHS’nin 8.maddesi’nin uygulanmasına ilişkin kılavuz”, İnsan Hakları El Kitapları, No.1, Almanya, Avrupa Konseyi, 2001, s.13-14.

²² Abdulvahap Kavak, parag.32, Musa Kaya, parag.47, Akif İpek, parag.39. AİHM’nin değerlendirmesine göre haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalenin ihlal niteliğini taşıyıp taşımadığı için kanunla öngörülme, meşru amaçlara sahip olma ve demokratik toplumda gerekli olma kriterlerine sahip olması gerekmektedir. bkz. Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 5947/72, 25/3/1983, parag.85-90, Klass ve diğerleri/Almanya, 5029/71, 6/10/1978,parag.42-55; Campbell/Birleşik Krallık, 13590/88, 25/3/1992, parag.34.

²³ Öcalan/Türkiye(2), 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07, 18/03/2014, parag.76-77, Ramirez Sanchez/Fransa, 59450/00, 04/07/2006, parag.84-85, Mehmet Koray Eryaşa, parag.28, Musa Kaya, parag.25, Akif İpek, parag.20.

24.2 Devam etmekte olan bir ceza soruşturması, emniyet, güvenlik ve düzeninin muhafaza edilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç mağdurunun korunması için gerekli görülmesi halinde, haberleşme ve ziyaretlere kısıtlamalar konabilir ve izlenebilir. Ancak adli bir merci tarafından konulan özel kısıtlamalar da dahil olmak üzere, bu tür kısıtlamalar yine de kabul edilebilir asgari bir iletişime izin vermelidir.

24.3. Ulusal hukuk, mahpuslarla iletişim kurması kısıtlanamayacak olan ulusal ve uluslararası kuruluşları belirlemelidir,

24.4. Ziyaretler için yapılan düzenlemeler, mahpuslara aile ilişkilerini mümkün olduğunca normal bir düzeyde sürdürmelerine ve geliştirmelerine izin verecek bir tarzda olmalıdır.

24.5. Cezaevi yetkilileri, dış dünyayla yeterli bir iletişim sürdürmelerinde mahpuslara yardım etmelidirler ve bunun için onlara uygun destek ve yardım sağlamalıdır.”

AİHM yukarıda bir kısmı ifade edilen tavsiyelerin üye devletler için bağlayıcı olmadığını, ancak önemli olduğunu ve bunu ulusal yetkililerin dikkatine sunduğunu belirtmektedir.²⁴ AYM de tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine ilişkin başvurularda ilgili hukuk başlığı altında söz konusu tavsiye kararlarına yer vermektedir.²⁵

2.1 Tutuklu ve Hükümlülerin Haberleşme Özgürlüklerinin Sınırlandırılmasında Kullanılan Ölçütler

2.1.1 Kanunilik İlkesi

Haberleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların öncelikle kanunla öngörülmüş olması gerekmektedir. AİHM ilk olarak, müdahale teşkil eden eylemin mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanması gerekliliğini ifade etmiştir.²⁶ Bunun yanında müdahalenin dayanağını teşkil eden düzenlemenin ulaşılabilir olması gerekmektedir.²⁷ Ayrıca söz konusu düzenleme, yeterli açıklıkta olmalıdır. Açıklıkla kastedilen şey ise ulusal makamlarının

²⁴ Slawomir Musial/Polanya,28300/06, 20/01/2009, parag.96, Nusret Kaya ve diğerleri/ Türkiye, 43750/06, 22/04/2014, parag.55.

²⁵ Mehmet Koray Eryaşa, parag.28,Musa Kaya, parag.25,Akif İpek, parag.20.

²⁶ Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag.86-88.

²⁷ Kruslin/Fransa, 11801/85, 24/04/1990, parag.25-27, Huvig/Fransa,11105/84, 24/04/1990, parag.25-26, Lampert/Fransa, 23618/94, 24/08/1998, parag.23, Gilles DUTERTRE, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler” Almanya, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003,s.212-216.

hangi şartlar altında ve hangi hallerde haberleşme özgürlüğüne yönelik tedbirlere başvurmaya yetkili oldukları konusunda vatandaşlara yeterli göstergeleri sunabilmeleridir.²⁸ Böylelikle “kişiler davranışlarını ona göre yönlendirebilecek ve eylemleri neticesinde meydana gelebilecek sonuçları” öngörebileceklerdir.²⁹ AİHM’nin amacı haberleşme özgürlüğünün ihlaline sebebiyet verebilecek keyfiyetteki belirsiz ifadelerinin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır.³⁰ Haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalelerde idarenin keyfiliklerinin ön plana çıkma riski AİHM tarafından her fırsatta dile getirilmiştir. Bu sebeple idareye tanınan takdir yetkisinin sınırlarının da çok iyi bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir.³¹ Bir diğer ifadeyle kanun, kanun koyucunun amaçladığından farklı hedeflere kapalı olmalı, hak ve sorumluluklara sahip olan yetkililerin sınırlarını çizmelidir.³²

AYM de AİHM’nin bu genel değerlendirmelerine sürekli atıf yaparak kanunilik prensibi konusunda değerlendirmelerde bulunmaktadır.³³ AYM kanunilik ilkesinin yerine getirilmesinin sadece haberleşme özgürlüğünün kısıtlanabileceği şeklinde genel bir yasal düzenlemeyle öngörülemediğini belirtmektedir.³⁴ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik yapılacak kanuni düzenlemelerde kanun koyucunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemesi gerekmektedir. Özellikle idareye takdir yetkisinin verildiği durumlarda takdir yetkisini kullanacak mercilerin sınırları net bir biçimde ifade edilmelidir.³⁵ AYM’nin bu konuda belirttiği diğer bir husus

²⁸ Malone/Birleşik Krallık, 8691/79, 26/04/1985, parag.67.

²⁹ Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag.86-88.

³⁰ Mehmet Murat YARDIMCI, “Amerika Birleşik Devletleri Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi”, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.135.

³¹ Tan/Türkiye,9460/03, 3/7/2007, parag.21, Mehmet Nuri Özen ve diğerleri/Türkiye, 15672/08, 11/01/2011, parag.56.

³² YARDIMCI, s.135, Kerem ALTIPARMAK, “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, TBB Dergisi, Sa. 63, 2006, s.37-39, Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu”(İkinci Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.406, Mustafa TAŞKIN, “Adli ve İstihbarî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi” Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.254.

³³ Musa Kaya, parag.48-49, Akif İpek, parag.40-49. Abdulvahap Kavak, parag.33-50, Murat Karayel, parag.42-51.

³⁴ Akif İpek, parag.41, Abdulvahap Kavak, parag.34, Murat Karayel, parag.43.

³⁵ Kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçevenin ortaya koymuş olması gerektiğine dair: bkz.E. 1984/14, K.1985/7,13/6/1985, Akif İpek, parag.41, Abdulvahap Kavak, parag.34, Murat Karayel, parag.43. “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli görülemez, aynı zamanda kanunların niteliğine de bakılmalıdır. Temel hak

ise idarenin düzenleyici işlemleridir. AYM temel esaslar, ilkeler ve çerçeve belirlenmeden, bağlayıcı hükümlerin düzenleyici işlemlerle belirtildiği durumlarda kanunilik ilkesinin yerine getirilmiş olmayacağını ifade etmektedir.³⁶

AYM kanunilik prensibi kapsamında cezaevi idaresinin yaptığı müdahalelerin hangi anayasal hüküm kapsamında yapıldığını da tespit etmeye çalışmıştır. AYM'ye göre cezaevi idaresinin yetkisini Anayasanın 22/2 fıkrası kapsamında değerlendirmek kanunilik ilkesini karşılamayacaktır. Çünkü Anayasanın 22/2 fıkrasınca hakim kararı veya onayı olmadan haberleşmeye yönelik müdahale yapılamamaktadır. AYM kanunilik ilkesini sağlamak adına cezaevleri idaresinin Anayasanın 22/3 kapsamında belirtilen istisnai kurum ve kuruluşlardan olup olmadığını tespit etmeye çalışmıştır. Cezaevlerinin *"Anayasanın 22. maddesinin üçüncü fıkrasındaki istisna kamu kurumu olduğuna dair mevzuatta açık bir düzenleme bulunmadığı"* tespitinde bulunulmuştur.³⁷ Ancak 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde *"Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir."* hükmü yer almaktadır. AYM bu sebeple *"cezaevlerinin haberleşme hürriyetinin kısıtlanabileceği istisnai kamu kurumu"* olarak kabul edilmesi değerlendirmesinde bulunmuştur.³⁸ AYM "5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun" ve "Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük" hükümlerinin kanunilik ilkesi çerçevesinde gerekli niteliklere sahip olup olmadığını da değerlendirmeye almıştır. AYM belirtilen kanun ve tüzük hükümlerinin Resmi Gazete'de yayımlanmış olduğunu ve bu mevzuatlara erişimde herhangi bir sıkıntı bulunmadığını tespit etmiştir. Anılan mevzuatta cezaevi disipliniyle ilgili hükümlerin, cezaevinde hükümlülerin mektup, faks ve telgrafları gönderme ve alma haklarının, telefon ile haberleşme hakkının düzenlendiği tespitinde bulunulmuştur. Ayrıca getirilen kısıtlamaların ve izlenecek usullerin yeterince açık ve anlaşılabilir olduğu belirtilmiştir. *"Hükümlünün haberleşmesinin*

ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanarak yürütme organınca alınacak önlemler objektif nitelik taşımali ve idarenin keyfi uygulamalarına sebep olacak geniş takdir yetkisi vermemelidir"

³⁶ Mehmet Koray Eryaşa, parag.63, E.2014/133,K.2014/165, 30/10/2014.

³⁷ Akif İpek, parag.42-44, Abdulvahap Kavak, parag.35-37.

³⁸ Akif İpek, parag.44, Abdulvahap Kavak, parag.37, Murat Karayel, parag.46, Mehmet Koray Eryaşa, parag.76.

denetimi, kısmen veya tamamen sakıncalı görülmesi halinde başvurulacak tedbirler ile bu yöndeki işlemlere karşı hükümlünün başvurabileceği dava yollarının” düzenlendiği de ifade edilmiştir. AYM söz konusu düzenlemelerin bu haliyle, yeterince açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olduğu sonucuna varmıştır.³⁹ Bu durum AİHM kararıyla da teyit edilmektedir. AİHM Gülmez/Türkiye davasında 5275 sayılı Kanunun, Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaları Önleme Komitesi tarafından incelendiğini belirtmiştir. Bu kapsamda, “kanun hükümlerinin herhangi bir eleştiriye maruz kalmadığı, yapılan herhangi bir haksız müdahaleye karşı yerinde koruma sağlayabilecek hükümler” bulunduğu ve bu hükümlerin son derecede açık ve ayrıntılı olduğu tespitine söz konusu AİHM kararında da yer verilmiştir.⁴⁰ Bu durumun ülkemiz adına olumlu bir gelişme olduğu belirtilmelidir. Keza 5275 sayılı Kanun ve buna bağlı tüzük hükümleri yürürlüğe girmeden önce AİHM nezdinde kanunilik ilkesinin yerine getirilmemesinden dolayı Türkiye aleyhine pek çok ihlal kararı verilmiştir.⁴¹ Ali Güzel/Türkiye davasında başvuru, kendisine gelen mektupların iletilmemesinin ve başka bir tutuklu ile yazışmasının engellenmesinden dolayı haberleşme hakkının engellendiğinden şikayet etmektedir. Fethullah Akpulat/Türkiye davasında da aynı şekilde başvuruçunun göndermek istediği mektuba cezaevi yetkilileri tarafından el konulmuştur. AİHM her iki davada söz konusu müdahalenin (eski) 647 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün 144-147. maddesine dayandığını ifade etmiştir. AİHM bu gördüğü iki davada da daha önce gördüğü Tan/Türkiye davasında belirttiği gerekçeleri yinelemiştir. AİHM’ye göre söz konusu tüzüğün ilgili maddeleri mahkumların haberleşmesini denetleme konusunda cezaevi yetkililerinin sahip olduğu takdir yetkilerinin kullanım kapsamını yeterince açık bir şekilde düzenlememektedir. AİHM söz konusu davalarda yasal dayanak olan tüzük hükümlerinin sınırlandırıcı olmadığını, hangi sebeplerle mektupların sakıncalı görüldüğünün anlaşılmadığını ifade etmiş ve ihlal kararı vermiştir.⁴²

³⁹ Ahmet Temiz, 2013/1822, 20/05/2015, parag.44, Özkan Kart (2), 2013/1201, 20/05/2015,parag.45, Akif İpek, parag.47, Abdulvahap Kavak, parag.40, Murat Karayel, parag.49, Musa Kaya, parag.49.

⁴⁰ Gülmez/Türkiye,16330/02, 20/05/2008, parag.51.

⁴¹ Ali Güzel/Türkiye, 43955/02, 21/10/2008, Fethullah Akpulat/Türkiye, 22077/03,15/02/2011, Tan/Türkiye,9460/03,03/07/2007.

⁴² Ali Güzel/Türkiye, kararın özet çevirisi için bkz. <http://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11181.htm>, Fethullah Akpulat, kararın özet çevirisi için bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/fethullahakpulat2011.pdf>

İhlale sebebiyet veren bu durum şu an yürürlükte olan 5275 sayılı Kanun hükümlerinde dikkate alınmıştır. Kanunun 68. maddesinde “*Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yönlentecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez.*” ifadesiyle sınırlandırılma sebepleri belirtilmiştir. Aynı hükme ihlale sebebiyet veren eski tüzük hükümlerini yürürlükten kaldıran “*Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük*” hükümlerinde de yer verilmiştir. Ancak ayrıntılı olarak sınırlandırma sebepleri belirtilmiş olsa da uygulamada birtakım problemler hala görülmektedir. Mehmet Nuri Özen ve diğerleri /Türkiye davası bu problemlerden birini ortaya koymaktadır. Cezaevinde bulunan başvuruçular mektuplarını Kürtçe yazmışlardır. Cezaevi idaresi mektubun tercümesini yapamadıkları ve bu sebeple sakıncalı olup olmadığını tespit edemedikleri gerekçesiyle mektupları başvuruçulara iade etmişlerdir. AİHM yürürlükte olan ulusal kanun ve tüzük hükümlerinin sakıncalı halleri listelediğini ancak somut olayda ise sakıncalı olup olmadığını tespitinin yapamadığı belirtilmiştir. AİHM, hiçbir yasal düzenlemede tutuklu ve hükümlülerin mektuplaşmalarında Türkçe’den başka bir dil kullanılması gerektiğine dair bir hüküm bulunmadığını ifade etmiştir. AİHM Türkçe dışındaki bir dilde yazılan mektupların nasıl bir muamele göreceğini belirleyen yasal bir çerçevenin olmamasından dolayı ihlal kararı vermiştir.⁴³

5275 sayılı Kanunun düzenleme biçimine bakıldığında üçüncü kısım altında ceza infaz kurumlarında hükümlünün hakları, güvenceleri ve yapılabilecek kısıtlamalar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanunun 59. maddesi hükümlülerin avukat ve noterle görüşme hakkını düzenleme altına almaktadır. 66. maddede hükümlünün telefon ile haberleşme hakkı düzenlenmiştir. Telefon görüşmelerinin idare tarafından dinleneceği ve kayıt altına alınacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu hakkın tehlikeli halde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler açısından kısıtlanabileceği belirtilmiştir. 68. maddede hükümlünün mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı düzenlenmiştir. Bu kapsamda denetleme yapacak makamlar ile hangi şartlarda mektup faks ve telgrafın gönderilemeyeceği veya alınamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca tavsiye kararında belirtilen “*Ulusal hukuk, mahpuslarla iletişim kurması*

⁴³ Mehmet Nuri Özen ve diğerleri, 15672/08, 11/01/2011, kararın özet çevirisi için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124071>

kısıtlanamayacak olan ulusal ve uluslararası kuruluşları belirlemelidir,” ilkesine uygun bir şekilde 5275 sayılı Kanunun 68. maddesinde “Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir.” hükmüne yer verilmiştir. Hemen ifade edilmelidir ki AİHM, kendisine gönderilen mektupların da hiçbir durumda denetlenemeyeceğini belirtmektedir.⁴⁴ Kanun koyucu 42. maddede ise haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası öngörmüştür. Bu cezayı gerektiren eylemler ise tahdidi olarak sayılmıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucu hakka sahip olanları hükümlü şeklinde ifade etmiştir. Tutukluların da bu haklara sahip olup olmadığı sorusunun cevabı ise 5275 sayılı Kanunun 116. maddesinde yer almaktadır. Tutuklunun yükümlülükleri başlıklı maddede kanun koyucu birçok hükmü saymak suretiyle bu hükümlerin tutukluluk haliyle uzlaşır nitelikte olması halinde tutuklular hakkında da uygulanabileceğini belirtmiştir. Sayılan hakların arasında avukat ve noterle görüşme hakkı, telefon ile haberleşme hakkı, mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı da bulunmaktadır. Yine tutukluların hakları başlığı taşıyan 114. maddede “Tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz.” ifadesi yer almaktadır.

Konu ile ilgili olarak AYM yakın bir zamanda açıkladığı kararlar kanunilik ilkesi çerçevesinde tutukluların avukatla haberleşmesini değerlendirmiştir.⁴⁵ Yukarıda da bahsedildiği üzere 5275 sayılı Kanunda hükümlülerin telefon ile haberleşme hakkı ile avukat ile görüşme hakkı ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Bu hükümlerin tutuklular hakkında uygulanabileceği de belirtilmiştir. Böylelikle tutukluların da telefon ile haberleşme hakkı ve avukat ile görüşme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca Kanunun 114. maddesinde tutuklunun avukatla haberleşmesinin engellenemeyeceği düzenlenmektedir. Somut olayda ise tutuklunun avukatı ile telefonla görüşmesi hususunda açık bir hükmün düzenlenmemiş olması gerekçesi ile başvurucunun avukatıyla telefonla görüşme isteği engellenmiştir.⁴⁶ AYM, 5275 sayılı Kanunda tutukluların avukatla telefonla görüşmesine dair bir hüküm olmadığını kabul etmektedir. Ancak AYM haklı olarak, haberleşme kavramı içerisinde telefonla haberleşmenin de olduğu konusunda bir şüphe bulunmadığını ifade etmiştir. AYM, avukat ile görüşmeye yönelik açık bir düzenleme olmadığını gerekçesi ile

⁴⁴ Salapa/Polonya, 35489/97, 19/12/2002, parag.94.

⁴⁵ Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16/04/2015.

⁴⁶ Mehmet Koray Eryaşa, parag.66.

haberleşmenin engellenmesinin kanunilik ilkesini karşılamadığını belirterek ihlal kararı vermiştir.⁴⁷

2.1.2 Meşru Amaç İlkesi

AYM haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için söz konusu müdahalenin Anayasanın 22/2 fıkrasında belirtilen sebeplerden bir veya birkaçına sahip olması gerekliliğine işaret etmektedir.⁴⁸ Anayasanın 22/2 fıkrasında bu sebepler “*millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” şeklinde ifade edilmiştir. Yukarıda da bahsedildiği gibi AYM cezaevlerini 22/3 fıkrası kapsamında istisnai kamu kurumu olarak nitelendirdiğinden hakim kararı olmaksızın haberleşmenin engellenmesi mümkündür. Ancak AYM bunu sadece hakim kararı şeklinde yorumlamak gerektiğini özellikle ifade etmiş, 22/2 fıkrasında bahsedilen sınırlandırma sebeplerinin 22/3 fıkrası gereğince genişletilmesi şeklinde yorumlanmaması gerektiğinin altını çizmiştir.⁴⁹ Hakim kararı olmadan haberleşme özgürlüğü engelleyici tedbirler alan cezaevleri idarelerinin 22/2 fıkrasında yer alan sebeplere dayanmadan müdahalede bulunması ihlale sebebiyet verecektir.

AYM 5275 sayılı Kanunun hükümlünün mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı başlıklı 68. maddesinde yer alan hükmü bu kapsamda değerlendirmeye almıştır. 68/3 fıkrasında “*Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yönlentecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgrafların*” hükümlüye verilmeyeceği, hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmeyeceği ifade edilmektedir. AYM burada belirtilen sebeplerin Anayasanın 22/2 fıkrasında belirtilen “*kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi genel amacı çerçevesinde cezaevinde güvenliğin ve disiplinin sağlanmasını hedefleyen*” meşru amaçlar olarak görülebileceğini ifade etmektedir.⁵⁰

⁴⁷ Mehmet Koray Eryaşa, parag.67-68.

⁴⁸ Murat Karayel, parag.52, Ahmet Temiz, parag.47, Akif İpek, parag.50, Musa Kaya, parag.50. Abdulvahap Kavak, parag.43, Özkan Kart, parag.48.

⁴⁹ Murat Karayel, parag.54-55, Ahmet Temiz, parag.49-50, Akif İpek, parag.52-53, Özkan Kart, parag.50-51.

⁵⁰ Murat Karayel, parag.56, Ahmet Temiz, parag.51, Akif İpek, parag.54, Özkan Kart, parag.52.

Konuyla ilgili olarak AİHM de Öcalan/Türkiye (2) davasında birtakım değerlendirmelerde bulunmuştur. Başvurucu avukatıyla ve yakınlarıyla iletişimine getirilen kısıtlamalardan şikayet etmiştir. AİHM başvurusunun diğer cezaevlerinde tutulan mahkumlara uygulanan kurallara oranla daha fazla kısıtlamaya tabi tutulduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur. Ancak AİHM terör faaliyetleri sebebiyle cezaevinde bulunan kişilere, toplumu şiddet olaylarından korumak amacıyla ve bu amaca uygun oranda meşru kısıtlamalar uygulanabileceğini belirtmiştir.⁵¹ AİHM başvurusunun haberleşmesi hakkında, bağlı bulunduğu terör örgütünün eylemleriyle ilgili haberleşmesine yönelik getirilen sansürün dışında normal prosedürün işletildiğini tespitinde bulunmuştur. AİHM yapılan kısıtlamaların kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi meşru amaçlarına dayandığını ve sınırı aşmadığını belirterek ihlal olmadığına karar vermiştir.⁵²

AYM'nin şu ana kadar açıkladığı tutuklu ve hükümlülerin yaptığı başvurularda genel olarak mektup, faks, telgraf gibi iletişim araçlarının sansüre uğramasından hiç gönderilmemesinden veyahut kendilerine hiç teslim edilmemesinden şikayet edilmektedir. AYM bu somut olaylarda cezaevlerinin güvenliğinin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, kamu düzeni, gibi meşru amaçlarla haberleşmenin engellendiğini ifade etmiştir. Şu ana kadar verilen kararlarda meşru amaçlara sahip olmadığından dolayı verilen bir ihlal kararı bulunmamaktadır.⁵³

2.1.3 Demokratik Toplumda Gerekliklik ve Ölçülülük İlkesi

AİHM yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olarak nitelendirilebilmesi için ulaşılmak istenen meşru amaç ile orantılı olması gerekliliğini belirtmiştir.⁵⁴ AYM de demokratik toplum ölçütünün “çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik ve tolerans temelinde yorumlanması” gerektiğini öncelikli olarak ifade etmiştir.⁵⁵ AYM yapılan sınırlamanın; hak ve özgürlüğün özüne dokunması, kullanılmasını durdurması ve güçleştirilmesi veya etkisiz hale getirmesi halinde demokratik toplum düzenine aykırı olacağını ifade etmektedir. Bunun yanı sıra “ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlandırma aracı ile sınırlandırma amacı” arasındaki dengenin

⁵¹ Öcalan/Türkiye(2), 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07, 18/03/2014, parag.135.

⁵² Öcalan/Türkiye(2), parag.163-164.

⁵³ Murat Karayel, parag.58, Ahmet Temiz, parag.55, Akif İpek, parag.57, Özkan Kart, parag.57.

⁵⁴ Meleod/Birleşik Krallık, 24755/94, 23/09/1998, parag.52, Öcalan/Türkiye(2), parag.159, Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag.97.

⁵⁵ Akif İpek, parag.62, Musa Kaya, parag.58, Murat Karayel, parag.65, Özkan Kart, parag.64.

bozulması da bir müdahaleyi demokratik toplum gereklerine aykırı hale getirecektir.⁵⁶ Bu sebeple amaca giden yolda yapılan müdahale elverişli, gerekli ve orantılı olmalıdır. AİHM kararında⁵⁷ da ifade edildiği gibi “*orantılılık ise amaca ulaşmak için hakka daha az zarar verecek yöntemin tercih edilmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁵⁸ AYM yapılan müdahalelere ilişkin gerekçelerin, demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülülük ilkesine uygun olduğuna dair inandırıcı bir şekilde ortaya konulması gerektiğini ifade etmiştir. Bu kapsamda gerekçe olarak gösterilebilecek nedenler ise objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek nitelikte bilgi ve belgelerle desteklenmesi gerekmektedir.⁵⁹ Yukarıda da ifade edildiği gibi AYM şu ana kadar ki bireysel başvuru kararlarında söz konusu müdahalelerin kanuni dayanağının ve meşru amaçlarının olduğunu ifade etmiştir. Değerlendirilmesi gereken son husus ise ortaya koyduğu ölçütler ışığında yapılan müdahalelerin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığına karar vermektir.

Murat Karayel başvurusunda başvuru anayasal düzeni yıkmak suçundan hüküm giymiştir. Kendisine gelen bir mektupta bağlı olduğu örgütle ilgili ifadeler yer almakta ve ekinde bir çocuk tarafından yazılan Türkçe ve İsveççe dillerinde yazılmış bir mektup bulunmaktadır. Söz konusu mektup örgütsel birliğin devamına ilişkin tavsiye ve eleştirel ifadelerden oluştuğu gerekçesiyle hükümlüye verilmemiştir.⁶⁰ AYM ilk mektup açısından İnfaz Kurumunca, mektup anlatımının yasa dışı örgütsel haberleşme niteliğinde olduğu değerlendirilerek mektubun alıkonulması şeklinde tedbir alınması makul görülmüştür. Mektupta sakıncalı görülen yerlerin silinerek hükümlüye verilmesinin de anlamsız olacağı değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Mektupta bir bütün halinde ve başkalarının anlamayacağı şekilde kapalı ifadeler mevcuttur. AYM bu sebeple kısıtlamanın ölçülülük ilkesine de aykırı olmadığını ve ihlale sebebiyet veren bir durumun oluşmadığını belirtmiştir.⁶¹ Ancak ek olarak Türkçe ve İsveççe bir çocuk tarafından yazılan mektubun

⁵⁶ E.2009/59, K.2011/69, 28/4/2011, E.2006/142, K.2008/148, 17/4/2008 Fatih Taş, 2013/1461, 12/11/2014, parag.93, Musa Kaya, parag.58-59, Murat Karayel, parag.65-66, Özkan Kart, parag.64-65, Ahmet Temiz, parag.62-63.

⁵⁷ Nada/İsviçre, 10593/08, 12/09/2012, parag.183.

⁵⁸ Musa Kaya, parag.60-61, Murat Karayel, parag.67-68, Özkan Kart, parag.66-67, Ahmet Temiz, parag.64-65.

⁵⁹ Musa Kaya, parag.63-64, Murat Karayel, parag.70-71, Özkan Kart, parag.69, Ahmet Temiz, parag.67-68.

⁶⁰ Murat Karayel, parag.12-13.

⁶¹ Murat Karayel, parag.73-79.

da örgütsel haberleşme olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. Türkçe yazılan kısımda hiçbir örgütsel faaliyete ilişkin bir durum bulunmamaktadır. AYM hangi sözlerin örgütsel nitelikte olduğu belirtilmeden soyut bir gerekçeye dayanarak bu işlemin yapıldığı tespitinde bulunmuştur. AYM somut bilgilere dayalı makul bir gerekçelendirme yapılmamasının amaçlanan hedefler açısından orantısız gereksiz ve ölçüsüz olduğunu ifade etmiş ve ihlal kararı vermiştir.⁶²

Başvurucu Akif İpek hükümlü olarak bulunduğu ceza infaz kurumundan İnsan Hakları Derneği (İHD) Başkanına göndermek istediği mektuba el konulmasından şikayet etmektedir. Somut olayda başvurucu arkadaşlarının soyularak insanlık dışı müdahalelere maruz kaldığını anlatan ve bu konunun Adalet Bakanlığı'na iletilmesini talep eden bir mektup yazmıştır. Cezaevi Disiplin Kurulu ise başvurusunun mektubunun "*kişi veya kuruluşları paniğe yöneltmek yalan yanlış ifadeler içerdiği*" gerekçesiyle alıkonulmasına karar verilmiştir.⁶³ AYM söz konusu derneğin insan hakları yararına çalışan hukuka uygun bir dernek olduğunu öncelikle ifade etmiştir. Başvurucunun iddiaları doğru olmasa bile insan hakları konusunda görev yapan organizasyonlara bu tür bilgilerin gitmesini yasaklamak gibi bir görev cezaevi idarelerine verilmemiştir. Aksine böyle bir iddia varsa gerekli idari ve yargısal makamları haberdar etme cezaevi idaresinin yükümlüğüdür.⁶⁴ Ayrıca suçun önlenmesi, disiplinin ve cezaevinde güvenliğinin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir makul gereklilikler de somut bilgilere dayalı olarak ortaya konulmamıştır. AYM araştırılması için resmi makamlar nezdinde girişimde bulunulması maksadıyla İHD'ye göndermek istediği mektubun alıkonulmasını "demokratik bir toplumda gerekli" ve "ölçülü" bulmamış ve ihlal kararı vermiştir.⁶⁵ Benzer diğer başvuruda da Musa Kaya'nın cezaevinde kendisine ayrımcılık yapıldığına dair şikayetlere ilişkin bir mektubunun İHD'ye göndermesi engellenmiştir. Gerekçe olarak ise mektubunun kurumun işleyişiyle ilgili yalan yanlış ifadeler içerdiği, kamuoyunda kurumun imajını zedelemeyi ve kurumu hedef göstermeyi amaçladığı belirtilmiştir.⁶⁶ AYM, AİHM içtihatlarına atıf yaparak değerlendirmelerde bulunmuştur. AİHM'ye göre "*yetkililerin hor görmesine dikkat çekmek*", "*cezaevi yönetimi yetkililerine hakaret içeren sözler sarf etmek*", "*cezaevi personeli hakkındaki iddialar*" gibi unsurları içeren şahsi mektupların engellenmesi demokratik bir toplumda gereklilik unsurunu

⁶² Murat Karayel, parag.80-85.

⁶³ Akif İpek, parag.9-15.

⁶⁴ Akif İpek, parag.72-73.

⁶⁵ Akif İpek, parag.71-74.

⁶⁶ Musa Kaya, parag.11-18.

karşılammaktadır.⁶⁷ AYM bu kararda da somut bilgilere dayalı makul gerekçeler gösterilmeden mektubun gönderilmemesini gereklilik ve ölçülülük ilkelerine uygun bulmayarak ihlal kararı vermiştir.⁶⁸ Yine Abdulvahap Kavak başvurusunda da başvuruçunun o tarihteki Başbakanı göndermek istediği mektup “*kişi ve kuruluşları hedef alan ve paniğe yöneltecek yalan yanlış ifadeler taşıması*” gerekçesine dayanılarak gönderilmemiştir.⁶⁹ AYM demokratik toplumda gereklilik açısından incelediği somut olayda mektuptaki hangi sözlerin bu niteliği taşıdığına belirtilmediğini tespit etmiştir. AYM yapılan müdahalenin ilgili ve yeterli gerekçelere dayandırılmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir.⁷⁰

Özkan Kart’ın yaptığı bireysel başvuru cezaevinden başka bir cezaevinde bulunan arkadaşına göndermek istediği mektubun sakıncalı görülerek ulaştırılmamasına ilişkindir.⁷¹ Söz konusu mektubun bir kısmında başvuruçucu yasadışı silahlı terör örgütünün kurucusu ve yöneticisi olan Abdullah Öcalan’ın koşullarının iyileştirilmesi talebiyle başlatılan açlık grevlerinin ne kadar süreyle yapılması halinde etkili olacağını belirtmektedir. «Siirt’te Gulan hevali tanıyorsun» ibaresi ile başlayan cümleler ve “kullandığın için bu kez izleyicisin” ibaresi ile biten kısımlar karalanmak suretiyle mektubun gönderilmesine karar verilmiştir. AYM söz konusu ifadelerin muhatabının başka bir cezaevinde hükümlü olduğu dikkate alınarak, cezaevinde disiplinin ve güvenliğin sağlanması, suçun önlenmesi amacıyla sansürlenmek suretiyle mektubun gönderilmesi şeklinde tedbir alınmasını makul görmüştür.⁷² Ayrıca söz konusu cümlelerin karalanıp gönderilmesine karar verilmesinde bir orantısızlık bulunmamaktadır.⁷³ AYM, kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli olan demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayan bu müdahalenin ihlale sebebiyet vermediğine karar vermiştir.⁷⁴

⁶⁷ Musa Kaya, parag.67-68. AİHM kararı için bkz. Fazıl Ahmet Tamer/Türkiye, 6289/02, 05/12/2006, parag.53.

⁶⁸ Musa Kaya, parag.69.

⁶⁹ Abdulvahap Kavak, parag.9-10.

⁷⁰ Abdulvahap Kavak, parag.67-68.

⁷¹ Özkan Kart, 2013/1201, 20/05/2015, parag.1.

⁷² Özkan Kart, parag.71.

⁷³ Özkan Kart, parag.72

⁷⁴ Özkan Kart, parag.73.

AİHM'nin çok yakın bir zamanda açıkladığı Eker ve diğerleri/Türkiye⁷⁵ davasında ise başvuru telefon görüşmelerinin sınırlandırılmasından şikayet etmektedirler. Sınırlandırma sebebi ise başvuru aileleriyle Kürtçe konuşmaları olarak gösterilmiştir. AİHM somut olayda olduğu gibi ulusal makamların cezaevinde bulunan şartları da göz önüne alınarak birtakım gereklilikler sebebiyle telefon sınırlandırmasına meşru sınırlamalar getirebileceğini ifade etmiştir. AİHM tarafından müdahalenin yasallık şartının sağlandığı ifade edilmiştir.⁷⁶ Başvuruların şikayetleri genel itibarıyla 2006-2008 yılları arasında gerçekleşen müdahalelere ilişkindir. Somut olayın gerçekleştiği zaman yürürlükteki hali ile "Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü" 88. maddesi telefon görüşmelerinin Türkçe olarak yapılmasını esas almaktadır. *Hükümlünün veya konuşacağı kişinin Türkçe bilmemesi halinde ise konuşmanın o dilde yapılmasına izin verilmekte ve konuşma kayıt altına alınmaktadır.* Ancak hükümlünün veya karşı taraftaki kişinin Türkçe bilmediğinin tespiti için bir araştırma yapılması öngörülmektedir.⁷⁷ AİHM, söz konusu müdahalenin düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi yönünde meşru bir amaç taşıdığını kabul etmiştir. Ancak müdahalenin gerekliliği noktasında AİHM Tüzüğü 88. maddesinde yer alan koşulları incelemiştir.⁷⁸ AİHM tutukluların yakınlarının Türkçe konuşup konuşmadıklarının teyit edilmesine yönelik uygulamanın, yerinde ve gerekli olmadığı belirtmiş ve ihlal kararı vermiştir.⁷⁹ Söz konusu tüzüğü ilgili hükmü 2009 yılında yargılama devam ederken değiştirilse de müdahale zamanındaki hali ihlale sebebiyet vermiştir.⁸⁰

⁷⁵ Eker ve diğerleri/Türkiye, 25844/07, 09/06/2015.kararın özet çevirisi için bkz. http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/Ekervd_karari.pdf 26/12/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

⁷⁶ Eker ve diğerleri/Türkiye, parag.19.

⁷⁷ Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük 88/2(p):

"Telefon görüşmeleri Türkçe yapılı. Ancak, hükümlünün Türkçe bilmemesi veya görüşeceğini bildirdiği yakınının mahallinde yaptırılacak araştırma ile Türkçe bilmediğinin tespit edilmesi hâlinde, konuşmanın yapılmasına izin verilir ve konuşma kayda alınır. Kayıtların incelenmesi sonucu, konuşmanın suç teşkil etme ihtimali olan faaliyetler için kullanıldığının anlaşılması durumunda, bir daha hükümlünün aynı yakını ile Türkçeden başka bir dille konuşmasına izin verilmez"

⁷⁸ Eker ve diğerleri/Türkiye, parag.20-22.

⁷⁹ Eker ve diğerleri/Türkiye, parag.23.

⁸⁰ Değişiklikten sonraki hali:

"Telefon görüşmeleri Türkçe yapılı. Ancak hükümlünün, kendisinin veya görüşeceğini bildirdiği kişinin Türkçe bilmediğini beyan etmesi hâlinde, konuşmanın yapılmasına izin verilir ve konuşma kayda alınır. Kayıtların incelenmesi sonucu, konuşmanın suç teşkil etme ihtimali olan faaliyetler için kullanıldığının anlaşılması durumunda, hükümlünün bir daha aynı kişiyle Türkçeden başka bir dille konuşmasına izin verilmez"

3- SONUÇ

Anayasanın 22. maddesinde düzenlenen haberleşme özgürlüğünden temel bir insan hakkı olarak tutuklu ve hükümlüler de yararlanabilecektir. Anayasanın 22/2 fıkrasında bulunan sınırlandırma sebeplerine uygun bir şekilde haberleşmeye yönelik müdahalelerde ise bulunulabilecektir. Bu hususta hakim kararı veya sonrasında onayı gereken müdahaleleri ise cezaevi idaresi hakim kararı olmadan yapabilmektedir. Cezaevleri idaresinin Anayasanın 22/3 fıkrasında belirtilen istisnai kamu kuruluşu olduğu ifade edilmektedir. Yapılan müdahaleler ise sınırlandırma sebeplerinin dışına çıkılmadan kanunilik, meşru amaçlara sahip olma ve son olarak demokratik bir toplumda gereklilik ilkelerini karşılayacak müdahaleler olmalıdır. AİHM içtihatları tarafından önemli olduğu belirtilen tutuklu ve hükümlülerin avukatla görüşebilmesi, kişinin telefon dahil olmak üzere yakınları ile mektup, faks, telgraf ile haberleşebilmesi 5275 sayılı Kanun ve ilgili tüzük hükümleriyle koruma altına alınmıştır. Türkiye aleyhine görülen davalardan sonra ihlale sebebiyet veren düzenlemelerin gözden geçirilip revize edilmesi de ülkemiz adına olumlu gelişmelerdendir. 5275 sayılı Kanunda söz konusu hakların düzenlenmesi, bu hakların kısıtlanabileceği durumların açıkça belirtilmesi, ve bu haklara yapılabilecek müdahalelere karşı hukuki yolların belirlenmesi de olumlu gelişmelerdendir. Zaten bu durum AİHM ve AYM tarafından da takdirle karşılanmaktadır. Ancak, AYM'ye yapılan bireysel başvuru kararlarında en büyük problemin son aşamada sınırlandırma sebeplerine ve amaçlarına uygun olmayan elverişsiz, orantısız ve ölçülülük ilkesine uygun olmayan müdahaleler olduğu görülmektedir. Bireysel başvuru kararlarının her geçen gün artması belirli bir içtihat birikiminin de olmasını sağlayacaktır. AİHM ve AYM nezdinde oluşan bu bilgi birikiminin uygulayıcılar tarafından dikkate alınması önem arz etmektedir. Söz konusu uluslararası, ulusal düzenlemeler ve geçmiş kararlar göz önünde bulundurularak eylem veya işlem yapılması halinde doğabilecek problemlerinin de mümkün olan en az seviyeye ineceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

ALTINSOY, Bülent: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları Işığında Mahkumların Özel Hayatı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, (115).2014, s.37-60.

ALTIPARMAK Kerem: “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, sa. 63, 2006, s.29-66.

DEMİRBAŞ, Timur: İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

DUTERTRE, Gilles: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler** Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi** (Dokuzuncu Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem: “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:67, Sa.4. 2009, s.9-22.

KİLKELLY, Ursula: Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı AİHS'nin 8.Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.1., Almanya, Avrupa Konseyi, 2001.

ÖNCÜ ARSLAN Gülay: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı** (Birinci Baskı), Beta Basım, İstanbul, 2011.

ÖZBEK, Veli: İnfaz Hukuku, Orion Yayınları, Ankara, 2007.

ROAGNA, Ivana: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması**, Şen Matbaa, Ankara, 2013.

SEVÜK, YOKUŞ, Handan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu Ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi” **AÜEHFD**, C.VII, Sa.3-4. 2003,s.335-384.

TAŞKIN Mustafa: **Adli ve İstihbarî Amaçlı İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, SANCAKDAR Oğuz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**(İkinci Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

YARDIMCI, Mehmet Murat: **Amerika Birleşik Devletleri Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2009.

23 Eylül 2012-10 Nisan 2015 Tarihleri Arasındaki Bireysel Başvuru İstatistikleri. http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselBasvuru/23_eylul_2012_10_nisan_2015.pdf 26/12/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gerekçeli, 2011, Ankara. https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf 26/12/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

AİHM Kararları

A/Fransa, 14838/89, 23/11/1993.

Ali Güzel/Türkiye, 43955/02, 21/10/2008. kararın özet çevirisine <http://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11181.htm> adresinden 23/12/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Campbell/Birleşik Krallık, 13590/88, 25/03/1992.

Eker ve diğerleri/Türkiye, 25844/07, 09/06/2015. kararın özet çevirisine http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/Ekervd_karari.pdf adresinden 26/12/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Fazıl Ahmet Tamer/Türkiye, 6289/02, 05/12/2006.

Fethullah Akpulat/Türkiye, 22077/03,15/02/2011. kararın özet çevirisine <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/fethullahakpulat2011.pdf> adresinden 23/12/2015 tarihinde ulaşılmıştır.

Gülmez/Türkiye,16330/02, 20/05/2008.

Hirst/Birleşik Krallık (No. 2),74025/01, 06/10/2005.

Huvig/Fransa,11105/84, 24/04/1990.

Klass ve diğerleri/Almanya, 5029/71, 6/10/1978.

Kruslin/Fransa,11801/85, 24/04/1990.

Lampert/Fransa, 23618/94,24/08/1998

Malone/Birleşik Krallık,8691/79,26/04/1985.

McLeod/Birleşik Krallık,24755/94,23/09/1998.

Mehmet Nuri Özen/Türkiye, 15672/08, 11/01/2011. kararın özet çevirisine <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124071> adresinden 20/12/2015 ta-

rihinde ulaşılmıştır.

Messina/İtalya (No. 2), 25498/94, 28/12/2000.

Kučera/Slovakya, 48666/99, 17/7/2007.

Vlasov/Rusya, 78146/01, 12/6/2008.

Nada/İsviçre, 10593/08, 12/09/2012.

Nusret Kaya ve diğerleri/Türkiye, 43750/06, 22/04/2014.

Öcalan/Türkiye(2), 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07, 18/03/2014.

Ramirez Sanchez/Fransa, 59450/00, 04/07/2006.

Salapa/Polonya, 35489/97, 19/12/2002.

Schenk/İsviçre, 10862/84, 12/07/1988.

Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 5947/72, 25/3/1983.

Slawomir Musial/Polonya, 28300/06, 20/01/2009.

Tan/Türkiye, 9460/03, 3/7/2007.

AYM KARARLARI

Abdulvahap Kavak, 2013/7477, 06/10/2015.

Ahmet Temiz, 2013/1822, 20/05/2015.

Akif İpek, 2013/9456, 24/06/2015.

AYM E. 1984/14, K.1985/7, 13/06/1985.

AYM E.2006/142, K.2008/148, 17/4/2008

AYM E.2009/59, K.2011/69, 28/4/2011.

AYM. E.2014/133, K.2014/165, 30/10/2014.

Fatih Taş, 2013/1461, 12/11/2014.

İbrahim Uysal, 2014/1711, 23/7/2014.

Mehmet Koray Eryaşa, 2013/6693, 16/04/2015.

Murat Karayel, 2013/2125, 16/09/2015.

Musa Kaya, 2013/2351, 16/09/2015.

Özkan Kart (2), 2013/1201, 20/05/2015.

Turan Günana, 2013/3550, 19/11/2014

TÜRKİYE’DE BİTMEYEN TARTIŞMA: HÜKÜMET SİSTEMİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Doğan KILINÇ*

ÖZET

Hükümet sistemleri, devlet iktidarının örgütlenme biçimi ve onun içyapısıyla ilgilidir. Hükümet sistemlerinde önemli olan nokta, iktidarın devlet organları arasında nasıl paylaşıldığı ve bu organların birbirleri karşısındaki konumudur. Demokrasi açısından, ülkede temel siyasal kararlar halk veya onun temsilcileri tarafından alındığı sürece, yönetim yetkilerinin yöneten organ ve kişiler arasında nasıl paylaşıldığı çok önemli değildir.

Anayasaların yapılmasındaki temel sorunlardan birisi, yasama ve yürütme arasındaki ilişkinin nasıl düzenleneceğidir. En iyi hükümet sisteminin ne olduğu konusu pek çok ülkede tartışılmaktadır. Hükümet sistemi tercihi ülkemizdeki kadim tartışmalardan birisidir. Bu tartışma özellikle tek partili siyasal iktidar dönemlerinde artmaktadır. Bu süreçte başkanlık sistemi ülke gündeminden hiç düşmemektedir. Bu çalışmada ülkemiz açısından en iyi hükümet sisteminin ne olabileceği sorusuna hükümet sistemleri incelenerek cevap bulunmaya çalışılmıştır.

***Anahtar kelimeler:** Kuvvetler ayrılığı, hükümet sistemleri, parlamenter sistem, başkanlık sistemi, yarı-başkanlık sistemi.*

UNENDING DISCUSSIONS IN TURKEY: EVALUATIONS ON GOVERNMENT SYSTEMS

ABSTRACT

Government systems are all about organization of the state authority and its internal structure. The important point in government systems is the division of the authority among the state bodies and the positioning of these bodies against each other. From the point of view of democracy, as long as the basic political decisions are taken by the people, or their representatives, it is not that important how the administrative powers are shared between the governing bodies and units.

One of the main problems in drafting the Constitutions is to regulate the interaction between the legislative body and executive power. The question of what is the best governing system is being discussed by many countries. The choice of

* Dr.-Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (doganklc@yahoo.com)

administrative system is one of the oldest discussion in our country. This discussion is especially popular and increased during the “single party” governments. The discussion on presidential government prevails all around the country and is at the top of the country’s political agenda during “single party” government era. In instant study, it is aimed to find answer to the question of what political system best suits to our country, based on analysis of legal systems.

Keywords: Separation of powers, government systems, parliamentary system, presidential system, semi- presidential system

GİRİŞ

Demokrasi kısaca; “halkın halk tarafından yönetilmesi”, “halkın iktidarı” olarak tanımlanmaktadır. Ancak, günümüz dünyasında ülke nüfuslarının büyüklüğü nedeniyle doğrudan demokrasinin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, halk kendisi adına karar verecek temsilcileri belirli bir süre için seçmekte ve bu şekilde yönetime katılmaktadır. Bu şekilde ortaya çıkan sistem, saf bir temsili demokrasi olabileceği gibi, halkın zaman zaman yönetimle ilgili kararların alınmasına bizzat katıldığı yarı-doğrudan demokrasi şeklinde olabilir¹.

Hükümet sistemleri konusu, doğrudan doğruya demokrasiyle ilgili değildir. Çünkü demokrasi siyasal iktidarın yönetilenlerin rızasına dayanmasını ve onlara karşı sorumlu olmasını ifade ederken, hükümet sistemleri devlet iktidarının örgütlenme biçimi ve onun içyapısıyla ilgilidir. Hükümet sistemlerinde önemli olan nokta, iktidarın devlet organları arasında nasıl paylaşıldığı ve bu organların birbirleri karşısındaki konumudur. Demokrasi açısından, ülkede temel siyasal kararlar halk veya onun temsilcileri tarafından alındığı sürece, yönetim yetkilerinin yöneten organ ve kişiler arasında nasıl paylaşıldığı prensip olarak önemli değildir. Bunun anlamı; demokratik rejim farklı hükümet sistemleriyle bağdaşabilir. Dolayısıyla, hükümet sistemi modellerinin her birisinin demokrasiyle bir arada olabileceği söylenebilir². Bir demokratik sistemde, halkın seçtiği temsilcilerin hangi devlet organı veya organlarını oluşturduğuna bakıldığında, farklı türde hükümet sistemlerinin olduğu görülecektir.

¹ Onar, Erdal, “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmemiştir mi?”, Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s. 71

² Erdoğan, Mustafa, “Başkanlık Sistemi, Demokrasi Ve Türkiye” <http://ozgurlukarastirmalari.com/baskanlik-sistemi-demokrasi-ve-turkiye> (Erişim Tarihi:01.02.2016)

A-Genel Olarak Hükümet Sistemleri

Yasama, yürütme ve yargı her devlette bulunan temel organlardır. Anayasaların yapılmasındaki temel sorunlardan birisi, yasama ve yürütme arasındaki ilişkinin nasıl düzenleneceğidir. Bu konuda yapılan tartışmalar Aristoteles'e kadar gitmektedir³. Burada, yasama ve yürütmenin diğerine üstünlüğü veya iki kuvvetin birbirine eşitliği şeklinde bir formül düşünülebilir. Bu formüllerden hangisinin seçileceği elbette kurucu iktidarın tercihine bağlı olacaktır. Yapılacak tercih, siyasal sistemin niteliğini ortaya koyacaktır⁴. Başka bir ifadeyle, devletin bu iki organının teşkilatlanma görev ve yetki paylaşımı ile birbirleriyle olan ilişkileri, tercih edilen hükümet sistemini de ortaya koyacaktır.

Kuvvetler ayrılığı teorisi, anayasa hukukunun temel direklerinden birisidir. Bu teori ünlü Fransız filozofu Montesquieu'nün adıyla özdeş olsa da bunu ilk kez dile getiren liberal İngiliz filozof John Locke'dir. Locke, "Medeni Yönetim Üzerine İki İnceleme" isimli eserinde devlet idaresinde yasama, yürütme ve federatif kuvvet bulunduğunu ve bunların birbirinden ayrı olması gerektiğini savunmuştur⁵. Bu ilke, Batıda 17. ve 18. yüzyıl siyaset felsefesine bağlı olarak gelişmiş olup, temel amacı mutlak monarşilerin baskıcı yönetimlerine karşı temel hak ve hürriyetleri korumaktır. Burada amacı gerçekleştirecek araç ise devlet iktidarının sınırlandırılmasıdır. Bu teoriye göre; elinde kuvvet bulunan kişi veya makamın bunu kötüye kullanma ihtimali mevcuttur. Bu nedenle kuvvetlerin bölünmesi ve ayrı ellerde bulunması gerekir. Kuvvetlerin bölünmesi, temel hak ve hürriyetlerin güvencesidir⁶.

Kuvvetler ayrılığı teorisini ilk kez dile getiren Locke olsa da bu teoriye şöhret kazandıran kişi Montesquieu olmuştur⁷. Montesquieu, Kanunların Ruhu adlı eserinde açıkça kuvvetler ayrılığından bahsetmez ancak, "yasama kuvvetiyle yürütme kuvveti aynı kişi veya memurlar topluluğuna verilirse, ortada özgürlük diye bir şey kalmaz" diyerek kuvvetlerin ayrılması gerektiğini belirtmiştir. Montesquieu'ye göre her devlette üç türlü kuvvet vardır ve her kuvvet ayrı bir organ tarafından kullanılmalıdır ve yargı kuvveti yasama kuvvetinden ayrılmalıdır. Kuvvetler ayrılığı, hürriyetlerin yaşamasına

³ Aristoteles, Politika, (Çev. Mete Tunçay), İstanbul 1990, s. 132

⁴ Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 390

⁵ Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınevi, Bursa, 2010, s.218

⁶ Teziç, 2001, s. 390

⁷ Turhan, Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, DÜHF Yayınları, Diyarbakır, 1989, s. 5

imkân sağlar ve ılımlı devletler ortaya çıkarır. Montesquieu’ye göre; yasama organı kanun yapmalı, yürütme organı icra görevini ifa etmeli yargı da çıkan uyuşmazlıkları çözmeli ve devletin cezalandırma yetkisini kullanmalıdır. Kişilerin temel hak ve hürriyetleri ancak bu şekilde teminat altında olacaktır⁸.

Anayasa hukukunda hükümet sistemlerinin sınıflandırılmasının temelini yasama ve yürütme kuvveti arasındaki ilişki belirler⁹. Demokratik devletlerde yargı bağımsız, ayrı bir kuvvet olarak kabul edildiği için hükümet sistemlerinin tespitinde yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki ilişkiler belirleyici olmaktadır¹⁰.

Kuvvetler ayrılığını kabul etmiş sistemlerde, yasama ve yürütme arasındaki ilişkinin yoğunluğuna göre; başkanlık sistemi, parlamenter sistem veya meclis hükümeti sistemi söz konusu olabilir. Bir ülkede, yasama ve yürütme kuvvetleri aynı devlet organında toplanmışsa kuvvetler birliği sistemi, ayrı organlarda toplanmışsa kuvvetler ayrılığı sistemi vardır¹¹. Burada kuvvetler ya yasama organında ya da yürütme organında toplanmıştır. Yasama ve yürütme kuvveti, seçilmiş olmayan bir kişi veya kurulda toplanmışsa mutlak monarşi veya diktatörlük, eğer iki kuvvet halk tarafından demokratik ilkeler çerçevesinde seçilmiş bir parlamentoda birleşmişse meclis hükümeti sistemi söz konusu olur. Kuvvetler ayrılığında, ayrılığın derecesine göre iki sistem vardır. Yasama ve yürütme kuvvetinin kesin ve katı bir şekilde ayrılmış ve aralarındaki ilişki son derece sınırlı ise bu sisteme başkanlık sistemi, yasama ve yürütme daha yumuşak ve dengeli ayrılmış ve aralarındaki ilişki oldukça yoğun ise bu sisteme parlamenter sistem denir¹².

Kuvvetler ayrılığına dayalı hükümet sistemleri genellikle başkanlık sistemi ve parlamenter sistem olarak ikiye ayrılmasına rağmen, üçüncü bir hükümet sisteminin de bu kategoride değerlendirilmesi gerektiği, doktrinde pek çok kişi tarafından dile getirilmektedir. Söz konusu sistem

⁸ Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, (Çev. Fehmi Baldaş), İstanbul 1998, s. 234

⁹ Kuvvetler arası ilişkiden bahsedilirken genellikle yasama ve yürütme arası ilişkiler esas alınmaktadır. Burada yargının ayrı bir güç olarak kabul edilip edilmediği akla gelebilir. Kuvvetler ayrılığı, siyasi bir ilke olduğundan siyasi fonksiyonlarda uygulama imkânı bulunmaktadır. Yargılama ise siyasi bir fonksiyon olmayıp hukuksal gerçeğin ortaya çıkarılması için çalışan bir mekanizma olduğundan siyasi rejimin niteliğinin belirlenmesinde her zaman yasama ve yürütme arasındaki ilişki dikkate alınır. Teziç, 2001, s. 389

¹⁰ Önder, Salih, Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 9

¹¹ Özer, Atilla, Anayasa Hukuku, Genel İlkeler; Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 127,

¹² Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 349

yarı-başkanlık hükümet sistemidir. Anayasa hukukunda hükümet sistemleri konusu açıklanırken genellikle başkanlık hükümet sistemine Amerika Birleşik Devletleri (ABD), parlamenter sisteme İngiltere, yarı-başkanlık sistemine ise Fransa örnek gösterilir. Bu ülkelerin uyguladıkları hükümet sistemler farklı olsa da üçünün de ortak bir özelliği vardır. Bu özellik; ünlü Fransız anayasa hukukçusu ve siyaset bilimcisi Mourice Duverger'in ifadesiyle "seçimle gelen bir kral" olmalarıdır¹³. ABD'de Başkan, İngiltere'de Başbakan, Fransa'da Cumhurbaşkanı, yürütmenin merkezinde yer aldıkları için Duverger tarafından seçimle gelen krala benzetilmektedirler.

B- Parlamenter Sistem

Parlamenter sistemde yürütme düalist (ikici)¹⁴ bir yapıdadır. Yürütmenin bir tarafında siyasal açıdan sorumsuz olan devlet başkanı diğer tarafta ise hükümet vardır¹⁵. Parlamenter sistem Epstein tarafından "Yürütme iktidarının, yasama iktidarından kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu anayasal demokrasi tipi" olarak tanımlanmıştır¹⁶. Bu, doktrinde en çok kabul gören tanımdır. Parlamenter sistemin anavatanı İngiltere'dir. Doktrinde bu sisteme İngiltere'yi de anımsatacak şekilde Westminster modeli de denir¹⁷.

Parlamenter sistemin temel özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz¹⁸:

Birincisi, parlamenter sistemde yürütme çift başlıdır. Yürütme yetkisi, bir kişi ile kurul arasında paylaşılmıştır. Yürütmenin bir kanadını, siyasi açıdan sorumsuz devlet başkanı diğer kanadını ise bakanlar kurulu oluşturur. Bakanlar kurulu kolektif bir organ olup başbakan ve bakanlardan oluşur. Devlet başkanlığı makamındaki kişi ise hükümdar veya cumhurbaşkanıdır¹⁹.

¹³ Yavuz, Bülent, Parlamenter hükümet sisteminde ve 1982 Anayasasında Başbakan, Asil Yayınevi, Ankara, 2008, s. 4

¹⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56c59081dc55e8.68346645 (Erişim Tarihi:02.02.2016)

¹⁵ Tanör, Bülent- Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2001, s. 194

¹⁶ Lijphart, Arend, Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri, Çev. Ergun Özbudun, Ersin Onulduran, Yetkin Yayınları, Ankara, Tarihsiz, s. 44; Uluşahin, Nur, "Demokratik Siyasal Rejimlerin Sınıflandırılmasında Farklı Bir Yaklaşım: "Yarı-Başkanlık"tan "İki Başlı Yürütme Yapılanması"na, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003 C.52 S.2, s. 202

¹⁷ Efe, Haydar- Kotan, Muhammed Lütfi, "Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmaları Çerçevesinde Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 9, 2015, s. 69

¹⁸ Parlamenter sistem konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Yavuz, Bülent, Parlamenter Hükümet Sistemi: İngiltere, Ak Parti Yayınları, Ankara, 2013

¹⁹ Erdoğan, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Ankara, 1997, s.115.

Parlamente sistemde yürütme organının iki başlı olması bu başların eşit yetkilere sahip ve bir birinden bağımsız olduğu anlamına gelmez²⁰ ve devlet yönetiminde istikrarın sağlanabilmesi için bu başlardan biri gerçek yetkili, diğersinin ise sembolik olması gerekir²¹. “Parlamente sistemlerde de, yürütme organı bir bütündür; sadece tek bir yürütme fonksiyonu, tek bir yürütme kuvveti vardır. Zaten tek bir kuvvetin tek bir fonksiyonunun, birbirinden bağımsız iki ayrı başa tabi olması eşyanın tabiatına aykırıdır”²².

Yürütme organını oluşturan başlardan hangisi etkili hangisi sembolik olmalıdır? Parlamente sistem, insan aklının ortaya koyduğu bir sistem olmaktan ziyade tarihsel sürecin ürünüdür²³. Bu süreçte yaşanan sorunlar ve üretilen çözümler sistemi şekillendirmiştir. Bu nedenle, parlamente sistemin anavatanı olan İngiltere’de olduğu gibi devlet başkanının yetkileri sembolik olmalıdır.²⁴ Çünkü devlet başkanının siyasi açıdan sorumsuz iken, bakanlar kurulu parlamentoya karşı sorumludur. Ayrıca, parlamente sistemlerde devlet başkanını doğrudan doğruya halk seçmediği halde bakanlar kurulu milletvekilleri arasından oluşturulmaktadır²⁵. Sonuç olarak yürütmede asıl yetki, yasama organına karşı bireysel ve kolektif olarak sorumluluğu olan bakanlar kuruluna ait olmalıdır. Bu itibarla, doğrudan halk tarafından belirlenmeyen ve siyasi açıdan sorumsuz olan devlet başkanının yetkilerinin sembolik olması doğaldır.

Parlamente hükümet sisteminin anavatanı İngiltere’de yürütmenin başı Taç’ın yetkileri esas olarak semboliktir. İngiltere’de Taç’ın üç gerçek yetkisi vardır bunlar; bilgilendirilme ve danışılma yetkisi, doğru gördüğü yönde destek verme yetkisi ve sorumluları kendi deneyimlerinden yararlandırma yani uyarma yetkisidir²⁶.

²⁰ “Bu tür yürütme organlarında hükümet ve devlet başkanı olmak üzere iki ayrı baş vardır. Bu iki baş bir birinden bağımsız hareket ederse biri yürütme organına bir emir, diğeri karşı yönde bir emir verirse yürütme organı bloke olur. İki başlılık sorununa tarihsel olarak iki çözüm getirilmiştir; birincisi başlardan birini koparıp atıp yürütme organını tek başlı bırakmaktır. Bu çözüm başkanlık sisteminin çözümüdür. İkinci çözüm başlardan birini etkisiz bırakmak daha doğrusu diğersine tabi kılmaktır. Bu çözüm ise parlamente sistemin çözümüdür.” Gözler, Kemal, Cumhurbaşkanı Hükümet Çatışması, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000, s.11.

²¹ Önder, 2007, s. 12

²² Gözler, Kemal, Devlet Başkanları, Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2001, s.10.

²³ Özer, 2005, s. 127

²⁴ Eroğul, Cem, Çağdaş Devlet Düzenleri, Ankara, 2001, s.21.

²⁵ Önder, 2007, s. 12

²⁶ Eroğul, 2001, s.21

Parlamentar sistemin temel özelliklerinden ikincisi; yürütme organının göreve geliş şeklidir. Yürütmenin birinci kanadını oluşturan devlet başkanı, monarşilerde veraset yoluyla, cumhuriyetlerde ise parlamento tarafından belirlenmektedir. Yürütmenin ikinci kanadını oluşturan bakanlar kurulu ise parlamento tarafından değişik usullerle belirlenir.²⁷

Sonuç olarak, parlamenter hükümet sisteminde çift başlı olan yürütme organının belirlenmesine halkın doğrudan etkisi olmamaktadır. Çünkü devlet başkanı ya veraset yoluyla göreve gelmekte veya parlamento tarafından belirlenmektedir. Yürütme organının diğer kanadını olan bakanlar kurulu ise, halkın doğrudan etkisi olmaksızın parlamento tarafından belirlenmektedir.

Parlamentar hükümet sisteminde yürütme organının üçüncü temel özelliği, devlet başkanının siyasal sorumsuzluğudur. Devlet başkanı siyasi açıdan sorumsuz iken yürütmenin diğer kanadı olan başbakan ve bakanlar kurulunun parlamentoya karşı siyasal sorumluluğu bulunmaktadır²⁸. Bu nedenle parlamenter sistemde devlet başkanının göreve gelme şekli nasıl olursa olsun parlamento tarafından devlet başkanının görevine son verilememektedir²⁹. Ancak devlet başkanının sorumsuzluğundan hiç bir şekilde devlet başkanına dokunulamayacağı, her ne yaparsa yapsın görevine devam edebileceği sonucunun çıkarılmaması gerekir. Çünkü devlet başkanının görevine son veremeyen parlamento bazı yollarla devlet başkanını istifaya zorlayabilir. Örneğin devlet başkanının atadığı hükümetlere parlamento sürekli güvensizlik oyu vererek veya başbakan ve ilgili bakanların devlet başkanının işlemlerine imza atmamaları gibi araçlar kullanılarak devlet başkanı istifaya etmeye zorlanabilir. Ancak buradaki zorlama hukuki olmaktan ziyade psikolojik bir zorlamadır³⁰.

Parlamentar sistemde devlet başkanının siyasal açıdan sorumsuzluğunun temel nedeni iktidarının sınırsızlığı değil devlet başkanlığının daha çok

²⁷ Eroğul, 2001, s. 22.

²⁸ Parsak, Mehmet, “Parlamentar/Başkanlık/ Yarı Başkanlık Hükümet Sistemlerine Genel Bir Bakış ve Türkiye Cumhuriyeti’nin Hükümet Sistemi”, Türk Akademisi Siyaset, Hukuk ve Yönetim Araştırmalar Merkezi Makale No:1, 2012, s. 5

²⁹ “Devlet Başkanı parlamento karşısında sorumlu değildir ama uygulamada parlamentonun devlet başkanlarını görevden çekilmeye zorladığı da olmuştur. Fransa’da 1887 yılında ikinci kez Cumhurbaşkanı olan Grevy, damadı Wilson’un Legion d’honneur nişanları dağıtımındaki yolsuzluklara adının karışması üzerine kendisinin bu olayda hiçbir ilgisi olmamasına rağmen “mebuslar meclisi” devlet başkanı görevinden çekilmedikçe hiçbir bakanla temas kurmayacağını açıklayınca istifa etmek zorunda kalmıştır.” Teziç, 2001, s.405

³⁰ Gözler, 2001, s. 84

sembolik bir statüde olduğunun kabul edilmesidir. Kamu hukukundaki yetkide ve sorumlulukta paralellik ilkesi gereğince sembolik yetkilerle donatılmış bir kişinin sorumluluğunun olmaması doğaldır. Siyasi açıdan sorumsuzluğun amacı ise; devlet başkanını mutlak olarak korumak olmayıp yürütme organının başı olan devlet başkanının istikrarını ve devamlılığını sağlamaktır.

Parlamentar monarşilerde devlet başkanının sorumsuzluğu mutlaklıktır. Yani siyasi açıdan sorumsuz olan devlet başkanı hukuki ve cezai açıdan da sorumsuzdur. Parlamentar rejimin anavatanı İngiltere’de bu durum “*kral hata yapmaz, kral kötülük yapmaz*” sözü ile ifade edilmektedir³¹. Yine İngiltere’de devlet başkanının sorumsuzluğunu ifade eden diğer bir söz, “*Kral bir bakanı öldürürse bundan başbakan sorumludur. Eğer başbakanı öldürürse bundan kimse sorumlu olmaz.*” şeklindedir³².

Parlamentar cumhuriyetlerde de devlet başkanı sorumsuzdur. Ancak bu sorumsuzluk mutlak değildir. Cumhurbaşkanı görevini yerine getirirken yaptığı işlemlerden dolayı siyasi, cezai ve hukuki olarak sorumsuzdur. Devlet başkanının göreviyle ilgili işlemlerden dolayı herhangi bir makama hesap verme zorunda bulunmayışı, yani sorumsuzluğu, iktidarın sınırsızlığından değil, yetkilerin sembolik yetkiler olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumun tek istisnası vatana ihanettir³³. Bu istisna ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmektedir.

Parlamentar sistemde devlet başkanının sorumsuzluğunun kabul edilmesinin sebebi, devlet başkanına dilediği gibi hareket edebilme imkânı sağlayarak onu ayrıcalıklı bir konuma getirmek değil, görevini daha rahat yerine getirebilmesi için ona her türlü tartışmanın ve siyasi partilerin üstünde, tarafsız bir statü kazandırmaktır. Parlamentar sistem, devlet başkanı ile parlamento arasındaki münasebetleri değil, hükümetle parlamento arasındaki münasebetleri konu alan bir rejimdir. Devlet başkanı, her iki organ arasındaki ihtilafları hakem olarak tarafsızca halledecek ve onlara bir istikamet verecektir³⁴.

Parlamentar sistemlerde Cumhurbaşkanı görevini yerine getirirken yaptığı işlemlerden dolayı siyasi, cezai ve hukuki olarak sorumsuzluğu

³¹ Tunç, Hasan- Bilir, Faruk- Yavuz, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009, s. 158

³² Çoban, Ali Rıza-Erdağ, Ali İhsan, “Göreviyle İlgili Olmayan Kişisel Suçlarından Dolayı Cumhurbaşkanı Sorumluluğu ve Yargılanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 75, 2008, s. 180

³³ Güneş, Turan, Parlamentar Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul, 1956, s.60.

³⁴ Aldıkaçtı, Orhan, Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı, İstanbul, 1960

olmasına karşın görevi dışındaki eylemlerinden dolayı sorumluluğu kabul edilmektedir³⁵.

Parlamentar hükümet sisteminde yürütme organının dördüncü temel özelliği, bakanlar kurulunun parlamentoya karşı bireysel ve kolektif sorumluluğudur. Bakanlar kurulu, başbakan ve bakanlardan oluşan kolektif bir heyettir. Bakanlar kurulunun başı olan başbakan devlet başkanı tarafından parlamento üyeleri içinden atanır. Atanan Başbakan diğer bakanları da belirleyerek bakanlar kurulu listesini devlet başkanının onayına sunar ve devlet başkanının onaylaması ile hükümet kurulmuş olur.

Başbakan, devlet başkanı tarafından belirlenmektedir. Devlet başkanının başbakanı belirlemede takdir yetkisi vardır. Ancak devlet başkanı bu yetkisini, yönetimde istikrarı sağlayabilmek için, parlamentodan güvenoyu alabilecek biri için kullanmalıdır. Bu kişi de genellikle parlamentoda sayısal çoğunluğa sahip olan siyasi partinin lideridir.³⁶

Bakanlar kurulunun görevi, hükümetin genel politikasının belirlenmesidir. Hukuk devletinin bir gereği olarak bakanlar da görevlerini yerine getirirken yaptığı eylem ve işlemlerinden dolayı hukuki, cezai ve siyasi olarak sorumludurlar. Bakanların hukuki sorumluluğu, kişisel kusurları dolayısıyla devlete ve vatandaşa verdikleri zararların yargı yoluyla tazmin edilmesidir. Bu davalarda yetki, genel mahkemelerdedir³⁷. Bakanların cezai sorumluluğu ise, kişisel kusurları dolayısıyla devlete ve vatandaşa verdikleri zararlar dolayısıyla haklarında cezai yaptırım uygulanmasıdır. Anayasalar, bakanların cezai soruşturmasını, hukuki sorumluluktan farklı olarak özel yargılama makamlarına vermektedir³⁸. 1982 Anayasasına göre Türkiye’de bakanların cezai sorumlulukları söz konusu olduğunda yetkili yargı mercii Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi’dir.

³⁵ Çoban-Erdağ, 2008, s. 183

³⁶ Uygulamada zaman zaman bu teamülün dışına çıkılabilmektedir. Örneğin ülkemizde 3 Kasım 2002 milletvekili seçimleri sonrasında Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer, anayasa temülünün dışına çıkarak hükümeti kurma görevini parlamentoda çoğunluğa sahip partinin genel başkanı Recep Tayyip Erdoğan milletvekili olmadığı için, güvenoyu alabileceğini düşündüğü parti genel başkan yardımcısı Abdullah Gül’e vermiştir. Yine 1997 yılında Refahiyol hükümetinin istifasının ardından Süleyman Demirel TBMM’de ikinci parti olan DYP Genel Başkanı Tansu Çiller yerine hükümeti kurma görevini bağımsız milletvekili Yalım Erez’e vermiştir.

³⁷ Önder, 2007, s. 16

³⁸ Abdulkakimoğulları, Erdal- Çevik Naci, “Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması”, Haşım Kılıç’a Armağan, C.II, Ankara, 2013, s. 1197-1233

Parlamentoya karşı siyasal sorumluluk, bakanlar kurulunun parlamentonun güvenini kaybetmesi halinde hükümetin görevinin sona ermesidir. Çünkü bakanlar kurulu, ancak parlamentonun desteği ile ayakta kalabilir. Bakanlar kurulunun siyasal sorumluluğu, uygulanan politikalar sebebiyle parlamentonun bakanlar kuruluna ve bakanlara karşı güvenini kaybetmesi sonucu gerçekleşirken, hukuki ve cezai sorumluluk, bakanlar kurulu ve bakanların görevlerini yerine getirirken yaptığı eylem ve işlemlerinden kaynaklanmakta ve bu durum yargı kararıyla tespit edilmektedir

Parlamentar sistemde bakanlar hem bakanlar kurulunun üyesidir hem de belirli bir idari faaliyetin idari amiridir. Bu sebeple bakanlar hem bireysel hem de kolektif olarak parlamentoya karşı sorumludurlar. Bakanların bireysel sorumluluğu; hükümetin genel politikasının yürütülmesi sırasında yaptığı işlem ve eylemleri dolayısıyla ortaya çıkar. Bunun sonucunda meclis bakana duyduğu güvensizliğin belirtisi olarak bakan hakkında gensoru önergesi vererek güvensizlik oyuyla bakanı görevden düşürebilir. Başka bir ifadeyle, bir bakanın görevine meclis son verebilir. Bakanlar kurulunun kolektif sorumluluğu, hükümetin genel siyasetin yürütülmesinden doğan sorumluluktur. Bu sorumluluk, hükümet politikasının gereği gibi uygulanmaması veya yanlış uygulanması gibi sebeplerle parlamentoya güven vermemesi durumunda ortaya çıkar. Bunun sonucunda parlamento bakanlar kurulu hakkında gensoru önergesi vererek, güvensizlik oyuyla bakanlar kurulunu görevden alabilir³⁹.

Güven oylaması, parlamentonun girişimiyle yapılabileceği gibi hakkında güvensizlik kanaati olan hükümetin başbakanı, bakanlar kurulunda görüşükten sonra parlamentodan güvenoyu isteyebilir. Başbakan tarafından parlamentodan istenilen güven oylaması, hükümetin belirli isteklerini kabul ettirmek amacıyla parlamentoya baskı aracı olarak kullanıldığı için bu yol, hükümetin parlamentoyu etkileme yollarından biri olarak kabul edilmektedir. Çünkü bu durumda hükümet isteklerinin kabul edilmemesi halinde görevden çekileceğini açıklayarak parlamentoya baskı yapmaktadır⁴⁰.

Parlamentar hükümet sisteminin beşinci temel özelliği; yürütmenin yasamayı fesih yetkisidir⁴¹. Yürütmenin yasamayı fesih yetkisi; belirli bir süre için seçilen meclisin, süresi dolmadan seçimlerin yenilenmesi suretiyle

³⁹ Özbudun, 2013, s.342

⁴⁰ Özbudun, Ergun, *Parlamentar Rejimde Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, A.Ü.H.F. Yayın no:171, Ankara, 1962, s.72

⁴¹ Bu konu ayrıntılı bir çalışma için bkz. Tunçer Karamustafaoğlu, *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1982

varlığının sona erdirilmesidir⁴². Yürütmenin yasamayı feshi ile yasamanın kendi kararıyla feshini ve anayasada öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde kendiliğinden gerçekleşen, otomatik feshi birbiriyle karıştırmamak gerekir. Devlet başkanının feshi, tek taraflı bir irade açıklamasıdır. Fesih ile açıklanan irade devlet başkanının iradesidir ve muhatabı da doğal olarak parlamentodur. Feshin gerçekleşmesi için muhatabı tarafından kabul edilmesine gerek yoktur. Yani fesih işlemi, devlet başkanının bu yöndeki fesih iradesini açıklaması ve muhatabı olan parlamentoya ulaşmasıyla hukuki sonuçlarını doğurur. Yürütmenin yasamayı feshetmesi halinde anayasada belirtilen süre içerisinde meclis seçimleri yenilenir⁴³.

Parlamber hükümet sistemi, devlet içerisindeki yasama, yürütme ve yargının birbirini dengelemesi amacıyla farklı organlara verilmesi temeline dayanır. Başka bir ifadeyle, parlamber sistem devlet organları arasındaki dengelere dayanmaktadır. Bu sebeple hükümetin meclis tarafından düşürülebilmesine karşı hükümete de meclis seçimlerini yenileme yetkisinin verilmesi parlamber sistemin vazgeçilemeyen şartlarından birisidir⁴⁴. Burada dengeli sağlayan yürütmenin yasamayı feshetmesinden ziyade yürütmenin böyle bir yetkiye sahip olmasıdır.

Parlamber sistemlerde anayasalar, genellikle hükümete tanınan fesih yetkisini devlet başkanına tanımış ve bu yetkinin devlet başkanı tarafından sistemdeki tıkanıkları önlemek amacıyla kullanılmasını öngörmüştür. İngiltere’de Kraliçeye ait olan fesih yetkisi Belçika, Danimarka, Hollanda, İspanya anayasalarında Krala verilmiştir. Türkiye, Almanya, Avusturya, Finlandiya, Fransa, İrlanda, İtalya, İzlanda, Portekiz ve Yunanistan anayasaları ise fesih yetkisini devlet başkanına vermiştir. Ancak parlamber hükümet sisteminde fesih hakkı görünüşte devlet başkanlarına verilmiş olsa da bu hakkın gerçek sahibi yürütmenin sorumlu kanadını oluşturan hükümetler ve başbakanlardır. Parlamber sistemde devlet başkanı sorumsuz, başbakanın sorumlu olması sebebiyle devlet başkanları kural olarak başbakanın fesih istemini reddedemez. Çünkü devlet başkanının sorumsuzluğu, yetkisizliği sonucunu da doğurmaktadır⁴⁵.

Bazı anayasalar devlet başkanının fesih yetkisini kullanmasını ancak belirli sebeplerle bağlarken bazı anayasalar devlet başkanına bu konuda sınırlama getirmemiştir. İngiltere’de Kraliçe’nin parlamentoyu fesih

⁴² Özbudun, 2013, s.358

⁴³ Gözler, 2001, s.128.

⁴⁴ Soysal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, 1987, s. 97

⁴⁵ Gözler, 2001, s.124.

yetkisinin sınırsız olduğu kabul edilmektedir. Kraliçenin fesih yetkisini kullanması Başbakanın isteğine bağlıdır. Türkiye’de ise Cumhurbaşkanının fesih yetkisini kullanması Anayasanın 116. maddesine göre hükümetin 45 gün içinde kurulamaması şartına bağlıdır⁴⁶. Anayasalar devlet başkanına fesih hakkını kullanmadan önce bazı makamların veya kişilerin görüşünü alma şartı getirebilir; ancak bu makam veya kişilerin görüşü devlet başkanı için bağlayıcı değil, istişari niteliktedir.

Uygulamada fesih hakkının, hükümet ve meclis arasındaki bir krizin çözülmesi, hükümet ve meclis arasındaki bir uyuşmazlıkta halkın hakemliğine başvurulması ve daha önceden öngörülemeyen temel bir sorun karşısında devlet başkanınca kamuoyunun görüşünün alınması gibi demokratik işlevleri vardır.

C- Başkanlık Sistemi

Başkanlık hükümeti sistemi, genellikle başkanlık sistemi olarak ifade edilir. Kavram olarak, Amerikan iç savaşından önce İngiltere’deki basın mensuplarınca Amerikan hükümet sistemini belirtmek üzere kullandıkları ifadenin kısaltılmasıyla ortaya çıkmıştır. Parlamenter sistem, tarihsel süreç içerisinde gelişmiştir. Başkanlık sistemi ise, 1787 yılında Philadelphia’da kurucu meclis üyelerinin tartışmaları sonucunda ortaya çıkan insan aklının eseri bir sistemdir. Sistemin temel özelliği, demokrasiyle kişisel iktidarın birleştirilmesidir⁴⁷. Dünya üzerinde çoğulcu demokrasinin gelişmesinde başkanlık sisteminin önemli katkısı olmuştur.

Başkanlık rejimi “Westminster modeli” demokrasinin XVIII. yüzyıl sonundaki şartlarına bir tepki olarak, İngilizlere karşı verilen bağımsızlık mücadelesinden etkilenerek, Amerika’da üretilmiştir. Aslında, Başkanlık

⁴⁶ Nitekim 2015 yılında Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan Cumhuriyet tarihinde ilk kez bu fesih yetkisini kullanmıştır. 24 ağustos 2015 tarih ve 29455 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de şu ifadeler yer almaktadır. “7 Haziran 2015 tarihinde yapılan 25. Dönem Milletvekili Genel Seçimi sonrasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı seçiminin yapıldığı 09/07/2015 tarihinden itibaren kırkbeş günlük sürede Bakanlar Kurulu kurulamadığından, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı ile istişare edilerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 104 üncü ve 116 ncı maddeleri gereğince Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar verilmiştir.” Yine Anayasanın 102. maddesinde de Türkiye Büyük Millet Meclisinin otomatik feshi öngörülmüştür. Onun sebebi de Cumhurbaşkanının Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından dördüncü tur oylamada da seçilememesidir. Bu hüküm cumhurbaşkanının halk tarafından seçimini öngören 2007 anayasa değişikliğine kadar uygulanma imkânı bulamamıştır.

⁴⁷ Özer, Atilla, Başkanlık Hükümet Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Ankara, 1998,s. 5

sistemi İngiliz parlamenter sisteminin siyasal kültür ortamının ve siyasal zihniyetinin bir ürünüdür. Başkanlık rejimi, Westminster modelinin bazı özelliklerinin aynen korunması ve bazılarının da değiştirilmesiyle ortaya çıkmıştır⁴⁸.

Parlamenter sistem dünyada pek çok yerde başarılı bir şekilde uygulandığından literatürde parlamenter sistemler ifadesi kullanılmaktadır. Başkanlık sistemi ise bugüne kadar demokratik bir şekilde sadece Amerika'da başarılı bir şekilde uygulandığından tekil olarak kullanılmaktadır. Gerçi Latin Amerika'da pek çok devlet başkanlık sistemi adı altında kurumsal düzenlemeler yapılmış⁴⁹; ancak bunlar da demokratik süreklilik sağlanamamış ve genellikle otoriter rejimlere yol açmıştır⁵⁰.

Amerikan sisteminin kurucularının temel endişelerinden birisi, merkezileşmiş siyasal iktidarın doğal sonucu olan güç toplanması sonucu ortaya çıkabilecek siyasal baskıdan korunmaktır. Bu endişelerin sonucu olarak, federal bir yapı kurmuşlar ve merkezi iktidarı kuvvetler ayrılığı ilkesine çerçevesinde düzenlemişlerdir⁵¹. Burada, kuvvetler ayrılığı teorisin ilk kez kullanan liberal İngiliz filozof John Locke ve teoriye şöhret kazandıran ünlü Fransız filozofu Montesquieu'nun görüşlerinden yararlanmışlardır. Bu ilkeyle, bütün devlet iktidarının bir kişi veya grubun elinde toplanmasını önlemişlerdir. Amerikan'ın kurucu babalarından Thomas Jefferson konuyu şöyle açıklamıştır: *“Bizim uğrunda mücadele ettiğimiz hükümet seçimlik bir despotizm olmayıp özgür ilkelere dayanmanın yanında aynı zamanda güçlerin farklı organlar arasında bölünmesini ve dengelenmesini öngören bir hükümet idi; öyle ki (bu organların) her biri diğerleri tarafından fiilen kısıtlanmalı ve kendi hukuki sınırlarını aşmamalıdır”*. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak başkanlık sisteminde yasama ve yürütme kuvveti hem işlevsel olarak hem de organik olarak birbirinden ayrılmıştır⁵². Burada, Amerikan devletini kuran kişiler, kuvvetleri katı bir şekilde ayırarak devlet iktidarının kullanılmasında doğabilecek tehlikeleri önlemeye çalışmışlardır.

⁴⁸ Kalaycıoğlu, Ersin, “Başkanlık Rejimi: Türkiye'nin Diktatörlük Tehdiidiyle sınava”, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005, s.13

⁴⁹ Yavuz, Bülent, “Meksika Siyasal Sistemi Türkiye İçin Örnek Olabilir mi?”, Düşünce Dün-yasında Türkiz Siyaset ve Kültür Dergisi, Y.6, S.33, 2015, s. 33

⁵⁰ Teziç, 2001, s.424

⁵¹ Erdoğan, Mustafa, Başkanlık Sistemini Doğru Tartışmak, Liberal Düşünce Dergisi, Ankara, Bahar 1996, S.2, s.5

⁵² Erdoğan, 1996, s.5

Başkanlık sistemi, hem yürütme erkinin başı, hem devlet başkanı olan başkanın, belirli bir süre için halk tarafından seçildiği ve yasama organının başkanın görevine son veremediği buna karşılık, başkanın da yasama organını feshedemediği bir sistem olarak tanımlanabilir⁵³.

Diğer bir tanıma göre başkanlık sistemi; kuvvetler ayrılığı ilkesini katı bir şekilde uygulayan, kuvvetleri birbirine kontrol ettirmekle beraber, yürütme organının üstün olduğu bir hükümet sistemidir⁵⁴.

İtalya siyaset bilimcisi Sartori’ye göre başkanlık sistemi; devlet başkanının halk tarafından seçildiği, önceden belirlenmiş görev süresi içerisinde parlamentonun oyuyla görevden uzaklaştırılmadığı ve atadığı hükümetlere başkanlık ettiği veya onları başka şekillerde yönlendirdiği sistemdir⁵⁵. Buna göre bir sisteme başkanlık sistemi diyebilmemiz için öncelikle başkanın halk tarafından seçilmesi gerekir. İkinci ölçüt, meclis tarafından görevden alınamamadır. Amerika’da olan impeachment (suçlama) gibi istisnai durumlar elbette olacaktır. Son şart ise, yürütmenin monist (tekçi) bir yapıda olmasıdır.

Başkanlık sisteminin temel özelliklerinden birisi yukarıda belirtildiği üzere; başkanın halk tarafından seçilmesidir. Başkan, doğrudan veya dolaylı bir şekilde belirli bir süre için halk tarafından seçilerek iş başına gelir⁵⁶. Bu süre, genellikle 4 ile 8 yıl arası olup süre ülke tercihlerine göre değişmektedir. Bu süreler meclisler tarafından kısaltılamaz veya arttırılamaz⁵⁷. Bir sisteme başkanlık sistemi denilebilmesi için başkanın halk tarafından seçilmesi gerekir, ancak bu yeterli değildir. Örneğin, Avusturya, İzlanda ve İrlanda Başkanları halk tarafından seçildiği halde parlamenter sistem söz konusudur. Başkanlık sistemi olabilmesi için başkan anayasanın kendisine verdiği yetkileri tam anlamıyla ve fiilen kullanmalıdır. Başkan halk tarafından seçildiği için demokratik meşruiyeti de yüksek olacaktır. Başkan belirli süre için halk tarafından seçilir ve istisnalar dışında görevden alınamaz. Dolayısıyla başkanlık sisteminin siyasal istikrara yardımcı olduğu söylenebilir⁵⁸.

⁵³ Onar, 2005, s. 72

⁵⁴ Kuzu, Burhan, Türkiye için Başkanlık Sistemi, İstanbul, 1997, s.8

⁵⁵ Sartori, Giovanni, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Çev. Ergun Özbudun, Ankara, Yetkin Yayınları 1997, s. 113-117

⁵⁶ Efe-Kotan, 2015, s. 68

⁵⁷ Özer, 1998, s.12

⁵⁸ Duman, Selçuk, “Türkiye İçin Başkanlık Sistemi Değerlendirmeleri,

http://www.academia.edu/4133877/T%C3%BCrkiyede_Ba%C5%9Fkanlık_Sistemi_De%C4%9Fterlendirmeleri_s.3 (Erişim Tarihi:05.02.2016)

Başkanlık sisteminin temel özelliklerinden ikincisi, kuvvetlerin katı bir şekilde ayrılmasıdır⁵⁹. Burada, yasama ve yürütme birbirinden bağımsız olduğu gibi Başkan da meclise karşı sorumlu değildir. Kuvvetler ayrılığı teorisi, ilk kez 1787 tarihli Amerikan Anayasası ile uygulanmaya başlamıştır. Daha sonra, 1791, 1795 ve 1848 tarihli Fransa Anayasalarında hayata geçirilmiştir.

Parlamente sistemde kuvvetler yumuşak ve dengeli bir şekilde ayrılmışken başkanlık sisteminde sert bir şekilde ayrılmış olup, birbirinden bağımsızdır. Kuvvetler ayrılığı, kuvvetlerin eşitliği esasına dayanan bir teoridir. Başkanlık sisteminde kuvvetlerin eşitliği hukuki açıdandır. Siyasi anlamda yürütmenin yasamadan üstün olduğu ifade edilebilir. Zaten bu üstünlük nedeniyle sisteme başkanlık denilmektedir⁶⁰. Ancak, kuvvetlerin ayrı yerlerde toplanması doğal olarak gücün tek bir merkezde toplanmasını engeller ve tarafları uzlaşmaya zorlar. Bu tür iktidar paylaşımı Amerika’da müzakere ve uzlaşma kültürünün ortaya çıkmasına önemli katkılar sağlamıştır.

Başkanlık sisteminde kuvvetlerin ayrı ve bağımsız olmasının üç anlamı vardır. Birincisi; organların yapısında ayrılık, ikincisi organların fonksiyonlarında ayrılık, son olarak da organların birbiriyle ilişkilerinde ayrılıktır.

Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme organik olarak birbirinden ayrı olup, iki kuvvetin oluşması ve mekanizması farklıdır. Yasama halk tarafından seçilir, yürütmenin başı başkan da ayrı bir seçimle yine halk tarafından göreve getirilir. Parlamente sistemden farklı olarak yürütme yasama organının içinden çıkmamaktadır. Başkanlık sisteminde kuvvetlerin fonksiyonu da birbirinden bağımsızdır. Örneğin, yasama organı sadece yasa yapma sürecine, yürütme organı da sadece yasaların uygulanma sürecine katılır. Başka bir ifadeyle yasama ve yürütme organlarının söz konusu faaliyetlere eş zamanlı olarak katılmaları söz konusu değildir. Yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkiler de bağımsızdır. Yürütme yasamayı feshedemediği gibi yasama da yürütmeyi düşüremez⁶¹.

Peki, organlar arasında uyumsuzluk olduğu zaman sorun nasıl çözülecektir? Yasama yürütme arasında hiçbir şekilde etkileşim olmadığını söylemek mümkün değildir. Böyle bir durum devlet işleyişinin doğasına aykırı olurdu. Bu tür sorunlarda imdada yetişen kural “fren ve denge” (checks

⁵⁹ Parsak, 2012, s. 7

⁶⁰ Teziç, 2001, s. 424

⁶¹ Teziç, 2001, s. 425

and balances) sistemidir⁶². Fren ve denge mekanizması yasama ve yürütmenin işbirliğini sağlayan önemli bir ilkedir. Burada yasama ve yürütmenin birbirine karşı sahip olduğu silahlar tarafları uzlaşmaya zorlamaktadır. Örneğin, Amerika’da Başkan’ın meclisten geçen kanunları veto etme yetkisi vardır. Yine Başkan tarafından yapılacak üst düzey atamalarda Senatonun onayı gerekmektedir. Başkanın meclise gönderdiği “mesajlar”, “basın toplantıları”, “sürekli komiteler”, “bütçe”, “lobicilik ve kulis faaliyetleri” yasama yürütme arası etkileşimi sağlayan diğer araçlardır⁶³.

Sonuç olarak başkanlık sisteminde her bir görev farklı organlarla paylaşıldığından ortaya ister istemez bir denge ve denetim mekanizması çıkmaktadır. Başkan ile Kongre çoğunluğunun ayrı partilerde olması durumunda sistem krizleri ortaya çıkabilecektir. Ancak, Amerika’daki disiplinli olmayan gevşek parti yapısı, parti içi demokrasi, Başkanın demokratik meşruiyeti ve uzlaşma kültürü sistemde meydana gelen tıkanmaları açmada yardımcı olmaktadır.

Başkanlık sisteminin temel özelliklerinden üçüncüsü; yürütmenin tek başlı olmasıdır⁶⁴. Parlamenter sistemde yürütme devlet başkanı ve bakanlar kurulundan oluşan çift başlı bir yapıda iken başkanlık sisteminde monist bir yapı vardır. Başkan hem devlet başkanlığı hem de hükümet görevini tek başına yürütür, ayrıca bir hükümet başkanı yoktur. Başkana yürütme görevini icra ederken başkan yardımcısı ve sekreter olarak ifade edilen bakanlar yardımcı olurlar⁶⁵. Bakanlar başkanının sadece danışmandırlar. Bakanlar, meclis üyesi değildirler, meclis toplantılarına katılamazlar ve oy kullanamazlar⁶⁶. Görevlerini yaparken sorumlulukları meclise değil Başkan’a karşı sorumludurlar. Görevlerinin devam etmesi veya sona ermesi konusunda Parlamenter sistemden farklı olarak takdir hakkı meclisin değil başkanındır. Başkan karar alırken başkan yardımcısı ve bakanların da görüşünü alır, ancak nihai karar başkan tarafından verilir. Nitekim Amerika’nın eski Başkanlarından Lincoln’ün bakanlarıyla yaptığı bir toplantıda oya sunduğu konuya ilişkin oylama sonucunu “7 hayır, 1 evet. Evetler galiptir” şeklinde açıklaması yürütme organının başkan eksenli olduğunu göstermektedir⁶⁷.

⁶² Parsak, 2012, s.7

⁶³ Efe-Kotan, “, 2015, s. 71

⁶⁴ Parsak, 2012, s. 7

⁶⁵ Gözübüyük, A. Şeref, Anayasa Hukuku Turhan Kitabevi, Ankara, 1986,s. 37

⁶⁶ Efe-Kotan, 2015, s. 71

⁶⁷ Onar, 2005, s. 73

Başkanlık sisteminde başkan oldukça geniş yetkilere sahiptir. Hem devlet yönetimine ilişkin hem de hükümetle ilgili pek çok görevi vardır. Başkan oldukça saygın bir kişi olup, sistemin ağırlık merkezidir. Kamu düzeninin sağlanması, kanunları yürütülmesi, idari teşkilatın düzenlenmesi, dış politika, orduyu komuta etmek, ülke dışına asker gönderilmesi, büyükelçi ve atanması, yüksek yargıya yapılan atamalar, barış anlaşmaları imzalama belli başlı görevlerindedir.

D- Yarı-Başkanlık Sistemi

Yarı başkanlık sisteminin kaynağı Batı Avrupa ülkeleridir. Birinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinde sonra pek çok Batı Avrupa ülkesi bu sisteme geçmiştir. Finlandiya, Almanya, Avusturya, İzlanda, Portekiz ve Fransa yarı-başkanlık sistemini kabul eden ülkelerdendir⁶⁸.

Yarı-başkanlık hükümeti sistemi, teorik olarak parlamenter hükümet sisteminden çok da farklı değildir. Burada, sistem uygulama açısından bazı noktalarda parlamenter sistemden ayrılmaktadır. Bu hükümet sistemi, Fransa'da V. Cumhuriyet Anayasası dönemi dikkate alınarak açıklanmaktadır. Yarı-başkanlık hükümeti sistemi, özünde parlamenter sistem olduğu halde bu sistemden bazı noktalarda sapma nedeniyle ortaya çıkmış bir hükümet sistemi çeşidi olarak ifade edilmektedir⁶⁹.

1958 tarihli Fransız Anayasasının getirdiği sistemi, parlamenter sistemden ayıran noktalar şu şekilde sayılmaktadır: Birincisi, Cumhurbaşkanının karşı-imza kuralına tabi olmaksızın tek başına yapabileceği bazı işlemlerin olması ve olağanüstü dönemlerde kullanabileceği geniş yetkilerin bulunmasıdır. Bu nedenle, devlet başkanının parlamenter hükümet sisteminde olması gerektiğinden çok daha güçlü bir konumdadır. İkincisi, 1958 Fransız Anayasasında neredeyse devlet başkanı-hükümet başkanı ayrımı yoktur. Cumhurbaşkanı adeta devlet başkanı ve hükümet başkanı fonksiyonlarının ikisini de şahsında toplamıştır. Üçüncüsü, 1958 Fransız Anayasasında 1962 yılında yapılan değişiklikle birlikte Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi usulü getirilmiştir. Doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, hukuki açıdan sahip olduğu yetkileri kullanırken demokratik meşruluk gücü nedeniyle çok daha rahat hareket edebilecektir⁷⁰.

⁶⁸ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Abdulkakimoğulları, Erdal, "Yarı Başkanlık Sistemi, (Fransa)", Ak Parti Yayınları, Ankara, 2013

⁶⁹ Abdulkakimoğulları, Erdal, "Bir Hükümet Sistemi Modeli Olarak Fransa Yarı-Başkanlık Modeli", 2013, <http://www.ankarastrateji.org/ko-e-yaz-s/bir-hukümet-sistemi-modeli-olarak-fransa-yar-ba-kanl-k-modeli/> (Erişim Tarihi:05.02.2016)

⁷⁰ Yavuz, Bülent, "2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler Ve Çözüm Yolları",

Yarı başkanlık terimi, ilk kez Fransa’da Le Monde Gazetesi’nin kurucusu Hubert Beuve-Mery tarafından kullanılmış olmakla birlikte, söz konusu kavramı popüler hale getiren Ünlü Fransız siyaset bilimci Maurice Duverger olmuştur⁷¹. Maurice Duverger’e göre bir hükümet sistemine yarı-başkanlık denilebilmesi için üç unsurun bulunması gerekir. Birincisi, devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi gerekir. İkincisi, devlet başkanının sistemin işleyişinde ciddi ölçüde etkili ve önemli yetkilere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle devlet başkanı yönetimde baskın bir aktör olmalıdır. Üçüncüsü, parlâmentonun güvenine bağlı olarak görevde kalan bir başbakan ile bakanların da yürütme yetkilerine sahip olması gerekir⁷².

Sartori’ye göre; bir ülkedeki sistemin yarı-başkanlık olması şu özelliklerin bulunması gerekir⁷³: Birincisi, devlet başkanının sabit bir dönem için, doğrudan veya dolaylı bir şekilde genel oyla seçilmesi gerekir. İkincisi, devlet başkanının yürütme yetkisini başbakanla paylaşması gerekir. Başka bir ifadeyle, düalist bir yürütme yapısının olması gerekir⁷⁴. Çift başlı otorite yapısı, yürütme içinde farklı dengelere ve güç ağırlıklarının kaymasına imkân sağlar. Üçüncüsü, devlet başkanı parlamentodan bağımsız olmalıdır. Ancak devlet başkanı doğrudan yönetme yetkisine sahip olmayıp, bu yetkiyi ancak hükümet birlikte kullanabilir. Dördüncüsü; başbakan ve bakanlar kurulu da devlet başkanından bağımsız olmalıdır. Ancak burada, bakanlar kurulu meclise karşı sorumludur. Başka bir ifadeyle, parlamenter sistemde olduğu gibi hükümetin ayakta kalabilmesi için meclisin desteğine ihtiyacı bulunmaktadır. Bu desteği sağlayan araç ise güvenoyudur⁷⁵.

Shugart’a göre yarı başkanlık sisteminin asli unsurları; seçilmiş bir başkan ve parlamentoya karşı sorumlu hükümetten oluşan düalist yürütme yapısıdır⁷⁶. Yazara göre, parlamenter sistemle başkanlık sistemine ait

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, 2008, S. 1-2, s.1190

⁷¹ Uluşahin, 2003, s. 201

⁷² Veser, Ernst “Semi-presidentialism- Duverger’s concept: A new Political System Model”, s.40, http://www.rchss.sinica.edu.tw/app/ebook/journal/11-01-1999/11_1_2.pdf; Yavuz, 2008, s.1190

⁷³ Uluşahin, 2003, s. 220

⁷⁴ Abdulkakimoğulları, <http://www.ankarastrateji.org/ko-e-yaz-s/bir-hukümet-sistemi-modeli-olarak-fransa-yar-ba-kanl-k-modeli/>

⁷⁵ Erdem, Kasım “Yarı-Başkanlık Sistemi: Teori, Pratik Ve Tartışmalar” TBMM Araştırma Merkezi Yayınları Yayın No:6, Ankara, 2014, s.2

⁷⁶ Yavuz, Bülent- Bayındır, M. Savaş, “Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna Başkanlık Etmesi Tartışmaları Ve Sistem Arayışı” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, 2014, S. 3-4, s.439

özellikleri haiz ve halk tarafından seçilen bir başkan ve parlamentoya bağımlı bir hükümetin bulunduğu sayısız sayıda karma rejimden bahsedilebilir. Yarı-başkanlık sisteminde yürütmenin bir parçası olan başkanın kaynağı ve varlığını sürdürmesi parlamentodan bağımsızken diğer kanadı olan hükümet, parlamento çoğunluğuna bağımlıdır. Başka bir ifadeyle, devlet başkanı bağımsız bir statüde iken hükümetin göreve devam edebilmesi için meclisi desteğine ihtiyacı bulunmaktadır⁷⁷.

Bazı yazarlar ise; yarı-başkanlık sistemi farklı bir hükümet sistemi olarak görmemektedir. Örneğin Hollandalı siyaset bilimci Arend Lijphart, Fransa'nın Beşinci Cumhuriyeti'nde uygulanan yarı-başkanlık sistemini, parlamenter ve başkanlık sistemlerinin bir sentezi olarak değil, bu sistemler arasında gelip gitme olarak tanımlamaktadır⁷⁸. Yarı başkanlık sistemi başkanlık sistemi ile parlamenter sistem arasında gidip gelen melez bir sistem olarak ifade edilebilir. Devlet başkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesi ve sahip olduğu yetkiler başkanlık sistemini çağrıştırdıkça, başbakan ve bakanlar kurulu üyelerinin parlamento içinden çıkması ve onun güvenine muhtaç olması parlamenter sistemi hatırlatmaktadır⁷⁹.

Yarı-başkanlık sistemin temel özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz: Birincisi; devlet başkanının halk tarafından seçilmesi, ikincisi; devlet başkanının önemli yetkilere sahip olması, üçüncüsü; bakanlar kurulunun parlamentonun güvenine tabi olması ve devlet başkanının parlamentoyu fesih veya yasama yetkisine yahut her iki yetkiye sahip olmasıdır.

Yarı-başkanlık sisteminde devlet başkanı halk tarafından seçilmekte ve hükümetin anayasal ve yasal yetkilerine adeta ortak olmaktadır⁸⁰. Bu sistemde devlet başkanı yönetimde aktif bir aktördür. Bunu belirleyen ise anayasa hükümleridir. Ancak, anayasanın salt hükümleri belirleyici olmayıp fiili durum da önemlidir. Eğer, fiiliyatta da devlet başkanı sistemde dominant⁸¹ bir şekilde yer almalıdır. Yarı-başkanlık sisteminde, devlet başkanı halk tarafından seçildiği için başkanlık sisteminde olduğu gibi demokratik meşruiyet çiftli bir yapı göstermektedir.

⁷⁷ Shugart, Matthew Soberg "Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns", 2005, Aktaran, Erdem, 2014, s.4

⁷⁸ Lijphart, s. 64; Uluşahin, 2003, s. 216

⁷⁹ Uluşahin, 2003, s. 216

⁸⁰ Demir, Fevzi, "Yarı Başkanlık Hükümet Sistemi ve Türkiye", Yaşar Üniversitesi Dergisi, C.8, Sayı1, özel, 2014, s.832

⁸¹ Yavuz, 2008, s. 1190

Yarı-başkanlık sisteminde, parlamenter sistemde olduğu gibi bakanlar kurulu gerek bireysel gerekse kolektif olarak meclise karşı sorumludur⁸². Dolayısıyla, ancak meclisin güvenoyuyla görevine devam edebilen hükümet; soru, gensoru, meclis araştırması ve meclis soruşturması gibi mekanizmalarla parlamento tarafından denetlenebilecektir. Devlet başkanının ise siyasi sorumluluğu bulunmamaktadır. Yürütmenin icraatlarından sorumluluk hükümete aittir.

Yarı-başkanlık sisteminde, parlamenter sistem ve başkanlık sisteminde karşılaşılan kronik sorunlara çözüm iddiası vardır. Parlamenter sisteme yöneltilen en önemli eleştirilerden birisi istikrarsız hükümetlerdir⁸³. Başkanlık sistemi ise, yasama ve yürütme kuvvetinin sert ayrılığında kaynaklanan kilitlenmeler nedeniyle eleştirilmektedir. İşte yarı-başkanlık sistemi bunları çözme iddiasındadır. Yarı-başkanlık sisteminde parlamenter sistemdeki gibi, bakanlar kurulu meclise karşı sorumludur. Bakanlar kurulu, başbakan tarafından meclis içinden belirlenir ve güven oylamasına tabidir. Yine, soru, meclis araştırması, gensoru gibi araçlarla hükümet denetlenir. Yarı-başkanlık sisteminde halk tarafından seçilen cumhurbaşkanı devlet iktidarını hükümetle birlikte paylaşır, burada sorumluluk parlamenter sisteme paralel bir şekilde bakanlar kuruluna aittir. Başka bir ifadeyle devlet başkanı sorumsuzdur. Son olarak, yarı başkanlık sisteminde cumhurbaşkanının parlamentoyu fesh etme yetkisi vardır. Kuvvetler arasında meydana gelebilecek sistem tıkanmalarını açmak için devlet başkanına parlamentoyu fesh etme yetkisi verilmiştir⁸⁴. Devlet başkanına tanınan bu yetki, parlamenter sistemlerde görülen yürütmenin istikrarsızlığı sorununa çare olarak üretilmiştir.

E- Türkiye’de Hükümet Sistemi Tartışmaları Üzerine Değerlendirmeler

Türkiye’de hükümet sistemi uzunca bir süredir tartışılmaktadır. Başkanlık sistemine ilişkin ilk tartışma, 1980 yılında Tercüman gazetesinin düzenlediği Anayasa seminerinde ve Yeni Forum dergisinin önerdiği Anayasa Projesi’nde yer almıştır. Tercüman gazetesinin düzenlediği seminerine katılan bilim adamlarının bir kısmı Fransa’da uygulanan yarı başkanlık sistemini, bir kısmı ise başkanlık sistemine geçişi savunmuştur. Bazı bilim adamları ise,

⁸² Atay, E. Ethem, “Yarı-Başkanlık Rejimi ve Özellikle Fransa Örneği”, Kamu Hukuku Arşivi, Y. 2, 1999, s.141

⁸³ Uluşahin, 2003, s. 200

⁸⁴ Demir, 2014, s. 831.

Cumhurbaşkanının yetkilerinin artırılması koşuluyla parlamenter sisteminin korunmasını desteklemişlerdir⁸⁵.

Hükümet sistemi tartışmaları, 1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra da devam etmiştir. Tartışma, zaman zaman küllense de ateşi hiç sönmemiştir⁸⁶. Hükümet sistemi tartışmaları, Anayasanın yapım sürecinde de gündeme gelmiştir. 1982 Anayasasının hazırlanması sırasında da ortaya atılmış olan bu konu ilk defa zamanın Başbakanı Turgut Özal tarafından gündeme getirilmiştir. Başkanlık Sistemi'ni ilk kez Başbakanlığı sırasında önermiş, fakat yoğun tepkiler karşısında önerisini geri adım atmıştır. Cumhurbaşkanı olduktan sonra başkanlık sistemi üzerindeki çalışmalarını yoğunlaştırmış, özellikle Körfez Krizi ve Savaşı sırasında karşılaştığı güçlüklerle bu sisteme olan inancı pekiştirmiştir. Başkanlık Sistemi son kez 1993 yılı katıldığı panelde tartışılmıştır. Özal burada; *“Başkanlık Sistemi tartışılmalıdır. Benim bu konuda biraz daha netleşmiş fikirlerim var. Tartışsın, toplum bu konularda fikrini açıkça ortaya koysun. Çünkü tartışılmayan fikirler sanki birileri tarafından empoze ediliyormuş gibi bir his verir. Bu doğru değil. Ama bazıları daha başından karşı. “ demiştir⁸⁷.*

1999 yılında dönemin Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel tarafından TBMM'de yaptığı açılış konuşmasında cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini tekrar gündeme getirmiştir. *“Cumhurbaşkanı, iki turlu seçimle, halk tarafından seçilmelidir. Bana göre, yedi sene Cumhurbaşkanlığı uzundur ve cumhurbaşkanı beş sene için seçilmelidir; eğer, Meclisiniz muvafık görürse, iki defa seçilebilmelidir; ama mutlaka halk tarafından seçilmelidir. Bunun birtakım mahzurları vardır; ama maksadınız, eğer demokrasiyi güçlendirmekse, demokrasinin kurumlarına daha çok otorite kazandırmaksa, mutlaka halkın rızasına ve yetkisine cumhurbaşkanlığı makamını bırakmak lazımdır⁸⁸.”*

Nitekim Süleyman Demirel'in görev süresinin dolmasına az bir zaman kala, 2000 yılının başlarında iktidarda olan koalisyon hükümeti tarafından meclis sunulan anayasa değişikliği teklifiyle Cumhurbaşkanı'nın görev süresini 5 yıla indirip, bir kimsenin iki defa Cumhurbaşkanı seçilmesine imkân

⁸⁵ Küçükoba, Gamze, “Başkanlık sistemi ve Türkiye'ye Uygunluğu sorunsalı” Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2014, s. 60; Yavuz, 2008, s.1192

⁸⁶ Gönenç, 2005, s. 1

⁸⁷ <http://www.tha.com.tr/turgutozal/sayfa292.htm> (Erişim Tarihi:04.02.2016)

⁸⁸ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem21/yil2/bas/b001m.htm> (Erişim Tarihi:04.02.2016)

sağlayan bir taslak hazırlanmıştır. Yine, Fazilet Partisi ve Doğru Yol Partisi milletvekilleri tarafından verilen bir başka değişiklik teklifinde, Cumhurbaşkanı’nın 5 yıllık bir süre için doğrudan halk tarafından seçilmesi de önerilmiştir. Ancak, bu son öneri, TBMM Anayasa Komisyonu’nda, ilk teklif ise genel kurul tarafından reddedildiğinden sistem tartışmaları buzdolabına kaldırılmıştır⁸⁹.

2002 yılında tek başına iktidar olan Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından konu tekrar tartışmaya açılmış, Recep Tayyip Erdoğan, AK Parti Genel Başkanı ve Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı olduğu dönemde başkanlık sistemini çoğu kez dile getirmiştir. 7 Aralık 2004 yılında, Adalet Bakanı ve Hükümet Sözcüsü Cemil Çiçek’in bir açıklaması nedeniyle konu yeniden gündeme gelmiştir. Bakan Çiçek, Avrupa Birliği 2004 Yılı İlerleme Raporu’nda ülkemizde milletvekili seçimlerinde uygulanan yüzde on baraja yönelik eleştiriler ile ilgili bir soru sorulması üzerine verdiği cevapta; 12 Eylül sonrasında yüzde 10 barajının gelmesinin amacının Türkiye’de siyasi istikrarın sağlanması olduğunu, istikrar ya seçim kanunları ile ya da demokratik sistemle sağlanacağını ifade etmiştir. Çiçek’e göre siyasi istikrar ise, bu konuda başarı sağlayan başkanlık sistemi ile mümkün olacaktır. Toplum olarak tercihimiz siyasi istikrarın ve buna bağlı olarak ekonomik istikrarın sağlanması ise tercih edilecek model başkanlık sistemi olmalıdır⁹⁰.

10 Ağustos 2014 yılında Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı olarak seçilen Recep Tayyip Erdoğan’ın sıkça gündeme getirdiği başkanlık sistemi, 7 Haziran 2015 tarihli genel seçim sürecinin temel siyasal tartışma konuları arasında yer almış, Cumhurbaşkanı bizzat miting meydanlarında seçmenden başkanlık sistemi için destek talep etmiştir⁹¹. Cumhurbaşkanı, muhtelif zamanlarda katıldığı programlarda başkanlık sistemi konusunu, “ağırlıklı olarak” kendisinin gündeme getirdiğini ifade etmiş, başkanlık sisteminin yönetime “hız veren” bir sistem olduğunu belirterek Türkiye için önemine dikkat çekmiştir. Son olarak, 28 Ocak 2016 tarihinde yaptığı açıklamayla parlamenter sistemin miadını⁹² doldurduğunu ifade etmiş ve “Başkanlık

⁸⁹ Onar, 2005, s.85

⁹⁰ <http://www.hurriyet.com.tr/baskanlik-sistemi-siyasi-istikrar-getirir-279249> (Erişim Tarihi:04.02.2016)

⁹¹ https://www.academia.edu/19899718/T%C3%BCrkiye_Başbakanı_Yaz%C4%B1n%C4%B1n_Başında_Başbakanlık_Sistemi_Tartışmaları_C5%9Fmillerin_C4%B1_Discussions_of_Presidential_System_in_Turkish_Printed_Media (Erişim Tarihi:04.02.2016)

⁹² Fendoğlu, Hasan Tahsin, “Başkanlık Sistemi” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.3, S. 1, 2012, s. 48

sistemini dışlayan anayasa çalışması sakat kalır” sözleriyle de başkanlık sisteminin önemine vurgu yapmıştır⁹³. 1 Kasım 2015 seçimlerinden sonra yeni bir anayasa yapmak üzere oluşturulan Anayasa Uzlaşma Komisyonu çalışmalarına başlamıştır. Ancak, Komisyon daha üçüncü toplantısında başkanlık sistemi tartışmaları nedeniyle dağılmıştır⁹⁴.

Türkiye’de başkanlık sistemi genellikle yanlış tanınmakta olup bu konuda bugüne kadar yapılan tartışmalar sağlıklı bir zeminde gerçekleşmemiştir. Türkiye’de başkanlık sistemi adeta lanetli bir konudur. Çünkü Türkiye siyasi elitlerinde başkanlık sistemine karşı kökleşmiş bir önyargı mevcuttur. Bu şekilde düşünen insanların çoğunda başkanlık sistemi otoriter sistemleri çağrıştırmaktadır. Hatta akademik söylemde bile parlamentarizmden yana ve başkanlığa karşı adeta skolâstik bir inanç vardır⁹⁵.

Başkanlık sistemiyle ilgili son tartışmalarda dikkati çeken husus, konunun rasyonel ve bilimsel olmaktan çok, duygusal ve ideolojik çerçevede ele alınması, lehte ve aleyhte görüşlerin çok abartılı biçimde sunulmasıdır. Nitekim başkanlık veya yarı-başkanlık sistemini önerenler, bunu her sorunu çözecek bir kurtuluş reçetesi olarak sunarken, karşıtları da bunun padişahlığa, kişisel diktatörlüğe yol açacak bir sistem olduğunu iddia etmektedirler. Hâlbuki hükümet sistemleri tercihi sorunu, siyaset bilimi literatüründe geniş ölçüde tartışılmış ve pek çok yayına konu olmuş bir sorundur⁹⁶. Türk siyaset bilimi ve anayasa hukuku literatüründe de bu hususta ciddi bir birikim vardır⁹⁷. Bu literatürü genel olarak incelemek bile, söz konusu aşırı iddiaların temelsizliğini göstermeye yetecektir. Her şeyden önce, başkanlık ya da yarı-başkanlık sistemlerinin bir padişahlık rejimine, kişisel diktatörlüğe yol açacağı sağlıklı bir değerlendirme değildir. Başkanlık ve yarı-başkanlık sistemleri de, parlâmenter sistemler gibi, demokratik hükümet modelleri arasında yer almakta olup birçok demokratik ülkede oldukça başarılı şekilde uygulanmaktadır. Öte yandan, bu sistemlere geçişi savunanlar, bununla

⁹³ <http://www.ntv.com.tr/turkiye/erdogan-yeni-anayasa-baskanlik-olmadan-sakat-kalir,hf3iOBusEWu8vakhwHzw> (Erişim Tarihi:04.02.2016)

⁹⁴ <http://www.milliyet.com.tr/anayasa-komisyonu-3-toplantida/siyaset/detay/2195513/default.htm>(Erişim Tarihi:18.02.2016)

⁹⁵ Erdoğan, Mustafa “Başkanlık Sistemi, Demokrasi Ve Türkiye”, <http://ozgurlukarastirmalari.com/baskanlik-sistemi-demokrasi-ve-turkiye> (Erişim Tarihi:04.02.2016)

⁹⁶ Uluşahin, Nur Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999

⁹⁷ Yavuz, Bülent, “Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemine Etkisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S. 2, Kayseri, 2008

Türkiye’nin hangi problemlerine çare olacağı konusunda tatmin edici delil sunamamaktadırlar⁹⁸.

Türkiye’de hükümet sisteminin değişmesini isteyenlerin temel tezleri şunlardır: Türkiye hızla gelişen dinamik bir ülkedir. Kıtaların kesiştiği bir bölgede olan ülke kendisiyle benzer durumda olan ülkelerin önüne geçebilmesi için, ekonomik, siyasal ve sosyal sorunlarını süratli bir şekilde çözmesi gerekir. Bunu ancak, hızlı ve sorunsuz bir şekilde karar alıp uygulayan iş bitirici siyasi iktidarlar yapabilir. İstikrarsız ve yavaş işleyen mevcut parlamenter sistem, buna imkân vermemektedir. Hal böyle olunca, başkanlık ya da yarı-başkanlık hükümeti sistemine geçmek en doğru tercih olacaktır⁹⁹.

Türkiye’de hükümet sistemi değişikliğinde önerilen iki sistem yarı-başkanlık ve başkanlık sistemidir. Öncelikle yarı başkanlık sisteminin daha sonra da başkanlık sisteminin uygulanabilirliğini değerlendirmek faydalı olacaktır. Burada ilk olarak cevap bulmamız gereken soru, 2007 yılında 1982 anayasasında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine imkân sağlayan anayasa değişikliğinden sonra Türkiye’nin sistemi bir yarı-başkanlık sistemi olup olmadığıdır. 31.07.2007 tarihli ve 5678 sayılı Kanun’la 1982 Anayasası’nın 101. ve 102. maddesinde yapılan değişiklikle cumhurbaşkanının seçilme usulü değiştirilmiştir¹⁰⁰. Yapılan bu değişiklikle birlikte artık cumhurbaşkanı TBMM tarafından değil doğrudan halk tarafından seçilecektir. 1982 Anayasası’nın daha yapım aşamasından itibaren benimsenecek ya da benimsenmiş olan hükümet sisteminin parlamenter hükümet sistemi mi, yarı-başkanlık hükümeti sistemi mi olduğu konusu hep tartışılmış; ancak bugüne kadar herkesin üzerinde anlaşılmamıştır. Söz konusu tartışmalar bugün de devam etmektedir. Türkiye’de yaptığı çalışmalarla başkanlık sisteminin önemli teorisyenlerinden birisi olarak kabul edilen ve farklı zamanlarda farklı Cumhurbaşkanlarına danışmanlık yapan Prof. Dr. Burhan Kuzu 1996 yılında yayınladığı bir makalesinde cumhurbaşkanı başbakan çatışmasının değerlendirildiği bir zamanda şu yorumu yapmıştır:

⁹⁸ Özbudun, Ergun “Hükümet Sistemi Tartışmaları”, <http://www.birarada.org/tr/16878/Prof-Dr-Ergun-Ozbudun-Huk-met-Sistemi-Tartismalari>(Erişim Tarihi:04.02.2016)

⁹⁹ Gönenç, Levent “ Türkiye’de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları: Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu”, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s.1

¹⁰⁰ 31.5.2007 tarihli ve 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 21.10.2007 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu kabul edilmiş ve konuya ilişkin Yüksek Seçim Kurulu Kararı 31.10.2007 tarihli ve 26686 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

“Bazı yazarlar; cumhurbaşkanının halk tarafından doğrudan doğruya seçilmesini önermektedirler. Bizce, bir nevi yarı-başkanlık modelini andıracak olan böyle bir model, Türkiye’de işleri daha da kötü yapacaktır. Yarı-başkanlık modelinin bizde çok daha sıkıntılar çıkaracağı ve bugünkü durumdan pek farklı olamayacağı, hatta daha kötü olacağı kanaatindeyiz... Cumhurbaşkanını halka seçtirmek yerine, 1982 Anayasasında gerekli değişiklikleri yaparak cumhurbaşkanının yetki ve konumunu klasik parlamenter rejimlerde olduğu gibi sembolik hale getirmek daha mantıklıdır. Cumhurbaşkanını halk seçer de, bu Anayasada gerekli diğer değişiklikler yapılmazsa o zaman doğacak siyasi kriz daha da katmerleşir. Zira halkın en az %51 ve daha fazlasının desteğini almış bir cumhurbaşkanı Anayasanın vermiş olduğu yetkileri çok daha rahat kullanabilecek ve kamuoyunda da büyük bir kabul görecektir. Böyle bir cumhurbaşkanı ile başbakan arasında sürtüşme daha da artacaktır... Bizce, Türkiye için yarı-başkanlık sistemi, başkanlık sistemine nazaran daha büyük siyasi sorunlar doğuracaktır¹⁰¹.” Kaderin garip cilvesi, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulü, kendisinin mensubu olduğu Ak Parti’nin iktidarı döneminde getirilmiştir.

Yarı-başkanlık sisteminin prototipi, 1958 tarihli Fransa 5. Cumhuriyet Anayasasıdır. Bu anayasanın ilk bakışta parlamenter sistemin temel özelliklerini taşıdığı görülmektedir¹⁰². Örneğin, bakanlar kurulunun parlamentoya karşı siyasal sorumluluğu vardır. Devlet Başkanının siyasal sorumsuzluğu söz konusudur. Yine belli istisnalar dışında devlet başkanının işlemleri ilgili bakan ve başbakanca imzalanır. Parlamenter sistemin bazı özelliklerini taşısa da bu sistemden farklılaştığı pek çok nokta bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi, 1962 yılında Anayasada yapılan değişiklikle devlet başkanının başkanlık sisteminde olduğu gibi halk tarafından seçilmesidir¹⁰³. Anayasanın ilk şeklinde devlet başkanı özel seçici bir Kurul yapıyordu. Bu Kurul’da meclis üyeleri, il genel meclisi üyeleri, denizaşırı bölgelerin meclis üyeleri ve kırsal kesimden gelen kişiler vardı. Devlet başkanının halk tarafından seçilmesi elbette demokratik meşruiyetini arttırmıştır. Hatta bu meşruiyetin millet meclisinden bile fazla olduğu söylenebilir. Çünkü milletvekilleri ancak seçim çevresindeki seçmenlerin oyunu alabildiği halde cumhurbaşkanı bütün ülkedeki seçmenlerin oyunu almaktadır¹⁰⁴.

¹⁰¹ Kuzu, 1996, s. 82-83

¹⁰² Yavuz-Bayındır, 2015, s. 438

¹⁰³ Uluşahin, 2003, s. 205,

¹⁰⁴ Özbudun, 2013, s.352

Yarı-başkanlık sisteminin parlamenter sistemden ayrıldığı diğer nokta; devlet başkanının yaptığı bazı işlemlerin karşı-imza kuralı dışında tutulmasıdır. Başka bir ifadeyle, devlet başkanına bazı işlemleri tek başına yapma yetkisi verilmiştir. Devlet başkanı Anayasanın 19. maddesine göre; Anayasanın 8’inci maddenin birinci fıkrası, 11, 12, 16, 18, 54 ve 61’inci maddelerde öngörülenler dışındaki işlemleri, Başbakan ve gerektiğinde ilgili bakanlar tarafından imzalanır. Devlet başkanının tek başına yaptığı işlemler şunlardır: Başbakanı atamak veya istifasını kabul etmek, bazı yasaları referanduma sunmak, millet meclisini feshetmek, kamu düzeninin sağlanabilmesi için belli nedenlerle olağanüstü hal ilan etmek, parlamentoya mesaj göndermek, anayasaya aykırı gördüğü kanunları Anayasa Konseyi’ne götürmek, Anayasa Konseyi’nin bir kısım üyelerini seçmektir¹⁰⁵.

Yarı-başkanlık sisteminin parlamenter sistemden ayrıldığı diğer bir nokta, devlet başkanının hükümet tarafından kabul edilen kanun hükmünde kararnameler ve diğer kararnameler karşısındaki durumudur. Bu konu açıkça Anayasa’da düzenlenmemiş olmakla beraber doktrinde pek çok kişi tarafından devlet başkanının bunları imzalamama yetkisi olduğunu, dolayısıyla söz konusu kararnamelerin yürürlüğe girmesini engelleyebileceği kabul edilmektedir. Devlet başkanının bakanlar kurulu toplantılarına başkanlık etmesi de parlamenter sistemden diğer bir farklılıktır. Gerçi parlamenter sistemde de devlet başkanı bu toplantılara başkanlık edebilir ancak bu hem istisnai bir durumdur, hem de devlet başkanının bu toplantılara katılması şekli olmayıp kararların alınmasına katılmayı da içermektedir¹⁰⁶. Fransa’da uygulanan ve başkanlık sistemi ile parlamenter sistem arasında gidip gelen bu sistem, yarı başkanlık sistemi olarak ifade edilmektedir.

2007 yılında 5678 sayılı Kanun’la cumhurbaşkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesi usulünün getirilmiş olması, hükümet sistemimiz açısından oldukça önemlidir. Yapılan bu değişiklikle, Anayasanın cumhurbaşkanına verdiği geniş yetkilerle birlikte düşünüldüğünde hükümet sistemini yarı-başkanlık sistemine yaklaştırdığı; ancak yine de bu değişikliğin cumhurbaşkanını Fransa’da olduğu gibi siyasal sistemin temel unsuru haline getirmediğinden tam anlamıyla yarı-başkanlık sistemine geçilmediği ifade edilmektedir¹⁰⁷. Diğer taraftan, 5678 sayılı Kanun ile salt cumhurbaşkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesi usulünün getirilmiş olması,

¹⁰⁵ [https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR\(4.10.1958\).pdf](https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR(4.10.1958).pdf) (Erişim Tarihi:05.02.2016)

¹⁰⁶ Özbudun, 2013, s.351

¹⁰⁷ Özbudun, 2013, s.354

başkanlık sistemi denilebilmesi için yeterli değildir; çünkü yürütmenin düalist yapısı korunmaktadır¹⁰⁸. Yürütme yetkisi, hükümet ve cumhurbaşkanının tarafından kullanılmaya devam etmektedir. Başkanlık siteminde ise, yürütme, monist bir yapıda olup bu yetki başkan ve yardımcısı tarafından kullanılmaktadır. Yine, Anayasa’da bakanlar kurulunun parlamentoya karşı bireysel ve kolektif sorumlulukları devam etmektedir. Başkanlık sistemine yasama ve yürütme katı bir şekilde birbirinden ayrılmışken, Anayasa’da esnek ve dengeli bir şekilde ayrılmış olup karşılıklı etkileşim devam etmektedir¹⁰⁹.

Bizce, 5678 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle yüzyıldan fazla süredir uygulanan parlamenter sistem gerçekten “miadını doldurmuş”tur. Çünkü bu anayasa değişikliği ile parlamenter sistemin temel felsefesinden oldukça uzaklaşılmış olup ortada yepyeni bir sistem bulunmaktadır. Elbette bu sisteminin adlandırılmasında, teknik detaylar nedeniyle tam uzlařılamayabilir¹¹⁰; ancak bizce bu sistem, yarı-başkanlık sistemi olarak ifade edilebilir¹¹¹. Hatta mevcut durumun fiilen başkanlık sistemi bile olduğu ileri sürülebilir. Çünkü Türk siyasal hayatının son 15-20 yılına damga vuran Recep Tayyip Erdoğan¹¹² aynı siyasal gelenekten gelen bir hükümetle beraber çalışmaktadır. Kendisinin siyasal tarihimizdeki en etkili liderlerden birisi olduğu açıktır. Dolayısıyla, şu anda hukuken olmasa da fiilen devlet yönetiminde Amerikan Başkanı’nı kısıktırarak bir durumda olduğu ileri srlebilir¹¹³.

2007’deki referandum sonrasında Cumhurbaşkanını halkın seçmesine yönelik Anayasa değişikliği ve 2014’te Cumhurbaşkanın halkın seçmesinin ardından başkanlık sistemine geçiş tartışmaları artmıştır. Özellikle, Ak Parti’nin 1 Kasım 2015 yılında elde ettiği son seçim zaferinin ertesinde

¹⁰⁸ Yazıcı, 2005, s. 139

¹⁰⁹ zbudun, 2013, s.354

¹¹⁰ örneğin, devlet başkanının parlamentoyu şartsız fesih yetkisi, kanunları referanduma gtirme yetkisi, devlet başkanının tek başına olağanüstü hal ilan etme yetkisi henüz yoktur. Bu nedenle, yürürlükteki haliyle 1982 Anayasası’nın teorik olarak yarı-başkanlık sistemini getirdiğini kabul etsek bile, Fransa’daki uygulamaya benzer etkilerin tam anlamda gerçekleşmesini sağlayacak hükümlerden yoksun olduğu söylenebilir. Yavuz-Bayındır, 2015, s. 441

¹¹¹ Aynı yönde bir yaklaşım için bkz., Yavuz, 2008, s.1196

¹¹² 1994 ve 1998 yılları arasında Refah Partisi’nden İstanbul büyükşehir belediyesi başkanlığı görevini yrtmuştur. Kurucuları arasında yer aldığı Adalet ve Kalkınma Partisi’nin genel başkanlığı görevini 12 yıl boyunca sürdürürken; 2002, 2007 ve 2011 genel seçimlerinden en yüksek oyu alan parti olarak ayrılmıştır. 2014 yılında yapılan seçimle doğrudan halkoyuyla seçilen ilk Cumhurbaşkanı olmuştur.

¹¹³ <http://www.radikal.com.tr/politika/elitas-abdullah-gulun-yetkisi-obamadan-fazla-1106151/> (Erişim Tarihi:05.02.2016)

başkanlık sistemi tartışmalarını daha da yoğunluk kazanmıştır¹¹⁴. Bu anayasa değişikliğini yapan siyasi iradenin nihai hedef olarak Türkiye’de başkanlık hükümeti sistemini getirmeyi hedeflediği söylemek kehanet olmayacaktır. Nitekim Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan, 28 Ocak 2016 yılında yapmış olduğu bir konuşmada sistem değişikliği düşüncesinin çok eskilere dayandığını net olarak şu şekilde ifade etmiştir: “*Başkanlık sistemi, Tayyip Erdoğan’ın kişisel meselesi değildir. Bu sistemi Cumhurbaşkanlığında da konuştum, Başbakanlığında da konuştum, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı olduğum zaman da konuştum. Biz dersimizi iyi çalışıyoruz. Benim bu konuyu gündeme getirmem, Türkiye’nin hedeflerine ulaşabilmesi için böyle bir yönetim sistemine sahip olması gerektiğine olan samimi inancımın kaynaklanıyor*”¹¹⁵.” Sonuç olarak, kanaatimizce, 2007 yılından bugüne kadar yaşanan siyasal gelişmeler, hükümet sistemiyle ilgili yapılan değişikliklerin burada kalmayacağını göstermektedir. 1961 Anayasasındaki saf parlamenter sistem, 1982 Anayasasında rasyonelleştirilmiş parlamenterizme, 2007’de ise yarı başkanlık sistemine dönüşmüştür¹¹⁶. Daha sonra da muhtemelen başkanlık sistemine doğru evrilecektir¹¹⁷.

¹¹⁴ <http://www.sabah.com.tr/gundem/2016/01/03/baskanlik-sistemi-modeline-ince-ayar> (Erişim Tarihi:05.02.2016)

¹¹⁵ <http://www.ntv.com.tr/turkiye/erdogan-yeni-anayasa-baskanlik-olmadan-sakat-kalir,hf3iOBusEWu8vakhwHzw> (Erişim Tarihi:05.02.2016)

¹¹⁶ Aynı yönde görüş için bkz., Yavuz, 2008, s. 1193

¹¹⁷ Nitekim Cumhurbaşkanı katıldığı bir sempozyumda bu konudaki düşüncelerini şu şekilde açıklamıştır. “...*Yürütme meselesi sanıyorum yeni anayasa çalışmalarının diğüm noktasını teşkil edecektir. Biz, parlamenter sistemin ülkemizde miadını doldurduğuna inanıyoruz. Yeni Türkiye’nin inşası sürecinde yeni anayasaya ve onunla birlikte hayata geçirilecek başkanlık sistemine ihtiyaç olduğunu düşünüyoruz.*

Başkanlık sistemi, Tayyip Erdoğan’ın kişisel meselesi değildir. Bu sistemi Cumhurbaşkanlığında da konuştum, Başbakanlığında da konuştum, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı olduğum zaman da konuştum. Biz dersimizi iyi çalışıyoruz. Benim bu konuyu gündeme getirmem, Türkiye’nin hedeflerine ulaşabilmesi için böyle bir yönetim sistemine sahip olması gerektiğine olan samimi inancımın kaynaklanıyor.

Bugün Türkiye tarihinde ilk defa milletin kendi tercihi olarak milletin yeni anayasasını ve başkanlık sistemini tartışabilmektedir. Bu bile başlı başına bir kazançtır. Yapmamız gereken milletin başkanlık sistemi konusunda bilgilendirilmesidir.

Başkanlık sistemi konusundaki bir diğer önemli avantajımız, 10 Ağustos 2014 itibariyle cumhurbaşkanının doğrudan millet tarafından seçilmeye başlanmış olmasıdır. Adım atıldı, bu iş yürüyor. Ülkemizde bu sistemle seçilen hiçbir cumhurbaşkanının, siyasi gündemden tecrit edilmiş bir şekilde sadece sembolik konumda bulunması düşünülemez. Meclisin seçtiği cumhurbaşkanlarının da tümüyle siyasi gündemin dışında kaldığını, yetkilerini tarafsızlık içinde kullandığını söyleyebilmemiz mümkün değildir, kendimizi aldatmayalım.

Mevcut sistemimiz bir anormallik halidir. Hem seçilmiş başbakan hem seçilmiş cumhurbaşkanıyla bu sistemin yürütmesi fevkalade güçtür.

Türkiye’de, özellikle 1 Kasım 2015 genel seçimlerinden sonra başkanlık sistemi tartışması her geçen gün artmaktadır. Başkanlık sisteminin güçlü yanları ile zayıf yanlarının tespitinin sağlıklı bir analiz yapılması açısından faydalı olacağı söylenebilir. Başkanlık sisteminin prototipi Amerika Birleşik Devletleri’dir. Dünyada başkanlık sistemini demokratik ilkeler çerçevesinde başarılı bir şekilde uzun yıllardır uygulayan yegâne ülke Amerika olduğundan, bu sistemin incelenmesinde bu devlet dikkate alınmaktadır.

Başkanlık sisteminin en avantajlı yanı güçlü ve istikrarlı bir yürütme yapısına sahip olmasıdır. Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme kuvveti katı bir şekilde birbirinden ayrılmıştır. Başka bir ifadeyle, parlamenter sistemden farklı olarak burada iki kuvvet arasında etkileşim daha azdır. Yasama yürütmeyi düşüremeyeceği gibi yürütmeye yasamayı feshedemez. Parlamenter sistemdeki gibi, hükümetin yasama tarafından güvensizlik oyu ile düşürülmesi söz konusu olmayacağı için hükümet herhangi bir baskı olmaksızın belirli bir süre için görev yapacak bu durum da siyasal istikrarı sağlayacaktır. Dolayısıyla parlamenter sistemlerde bakanlar kurulunun düşürülmesi sonucunda ülkenin hükümete kalması gibi bir durum başkanlık sisteminde söz konusu değildir¹¹⁸.

Yürütmenin bir kez göreve geldikten sonra görevden alınamaması, konsensüs değişmelerinin kurumsal platforma yansımaları engelleyecektir. Bu da hükümete istikrar ve politikalarına süreklilik sağlayacaktır. Kuvvetlerin katı bir şekilde ayrılması, milli menfaatlerin gerektirdiği durumlarda, hükümetin tarafsız, partiler üstü politikaları tavizsiz bir şekilde uygulamasını kolaylaştırır. Başkanlık sisteminde, parlamento üyeleri oylarını, hükümetin düşmesine yol açma endişesi duymadan, parti disiplini ve sınıf çıkarları yerine vicdanlarının sesine uyarak, özgürce kullanmalarına imkân sağlar¹¹⁹.

Başkanlık sistemini dışlayan anayasa çalışması sakat kalır. Benim teklifim; kararın millete bırakılmasıdır. Hem parlamento bu noktada bir karar vermelidir, ama parlamentonun kararı arkasından da millete gidilmelidir. Nihai kararı vekiller değil asil olan millet vermelidir. Asıl kararı millet vermelidir. Nasıl uygulanacağı meselesi geniş bir tartışma konusudur. Biz dünyadaki örnekleri inceleyip mevcut birikimlerimizden de faydalanarak bir sistem oluşturmalıyız. Bu durum, tüm yönetim sisteminin yeniden yapılandırılmasını gerektirmektedir”.

[http://www.ntv.com.tr/turkiye/erdogan-yeni-anayasa-baskanlik-olmadan-sakat-kalir,hft3iO BusEWu8vakhwHzw\(Erişim Tarihi:05.02.2016\)](http://www.ntv.com.tr/turkiye/erdogan-yeni-anayasa-baskanlik-olmadan-sakat-kalir,hft3iO BusEWu8vakhwHzw(Erişim Tarihi:05.02.2016))

¹¹⁸ Tunç, Hasan - Yavuz, Bülent, “Avantaj ve dezavantajlarıyla Başkanlık sistemi” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009, S.81, s.15

¹¹⁹ Evcimen, Günsen, “Başkanlık hükümeti sistemi: “Ratio politica”sı ve Türkiye”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.47, 1992, s.319

Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme kuvveti katı bir şekilde ayrıldığı için uzmanlaşmayı kolaylaştırır ve yasama, yürütme birbirlerinin görev alanlarına müdahale edemezler. Başka bir ifadeyle, meclis yasama işlevini, yürütme de icra faaliyetini ifa eder. Modern demokrasilerde yürütmenin güçlü olması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir¹²⁰. Hükümet sistemi ne olursa olsun fiiliyatta genellikle yürütme daha baskın bir karakter göstermektedir. İşte başkanlık sisteminde yürütmeden gelebilecek müdahale, kuvvetler ayrılığı sayesinde önlenir ve yasama teknik olarak daha çok alacağı kararın içeriğiyle ilgilendir. Yürütmede görev alan bakanların, parlamento dışından olma zorunluluğu nedeniyle milletvekilleri bakan olamayacağı için asli görevlerinde uzmanlaşırlar. Diğer taraftan, bakan olma ihtimali olmayan milletvekillerinin daha kişilikli davranacağı ve işlerini layıkıyla yapacağı ileri sürülmektedir¹²¹.

Başkanlık sisteminde kuvvetler ayrılığını başarılı kılan en önemli unsurlardan birisi disiplinsiz siyasi parti sistemidir. Disiplinli parti sisteminin uygulandığı ülkelerde, başkanlar taleplerini yasama organından rahat bir şekilde geçirebilirler¹²². Disiplinsiz parti sistemlerinde ise işler biraz daha zordur. Özellikle başkanın partisinin parlamentoda azınlığa düştüğü durumlarda meclisten istediği bir konuda düzenleme yaptırması için başkanın daha çok çaba göstermesi gerekecektir. Gerçi Amerika’daki siyasal kültür bu tür durumlarda kendi çözümünü üretmektedir. Ancak, yine de başkanın bu tür durumlarda elinin çok da rahat olduğu söylenemez.

Amerika’da siyasi partiler Avrupa’daki partilerden farklı olarak, disiplinli parti olmadığı için yasama faaliyetlerinde milletvekili özgür bir şekilde hareket edebilir kendi vicdanı doğrultusunda oy kullanabilir. Görüldüğü gibi başkanlık sisteminde, parlamenter sisteminden farklı olarak milletvekilleri grup kararı olmaksızın bireysel hareket edebilmektedir. Ayrıca, başkanla aynı partiden olan bir milletvekili zaman zaman Başkanın aleyhinde görüşleri özgürce ifade edebilmekte, bazen de olumsuz oy kullanabilmektedir. Dolayısıyla, başkanlık sisteminden milletvekillerinin parlamenter sisteme göre yasama faaliyetlerine daha etkili bir şekilde katılabildiği söylenebilir¹²³.

¹²⁰ Gül, Cengiz- Karagöz, Kasım “Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, S.1-2, 2007, s.715

¹²¹ Kuzu, Burhan, “Neden Başkanlık Hükümeti”, Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu, Ankara, 2000, s. 37

¹²² Özer, 1998, s.72

¹²³ Tunç-Yavuz, 2009, s. 22

Başkanlık Sistemi'nin, dar anlamda yürütmede istikrar ve uyum sağlayacağı iddiası kabul edilebilir. Başkanlık Sistemi'nde başkan, belli bir süre için halk tarafından seçilir ve bu süre içinde, son derece istisnai bir yol olan ve sadece ağır cezai sorumluluk durumlarını düzenleyen istisnai durumlar dışında (impeachment), görevinden alınamaz. Ayrıca, başkanlık sisteminde monist bir yapı olduğu için başkan, yürütme gücünün tek sahibidir. Başkanın kabinesindeki bakanların durumu, parlamenter sistemdeki bakanlardan farklıdır. Başkanlık sisteminde bakanlar, tamamen başkanın tercihleri doğrultusunda göreve gelir ve görevden alınırlar ve onun iradesine tabi olarak görevlerini sürdürürler. Bu anlamda, bir başkanlık sisteminde yürütme içinde uyumsuzluk sorununun olmayacağı söylenebilir¹²⁴.

Hükümet istikrarı ile siyasal istikrar kavramını karıştırmamak gerekir. Bir ülkede hükümet istikrarının olması siyasal istikrar anlamına gelmeyebilir veya hükümet istikrarsızlığı siyasal istikrarsızlık anlamına gelmeyebilir. Başkanlık sisteminde yürütme, halka vaatte bulunduğu politikalarını uygulayabilmek için, yasama organının çıkaracağı kanunlara ve kabul edeceği bütçeye muhtaçtır. Oysa başkanlık sisteminde başkanın, yasama organını etkileme imkânları, parlamenter sisteme göre oldukça sınırlıdır. Özellikle başkanlıkla parlamento çoğunluğunun ayrı partilerin elinde olduğu durumlarda, sorunu çözmek daha da zorlaşır. Amerika'da bu durumların oldukça sık ortaya çıktığı bilinmektedir. Başkanlık sisteminde bu gibi kilitlenmeleri veya tıkanmaları çözecek güvenoyu veya fesih yetkisi gibi anayasal mekanizmalar bulunmamaktadır¹²⁵. Dolayısıyla siyasal tıkanmaların, örnekleri bazı Latin Amerika ülkelerinde görüldüğü gibi, bir anayasa krizi boyutlarına ulaşması, hatta demokratik süreçte kesintilere yol açması söz konusu olabilir.

Ampirik veriler, demokratik rejimin sürdürülebilirliği açısından, parlamenter sistemlerin, başkanlık sistemlerine oranla daha iyi durumda olduklarını göstermektedir. Başkanlık sistemlerinin uzun vadeli siyasal istikrarı sağlamada daha avantajlı oldukları iddiası ile parlamenter rejimlerin her zaman güçsüz ve istikrarsız hükümetlere yol açacağı görüşü ülke uygulamalarıyla ispatlanamamaktadır. Özellikle iki-partili parlamenter sistemlerde hükümetler, ciddi anlamda otorite ve istikrara sahiptir. Hatta sağlam bir tek parti çoğunluğu tarafından desteklenen parlamenter bir başbakanın, başkanlık sistemindeki başkandan daha güçlü olduğu ifade edilebilir. Çünkü başbakan ve hükümeti,

¹²⁴ Özbudun, 2005, s. 107

¹²⁵ Özbudun, Ergun "Başkanlık Sistemi ve Türkiye", Liberal Perspektif Analiz, S.1, 2015, s.3 Yazıcı, s. 129

parlamentodaki parti çoğunluğuna dayanarak, yasama faaliyetlerini büyük ölçüde yönlendirme imkânına sahiptir. Hatta bizce, sayısal açıdan rahat, bir tek parti iktidarında, günümüzde demokratik devletlerde pek görülmeyen fiili kuvvetler birliğinin olduğunu söylemek abartı olmayacaktır¹²⁶.

Başkanlık hükümeti sisteminde Başkanın belli bir süre için seçilmesi ve belli istisnalar dışında görevden uzaklaştırılmaması ilk bakışta siyasal istikrar açısından avantaj olarak görülebilir; ancak başkanın sabit bir görev süresine sahip olması ve istisnalar dışında görevden alınmaması iki temel soruna yola açar. Birincisi, popülaritesini veya meşruiyetini kaybetmiş bir başkanın düşürülebilmesi; ikincisi yürüttüğü başarılı politikalarla halkın desteğine ve güvenine sahip olan bir başkanın yeniden seçilememesidir. Dolayısıyla bir sonraki seçime kadar başkan görevde kalacaktır¹²⁷. Başka bir ifadeyle, başarısız başkan istifa etmezse, görev süresi boyunca katlanmaktan başka yapacak bir şey yoktur. Parlamenter sistemde ise iktidarın meclisteki sayısal çoğunluk durumuna göre muhtelif çözümler üretmek mümkündür. Türkiye’de hükümet sistemi tartışmalarının en önemli sebeplerinden birisi siyasal istikrardır. Gerçekten Türkiye’nin siyasi tarihinde koalisyonlar önemli bir yer işgal etmektedir. 1960’lı yıllar, 1970’li yıllar, 1990’lı yıllar koalisyon hükümetlerinin iş başında olduğu yıllar olup ülke açısından çok da olumlu hatıralarla anılmamaktadır. Söz konusu koalisyon pazarlıkları belli bir kuşağın hafızasındadır¹²⁸.

Başkanlık sistemini savunanlara göre; parlamenter sistemin en büyük sorunlarından birisi koalisyonlardır. Bu sistem, genelde uygulanan nispi temsil sisteminin de etkisiyle koalisyonlara sürüklenmektedir. Örneğin Fransa’da 1958 öncesi 70 yılda 104 hükümet kurulmuştur. Yani üçüncü ve dördüncü cumhuriyet dönemlerinde durum bu merkezdedir. Almanya’da Weimar Cumhuriyetinde durum aynıdır. Keza, 1974’te demokrasi ile tanışan Portekiz’de 19 Haziran 1987’de yapılan seçimlere kadar 13 yıl içinde 16 hükümet kurulmuştur. Diğer taraftan, koalisyonlar tavizcilik ve telifçiliği beraberinde getirmektedir. Burada, hiçbir programı tam olarak uygulamaya koymak ve hedefler belirlemek mümkün olamamaktadır. Koalisyon protokollerinde bazı hedefler gösterilmekte ise de, bunlar pek gerçekleşmemekte formaliteden öteye geçememektedir. Sadece günlük rutin işler yapılabilmektedir. Zaten gösterilen çabalar bir icraat hükümeti kurmaya yönelik olmaktan ziyade günü

¹²⁶ Özbudun, 2015, s.5

¹²⁷ Yazıcı, s. 129

¹²⁸ Kalaycıoğlu, 2005, s. 101

kurtarmaktır. Burada seçmene karşı özveride bulunulduğu havası verilerek ülkenin hükümete bırakılmadığı iddia edilmektedir¹²⁹.

Türkiye’de çok partili hayata geçtiğimiz 1950 yılından bugüne kadar, 10 yıl Demokrat Parti, 5 yıl Adalet Partisi, 8 yıl Anavatan Partisi, 14 yıldır Ak Parti hükümeti tarafından tek partili hükümetlerle yönetilmiştir. Altmış beş yıllık çok partili siyasal dönemde görülen tüm önemli ve başarılı projelerin tek parti iktidarları tarafından gerçekleştirildiği ileri sürülmektedir. Buna karşın Türkiye 1961-65, 1971-80 ve 1991-2002 yılları arasında koalisyon hükümetleri tarafından yönetilmiştir. Koalisyon hükümetleri döneminde, Türkiye’nin gerek siyasal gerekse ekonomik alanda projeler üretilmediği ileri sürülmektedir. 1971-1980 yılları arasındaki dokuz yılda tam 11 tane hükümet kurulmuştur. Bu da hükümetlerin ortalama ömrünün bir yıldan daha az olduğu anlamına gelir. Siyasetteki bu istikrarsızlık Türkiye’yi iç savaş eşiğine getirmiş, ekonomik göstergeler dibe vurmuştur. Siyasal ve ekonomik krizler demokrasinin kesintiye uğramasıyla sonuçlanmıştır. Öyle ki, TBMM’nin bir yıl boyunca Cumhurbaşkanını bir türlü seçememesi darbenin önemli gerekçelerinden birisi olmuştur. Meclis Cumhurbaşkanı seçmek için 284 defa toplanmasına rağmen sonuç alamamıştır¹³⁰. Doksanlı yıllardaki koalisyon hükümetleri zamanında da manzara pek parlak olmamıştır. 1991-2002 yılları arasındaki dönemde 10 tane hükümet kurulmuştur. Bu dönemde de, siyasal istikrarsızlık ve çekişmeler, yolsuzluklar, güvenlik sorunları, üstü üste yaşanan ekonomik krizler devam etmiştir.

Başkanlık hükümeti sistemi Türkiye’de istikrarlı yönetim sağlayabilir mi? Yukarıda ifade ettiğimiz gibi siyasal istikrar ile hükümet istikrarı farklı kavramlardır. Hükümet istikrarı, siyasi istikrarı sağlamada önemli bir etkiye sahiptir. Ancak, hükümet istikrarsızlığı her zaman siyasal istikrarsızlığı doğurmaz. Siyasi istikrarsızlığı körükleyen husus daha çok güçsüz ve ülkeyi kötü yöneten hükümetlerdir. Bir siyasal iktidar olumlu hiçbir şey yapmayarak varlığını devam ettirebilir. Ancak bu işlerin iyi gittiği anlamına gelmez. Türkiye’de Demokrat Parti iktidarı zamanında hükümet istikrarı olmasına rağmen siyasal istikrarın olup olmadığı tartışmalıdır. Aynı şekilde İtalya’da kronik bir şekilde istikrarsız hükümetler olduğu halde siyasal istikrar mevcuttur¹³¹.

¹²⁹ Kuzu, Burhan, “Türkiye İçin Başkanlık Sistemi” Amme İdaresi Dergisi, S.29/3, 1996, s.64

¹³⁰ Çaha, Ömer “On Soruda Neden Başkanlık Sistemi?” s.1 <http://docplayer.biz.tr/386702-On-soruda-neden-baskanlik-sistemi.html> (Erişim Tarihi:08.02.2016)

¹³¹ Tunç-Yavuz, 2009, s. 16

Hükümet sistemleri birbiriyle karşılaştırma yapılırken üzerinde en çok durulan konulardan birisi istikrardır. İstikrar bir hükümet sisteminin başarısında öne çıkan önemli ölçütlerden birisidir. Başkanlık hükümeti sisteminde kuvvetler katı bir şekilde ayrıldığından bu durum beraberinde uzmanlaşmayı kolaylaştırarak, yönetimi etkinleştirir. Gücün bölünmesinin onu zayıflatarak, özgürlüklerin ihlalinin; güçler arasında kurulacak işbirliği ve karşılıklı fren ve denge mekanizmaları ile sağlanacak denge ile de temel hak ve özgürlükler ve muhalefet etme hakkının korunacağı ileri sürülür. Keza, hükümetin, meclisin araya girmemesi anlamında doğrudan işbaşına gelişinin, konsensüs dengelerinin hassas ve görüş farklılıklarının anlamlı olduğu toplumlarda ve dönemlerde, hükümetin kurulamayışının neden olabileceği yönetim ve dolayısıyla otorite boşluğunun yaratabileceği sakıncaları engellediği, yürütme ve dolayısı ile, onun aracılığı ile kullanılan devlet gücünün otoritesini sağlamaştırıp, meşruiyetini arttırdığı ileri sürülür. Yine yürütmenin bir kez göreve geldikten sonra azledilemeyişi, başka bir ifadeyle, konsensüs değişmelerinin kurumsal platforma yansımalarının engellenişinin, hükümete istikrar ve politikalarına süreklilik sağladığı; ulusal yararın gerektirdiği durumlarda, hükümetin tarafsız, millî çıkarları gözeten, partiler üstü politikaları ödünsüz izlemesini kolaylaştırdığı; meclis üyelerinin oylarını; hükümetin düşmesine yol açma endişesi duymadan, parti disiplini ve sınıf çıkarları yerine vicdanlarının sesine uyarak, özgürce kullanmalarını imkân dahiline soktuğu belirtilir. Nihayet yürütmenin monist yapısının ise, kriz dönemlerinde ya da acil durumlarda, süratli ve dolayısıyla, etkin ve hızlı müdahale imkânı sağladığı ifade edilmektedir¹³².

Dünyada devletler farklı hükümet sistemlerine daha demokratik, daha istikrarlı ve daha etkin bir yönetim sağlamak amacıyla başvurmaktadır. Ancak, bir yönetimin demokratikliği, istikrarı ve etkinliği, sadece uygulanan hükümet sistemlerine bağlı değildir. Öncelikle o ülkedeki siyasal kültür, sosyal yapı, ülkede geçerli olan seçim sistemi, siyasal partilerin sistem içindeki yeri, idari teşkilat gibi faktörlerin demokratiklik, istikrar ve etkinlik üzerinde rolü göz ardı edilmemelidir. Ancak, yönetimin istikrarı ve etkinliğinde, hükümet sisteminin payı da inkâr edilemez. Bu nedenle, gerek demokrasiye yeni geçen, gerek uzun zamandır demokratik sistem içinde yaşayan devletlerde, daha istikrarlı ve daha etkin bir yönetim sağlamak amacıyla, değinilen sistemlerden biri veya diğeri tercih edilmekte tercih edilen sistemin bekleneni sağlamadığı görülünce

¹³² Kuzu, 1996, s. 67

bir başka sistem denemesine geçilmektedir¹³³. Örneğin, Fransa’da, 1946 tarihli IV. Cumhuriyet Anayasası meclis üstünlüğü dayalı parlamenter sistem öngörmüşken, 1958 tarihinde V. Cumhuriyet Anayasası Cumhurbaşkanı’nın doğrudan halk tarafından seçilmesini sağlayan 1962 değişikliğinden sonra, yarı-başkanlık sistemine geçilmiştir¹³⁴. Portekiz’de, 1976 Anayasası, halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı’na güçlü yetkiler tanıyan bir yarı-başkanlık sistemi getirmişken, 1982’de değişiklikleriyle Cumhurbaşkanı’nın yetkilerinde ciddi sınırlamalara gidilmiştir¹³⁵. Yunanistan’da askeri yönetim sonrasında yapılan 1974 Anayasasında oldukça güçlü yetkileri haiz olan Cumhurbaşkanı, zaman içinde yaşanan hükümet-cumhurbaşkanı çatışmaları nedeniyle 1986 yılında Anayasa’da gerçekleştirilen değişiklikle Cumhurbaşkanı’nın yetkilerini daraltmıştır¹³⁶. Aynı şekilde 1961 Anayasası döneminde meydana gelen olaylar saf parlamenter sistemin tartışılmasına yol açmış ve bu süreç parlamenter sistemden pek çok sapmanın olduğu 1982 Anayasasındaki hükümlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Görüldüğü üzere, dünya üzerindeki ülkeler, devlet denen aygıtın yönetilmesini kolaylaştırmak için çeşitli hükümet sistemlerini tercih etmektedir. Bu sistemin tercihinde ülkelerin içinde bulunduğu koşullar oldukça etkili olmaktadır. Devlet yönetiminde meydana gelen krizlerin çözümünde ilk akla gelen unsur nedense hükümet sistemi olmaktadır. Devlet yönetiminde bir sorun meydana geldiğinde ülkeler hemen hükümet sistemi üzerine kafa yormakta, çözüm aramakta, ya sistemde bir değişiklik yapmakta ya da tamamen farklı bir sisteme geçmeyi tercih etmektedir. Bu süreçte, doğal olarak bir siyasal birikim meydana gelmektedir. Dolayısıyla siyasal sistemde geçmişte yaşanmış olayların ülkenin geleceğini de şekillendirdiği söylenebilir. Bizce, hükümet sisteminde ortaya çıkan sorunlar, o sistemin üzerine koyarak gelişmesine katkıda bulunabilir veya o sistemden tamamen vazgeçilmesine neden olabilir. Bir sistemi uygulayan ülkelerin deneyimleri şüphesiz başka ülkelere ilham verebilir; ancak bir hükümet sistemi inşa edilirken veya bir hükümet sisteminden vazgeçilirken her ülkenin kendi siyasal, sosyal ve kültürel yapısı dikkate alınmalıdır. 1982 anayasası, dünyadaki gelişmelere

¹³³ Onar, 2005, s.81

¹³⁴ Uluşahin, 2003, s. 204; [https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR\(4.10.1958\).pdf](https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR(4.10.1958).pdf) (Erişim Tarihi:08.02.2016)

¹³⁵ <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylu1/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEK%C4%B0Z%20439-532.pdf> (Erişim Tarihi:08.02.2016)

¹³⁶ <http://www.hri.org/docs/syntaxma/> (Erişim Tarihi:08.02.2016)

paralel bir şekilde yürütmeyi güçlendirme tercihinde bulunmuştur¹³⁷. Gerçi, bu yaklaşım parlamenter sisteme uygun değildir; çünkü bu sistemde yürütmenin asli unsuru bakanlar kurulu iken anayasa devlet başkanını güçlendirmiştir.

2007 yılında cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini öngören değişiklikle parlamenter sistemden sapma kanımızca zirve yapmıştır. Anayasa mevcut haliyle ciddi sorunlara yol açacağını ifade etmek kehanet değildir. Gerçi şu anda aynı siyasal gelenekten gelen bir cumhurbaşkanı ve başbakan uyumlu bir şekilde çalışmaktadır; ancak farklı siyasal gelenekten oluşacak bir yürütme yapısı Türkiye’yi ciddi siyasal krizlerle yüz yüze bırakabilir. Bizce mevcut sistemde değişiklik yapılması ülkenin faydasına olacaktır; çünkü mevcut yapı sürdürülebilir değildir. Mevcut sistem, İngiltere’deki gibi parlamenter sistem değildir. Bu sistem, 1982 anayasasıyla birlikte kendimize özgü bir şekilde tasarlanmıştır. 2007’de sistem halkın cumhurbaşkanını seçeceği konuma gelmiştir. 2007’de pek de sağlıklı bir tartışma imkânı olmadan apar topar cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi kararlaştırılmıştır. 2014 yılında ilk kez bir cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilmiş ve parlamenter sistemden ciddi bir kayma olmuştur. Dolayısıyla sistemde bir değişiklik yapılabilir¹³⁸. Ancak yapılacak bu değişikliğin maliyet fayda analizi iyi yapılmalıdır. Çünkü kurumlar bir kez ortaya çıktıktan sonra zaman içinde istikrar kazanırlar. Kurumların istikrarını açıklamak için geliştirilen “yol bağımlılığı” teorisine göre; aktörlerin, belli kurumsal tercihler yaptıktan sonra bu tercihleri değiştirmeleri oldukça zordur. Başka bir ifadeyle, belli bir yola girip o yolda ilerlemeye başladıktan sonra, o yolu terkedip bir başka yola girmenin maliyeti yüksektir. Değişim maliyetinin yüksekliği, kurumsal değişimi yapmaya istekli ve muktedir olan aktörleri, bu değişikliği yapmaktan alıkoymaz¹³⁹. Bu nedenle, konu detaylı bir şekilde tartışılmalıdır.

Başkanlık sistemini savunanların diğer bir iddiası, devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesinin sistemi daha demokratik hale getireceği iddiasıdır. Başkanlık sisteminde monist bir yapı olduğundan yürütme organı bölünmemiştir. Yürütmenin başı olan başkan doğrudan doğruya halk tarafından seçilir¹⁴⁰. Bu kişi aynı zamanda devlet başkanıdır. Başkan tarafından seçilen

¹³⁷ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Burhan Kuzu, Anayasa Hukukumuzda Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987

¹³⁸ Abdulhakimoğulları, Erdal “Başkanlık Sisteminin Tam Zamanı” <https://www.akparti.org.tr/site/haberler/baskanlik-sisteminin-tam-zamani/44294#1> (Erişim Tarihi:08.02.2016)

¹³⁹ Gönenç, 2005, s.4

¹⁴⁰ Efe-Kotan, 2015, s. 75

ve meclis tarafından onaylanan başkan yardımcısı ve bakanlar ise parlamenter sistemdeki gibi kabine oluşturmazlar. Yine parlamenter sistemden farklı olarak meclise karşı bireysel ya da kolektif sorumlulukları yoktur. Doğrudan başkana karşı sorumludurlar. Bunların atanmasını veya azlini başkan yapar. Atama veya azil meclisin onayına tabi olmakla birlikte şüphesiz başkan talepleri dikkate alınır. Başka bir ifadeyle, başkan kendi çalışma ekibini özgür bir şekilde kurar.

Başkanlık sisteminde hükümet, seçimden hemen sonra iş başına gelir. Parlamenter sistemdeki gibi meclis araya girmez. Başka bir ifadeyle, yürütme yasamadan doğmamaktadır. Dolayısıyla bu durum, uzlaşma dengelerinin hassas ve görüş farklılıklarının olduğu kırılğan yapıli toplumlarda hükümetin kurulamayışının neden olabileceği yönetim ve ortaya çıkabilecek otorite boşluğunun oluşturacağı sakıncaları engeller. Başkanın halkoyuyla seçilmesi, temsil ilişkisini daha doğrudan hale getirerek, halk egemenliği ve ulusal temsil teorisini gerçekleştirir. Yürütme ve onun aracılığı ile kullanılan devlet gücünün otoritesini sağlamlaştırıp, meşruiyetini arttırır. Yürütmenin kimliğini doğrudan saptama hakkı veren bu yöntemin, halka izlenecek politikaları da doğrudan onaylama ya da reddetme imkânı sağlayarak ve yürütmenin davranışlarını tahmin edilebilir kılarak, siyasal katılımı genişletir. Kısaca, başkanın halk tarafından seçilmesinin yönetimi demokratikleştirdiği ileri sürülmektedir¹⁴¹.

Parlamenter sistemi savunanlara göre ise; başkanlık sisteminde yürütmenin monist ve bölünmeye elverişli olmayan yapısının temsilde adaletsizliğe yol açtığı ileri sürülür. Başkanlık yarışında oyların nispi çoğunluğunu elde eden aday, yürütme gücünün tümünü elde etmekte böylece, bu adaya oy verenler bir sonraki başkanlık seçimlerine kadar yürütme sürecinde yüzde yüze ulaşan bir temsil gücü kazanmaktadır. Buna karşılık, kaybeden adaylara oy veren seçmenler bir sonraki seçimlere kadar yürütme sürecinde temsil olanağı bulamayacaklardır. Başkanlık seçimlerinin basit çoğunluk kuralına dayandığı örnekler de ise durum daha ciddidir. Burada, kaybeden adaylara oy verenlerin oranı kazanan adayın oy oranından yüksek olabileceğinden temsilde adaletsizliğin sonuçları daha da ağırlaşacaktır¹⁴².

Başkanlık sistemini savunanlar, başkanın doğrudan halk tarafından seçilmesiyle sistem içindeki meşruluğunun artacağını, halkın kimi seçtiğini

¹⁴¹ Evcimen, 1992, s. 319

¹⁴² Yazıcı, 2005, s. 140

bileceği ve dönem sonunda gerekiyorsa o kişiyi yeniden seçmeyerek bir tür hesap soracağı ileri sürerler. Ancak, belirtmek gerekir ki, halk tarafından seçilen başkan veya cumhurbaşkanı, halkın sadece bir kısmının tercih ettiği bir kişidir. Buna karşılık, başkana oy vermeyenler, bu seçimde her şeyi kaybetmiş olacaktırlar¹⁴³.

Dünyadaki başkanlık seçimleri daha yakından incelendiğinde halk tarafından seçilmenin demokratik meşruiyetinin daha fazla olacağını ileri sürmenin tartışmalı olduğu söylenebilir. Örneğin, Amerika’da, 7 Kasım 2000 tarihinde yapılan Başkanlık seçimlerinde, Al Gore, ülke genelinde 50.158.094, Bush ise, 49.820.518 oy almış; ancak, Başkan seçecek olan ikinci seçmenler kurulunda, Gore 267, Bush 271 ikinci seçmen kazanmıştır. Her eyalette ikinci seçmenlerin 18 Aralık 2000’de Başkan ve Başkan yardımcısı adaylarına verdikleri oylar, 6 Ocak 2001’de Amerika Birleşik Devletleri yasama organ Kongre’de ayrı ayrı sayılmış ve Başkan adayı George W. Bush’un ve Başkan yardımcısı adayı Cheney’in 271, diğer Başkan adayı Al Gore ile Başkan yardımcısı adayı Lieberman’ın 266 oy aldıkları görülmüştür. Böylece, ülke genelinde daha az oy aldıkları halde, George W. Bush, Başkan Cheney ise, Başkan Yardımcısı seçilmişlerdir. Özellikle, Florida Eyaletinde Florida Yüksek Mahkemesi’ bu eyalet ikinci seçmenlerini belirleyecek oyların yeniden sayılmasına karar vermiş; ancak Federal Yüksek Mahkeme bu kararı iptal etmiştir. Bu durumda, Gore’un başkan olmasını isteyen ve ona oy veren, 50.158.094 Amerikan seçmeninin gözünde, bu seçimin demokratikliği ve başkanın meşruluğunun bazı soru işaretleri taşıyacaktır. ABD’de Başkan seçimi iki dereceli bir seçimle değil de, doğrudan halk tarafından yapılmış olsaydı da bu son seçimde aynı meşruiyet sorunu yaşanabilirdi. Çünkü böyle bir durumda, bu kez Gore, 337.576 oy farkı ile Başkan seçilmiş olacaktı ki, milyonlarca kişinin oy kullandığı bir seçimde, ciddi bir fark değildir¹⁴⁴. Benzer sorunlar devlet başkanının halk tarafından seçildiği bütün ülkelerde yaşanmaktadır. Şili, Finlandiya, Fransa ve Ukrayna da bu sorunu yaşamıştır.

Başkanlık sisteminde, kıl payı farklarla kazanılan seçimler bu sistemi savunanlarca da eleştirilmektedir¹⁴⁵. Benzer sonuçlar, parlamenter sistemde de karşılaşılabileceği düşünülebilirse de, böyle bir olasılık, ancak tek bir partinin yasama organında salt çoğunluğu az bir farkla sağladığı ve hükümeti tek başına kurabildiği zaman ortaya çıkabilir. Koalisyon hükümetlerinde

¹⁴³ Onar, 2005, s. 88

¹⁴⁴ Onar, 2005, s. 90

¹⁴⁵ Aslan, 2015, s. 18

işin doğası gereği böyle bir durumla karşılaşılmaz¹⁴⁶. Ancak, hükümeti tek başına bir partinin kurduğu hükümet de bile başbakanın konumu, başkanlık sistemindeki başkanın ki kadar tek eksenli değildir. Başbakanın en azından partisinin meclis grubundaki hizipleri dikkate alması, politika üretiminde onları ihmal etmemesi gerekir. Başka bir ifadeyle, bir parti tek başına iktidarda olsa bile parti başkanı parti içi dengeleri gözetmek zorundadır¹⁴⁷.

Başkanlık sisteminde, “kazananın her şeyi kazanması, kaybedenin de her şeyi kaybetmesi” “toplam sıfır oyun” olarak da ifade edilir. Başkanlık yarışının “plebisitçi doğası” ve bu yarışın “toplam-sıfır oyunu”na yol açan neticeleri, gerek seçim sürecinde, gerekse iki seçim süreci arasındaki dönemde, kutuplaşmayı teşvik etmektedir. Başkanlık yarışının adaylar arasında kutuplaşmayı teşvik etmesi seçim sürecinin partiler arasında kurumsal bir rekabetten ziyade adaylar arasında kişisel bir yarışa neden olmaktadır. Hâlbuki parlamenter sistemlerde parlamento seçimleri parti liderleri arasında meydana gelen kişisel bir rekabetten çok, parti programlarının ve politikalarının rekabetine dayanan kurumsal bir yarıştır. Bu nedenle, başkanlık sistemlerinin seçim süreci, kutuplaşmayı teşvik eden bir ortamdır¹⁴⁸. Başkanın belirli bir süre görev yapması, iki seçim dönemi arasında yeni hükümet alternatiflerinin mevcut olmaması, kaybeden adaylar bakımından bir sonraki başkanlık seçimlerini beklemek dışında bir seçenek bırakmamaktadır. Bu durum ise, seçimi kaybedenlerin başkanın politikalarına yönelik sert bir üslup geliştirmelerine yol açmakta, sonuçta, yönetimdeki başkanla kaybedenler arasında kutuplaşma ortaya çıkmaktadır¹⁴⁹.

Sonuç olarak, bir ülkede devlet başkanının veya cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi toplumun geniş kesimlerinin tercihini yansıtmayabileceği, dolayısıyla halk tarafından seçiliyor olmanın, parlamenter sistemde parlamento içinden bir hükümet oluşturulmasından daha demokratik bir durum olmayacağı söylenebilir¹⁵⁰. Kaldı ki hükümet sistemi, demokrasiden ziyade devlet yönetimin işleyişine ilişkin bir örgütlenmedir. Demokrasi açısından, ülkede temel siyasal kararlar halk veya onun temsilcileri tarafından alındığı sürece yönetim yetkilerinin yöneten organ ve kişiler arasında nasıl paylaşıldığı çok da önemli değildir¹⁵¹.

¹⁴⁶ Kalaycıoğlu, 2005, s.24

¹⁴⁷ Onar, 2005, s.92

¹⁴⁸ Efe-Kotan, 2015, s. 78

¹⁴⁹ Yazıcı, 2005, s. 139

¹⁵⁰ Onar, 2005, s.92

¹⁵¹ Erdoğan, s. 1

Başkanlık sistemini savunanların diğer bir iddiası, sistemin yapısının kuvvetleri uzlaşmaya zorlaması ve böylece devlet yönetimindeki aşırılıkların önlenmesidir. Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme kuvveti katı bir şekilde ayrıldığından sistemin ayakta kalabilmesi için uzlaşma gereklidir. Amerikan kültüründe yer alan pragmatik felsefe başkanlık sistemin işlemesine ciddi katkıda bulunmaktadır.

Amerikan toplumu pragmatizme¹⁵² değer veren, her türlü sorunların çözülebileceğine inanan, sorunları çözmek için herkesin ödün vermesi gerektiğini düşünen, uzlaşmayı en üst bir değer olarak benimseyen bir toplumdur. Bu anlayış sisteme esneklik kazandırmakta, yasama ve yürütme kutuplaşması ve kilitlenmesi ihtimaline karşı önemli bir teminat oluşturmaktadır¹⁵³. Dolayısıyla uzlaşmayı “zafiyet” olarak algılayan toplumlarda bu sistemin işleminin kolay olmayacağı söylenebilir.

Amerikan Sistemi’nin kurucu babaları, kurdukları anayasal sistemi denetleme-dengeleme ilkeleri üzerine kurgulamışlardır¹⁵⁴. Bu ilkelerin özünü oluşturduğu anlayışa göre, her kurum kendi başına bırakılacak olursa yozlaşma ve gücünü arttırarak kötüye kullanma potansiyeli taşıdığından, bir diğeri tarafından denetlenecek ve dengelenecektir¹⁵⁵.

Başkanlık sistemi, yasama, yürütme kuvvetinin birbirlerinden bağımsız ve eşit siyasal güce sahip oldukları bir siyasal yapıdır. Parlamenter sistem modelinde yasama ve yürütme esnek bir şekilde ayrıldığından iç içe geçmiş durumdadır. Burada, teorik olarak yasamanın, uygulamada ise yürütmenin üstünlüğü söz konusudur. Başkanlık sistemi ise; yasama ile yürütmeden kuvvetlerin birbirine üstün gelememesi, dolayısıyla bir denge ve denetim sağlanmak suretiyle her türlü güç birikmesinin ve istibdat olasılığının engellenmesi esasına dayanır¹⁵⁶.

¹⁵² Doğruluğu ve gerçekliği tek yanlı olarak, yalnızca eylemlerin sonuçları ile değerlendiren ve onlara yalnızca sağladığı “fayda” açısından bakan akıma felsefede, pragmatizm adı verilir. Bu akıma göre; gerçeklik ve doğruluk insanın bakış açısından, kanaatlerinden, dolayısıyla da eylemlerinden bağımsız değildir. Bundan dolayı, gerçeklik, doğruluk ve insan eylemlerinin sonuçları, sağladığı başarı ve yararlarla değerlendirilir. Pragmatizm, özellikle ABD ve İngiltere’de yaygınlaşmış ve toplumun yaşam felsefesi haline gelmiştir.

http://www.felsefe.gen.tr/felsefe_akimlari/pragmatizm_faydacilik_nedir_ne_demektir.asp

¹⁵³ Turan, İlter, “Başkanlık Sistemi Sevdası: Zayıf Temelli Bir Özlem” Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s. 117

¹⁵⁴ Fendoğlu, 2012 s. 41

¹⁵⁵ Turan, 2005, s. 115

¹⁵⁶ Kalaycıoğlu, 2005, s.14

Başkanlık sisteminde, halkoyuyla seçilen Başkan, yasama organına kanun teklifi veremez, kanun kuvvetinde kararname çıkaramaz ve meclisi feshedemez¹⁵⁷. Amerika’da federal devlet sistemi olduğu için çift meclis mevcuttur. Temsilciler Meclisi’nin sayısı, nüfusla doğru orantılı bir şekilde belirlenir. Senato’da ise her eyaletten nüfus ve toprak büyüklüğüne bakmaksızın eşit sayıda seçilen ikişer senatörden oluşturulmak suretiyle eyaletlerin eşit temsilini sağlar. Bu, parlamenter sistemin anavatanı olan İngiltere’deki soylular meclisi olan Lordlar Kamarası yerine bölgesel Federalist temsile dayalı bir meclis oluşturma çabası olarak değerlendirilebilir. Amerikan İhtilalinin idealleri ve o tarihteki ABD sosyo-ekonomik yapısıyla Westminster modelini bağdaştırmayı, demokratikleştirmeyi tasarlayan ABD Anayasası yapımcılarının bu yola gittikleri söylenebilir¹⁵⁸.

Başkanlık sisteminde kuvvetlerin katı bir şekilde ayrılması nedeniyle iki kuvvet arasında işbirliğine yardımcı olacak mekanizmalara ihtiyaç bulunmaktadır. Fren ve denge (checks and balances) sistemi kuvvetlerin işbirliği ve koordinasyon ihtiyacını karşılamaktadır¹⁵⁹. Bu sistem, devlet yönetiminde yasama ve yürütmenin birbirine muhtaç olduğunu göstermektedir¹⁶⁰. Bu sisteme göre; başkanın yasama organına mesaj yollama, tüzük ve yönetmelik yapma, veto gibi yetkileri bulunmaktadır. Başkanın bu silahlarına karşı meclisin; bütçeyi kabul etme, bakanların ve yüksek derecedeki kamu görevlilerinin atanması, milletlerarası antlaşmaların onaylanması, araştırma komisyonları kurulması, başkanın cezai sorumluluğuna yola açabilecek impeachment (suçlama) gibi yetkilere sahiptir. Bu silahlar sayesinde, hem yürütme organı hem de yasama organı itidalli bir şekilde hareket etmek zorunda kalırlar. Böylece hem yasama hem de yürütmenin anayasal sınır içinde kalması diğer organın denetimi sayesinde gerçekleşmektedir. Bu durumda bir nevi “seçimle gelen kral” olan başkan aşırılıklara kaçmaya cesaret edemeyecek, itidalli hareket edecektir. Oysa parlamenter sistemde Başbakan hem yürütme hem de yasama organına hâkim olduğundan yasama ve yürütme organlarının birbirini sınırlandırması, aşırılıklarının önüne geçmesi gibi bir durum söz konusu olmaz. Parlamenter sistemde başbakanın sahip olduğu gücü sınırlandırmak seçim sistemi ile tek başına iktidara gelinmesini önleyip, koalisyon hükümetlerinin ülkenin kaderi haline gelmesini sağlamakla ya da siyaset dışı müdahalelerle mümkün olabilir¹⁶¹.

¹⁵⁷ Fendoğlu, 2012, s. 42

¹⁵⁸ Kalaycıoğlu, 2005, s. 15

¹⁵⁹ Duman, s.2

¹⁶⁰ Efe-kotan, 2015, s.71

¹⁶¹ Tunç-Yavuz, 2009, s. 21

Başkanlık rejimi ancak kuvvetler uzlaşabildiği zaman çalışmakta, aksi halde sistem kilitlenmektedir¹⁶². Başkanlık rejimini tasarlayan kurucuların amacı; 18. yüzyıldaki Kral III. George yönetimindeki İngiliz idaresi gibi baskıcı bir rejiminin ortaya çıkmasını engellemektir. Bu nedenle Amerikalılara göre; iyi hükümet etkin karar veren, her dediğini yaptıran hükümet değildir. Bu görüşe göre iyi hükümet; birbirini denetleyen, dengeleyen ve frenleyen güçlerin, çatışan çıkarların uzlaşabildiği konularda kanun yapabildiği, diğer konularda ise hiçbir şey yapamadığı hükümettir. Başkanlık rejiminde esas olan gücü frenlemek suretiyle özgürlükleri ve halkı otoriter yönetimin baskısından korumaktır¹⁶³.

Başkanlık sistemini savunanların diğer bir tezi, seçmenlerin kime oy verdiklerini ve kazanması durumunda kimin kendilerini yöneteceğini bilerek oy vermeleridir. Bu durum hesap verilebilirlik olarak ifade edilmektedir¹⁶⁴. Çok partili bir parlamenter sistemde seçimlerden sonra nasıl bir koalisyon oluşacağını, başbakanın kim olacağını, önceden bilmek mümkün değildir. Bu tez, aşırı ölçüde parçalanmış çok parti sistemleri bakımından doğrudur. Ancak, hâkim-partili, iki-partili ve ılımlı çok-partili sistemlerde seçmenin konumu, başkanlık sistemindekinden pek farklı değildir. Üstelik birçok ılımlı çok-parti sisteminde, seçimlerden sonra hangi partilerin koalisyon kurabilecekleri az çok bellidir¹⁶⁵. Başka bir ifadeyle, siyasal istikrarın olduğu parlamenter sistemlerde de hesap verilebilirlik söz konusudur.

Başkanlık sisteminde adayların partilerinden çok, kişisel özelliklerinin öne çıktığı iddiasında gerçeklik payı vardır. Gerçekten, başkanın kişiliği, başkanlık yarışında partisinden daha belirleyici olmaktadır. Amerika’da özellikle seçim sürecinde yapılan televizyon tartışmaları bu konuda oldukça etkili olmaktadır, ancak bu salt başkanlık sistemine mahsus bir şey değildir. Parlamenter sistemlerde de liderin kişiliği önem arz etmektedir. Örneğin, 11 yıl iktidarda kalan ve Demir Leydi unvanıyla tarihe geçen İngiltere Başbakanı Margaret Thatcher ile 10 yıl iktidarda kalan Tony Blair’in kişiliği seçim kazanmada elbette etkili olmuştur. Nitekim ülkemizde 14 yıldır iktidarda olan Ak Parti’nin seçim kazanmasında partinin başkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın kişiliği de oldukça etkili olmuştur.

¹⁶² Duman, s. 1

¹⁶³ Kalaycıoğlu, 2005, s. 16

¹⁶⁴ Efe- Kotan, 2015, s. 75

¹⁶⁵ Özbudun, 2015, s. 7

Başkanlık sistemini uygulayan ülkelerin çoğunda, başkanın görev süresi sınırlıdır. Genellikle iki defa seçilme sınırı bulunmaktadır. Dolayısıyla, ikinci dönem başkanlık yapan bir kişi için hesap verilebilirlik kuralı işlemeyecektir. Diğer taraftan, ilk döneminde olan, ya da iki dönem gibi sınırlama bulunmayan bir ülkedeki başkan da, bazı başarısızlıklarına gerekçe olarak yasama organını gösterebilir. Çünkü sert kuvvetler ayrılığı nedeniyle, başkanın yasama yetkisi bulunmamaktadır. Başkan seçim döneminde vaat ettiği politikaları gerçekleştirmek için gerekli yasal düzenlemeler meclisten geçmemişse başkanın sorumlu tutmak adil olmayacaktır¹⁶⁶.

Başkanlık sistemi çeşitli noktalarda eleştirilmektedir. Bunlar sistemin zayıf yanları olarak da ifade edilmektedir. Başkanlık sistemine yöneltilen eleştirilerin başında darbelere ve antidemokratik rejimlere yol açtığı iddiasıdır. Başkanlık sisteminde kuvvetler katı bir şekilde ayrılmıştır. Kuvvetler ayrılığının temel amacı; baskıcı yönetimlere karşı temel hak ve hürriyetleri korumaktır. Kuvvetler ayrılığı, devlet iktidarının tek bir kişide toplanmasına karşı ortaya çıkmış bir ilkedir. Devlet iktidarına ilişkin pek çok yetkinin tek bir kişide toplanmasının tehlikeli olacağı genel olarak ileri sürülmektedir. Bir ülkede, siyasi açıdan çok parçalı bir yapının olması ve uzlaşma kültürünün gelişmemesi nedeniyle sistem krizleri ortaya çıkabilmekte ve bu demokrasinin kesintiye uğramasına neden olabilmektedir. Bizce, demokrasi kesintisinin ortaya çıkmasını salt hükümet sistemine bağlamak sağlıklı bir bakış açısı değildir. Örneğin Amerika’da uzun süreden beri başkanlık sistemi uygulandığı halde henüz demokrasi kesintiye uğramış değildir. Aynı şekilde, Kosta Rika ve Venezuela da başkanlık sistemini başarılı bir şekilde uygulamaktadır.

Başkanlık rejimlerinde hem başkan, hem de yasama organı çoğunluğu kendisini halkın seçimle iş başına getirilmiş gerçek ve meşru temsilcileri olarak kabul etmektedir. Üstelik her ikisi de halka ayrı şeyler vademişler, o zaman yürütmenin istediği yasalar yasama organından çıkmasında sorun yaşanabilir. Özellikle başkanın bir partiden ve meclis çoğunluğunun bir başka partiden olması durumunda sorun daha da ciddileşir. Bu durumda başkan, kendi vadettiklerini yerine getiremeyen ve giderek siyasal güç kaybeden bir konumda bulmaktadır¹⁶⁷.

Amerika dışında başkanlık sistemini hükümet modeli olarak benimseyen ülkeler genellikle Latin Amerika ülkeleridir¹⁶⁸. Latin Amerika’daki başkanlık sistemi uygulamalarının bazen kişisel diktatörlüklere dönüşmesi veya askeri

¹⁶⁶ Onar, 2005, s. 93

¹⁶⁷ Kalaycıoğlu, 2005, s. 21

¹⁶⁸ Yavuz, 2015, s. 32

darbelerle kesintiye uğraması, sadece bu ülkelerde uygulanan başkanlık sistemine bağlanmamalıdır. Bunun yanında, söz konusu ülkelerde ekonomik az gelişmişlik, gelir adaletsizliği, demokratik siyasal kültürün zayıflığı ve siyasal mücadelenin aşırı ölçüde kutuplaşması demokrasiyi kesintiye uğratan unsurlar olarak belirtilebilir. Bunlar, demokrasinin sürdürülebilirliği üzerinde, muhtemelen hükümet sisteminden daha fazla etkili olmuştur¹⁶⁹.

Başkanlık sisteminde başkanın çok sayıda yetkiyi elinde toplaması sonucunda iktidarın kişiselleşeceği ve diktatörlüğe dönüşeceği sistemle ilgili diğer bir iddidir. Gerçi, Amerika dışında başkanlık sisteminin uygulandığı ülkelerin çoğunda bu iddia ve endişe gerçekleşmiştir; ancak daha önce ifade ettiğimiz gibi bu anti-demokratik rejimleri salt hükümet sistemine bağlamak doğru değildir.

Başkanlık sistemindeki organizasyon yapısı nedeniyle, parlamenter sisteme göre iktidar kişiselleşmeye daha yatkındır. Başkanın genel oyla seçilmesi, onun demokratik meşruluk iddialarına güçlülük kazandırarak, yönetimini kişiselleştirmesine neden olabilir. Başkanlık sistemi, başkan ile yasamanın farklı siyasal çoğunluklara dayanması durumunda kilitlenmelere ve kutuplaşmaya daha elverişli hale gelmektedir¹⁷⁰.

Başkanlık sisteminde, belli bir süre için seçilen başkanın sert kuvvetler ayrılığı nedeniyle sadece yürütme gücüne sahip olup, izleyeceği politikaların gerektirdiği yasama işlemlerinin yapımı sürecinde her hangi bir anayasal yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda, başkanın ihtiyaç duyduğu her yasama işleminde kongre üyelerini ikna etmesi gerekmektedir. Bu tür ikna süreci, başkanın partisi mecliste azınlıkta olduğu zamanlarda daha da zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, Brezilya, Arjantin, Meksika¹⁷¹, Peru, Bolivya, Paraguay, Honduras, El Salvador ve Guatemala gibi Latin Amerika ülkelerinde başkanlar, kongre üyelerini ikna etmek yerine anayasanın kendilerine tanıdığı kararname çıkarmak yetkisini kullanarak¹⁷² yasama organını devre dışı bırakmaktadır. Başkanın yasamayla diyaloga girmek ve uzlaşmaya dayanan politikalar sürdürmek yerine yasamayı yönetim sürecinden dışlayan kararnameyle yönetme yöntemini tercih etmesi yönetimin kişiselleşmesine yol

¹⁶⁹ Özbudun, 2015, s. 4

¹⁷⁰ Oder, Bertil Emrah, “Türkiye’de Başkanlık Yarı-Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1995-2005 Yılları Arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler” Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s. 51

¹⁷¹ Yavuz, 2015, s. 34

¹⁷² Oder, 2005, s. 52

açmaktadır. Böylece, karar alma sürecine, farklı siyasal grupların beklentilerini bir araya getiren pazarlık ve uzlaşma yöntemi değil, başkanın kişisel ve siyasal tercihleri hakim olmaktadır. Yönetimin kişiselleşmesi, “delegasyoncu demokrasi” olarak ifade edilmektedir¹⁷³. “Delegasyoncu demokrasi”lerde başkan, yasama ve yargı kuvvetleri ile siyasal partiler ve sivil toplum kuruluşları yeterince kurumsallaşmadığından hesap sorma mekanizmaları işlememektedir. Bunun sonucunda da keyfilik ortaya çıkmakta ve demokratik yönetim zarar görmektedir¹⁷⁴. Sonuç olarak, yönetimin kişiselleşmesi sistem krizlerine yol açmaktadır.

Parlamente sistem ve başkanlık sistemiyle ilgili yapılan ampirik verileri incelemek, hükümet sistemleri ile demokrasi arasındaki ilişkiyi anlama açısından faydalı olacaktır.

1994 yılında yapılan bir araştırmaya göre; 30 yıl kesintisiz olarak demokratik rejimi devam ettirmiş 24 ülke tespit edilmiştir. Bu listede 18’inin parlamente hükümet sistemi, üçünün (ABD, Kosta Rika ve Venezuela) başkanlık sistemi, ikisinin yarı-başkanlık (Finlandiya ve Fransa) hükümeti sistemi, birinin de kendisine has bir sistemi (İsviçre) benimsediği görülmüştür¹⁷⁵.

Ampirik veriler, demokratik rejimin sürdürülebilirliği açısından, parlamente sistemlerin, başkanlık sistemlerine oranla daha iyi durumda olduklarını göstermektedir. Alfred Stepan ve Cindy Skach’ın OECD üyesi olmayan ve 1973-1989 döneminde en az bir yıl demokratik rejim altında yaşamış bulunan 53 ülke üzerindeki araştırmasına göre, bunlar arasında parlamente sistemle yönetilenlerin yüzde 61’i, 1973-1989 arasında en az on yıl sürekli olarak demokratik rejimi sürdürmüşlerdir. Başkanlık sistemiyle yönetilenler arasında ise bu oran, sadece yüzde 20’dir. Benzer şekilde, aynı dönemde parlamente rejimle yönetilen ülkelerin ancak yüzde 18’i bir askeri darbeye maruz kalmış olduğu halde, başkanlık sistemiyle yönetilenlerde bu oran yüzde 40’tır. Dolayısıyla, başkanlık sisteminde demokrasinin kesintiye uğraması ihtimalinin, parlamente sistemdekilerden daha büyük olduğu söylenebilir. Oysa parlamente sistemin doğası, bu tür tıkanmalara veya krizlere imkân vermez. Parlamente sistemde hükümet, parlamento çoğunluğunun güvenine dayanır. Herhangi bir nedenle bu çoğunluğun kaybolması halinde hükümet

¹⁷³ Özbudun, 2005, s.109

¹⁷⁴ Yazıcı, 2005, s. 140

¹⁷⁵ Tunç-Yavuz, 2009, s. 21

düşürülür ve parlamentodaki yeni çoğunluğu yansıtan yeni bir hükümet kurulur. Bu da mümkün olmazsa, seçimleri yenilenecek sorun çözülür¹⁷⁶.

Amerika’yı bir tarafa bırakırsak, başkanlık hükümeti sistemini uygulayan ülkelerde kesintisiz bir demokrasiye rastlamak pek kolay değildir. Bu noktada Amerika’ya en çok yaklaşan ülke Kosta Rika’dır. Bu ülkede 1949’dan beri demokraside kesintiye uğramamıştır. Bu konuda diğer başarılı örnek Venezüella’dır. Bu ülkede de 1958’den beri kesintisiz bir şekilde başkanlık sistemi işlemektedir¹⁷⁷.

Başkanlık sisteminin uygulandığı ve en çok demokratik kesintiye uğradığı ülkeler Latin Amerikan ülkeleridir. 1811 tarihli Venezüella Anayasası, 1824 Meksika Anayasası, 1826 Arjantin Anayasası ve 1830 tarihli Ekvator Anayasası, Amerikan Başkanlık Sistemi’ni örnek almışlardır. Ancak bu ülkelerde başkanlık sistemi tarihsel, siyasal ve sosyo kültürel yapı farklılıkları nedeniyle başarılı bir şekilde uygulanamamış ve demokrasi kesintileri yaşanmıştır¹⁷⁸. Başkanlık sistemi, Arjantin’de 1930-1983 yılları arasında beş kez, Bolivya’da 1928-1982 yılları arasında dokuz kez, Brezilya’da 1985’in sonuna kadar üç kez ve (1964-1985 yılları arasında kesintisiz askeri yönetim), Şili’de 1924-1990 arası üç kez (1973-1990 yılları arasında kesintisiz askeri yönetim) Peru’da 1938-1980 yılları arasında dokuz kez kesintiye uğramıştır. Görüldüğü üzere, Latin Amerika ülkelerinde demokrasinin sıklıkla kesintiye uğraması başkanlık sistemine karşı bir önyargı çıkmasına katkı sağlamaktadır. Bu bölgede, son 200 yıllık süre içinde 231 kez anayasa değişikliği yapılmıştır. Yapılan bu değişiklikler, demokrasinin kesintiye uğraması nedenleri konusunda bizlere fikir vermektedir¹⁷⁹.

Ancak Latin Amerika’daki otoriter rejimlerinin kaynağının başkanlık hükümeti sistemi olmadığı burada uygulanan hükümet sisteminin, yetkiler ve çalışma mekanizması açısından farklı olduğu ileri sürülmektedir. Bu ülkelerin bazılarında yürütme organı, parlamenter hükümet sisteminde olduğu gibi düalist yapıdadır. Başkanlık hükümeti sisteminin aksine bu ülkelerin bir kısmında başkanın parlamentoyu fesih yetkisi, yürütmenin kanun teklifi hazırlama yetkisi vardır. Ayrıca kimi ülkelerde parlamentonun çalışma süreleri

¹⁷⁶ Özbudun, 2005, s. 107-108

¹⁷⁷ Tunç- Yavuz, 2009, s.24

¹⁷⁸ Yavuz, 2015, s. 37

¹⁷⁹ Kurban, Samed, Başkanlık Sisteminden Beklentiler Ve Türkiye, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kütahya, 2014, s.61

kısa tutulmuş, kimilerinde de kanun yapma yetkisi sınırlı tutulmuştur¹⁸⁰.

Latin Amerika rejimlerinde, hukuksal açıdan olmasa bile fiiliyatta güçler birbirine bağımlıdır. Bu bağıllığın sonucu da yürütmenin yasama üzerinde etkili olmasıdır. Kongre yasama gücünü hep elinde tutar; ama başkanın elinde kongreye baskı yapma olanağı sağlayan araçlar vardır ve bunlar aracılığıyla başkan, isteklerini kabul etmesi için kongreyi zorlayabilir. Genellikle kongredeki çoğunluk başkanın bağlı olduğu partinin elindedir, bu varsayım normaldir. Latin Amerika’da parti, temelde, bir adamın çevresinde toplanmış ve kendini bütünüyle ona hizmet etmeye adanmış bir klan topluluğudur. Buradaki partiler, parlamenter sistemlerdeki disiplinli partilere benzemektedir. Öte yandan, Latin Amerika ülkelerinde ordular oldukça etkindir. İktidara gelen başkanlar öncelikle ordunun desteğini almaya çalışırlar¹⁸¹.

Latin Amerika Başkanlık Sistemleri’nde yasama organının başkan üzerinde etkili bir denetim gerçekleştirebildiğini söylemek de güçtür¹⁸². Başkanın, gerek yasama organına, gerek mahkemeler ve Sayıştay gibi diğer devlet kurumlarına karşı hesap verebilirliğinin sınırlı olması, Arjantinli siyaset bilimci Guillermo O’Donnell’i, bu rejimleri “delegasyoncu demokrasiler” adı altında yerleşik temsili demokrasilerden farklı yeni bir tip olarak ifade etmiştir¹⁸³

Sonuç olarak, Latin Amerika ülkelerindeki insanların eğitim seviyesi, siyasi bilinç ve kültür, sosyal yapı, devam eden sömürgecilik gibi nedenlerle otoriter rejimlerin ortaya çıktığı söylenebilir. Bir ülkedeki demokrasinin kesintiye uğramasında salt hükümet sistemini suçlu görmek doğru değildir. Anti-demokratik uygulamaların daha çok Asya, Afrika ve Latin Amerika ülkelerinde görülmesi, Avrupa ülkelerinde görülmemesi konunun nedenlerini hükümet sistemi dışında aramak gerektiğini göstermektedir.

Ülkemizde başkanlık sistemine karşı çıkanların en önemli iddialarından birisi, sistemin diktatörlüğe ve askeri darbelere yol açacağıdır. Ancak siyasi tarihimizde ortalama on yılda bir demokrasi kesintisi yaşandığı göz önüne alındığında parlamenter sistemin de bu konuda çok da başarılı olduğu söylenemez. Diğer taraftan, hükümet sisteminin başkanlık olduğu farz edildiğinde daha çok demokrasi kesintisi yaşanacağını söylemek de bizce

¹⁸⁰ Kuzu, 1996, s. 7

¹⁸¹ Kuzu, 1996, s. 71

¹⁸² Yavuz, 2015, s. 34

¹⁸³ Özbudun, 2005, s.109

mümkün değildir. Demokrasinin kesintiye uğraması, ülkelerde demokrasi kültürü yerleşmediği için meydana gelmektedir. Başka bir ifadeyle, demokrasi kesintisi doğrudan hükümet sistemiyle ilgili bir konu değildir. Sonuç olarak, başkanlık sisteminin askeri darbelere ve diktatörlüğe getireceği iddiası bize gerçekçi gelmemektedir.

Türk demokrasisi pek çok sıkıntı yaşamasına rağmen Türkiye, oldukça eski ve güçlü bir devlet geleneğine ve köklü bir devlet tecrübesine sahiptir. Ayrıca, çok da kısa sayılmayacak bir demokrasi deneyimimiz mevcuttur. Bu nedenle Latin Amerika’da ve Afrika’da uygulanan bozulmuş başkanlık modellerini örnek göstererek, bizde de diktatörlüklere dönüşeceğini savunmanın doğru olmadığı kanaatindeyiz. Zira söz konusu ülkeler yıllarca sömürge yönetimi altında kalmışlar ve tam olarak devletleşme sürecini dahi tamamlayamamışlardır. Dolayısıyla bu tür bir karşılaştırma isabetli değildir. Bizde darbe yapan ordu bile devlete bir çeki-düzen verdiğine inandıktan ve demokrasiyi tekrar rayına oturttuğu düşüncesine vardıkdan sonra kışlasına çekilmektedir. Bu bile demokrasiye olan yatkınlığımız bakımından olumlu bir durumdur¹⁸⁴. Başka bir ifadeyle, demokrasiyi kesintiye uğratanlar bile demokraside sorun olduğundan bahisle bu eylemi planlamakta ve sorunun çözüldüğüne inandıklarında asli görevine dönmektedir. Türkiye’yi bu ülkelerle kıyaslamak, engin devlet idare etme yeteneğine sahip ve tarih boyunca pek çok büyük devlet kurmuş, devlet yönetiminde ciddi bir birikime sahip Türk milletine haksızlık olacaktır¹⁸⁵.

Başkanlık sistemine yöneltilen önemli eleştirilerden birisi çifte meşruiyettir. Başkanlık sisteminde başkan doğrudan halk tarafından seçilir. Meclis de halk tarafından seçildiğinden halka dayalı çift meşru bir yapı ortaya çıkmaktadır¹⁸⁶. Yasama ve yürütmenin birbirine karşı halk tarafından seçildiğinden bahisle daha güçlü meşruiyet iddiası, sistemde tıkanmalara yol açabilmektedir.

Parlamente sistemlerinde siyasal meşruluğun tek bir adresi bulunurken, başkanlık sisteminde tam bir çift veya çok başlılık söz konusudur. Parlamento sistemde halk parlamentoyu seçerek sadece ona meşru siyasal yetki vermektedir. Oysa Başkanlık sisteminde halk hem parlamentoyu, hem

¹⁸⁴ Kuzu, 1996, s.77

¹⁸⁵ Yanık, Murat, Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, İstanbul, 1997, 131

¹⁸⁶ Kahraman, Mehmet, “Hükümet Sistemi Tartışmaları Bağlamında Başkanlık Ya Da Yarı-Başkanlık Sistemlerinin Türkiye’de Uygulanabilirliği”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.9, S.18, 2012, s. 439

yürütmeyi ve bazılarında ise hatta yargı organı üyelerini bile seçerek, her birinin meşruiyetini doğrudan halktan aldığı iddia eden eşit güçte sahip merciler ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda, hem başkan, hem de yasama organı kendisini halkın seçimle iş başına getirilmiş gerçek ve meşru temsilcileri olarak görmektedir¹⁸⁷.

Çift meşruiyet sorunu, genellikle başkanla, yasamaya hâkim olan çoğunluğun farklı siyasal görüşlerde olması halinde ortaya çıkmaktadır¹⁸⁸. Ancak, bazı durumlarda başkan ve kongreye hâkim olan çoğunluk aynı siyasi eğilimleri taşıyalar da bu iki organ arasında uzlaşma sağlanamamaktadır. Başkanlık sisteminin ağırlık noktası olan başkan, seçim döneminde vadettiği ekonomik ve siyasal politikaları uygulayabilmek için yasal düzenlemeye ihtiyacı vardır. Ancak, başkanın yasa teklif etme yetkisi olmadığı için, izleyeceği politikaların gerektirdiği her yasal tasarruf için kongre üyelerini ikna etmek zorundadır¹⁸⁹. Bunun anlamı, başkanın kongreyle uzlaşmasıdır. Aksi takdirde politikalarını hayata geçiremeyecektir; ancak her zaman uzlaşma gerçekleşmemektedir. Bu durumda, kendisini halkın meşru temsilcisi olarak gören Başkan vadettiklerini yerine getiremeyen ve giderek siyasal açıdan güç kaybeden bir konumda bulunmaktadır. Bu tür durumlarda Amerika dışında başkanlık sistemini uygulayan ülkelerdeki başkanlar genellikle iki çözüm üretmektedir. Birincisi, kanun hükmünde kararname veya kararlarla ülkeyi yönetmektir. İkincisi meclisi feshederek tek başına ülkeyi yönetmektir¹⁹⁰. Ortaya konulan iki çözüm de siyasal krizlere davetiye çıkarmaktadır.

Başkan, yasal tasarruflar konusunda kongreyi ikna edemezse sistemde karar alma süreci kilitlenir. Bu tür bir kilitlenme ise, her iki organı halk nezdinde daha üstün bir meşruiyete sahip olduğu iddiasıyla karşı karşıya getirir¹⁹¹. Çift meşruiyet sorunu demokrasi kültürünün yeterince gelişmediği Latin Amerika ülkelerinde rejim krizine dönüşür. Hatta zaman zaman bazı ülkelerde, demokrasi kesintileri meydana gelebilir. Başkanlık sisteminin merkez üssü olan Amerika'da ise, partiler arasındaki görüş ayrılıkları kutuplaşmaya dönüşmemekte, zaman zaman görülen yasama ve yürütmenin kilitlenmesi, rejim krizine dönüşmeden çözülebilmektedir¹⁹².

¹⁸⁷ Kalaycıoğlu, 2005, s. 19

¹⁸⁸ Efe-Kotan, 2015, s. 77

¹⁸⁹ Yazıcı, 2005, s. 133

¹⁹⁰ Kalaycıoğlu, 2005, s. 21

¹⁹¹ Aslan, Ali, Türkiye İçin Başkanlık Sistemi Demokratikleşme, İstikrar, Kurumsallaşma, SETA, Nisan 2015 S. 122, s.18

¹⁹² Yazıcı, 2005, s. 134

Amerika’da yasama ve yürütme arasında meydana gelen krizlerin Latin Amerika ülkelerinden farklı olarak sistem kilitlenmemesine yol açmamasının çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Birincisi, siyasal parti yapısıdır¹⁹³. Amerikan siyasal hayatına hâkim olan iki parti Cumhuriyetçi Parti ve Demokrat Parti’dir. Bu iki parti arasında görüş ayrılıkları olmakla birlikte bu ayrılıklar, Latin Amerika’da olduğu gibi bir kutuplaşma düzeyinde değildir. Diğer taraftan, bu iki parti arasında bazı politikalar konusunda farklılıklar olmakla birlikte, Amerikan milli çıkarları söz konusu olduğunda kutuplaşma bir yana, birlik ve beraberlik görüntüsü ortaya çıkmaktadır. Amerikan Başkanlık Sistemi’nin kilitlenmesini önleyen ikinci unsur fren ve denge mekanizmasıdır¹⁹⁴. Sert kuvvetler ayrılığı nedeniyle yasama ve yürütme birbirinden bağımsız olsa da birbirine karşı kullanılacak silahların mevcudiyeti tarafları daha itidalli davranmaya itmektedir. Bazen sorunlar yaşansa da sistem mutlak anlamda kilitlenmemektedir. Son olarak, Amerikan siyasal kültüründe çok önemli bir yer işgal eden lobıcılık de sistem kilitlenmesini önleyen diğer bir önemli bir faktördür. Siyasal yaşamda ortaya çıkan problemlerde lobi şirketleri devreye girmekte ve başkanla Kongre’nin uzlaşmasını temin etmektedir¹⁹⁵.

ABD’nin federal yapısı nedeniyle pek çok temel kamu hizmetinin federe devletler veya yerel yönetimler düzeyinde görülür. Bu durum, federal devlet düzeyindeki kilitlenmelerin etkisini azaltmaktadır. Bütün bu olumlu faktörlere rağmen, Amerika’da başkan ile Kongre arasında zaman zaman ciddi kilitlenmelerin olduğu görülmekte, bütçenin Kongre tarafından kabul edilmemesiyle kamu hizmetleri durma noktasına gelmektedir¹⁹⁶.

Çift meşruiyet konusunun Türkiye açısından sorun teşkil edeceği rahatlıkla söylenebilir. Geçmişte yaşanan sorunlar, böyle bir öngöründe bulunmayı mümkün kılmaktadır. Türk siyasal hayatı incelendiğinde bol miktarda krizin olduğu görülecektir. Türk siyasi tarihinde 1921 yılında meclis hükümeti sistemiyle başlayan süreç, 1924 Anayasasıyla parlamenter sisteme doğru evrilmiş ve 1961 anayasasında saf parlamenter sisteme ulaşmıştır. Bu yıldan sonra parlamenter sistem yarı-başkanlık sistemine doğru evrilmeye başlamış, 1982 Anayasasıyla parlamenter sistemden oldukça sapılmış ve 2007 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle yarı-başkanlık sistemine ulaşmıştır. Bundan sonraki hedef ise başkanlık olarak görülmektedir.

¹⁹³ Efe-Kotan, 2015, s. 85

¹⁹⁴ Evcimen, 1992, s. 319

¹⁹⁵ Yazıcı, 2005, s. 134

¹⁹⁶ <http://www.amerikaninsesi.com/content/amerikada-butce-krizi-devam-ediyor-119483244/894806.html> (Erişim Tarihi:19.02.2016)

Siyasi tarihimizdeki ilk kriz Atatürk ile İsmet İnönü arasında yaşanmıştır. Atatürk İnönü'nün uyguladığı devletçilik siyasetinin başarılı olamayacağını düşünüyordu. 17 Eylül 1937'de Çankaya Köşkündeki bir tartışmadan sonra Atatürk İnönü'nün istifasını istemiş ve İsmet İnönü krizin sonucunda 25 Ekimde İnönü istifa etmiştir. Diğer kriz 6. Cumhurbaşkanı Fahri Korutürk ile dönemin başbakanı Süleyman Demirel arasında Kara Kuvvetleri Komutanlığı atanmasında yaşanmıştır. Seçilecek Komutan bir süre sonra Genelkurmay başkanlığına olacaktı. Başbakanın adayı Ali Fethi Esener, Cumhurbaşkanının adayı ise, Adnan Ersöz'dü. Hükümetin hazırladığı kararnameyi cumhurbaşkanı imzalamamış ve restleşmeler sonuç vermeyince iki komutan da emekli olmuştur. Bunların yerine, Ege Ordu Komutanı Kenan Evren Genelkurmay Başkanı olarak atanmıştır¹⁹⁷.

1980'li ve 1990'lı yıllarda cumhurbaşkanı başbakan çatışmaları devam etmiştir. Başbakan Yıldırım Akbulut ile Cumhurbaşkanı Turgut Özal arasında kriz düzeyine varmasa da çeşitli sorunların yaşanmıştır. Özellikle Körfez Savaşı ve Zonguldak maden işçileri grevi sırasında görüş ayrılıkları olmuştur. Hükümet tarafından hazırlanan bazı kararnamelerin cumhurbaşkanlığınca imzalanmadığı; ancak başbakanın bunları kamuoyuna yansıtmadığı ifade edilmektedir. Burada ilginç nokta, aynı siyasal gelenekten gelen cumhurbaşkanıyla oldukça uyumlu bir profil sergileyen başbakan sorun yaşamıştır. Özetle, kohabitasyon (cohabitation)¹⁹⁸ olduğu takdirde sorunların daha artacağı söylemek kehanet olmayacaktır. Nitekim farklı siyasal parti, ancak aynı siyasi damardan gelen Süleyman Demirel ve Turgut Özal zamanında bunun zorlukları görülmüştür. Turgut Özal'ın köşke çıkması ve Süleyman Demirel'in muhtemel başbakan olmasıyla ilgili konuşmaları krizin habercisi olmuştur. Seçim öncesinde Cumhurbaşkanı Turgut Özal, "*Seçimi kazanır da Çankaya'ya çıkmazsa Meclis'i feshedip 45 gün içinde yeniden seçime giderim*" demiş, Demirel ise, cevabında: "*Ben Çankaya'ya çıkmam, Çankaya aşağı iner. Özal'dan görev almam*" demiştir. Bu tartışmalar Özal'ın cumhurbaşkanlığının yasal olmadığı iddialarına kadar varmıştır. Demirel seçimden birinci parti olarak çıkmış ve başbakan olmuştur. Cumhurbaşkanı, pek çok kararnameyi imzalamamış ve birçoğunu da geri çevirmiştir. Hükümet,

¹⁹⁷<http://blog.milliyet.com.tr/cumhuriyet-tarihinin-siyasi-krizleri/Blog?BlogNo=238706>(Erişim Tarihi:15.02.2016)

¹⁹⁸ Devlet başkanı ile başbakanın siyasi açıdan birbirine rakip olan partilerden olması ve devlet başkanının hükümette temsil edilmemesi durumudur. Başka bir ifadeyle; devlet başkanı ve başbakanın birbirinden farklı siyasi farklı gruplara ait oldukları dönemdir. Demir, 2014, s. 845

Cumhurbaşkanını başkan gibi davranmakla suçlamıştır. 1992 yılında koalisyon ortakları Cumhurbaşkanının Kanun Hükmünde Kararname ve Bakanlar Kurulu kararları üzerindeki yetkisini değiştirmek için yasa taslağı hazırlamışlar; ancak Özal kararnameyi imzalamamış ve kriz daha da büyümüştür. Tartışmalar yargıda taşınmış ve Turgut Özal Cumhuriyet tarihinde Başbakana tazminat davası açıp mahkûm ettiren ilk Cumhurbaşkanı olmuştur. Bu tartışmalar, cumhurbaşkanı vefat edene kadar devam etmiştir¹⁹⁹.

Cumhurbaşkanı hükümet çatışması, Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel ve Başbakan Tansu Çiller zamanında da devam etmiştir. Cumhurbaşkanı Demirel, kendileri için yapılan baba kız yakıştırmalarına ilginç bir şekilde “*İktidar kavgası ne baba tanır ne oğul*” şeklinde cevap vermiştir. Bu defa 2001 yılında Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ile Başbakan Bülent Ecevit zamanında tarihin en ciddi siyasal krizlerinde bir yaşanmış ve bu krizin ağır ekonomik sonuçları olmuştur. Bu kriz, tarihe “Anayasa Fırlatma Krizi” olarak geçmiştir. Cumhurbaşkanı 19 Şubat 2001 tarihinde MGK toplantısında Anayasa’yı havaya kaldırarak Devlet Denetleme Kurulu’nun üst kurullarda yaptığı denetime atfen, “*Denetimin denetimi bal gibi olur. İşte Anayasa, Anayasayı bilmiyorsunuz*” diyerek elinde tuttuğu Anayasa’yı Ecevit’e bakarak, masaya doğru atmıştır. Bunun üzerine önce Bülent Ecevit, sonra da Mesut Yılmaz toplantıyı terk etmiştir. Başbakan Yardımcısı Hüsamettin Özkan Anayasa’yı alıp Cumhurbaşkanının bulunduğu yöne doğru aynı yöntemle bırakmıştır. Özkan’ın salondan çıkarken söylediği “*nankör kedi*” sözü siyasal tarihimizdeki yerini almıştır²⁰⁰. Bu çatışmalar, Türkiye’deki akademik üretime de katkıda bulunmuştur²⁰¹.

Siyasal tarihimizde cumhurbaşkanı hükümet çatışmaları, 2002 yılından itibaren ayrı bir sayfa açılarak devam etmiştir. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ile Başbakan Recep Tayyip Erdoğan arasındaki krizler, Cumhurbaşkanının görev süresi bitene kadar devam etmiştir. Cumhurbaşkanı başta üst düzey bürokrat atamaları dâhil, hükümet tarafından hazırlanan pek çok kararnameyi imzalamamıştır. Yine bu dönemde 2007 yılında cumhurbaşkanlığı seçimi sırasında meclisin toplantı yeter sayısı ile ilgili “367 Krizi” yaşanmış ve 1980 askeri darbesinden önce olduğu gibi cumhurbaşkanı

¹⁹⁹<http://blog.milliyet.com.tr/cumhuriyet-tarihinin-siyasi-krizleri/Blog/?BlogNo=238706>(Erişim Tarihi:15.02.2016)

²⁰⁰<http://blog.milliyet.com.tr/cumhuriyet-tarihinin-siyasi-krizleri/Blog/?BlogNo=238706>(Erişim Tarihi:15.02.2016)

²⁰¹ Gözler, Kemal, Cumhurbaşkanı- Hükümet Çatışması: Cumhurbaşkanı Kararnameleri İmzalamayı Reddedebilir mi?, Bursa, Ekin Yayınevi, 2000

seçimi ciddi bir sorun olmuş ve 27 Nisan 2007’de ordu hükümete muhtıra vermiş, hükümet de buna yazılı bir açıklamayla cevap vermiştir. Bu tartışmalar cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini öngören anayasa değişikliği ile sona ermiştir. Böylece, yıllarca merkez sağ partiler tarafından ısrarla istenen bir değişiklik hayata geçirilmiştir. Nihayet 10 ağustos 2014 yılında doğrudan halk oylaması sonucunda, Recep Tayyip Erdoğan cumhurbaşkanı seçilmiştir.

Görüldüğü üzere, 1982 anayasasının tercih ettiği güçlü cumhurbaşkanı figürü bugüne kadar pek çok sistem krizi çıkarmış olup, kanımızca bundan sonra da sorun çıkarmaya devam edecektir. Hatta şu anda Türk siyasal hayatının son 15 yılına damga vuran Ak Parti hükümetinin aynı gelenekten gelen bir Cumhurbaşkanıyla sorun yaşadığı iddia edilmektedir²⁰².

Sonuç olarak, siyasal tarihimizde yaşanan cumhurbaşkanı ve başbakan krizleri bize göstermektedir ki, 2007 yılında cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesiyle sorunlar artarak devam edecektir. Anayasanın mevcut yürütme hükümleri, yeni sorunlara gebe dir. Başkanlık sisteminde yer alan çift meşruiyetin Türkiye’de de sorun teşkil edeceği söylenebilir. Kanımızca, yapılması gereken ya cumhurbaşkanını parlamenter sistemde olduğu gibi sembolik hale getirmek ya da çift başlı yürütmeye son vermek ve başkanlık sistemine geçmektir. Sistem bu haliyle büyük krizler çıkarmaya müsaittir.

Başkanlık sistemine yöneltilen diğer bir eleştiri kazananın her şeyi kazanması kaybedenin her şeyi kaybetmesidir²⁰³. Başkanlık sisteminin karşılaştığı önemli sorunlarından birisi, kazananın her şeyi aldığı, kaybedenin ise her şeyi kaybettiği bir tür “toplam-sıfır oyunu”na neden olmasıdır²⁰⁴. Bu durumda her şeyi kaybeden taraf mağlubiyetin acısıyla duygusal davranabilir, uzlaşmaz bir tavır takınabilir hatta yasa dışı yollara yönelebilir²⁰⁵. Başkanlık sisteminde Başkanın taraftarlarıyla, ona karşı olanlar arasındaki görüş farklılıkları parlamenter sisteme göre daha net olup iktidar muhalefet arasındaki görüş farklılıkları daha keskindir²⁰⁶. Aslında insan psikolojisi açısından bunu yadırgamamak gerekir. Çünkü ortada ha hep ya hiç durumu olduğundan her şeyi kaybedenin başkana karşı dostça duygular beslemesi kolay değildir.

²⁰²<http://www.yenicaggazetesi.com.tr/ahmet-hoca-ile-erdogan-arasinda-patlayan-son-kriz-36978yy.htm> (Erişim Tarihi:15.02.2016)

²⁰³Yılmaz, Sait, “Başkanlık Sistemi; ABD, Türkiye’ye Örnek Olabilir mi?” s.3
http://usam.aydin.edu.tr/analiz/baskanlik_sistemi_abd_turkey.pdf(Erişim Tarihi:15.02.2016)

²⁰⁴ Onar, 2005, s. 88

²⁰⁵ Aslan, 2015, s.18

²⁰⁶ Özer, 1998, s.101

Toplam sıfır oyunu, başkanlık makamının bölünmeye elverişsiz, monist yapısından kaynaklanmaktadır. Çünkü başkanlık seçiminde kazanan aday, yürütme yetkisini bir sonraki başkanlık seçimine kadar tek başına kullanma hakkını elde eder. Kaybeden adaylar için bir sonraki seçimleri beklemek dışında bir seçenek yoktur²⁰⁷. Diğer taraftan, seçimi kaybedenlerin parlamenter sistemde olduğu gibi, mecliste muhalefet sıralarında yer alma hakkına da sahip değildirler. Bu nedenle, başkanlık yarışı, kazananların kazancını arttıran kaybedenlere ise, her şeyi kaybettiren bir toplam-sıfır oyunudur²⁰⁸. Bu oyunda kaybeden adayların bir sonraki başkanlık seçiminde partisi tarafından yeniden aday gösterilme ihtimali oldukça düşüktür. Çünkü bu siyasal partiler, seçmelerin karşısına yeni ve dinamik adaylarla çıkmak isteyecektir. Parti yapısı bizdekinden oldukça farklı olduğundan bir liderin uzun süre saltanat sürmesi pek mümkün değildir. Dolayısıyla genellikle seçimi kaybeden adayın siyasi kariyerinin sonlanabileceği söylenebilir²⁰⁹.

Parlamenter sistemde, koalisyon hükümeti söz konusuysa seçimi kaybedenler siyaset sahnesinin dışına itilmemekte yasama sürecine katılabilmekte, “toplam-sıfır oyunu” söz konusu olmamaktadır²¹⁰. Ancak tek parti iktidarında aynı şeyi söylemek pek mümkün olmamaktadır. Bu durumda başkanlık sisteminden daha ağır bir “toplam-sıfır oyunu” ortaya çıkmaktadır. Çünkü parlamenter sistemlerde hükümeti kurma görevi mecliste çoğunluğu elde eden partiye verilir. Böylece, seçimlerde çoğunluğu elde eden siyasal parti hem yasamaya hem de yürütmeye hâkim olur. Burada hükümetin politikalarını hayata geçirmek için parlamentodan talep ettiği bütün yasama tasarrufları kolaylıkla kabul edilir. Hâlbuki başkanlık sisteminde başkanın yasama tasarrufları için Kongre’de kulis yapması ve üyeleri ikna etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla tek parti iktidarında “toplam-sıfır oyunu”nun sonuçlarının başkanlık sisteminden daha ağır olduğu söylenebilir²¹¹. Başka bir ifadeyle, parlamenter sistemde başbakan başkanlık sistemindeki başkana göre yasama üzerinde çok daha etkilidir. Nitekim ülkemizde, Demokrat Parti dönemi (1950-1960), Adalet Partisi dönemi (1965-1969, 1969-1971), ANAP dönemi (1983-1987, 1987-1991) ve 2002 yılında iktidara gelen ve halen iktidarda olan AK Parti dönemi yürütmenin ağır bir şekilde yasamayı

²⁰⁷ Yılmaz, s. 3

²⁰⁸ Efe-Kotan, 2015, s. 77

²⁰⁹ Yazıcı, 2005, s.135

²¹⁰ Kahraman, 2012, s. 437

²¹¹ Yazıcı, 2005, s.136

etki altına aldığı zaman dilimleridir. Sonuç olarak, başkanlık sisteminde bir başkan ne kadar yüksek oy alırsa alsın parlamenter sistemdeki başbakan kadar yasama üzerinde etkili olamayacaktır.

SONUÇ

Türkiye’de bitmeyen tartışma konularından birisi hükümet sisteminin ne olacağıdır. Bu konu kuşaktan kuşağa miras olarak geçmektedir. Cumhuriyetin kurulduğu günden beri hükümet sistemi tercihi sorun olmuş ve bugün de sorun olmaya devam etmektedir. 1982 anayasasının yapım sürecinde, dünyadaki yürütmenin güçlendirilmesi temayülüne uygun olarak başkanlık sistemi tartışılmış ancak kabul görmemiştir.

Türkiye’de hükümet sistemi tartışmaları sağlıklı bir zeminde yapılmamaktadır. Özellikle başkanlık sisteminde bunu görmek mümkündür. Başkanlık sistemini savunanlar bu sistemi sihirli değnek olarak görmektedir. Bunlara göre, başkanlık sistemi Türkiye’de bütün sorunları çözecektir. Başkanlık sistemine karşı çıkanlar ise bu konunun tartışılmasına bile sıcak bakmamakta, başkanlık sisteminin diktatörlüğe neden olacağını ileri sürmektedirler. Bu yaklaşım, başkanlık sistemini adeta “vebalı” olarak göstermektedir. Bu tür yaklaşımların doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Hükümet sistemleriyle demokrasi arasından doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır. Hükümet sistemleri, devlet cihazının organizasyonu ve işleyişine ilişkin bir konu iken, demokrasi yönetilenlerin iradesinin yönetime katılmasıyla ilgili bir konudur. Dolayısıyla, her hükümet sisteminin uygulanmasından demokratik veya anti-demokratik sonuçların doğabileceği söylenebilir.

Türkiye’de Cumhuriyet kurulduğundan beri hükümet sistemi arayışları hep olmuştur. 1921 Anayasası ile Meclis Hükümeti Sistemi tercih edilmiştir. Bu Anayasa’da 1923 yılında yapılan değişlikle sistem değişmeye başlamıştır. 1924 Anayasası ile Parlamenter Sistem ve Meclis Hükümeti Sistemi karışımı bir sisteme geçilmiş ve 1961 Anayasası’nda saf parlamenter sisteme ulaşılmıştır. Bu Anayasa’da 1971 ve 1973 yılında yapılan değişikliklerle parlamenter sistemden uzaklaşma başlamış ve 1982 Anayasasıyla bu sistemden ciddi sapmalar olmuştur. Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm olarak da ifade edilen bu sapmalar 2007 yılında cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin kabul edilmesiyle zirve yapmıştır.

2007 yılında cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi tercihiyle bizce yarı-başkanlık sistemine geçilmiştir. 1982 Anayasası ile siyasal sorumluluğu bulunmayan cumhurbaşkanına parlamenter sistemle bağdaşmayacak

bir şekilde pek çok yetki verilmiştir. Burada kamu hukukundaki temel ilkelerden birisi olan yetki ve sorumluluğun paralelliği ilkesi ihlal edilmiştir. 2007 yılında ise yarı-başkanlık sisteminin temel unsurlarından birisi olan devlet başkanının halk tarafından seçilmesi kabul edilmiştir. Gerçi 1982 Anayasamıza göre, devlet başkanının parlamentoyu şartsız fesih yetkisi (Fransa Anayasası m.12), yasaları referanduma götürme yetkisi, (Fransa Anayasası m.11) tek başına olağanüstü hal ilan etme yetkisi (Fransa Anayasası m.11) henüz bulunmamaktadır. Ancak, kanunların referanduma götürülmesi hariç Anayasadaki yer alan diğer yetkilerde cumhurbaşkanı pekâlâ hükümeti zorlayabilecektir. Fesih yetkisi her ne kadar hükümetin kurulamaması şartına bağlı olsa da başbakanla görüşerek hükümeti istifaya zorlayabilir. Yine Bakanlar Kurulu Kararı ile ilan etme yetkisine sahip olduğu olağanüstü hal veya sıkıyönetim konusunda hükümet üzerinde baskı kurulabilir. Sonuç olarak bizce hükümet sistemi yarı-başkanlık olmuştur²¹². Hatta mevcut durumun fiilen başkanlık sistemi bile olduğu bile ileri sürülebilir. Çünkü Türk siyasal hayatının son 15-20 yılına damga vuran Recep Tayyip Erdoğan aynı siyasal gelenekten gelen bir hükümetle beraber çalışmaktadır. Kendisinin siyasal tarihimizdeki en etkili liderlerden birisi olduğu açıktır. Dolayısıyla, şu anda hukuken olmasa da fiilen devlet yönetiminde Amerikan Başkanını kısıktandıracak bir durumda olduğu söylenebilir. Çünkü gerek iktidardaki Ak Partinin iç işleyişinin şekillendirilmesinde, gerekse hükümetin politikalarının belirlenmesinde Cumhurbaşkanı’nın ciddi etkisinin olduğu görülmektedir²¹³.

Yarı başkanlık sisteminde hükümet istikrarının olması için devlet başkanı ile başbakan arasında siyasal uyumun olması gerekir. Başka bir ifadeyle, devlet başkanı ve başbakan benzer siyasal görüşte olmalıdır. Ancak bunun her zaman gerçekleşmesi mümkün olamayacağı için sistem krizleri yaşanacaktır. Nitekim bu sistemin prototipi olan Fransa’da 1986-1988, 1993-1995 yılları arasında ve 1997 seçimleri sonrasında yaşanan “kohabitasyon krizleri” nedeniyle anayasada yapılan değişiklikle devlet başkanının görev süresi 2000 yılında 5 yıla indirilmiştir.

²¹² Aynı yönde görüş için bkz. Yavuz, 2008, s.1196. Ancak, doktrinde bu değişiklik farklı şekilde de değerlendirilebilmektedir. Örneğin, Levent Gönenç, bu sistemi “Başkancı Parlamenter Sistem” olarak adlandırmaktadır. Başkanlı parlamenter sistemde, halk tarafından seçilen cumhurbaşkanının, hükümetin oluşturulması, meclisin feshi ve yasama sürecine ilişkin kendi inisiyatifıyla kullanabileceği yetkileri sınırlıdır. Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmiş olmasına rağmen sistem parlamenter sistem gibi işleyebilmektedir. Gönenç, Levent, “Türkiye’de Hükümet Sistemi Tartışmalarına Kısa Bir Bakış ve Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği” Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Nisan, 2011, s. 4-5

²¹³ <http://www.aljazeera.com.tr/haber/kabine-yorumlari-erdogan-etkisi-net> (Erişim Tarihi: 15.02.2016)

2007 yılında cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi tercihiyle bizce sistem krizlerine davetiye çıkarılmıştır. Böyle bir model sorunları daha da arttıracaktır. Parlamenter sistemde meydana gelen yürütme krizini, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini sağlayarak çözmeye çalışmak parlamenter sistemin doğasına aykırıdır. Böyle bir değişiklik yapmak yerine, Anayasa'da gerekli değişiklikleri yaparak cumhurbaşkanının yetki ve sorumluluklarını sistemin ruhuna uygun bir şekilde sembolik hale getirmek daha mantıklı olurdu. Ancak, ne yazık ki tali kurucu iktidar böyle bir tercihte bulunmamıştır. Yapılan bu değişiklik siyasi krizleri daha da arttıracaktır. Parlamenter sistemde başbakanının ortalama %30-45 oranında oy aldığı düşünüldüğünde, halkın yarısından fazlasının desteğini almış bir cumhurbaşkanı doğal olarak Anayasanın vermiş olduğu yetkileri daha rahat kullanabilecek ve bu konuda kamuoyundan da destek bulacaktır. Bu durum ise, Cumhurbaşkanı ile Başbakan arasındaki çatışmayı arttıracaktır²¹⁴.

Sonuç olarak, 2007 anayasa değişikliği sonrası ortaya çıkan durumun pek iç açıcı olmadığı söylenebilir. Bizce sistem bu şekilde sürdürülemez. Bu durumda ya parlamenter sisteme dönülmeli²¹⁵ ya da başkanlık sistemine geçilmelidir. Hazırlanacak yeni anayasada başta seçim ve parti sistemi olmak üzere, hükümet sistemi kapsamlı bir şekilde tartışılmalı ve değerlendirilmelidir. 1961 Anayasasında 1971-1973 değişiklikleriyle başlayan yürütmenin güçlendirilmesi temayülü zaman içinde artarak devam etmiştir. 1982 Anayasasında yürütmenin cumhurbaşkanı kanadını güçlendirme eğilimi vardır. 2007 yılında yapılan cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine yönelik yapılan anayasa değişikliği ise parlamenter sisteme veda niteliğindedir. Bu vedadan sonra geri dönüş zor görünmektedir. Bizce, sistemin bu şekliyle parlamenter sistemden çok daha fazla sorunlara yol açması muhtemeldir. Bu nedenle tam anlamıyla başkanlık sistemine geçilmesi düşünülmelidir. Böylece, ülkemizde teorik planda uzunca bir süredir tartışılan bu konunun sahada uygulaması görülmüş olacaktır. Ancak başkanlık sistemi tercih edilir ve başarılı olamazsa o takdirde İsrail örneğinde²¹⁶ olduğu gibi tekrar parlamenter sisteme geri dönülebilir.

²¹⁴ Kuzu, 1996, s. 82

²¹⁵ Eğer parlamenter sisteme geri dönülecekse sistemde bazı değişiklikler yapılmalıdır. Örneğin, hükümeti düşürmek isteyenlerin yeni başbakan üzerinde anlaşmalarını gerektiren "kurucu güvensizlik oyu" mekanizması getirilmeli, Cumhurbaşkanının yetkileri parlamenter sistemin doğal sınırlarına çekilmelidir.

²¹⁶ İsrail'de 1992'de parlamenter sistemden, başbakanın halk tarafından seçildiği kendine özgü bir sisteme geçilmiş, ancak daha sonra bu sistemin başarısızlığa uğraması sonucu 2001 yılında tekrar parlamenter sisteme geri dönülmüştür. Onar, 2005, s. 3

KAYNAKÇA

- A. Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku Turhan Kitabevi, Ankara, 1986
- Ali Aslan, Türkiye İçin Başkanlık Sistemi Demokratikleşme, İstikrar, Kurumsallaşma, SETA, Nisan 2015 S. 122
- Ali Rıza Çoban-Ali İhsan Erdağ, “Göreviyle İlgili Olmayan Kişisel Suçlarından Dolayı Cumhurbaşkanının Sorumluluğu ve Yargılanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 75, 2008
- Arend Lijphart, Çağdaş Demokrasiler: Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydışmacı Yönetim Örüntüleri, Çev. Ergun Özbudun, Ersin Onulduran, Yetkin Yayınları, Ankara
- Aristoteles, Politika, (Çev. Mete Tunçay), İstanbul 1990
- Attila Özer, Anayasa Hukuku, Genel İlkeler; Turhan Kitabevi, Ankara, 2005
- Attila Özer, Başkanlık Hükümet Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Ankara, 1998 Ersin Kalaycıoğlu, “Başkanlık Rejimi: Türkiye’nin Diktatörlük Tehdidiyle Sınava”, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005
- Bertil Emrah Oder, “Türkiye’de Başkanlık Yarı-Başkanlık Rejimi Tartışmaları: 1995-2005 Yılları Arasında Basına Yansıyan Öneri ve Tepkilerden Kesitler” Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005
- Burhan Kuzu, Türkiye için Başkanlık Sistemi, İstanbul, 1997
- Burhan Kuzu, Anayasa Hukukumuzda Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987
- Burhan Kuzu; “Türkiye İçin Başkanlık Sistemi” Amme İdaresi Dergisi, S.29/3, 1996
- Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2001
- Bülent Yavuz, Parlamenter hükümet sisteminde ve 1982 Anayasasında Başbakan, Asil Yayınevi, Ankara, 2008
- Bülent Yavuz, “Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemine Etkisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S. 2, 2008, Kayseri

Bülent Yavuz, “2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler Ve Çözüm Yolları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, 2008, S. 1-2

Bülent Yavuz, *Parlamentar Hükümet Sistemi: İngiltere, Ak Parti Yayınları*, Ankara, 2013

Bülent Yavuz,-Bayındır, M. Savaş, “Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna Başkanlık Etmesi Tartışmaları Ve Sistem Arayışı” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, 2014, S. 3-4

Bülent Yavuz, “Meksika Siyasal Sistemi Türkiye İçin Örnek Olabilir mi?”, *Düşünce Dünyasında Türkiz Siyaset ve Kültür Dergisi*, Y.6, S.33, 2015

Cem Eroğul, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, Ankara, 2001

Cengiz GÜL- Kasım KARAGÖZ “Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, S.1-2, 2007

E. Ethem ATAY, “Yarı-Başkanlık Rejimi ve Özellikle Fransa Örneği”, *Kamu Hukuku Arşivi*, Y. 2, 1999

Erdal Onar, “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?”, *Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayını*, Ankara, 2005

Erdal Abdulhakimoğulları - Çevik Naci, “Türkiye’de Yüce Divan Yargılaması”, *Haşim Kılıç’a Armağan*, C.II, Ankara, 2013, s. 1197-1233

Erdal Abdulhakimoğulları, “Yarı Başkanlık Sistemi, (Fransa)”, *Ak Parti Yayınları*, Ankara, 2013

Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001

Ergun Özbudun, “Başkanlık Sistemi ve Türkiye”, *Liberal Perspektif Analiz*, S.1, 2015

Ergun Özbudun, *Parlamentar Rejimde Hükümeti Murakabe Vasıtaları*, A.Ü.H.F. Yayın No:171, Ankara, 1962

Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2013

Fevzi Demir; “Yarı Başkanlık Hükümet Sistemi ve Türkiye”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, C.8, Sayı, özel, 2014

Gamze KÜÇÜKOBA, “Başkanlık sistemi ve Türkiye’ye Uygunluğu sorunsalı” Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2014

Giovanni Sartori, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Çev. Ergun Özbudun, Ankara, Yetkin Yayınları 1997

Günsen Evcimen, “Başkanlık hükümeti sistemi: “Ratio politica”sı ve Türkiye”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.47, 1992

Hasan Tahsin Fendoğlu, “Başkanlık Sistemi” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.3, S. 1, 2012

Hasan TUNÇ- Bülent YAVUZ, “Avantaj ve dezavantajlarıyla Başkanlık sistemi” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009, S.81

Hasan Tunç-Faruk Bilir-Bülent Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009

Haydar Efe- Muhammed Lütfi Kotan, “Türkiye’de Hükümet Sistemi Tartışmaları Çerçevesinde Başkanlık Sistemi Ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 9, 2015

İlter Turan, “Başkanlık Sistemi Sevdası: Zayıf Temelli Bir Özlem” Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005

Kasım Erdem, “Yarı-Başkanlık Sistemi: Teori, Pratik Ve Tartışmalar” TBMM Araştırma Merkezi Yayınları Yayın No:6, Ankara, 2014

Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınevi, Bursa, 2010

Kemal Gözler, Cumhurbaşkanı Hükümet Çatışması, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000

Kemal Gözler, Devlet Başkanları, Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2001

Kemal Gözler, Cumhurbaşkanı- Hükümet Çatışması: Cumhurbaşkanı Kararnameleri İmzalamayı Reddedebilir mi?, Bursa, Ekin Yayınevi, 2000

Kuzu, Burhan, “Neden Başkanlık Hükümeti”, Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu, Ankara, 2000,

Levent Gönenç, “Türkiye’de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları:

Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu”, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005

Matthew Soberg Shugart, “Semi-Presidential Systems: Dual Executive and Mixed Authority Patterns”, 2005

Levent Gönenç, “Türkiye’de Hükümet Sistemi Tartışmalarına Kısa Bir Bakış ve Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği” Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Nisan, 2011

Mehmet Kahraman, “Hükümet Sistemi Tartışmaları Bağlamında Başkanlık Ya Da Yarı-Başkanlık Sistemlerinin Türkiye’de Uygulanabilirliği”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.9, S.18, 2012

Mehmet Parsak, “Parlamenter/Başkanlık/ Yarı Başkanlık Hükümet Sistemlerine Genel Bir Bakış Ve Türkiye Cumhuriyeti’nin Hükümet Sistemi”, Türk Akademisi Siyaset, Hukuk ve Yönetim Araştırmalar Merkezi Makale No:1, 2012

Mehmet, Turhan, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, DÜHF Yayınları, Diyarbakır, 1989

Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, (Çev. Fehmi Baldaş), İstanbul 1998

Murat Yanık, Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, İstanbul, 1997

Mustafa Erdoğan, Başkanlık Sistemini Doğru Tartışmak, Liberal Düşünce Dergisi, Ankara, Bahar 1996, S.2

Mustafa, Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Ankara, 1997

Mümtaz Soysal, , 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, 1987

Nur Uluşahin, “Demokratik Siyasal Rejimlerin Sınıflandırılmasında Farklı Bir Yaklaşım: “Yarı-Başkanlık”tan “İki Başlı Yürütme Yapılanması”na, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2003 C.52 S.2

Nur Uluşahin, Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999

Orhan Aldıkaçtı, Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı, İstanbul, 1960

Salih Önder, Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007

Samed Kurban, Başkanlık Sisteminden Beklentiler Ve Türkiye, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kütahya, 2014

Tunçer Karamustafaoğlu, Yasama Meclislerini Fesih Hakkı, AÜHF Yayınları, Ankara, 1982

Turan Güneş, Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul, 1956

İNTERNET KAYNAKLARI

Erdal Abdulhakimoğulları, “Başkanlık Sisteminin Tam Zamanı” <https://www.akparti.org.tr/site/haberler/baskanlik-sisteminin-tam-zamani/44294#1> (Erişim Tarihi:08.02.2016)

Erdal, Abdulhakimoğulları, “Bir Hükümet Sistemi Modeli Olarak Fransa Yarı-Başkanlık Modeli”, 2013, <http://www.ankarastrateji.org/ko-e-yaz-s/bir-hukümet-sistemi-modeli-olarak-fransa-yar-ba-kanl-k-modeli/> (Erişim Tarihi:05.02.2016)

Ergun Özbudun, “Hükümet Sistemi Tartışmaları”, <http://www.birarada.org/tr/16878/Prof-Dr-Ergun-Ozbudun-Huk-met-Sistemi-Tartismalari>(Erişim Tarihi:04.02.2016)

Ernst Veser, “Semi-presidentialism- Duverger’s concept: A new Political System Model” http://www.rhss.sinica.edu.tw/app/ebook/journal/11-01-1999/11_1_2.pdf

<http://blog.milliyet.com.tr/cumhuriyet-tarihinin-siyasi-krizleri/Blog/?BlogNo=238706>(Erişim Tarihi:15.02.2016)

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEK%C4%B0Z%20439-532.pdf> (Erişim Tarihi:08.02.2016)

<http://www.aljazeera.com.tr/haber/kabine-yorumlari-erdogan-etkisi-net> (Erişim Tarihi:15.02.2016)

<http://www.amerikaninsesi.com/content/amerikada-butce-krizi-devam-ediyor-119483244/894806.html> (Erişim Tarihi:19.02.2016)

<http://www.birarada.org/tr/16878/Prof-Dr-Ergun-Ozbudun-Huk-met->

Sistemi-Tartismalari(Erişim Tarihi:04.02.2016)

http://www.felsefe.gen.tr/felsefe_akimlari/pragmatizm_faydacilik_nedir_ne_demektir.asp(Erişim Tarihi:19.02.2016)

<http://www.hri.org/docs/syntaxma/> (Erişim Tarihi:08.02.2016)

<http://www.hurriyet.com.tr/baskanlik-sistemi-siyasi-istikrar-getirir-279249> (Erişim Tarihi:04.02.2016)

<http://www.milliyet.com.tr/anayasa-komisyonu-3-toplantida/siyaset/detay/2195513/default.htm>(Erişim Tarihi:18.02.2016)

<http://www.ntv.com.tr/turkiye/erdogan-yeni-anayasa-baskanlik-olmadan-sakat-kalir,hf3iOBusEWWu8vakhwHzw>(Erişim Tarihi:04.02.2016)

<http://www.sabah.com.tr/gundem/2016/01/03/baskanlik-sistemi-modeline-ince-ayar> (Erişim Tarihi:05.02.2016)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.56c59081dc55e8.68346645 (Erişim Tarihi:02.02.2016)

<http://www.tha.com.tr/turgutozal/sayfa292.htm> (Erişim Tarihi:04.02.2016)

<http://www.yenicaggazetesi.com.tr/ahmet-hoca-ile-erdogan-arasinda-patlayan-son-kriz-36978yy.htm> (Erişim Tarihi:15.02.2016)

[https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR\(4.10.1958\).pdf](https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR(4.10.1958).pdf) (Erişim Tarihi:05.02.2016)

[https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR\(4.10.1958\).pdf](https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR(4.10.1958).pdf) (Erişim Tarihi:08.02.2016)

https://www.academia.edu/19899718/T%C3%BCrk_Yaz%C4%B1%C4%B1_Bas%C4%B1n%C4%B1nda_Ba%C5%9Fkanlık_Sistemi_Tart%C4%B1%C5%9Fmalar%C4%B1_Discussions_of_Presidential_System_in_Turkish_Printed_Media (Erişim Tarihi:04.02.2016)

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem21/yil2/bas/b001m.htm> (Erişim Tarihi:04.02.2016)

Mustafa Erdoğan, “Başkanlık Sistemi, Demokrasi Ve Türkiye”, <http://ozgurlukarastirmalari.com/baskanlik-sistemi-demokrasi-ve-turkiye> (Erişim Tarihi:04.02.2016)

Tarihi:04.02.2016)

Ömer Çaha “On Soruda Neden Başkanlık Sistemi?” <http://docplayer.biz.tr/386702-On-soruda-neden-baskanlik-sistemi.html> (Erişim

Tarihi:08.02.2016)

Sait Yılmaz, “Başkanlık Sistemi; ABD, Türkiye’ye Örnek Olabilir mi?” http://usam.aydin.edu.tr/analiz/baskanlik_sistemi_abd_turkey.pdf(Erişim

Tarihi:15.02.2016)

Selçuk DUMAN, “Türkiye İçin Başkanlık Sistemi Değerlendirmeleri, http://www.academia.edu/4133877/T%C3%BCrkiyede_Ba%C5%9Fkanl%C4%B1k_Sistemi_De%C4%9Ferlendirmeleri (Erişim

Tarihi:03.02.2016)

İŞ KAZALARINDAN DOĞAN CEZA SORUMLULUĞUNDA KUSUR TESPİTİ

Halid ÖZKAN*

ÖZET

Ülkemizde ne yazık ki, çok fazla sayıda iş kazası meydana gelmektedir. Bu iş kazaları neticesinde, sorumluluğun kime ait olacağı hususu ise birçok hukuk dalını ilgilendirmektedir. Doğan sorumluluk; hukuki, idari veya cezai olabilir. Bu çalışmada ise iş kazalarından doğan sorumluluk ceza hukuku boyutuyla ele alınacaktır. Ayrıca bir alt başlığa inilerek uygulamada birçok sorun olan “ceza sorumluluğu açısından kusur tespiti” konusu derinlemesine incelenmeye çalışılacaktır. Çünkü ceza sorumluluğu için kusur olmazsa olmaz şarttır: Kusur varsa ceza vardır; kusur yoksa ceza yoktur.

İş kazalarında ceza sorumluluğu bakımından kusur tespiti zordur. Çünkü, iş kazasının oluşumunda işyerindeki birçok kişi; hareketlerinden, yetki ve yükümlülüklerinden dolayı pay sahibi olabilmektedir. Bu kusurlu kişilerin tespiti, bu kişilerin ceza hukuku bakımından sorumluluk alanının belirlenmesi, olaydaki nedensellik bağı incelemesi, ortak kusurun varlığı halinde nedensellik bağı ve taksir sorunu, sanığa yüklenecek kusur çeşidi ve bilirkişilerin kusur tespiti gibi konular ceza muhakemesine konu iş kazasına etki eden hususlardır. Bu çalışmada bu hususlar ele alınmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İş Kazası, Ceza Sorumluluğu, Kusur, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği.

FAULT ASSESSMENT IN CRIMINAL LIABILITY ARISING FROM WORK-RELATED ACCIDENTS

ABSTRACT

Unfortunately, many work-related accidents occur in our country. As a result of these accidents, the question regarding who will take the liability is the concern of many law areas. The liability arising from the accidents could be juridical, administrative or punitive. In this study, the liability arising from work-related accidents will be discussed in terms of criminal law. Furthermore, by going into a sub-heading; the issue “fault assessment in terms of criminal liability”, which has many problems in practice, will be tried to be examined thoroughly, inasmuch as fault is sine qua non for criminal liability: if there is fault, there is penalty, if not, no penalty.

Fault assessment in work-related accidents is quite difficult in terms of criminal liability; as many people in a workplace, during occurrence of accidents, may have a part in the liability owing to their actions, authority and incumbency. Assessment of these people with faults, assessment of liability areas of these people

* Yrd. Doç. Dr. Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

in terms of criminal law, assessment of lien of causality, negligence problem and causal relation in case of a common fault, fault type to be ascribed to defendant and fault assessment of experts are all the elements that affect work-related accidents in criminal proceedings. In this study, those elements will tried to be discussed.

Keywords: *Work-related accidents, Criminal Liability, Fault, Worker Health and Occupational Safety.*

GİRİŞ

Ülkemizde ne yazık ki, çok fazla sayıda iş kazası meydana gelmektedir. Bu iş kazaları neticesinde, sorumluluğun kime ait olacağı hususu ise birçok hukuk dalını ilgilendirmektedir. İş kazalarından kaynaklanan sorumluluk hukuki, cezai ve idari olabilir. Çalışma ceza hukuku olarak da adlandırılan iş kazalarından doğan ceza sorumluluğu çok geniş bir alanı kapsar. Bu çalışmada ise iş kazalarından doğan ceza sorumluluğu konusunun kapsamı daraltılmak suretiyle uygulamada birçok sorun olan “ceza sorumluluğu açısından kusur tespiti” konusu incelenmeye çalışılacaktır. Çünkü ceza sorumluluğu için kusur olmazsa olmaz şarttır: “Kusur varsa ceza vardır; kusur yoksa ceza yoktur.”

İş kazalarında ceza sorumluluğu bakımından kusur tespiti epey zordur. Çünkü, iş kazasının oluşumunda işyerindeki birçok kişi; hareketlerinden, yetki veya yükümlülüklerinden dolayı pay sahibi olabilmektedir. Bu kusurlu kişilerin tespiti, bu kişilerin ceza hukuku bakımından sorumluluk alanının belirlenmesi, olayda iş kazasına neden olan cezalandırılabilir somut eylemin tespiti, nedensellik bağının incelemesi, ortak kusurun varlığı halinde nedensellik bağı ve taksir sorunu, sanığa yüklenecek kusur çeşidinin ne olacağı ve bilirkişilerin kusur tespiti gibi konular ceza muhakemesine konu iş kazasında kusur tespiti yapılabilmesi için öncelikle irdelenmesi gereken konulardır. Bu çalışmada bu konular suç teorisindeki sırasıyla ele alınmaya çalışılacaktır.

Çalışmamın ana sütununu oluşturan kusur tespiti bölümüne geçmeden önce ceza hukuku bağlamında “iş kazası” ve “kusur” kavramlarına değinmekte fayda vardır.

I. GENEL OLARAK

A. Ceza Hukukunda İş Kazası Kavramı

Hukuki ve cezai sorumluluk açısından farklı iş kazası kavramları vardır. Örneğin bireysel iş hukuku ve iş sağlığı ve güvenliği anlamındaki iş kazası ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu yani sosyal sigortalar hukuku anlamında iş kazası kavramı ve iş kazasının doğurduğu hukuki sonuçlar birbirinden farklıdır¹.

Mevzuatımızda iş kazası tanımlanmıştır:

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 3/1-g hükmüne göre²; “**İş kazası:** İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da beden en engelli hâle getiren olayı, ifade eder.”

Yine 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13/1 maddesinde³ unsurları ile birlikte;

“İş kazası;

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) (**Değişik: 17/4/2008-5754/8 md.**) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) (**Değişik: 17/4/2008-5754/8 md.**) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında,

¹ Ali GÜNEREN, **İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları**, 2.Baskı, Ankara 2011, s.341 vd.

² 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle, bu bentte yer alan “özre uğratan” ibaresi “engelli hâle getiren” şeklinde değiştirilmiştir.

³ 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle, bu bentte yer alan “özüre uğratan” ibaresi “engelli hâle getiren” şeklinde değiştirilmiştir.

meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır” şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrinde genel kabul gören tanım ise; işçinin, işverenin veya vekilinin doğrudan veya dolaylı “otoritesi altında” bulunduğu sırada gördüğü iş veya iş dolayısıyla eylemlerden dolayı hayatın olağan akışına uygun biçimde “dıştan gelen”⁴ etken ile işçiyi bedensel veya ruhsal zarara uğratan olaydır⁵. Yalnız işverenin ve işveren vekilinin otoritesini burada mutlak anlamamak gerekmektedir. Uzak etkisi olan illiyet bağı kopmuş olaylar ceza hukuku bağlamında cezalandırılabilir bir iş kazası olarak nitelendirilmezler.

Ceza hukuku bağlamında ceza kanunları dışında kanun hükümleri ile yapılmış olan tanımlar dikkate alınmakla birlikte, bu kavramın daraltıcı şekilde yorumlanarak tanımlanması da mümkün olabilmektedir. Böylelikle iş kazası kavramı için iş kazası niteliğindeki fiil esas alınacaktır ve suç olup-olmadığı tartışılacaktır. Çünkü modern ceza hukuku “fiil ceza hukuku”dur⁶. Fiilin tüm hukuk düzeni içerisindeki niteliğini esas alır ve fakat kanunda suç olarak tanımlanıp-tanımlanmadığı ile ilgilenir. Bu nedenle net ve kesin bir iş kazası tanımı yapılmasına da gerek bulunmamaktadır.

Ben ise, “**işyerinde işin oluşturduğu risk nedeniyle ceza kanunlarını ihlal eden tüm kazaları, “iş kazası”** olarak tanımlamaktayım. Örneğin iskeleden düşen bir işçinin kolunu kırması, ecza deposunda ilaç balyalarının işçinin üzerine devrilmesi, kurtarma vincinin üçüncü kişilerin üzerine devrilmesi gibi.

⁴ Dış etkenden değil iç etken ile meydana gelen bir zarar söz konusu olursa istisna olarak iş kazası olarak nitelendirilmektedir. Yalçın BOSTANCI, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı” **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:8, Sa:1 Y.2005, s.1 (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/813.pdf>) Er.Tar. 10.09.2015

⁵ Savaş TAŞKENT, “İş Kazası Kavramı”, **Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Armağan**, Cilt II, İstanbul 2001, s. 1952; BOSTANCI, s.1-2

⁶ Mahmut KOCA/ İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7.Baskı, Ankara 2014, s.291

B. İş Kazalarında Ceza Sorumluluğu Bakımından Kusur Kavramı

İş kazalarından kaynaklanan sorumluluk hukuki⁷⁻⁸, cezai ve idari olmak üzere üç şekilde olabilir⁹. İşçi, işveren, işveren vekili ve üçüncü kişilerin sorumluluk şartları ve bu sorumluluğun kapsamı, ilgili alanın (ve mahkemenin) kurallarına göre belirlenmektedir. Bu nedenle her bir sorumluluk açısından kusur kavramı ayrı olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda çalışmamızda ceza hukuku açısından kusur kavramı esas alınacak ve açıklamalarımız bu minvalde yapılacaktır.

Modern ceza hukuku, kusura dayalı ceza sorumluluğunu esas almaktadır¹⁰. Bu nedenle objektif cezai sorumluluğun kabulü terk edilmiştir. Objektif sorumluluğun ceza hukukunda uygulanması aynı zamanda kusur

⁷ İşverenin iş kazaları ile ilgili olmak üzere özel hukuktan doğan sorumluluğu yani hukuki sorumluluğu iş-işçi sözleşmesine dayanmaktadır. Sarper SÜZEK, **İş Güvenliği Hukuku**, Ankara 1985, s.178 vd.

⁸ Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre; işverenin hukuki açıdan sorumluluğu için hareketinin kusurlu olup-olmadığı değerlendirmesinde nesnel(objektif) ölçüt esas alınmalıdır. Mustafa ÖZEN, “İş Kazalarında Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sa.2 Y.2015, s.225; Levent AKIN, “İşçinin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 1, Mart 2006, s.156

⁹ “Ceza Yasamızda, taksirli suçlarda, yasal tipte öngörülen sonuç (netice) meydana geldiği takdirde, taksirli kusurluluk cezalandırılmaktadır. Bu sonucun meydana gelmesi taksirli suçlarda bir cezalandırma koşuludur. Aynı zamanda ceza hukukunda bir kimsenin sorumlu tutulması nedenidir. **Hukuki sorumluluk ise, farklıdır.** Örneğin Borçlar Yasasının 58. maddesinde “bir yapının ya da meydana getirilen herhangi bir yapının sahibinin, bunların çürük yapılmasından ya da korunmasındaki kusurundan dolayı sorumlu” olacağı öngörülmektedir. Burada, bina sahibini ya da yapının sahibini sorumlu tutmak için binanın yıkılması gerekli değildir. Binanın yıkılmasından önce de çürük yapıldığı belirlenirse, bina sahibi hukuki bakımdan sorumlu olmaktadır. **Görülüyor ki, ceza hukuku anlamındaki sorumluluk ile hukuki sorumluluk çok farklı bulunmaktadır. Ceza hukuku yönünden sorumluluğun süresi ile hukuki bakımdan sorumluluğun süresi de farklıdır.** Hukuki sorumluluk Borçlar Yasasının 125. ve 126. maddesine baktığımızda davaların niteliğine ya da yasada başka türlü kural bulunmamasına göre, 5 yıllık ya da 10 yıllık sürelerin öngörüldüğünü görmekteyiz. Hukuki sorumluluğu olan kimsenin aykırılığı, öngörülen bu süreler içinde giderme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu süre geçtikten sonra giderme yükümlülüğü olmadığı için, hukuki yönden sorumlu olmamaktadır. Ceza hukuku bakımından ise, bu süre geçtikten sonra bina yıkılsa dahi, binanın yapımında taksir niteliğinde kusuru bulunan bina sahibi ya da diğer kimselerin davranışı ile binanın yıkılması arasında nedensellik bağlantısı devam ediyorsa, ortadan kalkmadıysa ve yepyeni bir nedenin varlığı söz konusu değilse, cezai sorumluluk devam edecektir. Bu konuda sorumluluğun belirgin bir süre devam edeceğine dair Ceza Yasamızda bir hüküm bulunmamaktadır.” **YCGK E.2001/2-87 K.2001/110 T.29.5.2001.** Ayrıca bkz. ÖZEN, s.215 vd.

¹⁰ Modern ceza hukukunda kişilerin irade serbestisine sahip olduğu bilinciyle toplum hayatında yaşadıkları, cezalandırılabilirlikleri için ana kural olarak kabul edilmektedir. Hans Joachim HIRSCH, “Kusur İlkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu” (Çeviren: Yener ÜNVER), **Türk Ceza Kanunu Tasarısı için Müzakereler**, Konya 1998, s.315

ilkesi (Alm:Schuldprinzip, İng:blameworthiness) ile açık ve net olarak çelişmektedir. Nitekim Türk Ceza Hukuku sistematiğimizde de objektif sorumluluğun kabul edilmediği ve dolayısıyla kusur ilkesinin benimsendiği söylenebilir¹¹⁻¹².

Ceza hukukunda kusur¹³⁻¹⁴, failin bizzat gerçekleştirdiği bir eyleminden dolayı bir cezayı hak edip-etmediği konusundaki normatif ve hukuki¹⁵, değer, “kınanabilirlik”¹⁶ ve “yüklenebilirlik” yargısıdır¹⁷⁻¹⁸. Türk ceza hukuku doktrininde, kusurun içeriği, suçun unsurlarına dahil olup-olmadığı, suçun klasik unsurları dışında cezalandırmayı etkileyen bir unsur

¹¹ Bu durum TCK m.23 gerekçesinde “*Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk, ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan “versari in re illicita”, yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk hâlleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk hâllerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi, Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucudur.*” denilmek suretiyle belirtilmiştir.

¹² Almanya’da ise kusur ilkesi Anayasa Mahkemesi tarafından kararlarında zikredilen temel bir ilke olarak kabul edilmektedir. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – **BVerfGE** 123, 267 <413>

¹³ Ceza hukukunda kusur kavramı hakkında daha geniş bilgi için bkz. Hamide ZAFER, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı -Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, **Online makale** (<http://hamidezafar.com/turk-ceza-hukukunda-kusur-kavrami-normatif-teorinin-one-cikisi-ceza-hukuku-ile-ceza-muhakemesi-hukukunun-ayrilmazligi/>) Son Er.Tar.02.01.2016 (Kusur olarak anılacaktır.); Hamide ZAFER, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 5.Baskı, İstanbul 2015, s.226-234.

¹⁴ “Ceza Hukukunda Kusur Prensibinin Yeri ve Önemi” hakkında daha geniş bilgi için bkz. Uğur ERSOY, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilirlik Şartlarının Kusur Prensibi İle Bağdaştırılabilirliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa.109 Kasım-Aralık 2013, s.204 vd.

¹⁵ “Kusur hukuk normlarıyla ilgilidir, ceza hukukunun dikkate aldığı kusur hukuki kusurdur.” KOCA/ÜZÜLMEZ, GH, s.291

¹⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, GH, s.290; Veli Özer ÖZBEK / Mehmet Nihat KANBUR / Koray DOĞAN/ Pınar BACAĞIZ/ İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5.Baskı, Ankara 2014, s.369

¹⁷ Hans-Heinrich JESCHECK, **Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 1989, s.6 (Çeviren: Feridun YENİSEY), ZAFER, Kusur, s.1; İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10.Baskı, Ankara 2014 s.227 vd., 364 vd.; Yener ÜNVER, “Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul 1999, s.801 vd.

¹⁸ Doktrinde “eylem açısından kusurluluktan, bunu gerçekleştiren fail açısından failin kusurlu olduğundan” bahsedilerek kusur-kusurluluk arasında ayırım yapılmaya çalışılmıştır. Murat Volkan DÜLGER, “5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları Ve Türleri - Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Y: 2 S: 5, Nisan 2005, s.68-69

olup-olmadığı ve manevi unsurdan bağımsız olarak mı değerlendirilmesi gerektiği hususunda görüş birliği yoktur¹⁹. Katıldığım görüşe göre, modern ceza hukukunda ve 5237 sayılı TCK'ya hâkim olan suç teorisinde manevi unsur ile kusurluluk birbiriyle bağlantılı ama “fonksiyonel ve içsel anlamda” birbirinden farklı kavramlardır²⁰⁻²¹. Kusurluluk işlediği fiille ilişkili olarak failin değerlendirilmesidir. Bunun sonucu olarak da “kusurluluk” suçun doğrudan bir unsuru olmamasına rağmen, cezalandırılabilirlik için değerlendirilmesi zorunludur. Bunun yanında kişi işlediği bir fiilden dolayı kusurlu olmasa bile, işlediği fiilin haksızlık içeriğinin varlığı devam edebilir. Manevi unsurun sadece faildeki kusur ve kusurluluğu ifade ettiği görüşünü yeterli bulmamakla birlikte; 1- kast ve taksirin uygulamada bir kusur çeşidi olarak yerleşik olarak yargı kararlarında kabul görmesi²², 2-manevi unsur değerlendirmesi ile kusur yargısının birlikte yapılmasında pratikte yarar olması, 3-kusurun, manevi unsur gibi faille fiil arasındaki psikik bağla da ilgili olması²³, 4- failin kast ve taksiri olmadığı hallerde hiçbir şekilde kusurunun da bulunmaması²⁴, 5- kusurluluğu ayrı başlık altında inceleyen yazarların bile kast ve taksiri kusur türü olarak nitelendirmeye devam etmede beis görmemesi²⁵, 6- kusur kavramının, son dönemde “fiil ve fail kusuru” şeklinde bir anlam içermeye başlaması²⁶, 7- “failin kusuru vardır” denilince kast veya taksirden en az birinin bulunması gerektiğinin anlaşılması²⁷, gibi sebeplerle; kast ve taksir kusur türü/şekli/

¹⁹ ZAFER, Kusur, s.1, 25; Doktrinde kast ve taksirin tipikliğin sadece sübjektif unsurlarından olduğu ve bir kusur şekli olmadığını savunan yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Hakan HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17.Baskı, Ankara 2014, s.201; KOCA/ÜZÜLMEZ, GH, s.290

²⁰ ÖZGENÇ, GH(7), s.227; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, GH, s.365

²¹ TCK kusur anlayışı kritiği için bkz. Yener ÜNVER, “YTCK’da Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y.1 Sa.1, Ekim 2006, s.41 vd.

²² “Dosya kapsamından anlaşıldığı üzere; olayın meydana geldiği trafo pano kapaklarının açık bırakılması ve periyodik kontrollerle bunların kapalı kalmasının sağlanamaması nedeniyle trafo bakım sorumlusunun olayda **kusurlu bulunduğu** bir vaktadır.” YCGK E.2008/9-37 K.2008/55 T. 18.3.2008, Kazancı İçtihat Bankası. (Kazancı olarak kısaltılacaktır.)

²³ Kayıhan İÇEL, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, İstanbul 2014, s.369; Doğan SO-YASLAN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, Ankara 2014, s.422

²⁴ ROXIN’dan Akt. ZAFER, Kusur, s.14

²⁵ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE,GH, s.371; Timur DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8.Baskı, Ankara 2012, s.348; Nur CENTEL / Hamide ZAFER / Özlem ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 8.Baskı, İstanbul 2014, s.344vd.; HAKERİ, GH, s.244; Halid ÖZKAN, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Ankara 2013, s.138 vd.

²⁶ ZAFER, Kusur, s.22

²⁷ Taksirin bir kusurluluk şekli olup-olmadığı tartışması için bkz. Ayhan ÖNDER, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, İstanbul 1992, s.299-300

çeşidi olarak öğretilde adlandırılmaya devam edilmektedir²⁸⁻²⁹.

Sonuç itibarıyla ceza hukukunda kusur; hem failin bizzat gerçekleştirdiği bir eyleminden dolayı bir cezayı hak edip-etmediği konusundaki normatif ve hukuki³⁰ anlamda, değer ve “kınanabilirlik”³¹ yargısını³² hem de kusur yeteneğine sahip olan kişinin eyleminden dolayı cezai açıdan sorumlu tutulabilmesi³³ ve kendisine bir kusur çeşidinin izafe edilebilmesi için zorunlu durumunu ifade eder.

Bir iş kazasından doğan neticenin icrai ya da ihmali hareketi yapana yüklenilmesi ve ceza sorumluluğunun doğabilmesi için failin “tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu hareket etmiş olması”³⁴ gerekmektedir. Ayrıca yukarıdaki kusur açıklamaları ışığında iş kazalarında fail, kusurlu hareket edebilme olanağına hiç sahip olmamış, kusurlu hareket etmemiş ya da kusurluluğu kaldıran sebeplerden birine sahip ise kusurdan bahsedilemez. Böylece iş kazasından doğan ceza sorumluluğu için her ceza muhakemesinde failin cezalandırılması konusunda etkili her unsur, kusur değer yargısını (fail ve fiil kusurunu) etkileyebilecektir.

II. İŞ KAZALARINDA KUSUR TESPİTİ

A. Genel Olarak

Bir iş kazasında ancak kusur var ise cezalandırma olabilecektir. İş kazalarında kusursuz sorumluluğun benimsenmesi ancak özel hukukta tazminat sorumluluğu bakımından söz konusu olabilir³⁵. Uygulamada ise kusur tespiti yaptırılan bilirkişiler tarafından neredeyse her ceza davasında objektif

²⁸ Kgi. HAKERİ, GH, s.201; KOCA/ÜZÜLMEZ, GH, s.290; ÖZGENÇ, GH(10), s.227 vd.

²⁹ Kast ve taksirin kusur çeşidi olarak kabul edilmesi kasten hareket eden kişinin zorunluluk hali nedeniyle kastının yok sayılmasını gerektireceğinden kendi içerisinde çelişki oluşturabilecektir. ZAFER, Kusur, s.23

³⁰ “Kusur hukuk normlarıyla ilgilidir, ceza hukukunun dikkate aldığı kusur hukuki kusurdur.” KOCA/ÜZÜLMEZ, GH, s.291

³¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, GH, s.290

³² JESCHECK, s.6; ZAFER, Kusur, s.1; ÖZGENÇ, GH(10), s.227 vd., 364.

³³ ÖZEN, s.219

³⁴ Alman Ceza Kanunu’nda da her suç ortağının diğerinin kusuru göz önünde tutulmaksızın kendi kusuruna göre cezalandırılacağı kuralı (StGB §29) kabul edildiğinden tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterli olacaktır. Karl E. HEMMER / Achim WÜST, **Strafrecht Allgemeiner Teil II**, 8.Baskı, Marktheidenfeld 2006, s.70-71

³⁵ ÖZEN, s.234

sorumluluk doğuracak şekilde işveren, işveren vekili³⁶, suçun mağduru işçi ya da İSG³⁷ uzmanına kusur izafe edilmektedir.

İş kazalarında işverenin, işveren vekilinin, İSG uzmanının ve işçilerin yazılı olan ve olmayan yükümlülükleri vardır³⁸. Yazılı olan yükümlülükler iş kazasının meydana geldiği tarihte halihazırda yürürlükte olan mevzuata göre belirlenir. Yazılı olmayan kurallar ise; somut olaya “uyarlanabilirliğe”³⁹ ve ceza hukukunun temel ilkelerine göre belirlenir. Örneğin nedensellik bağının tespitinde yüklenebilirlik açısından yazılı olmayan işyeri teamülleri dikkate alınabilir. Buna karşın kusur izafe edilebilmesi için yazılı olmayan kurallara özel bir yükümlülük yüklenemez⁴⁰.

B. Kusur Tespiti Usulü

1. İş Kazasına Neden Olan Cezalandırılabilir Somut Eylemin Tespiti

Ceza muhakemesinde amaç “şüpheli ve sanığın haklarını korumak suretiyle”⁴¹ yani insan hakları ihlallerine yol açmadan⁴² maddi gerçeğe ulaşmaktır⁴³. Maddi gerçeğe ulaşmak ise ceza muhakemesinde “gerçeğe uygunluk” anlamındaki hakikati araştırmakla ve en yakın şekliyle ortaya koymakla mümkün olacaktır⁴⁴. Maddi gerçek yani hakikat; geçmişte olup

³⁶ Şantiye şefi, ustabaşı, saha mühendisi, saha amiri, işçi çavuşu, genel müdür, birim müdürü, teknik nezaretçi gibi uygulamada kullanılan sıfatları bulunabilir.

³⁷ İş Sağlığı ve Güvenliği

³⁸ ÖZEN, s.239

³⁹ Her işyerinde “bağlayıcı olan bir işleyiş düzeni ve bir davranış modeli olmalıdır. Mahmut KABAKCI, **AB İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğiyle İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumunu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2009, s.270

⁴⁰ Kgi. ÖZEN, s.239, Yazar; “somut olayda (iş kazalarında) teknolojik gelişmelerin gerektirdiği önlemlerin alınması” gereğinin yazılı olmayan kurallara ile var olduğunu ileri sürmüştür. Kanımca iş kazalarında ceza sorumluluğunun yazılı olmayan kurallara ile doğması mümkün değildir.

⁴¹ Nurullah KUNTER / Feridun YENİSEY / Ayşe NUHOĞLU, **Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18.Baskı, İstanbul 2010, s.25 (CMH olarak anılacaktır)

⁴² Bahri ÖZTÜRK / Durmuş TEZCAN / Mustafa Ruhan ERDEM / Özge SIRMA - Yasemin F. KIRIT / Özdem ÖZAYDIN / Esra ALAN AKCAN / Efser ERDEN, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8.Baskı, Ankara 2014, s.35

⁴³ Nur CENTEL / Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12.Baskı, İstanbul 2015, s.6; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, CMH, s.23

⁴⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, CMH, s.27

bitmiş bir olayın onu temsil eden herhangi bir muhakeme vasıtası yani deliller aracılığıyla yargılamada ortaya konulmuş hali olarak tanımlanabilir⁴⁵. İş kazası konulu ceza muhakemelerinde iş kazasını oluşturan somut fiilin tespiti maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için büyük önem arz eder. **İş kazasına sebebiyet veren somut fiilin tespiti kusurun tespiti için ön şarttır.** Çünkü olayın nasıl vuku bulduğu bilinmeden kusur ve kusurlu tespit/belirlemesi yapılamaz. Örneğin olayın nasıl gerçekleştiği hususunda hiçbir delil bulunmadığı ve işçinin öldüğü bir olayda faraziyeler ile kusur izafe edilemez. Yine yaralanmanın iskelenin mevzuata aykırı şekilde kurulmasından mı yoksa işçilerin tehlikeli şekilde şakalaşması sonucunda mı meydana geldiği hususunun net olarak belirlenmediği bir olayda şüpheden sanık yararlanır ilkesine başvurulmalıdır.

İş kazasının nasıl gerçekleştiği hususunda kolluk tarafından hazırlanan olay yeri krokisi yeterli olmayıp, iş müfettişlerinin iş kazası öncesi işyeri hakkında, SGK⁴⁶ müfettişlerinin iş kazası sonrası vaka hakkında raporu ceza dosyasında yer almalıdır. Ayrıca yapılan keşfe bilirkişiler de mutlaka götürülmeli, aktif katılımı sağlanmalıdır. Yine somut fiilin belirlenmesi amacıyla, işçinin özlük (özümlü⁴⁷) dosyasının ve gerekli eğitimin verildiğine ilişkin sertifikaların mutlaka savcılık tarafından soruşturma dosyası için ilgililerden tedarik edilmesi gerekmektedir. İşçinin hastane raporları, ölüm söz konusu ise otopsi ve ölü adli muayene raporu ve iş kazası ile suç niteliğindeki neticenin ilişkilendirildiği diğer ilgili raporların hepsi toplanmadan savcının davayı açmaması gerekmektedir. Çünkü iş kazasına neden olan fiilin tespit araçları delillerin tümü toplanmadan açılan davalar nedeniyle yargılamalar uzayabilmektedir.

Ayrıca şüpheli ve sanıkların delil toplama yükümlülükleri ceza muhakemesinde bulunmadığından, işçinin özlük dosyasının getirilmemesi halinde iş kazasına doğrudan işverenin sebep olduğu kabulü isabetli olmayacaktır. Uygulamada ceza mahkemelerinde bilirkişilik yapanlar ile hukuk mahkemelerinde bilirkişilik yapanlar aynı kişilerden seçilmektedir. Bu kişiler işçinin özlük dosyasının olmaması veya eksik olması halini doğrudan işveren/işveren vekili aleyhine cezai kusur doğurduğu düşüncesiyle

⁴⁵ Hakan KARAKEHYA, “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Haziran 2006, s.96-98, Hakan KARAKEHYA, “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası** C.65 Sa.2, 2007, s.126

⁴⁶ Sosyal Güvenlik Kurumu

⁴⁷ Uygulamada yerleşik ifade ediliş biçimidir.

rapor düzenlemektedirler. İşçinin özlük dosyasının veya işyeri ile ilgili diğer “tutulması zorunlu olan defter ve belgelerin tutulmaması”⁴⁸ gerekli önlemlerinin alınmadığının tespiti bakımından önem arz eder ve bu önlemlerin alınmadığının göstergesi olabilir⁴⁹. Fakat ceza dosyası içerisinde bu belge ve defterlerinin bulunmaması doğrudan şüpheli/sanık aleyhine yorumlanmamalıdır. Diğer gösterge ve deliller ile değerlendirmek suretiyle somut fiil tespiti yapılmalıdır.

2. Kusur Yüklenebilecek Kişilerin/Faillerin Tespiti

İş kazalarında kusur tespiti yapılabilmesi için öncelikle kusur yüklenebilecek kişiler tespit edilmelidir. Çünkü failsiz suç olmaz. Ceza dosyasında somut fiilin tespitinden sonra, somut fiille ilgili hareket yükümlüsü kişi tespit edilmelidir. Bunun içinde hareket yükümlüsü kişilerin listesi çıkarılmalı ve her yükümlünün, yükümlülük alanı belirlemesi de yapılmalıdır. Örneğin teçhizatın güvenlik kontrolünün kimin tarafından yapılması gerektiği

⁴⁸ A.. Ticaret Odasının 19/7/2006 tarihli cevap yazısından, ocağın sahibi ve bahse konu şirketin yönetim kurulu başkanı olduğu anlaşılan sanık Z. B. nin, olayın meydana geldiği taş ocağında C sınıfı ateşleyici belgesi ve dolayısıyla yer altında patlatma yapma yetkisi bulunmayan ve nitekim olayda tünelde yaptığı patlatma sonrası patlayıcı kontrolü yapmadan izne ayrılarak patlamamış bir dinamitin orada kalmasına sebep olduğu anlaşılan B sınıfı ateşleyici belgesi sahibi sanık C. U. ’ nun ateşleyici olarak yer altı tünellerinde çalıştırılmasına müsaade etmesi, beraat eden sanık M. B. nin beyanlarından elliden fazla kişinin çalıştığı ve 500 dönüme varan bir alanı kapsadığı anlaşılan söz konusu işyerine mevzuat gereği daimi nezaretçi ataması gerekirken bunu yapmayıp, 11 yıldır bu iş yerinde çalıştığını ve ocağın idarecisi olduğunu beyan eden, mühendis veya tekniker sıfatı taşımayan sanık N. K. G. yi fiilen şantiye şefi olarak çalıştırmakla yetinmesi ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden İşleri Genel Müdürlüğü’nün 21/6/2006 tarihli cevap yazısından anlaşıldığı üzere, işyerine ancak olaydan 3 ay sonra 28/10/2005 tarihinde maden mühendisi bir **daimi nezaretçi atamış olması, işyerinde teknik nezaretçinin tesbit edeceği aksaklıkları kaydedip çözümünü talep edeceği, yasal olarak tutulması mecburi olan teknik nezaretçi defterinin tutulmasını sağlamaması ve bu şekilde genel anlamda işyerinde iş güvenliğini ve bunun denetimini sağlayacak etkin bir mekanizma kurmamış olması**; Maden mühendisi sanık O. Ö. nün ise, yukarıda bahsedilen 21/6/2006 tarihli bakanlık yazısı ve kendi savunmasından anlaşıldığı üzere, olayın meydana geldiği maden ocağında 12/1/2005 tarihinden istifa ile ayrıldığı belirtilen 14/6/2006 tarihine kadar 5 ay süreyle teknik nezaretçi olarak görev yaptığı, yine savunmasından anlaşıldığı üzere, **denetim için ocağa gittiğinde iş yerinde yönetmelik gereği bulunması gereken noter onaylı taş ocağı fenni nezaret defterinin ve yine mevzuat gereği bulundurulması zorunlu olan daimi nezaretçinin bulundurulmadığını tespit ettiği halde, bu durumu sözlü olarak işverene bildirmekle yetinip yazılı şekilde bildirmemiş olması**, görevden azil talebinde bulunmasına rağmen bunu resmileştirmeden fiilen işyerini terk ederek işyerini teknik olarak denetimsiz ve olası tehlikelere ve iş kazalarına açık halde bırakması ve bu dönemde dosyaya konu olayın gerçekleşmiş olması karşısında...” **12.CD. E.2013/8605 K.2013/19142 Kararın tamamı için bkz. Onur YİĞİT, “Taksirli Bir Suç Türü Olarak Maden Kazaları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sa.4, 2014, s.395 vd.**

⁴⁹ **12.CD. E.2012/21104 K.2013/25712 T. 14.11.2013**

gibi. Nitekim Yargıtay bir kararında “Dosya kapsamından anlaşıldığı üzere; olayın meydana geldiği trafo pano kapaklarının açık bırakılması ve periyodik kontrollerle bunların kapalı kalmasının sağlanamaması nedeniyle trafo bakım sorumlusunun olayda kusurlu bulunduğu bir vakiadır. Nitekim bu husus bilirkişi tarafından da tespit edilmiştir. Bununla birlikte asıl sorun sanığın bu traфонun bakım sorumlusu olup olmadığı yada trafo bakım sorumlusunun kim olduğuyla ilgilidir.” demek suretiyle önce vakanın tespit edilmesi sonra bu vaka ile ilgili yükümlülük ve sorumluluk altındaki kişinin kim olduğunun belirlenmesi gerektiğine işaret etmiştir⁵⁰. Ayrıca yine adı geçen kararda sorumluluk alanı ile ilgili sorumlunun belirlenmemesini “eksik soruşturma” olarak nitelendirmiş ve sonuç olarak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Kusurlu kişilerin tespiti, olayla ilgisi bulunan herkesin gözaltına alınması veya işveren ve işveren vekillerinin tümünün iddianameye yazılması gibi bir usul ile yapılmamalıdır. Bu tespit için meydana gelen iş kazası ile **hangi ilgililerin fiilleri arasında bağlantı olduğu** belirlenmelidir. Örneğin uygulamada 250 yataklı bir özel hastanede meydana gelen iş kazasında hemen özel hastane sahibi ve başhekimisi şüpheli sıfatıyla gözaltına alınmaktadır. Bu kişilerin ifadeye çağırılması gayet doğaldır. Fakat somut olay, asansörün tabanının düşmesi sebebiyle kişilerin yaralanması ve ölümüdür. Bu asansörlerin periyodik bakımlarını ilgili bina sorumlusu, bina sorumlusu yoksa hastane yöneticisi yaptırmakla yükümlüdür⁵¹. Bu kişiler periyodik bakımları yaptırmışsa periyodik bakımları yapan, kullanıma devam edilebilir raporu veren ilgili kişi bu kazada kusurlu olacaktır. Bu bağlamda hastane sahibinin hiçbir şekilde olaya müdahili bulunmamaktadır. Bu sebeple yargılamaya konu fiille ilgili şüphelilerin fiille ilişkisi tespit edilmeden gözaltı koruma tedbirine başvurulması temek hak ve hürriyetlerin ihlali niteliğindedir. Buna karşın periyodik bakımları gerçekleştiren kişi asansöre kullanılamaz ve tümüyle değiştirilmesi gerektiği yönünde rapor vermiş, hasta yöneticisi de durumu hastane sahibine bildirmiş, mali nedenlerle kullanıma devam edilsin yönünde hastane sahibi bir talimat vermiş olsun. Bu durumda tabi ki hastane sahibi kusur izafe edilecek kişiler arasında yerini alacaktır.

İş kazalarında kusur tespiti ile failin belirlenmesi çoğu zaman iç içe geçmektedir. Çünkü kusurlu hareket, bu hareketten doğan netice ve sorumluluk alanının belirlenmesi ile soruşturma sonucu ancak fail/failler

⁵⁰ YCGK E.2008/9-37 K.2008/55 T. 18.3.2008, Kazancı.

⁵¹ Bkz. Asansör İşletme, Bakım ve Periyodik Kontrol Yönetmeliği, 24 Haziran 2015 Tarihli Resmî Gazete Sayı: 29396

belirlenebilmektedir⁵². Bununla birlikte yukarıda verilen örnekte olduğu gibi işverenin direkt, fail olarak gösterilmesi isabetli değildir⁵³. **İşçi, işveren, işveren vekili (ustabaşı, şantiye şefi, işçi çavuşu⁵⁴ gibi), alt işveren⁵⁵ ve 3.kişilerin de fail olabilmesi mümkündür.** Örneğin diğer işçilerin sağlık ve güvenliklerini dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde hareket etmek suretiyle ihlal eden işçinin fiili tipik ise fail statüsü kazanabilecektir.

Sonuç itibariyle işyerinde iş güvenliği ve sağlığı açısından gerekli önlemleri almayan, denetim ve gözetim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyen, işçilerin sağlık bütünlüğü veya yaşam ve bedensel haklarına yönelik zararlı davranışlarda bulunan **işveren, işveren vekili, alt işveren, işçi veya diğer 3.kişilerin (işyeri denetimini kasten gereği gibi yapmayan kamu görevlisi müfettiş gibi⁵⁶)** eylemleri ile iş kazası neticesi arasında nedensellik bağının bulunması halinde **kusurlu hareketi ile neticeye sebebiyet veren kişi ya da kişiler**, fail olabilirler.

⁵² Onur YİĞİT, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazalarının Ceza Hukuku Yönüyle İrdelenmesi” **Yargıtay Dergisi**, Cilt:41 Sa:3, Temmuz 2015, s.128 (Yargıtay Kararları Işığında olarak anılacaktır.)

⁵³ Kgi. bkz. YİĞİT, Yargıtay Kararları Işığında, s.129 Yazar; işyerinde iş güvenliği ve sağlığı açısından gerekli önlemleri almayan, denetim ve gözetim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyen işverenin fail olacağını belirtmiştir. Kanımca, nedensellik bağının kurulamadığı durumlarda bu kabul yetersiz kalacaktır.

⁵⁴ “...ambarın çatısına temizlik yapmak ve olukları temizlemek için 6 metre yükseklikte bulunan ondülin çatıya hiçbir önlem alınmadan iskele kurulmadan emniyet kemeri ile baret takılmadan çıktığı ve temizliği yaparken deformasyona uğrayan ondülin levhaların kırılması üzerine düşerek yaralanması şeklinde gelişen olayda anılan işyerinde işçi çavuşu olan sanığın gerekli önlemleri almadığı bu itibarla kusurlu olacağı gözetilmeden, atılı suçtan mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi,” **9.CD. E.2005/3657 K.2005/7068 T.4.10.2005 Kazancı.**

⁵⁵ Alt işveren işçilerinin uğradığı kazalardan dolayı asıl işverenin ceza sorumluluğu doğabilir. Asıl işveren alt işverenin teslim alacağı iş açısından iş güvenliği önlemlerini alabilecek kapasitede ve nitelikte olup olmadığını değerlendirmelidir. Muharrem ÖZEN / Önder TOZMAN, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Ceza Sorumluluğu, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2008, Yıl 3, Sayı 10, s.225; S. Özgür MEMİŞOĞLU / Çağatay ÇINAR, “İşverenin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.9, Sa.33, Y.2012, s.52

⁵⁶ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği m.42/3 uyarınca; “Müfettişler kesinleşmiş yargı kararı veya disiplin soruşturmasıyla ortaya konulmuş delil karartma ve saptırma fiilleri olmadıkça, gerçekleştirdikleri teftiş, denetim, inceleme ve soruşturmalar nedeniyle yapmış oldukları işlemlerden ve sonucunda tanzim etmiş oldukları raporlardan veya kanunla verilen yetkilerini kullanmalarından dolayı sorumlu tutulamazlar. Kanaatleri veya aldıkları tedbirler nedeniyle açılacak özel hukuk davalarında husumet, Bakanlığa tevcih edilir.” Bu düzenlemenin iş müfettişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracak şekilde yorumlanması mümkün değildir. İbrahim AYDINLI, **İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Ankara 2015, s.407

Cezai anlamda fail kavramı ile hukuki anlamda sorumlu kişi kavramları sıklıkla karıştırılmaktadır⁵⁷. Çalışmamızın birinci bölümünde ceza kanunları dışında özel hukuk mevzuatındaki kanun hükümleri ile yapılmış olan tanımların dikkate alınabileceği, yalnız kavramların içinin doldurulmasının veya kavramların daraltıcı şekilde yorumlanarak tanımlanması da mümkün olabileceğine değinmiştik. Çünkü ceza hukuku bağlamında bir tanım yapılırken, ceza hukukunun temel ilkeleri esas alınmalıdır. Uygulamada isabetsiz şekilde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2.maddesindeki tanımlara ve tanımlara ek olarak belirtilen sorumluluk kapsamını belirten cümlelere⁵⁸ atfı yapılmak suretiyle kusur izafe edilmektedir. İşveren ve işveren vekilinin İş Kanunu'nda belirtilen tanım ve tanımlara ek olarak belirtilen sorumluluk kapsamı esas alınarak ceza hukuku bağlamında kusur izafe edilmesi, iş kazalarında "Ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesine aykırılık teşkil edebilme ihtimali doğuracaktır. Bu sebeple İş Kanunu'nda belirtilen sorumluluğun özel hukuk sorumluluğu olduğu ve düzenleme altına alınan yükümlülüklerin taksirli sorumluluğa gidilebilecek nitelikte olması gerektiği unutulmamalıdır.

İş kazalarında ceza hukuku bağlamında kusur yüklenebilecek kişiler ancak gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişilerin haksızlık içeriği olan eylemin kınanabilirliği konusunda fikri olması mümkün olmadığından, tüzel kişilere kusur izafe edilebilmesi söz konusu olamayacaktır⁵⁹. Buna karşın tüzel kişilerde organ ve temsilcilere ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gözetilerek ceza hukuku bağlamında kusur yüklenebilecektir⁶⁰. Bununla birlikte tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanabilir.

⁵⁷ YİĞİT, Yargıtay Kararları Işığında, s.129-130

⁵⁸ "...İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kim-selere işveren vekili denir. İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülükle-rinden doğrudan işveren sorumludur. **Bu Kanunda işveren için öngörülen her çeşit sorum-luluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır.** İşveren vekilliği sıfatı, iş-çilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz. Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görev-lendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işve-ren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide **asıl işveren**, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt iş-verenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlik-te sorumludur."

⁵⁹ ÖZGENÇ, GH(10), s.189 vd.

⁶⁰ Sami NARTER, "İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarında Tüzel Kişi Organı Olarak Ortak İş-verenin Cezai Sorumluluğu", **Gazi İİBF Dergisi**, C.17 Sa.2, 2015, s.240-242

Çalışma hayatını düzenleyen kanunların birçoğunda dikkat , özen ve tedbir-önlem alma yükümlülüğü yüklenen kişiler açık bir biçimde belirtilmiştir⁶¹. Diğer bazı kanunlarda ise “... yükümlülüklerini yerine getirmeyenler”, “...aykırı hareket edenler”, “...engel olan kimseler”, “..iş sahipleri” gibi ifadeler de kullanılmıştır⁶². Bu düzenlemeler bakımından da göz ardı edilmemesi gereken ilke ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesidir.

3. Nedensellik Bağının Tespiti

Nedensellik genel manada, hareket ile netice arasında sebep-sonuç ilişkisine dayalı fonksiyonel bir bağlantının var olmasıdır⁶³. Nedensellik bağı denince ise, “ceza hukuku bağlamında failin hareketi ile netice arasındaki bağlantı/köprü anlaşılmalıdır”⁶⁴. Türk Ceza Hukuku mevzuatında bir nedensellik bağı tanımı yapılmamıştır. Kanun koyucu uygulamada benimsenecek teori ve önerilerin içinin doldurulmasını doktrine bırakmıştır. Bu bağlamda nedensellik bağının tespiti için doktrinde birçok teori ileri sürülmüştür⁶⁵. Ben bu hususta öncelikle şart teorisine⁶⁶ göre; doğal ve mantıki bir değerlendirme ile fiildeki hareketin netice açısından bir şart olup olmadığı araştırılması ve ardından da hukuki bir değerlendirme (fiile hukuki önem atfetme⁶⁷) yaparak nedensel hareketten failin sorumlu tutulup-tutulamayacağı yani yüklenebilirlik⁶⁸ değerlendirilmesinin yapılması gerektiği görüşüneyim (şart teorisi+yüklenbilirlik)⁶⁹.

Tipiklik bakımından dar anlamda maddi unsur denilince hareket, netice ve nedensellik bağı anlaşılır⁷⁰. Maddi unsuru oluşturan alt unsurlar bulunmaz ise cezalandırılabilir bir fiilden bahsedilemez. İş kazasına neden olan hareketler,

⁶¹ ÖZEN-TOZMAN, s.227-228

⁶² ÖZEN-TOZMAN, s.227

⁶³ Koray DOĞAN, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar*, Ankara 2011, s.114

⁶⁴ ÖZKAN, Azmettirme, s.105

⁶⁵ Teoriler hakkında bilgi için bkz. DOĞAN, s.115 vd.

⁶⁶ BGHSt 2, s.20

⁶⁷ Johannes WESSELS / Werner BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 40.Baskı, Heidelberg 2010, kn.172

⁶⁸ Diğer deyişle “objektif isnat edilebilirlik”. Objektif isnat edilebilirlik hakkında daha geniş bilgi için bkz. Veli Özer ÖZBEK, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif Isnad Edilebilirliği Sorunu” *75.Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara 2004, s.439 vd.

⁶⁹ HAKERİ, GH , s.179; ÖZKAN, Azmettirme, s.105

⁷⁰ HAKERİ, GH, s.143 Geniş anlamda maddi unsura ayrıca fail, mağdur ve suçun konusu dahildir.

tipik fiildeki neticeye sebebiyet vermektedir. Herhangi bir hareketin herhangi bir neticeyle bir araya gelmesi ceza hukuku açısından yeterli olmayıp, netice; mutlaka “failin eseri olmalı” ve netice failin hareketinden doğmuş olmalıdır⁷¹. **Meydana gelen iş kazası ile şüphelilerin/sanıkların ve diğer kişilerin (mağdur dahil) fiilleri arasında bağlantı mutlaka her olayda belirlenmelidir.** Bu belirleme, nedensellik bağının tespiti⁷². Nedensellik bağının tespiti meydana gelen neticeye hangi hareketin sebebiyet verdiği veya etki ettiğinin tespiti ile yapılır. Örneğin “*bir an için müştekiye baret verildiği halde takmadığı kabul edilse dahi, müştekinin bareti takmaması olayın meydana gelmesine etkili olmamıştır*”⁷³ gibi.

Yargıtay CGK 2015 tarihli bir kararında; işveren ve işveren vekilinin mevzuat gereği yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin bir kısmının yerine getirilmediği yargılamaya konu olayda; **yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin sonuca etkili olması gerektiğini ve sonuca etki etmeyen yükümlülük ihlalleri “hareketleriyle meydana gelen zararlı netice arasında nedensellik bağı bulunmadığını”** söylemektedir⁷⁴.

⁷¹ HAKERİ, GH, s.177

⁷² Nedensellik bağı hukuk mahkemesinde görülen davalarda da kusur sorumluluğunun kurulabilmesi için zorunludur. Levent AKIN, “İş kazasından Doğan Tazminat Davalarında İşveren Kusurunun Belirlenmesinde Ölçüt”, *Çimento İşveren Dergisi*, Kasım 2013, s.41

⁷³ YCGK E.2004/2-57 K.2004/92 T.13.4.2004

⁷⁴ “Uyuşmazlık konusu bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde; Sanık F. D.’un doksan işçinin çalıştığı bir mermer fabrikasının sahibi, sanık M. G.’in işletme müdürü, maden teknikeri olan ölenin ise altı yıldır aynı fabrikada fayans kesim sorumlusu olup, çıkan mermerin kalitesini kontrol etmekle yükümlü bulunduğu, çalışmaya başlamadan evvel işe elverişlilik bakımından sağlık raporu aldığı, iş sözleşmesinde; “işyerindeki makine, alet ve teçhizatı usulüne uygun olarak ve özenle kullanmayı, görevi ile ilgili bulunmayan işlerle uğraşmama-yı, kendisine teslim edilmemiş makine, alet ve edevati kullanmamayı taahhüt eder” şeklinde, iş güvenliği talimatında da; “verilen görevi, tarif edilen şekilde yapacağım, işimden başka bir işe karışmayacağım, amirimin verdiği emre uyacağım” biçiminde hükümler bulundu-ğu, “iş sağlığı ve güvenliği, iş kazaları ve kişisel koruyucular” konularında eğitim aldığı, sanıkların bütün çalışanlarla birlikte öleni de çalışma prensipleri ile riskleri başta olmak üzere işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında bilgilendirdiği, buna karşın altı yıldır aynı fabrika-da çalışan ve üretim müdürü olarak görev yapan ölenin, görev alanının dışında bulunan ma-kinelerin üzerinin örtülebilmesi için çatıya branda serilmesi konusunda, bu işleri yapmakla görevli teknik elemana talimat verdiği, bununla yetinmeyerek diğer işçilerin ikazlarını göz ardı edip, herhangi bir güvenlik önlemi almadan çatıya çıktığı, çatıda ayağında bot, kafasın-da baret, belinde emniyet kemeri ile çalışıp makinenin üstünü brandayla kapatma işini bitiren ve inmek üzere merdivene doğru yürümekte olan görevliyi kırılğan malzemeden yapılmış aydınlatmanın üzerine basmaması hususunda uyardığı, ancak kendisinin bu bölüme bas-ması sonucunda yaklaşık altı metre yükseklikten beton zemine düşerek hayatını kaybettiği olayda; ağır ve riskli işler kapsamında olan, ancak daha önce iş kazasının yaşandığına ilişkin dosyada herhangi bir bilgi ya da belge bulunmayan fabrikada, işçi sağlığı ve iş güvenliğinin gerektirdiği önlemlerin alındığı, çalışanların mesleki riskler ve korunma yolları konularında

Uygulamada ise nedensellik bağının tartışılmadan genel bir yükümlülüğün ihlali ile meydana gelen iş kazası neticesinin sanık/sanıklara yüklendiği gözlenmektedir. Halbuki meydana gelen neticenin sanıkların icrai ya da ihmali bir eylemi ile meydana gelmesi şarttır. İşveren veya işveren vekili mevzuatta belirtilen tüm önlem ve tedbirleri alması halinde dahi netice (iş kazası) meydana gelecekti deniyorsa mevzuat hükümlerine şekli aykırılık ceza sorumluluğunu doğurmaz.

Nedensellik bağının kurulmasını bir örnek üzerinden açıklayacak olursak; beton döküm işi sırasında üzerine beton dökülerek yaralanan işçinin olay tarihinden 5 ay sonra öldüğü bir olayda, ölüm neticesinin beton dökümü işi sırasında işveren, işveren vekili veya diğer kişilerce alınması gereken önlemlerin alınmaması nedeniyle mi gerçekleştiğinin ve ölüm ile ilgili kişinin eylemi arasındaki rabitanın mahkeme tarafından kurulmuş olması yani nedensel bir bağlantı olduğunun belirlenmesi mutlaka gerekmektedir.

Ek olarak önemle belirtmekte fayda vardır ki; ceza davalarındaki nedensellik bağı tespiti ile hukuk davalarındaki nedensellik bağı tespiti de birbirinden farklı yapılmak zorundadır⁷⁵. Nedensellik bağı kesen sebeplerin

yeterince bilgilendirildiği, gerekli yerlere uyarı levhaları asıldığı, bu bağlamda “çatıya çıkmak yasaktır” ikazının da bulunduğu, işçilere lüzumlu ekipmanların verildiği, olay tarihinde çatıda çalışan işçinin baret, bot ve emniyet kemeri kullandığı, bu bilgilendirme ve uyarılara rağmen, üretimden sorumlu olup, mermerlerin kalitesini kontrol etmekle görevli olan, çatı veya çatıda yapılan işle ilgili sorumluluğu bulunmayan ölenin, işletme müdürü ya da fabrika sahibinden talimat veya izin almadan ve gerekli malzemeleri de kullanmadan **sorumluluk alanı dışında bulunan** ve daha önce hiç çıkmadığı çatıya çıkarak çatıda çalışan işçiyi polyester malzemeden yapılmış aydınlatma kısımlarına basmaması konusunda ikaz etmesine rağmen, kendi dikkatsiz ve tedbirsiz davranışları sonucu aynı yere basarak düştüğü hususları göz önüne alındığında, neticenin ölenin kendi hareketi sonucu meydana geldiği, çatıya branda sermesi ya da yapılan işi kontrol etmek üzere çatıya çıkması hususunda **ölene herhangi bir talimat vermeyen ve çalışanları sürekli gözetlemelerine imkân bulunmayan fabrika sahibi ve işletme müdürünün iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda yeterli önlem alınıp alınmadığını denetlemedikleri, uyarı levhalarını gerekli yerlere astırmadıkları veya fabrikada merdiven ya da seyyar bir platform bulundurmadıkları kabul edilse bile, bu hareketleriyle meydana gelen zararlı netice arasında nedensellik bağı bulunmadığı**, çatıyla ilgili doğrudan bir faaliyet göstermeyen fabrikada çatı merdiveni ya da platform bulundurulmamasının da sonuca doğrudan etkili olmadığı, meydana gelen zararlı neticeye ölenin kendi hareketiyle sebebiyet verdiği, sanıklara izafe edilebilecek herhangi bir kusur bulunmadığı, sanıklara kusur yükleyen bilirkişi raporlarının da mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olmadığı anlaşıldığından, sanıkların atılı suçtan beraatlarına karar verilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün, bir kişinin ölümüyle neticelenen iş kazasında sanıklara atfı kabul kusur bulunmadığı ve beraatlarına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.” **YCGK E.2013/12-654 K.2015/75 T. 31.3.2015 Kazancı.**

⁷⁵ A.Murat DEMİRCİOĞLU / Arzu ŞEN KALYON, “İşverenin İş Kazalarından Doğan So-

ceza sorumluluğunu içine alacak şekilde “bütün sorumluluk halleri için geçerli olduğu” görüşüne⁷⁶ iştirak etmemekteyim. Çünkü ceza hukukunda nedensellik bağının kurulması ve kesilmesi için kullanılan teoriler ile özel hukuktaki teoriler farklılık arz edebilmektedir.⁷⁷⁻⁷⁸

Nedensellik bağı hususunda iş kazalarındaki en problemlili noktalardan biri de birden çok kişinin kusurlu hareketiyle iş kazasına sebebiyet vermesidir:

a. Ortak Kusurun Varlığında Nedensellik Bağı

Birden çok kişinin zaman ve mekan bakımından birbirinden bağımsız olmadan hareketlerinin bir araya gelmesiyle suç tipindeki neticeyi meydana getiren “sebepler birliği” hareketlere “**ortak kusurlu eylemler/hareketler**” adı verilir⁷⁹. Bu ortak kusurlu eylemleri gerçekleştirenler arasında iştirak iradesi varsa iştirak hükümleri uygulanır. Bununla birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuza göre taksirli suçlara iştirak mümkün değildir. Bunun sonucu olarak, birden çok kişinin kusurlu eylemleri ile iş kazasına sebebiyet vermelerine rağmen şayet taksirle hareket etmişlerse iştirak hükümlerinin uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. Bu durumda, TCK m.22/5’de düzenlenen; “*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.*” hükmü esas alınacaktır. Böylelikle ortak kusurlu eylemlerde TCK iştirak hükümleri uygulanamasa bile, bağımsız her hareket ile netice arasında **nedensellik bağı kurulabiliyorsa** her fail, kendi kusurlu eyleminden dolayı cezalandırılacaktır.

İşte bu noktada “**ortak kusurlu hareketlerin/sebeplerin çokluğu hali**” problem oluşturmaktadır⁸⁰. Bir iş kazası (yaralanma, ölüm gibi) zaman ve yer

rumluluğu ve Kusur Hakkında Karar İncelemesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:15, Özel Sa., 2013, s.42 vd. (<http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/3-demircioglu-kalyon.pdf>) Er.Tar.27.01.2016

⁷⁶ Ali GÜZEL / Deniz UGAN ÇATALKAYA Deniz, “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum**, Sa.34, 2012/3, s.158

⁷⁷ Örneğin iş kazalarından doğan tazminat sorumluluğu için uygun nedensellik bağı, iş kazalarından doğan ceza sorumluluğunda ise şart teorisi+yüklenbilirlik(objektif isnadiyet) teorileri benimsenebilmektedir.

⁷⁸ Nitekim “bireysel iş hukuku açısından işverenin sorumluluğunu doğuran iş kazası ile Sosyal Sigortalar Kanununa göre iş kazası kavramının farkını belirleyen husus da her iki durumda nedensellik bağının farklı biçimde ortaya çıkmasıdır”. Ali EKİN, **İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından)**, Ankara 2010, s.59

⁷⁹ Sami NARTER, **İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Ankara 2014, s.526

⁸⁰ Daha geniş bilgi için bkz. HAKERİ, GH, s.178

birliği içinde birden çok kişinin kusurlu eylemiyle gerçekleşmiş olabilir⁸¹. Burada iş kazalarında nedensellik bağının tespitinde ortak kusurlu hareketler için üçlü bir ayırım yapmak gerekir:

• **1. İhtimal:** Ortak kusurlu hareketler, doktrinde “çifte nedensellik”⁸² (Doppelkausalität⁸³) veya “çoklu nedensellik” (Multiple Causes⁸⁴) diye adlandırılan “her bir hareketin neticeyi meydana getirmesi bakımından yeterli olması” söz konusu ise nedensel kabul edilecektir. Yani neticenin meydana gelmesi için hareketlerin birleşmesi gerekmemekteyse her hareket nedensel olup, her kusurlu hareket ayrı ayrı cezalandırılabilir⁸⁵. Örneğin iskeleleri kurmakla görevlendirilen işçi, üzerine düşen işi baştan savma yaparak iskeleyi sağlam kurmamış ve işveren de yüksekte çalışma için zorunlu olan teçhizatı İSG uzmanının uyarılarına rağmen işçiye teslim etmemiş olsun. İskelenin devrilmesi üzerine iskeleyi kurmakla görevli olan işçi dışındaki bir işçi de iskele altında kalarak ölmüş olsun. Burada sorulması gereken sorular şunlardır: 1- İskelenin devrilerek işçinin ölümü neticesi, iskelenin baştan savma olarak kurulması neticesinde mi olmuştur? 2- İlgili teçhizatın verilmesi halinde işçinin ölüm neticesi gerçekleşmeyip, önlenebilir miydi? Bu sorulara verilen cevapların ispatlanması ile her hareketin ölüm neticesini meydana getirmesi bakımından yeterli olması söz konusu ise hem iskeleyi kurmakla görevli işçinin hem de ilgili teçhizatı vermeyen işverenin hareketleri olayda nedensel olarak kabul edilmelidir. Buna karşın eğer ortak kusurlu hareketlerden biri neticeyi meydana getirebilecek ölçüde yeterli değil ise artık burada daha farklı bir yol izlenmesi gerekmektedir. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu** da dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketlerin birleşmesi sonucunda neticenin meydana geldiği olaylarda, “*kusurlu davranışlarının sanığın hareketiyle netice arasında nedensellik bağını kesmediği gibi adı geçenlerin kusurlu hareketleriyle birlikte ölüm neticesinin meydana gelmesinde etkili olduğu anlaşılmaktaysa*” ifadesiyle tüm kusurlu hareketleri gerçekleştirenlerin cezalandırılacağı görüşündedir⁸⁶. Bununla birlikte

⁸¹ NARTER, s.526

⁸² HAKERİ, GH, s.181

⁸³ Kristian KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6.Auflage, München 2008, §4 kn.19

⁸⁴ Glen O. ROBINSON, “Multiple Causation in Tort Law: Reflections on The Des Cases” *Virginia Law Review*, Vol.68, No.4 Nisan 1982, s.713 vd.

⁸⁵ HAKERİ, GH, s.181

⁸⁶ “Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde: Sanığın pazarlama, satış ve limana gelen gemilere malın düzenli şekilde yüklenmesini sağlamadan sorumlu olduğu Çetin inşaat Nakliyat San. ve Tic. Ltd. Şti’nde forklift operatörü olarak çalışan ölen Himmet’in, suç

ortak kusurlu hareketlerin neticeye sebebiyet verip vermeyeceği her **failin fiili eksenli** olarak her olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

• **2. İhtimal:** Ortak kusurun varlığı halinde ikinci ihtimal; birden fazla bağımsız hareketin aynı anda birleşerek neticeye sebebiyet vermesi ve birleşen hareketlerin tek başına neticeye sebebiyet vermek için yeterli olmamasıdır. Doktrinde “eşzamanlı nedensellik” (concurrent cause)⁸⁷ veya “kümülatif nedensellik”⁸⁸ olarak adlandırılan bu durumda neticeye sebebiyet veren hareketler ancak birleşmesi halinde neticeye sebebiyet verebildiğinden, hangi faile ceza sorumluluğunun yükleneceği problem oluşturmaktadır. Örneğin başına 1 kilogramlık balya düşen işçinin bulunduğu 5 metre yükseklikten kafasının üzerine düştüğü olayda, oluşan iki çatlağın birbirinden bağımsız olarak ölümüne sebebiyet vermeyeceği tıbbi raporla sabit olsun. Bu olayda dikkatsizliği sonucu balyayı maktul işçinin kafasına düşüren işçi ve 5 metre yükseklik için korkuluk koymayan işveren/işveren vekilinin ortak kusurlu hareketleri vardır. İştirak iradesi bulunmadan birbirinden bağımsız hareketlerin birleşerek oluşturduğu neticelerde, neticenin faile yüklenebilmesi için “olayın mutad, normal, alışılmış gelişime ve genel hayat tecrübelerine” uygun şekilde ortaya çıkmış olması gerekmektedir⁸⁹. Bu değerlendirme yapıldıktan sonra hangi hareketin ölüm neticesini meydana getirdiği tespit edilmeye çalışılmalıdır. Şayet belirlenemiyorsa şüpheden sanık yararlanır

tarhinde saat 16.00-24.00 arasında görevli iken fazladan çalışmaya kaldığı, kanuni çalışma süresini geçecek şekilde işyerinde bulunduğu, yorgun düşüp uykusuz kaldığından saat 06.30 sıralarında depo girişinde bir çuvalı üzerine örterek uyuduğu, çimento getiren ve kullandığı tır aracını geri geri manevra yaptırarak depoya girmeye çalışan inceleme dışı diğer sanık Hakan'ın kullandığı araçla ezilmesi sonucu kaldırıldığı hastanede hayatını kaybettiği olayda, şirket yetkilisi olan sanığın işçi olan ölene kanuni süreyi geçecek şekilde mesai yaptırmaması, mesaiye kalan işçilerin dinlenebilmeleri açısından uygun bir yer temin etmemesi, iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlememesi, araçların gerekli önlemler alınmak suretiyle depoya girmesi hususunda yeterli denetim ve gözetim faaliyetlerinde bulunmaması şeklindeki kusurlu eylemlerinin, ölen Himmet ve tir şoförü Hakan'ın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketleriyle birleşmesi sonucunda ölüm neticesinin meydana geldiği, ölenle hakkındaki mahkumiyet hükmü kesinleşen tır şoförü Hakan'ın kusurlu davranışlarının sanığın hareketiyle netice arasında nedensellik bağıını kesmediği gibi adı geçenlerin kusurlu hareketleriyle birlikte ölüm neticesinin meydana gelmesinde etkili olduğu anlaşıldığından, taksirle ölümüne neden olma suçunun sabit olduğu kabul edilmelidir.” YCGK E.2013/12-38 K.2014/493 T.18.11.2014 Kazancı.

⁸⁷ Yazarın eş zamanlı nedenselliğe verdiği örnek birbirinden bağımsız 5 yaraya sebebiyet veren failerin durumudur. Bu yaralar tekil olarak ele alındığında ölümüne sebep olmak için yetersizdir. Birleştiklerinde ise ölümüne sebep olabilmektedir. Bkz. Michael S. MOORES, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, New York 2009, s.418

⁸⁸ KÜHL, §4 kn.20b-21

⁸⁹ HAKERİ, GH, s.185

ilkesi gereği netice faillere yüklenmemelidir. Buna karşın failler ölüm neticesinden sorumlu olmasalar bile taksirle yaralama neticesi ile eylemleri arasında nedensellik bağı kurulabilecektir.

İş kazalarından doğan ceza sorumluluğu çoğu zaman taksirli şekildedir. Birden çok kişi taksirli hareketler ile iş kazasına sebebiyet verebilirler. Böylece çoklu taksirli hareketler birleşerek neticeyi meydana getirebilir. Çoklu taksirli eylemlerde her fail mağdura “gerçekte verdiği zarara” göre sorumlu tutulmalıdır.

• **3.İhtimal:** Üçüncü ihtimal ise ortak kusurlu hareketlerden birinin, diğer ortak kusurlu hareketin önüne geçerek nedensellik bağını kesmesidir. Bu ihtimalde; bir başka kişinin hareketi mevcut nedensel süreçten bağımsız olarak başka bir nedensel süreç oluşturmaktadır⁹⁰. Yargıtay kararına konu olayda “*sanıklardan İ'e ait işyerinde çalışmakta olan S, 1.12.1980 günü sol elini prese kaptırması sonucu bu el 2. ve 3. parmaklarında husule gelen kırık ve ezik nedeniyle hemen Sosyal Sigortalar Kurumu S. Hastanesi'ne kaldırılarak tedaviye tabi tutulmuş ve müteakip günlerde ayakta tedavi edilirken tetanos arazi gösterdiğinin hastaneye alındıktan sonra 26.12.1980 günü vefat etmiştir...Oluş ile Adli Tıp Meclisi mütalaası nazara alındığında, yaralıya kazadan sonra Hastahaneye kaldırıldığı zaman bu gibi hadiselerde normal ve mutad olduğu üzere tetanos serumu yapılmış olsaydı ölüm vukua gelmeyeceği cihetle; işveren sanık İ. ve ustabaşı sanık Z'nin yaralanmaya neden teşkil eden kusurlu davranışları ile ölüm arasında doğrudan doğruya bir illiyet rabitasının varlığından söz edilemeyeceği, adı geçenlerin yalnızca sol el parmaklardaki kırık ve eziğin tevlit ettiği iş güçten geri kalma süresi itibariyle yaralanmaya sebebiyetten dolayı sorumlu tutulmaları gerekeceği düşünülmeyen... mahkumiyet hükmü kurulması*”⁹¹ bozma nedeni sayılmıştır. Yalnız belirtmek gerekir ki; netice faile yüklenemese dahi o ana kadar tamam olan kısımdan sorumluluk doğabilecektir. Örneğin yargı kararına konu yukarıdaki olayda taksirle yaralamadan dolayı işveren ve işveren vekilinin kusur sorumluluğu doğabilecektir.

Bu üç ihtimali değerlendirdikten sonra, Amerikan Hukuku'nda uygulama alanı bulan esaslı faktör yönteminden yararlanılması uygulamaya nedensellik bağının tespitinde yardımcı olabilecektir.

⁹⁰ HAKERİ, GH, s.187

⁹¹ 9.CD E.1982/4226 K.1982/4456, T. 30.12.1982. Kazancı.

b. Esaslı Faktör / Asıl Etken Yöntemi

Esaslı faktör (substantial factor), Amerikan Hukuku'nda özellikle taksirli suçlarda birden fazla nedensel hareketin birleşerek neticenin meydana gelmesi halinde uygulanan bir yöntemdir. Bu yöntem çoğu eyalette benimsenmiş olan “olmasaydı testi” (“But for” test) yerine mahkemelerce benimsenmiş olan daha yeni bir yöntemdir⁹². “Olmasaydı testi” Alman doktrininde kabul edilen şart teorisine (Condictio Sine Qua Non–Olmazsa Olmaz Şart) (Die condicio-Formel⁹³)(Bedingungstheorie⁹⁴) benzer bir soru yöntemidir⁹⁵. Bu soru sorma yönteminde “şayet failin fiili olmasaydı mağdura zarar gelir miydi?” sorusu yöneltilir⁹⁶. Olmasaydı testi ve şart teorisine göre; neticenin oluşması için onsuз olmayan her hareket nedenseldir⁹⁷. Fakat “şart teorisi” ve “olmasaydı testi” ortak kusurlu hareketlerin aynı zamanda ve bağımsız olarak gerçekleşerek neticeyi meydana getirmesi halini açıklamada yetersiz kalmakta⁹⁸, kabul edilmesi güç ve anormal sonuçlara sebebiyet verebilmektedir⁹⁹. Gerek birden fazla yeterli ortak kusurlu hareketin varlığında gerekse birden fazla ortak kusurlu hareketin bağımsız olarak ayrı ayrı neticeyi gerçekleştirmeye yeterli olmadığı hallerde “esaslı faktör” devreye sokulabilir. Esaslı faktör yöntemine göre; **failin hareketi meydana gelen netice bakımından şayet esaslı faktör ise** nedensellik bağı kurulabilecektir¹⁰⁰. Birleşen ortak kusurlu hareketlerden hangisinin neticeyi meydana getirmede ağırlığı varsa esas nedensel hareket olarak kabul edilmelidir. Böylelikle birleşen iki kusurlu (taksirli) hareketten birinin ağır, diğerinin ise hafif veya çok hafif olması halinde çok hafif ve hafif hareket göz ardı edilebilir¹⁰¹. Özellikle şart teorisi+yüklenbilirlik¹⁰² metodunun uygulanamadığı olaylarda her failin hareketinin birbirinden

⁹² **Velazquez v. State**, District Court of Appeal of Florida, Third District. 561 So.2d 347 (Fla. Dist. Ct. App. 1990).; **Stahl V. Metropolitan Dade County**, District Court of Appeal of Florida, Third District. 438 So.2d 14 (Fla. Dist. Ct. App. 1983)

⁹³ KÜHL, §4 kn.9-10

⁹⁴ Şart teorisi hakkında geniş bilgi için bkz. Hans WELZEL, **Das Deutsche Strafrecht Eine systematische Darstellung**, 3.Baskı, Berlin 1954

⁹⁵ Johannes WESSELS / Werner BEULKE / Helmut SATZGER, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 44. Baskı, Heidelberg 2014, kn.156; **Velazquez v. State**, (Fla. Dist. Ct. App. 1990)

⁹⁶ **Mitchell v. Gonzales** (1991)

⁹⁷ WESSELS-BEULKE-SATZGER, kn.156; HAKERİ, GH, s.179

⁹⁸ **Viner v. Sweet** (2003)

⁹⁹ **Asgrow-Kilgore Co. v. Mulford Hickerson Corp.**,(Fla.1974)

¹⁰⁰ HAKERİ, GH, s.181

¹⁰¹ NARTER, s.532

¹⁰² HAKERİ, GH, s.179, ÖZBEK, s.439

bağımsız olarak ve fakat aynı neticeye neden olabilecek nitelikte olması halinde aslında neticeye hangi hareketin sebep olduğunun tespiti ile sorun çözülür. Her iki hareket de neticeye sebep olabilecek şekilde esaslı faktör ise her iki eylem de nedensel sayılır ve ağırlığına göre ayrı ayrı cezalandırılabilir. **Esaslı faktör, nedensellik bağındaki önemsiz derecedeki saptamalardan etkilenmeyen asıl etkidir.** Esaslı faktör, matematiksel bir delil niteliğinde değildir. Her olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

4. Manevi Unsur Skalasına Göre Kusur Çeşidi Tespiti

Nedensellik bağının tespit edilmesinin ardından ceza muhakemesine konu iş kazasına sebebiyet veren faillerin **manevi unsur**¹⁰³ **skalasına**¹⁰⁴ göre; kast mı yoksa taksirin¹⁰⁵ mi bulunduğu belirlenmelidir. Manevi unsur skalası diğer deyişle kast-taksir piramidi bir fiildeki failin bilme ve isteme, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ve gerçekleşen neticenin öngörülebilirliği bakımından failin psikik olarak suç işleme iradesini ortaya koyan kusurun ağırlığını betimleyen basamaklı skaladır. Bu skalaya göre fail eylemini ya kasten ya taksirle ya da kast veya taksir içermeden gerçekleştirir. TCK sistematüğinde kusur şekilleri olarak kast, taksir ve bu skalada yer almasa da; istisnai olarak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta (TCK m.23) yer verilmiştir¹⁰⁶. Bir iş kazası sonucunda failin kusurunun manevi unsur skalasındaki yerinin gösterilmemesi bozma sebebi olarak kabul edilmelidir.

Bir suçun cezalandırılabilmesi için suçun maddi unsuru yanında kanundaki tipe uygun bir eylemin varlığı yeterli olmayıp, bunu yanında manevi unsura da gereksinim vardır. Türk Ceza Kanunu sistematüğinde manevi unsur denilince kural olarak kast ve taksir anlaşılır¹⁰⁷. İş kazalarından doğan ceza sorumluluğu çoğu zaman taksirli şekildedir. Buna karşın doğrudan veya olası kastla da iş kazasına ve dolayısıyla ilgili suç tipinin ihlali söz konusu olabilir. Burada manevi unsur temel şekilleri hakkında genel açıklamalar yapmak yerine iş kazalarında kusur tespitinde uygulamadaki sorunlu noktalara temas edilmeye çalışılacaktır.

¹⁰³ Manevi unsur ise fail ile fiil arasındaki manevi bağı ifade eder ve kurucu unsurlardandır. ÖZGENÇ, GH(10), s.227

¹⁰⁴ HAKERİ, GH, s.205; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, GH, s.270,371

¹⁰⁵ Bugün doktrinadaki ağırlıklı görüş taksirin haksızlık ve kusur şekli olarak “çifte fonksiyonu” olduğu kabul eden görüştür. Bu nedenle kusur şekli olarak taksirli hareketin var olduğu tespiti yapıldıktan sonra taksirli kusurlu hareketin haksızlık değer yargısı da yapılmalıdır. KOCA/ÜZÜLMEZ, GH, s.181-182

¹⁰⁶ DEMİRBAŞ, GH, s.348

¹⁰⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, GH, s.136

a. Bilinçli Taksir Kavramı ve İş Kazalarında Uygulanması

Son yıllarda gerçekleşen ve işveren, işveren vekili, iş sağlığı ve güvenliği uzmanı, denetimle görevli kamu görevlileri ve diğer üçüncü kişiler (destek elemanları ve çalışan temsilcileri gibi) bakımından beklenen ve gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünün önemli ölçüde yerine getirilmediği iş kazalarında cezai sorumluluğunun ve özellikle taksirli türünün nasıl belirleneceği büyük önem taşımaktadır.

İş kazaları en sık olarak taksirli eylemler sonucunda oluşmaktadır. Taksir, bilinçli¹⁰⁸ ve bilinçsiz taksir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. “Taksir zorunlu ve gerekli özenin gösterilmemesi sebebiyle, öngörülmesi mümkün olan neticenin öngörülmemesidir.”¹⁰⁹ Bilinçli taksir ise TCK’nın 22.maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olup, tanıma göre; “*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır.*” Hem bilinçsiz/basit taksir hem de bilinçli taksir halinde öngörülebilir bir netice olmalıdır. Fail ise somut olayda bu öngörülebilir neticeyi öngörmüş ise bilinçli taksir, öngörmemiş ise bilinçsiz/basit taksir/öngörüsüz taksir söz konusu olacaktır. Görüldüğü üzere bilinçli-bilinçsiz taksir ayrımı öngörülebilir neticenin somut olayda öngörülüp-öngörülememesi üzerinedir. Uygulamada iş kazalarında bilinçli taksirin hangi hallerde uygulanması gerektiği ise tartışmalıdır¹¹⁰.

İş kazalarında, işçi sağlığı ve iş güvenliği için alınması gereken önlemlerin alınmaması halinde doğabilecek neticelerin çoğu öngörülebilir olmaktadır. Öngörülebilir olmayan neticeler bakımından kaza-tesadüf olduğu¹¹¹ ve manevi unsur bakımından kasten veya taksirle bir cezai sorumluluk doğmayacağı söylenebilir. Şayet somut olayda öngörülebilir bir netice var ise işçi sağlığı ve iş güvenliği için alınması gereken önlemleri almak ile yükümlü kişi bu önlemleri neticeyi öngörerek almamış ise bilinçli taksirden bahsedilebilecektir. Örneğin bir işveren neticenin gerçekleşmesini muhtemel olarak öngörmesine rağmen neticenin gerçekleşmesini istememekle birlikte, “zaten birşey olmaz” diyerek neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenerek, riski üstlenmesi halinde bilinçli taksirle sorumluluğu doğabilecektir.

¹⁰⁸ Doktrinde öngörülü taksir olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara 2005, s.152

¹⁰⁹ ÖNDER, GH II, s.330; HAKERİ, GH, s.236

¹¹⁰ ÖZEN/TOZMAN, s.226; Levent AKIN, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu”, **TİSK Akademi**, Cilt:3 Sa.5, Mart 2008, s.218 (**Mart 2008** olarak anılacaktır.)

¹¹¹ “Gerek fail gerek değer yargısını verecek olan üçüncü kişi tarafından tahmin edilemeyen kaza ve tesadüf oluşturur.” ÖNDER, GH II, s.304-305

Öngörülebilirlik değerlendirmesi; ihlal edilen ve yükümlülüğün yer aldığı normlar, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi önerileri, iş kazasının oluş şekli, işverenin olay ve yükümlülükler hakkındaki genel ve olay özgü bilgisi, kaza neticesinde kimlerin ceza sorumluluğunun doğduğu ve kimlere kusur izafe edilebileceği, fiilin genel mi yoksa özel bir yükümlülükten mi kaynaklandığı gibi birçok verinin birlikte ve bir bütünlük içinde ele alınarak yapılması gerekmektedir¹¹². Bu değerlendirme rasyonel olarak; ilmin, fen ve tekniğin iş güvenliği tedbirlerinin alınmasının gerekli olup-olmadığına göre yapılmalıdır¹¹³.

Doktrinde “*işveren tarafından iş kazasının gerçekleşmesi istenmese dahi gerekli önlemleri almadığında, iş kazasının öngörüldüğünden dolayı işverenin bilinçli taksirle sorumlu tutulabileceği*” söylenmiştir¹¹⁴. Belirtilenin aksine sadece öngörülebilirlik yeterli olmayıp, öngörülebilir neticenin somut olayda öngörülmüş olması gerekmektedir. Gerekli önlemleri almakla yükümlü kişi, iş kazası sonucu neticenin gerçekleşmesini istemese dahi, gerekli önlemleri almayarak somut olayda öngörülebilir neticeyi öngörerek hareket ettiğinde bilinçli taksirle sorumlu tutulabilecektir. Bilinçli taksirde fail, her ne kadar iş kazası neticesini genel hatlarıyla somut olayda öngörmüşse de; neticenin meydana gelmeyeceğini kabul ederek hareket etmektedir.

Bunun yanında işveren veya işveren vekilinin bilinçli taksirle sorumluluğuna gidilebilecek hallerden bir diğeri de “**özellikle iş güvenliği uzmanının ve işyeri hekiminin somut uyarılarına rağmen**” beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde gerekli önlemlerin alınmaması halidir¹¹⁵. Doktrinde ayrıca somut önerilerin “**onaylı deftere**” işlenmiş olması gerektiğine işaret edilmiştir¹¹⁶. Önerilerin onaylı deftere işlenmesi ispat açısından önem arz edecek olup somut önerilerin yapılmış olması ceza hukuku açısından bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi için yeterlidir.

Ayrıca **işçilere yapılması gereken uyarıların yapılmamış olması** halinde, uyarıların ve alınmamış önlemlerin niteliğine göre bütünlük içerisinde değerlendirildiğinde yine bilinçli taksirle ceza sorumluluğu doğabilecektir¹¹⁷.

¹¹² Erdem ÖZDEMİR, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, İstanbul 2014 s.610

¹¹³ Levent AKIN, “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu Kusur Esasına Dayanır”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.28 Sa.3, Mayıs 2014, s.40

¹¹⁴ ÖZDEMİR, s.607

¹¹⁵ ÖZDEMİR, s.609-610

¹¹⁶ ÖZDEMİR, s.609

¹¹⁷ “...Dosya içinde mevcut iş müfettişi tarafından düzenlenen ve işyerine ait geçmiş teftişlere

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri bakımından, ceza sorumluluğunu önemli biçimde etkileyecek olan bilinçli taksir hususunda kesin kategoriler/havuzlar belirlemek ve belli tür olayları kategorize ederek doğrudan bilinçli taksirle sorumluluğa gidilmesi yaklaşımı isabetli değildir¹¹⁸. Bunun yerine her somut olayda yukarıda da bahsedilen öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılmak suretiyle fail sıfatındaki kişi/kişilerden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğü dikkate alınmalıdır. Ceza sorumluluğunu genişletecek şekilde belli tip olayların doğrudan bilinçli taksirli sorumluluğu doğurduğunu söylemek ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olacaktır. Örneğin her inşaat kazasında iskelenin gerekli şartları taşımaması hallerini bilinçli taksir olarak nitelendirmek isabetli değildir. Çünkü iskelenin mevzuat gereği taşınması gereken özellikleri taşımaması bazı durumlarda bilinçli taksirle, bazı durumlarda basit taksirle bazı durumlarda ise öngörülebilirlik bulunmaması nedeniyle kusursuz/kaza-tesadüf olarak nitelendirilebilecektir. Böylelikle neticenin suçun mağduru tarafından kendi hareketi ile oluştuğu işverenin (Fabrika Sahibi veya İşletme Müdürü vb.) iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda yeterli önlem alınıp alınmadığını denetlemedikleri kabul edilse bile bu hareketleriyle meydana gelen zararlı netice arasında nedensellik bağı bulunması zorunludur¹¹⁹. Aksi takdirde kusur izafe edilmesi mümkün değildir.

yapılan atfa göre, 2010 yılında aynı iş yerinde meydana gelen iş kazası sonrasında 6.10.2010 tarihinde yapılan teftiş sebebiyle düzenlenen raporda; işyerine ait döner fırın II tabir edilen 4x4 metre ebatlarında ve 80 metre uzunluğundaki tünelin iç kısımlarındaki reflektör tuğlalarının sökülmesi ve yerine yenilerinin döşenmesi işi yapılmakta iken işçilerin çalışmakta oldukları iskelenin üzerine yukarıdan beton parçalarının düşerek 2 işçinin öldüğü 1 işçinin yaralanmasıyla sonuçlanan olayın gerçekleştiğinin bildirilmesine göre; sözü edilen iş yerine ait iş teftiş dosyası getirtilip, yukarıda anlatılan ve sanıklarca benimsenen metodun eleştirilip terk edilmesi gerektiği ve alınması gerekli önlemlere dair uyarıları içerip içermediği açıklığa kavuşturulup sanıkların önceki olay tarihinde de aynı fabrikada görevli olup olmadıkları belirlenip, aynı uyarıların yapıldığının belirlenmesi halinde olayda bilinçli taksirin koşullarının oluşup oluşmadığı karar yerinde tartışılıp sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi...” 12.CD. E.2014/4462 K. 2015/3456, T. 25.2.2015.

¹¹⁸ ÖZDEMİR, s.608

¹¹⁹ “... Uyuşmazlık konusu bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde; Sanık F. D.’un doksan işçinin çalıştığı bir mermer fabrikasının sahibi, sanık M. G.’in işletme müdürü, maden teknikeri olan ölenin ise altı yıldır aynı fabrikada fayans kesim sorumlusu olup, çıkan mermerin kalitesini kontrol etmekle yükümlü bulunduğu, çalışmaya başlamadan evvel işe elverişlilik bakımından sağlık raporu aldığı, iş sözleşmesinde; “işyerindeki makine, alet ve teçhizatı usulüne uygun olarak ve özenle kullanmayı, görevi ile ilgili bulunmayan işlerle uğraşmamayı, kendisine teslim edilmemiş makine, alet ve edevati kullanmamayı taahhüt eder” şeklinde, iş güvenliği talimatında da; “verilen görevi, tarif edilen şekilde yapacağım, işimden başka bir işe karışmayacağım, amirimin verdiği emre uyacağım” biçiminde hükümler bulunduğu, “iş sağlığı ve güvenliği, iş kazaları ve kişisel koruyucular” konularında eğitim

Nedensellik bağı değerlendirilmesi öngörülebilirlik değerlendirmesinden önce veya en azından birlikte yapılması gerekmektedir.

Doktrinde bilinçli taksir halinin iş sağlığı ve güvenliği hukuku bağlamında çok önemli sonuçlar doğurabileceği, çalışma yaşamını olumsuz şekilde etkileyebileceği, iş kazası sonucu ölüme sebebiyet verme halinde cezaların çok yüksek oranlara ulaşabileceği¹²⁰, “işverenler ve vekillerinin veya işçilerin üretim koşulları altında sürekli kazaya sebep olma riski ile karşı karşıya” olmaları gibi gerekçelerle Türk Ceza Kanununda bir değişiklik yapılarak, iş kazalarının bilinçli taksir kapsamında değerlendirilebilmesi

aldığı, sanıkların bütün çalışanlarla birlikte öleni de çalışma prensipleri ile riskleri başta olmak üzere işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında bilgilendirdiği, buna karşın altı yıldır aynı fabrikada çalışan ve üretim müdürü olarak görev yapan ölenin, görev alanının dışında bulunan makinelerin üzerinin örtülebilmesi için çatıya branda serilmesi konusunda, bu işleri yapmakla görevli teknik elemana talimat verdiği, bununla yetinmeyerek diğer işçilerin ikazlarını gözardı edip, herhangi bir güvenlik önlemi almadan çatıya çıktığı, çatıda ayağında bot, kafasında baret, belinde emniyet kemeri ile çalışıp makinenin üstünü brandayla kapatma işini bitiren ve inmek üzere merdivene doğru yürümekte olan görevliyi kırılğan malzemeden yapılmış aydınlatmanın üzerine basmaması hususunda uyardığı, ancak kendisinin bu bölüme basması sonucunda yaklaşık altı metre yükseklikten beton zemine düşerek hayatını kaybettiği olayda; ağır ve riskli işler kapsamında olan, ancak daha önce iş kazasının yaşandığına ilişkin dosyada herhangi bir bilgi ya da belge bulunmayan fabrikada, işçi sağlığı ve iş güvenliğinin gerektirdiği önlemlerin alındığı, çalışanların mesleki riskler ve korunma yolları konularında yeterince bilgilendirildiği, gerekli yerlere uyarı levhaları asıldığı, bu bağlamda “çatıya çıkmak yasaktır” ikazının da bulunduğu, işçilere lüzumlu ekipmanların verildiği, olay tarihinde çatıda çalışan işçinin baret, bot ve emniyet kemeri kullandığı, bu bilgilendirme ve uyarılara rağmen, üretimden sorumlu olup, mermerlerin kalitesini kontrol etmekle görevli olan, çatı veya çatıda yapılan işle ilgili sorumluluğu bulunmayan ölenin, işletme müdürü ya da fabrika sahibinden talimat veya izin almadan ve gerekli malzemeleri de kullanmadan sorumluluk alanı dışında bulunan ve daha önce hiç çıkmadığı çatıya çıkarak çatıda çalışan işçiyi polyester malzemeden yapılmış aydınlatma kısımlarına basmaması konusunda ikaz etmesine rağmen, kendi dikkatsiz ve tedbirsiz davranışları sonucu aynı yere basarak düştüğü hususları göz önüne alındığında, neticenin ölenin kendi hareketi sonucu meydana geldiği, çatıya branda sermesi ya da yapılan işi kontrol etmek üzere çatıya çıkması hususunda ölene herhangi bir talimat vermeyen ve çalışanları sürekli gözetlemelerine imkân bulunmayan fabrika sahibi ve işletme müdürünün iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda yeterli önlem alınıp alınmadığını denetlemedikleri, uyarı levhalarını gerekli yerlere astırmadıkları veya fabrikada merdiven ya da seyyar bir platform bulundurmaları kabul edilse bile, bu hareketleriyle meydana gelen zararlı netice arasında nedensellik bağı bulunmadığı, çatıyla ilgili doğrudan bir faaliyet göstermeyen fabrikada çatı merdiveni ya da platform bulundurulmamasının da sonuca doğrudan etkili olmadığı, meydana gelen zararlı neticeye ölenin kendi hareketiyle sebebiyet verdiği, sanıklara izafe edilebilecek herhangi bir kusur bulunmadığı, sanıklara kusur yükleyen bilirkişi raporlarının da mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olmadığı anlaşıldığından, sanıkların atılı suçtan beraatlarına karar verilmesi gerekmektedir...” YCGK E.2013/12-654 K. 2015/75, T. 31.3.2015.

¹²⁰ Bilinçli taksirin varlığı halinde “taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.” (TCK m.22/3)

önüne geçilmesi gerektiği söylenmektedir¹²¹. Bu görüşe katılmamakla birlikte ceza mahkemelerinde hukuk mahkemelerindeki kıstaslar ile kusur tespiti yapıldığı için mevcut uygulamadaki kararlar eleştirilebilir.

Şayet meydana gelen iş kazasında failin bilinçli mi yoksa bilinçsiz taksirle mi hareket ettiği noktasında tereddüt varsa; şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği bilinçsiz taksirli sorumluluğuna gidilmelidir. Yargıtay 2.Ceza Dairesi de 2015 tarihli bir kararında; “*olayda bilinçli taksirin koşullarının oluşup oluşmadığı karar yerinde tartışılıp sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesini*” bozma sebebi olarak saymıştır¹²².

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyen işveren veya vekilinin neden oldukları suç niteliğindeki fiilin doğrudan bilinçli taksirli olduğunu kabul eden görüşe¹²³ katılmak mümkün değildir. Çünkü her **riskin üstlenilmesi** eyleminin bilinçli taksir olarak kabul edilmesi halinde iş kazalarında basit taksirle işlenen fiil ihtimali ortadan kalkacağı gibi, her yüksek riskli işletmede yaşanan iş kazasının bilinçli taksirle işlendiğinin kabulü gibi bir durum oluşacaktır. Otomatik şekilde yapılan bu kabulün isabetli olmadığı kanaatindeyiz¹²⁴⁻¹²⁵. Gerçekten de işveren ve işveren vekili işçi çalıştırırken çoğu kez meydana gelecek neticeleri öngörmektedir¹²⁶. Bu nedenle, bilinçli taksirin iş kazalarında uygulanabilmesi için ilave ek şartlara ihtiyaç vardır¹²⁷. Doktrinde “işverenin iş kazalarından doğan ceza sorumluluğunun çoğunlukla zararlı neticeleri önlemeye yönelik kurallara uyulmamasından ileri geldiği dolayısıyla işverenin bu kurallara uymaması sonucunda bir iş kazası meydana gelmesi somut olayında, işverenin bu kurallara uymamanın sonucunda bir iş kazası meydana gelebileceğini öngörmesi ancak kendi yeteneği” veya işçilerin yeteneğine güvenerek iş kazasının olmayacağına inanması gerektiği söylenmektedir¹²⁸. Böylelikle işveren, işveren vekili, alt işveren iş kazası

¹²¹ AKIN, Mart 2008, s.218

¹²² 12.CD E.2014/4462 K. 2015/3456, T.25.2.2015

¹²³ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU / Muhittin ASTARLI - Ulaş BAYSAL, **İş Hukuku**, 6.Baskı, Ankara 2014, s.1421

¹²⁴ HAKERİ, GH, s.246

¹²⁵ Aynı sorun sağlık ceza hukukuna ilişkin sağlık personelinin kusurlu tıbbi müdahalesi eylemlerinde de karşımıza çıkmaktadır.

¹²⁶ AKIN, Mart 2008, s.218

¹²⁷ HAKERİ, GH, s.244

¹²⁸ ÖZEN-TOZMAN, s.226 Yazarlar aranması gereken bu şartlar nedeniyle bilinçli taksirin uygulanma ihtimalinin az olduğunu da belirtmektedirler.

nedeniyle meydana gelebilecek neticeleri önceden bilebilir olması doğrudan bilinçli taksirin varlığı için karine teşkil etmeyecektir¹²⁹. Buna karşın; iş kazalarında belirtilen şartların ve yukarıda zikredilen hallerin varlığı halinde bilinçli taksirli sorumluluk doğabilecektir.

b. Risk Değerlendirmesi - Taksir İlişkisi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.10 uyarınca; “İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlü” tutulmuştur. İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği¹³⁰ m.4/1-f uyarınca; “Risk değerlendirmesi: İşyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmaları, ifade eder.” Bu **risk değerlendirilmesinin yapılmamış veya yaptırılmamış olması**, bir iş kazası sonucu meydana gelecek neticeler karşısında kayıtsız kalındığını, riskin üstlenildiğini, işçilerin yaralanabileceği ve ölebileceği hususunun öngörülebileceğini göstermektedir. Böylece risk değerlendirmesinin yapılmamış olması halinde işveren bilinçli taksirle sorumlu olabilecektir¹³¹. Yalnız burada göz ardı edilmemesi gereken husus; her risk değerlendirmesi yapılmaması eyleminin otomatik olarak bilinçli taksirle sorumluluğu doğurmayacağıdır¹³². Risk değerlendirmesinin yapılmamış olması veya risk değerlendirilmesinin yenilenmemiş olması¹³³ eylemin doğrudan bilinçli taksirle olduğuna karine teşkil etmez¹³⁴. Risk değerlendirilmesinin yapılmamış olması, işveren tarafından öngörülebilir olan ve gerçekleşen iş kazasının neticesinin somut olayda öngörülmesine sebebiyet vermiş olması gerekmektedir. Örneğin işveren zaten çalışma kolu itibariyle bir iş kazasının meydana gelmesini çok düşük ihtimal olarak öngörmüşse ya da işyerindeki tehlikelerin riske dönüşmesi oranı çok düşükse (az tehlikeli işyeri

¹²⁹ HAKERİ, GH, s.244.

¹³⁰ Resmi Gazete Tarihi: 29.12.2012 Resmi Gazete Sayısı: 28512

¹³¹ Teoman AKPINAR / Baki Yiğit ÇAKMAKKAYA, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverenlerin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü”, **Çalışma ve Toplum -Ekonomi ve Hukuk Dergisi-**, Sa.40 2014-1, s.298; ÖZDEMİR, s.607

¹³² ÖZDEMİR, s.609

¹³³ İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği m.12/1: “Yapılmış olan risk değerlendirmesi; tehlike sınıfına göre çok tehlikeli, tehlikeli ve az tehlikeli işyerlerinde sırasıyla en geç iki, dört ve altı yılda bir yenilenir.”

¹³⁴ “Risk değerlendirmesinin yapılmamış olmasının kusurun varlığı ve ağırlığı konusunda değerlendirilmeye alınması gerektiği” yönünde bkz. ÖZDEMİR, s.608

gibi) ve gerekli önlemleri aldığı inancıyla risk değerlendirmesini yapmamışsa burada artık bilinçli taksirden bahsedilemez. Ayrıca risk değerlendirmesinin yapılmamış olması neticenin meydana gelmesinde de etkili olmalıdır.

d. Olası Kast Kavramı ve İş Kazalarında Uygulanma Olanığı

Türk Ceza Kanunu 21.maddesinin ikinci fıkrasında “olası kast” kavramı düzenlenmiştir¹³⁵. Bir kişinin suçun kanuni unsurlarındaki objektif koşulların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, hareketi bilerek yapması¹³⁶, neticeyi kabullenmesi, “neticenin gerçekleşmesi hususunda olursa olsun düşüncesinde olması halinde” olası kast vardır¹³⁷.

İş kazalarında cezai sorumluluk bakımından olası kastın uygulanmasına engel yoktur¹³⁸. Olası kast durumunun iş sağlığı ve güvenliği ihlalleri bakımından ortaya çıkma ihtimali zayıf olsa da vardır¹³⁹. Yargıtay da olası kastın iş kazalarında uygulanabileceği görüşündedir. 2013 tarihli bir kararda 12.Ceza Dairesi iş kazası neticesinde meydana gelen ölüm neticesi bakımından olası kastla insan öldürme suçunun oluşabileceği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. İlgili karara göre; grizu patlamasının olabileceğinin öngörülmesine rağmen, patlamayı önleyici önlemlerin alınmaması, **tehlikeli durumu gizleme hareketlerinin** ve “olursa olsun” düşüncesinin varlığı nedeniyle olası kast hükümleri uygulanabilecektir¹⁴⁰.

¹³⁵ “ Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.” (TCK m.21/2)

¹³⁶ Bilme unsurunun doğrudan kastta daha yoğun olduğu, olası kastta seyreltmış olduğu görüşü için bkz. KÜHL, 5§ kn.43

¹³⁷ HAKERİ, GH, s.219.

¹³⁸ ÖZEN, s.239; Asım KAYA, “İş Kazasında İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, TAAD, Yıl.5, Sa.17, Nisan 2014, s.351

¹³⁹ Doktrinde “iş kazasının gerçekleşmeyeceğini öngören işveren ya da vekilin, bu düşüncelerinin haklı görülmesini sağlayacak ortamı sağlamadıkça ve gereken önlemleri almadıkça olası kast ile yargılanabileceği” söylenmektedir. AKIN, Mart 2008, s.218 “Gerçekleşmeyeceği” ifadesinin yazım hatası olduğu düşüncesindeyim. Ayrıca söz konusu kıtas, olası kastın varlığı için yeterli olmayıp, iş kazası neticesinin gerçekleşebileceğini kabullenme söz konusu olmalıdır. Sadece önlemlerin alınmaması ve iş kazasının gerçekleşeceğinin öngörülmesi yeterli değildir.

¹⁴⁰ “...Tüm açıklamalar çerçevesinde: dosya içeriği ve tüm bilirkişi raporlarındaki belirlemelere göre; bu iş kolunda deneyimli olan sanıkların 2006 yılından beri işletmede metan gazı olduğunu bilmelerine rağmen bunu gözardı ederek, defterlerde bile bu hususa yer vermeyerek önceki denetimlerde defalarca istenmiş olan ocak gaz ölçümünü otomatik olarak yapacak erken uyarı sistemini kurmayarak, yeterli sayıda gaz ölçüm cihazı bulundurmayıp düzenli olarak kullanılmasını sağlamayarak, hatta basit ve ucuz olan vakvak tabir edilen uyarı aletini dahi temin edip kullanılmayarak, işletmede Küldesak (havalandırma bakımından kör ve acil durumda kaçış imkanı bulunmayan) ayak çalıştırılarak, ocak üretim mahalline yeterli temiz

Yine alınması gereken önlemleri almamak amacıyla usulüne aykırı denetim raporları ve defter düzenlenmesi gibi hareketler¹⁴¹ de olursa olsun düşüncesini ve kabullenmeyi gösteren donelerdir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, neticenin mümkün ve olası olduğu hallerde neticeyi istememekle birlikte göze alıp kabullenmesi halinde olası kastın var olduğunu söylemektedir¹⁴². Failin öngörülebilir bir neticenin öngörüldüğü halde neticeyi oluşturan hareketi yapmaktan kaçınmaması, olursa olsun demesi neticeyi kabullenmesi halinde olası kast söz konusudur¹⁴³. Ceza Genel

hava akımını sağlayacak sistemi kurmayarak, ocak içindeki kirli ve temiz havanın karışmasını ve ısının yükselmesini göz ardı edip; 10-15 cm çapında hava borularıyla havalandırma yapılması dolayısıyla yeterli ve uygun düzeyde havalandırma sağlanamaması nedenleriyle grizu birikmesine neden oldukları, ocakta grizu olduğunu bilmelerine rağmen bunu gizledikleri bu nedenle idarenin denetimini de öneledikleri gibi ocak içinde her vardiyada her atım öncesi ve sonrası gaz ölçümü yaptırıp kayıt altına aldırılmayarak, ocak içinde kullanılan tesisat ve ekipmanların anti grizulu olarak tesis ettirmeyip ocak içine işçilerin sigara sokmasını ve içilmesini engellemeyerek, çalışan işçilere işe başlarken ve devamında tamamına iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verdirip belgelettirmeyerek, fiziki şartları kötü, üretim, nakliyat ve havalandırma bakımından emniyet tedbirlerine uyulmayan ocak işleterek meydana gelen sonuca kayıtsız kalıp kabullendikleri, böyle bir olayda öngörülmekle birlikte gerçekleşmeyeceği düşünülen ve istenmeyen bir neticeden bahsedilmeyeceği, defalarca yapılan tespitler ve uyarılara rağmen hatalı, eksik ve tehlikeli çalışma yöntemini sürdüren sanıkların kusurluluk düzeyinin taksir düzeyini aştığı, bu şekildeki çalışma ile grizu patlaması olabileceğini öngörmelerine rağmen, patlamayı gerçek anlamda engelleyici nitelikte bir çalışma yapmadıkları, aksine mevcut tehlikeli durumu gizlemek suretiyle, “olursa olsun” düşüncesi ile hatalı ve hileli faaliyetlerine devam ettikleri; bu nedenle gerçekleşen bu neticeden olası kast hükümleri uyarınca sorumlu tutulmaları gerektiği ve olası kastla adam öldürme suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması,” **12.CD. E.2012/21104 K.2013/25712 T. 14.11.2013**

¹⁴¹ “...ocakta zaman zaman metan gazı tespit edildiği bildirilerek ocakta metan gazının varlığı teyit edilmesine karşın havalandırma defteri ile teknik nezaretçi defterlerinde gerçeğe uygun olmayacak şekilde havanın normal ve metan gazı ölçümlerinin sıfır olarak belirtildiği görülmüştür...” **12.CD. E.2012/21104 K.2013/25712 T. 14.11.2013**

¹⁴² “dolayısıyla ölümün mümkün ve muhtemel olduğunu bilmesine rağmen, ateş etmek suretiyle, öngördüğü muhtemel neticeyi istememekle birlikte göze alıp kabullendiği ve sonucunda maktulün ölümüne neden olduğu olayda, eyleminin “olası kastla öldürme” suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir.... Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyeleri de; KİŞİ;

a) Sonucu öngördüğünde, o eylemde bulunmayacaksa taksir,

b) Sonucu öngörüyor, ama kabullenmiyorsa bilinçli taksir,

c) Sonucu öngörüyor, **sonucun gerçekleşmesini istemiyor**, ama olursa olsun diyorsa olası kasıt,

d) Doğrudan görek ateş etmiş ise, doğrudan kasıt tan söz edilebilir.” **YCGK E.2014/1-314 K.2014/389 T.23.9.2014**, <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=44&t=23710> Er.Tar.20.01.16.

¹⁴³ HAKERİ, GH, s.219; **YCGK 54-120 T.07.06.2011**

Kurulu'nun "olası kastta isteme yoktur" görüşüne karşın, olası kastta isteme unsurunun aranması noktasında neticeyi doğrudan istememe değil, isteyip istememe noktasında kayıtsız kalarak, neticenin gerçekleşmesini kabullenme vardır.

d. Yüklenen Suç Açısından Failin Kast veya Taksirinin Bulunmaması

İş kazasına sebebiyet veren fail/faillerin hareketinde kast veya taksirden söz edilemiyorsa ceza hukuku bağlamında sorumluluk söz konusu olmaz¹⁴⁴. İş kazalarında failin en azından taksirle hareket etmesi halinde cezalandırma gündeme gelebilir. Bu da failin kastın bilme ve isteme unsurları olmaksızın, **öngörülebilir bir neticeyi öngörememesi** halidir. **Öngörülebilirlik** değerlendirmesi, her iş kazasında yapılmalıdır. Gerçekten öngörülmesi mümkün olmayan bir netice söz konusu ise bunun engellenebilmesi mantıken mümkün değildir. **Engel olunamaz ve önlenemez bir neticeden** de fail sorumlu tutulamaz¹⁴⁵. Öngörülebilirlik değerlendirmesi bazı iş kazalarında nedensellik bağındaki yüklenilebilirlik değerlendirmesi ile birlikte yapılmaktadır/yapılabilir. Öngörülebilir olmayan netice, aynı zamanda yüklenilebilir de değilse hukuki sorumluluğun aksine, kural olarak nedensellik bağı keser¹⁴⁶. Uygulama da çoğu zaman nedensellik bağı tespiti ile öngörülebilirlik değerlendirmesini bir arada yapmaktadır. Uygulamada yapılan bu birlikte değerlendirmeye "kaçınılmazlık" denilmektedir.

aa. Kaçınılmazlık İlkesi

Yürürlükteki hukuki ve evrensel nitelikteki bilimsel ve teknik kurallara göre alınması gereken tüm önlemlerin alınmış olmasına rağmen iş kazasının önlenmesi durumuna "**kaçınılmazlık**" adı verilmektedir¹⁴⁷. Kaçınılmazlık, "*tüm tedbirlerin alınması halinde bile böyle olayların tam olarak önlenmesinin teknik ve pratik olarak mümkün olamayacağı ihtimalidir.*"¹⁴⁸ Kaçınılmazlık ilkesi daha çok hukuk mahkemelerinde kusur tespitinde başvuru ölçütlerinden biridir¹⁴⁹. Buna karşın aynı ilkeye ceza muhakemelerinde kusur tespitinde de

¹⁴⁴ HAKERİ, GH, s.201, 242 Doktrinde kast ve taksir yoksa kaza-tesadüfün olduğu söylenmektedir. Buna karşın, kaza ifadesinin kullanılması iş kazası kavramı ile karışabileceğinden "kast ve taksirin bulunmaması" tercihen kullanılmalıdır.

¹⁴⁵ HAKERİ, GH, s.238; NARTER, s.532

¹⁴⁶ NARTER, s.532

¹⁴⁷ YİĞİT, s.400

¹⁴⁸ YCGK. E.2008/9-37 K.2008/55 T. 18.3.2008, Kazancı.

¹⁴⁹ 10.HD. E.2010/3833 K.2011/12945 T.3.10.2011

başvurulmaktadır¹⁵⁰. Yargıtay Ceza Dairesi kaçınılmazlık ilkesine atıf yaparak “...*Harici bir olay olan depremin illiyet bağıını kesecek derecede kaçınılmazlık hali* sayılarak ceza sorumluluğunu bertaraf edebilmesi için, oluşan zararlı sonucu insan faktörünün etkilememesi, yani yapının kurallara uygun olarak yapılması ve sonradan değişiklikte bulunulması halinde de bu değişikliklerin statik değerlere aykırı ve esaslı müdahale niteliğinde olmaması gereklidir...” şeklinde bir karar vermiştir¹⁵¹.

ETCK döneminde bir yargı kararına dayanak teşkil eden bilirkişi raporunda; kaçınılmazlık, kusur oranının tespitinde oransal bir faktör olarak değerlendirilmiştir¹⁵². Böylece ortak kusurlu hareketlerde veya birden fazla kişinin kusurlu olduğu olaylarda kaçınılmazlık hususu, 8 üzerinden yapılan kusur paylaşımında nazara alınmıştır. Yine 2013 tarihli bir Yargıtay kararına dayanak teşkil eden bilirkişi raporunda “*iş kazası ve meslek hastalığı nedeni ile işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin dikkate alınması gerektiği belirtilerek, kazaya öngörülemez bir nedenin yol açma olasılığının da mevcut olduğu, kazanın oluşunda kaçınılmazlığın, tali bir etken olarak düşünülmesi gerektiği*” düşünceleri paylaşılmıştır. Böylece kaçınılmazlığın her iş kazasında değerlendirilerek asli mi yoksa tali etken mi olduğunun tespit edilmesi uygun olacaktır.

ab. “Önlenemez Risk” Kavramı

2014 tarihli bir kararında Yargıtay 12.Ceza Dairesi, kaçınılmazlık ilkesinden bahsetmeden, “önlenemez risk” kavramına yer vermiştir¹⁵³. Kararda önlenemez risk kavramının içeriği açıklanmamakla birlikte iş kazasına asıl etkenin önlenemez risk olduğu durumlarda sanıklara kusur atfedilemeyeceği

¹⁵⁰ YİĞİT, s.401; 12.CD. E.2012/21104 K.2013/25712 T. 14.11.2013

¹⁵¹ 2.CD. E.2001/3606 K. 2001/4777, T. 5.5.2001. Kazancı.

¹⁵² “1- Henüz 4 yaşındaki mağdurun annesi olan İ.A'nın gözetim ve denetimi altında bulunduğu sırada kaza meydana geldiğinden, olayın olduğu çevreyi babanın görüp gerekli önlemleri alma şansı olmadığından aile reisi sıfatıyla sorumluluğu anneye aittir. Bu nedenle mağdurun yaralanması olayında özen sorumluluğunu gereği gibi yerine getirmediği için olayda kusuru olduğu, 2- Söz konusu trafonun bakım sorumlusu olan sanık S.T'nin, olayın meydana geldiği trafo pano kapaklarının açık olduğu, periyodik kontrollerle bunların kapalı kalmasını sağlayamadığı, dolayısıyla olayın meydana gelmesinde ihmali olduğu, 3- Olayda ikinci derecede etkin faktör ise “kaçınılmazlık” diyebileceğimiz ve tüm tedbirlerin alınması halinde bile böyle olayların tam olarak önlenmesinin teknik ve pratik olarak mümkün olamayacağı ihtimalidir. Sonuç olarak; sanık İ.A'nın olayda 2/8 oranında kusuru olduğu, sanık S.T'nin olayda 3/8 oranında kusurlu olduğu, **kaçınılmazlık faktörünün olayda 3/8 oranında olduğunun** tespit edildiği görülmektedir.” YCGK. E.2008/9-37 K.2008/55 T. 18.3.2008, Kazancı.

¹⁵³ 12.CD. E.2013/12792 K.2014/6385 T. 13.3.2014, Kazancı.

belirtmiştir¹⁵⁴. Uygulamada gerek “kaçınılmazlık” gerekse “önlenemez risk” birbirini yerine ve aynı anlamda kullanılan kavramlardır. Ben de kaçınılmazlık ve önlenemez risk kavramları arasında ayırım yapmanın pratikte bir faydası olmayacağı düşüncesindeyim. Bu nedenle kaçınılmazlık hakkında yukarıda belirttiğimiz bilgiler önlenemez risk kavramı açısından da aynen geçerlidir¹⁵⁵.

¹⁵⁴ “ Sanıklardan H.. K..’ın maden mühendisi ve işletme müdürü, sanık Ö.. Y..’in vardiya başçavuşu, sanık H.. K..’nın vardiya çavuş olarak görevli olduğu, Ş.. madencilik tarafından işletilen linyit ocağında, olay tarihinde meydana gelen grizu patlaması nedeniyle, 18 kişinin ölümü, 13 kişinin yaralanması ile sonuçlanan olayda, ocağın grizulu bir ocak olduğunun dosya kapsamından anlaşıldığı, olayın meydana geldiği işletmede deneyimli personel istihdam edilerek, gerekli eğitimlerin verildiği, kullanılan ekipmanların antigrizu özellikli olduğu, ikisi sabit noktada sensörlerle sürekli olmak üzere, her vardiyada düzenli gaz ölçümlerinin yapılarak kayıtların muntazam biçimde tutulduğu, çalışanlara gerekli koruyucu malzeme ile yeter nitelikte gaz maskesinin verildiği, olay sırasında daimi nezaretçi maden mühendisi Ö.. S..’in gaz ölçüm cihazı olduğu halde çalışmanın başında bulunduğu, ayrıca vardiya başçavuşu olan Ö.. Y..’in yine gaz ölçüm cihazı olduğu halde maden mühendisi Ö.. S.. tarafından 402 alt taban yolunda çalışma yapması için görevlendirildiği, diğer bir gaz ölçüm cihazının ise olaydan yaralı olarak kurtulan vardiya çavuşu H.. K..da bulunduğu, bahsi geçen ocakta Çalışma Bakanlığı iş müfettişlerince 2006 yılından 18-19 Ocak 2010 tarihine kadar yapılan incelemelerde, ocağın genel olarak çalışma şartları ve iş güvenliği yönünden genel riskler dışında çalışma koşullarına uygun olmayan bir durumun bulunmadığının anlaşıldığı, patlamanın meydana geldiği 70 metre uzunluktaki 418 üst tavan yoluna atılan lağım deliklerinin olay günü 16:00 vardiyasında yapılan çalışma ile delindiği ve bu deliklerden metan intişarı olduğunun olaydan sonra anlaşıldığı, patlamanın aynı gün 17:45 sıralarında meydana geldiği, H.. K..’nin dosya içerisinde bulunan ifadesinden patlama sırasında ölen elektrikçi İ.. S..’nin vantilatörü açmaya gittikten hemen sonra vantilatörün açılmasını müteakip patlama olduğuna ilişkin beyanı da nazara alındığında, 418 üst tavan yolunda aynı vardiya sırasında açılan lağım deliklerinden intişar eden metan gazının anti grizu özellikli tesisat ve malzeme kullanılmasına rağmen bu tesisat ve malzemenin arıza bakım ve onarım çalışmaları sırasında, bu özelliklerini yitirmesi nedeniyle vantilatörün açılması sırasında oluşan ısı kaynağı ile teması sonucu patlamanın meydana geldiği olayda, **önlenemezlik riskinin asıl etken olup** işletme müdürü ve teknik nezaretçi H.. K..’in tali kusurlu bulunduğu anlaşılmakla;

1-Sanıklar vardiya başçavuşu Ö.. Y.. ile vardiya çavuşu H.. K..’nın yanlarında gaz ölçüm cihazı bulunmakla birlikte, aynı cihazın daimi nezaretçi maden mühendisi Ö.. S..’de bulunması, Ö.. S..’in patlamanın meydana geldiği 418 üst tavan yolunda yapılan çalışma başında bulunması yine vardiya başçavuşu Ö.. Y..’in maden mühendisi Ö.. S.. tarafından 402 alt taban yolunda görevlendirildiği de nazara alındığında, sanıklar Ö.. Y.. ve H.. K..’ya olayda atfedilecek kusur bulunmadığı gözetilmeden sanıkların 0,5/8 oranında tali kusurlu kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması,” **12.CD. E.2013/12792 K.2014/6385 T. 13.3.2014, Kazancı.**

¹⁵⁵ Mevzuatta İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği’nde “**Kabul edilebilir risk seviyesi:** Yasal yükümlülükler ve işyerinin önleme politikasına uygun, kayıp veya yaralanma oluşturmayacak risk seviyesi” olarak tanımlanmıştır (m.4/1-b). Bu tanımın ceza hukuku bağlamında önlenemez risk kavramından farklı olarak değerlendirilmesi kanaatindeyim.

Önlenemez risk/kaçınılmazlık belirlenmesi ve değerlendirmesi, kusur tespitinde önemli bir basamaktır. Özellikle teknik bilirkişi tarafından her iş kazasına ilişkin **bilirkişi raporunda kusur oranının tespiti yerine mutlaka risk değerlendirmesine ve söz konusu riskin meydana gelen netice bağlamında alınacak tedbirlerle engellenmesinin mümkün olup-olmadığına** değinilmelidir. Yani riskin önlenmesinin imkan dahilinde olup-olmadığı değerlendirilmelidir. Uygulamada ise; bilirkişiler sadece mevzuattaki genel yükümlülüklerle uyulup-uyulmadığını dosya içeriğinden tespit edip, sanıkların kusurlu olup-olmadıklarını belirtmektedirler.

ac. İş Kazalarında “İstenmeyen Durum/Netice”

Çalışma hayatındaki riskler, “ceza hukukunda izin verilen risk”¹⁵⁶⁻¹⁵⁷ (Erlaubtes Risiko) çerçevesinde kaldığı sürece “istenmeyen durum/netice” olarak adlandırılabilir. Diğer deyişle; “istenmeyen durum” iş kazalarında fiile ceza verilmemesinin nedenini ortaya koymak için “ceza hukukunda izin verilen riske” karşılık geldiği söylenebilir¹⁵⁸. Yargıtay da kaçınılmazlık ve önlenemez risk kavramlarının yanı sıra bazı kararlarında “istenmeyen netice” kavramını kullanmaktadır¹⁵⁹. Kavramsal olarak kaçınılmazlık ve istenmeyen durum birbirinde farklı gibi gözükse de uygulamanın verdiği anlam dikkate alınarak ve benim kabulüme göre; “**kaçınılmazlık**”, “**önlenemez risk**” ve “**istenmeyen durum/netice**” kavramları arasında bir ayırım yapılmasına gerek yoktur. Çünkü her üç durum da manevi unsur skalası dışında kalmakta olup, bu durumlarda “kusurun bulunmaması nedeniyle”¹⁶⁰ ceza sorumluluğunun oluşmayacağı söylenebilir. (Verilecek hüküm ise “failin kast veya taksirinin bulunmaması nedeniyle beraat kararıdır.)

Örneğin; kimyasal maddelerle çalışılan bir işyerinde çalışanların sağlık ve güvenliği yönünden genel bir risk vardır. Burada çalışanların kimyasal

¹⁵⁶ Konu hakkında daha geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Yener ÜNVER, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul 1998, s.1 vd.

¹⁵⁷ Ceza hukukunda izin verilen risk “genel hayat rizikoları ve toplumca tolere edilebilir risk” olarak değerlendirilebilir. bkz. Bernd HEINRICH, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3.Auflage, Stuttgart 2012, kn.245

¹⁵⁸ İÇEL, s.351

¹⁵⁹ “... ve **istenmeyen bir neticeden** bahsedilmeyeceği, defalarca yapılan tespitler ve uyarılara rağmen hatalı, eksik ve tehlikeli çalışma yöntemini sürdüren sanıkların...” **12.CD**. E.2012/21104 K.2013/25712 T.14.11.2013

¹⁶⁰ “İzin verilen risk” kavramının kusuru ortadan kaldıran bir neden olarak nitelendirmek isabetlidir. Kgi. DEMİRBAŞ, GH, s.291; Yazar izin verilen risk kapsamındaki hareketlerin risk gösterecekleri dahi hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir.

maddelere maruziyetini önlemek ve bunun mümkün olmadığı hallerde ise kimyasal maddelerle teması en aza indirmek işverenden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğü içerisinde. Buna karşın; tehlikeli kimyasal maddelerin kendisinin ayrıca tesis, makine ve ekipmanın sürekli kontrol altında tutulmasına rağmen havalandırmadan giren başka bir gaz ile teknik anlamda hesaplanamayan kimyasal bir tepkime nedeni ile ortaya çıkan iş kazasında “istenmeyen durum” vardır.

ad. Değerlendirme

Kanaatimce; “kaçınılmazlık”, “önlenemez risk” ve “istenmeyen durum/netice” kavramları arasında bir ayırım yapılmasına pratik anlamda gerek yoktur. Önemli olan hangi kavramın kullanılmış olması değil, fail ve fiil açısından yukarıda bahsettiğimiz kriterler çerçevesinde ceza muhakemesine konu her iş kazasında kusur izafe edilebilmesi için bir ön değerlendirmenin yapılmış olması gereğidir. Bu değerlendirmede;

- tüm tedbir ve önlemlerin alınması halinde bile neticenin önlenmesinin teknik anlamda mümkün olup-olmadığı;

- risk değerlendirmesi yapılarak riskin neticeye etkisi,

- iş kolundaki riskin meydana gelen netice bağlamında alınacak tedbirlerle engellenmesinin mümkün olup-olmadığı,

- somut olayda riski minimize edecek önlemlerin alınmasıyla riskin kısmen dahi engellenmesinin olanak dahilinde olup-olmadığı belirlemeleri mutlaka yapılmalıdır.

Sonuç itibariyle; iş kazalarında kaçınılmazlık, önlenemez risk ve istenmeyen durum/netice kavramlarından iş kazası neticesine ilişkin tüm tedbirlerin alınıp, **riskin minimize edilmesi** halinde dahi işin gereği, niteliği itibariyle taşıdığı riskin bulunması ve bu riskin gerçekleşerek istenmeyen durumun oluşması ihtimalinde, şayet beklenen dikkat ve özen yükümlülüğü yerine getirilmiş ise ceza sorumluluğunun doğmayacağı anlaşılmalıdır. Kaçınılmaz ve önlenmesi yükümlülük altında bulunanlar tarafından mümkün olmayan istenmeyen neticeler bakımından cezai sorumluluktan bahsedilemez.

C. İş Kazalarında Ceza Sorumluluk Alanının Bölünebilirliği

Çalışma hayatının gereği olarak öncelikli olarak işçiler sonra ise işveren, işveren vekilleri ve diğer kişiler birçok tehlike ve risk ile karşı karşıyadır. Bu tehlikeler ve riskler bazen iş kazasına dönüşebilmektedir. İş kazasının

oluşumunda işyerindeki birçok kişi yetki ve yükümlülüklerinden dolayı pay sahibi olabilmektedir. İşverenin kanuni zorunluluklar nedeniyle çalıştırdığı işçilere karşı birçok yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülükler yaptığı veya yapması gerektiği hareketler açısından cezai sorumluluğunu doğurabilir. Örneğin bir işveren çok tehlikeli bir işyerinde gerekli teçhizatı almakla, görevlendirdiği bir vekili bu teçhizatın işçilere teslimiyle, diğer bir işveren vekili ise rutin denetimle yükümlülük doğuracak şekilde **iş bölümü** yapmış olabilir. Yapılan bu iş bölümü ceza sorumluluk alanının belirlenmesi için önem arz etmektedir. Öncelikle belirtmekte fayda vardır ki; “ceza sorumluluk alanını”, her olay için ayrıca belirlemek gerekmektedir. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatındaki genel yükümlülükler ile veya matbu form ve sözleşmenin varlığı halinde otomatik olarak ceza sorumluluğu belirlenemez.

Ana kural olarak sözleşme ile ceza sorumluluğu bertaraf edilemez. Fakat yapılan **iş bölümü** ile işveren veya işveren vekili iş güvenliği ve işçi sağlığı hususunda **özel bir görevlendirme** yapmış ise bu görevlendirme veya sözleşme, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde nazara alınabilecektir. Yani **ceza sorumluluk alanı bölünebilecektir**. Örneğin yol yapımı ve onarım işleri belli bir kişiye verilmiş olabilir. Yargıtay da birden fazla şirketin konsorsiyum ile iş yaptığı sırada gerçekleşen bir iş kazasında; ceza sorumluluk alanının belirlenebilmesi için iş güvenlik önlemlerinin alınmasından hangi şirketin sorumlu olduğunun ve şantiye yetkilisini görevlendirme yükümlülüğünün kime ait olduğunun tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁶¹.

Söz konusu iş bölümünde kimin, hangi yükümlülük altında olduğu İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunumuzda ve diğer ilgili mevzuatta genellikle düzenlenmiştir. Buna karşın yükümlülük belirtilmiş ve fakat ilgilisi belirtilmemiş ise o işyerinin “**rutin işleyişine**” göre yükümlülük sahipleri belirlenebilecektir¹⁶². Rutin işleyiş her somut olayda, olayın

¹⁶¹ “Kollektif Şirketi ile ...Limited Şirketinin kurduğu ortaklık adına kayıtlı olan ve ... L...Konsorsiyumuna kiralandığı anlaşılan ölenin kullandığı kamyonun, doğalgaz boru yapım çalışması sırasında geri manevra ile giderken şarampole yuvarlanması ile meydana gelen olayda. ... Kollektif Şirketi ile ... Limited Şirketinin kurduğu ortaklığın, ... L... konsorsiyumu ile yaptığı sözleşmenin dosyaya getirilerek, iş güvenlik önlemleri alınmasından hangi şirketin sorumlu olduğu ve şantiye yetkilisi görevlendirme yükümlülüğünün kime ait olduğunun tespiti ile iş güvenliği uzmanlarından oluşturulacak bilirkişi kurulundan **kurur raporu alınmasından sonra**, sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiği düşünülmeyen eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” 12.CD. E.2011/1896 K.2011/2623 T.10.10.2011 Kazancı.

¹⁶² Sorumluluk Alanı Teorisi ve Rutin İşleyiş Kriteri için bkz. Halid ÖZKAN, “Tıpta İşbirliği ve Ceza Sorumluluğu” VII. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıpta İşbirliği Ve Hukuksal Sorunlar/ VII. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht Delegation Und Kooperation Im Gesundheitswesen, Bildiriler Kitabı, Ankara 2011, s.125

şartlarına ve işyerinin çalışma durumuna göre değerlendirilmelidir. Çünkü işyerinin tehlikelilik durumu ve çalışan sayısına göre iş kazası farklılık arz edebilecektir.

Çalışma hayatı, yatay ve dikey işbirliği içerisinde sürdürülmektedir. Her bireyin kendine ait olan bir ceza sorumluluk alanı vardır. İşveren iş kazalarını önleyici öngörülebilir neticeyi bertaraf edecek önlemleri almakla, işçi de bu tedbirlere uymakla yükümlüdür. Birden fazla kişinin faaliyeti ile işleyen işyerinde herkes, bir başkasının kendi sorumluluk alanı içerisinde yer alan yükümlülüğünü yerine getirdiğine güvenerek hareket edebilir¹⁶³. Yargıtay da “...Birden çok kişinin faaliyetinin iştiraki söz konusu olduğu durumlarda taksir sorunu, başkalarının doğru biçimde davranacağına **güven ilkesi** ile çözümlenmelidir. Böylece disiplinler arası bir ekip çalışmasında, herkes diğerlerinin doğru hareket ettiğine güvenmek zorunda olduğundan, grupta çalışanlardan her biri sadece kendi faaliyet tipine ait meslek kurallarına uyulmasından sorumludur...”¹⁶⁴demektedir.

Ceza sorumluluk alanının bölünemediği ya da sorumluluk alanında birden fazla kişinin kusurunun söz konusu olabileceği ama ilgisinin belirlenemediği hallerde **şüpheden sanık yararlanır ilkesi** uygulanmalıdır. Buna karşın soruşturmanın derinleştirilmesi mümkün ise soruşturma derinleştirilmelidir. Yargıtay kararına konu olayda küçük bir çocuk, kapağı kırılıp açık kalan bir trafo panosu nedeniyle elektrik çarpması sonucu yaralanmıştır. Mahkeme söz konusu trafo panosu ile ilgili elektrik dağıtım şirketine “trafonun bakım sorumlusu olup olmadığı ya da trafo bakım sorumlusunun kim olduğunu” sormuştur. İlgili elektrik dağıtım şirketi cevaben “1- İşletme Müdürlüğü sorumlu bulunduğu görev bölgesinde toplam 500 adet trafo bulunmaktadır. Bu trafoların 360 tanesi ... belde ve köylerinde, 140 adeti de ... ilçesi ve köylerinde bulunmaktadır. Bu trafoların hiç birisinin kişilere zimmetli olmadığı gibi, belli başlı sorumlusu da yoktur. Herhangi bir trafıyla ilgili arıza şikayeti geldiğinde, o gün nöbetçi olan görevli personel trafoya gider arızayı giderir ve gelir. Bunun dışında personel yetersizliği nedeniyle rutin günlük kontrol yapılamamaktadır. Trafoların ve elektrik dağıtım panolarının kime zimmetli olduğuna dair bir görev ve sorumluluk çizelgesi de mevcut değildir. 2- Kilitli bulunması gereken elektrik dağıtım panolarını arıza bakımında çalışan tüm personelin açma yetkisi vardır. Bu hususta kimseye yetki verilmemiştir. Arıza olduğu zaman nöbetçi ekip gider, bu panoyu açar, arızayı

¹⁶³ HAKERİ, GH, s.561

¹⁶⁴ YCGK. E.9-104 K.110 T.16.05.2000

giderdikten sonra tekrar kilitler, panolardaki kilitler tek tip olup tek anahtarla bütün panolar açılır. Bu nedenle tüm arıza ekibinde çalışan personelin hepsinde bu anahtarlardan bulunmaktadır. Bahsi geçin panonun olay tarihinde kilidin kırıldığı ve kilidin kimler tarafından kırılıp panonun açıldığı tespit edilememiştir. 3- Bir elektrik panosunun açılması konusunda kimse emir vermez, görevli arıza ekibi her zaman emir almadan açabilir. 500 trafo ile ilgili olarak arıza bakımında görevli 12 kişi bulunmaktadır.” demiştir. Görüldüğü üzere somut fiilin kimin eylemi neticesinde ortaya çıktığı belirlenemiyorsa şüpheden sanık yararlanır ilkesine başvurulmalıdır. Bununla birlikte personel yetersizliği, gerekli görev ve sorumluluk çizelgesinin hazırlanmaması gibi nedenler geçerli nedenler değildir. Şayet bu eylemlerdeki kayıtsızlık neticenin gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen varsa, işveren ve işveren vekilinin taksirli sorumluluğu doğabilecektir. Örneğin yukarıdaki karara konu olayda trafo pano kapağının açık olduğunun bildirilmesine rağmen nöbetçi personelin kayıtsız kalması veya nöbetçi personelin olay yerine intikalinin sağlanmaması hallerinde kusur doğabilecektir.

Bunların dışında, iş kazalarında özellikle “sorumluluk alanlarının bölünerek kusur paylaşımı yapılması ve ilgilinin belirlenmesi gerektiğinde mutlaka ilgili iş koluna göre **“Risk Analizi Raporları”** dosyaya konulmalı ve mutlaka bilirkişiye incelettirilmelidir.

D. Üstlenme Kusuru

Görevi gereği kendisinin yapmakla yükümlü olmadığı bir işi yaparak üstlenen kişi, üstlenmeye ilişkin işverenin emir veya talimatı olmadığı hallerde, bu üstlenmeden doğacak neticelerden sorumludur. Doktrinde **“üstlenme kusuru”**¹⁶⁵ olarak nitelendirilen husus nedeniyle işçi, üstlendiği iş nedeniyle kusurlu hareket etmişse, **ceza hukuku bağlamında** bu kusurundan dolayı “ortak kusur” yoksa **kendi başına sorumlu olacaktır**. İşverenin, işçiye üstlendiği iş ile ilgili bir emri veya talimatı söz konusu değilse, işçi normal şartlar altında yapmaması gereken bir işi üstlenmiş ve bu üstlenme sırasındaki kusurlu hareketleri neticesinde iş kazası geçirip yaralanmış, ölmüşse veya diğer 3.kişilere zarar vermişse bu neticeler işveren veya işveren vekiline yüklenemez. Örneğin bir işyerinde engelli kadrosunda temizlik işlerini yürüten işçinin mesai saati dışında işveren/işveren vekilinin herhangi bir emir-talimatı olmaksızın, normalde temizlemek ile görevli olmadığı bir alana girerek yetkisi olmadığı operatör vincini kullanmak suretiyle bir yükleme-boşaltma işlemini

¹⁶⁵ Hakan HAKERİ, **Tıp Hukuku**, 10.Baskı, Ankara 2015, s.684 vd. Teori aslında tıp hukuku alanı için geliştirilmiştir. Fakat iş kazalarına, metinde bahsettiğim usulde uyarlanabilecektir.

yapması ve bu sırada üstüne mevzuata aykırı şekilde istiflenen araç-gereçlerin düşmesi sonucu hayatını kaybetmesi olayında, her ne kadar iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı şekilde istifleme yapılmış olsa da üstlenme kusuru nedeniyle işçinin bizzat kendisi iş kazasından sorumlu olacaktır.

İşçinin **bilim ve fen kurallarına aykırı şekilde**¹⁶⁶ tehlikeli olduğu bilinen bir yöntem ile işyerinde bir eylemde bulunarak, işveren veya işveren vekilinin **denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getiremeyeceği bir esnada** gerçekleşen iş kazaları bakımından bizzat kendisi asli kusurlu olacaktır. Yargıtay da aynı görüştedir¹⁶⁷. Örneğin; bir işçinin işveren veya işveren vekilinin haberi olmaksızın işyerinde 3.kişi arkadaşının yardım talebi üzerine vinç kullanırken tehlikeli bir harekette bulunması sonucunda ölümü halinde işçinin bizzat kendisi iş kazasından dolayı sorumlu olacaktır. Burada işveren veya işveren vekiline kusur izafe edilemeyecektir. Bununla birlikte birleşen kusurlu hareketler varsa hem işçinin hem de işveren ve işveren vekilinin aynı olayda kusurlu olması da ihtimal dahilindedir. Yine kendisine kolaylık sağlamak amacıyla uyması gereken kurallara bizzat kendisinin uymayarak, işveren ve işveren vekilinin **denetim ve gözetim yükümlülüğünü bertaraf edecek şekildeki eylemlerinden** dolayı da işçinin bizzat kendisi kusurlu kabul edilecektir. Örneğin 1000 ton baskı uygulayan bir makine, işçinin kolunu kaptırabilme riski nedeniyle işçinin iki kolunu aynı anda kullanması halinde çalışacak şekilde dizayn edilmiş olsun. İşçi kendisine kolaylık sağlamak amacıyla düğmelerden birine tahta parçası sıkıştırıp diğer düğmeye kendisi basarken boşta olan kolunu baskı makinesine kaptırması halinde işveren ve işveren vekilinin ceza sorumluluğu doğmayacaktır.

¹⁶⁶ Doktrinde ilgili oldukları özel alana ait en ileri bilim ve tecrübeye göre öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütlerine dayalı değerlendirme yapılması gerektiği görüşü mevcuttur. ÖZEN/ TOZMAN, s.219 Bu görüşe karşın **standardize olmuş** objektif olarak kişiden beklenebilir bilim ve fen kuralları ve tecrübenin esas alınması görüşündeyim.

¹⁶⁷ “Olay tarihinde mermer fabrikasında, ustabaşı olarak çalışan ve tecrübe sahibi olan ölenin vinç ile mermer taşırken her seferinde bir tane taşması gerektiğini bildiği halde, kapma aparatına birden fazla mermer plakası takarak vinçle kaldırmaya çalıştığı ve bu işlem sırasında yükten uzak da durmayarak plakaların üstüne devrilmesi sonucunda öldüğü olayda; sanıkların iş güvenliği hususunda gerekli eğitim ve gözetim sorumluluğunu yerine getirmemiş olmalarından dolayı tali kusurlu oldukları, nitekim 28.11.2007 tarihli genel teftiş raporunda da işçilerin iş güvenliği hususunda yeterince eğitilmemeleri hususunun eleştirildiği anlaşılmakla, dosya içeriğine ve oluşa uygun bulunan bilirkişi raporları ile ölenin asli, sanıkların tali kusurlu oldukları belirlenmiş olmasına karşın...” 12.CD. E.2013/23762 K.2014/20427 T.21.10.2014 Kazancı.

Bunun yanı sıra işçiler bakımından üstlenme kusuru; işveren/işveren vekilinin denetim ve gözetim yükümlülüğünü, İSG uzmanlarının bildirim ve denetim yükümlülüğünü ya da “ortak kusuru” ortadan kaldırmaz. Denetim ve gözetim yükümlülüğü altındaki kişiler, işçilerin durumunu, eğitimini ve yeteneğini göz önünde bulundurmalı ve ona göre hareket etmelidirler. Görevi gereği kendisinin yapmakla yükümlü olmadığı bir işi, üstlenmeye ilişkin işverenin emir veya talimatı olmadığı halde yapmaya başlamasına rağmen kayıtsız kalarak zımnem rıza gösterdiği hallerde de denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlali nedeniyle ceza sorumluluğu doğabilecektir.

E. Kusuru Tespit Edecek Mercii, Kusur Derecelendirilmesi

TCK m.22 gerekçesinde; kusur değerlendirilmesinin **hakim tarafından** yapılması gerektiği açıkça belirtilmiştir¹⁶⁸. Böylece, iş kazaları nedeniyle yapılan ceza muhakemelerinde kusur değerlendirilmesi mahkeme tarafından yapılacaktır. Örneğin iş kazasına sebebiyet vererek bir kişinin ölümüne taksirle neden olan¹⁶⁹ kişinin kast-taksir değerlendirmesini bizzat mahkeme yapmalıdır. Fakat uygulamada kusur değerlendirmesinin bilirkişilere yaptırılması usulü yerleşik bir hal almıştır. Aslında kusur tespiti normatif bir değerlendirmeyle belirlenen kusurlu kişiler hakkında yapılan bir değerlendirmedir. Bu değerlendirmede hakim, bilirkişi raporlarından faydalanabilir.

5237 sayılı TCK m.22/4 hükmünde “taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir” denilmiştir. Böylelikle 765 sayılı TCK’nın yürürlükte bulunduğu zamanlarda yapılan kusurluluğun 8 üzerinden **matematiksel değerlendirme usulü** terk edilmiştir. Ceza mahkemeleri kusur tespitinde matematiksel ve oransal olarak kusur tespiti sistemini kısmen terk etmiş olsalar da¹⁷⁰ “**asli-tali kusur**”, “**birinci dereceden-ikinci dereceden kusur**”¹⁷¹, “**Birinci dereceden asli-tali, ikinci dereceden**

¹⁶⁸ “Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeyle ancak olay hâkimi tarafından yapılabilir.” Bkz. TCK m.22 gerekçesi.

¹⁶⁹ Türk Ceza Kanunu’nun 85.maddesinde “Taksirle Öldürme” suçu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre bir insanın taksirle ölümüne sebep olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (TCK m.85/1).

¹⁷⁰ Hukuk mahkemelerinde ise hükme esas alınan bilirkişi raporlarında halen yüz üzerinden yüzdelik dilim belirtmek suretiyle kusur paylaştırılması uygulaması devam edebilmektedir. “Mahkemece, hükme esas alınan, makine mühendisi iş güvenliği uzmanınca hazırlanan 26.12.2008 tarihli raporda, iş kazasında, işverenin %70 kusurlu bulunduğu, %30 oranında kaçınılmazlığın etken olduğu bildirilmiştir.” **10.HD.** E.2010/3833 K.2011/12945 T.3.10.2011 Kazancı.

¹⁷¹ “... sanıkların ikinci derecede kusurlu olduklarını belirtmişlerdir...” **YCGK** E.2013/12-654 K. 2015/75

asli-tali kusur” ya da **“kusuru bulunmamaktadır”** demek suretiyle kusur taksimi yapmaktadırlar¹⁷². Bu taksimat illa belli kişilerin veya en az bir kişinin üzerinde kusur bırakılması olarak uygulanmamalıdır. İş kazası ölümle ve yaralanmayla neticelendiğinde, söz konusu neticeyi oluşturan fiili gerçekleştiren birden fazla kişi olabilir. Ya da tek bir kişi, bir veya birden fazla çalışanın ölümü ile birlikte bir veya birden fazla diğer çalışanların yaralanmasına sebebiyet vermiş olabilir¹⁷³.

¹ 31.3.2015.

¹⁷² Çok istisnai bir durum olmakla beraber bir iddianamede **1.derece asli, 2.derece tali ve 3.derece tali** demek suretiyle 6 basamaklı bir kusur derecelendirmesine şahit olunmuştur.

¹⁷³ Fiil, şayet birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (TCK m.85/2). İşçi sağlığı ve iş güvenliği ihlalleri nedeniyle meydana gelen iş kazalarında; **bir işçinin ölümü ile birlikte diğer işçilerin TCK m.89/1 kapsamında kalacak şekilde sadece yaralanmaları ve yaralanan işçilerin şikayet haklarının kullanılmaları halinde, uygulanması gereken hüküm TCK m.85/1'dir.** Yargıtay CGK da trafik kazasına ilişkin bir olayda aynı yönde karar vermiştir. Bkz. “... Sanığın suç tarihinde sevk ve idaresindeki araçla trafik kazası yaparak Z. O.’un ölümüne, mağdur D.’in hayati tehlike geçirmeksizin, basit tıbbi bir müdahale ile giderilebilecek ve 3 gün olağan işinden kalacak şekilde, mağdur C.’in ise, hayati tehlike geçirmeksizin, basit tıbbi bir müdahale ile giderilebilecek ve 7 gün olağan işinden kalacak şekilde yaralanmalarına sebep olduğu, mağdurların sanıktan şikayetçi olmadıkları anlaşılmaktadır.... Taksirle ölüme sebep olma suçu soruşturma ve kovuşturması şikayete tabi olmayan, re’sen takibi gereken suçlardandır. Ancak, ölümle birlikte yaralanmalar da mevcut ise o takdirde yaralanmaların hüküm tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan ve 19.12.1006 gün ve 26381 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 Sayılı Kanun ile değişik 5237 Sayılı T.C.K.’nın 89/5. maddesi uyarınca şikayete bağlı olup olmadıklarının belirlenmesi gerekmektedir.... Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Ancak, 1. fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikayet aranmaz” şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin 5. fıkrasına göre taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Ancak 89. maddenin 1. fıkrası kapsamına giren yaralamalar hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikayet aranmayacaktır. Anılan değişiklikle 1. fıkramda yazılı taksirle basit yaralama suçu bilinçli taksirle işlenmiş olsa bile şikayete tabi hale getirilmiş olup, taksirle öldürme eyleminin gerçekleştirilmesi sonucu bir kişinin ölümü ile birlikte yaralanmaya da sebep olunmuşsa, yaralılar yönünden şikayet önem taşımaktadır. Bu durumda; bir kişinin ölümü ile birlikte şikayete tabi olan bir veya birden fazla yaralanma meydana gelmiş ve yaralananlar da şikayetçi değilse, eylem 5237 sayılı T.C.K.’nın 85. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen suçu oluşturacaktır.

Özel Daire’nin istikrar kazanmış uygulamaları bu şekilde olduğu gibi, öğretide de, bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin de 5237 Sayılı T.C.K.’nın 89/1. maddesi kapsamında yaralanması halinde, yaralamadan ötürü şikayetin geri alınmasının veya şikayette bulunulmamasının anılan Yasa’nın 85. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasına engel olacağı belirtilmiştir. (Artuk-Gökçen-Yenidünya, T.C.K. Şerhi-Özel Hükümler, Ankara 2009,sh.2242). Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Sevk ve idaresindeki araçla trafik kazası yapan sanık bir kişinin ölümüne ve 5237 Sayılı T.C.K.’nın 89. maddesinin 1. fıkrası kapsamında kalacak şekilde iki kişinin de yaralanmasına sebep olmuştur. Bu hali ile sanığın eylemi 5237 Sayılı T.C.K.’nın 85. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçu

Ceza mahkemelerinde görülen iş kazalarında özellikle taksirli suçlardaki kusur paylaşımı gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmeme ihtimallerine göre yapılmalıdır¹⁷⁴. **Kusur değerlendirilmesi** yapılırken; kusur izafe edilecek kişilerin olaya “**etki değeri**” saptanmalıdır. Bu etki değerinden matematiksel bir değer değil, kusurun ağırlığı ve hafifliğine göre yapılan bir sınıflandırma anlaşılmalıdır¹⁷⁵. Özellikle etki değerinin azlığı, istenmeyen durum veya kaza-tesadüf olarak nitelendirilecek hallerde ceza sorumluluğu yüklenmemelidir. Kusur değerlendirilmesi, göz önünde bulundurularak suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılması da hakimnin takdirindedir.

Kusurun derecelendirilmesi hususunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu; hem failin hem mağdurun taksirli davranışının olduğunu belirlediği bir iş kazasında; “5237 Sayılı TCK’da kusurun derecelendirilmesi suretiyle herhangi bir ceza indirimi söz konusu olmadığından, bu hal ancak temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir”¹⁷⁶ demiştir. Böylece taksirli davranışlar arasında basit-bilinçli taksir ayrımı dışında bir derecelendirme yapılmayarak kusur derecelendirmesinin temel cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir.

Son olarak; “**uzman mütalaası**” niteliğindeki hukuki mütalalarda, konunun uzmanı hukukçu mevcut dosya durumuna göre; kusur tespiti ve derecelendirmesi hususundaki görüşünü mahkeme ile paylaşabilecektir¹⁷⁷.

oluşturmakta ise de, anılan Yasa’nın 89. maddesinin 5560 Sayılı Kanun ile değişik 5. fıkrası uyarınca mağdurların yaralanmaları aynı maddenin 1. fıkrası kapsamında olması sebebiyle şikayete bağlı bulunduğu ve her iki mağdurda sanıktan şikayetçi olmadıklarından, sanığın eylemi taksirle bir kişinin ölümüne sebep olma suçunu oluşturmaktadır. Bu itibarla, sanığın 5237 Sayılı T.C.K.’nin 85. maddesinin 1. fıkrası yerine aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca cezalandırılmasına ve lehe Yasa değerlendirmesinin de 85/2. maddesi uyarınca yapılmasına ilişkin yerel mahkeme direnme hükmü isabetsiz olup, sair yönleri incelemeksizin bozulmasına karar verilmelidir. **YCGK E.2010/9-254 K.2011/31 T.5.4.2011.**

¹⁷⁴ Cezanın faile göre tespiti sisteminde, suça katılan veya ortak kusurda payı olan kişilerin cezai sorumlulukları, suçun işlenmesindeki maddi ya da manevi katkılarından öte, failerin kötülük derecelerine, kusur oranlarına ve tehlikelilik durumlarına göre tayin edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN / A.Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, Ankara 2012, s.624; ÖZKAN, Azmettirme, s.16

¹⁷⁵ ÖZEN, s.239

¹⁷⁶ **YCGK E.2014/12-179 K.2014/499 T.18.11.2014** Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı.

¹⁷⁷ İbrahim DÜLGER, “Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN’e Armağan**, C.XI, Sa.1-2, Haziran – Aralık 2007, s.674.

III. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN GÜNCEL SORUNLAR

A. Bilirkişilerin Kusur Tespiti Sorunu

“Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde¹⁷⁸ savcı, hâkim veya mahkeme tarafından atanan kişiye” Türk ceza muhakemesi hukukunda bilirkişi¹⁷⁹ denmektedir (CMK 63/1). Bilirkişi, uzmanlığı ile mahkemeye bir ispat sorununun çözümünde yardımcı olan kişidir¹⁸⁰. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği “genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi” olanaklı konularda bilirkişinin görüşü dikkate alınmaz (CMK 63/1). Bilirkişi, bilirkişilik faaliyeti sırasında hazırladıkları raporda hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelere yer vermemeli¹⁸¹, buna karşın hukuki değerlendirmeye araç olabilecek teknik anlamda kaçınılmazlık, öngörülebilirlik, yükümlülük ihlalleri gibi değerlendirmeler yaparak “kanaat açıklamalıdır”¹⁸². Bunların yanında ceza muhakemesine konu iş kazasında hukukçu akademisyenin teknik anlamdaki hukuki bilgisine başvurulabilecektir¹⁸³. Örneğin nedensellik bağının somut olayda kurulup-kurulamayacağı tartışmalı olan bir iş kazasında, hakim; hukukçu akademisyen bilirkişiye başvurabilir. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu** da **2015** tarihli kararıyla aynı yönde görüş bildirmiştir¹⁸⁴.

¹⁷⁸ “Neyin hukuki neyin uzmanlık gerektiren bir maddi sorun olduğu konusunda , hukuki sorunla esas sorunun ayrılmasındaki zorluktan yararlanarak, hakimlerin, hukuki sorunlarda dahi bilirkişiye sıkça başvurdukları görülmektedir.” Cumhur ŞAHİN, “Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik”, **Türkiye Barolar Birliği, Bilirkişilik Sempozyumu**, Samsun Barosu, 2001, 9-10 Kasım 2001, s.202

¹⁷⁹ Daha geniş bilgi için bkz. Süleyman KAYMAKÇI, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2014, s.4 vd.; **SEVÜK, Handan YOKUŞ**; Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, Sa. 1, İstanbul 2006, s.49-107; Ali Kemal YILDIZ, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik” **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı: 3-4: Y.2006, s.273 vd. (http://www.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2006_X_2_11.pdf) (Yeniden Er.Tar. 17.01.2016)

¹⁸⁰ Nevzat GÜRELLİ, **Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, İstanbul 1967, s.16 vd.; , Yener ÜNVER / Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1.Cilt, 8.Baskı, Ankara 2013, s.360

¹⁸¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, CMH, s.1399; ÖZTÜRK va., CMH, s.392

¹⁸² Feridun YENİSEY / Ayşe NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3.Baskı, Ankara 2015, s.227

¹⁸³ Veli Özer ÖZBEK / Mehmet Nihat KANBUR / Koray DOĞAN - Pınar BACAĞIZ / İlker TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7.Baskı, Ankara 2015, s.706-707

¹⁸⁴ “Nedensellik bağı hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel bilgi ile çözümlenebiliyorsa bu bağlantı hakim tarafından ortaya konulmalı, uzmanlık veya teknik ya da özel bilgi gerektiren bir hususta ise bu bağ bilirkişiden görüş alınarak tespit edilmelidir.” **YCGK E.2014/9-790 K.2015/146 T.5.5.2015**.

Ceza muhakemesine konu iş kazalarında; uygulamada kusur tespiti **bilirkişiye/bilirkişi heyetine**¹⁸⁵ yaptırılmaktadır. Bu heyetlerden özellikle kusur tespitinin yapılması istenmekte¹⁸⁶, hangi konuda görevlendirildiği ve hangi soruları cevaplaması gerektiği belirtilmemektedir. Yukarıda ele aldığımız üzere hukuk ilmiyle uğraşan kişiler (akademisyenler) dışında kusurun varlığı yokluğu hususunda teknik bilirkişinin yorum getirmesi isabetli değildir. Bilirkişiden iş kazası hakkında “kendi teknik bilgilerini ve teknik araçlarını kullanarak belli olguların tespit edilmesi” istenmelidir¹⁸⁷. Örneğin *maktulün düştüğü yerde iş güvenliği önlemi olarak korkuluk bulunması gerekirdi* gibi. Ya da bilirkişiden iş kazasına ilişkin ulaştığı olgu ve tespitlerden bilimsel sonuçlar çıkarması istenmelidir¹⁸⁸⁻¹⁸⁹. Örneğin “*çalışanın ölümüne işyerinde hatalı şekilde istiflenen malzemeler neden olmuştur*”, “*iş kazası işveren vekilince denetlenmesi mümkün olan alanda gerçekleşmiştir*” gibi. Uygulamada ise bilirkişiler tarafından iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı durumları belirlemekte ve herhangi bir aykırılık tespit edildiği anda sanığa kusur atfedilmektedir.

Uygulamada genel itibariyle bilirkişi heyetleri **iş sağlığı ve güvenliği uzmanlarından, emekli/eski iş müfettişlerinden ve mühendislerden** (inşaat, maden, kimya gibi) oluşturulmaktadır. Yargıtay da ceza muhakemesine konu iş kazalarında işçi sağlığı ve iş güvenliği uzmanlarından oluşturulacak bir heyetten rapor alınması gerektiği görüşündedir¹⁹⁰. Bazen ise avukatlar, hukukçu

¹⁸⁵ Bilirkişi sayısını tespit etme yetkisi, gerekçe gösterilmek suretiyle savcıya veya mahkemeye aittir. Bu sayının tek sayı olarak belirlenmesi oylama sırasında oyçokluğunun sağlanması açısından önem arz eder. CENTEL/ZAFER; CMH, s.275

¹⁸⁶ “iş güvenliği uzmanlarından oluşturulacak bilirkişi kurulundan kusur raporu alınmasından sonra, sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiği düşünülmeden eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” 12.CD. E.2011/1896 K.2011/2623 T.10.10.2011; “...Meydana gelen iş kazasında sanık ve katılanın kusurlarının ne derecede ve hangi oranda olduğu hakkında bir açıklama içermeyen yetersiz bilirkişi raporlarına dayanılarak eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması,...” 12.CD. E.2011/1463 K.2011/2742 T.11.10.2011 Kazancı.

¹⁸⁷ CENTEL/ZAFER; CMH, s.273

¹⁸⁸ CENTEL/ZAFER; CMH, s.273

¹⁸⁹ Böylelikle bilirkişi “delilin ortaya çıkmasına yarayan bir araç olmaktadır” Doğan SOYASLAN, “Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporunun Bağlayıcılığı”, **Türkiye Barolar Birliği, Bilirkişilik Sempozyumu**, Samsun Barosu, 2001, 9-10 Kasım 2001, s.269

¹⁹⁰ “Dosya içeriğinden inşaatta çalışan işçilere emniyet kemeri ve baret dağıtıldığı, ancak bu gereçleri takmadıkları anlaşılmasına göre, sanığın yanında sözü geçen gereçleri kullanmayan mağdurun da kusurlu olabileceği gözetilerek iş güvenliği uzmanlarından oluşturulacak bir heyetten rapor alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken noksan soruşturma ile sanığın tam kusurlu olduğu kabul edilerek yazılı şekilde cezalandırılmasına

bilirkişi sıfatıyla bilirkişi olarak görevlendirilmektedir. Bu görevlendirmeler konusunda bir standardın olduğu söylenemez. Aynı il içerisinde bile farklı uygulamalar olabilmektedir. Ayrıca bu bilirkişilerin iş kazaları konusunda uzman (ehil kişiler) olduğuna mahkemenin veya savcılığın kanaat getirmesi gerekmektedir¹⁹¹. Bilirkişinin sahip olması gereken vasıflardan belli bir alanda **ihtisaslaşma vafı**¹⁹² ceza muhakemesine konu iş kazalarında bilirkişilik yapacak kişilerde mutlak surette aranmalıdır. Kanımca uygulamadaki ceza muhakemesine konu iş kazalarındaki en büyük sorun; ihtisaslaşmamış¹⁹³ ve ceza ve ceza muhakemesi bağlamında bilgisi olmayan bilirkişilere kusur tespitinin yaptırılmasıdır¹⁹⁴. Çalışmamızın birkaç yerinde konunun önemine binaen bu hususa vurgu yapmak için tekrar yapılmıştır. Çünkü yürürlükten kalkmış yönetmelik ve tüzüğe dayanılarak (cezai) kusur izafe edildiğine dahi şahit olunmaktadır. Özellikle hukuk davalarında bilirkişilik yapan işçi sağlığı ve iş güvenliği hususunda kısmen bilgi sahibi bilirkişiler, ceza yargılamasında da görevlendirilmektedir. Böyle bir durumda mevzuattaki ihlaller listelenerek kusur tespit edilmekte, “işçi tazminatını alamaz” düşüncesiyle nedensellik bağının olmadığı olaylarda bile en kötü ihtimalde işveren ve işveren vekiline tali kusur atfedilmektedir.

karar verilmesi” isabetsizliğinden hükmün bozulmasına karar verilmiştir.” **2.CD.** 19567-19434, T.13.11.2002 Kazancı; “ Bu nedenle tanıkların tamamının kimliklerinin belirlenmesi ve olay hakkındaki bilgileri saptandıktan sonra, iş güvenliği uzmanlarından oluşturulacak bir bilirkişi kurulundan rapor alınarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun saptanması gerekmektedir.” **YCGK** E.2004/2-57 K.2004/92 T.13.4.2004; “Mağdurun yevmiyeci olarak çalıştığı bina inşaatında iskeleden düşerek yaralanması şeklinde olduğu kabul edilen olayın iş kazası niteliğinde olduğu ve oluşun özelliklerine göre; bu olayda, sanığın kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun iş güvenliği uzmanlarından oluşan bir heyet tarafından belirlenmesi gerektiği gözetilmeden; inşaat mühendisi bilirkişinin kusurun dayanakları gösterilmeyen yetersiz raporuna dayanılarak eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” **9.CD.** E.2004/8086 K.2004/7451 T.22.12.2004 Kazancı ; ayrıca bkz. **9.CD.** E.2004/3086 K.2004/4809 T.29.9.2004.

¹⁹¹ AKIN, İşçinin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri, s.157

¹⁹² KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, CMH, s.1403

¹⁹³ “ Olayın sanığın işyeri olarak kullandığı dükkanda meydana geldiğinin anlaşılması karşısında, iş güvenliği konusunda uzman bilirkişiden rapor alındıktan sonra, sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği düşünülmeyen, **komiser yardımcısı bilirkişinin düzenlediği** rapora dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması,” **12.CD.** E.2011/2194 K.2011/2613 T.10.10.2011 Kazancı.

¹⁹⁴ “...oranında kusurlu bulan iş Müfettişi Makine Mühendisi’nin raporu oluşa ve dosya kapsamına uygun olmadığı kanısı uyandırdığından, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş güvenliği uzmanlarından, **inşaat konusunda uzman olanlarının da heyete dahil edilmesi suretiyle oluşturulacak bir bilirkişi kurulundan yeniden rapor alınarak** sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi,” **2.CD.** E.2003/18266 K.2005/6776 T.20.4.2005.

Ceza Muhakemesi Kanunumuza göre; mahkeme veya savcı tarafından bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına “*karar verilebilir*” (CMK m.63/1). Bu ifadeden bilirkişiye başvurmanın hakimın takdir yetkisinde olduğu ve herhangi zorunluluk bulunmadığı anlaşılmaktadır¹⁹⁵. Kanaatimce, iş kazalarında en az biri hukukçu akademisyen olmak şartıyla iş kazasının sınıflandırmasına¹⁹⁶⁻¹⁹⁷ göre konusunda ihtisaslaşmış en az iki kişi ile toplamda üç bilirkişiye¹⁹⁸ heyet olarak başvurulması isabetli olacaktır¹⁹⁹. Yargıtay da “*iş kazası niteliğinde bulunan olayda kusur durumunun tespiti açısından iş güvenliği uzmanlarından oluşturulacak bilirkişi kurulundan rapor alınması gerektiği gözetilmeden tek*

¹⁹⁵ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, CMH, s.707

¹⁹⁶ “**İş Kazalarının Sınıflandırılması**

A. Kaza Gören İşçinin Bedeninde Oluşan Neticeyi Esas Alan İş Kazaları

1 Geçici İş Göremezlik Doğuran İş Kazaları

2.Sürekli İş Göremezlik Doğuran İş Kazaları (İşçinin Meslekte kazanma gücünü %10’ dan fazla kaybetmesine neden olan iş kazalarıdır. Bu durumda işçiye maaş bağlanması gerekmektedir. Sürekli tam veya sürekli kısmi iş göremezlik iş kazaları olarak ikiye ayrılabilir)

3. Ölümle Sonuçlanan İş Kazaları

B. Ceza Hukuku Açısından İş Kazaları

1. İşçinin işinden 10 ve daha fazla gün ayrı kalmasına neden olan

2. İşçinin şikayeti ile soruşturmanın başlayıp işçinin 10 günden az olarak işinden ayrı kaldığı iş kazaları

C. İş Kazasının Meydana geldiği İş koluna göre;

1- İnşaat iş kazası

2- Maden İş kazası

3- Makine İş Kazası

D. Zarar Gören İşçi Sayısına Göre

1. Bireysel Nitelikli İş Kazası

2. Toplu İş Kazaları

E. İşçinin işverenin görevlendirmesinde örneğin trafikte geçirdiği iş kazası trafik nitelikli iş kazası olarak değerlendirilmektedir.

F. Üçüncü kişinin eyleminden kaynaklanan iş kazaları ise “Özel Nitelikli iş kazaları”dır.”

Bkz. Lütfi ALPSOY / Mahmut ÇOLAK, **Açıklamalı&İçtihatlı&Uygulamalı 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu**, İzmir 2013, s.270-271.

¹⁹⁷ İş kazalarının sınıflandırılması tehlikeliliğinin ve failden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Doktrinde iş kazaları birçok sınıflandırmaya tabi tutulmuş olsa da ceza hukukunda iş kazalarının ilgili suç tipine göre tasnif edilmesi daha isabetlidir. Belki suç tipinin şikayete tabi olup-olmamasına göre bir ayırım yapılabilir.

¹⁹⁸ Gerekeşi gösterilmek suretiyle kanunda aksi yazmadıkça birden çok kişinin bilirkişi olarak tespiti mümkündür. Cumhur ŞAHİN / Neslihan GÖKTÜRK, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C.II, 4.Baskı, Ankara 2015, s.71

¹⁹⁹ KAYA, s.347

kişilik bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması,” durumunu bozma sebebi yapmıştır²⁰⁰. Yine iş güvenliği hususunda uzman bilirkişi heyetinden rapor almadan **sadece iş müfettişinin iş kazasına ilişkin düzenlediği rapora dayanarak** hüküm kurulması da bozma sebebi sayılmıştır²⁰¹. Buna karşın; hakim hüküm tesis ederken bilirkişi raporları ile doğrudan bağlı değildir²⁰². Gerekçelendirmek suretiyle veya başka bir bilirkişi raporu/uzman mütalaasını esas almak suretiyle karar verebilecektir. Yargıtay ise bir kararında bilirkişi raporlarında kusur izafe edilmesine rağmen beraat kararı verilmesini uygun bulmayarak bozmuştur²⁰³.

²⁰⁰ 9.CD. E.2004/1227 K.2004/1638 T.26.4.2004

²⁰¹ “: 08.11.2006 tarihli Eskişehir Bölge Müdürlüğü iş müfettişinin kazaya ilişkin olarak düzenlediği raporda, işverenin tam kusurlu olduğundan söz edilmesi karşısında; iş güvenliği uzman heyetinden bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” 12.CD. E.2011/3780 K.2011/1898 T.27.9.2011 Kazancı.

²⁰² “... meydana gelen zararlı neticeye ölenin kendi hareketiyle sebebiyet verdiği, sanıklara izafe edilebilecek herhangi bir kusur bulunmadığı, **sanıklara kusur yükleyen bilirkişi raporlarının da mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olmadığı** anlaşıldığından, sanıkların atılı suçtan beraatlarına karar verilmesi gerekmektedir...” YCGK E.2013/12-654 K.2015/75 T. 31.3.2015 Kazancı.

²⁰³ “ İş güvenliği uzmanlarınca düzenlenen 31.5.2011 tarihli bilirkişi heyeti raporunda, asli kusur izafe edilen ... Kimya ve Boya San. ve Tic. Ltd. Şti. unvanlı işyeri sorumlusu genel müdür İ. B. hakkında, Aliğa Cumhuriyet Başsavcılığınca zaman aşımı süresi içerisinde gereğinin takdir ve ifası mümkün görülerek yapılan incelemede; ... Kimya ve Boya San. ve Tic. Ltd. Şti.nin boya bölümünde işçi olarak çalışan ölenin, olay günü saat 17:45 sularında fabrikanın hammadde deposunun raf şeklinde kullanılan asma katından hammadde almak isterken 3 metre yükseklikten zemine düşerek yaralanması ve akabinde kaldırıldığı hastanede tedavi görürken, olaydan bir hafta sonra yüksekten düşmeyle husulü mümkün künt kafa travması ve beyin kanaması sonucu yaşamını kaybetmesiyle sonuçlanan olayda; soruşturma aşamasında dosyanın tevdi edildiği iş güvenliği uzmanlarınca düzenlenen 2.1.2009 tarihli bilirkişi heyeti raporunda; boya hammaddelerinin depolandığı 2. katın (batar kat) boşluğa bakan bölümünde korkuluk veya duvar olmaması, tehlikeli alanı mevcut olan depoya görevliden başkasının girmesini engelleyecek bir önlem alınmaması, yeterli hammaddenin iş başlangıcında üretim yerine indirilmemesi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınmaması, araç ve gereçlerin noksansız olarak bulundurulmaması, işçilerin karşı karşıya bulunduğu mesleki riskler konusunda bilgilendirilmemesi, ölenin ustasına veya sorumlulara haber vermeden boya hammaddesi deposuna çıkarak malzeme almaya çalışması ve çalışmalar esnasında gerekli denetim ve gözetimin yapılmaması nedeniyle; ölenin müterafik kusuru yanında işletme müdürü sanık Ö. G., boya bölüm sorumlusu sanık R. E. ve boya bölüm ustası sanık N. S.’nin **kusurlu olduklarının belirtilmesi**; mahkemece dosyanın tevdi edildiği iş güvenliği uzmanlarınca düzenlenen 4.6.2010 tarihli 3 kişilik bilirkişi **heyeti raporunun da aynı doğrultuda olması ve sanıklara kusur izafe etmesi**, anılan raporların oluşturma uygun olması, karşısında sanıkların atılı suçtan mahkûmiyetleri yerine soyut gerekçelerle yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi,” 12.CD. E.2013/12874 K.2014/4795 T.26.2.2014 Kazancı.

Aslında ceza muhakemesine konu iş kazalarında bilirkişi, iş kazası neticesinin kaçınılmaz olup-olmadığı değerlendirmesini teknik verilerle yapması gereken kişidir. Hakim ise bu rapor ile hukuki açıdan nedensellik bağı ve öngörülebilirlik değerlendirmesi yaparak kusur izafe etmesi gereken kişidir.

Çoğu ceza muhakemesinde bilirkişi raporlarında Yargıtay Hukuk Dairesi kararlarına atıflar yapıldığı, iş kazası neticesinin gerçekleştiği tarihten sonra yürürlüğe giren bir yönetmelik maddesine atıf yapıldığı, her genel yükümlülük ihlali nedeniyle sanığın kusurlu olduğunun tespit edildiği gözlemlenmektedir. Ayrıca iş kazalarında kovuşturma evresinde **bilirkişi/bilirkişi heyeti şayet imkan varsa keşfe katılması sağlanmalıdır**. Soruşturma evresinde ise savcı iş kazasının meydana gelmesi ihbar/şikayetini almasıyla olay yeri incelemesine kolluk ile birlikte göndermek üzere bir bilirkişiyi hemen görevlendirebilir. Adli kolluk arasında iş güvenliği uzmanlığı²⁰⁴ olan varsa, iş kazalarında adli kolluğun yapması gereken işlemlere öncelikli olarak gönderilmelidir.

B. Hukuk ve Ceza Mahkemelerinin Kusur Tespiti Farklılığının Göz Ardı Edilmesi

İş kazaları niteliği itibariyle, ceza hukuku, idare hukuku, tazminat hukuku, iş hukuku ve iş sağlığı ve güvenliği hukuku dalları ile sıkı bir bağlantı içerisindedir. Bir iş kazası fiili ile hem kamu hem de özel hukuk alanına ilişkin sonuçlar doğuracaktır. Bu farklı hukuk dalları ise farklı usul kurallarına bağlanmıştır. Birbirinden farklı mahkemelerin görev alanına giren farklı usul kurallarına bağlı uyumsuzluk tek bir fiille oluşabilmektedir. Özel hukuk alanında benimsenen tarafların iddiaları, ispat ve ispat yüküne dayalı hakkı sahibine teslim etme amacı²⁰⁵, kamu hukukunun alt dalı olan ceza hukukunda yerini re'sen harekete geçme, hukuka uygun her türlü delilin toplanması, ispat yükünün bulunmaması, masumiyet karinesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve maddi gerçeğe ulaşma amacına²⁰⁶ bırakmıştır. Bu açıklamalarla aynı yönde

²⁰⁴ 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.3/1-f:” İş Güvenliği Uzmanı: Usul ve esasları yönetmelikle belirlenen, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip, Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında çalışma hayatını denetleyen müfettişler ile mühendislik veya mimarlık eğitimi veren fakültele-
rin mezunları ile teknik elemanı,” ifade eder.

²⁰⁵ Medeni Usul Hukuku'nun amacı konusunda görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. İbrahim ERMENEK, “Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IV Sa.1-2, Haziran Aralık 2000, s.165 (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_tam.pdf) Er.Tar.23.01.2016

²⁰⁶ Medeni muhakemede ana kural olarak şekli gerçeklik yeterli olurken, ceza muhakemesinde

özel hukukta kusursuz sorumsuzluk ve tehlike sorumluluğu, ceza hukukunda yerini “cezaların şahsiliği” ilkesine bırakmıştır²⁰⁷.

Türk Borçlar Kanunu madde 74 uyarınca²⁰⁸;

“Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.”

Böylelikle, ceza hakiminin kusur değerlendirmesi hukuk hakimini, hukuk hakiminin kusur değerlendirmesi ise ceza hakimini doğrudan bağlamaz. Bununla birlikte mahkemelerin yapmış olduğu **olgu ve olay tespiti** birbirlerini bağlayacaktır²⁰⁹. Yani iş kazası nedeniyle ceza muhakemesi sırasında tespit edilecek maddi olgular, -fiilin sabit olmadığı değerlendirilmesi gibi- hukuk mahkemesi açısından bağlayıcı olacaktır²¹⁰. Örneğin ceza muhakemesi sonucunda beraat eden iş kazasına sebebiyet veren sanık, hukuk mahkemesinde tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya kalabilecektir.

esas olarak maddi gerçeklik araştırılmaktadır. Ali PARLAR / Muzaffer HATİPOĞLU / Erol Güngör YÜKSEL, **Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat**, Ankara 2008, s.2

²⁰⁷ YİĞİT, Taksirli Bir Suç Türü Olarak Maden Kazaları, s.392

²⁰⁸ Madde bu şekliyle 6098 sayılı Kanunun 74.madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere lafzının sadeleştirilmesi dışında 818 sayılı Kanunun 53.maddesi ile aynıdır.

²⁰⁹ “Borçlar Kanununun 53. maddesi (6098 sk. 74.madde) **uyarınca hukuk hakimi ceza kararında kesinleşen kusur oranı ile bağlı değil ise de, maddi olgularla bağlı olduğundan ve ceza davasında, cezaya mahkum olmuş kişiler varsa bu kişilere azda olsa kusur verilmesi gerekeceğinden**. Kayseri 1.Asliye Ceza Mahkemesinin 2005/748 Esas sayılı dava dosyası celp edilip incelenerek kesinleşmiş ise. 506 sayılı Yasanın 26. maddesine de uygun, soyut ifadelere dayanmayan olay tarihi itibarıyla yürürlükte olan 4857 sayılı Yasanın 77 ile İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü’nün 2 ve diğer maddelerine uygun olarak, iş güvenliği mevzuatına göre hangi önlemlerin alınması gerekeceği, bu önlemlerin işverence alınıp alınmadığı ve alınmış önlemlere sigortalı işçinin uyup uymadığı ve dayanağı mevzuat hükümleri ayrıntılarıyla irdelenerek iş kazasının olduğu meslek kolunda uzman iş ve işçi güvenliği konusunda uzman bilirkişi kurulundan alınacak kusur raporu ile hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme sonucu alınan kusur raporuna göre hüküm kurulmuş olması, isabetsizdir. O halde, taraflar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.” **10.HD.**, E.2009/324 K.2010/6349 T.3.5.2010 Kazancı.

²¹⁰ YİĞİT, Yargıtay Kararları Işığında, s.111-112; Halis YAŞAR, Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Hâkimini Etkileyip Etkilememesi Meselesinin Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlaline Varan Boyutu (Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri), **TBB Dergisi**, Sa.109, s.453

Tazminat hukuku açısından hukuki sorumluluğu doğuran kusur ile ceza hukuku açısından mahkumiyet sonucunu doğuran kusurun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekip, kusur tespit usullerinin de farklı olması mümkündür. Yargıtay ilgili Ceza dairesince bozulan kararına direnen Manisa 1.Sulh Ceza Mahkemesi de 31.10.2013 gün ve 816-506 sayılı kararında aynı doğrultuda görüş bildirerek;

“Tazminat hukuku bakımından sorumluluğu doğuran kusurlulukla ceza hukuku bakımından mahkumiyet sonucunu doğuran kusurluluğun ayrı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle taksirli suçlar yönünden meydana gelen neticeyle fail ya da faillere atfolunabilecek eylem ya da eylemsizlikleri arasında illiyet bağı kurulabilmesi kusurluluğun tespiti bakımından gerekli bulunmaktadır. Doktrin ve iş hukukunu ilgilendiren yüksek mahkeme içtihatlarında tazminat hukuku yönünden sorumluluğun ‘kusur sorumluluğu’ olduğu yönünde baskın ve geçerli görüş bulunmakta, bunun yanı sıra bu sorumluluğun kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde karşıt görüşlere de yer verilmekte ise de, tazminat hukuku yönünden dahi azınlık görüşü olarak ileri sürülen ‘kusursuz sorumluluk’ hali ceza yargılaması bakımından kabul edilemez. Bir kez sorumluluğun kusur sorumluluğu olarak tartışmasız kabulü ortaya konulduktan sonra ceza sorumluluğunu gerektiren neticeyle hareket arasındaki illiyet bağının ve kusurluluğun tespiti ceza yargılamasında çözümünü gereken bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır. İş kazası şeklinde gerçekleşen dosyaya konu olayda her ne kadar sanığa iş güvenliği mevzuatı uyarınca tazminat hukuku bakımından kusur izafe olunabilecek ise de surf iş güvenliği mevzuatına aykırı olarak gerekli eğitimin verilmemiş olması, mevzuat uyarınca zaman zaman yapılması gereken denetimlerin yapılmamış olması, çalışma esnasında işin gereğine uygun biçimde yürütülmesi için lüzum eden direktiflerin verilmemiş ve dahası iş için gereken uygun teçhizatın seçilmemiş olması gibi sebeplerle cezai müeyyideyi sonuçlayacak kusurluluktan bahsedilemeyecektir...” demiştir²¹¹. Söz konusu kararda yerel mahkeme isabetli şekilde hukuk ve ceza mahkemeleri arasındaki kusur ve nedensellik bağı anlayışının farklı olması gerektiğine işaret etmiştir^{212,213}.

²¹¹ Kazancı.

²¹² Kgi bkz. YAŞAR, s.454 Yazar, hukuk hakiminin ceza mahkemesinin hukuka aykırılık ve nedensellik bağı saptayan maddi olgularla ilgili kararı ile bağlı olduğunu söylemektedir. Bu görüşe nedensellik bağı tespit usullerinin farklı olması sebebiyle iştirak etmemekteyim.

²¹³ Buna karşın direnme kararını değerlendiren Ceza Genel Kurulu: “Bu hükümlere göre işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için gerekli önlemleri alma, bu önlemlere uyulup

Bu hususta son söz olarak; işverenin Türk Borçlar Kanunu veya İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alan genel yükümlülüklerinin ihlali tazminat sorumluluğunu doğurabileceken, ceza sorumluluğu için genel yükümlülük ihlallerinin yanında somut olayda “öngörülebilir ve önenebilir”²¹⁴ bir netice (**özel yükümlülüğün bulunması**) ve özellikle iş kazasındaki neticenin işveren veya işveren vekilinin alması gereken tedbir ve önlemi almaması nedeniyle meydana gelmesi gerekmektedir. Böylece hukuk mahkemesi ile ceza mahkemesindeki kusur tespit usulü de farklı olmak zorundadır.

IV. SONUÇ

İşveren/işveren vekili denetim ve gözetim yükümlülüğünün gereği olarak çalışanlarını iş yerinde meydana gelebilecek tehlikelerden koruyarak bedensel ve ruhsal sağlık bütünlüklerini sağlamakla yükümlüdür²¹⁵. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi yani iş güvenliği önlemlerinin yeterince alınmamasıyla iş kazaları meydana gelebilmektedir. Meydana gelen iş kazalarında ceza sorumluluğunun ve özellikle kusur tespiti çok önemlidir. İş kazalarında ceza sorumluluğu bakımından kusur tespiti zor bir yargılama süreci parçasıdır. Bu kusur tespiti süreci belirli aşamaların sırasıyla izlenmesi ile metodolojik olarak yapılırsa isabetli sonuç verebilir.

Teorik ve pratik açıdan bu çalışmada ulaştığım ve ilgili yerlerde zikrettiğim değerlendirme ve sonuçları maddeler halinde ve özet şekilde sıralayacak olursak;

• Ceza kanunları dışında iş sağlığı ve güvenliği ve iş hukuku mevzuatı ile yapılmış olan tanımlar dikkate alınmakla birlikte, iş kazası kavramı için ayrı bir tanımlama yapılması da mümkündür. Ayrıca iş kazası kavramı için ceza hukuku bağlamında net ve kesin bir iş kazası tanımı yapılması fiil ceza

uyulmadığını denetleme, işçileri yapmakta oldukları işlerinde karşı karşıya buldukları mesleki risklerle uyulması gerekli sağlık ve güvenlik tedbirleri hususunda eğitime tabi tutma, yasal hak ve sorumlulukları noktasında bilgilendirme konularında yükümlülükleri bulunmaktadır.” demek suretiyle hukuk mahkemelerindeki kusur tespiti anlayışına yaklaşan şekilde genel yükümlülüklerin ihlalinin taksirli sorumluluk oluşturduğu yönünde görüş bildirmiştir. Bkz. **YCGK E.2014/12-179 K.2014/499 T.18.11.2014** Corpus.

²¹⁴ Levent AKIN, “Üçüncü Kişinin Uğradığı Kazada İşveren Kusurunun (Taksirinin) Kapsamı, **TİSK Akademi**, C.4 Sa.7, Mart 2009, s.59

²¹⁵ AKIN, İş kazasından Doğan Tazminat Davalarında İşveren Kusurunun Belirlenmesinde Ölçüt, s.38

hukukunda fiil esas alındığı için zorunlu değildir. Çünkü yapılan iş kazası tanımına göre değil tipik fiilin ceza normu kalıbına uyup-uyumadığına bakılacaktır.

- Ceza muhakemesine konu iş kazalarında, savcılığa dosya teşekkülünde büyük görev düşmektedir. Özellikle iş müfettişlerinin iş kazası öncesi işyeri hakkında, SGK müfettişlerinin ise iş kazası sonrası vaka hakkında raporu ceza dosyasında yer almalıdır. Yine somut fiilin belirlenmesi amacıyla, işçinin özlük (özümlü) dosyasının ve gerekli eğitimleri aldığına ilişkin sertifika ve tutanakların, hastane raporları, ölüm söz konusu ise otopsi ve ölü adli muayene raporu savcılık tarafından soruşturma dosyası için ilgililerden tedarik edilmesi gerekmektedir.

- Kusur tespiti için, iş kazası somut vakasının tespit edilmesi ilk olarak yapılmalı sonra bu vaka ile ilgili yükümlülük ve sorumluluk altındaki kişinin kim olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

- Meydana gelen iş kazası ile şüphelilerin/sanıkların ve diğer kişilerin (mağdur dahil) fiilleri arasında “nedensellik bağı” mutlaka her olayda belirlenmelidir. Özellikle bir iş kazası zaman ve yer birliği içinde birden çok kişinin kusurlu eylemiyle gerçekleşmişse ortak kusurlu hareketler ceza sorumluluk alanı be nedensellik bağı değerlendirmesi mutlaka yapılmalıdır.

- Gerek birden fazla yeterli ve birlikte ortak kusurlu hareketin varlığında gerekse birden fazla ortak kusurlu hareketin bağımsız olarak ayrı ayrı neticeyi gerçekleştirmeye yeterli olmadığı hallerde “esaslı faktör” değerlendirmesi ceza muhakemesine konu iş kazalarında kullanılabilir. Özellikle şart teorisi+yüklenbilirlik metodunun uygulanmadığı olaylarda her failin hareketinin birbirinden bağımsız olarak ve fakat aynı neticeye neden olabilecek nitelikte olması halinde aslında neticeye hangi hareketin sebep olduğunun tespiti ile sorun çözülebilir.

- Nedensellik bağının her iş kazasında değerlendirmesinden sonra ceza muhakemesine konu iş kazasına sebebiyet veren failerin manevi unsur skalasına göre; kast mı yoksa taksirinin mi bulunduğu (kusur çeşidi) belirlenmelidir. Bu belirleme için öngörülebilirlik değerlendirmesi de mutlak surette yapılmalıdır. Öngörülebilirlik değerlendirmesi; ihlal edilen ve yükümlülüğün yer aldığı normlar, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi önerileri, iş kazasının oluş şekli, işverenin olay ve yükümlülükler hakkındaki genel ve olay özgü bilgisi, kazanın kimlerin ceza sorumluluğu doğurduğu ve kimlere kusur izafe edilebileceği, fiilin genel mi yoksa özel bir yükümlülükten

mi doğduğu gibi bir çok verinin birlikte ve bir bütünlük içinde ele alınarak yapılması iş kazalarında ceza sorumluluğunun belirlenmesi için şarttır.

- Bilinçli taksirin iş kazalarında uygulanabilmesi için ilave ek şartlar aranmalıdır.

- “Kaçınılmazlık”, “önlenemez risk” ve “istenmeyen durum/netice” kavramları arasında bir ayırım yapılmasına pratik anlamda gerek yoktur. Önemli olan hangi kavramın kullanılmış olması değil, fail ve fiil açısından ceza muhakemesine konu her iş kazasında kusur izafe edilebilmesi için bir değerlendirmenin yapılmış olması zorunluluğudur. Bu değerlendirmede; -tüm tedbir ve önlemlerin alınması halinde bile neticenin önlenmesinin teknik anlamda mümkün olup-olmadığı; -risk değerlendirmesi yapılarak riskin neticeye etkisi, -iş kolundaki riskin meydana gelen netice bağlamında alınacak tedbirlerle engellenmesinin mümkün olup-olmadığı, -somut olayda riski minimize edilecek önlemlerin alınmasıyla riskin kısmen bile engellenmesinin olanak dahilinde olup-olmadığı belirlemeleri mutlaka yapılmalıdır.

- Ana kural olarak sözleşme/sorumsuzluk kaydı ile ceza sorumluluğu bertaraf edilemez. Fakat yapılan iş bölümü ile işveren veya işveren vekili iş güvenliği ve işçi sağlığı hususunda özel bir görevlendirme yapmış ise bu görevlendirme veya sözleşme, ceza sorumluluk alanının belirlenmesinde nazara alınabilecektir. Yine ceza sorumluluğunun bölünebilirliği, kusur tespiti, derecelendirilmesi ve paylaşımı için **asli ve tali kusurluları belirlemede yardımcı olabilecektir**. Ceza sorumluluk alanının bölünemediği ya da sorumluluk alanında birden fazla kişinin kusurunun söz konusu olabileceği ama ilgisinin belirlenemediği hallerde **şüpheden sanık yararlanır ilkesi** uygulanmalıdır.

- Görevi gereği kendisinin yapmakla yükümlü olmadığı bir işi yaparak üstlenen çalışan, üstlenmeye ilişkin işverenin emir veya talimatı olmadığı hallerde, bu üstlenmeden doğacak neticeleri üstlenmiş olduğundan şayet üstlendiği iş nedeniyle kusurlu hareket etmişse üstlenme kusuru olarak adlandırılan husus nedeniyle “ortak kusur” yoksa kendi başına sorumlu olacaktır. Yine bilim ve fen kurallarına aykırı şekilde tehlikeli olduğu bilinen bir yöntem ile işyerinde bir eylemde bulunarak, işveren veya işveren vekilinin denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getiremeyeceği bir esnada gerçekleşen iş kazaları bakımından çalışan bizzat kendisi kusurlu olacaktır.

- **Kusur değerlendirmesi** yapılırken; kusur izafe edilecek kişilerin olaya “etki değeri” saptanmalıdır. Bu etki değerinden matematiksel bir

değer değil, kusurun ağırlığı ve hafifliğine göre yapılan bir sınıflandırma anlaşılmalıdır.

- Adli kolluk arasında iş güvenliği uzmanlığı sertifikası olan varsa, iş kazalarında adli kolluğun yapması gereken işlemlerde öncelikli olarak gönderilmelidir.

- Ceza muhakemesine konu iş kazalarında, keşfe bilirkişiler de mutlaka götürülmeli ve keşifte aktif katılımı sağlanmalıdır. Hakim fiil hakkında teknik konuların aydınlatılması için bilirkişilere sorular sormalıdır.

- İş kazaları nedeniyle yapılan ceza muhakemelerinde kusur değerlendirilmesi bizzat mahkeme tarafından yapılmalıdır. Uygulamada kusur değerlendirmesi ve tespitinin teknik bilirkişilere yaptırılması usulü terk edilmelidir. Ayrıca ihtisaslaşmamış bilirkişilere rapor yazdırılmamalı ve ayrıca şayet kusur değerlendirmesi bilirkişiden istenecek ise bilirkişi heyetinde mutlaka iş sağlığı ve güvenliği hukuku veya ceza ve ceza muhakemesi hukuk dallarıyla uğraşan akademisyenlere yer verilmesi gerekmektedir.

- İşverenin Türk Borçlar Kanunu veya İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda ve diğer İSG mevzuatında yer alan genel yükümlülüklerinin ihlali tazminat sorumluluğunu doğurabilir. Buna karşın ceza sorumluluğu için genel yükümlülük ihlallerinin yanında somut olayda “öngörülebilir ve önlenebilir” bir netice (**özel yükümlülüğün bulunması**) ve özellikle iş kazasındaki neticenin işveren veya işveren vekilinin alması gereken tedbir ve önlemi almaması nedeniyle meydana gelmesi gerekmektedir. Böylelikle iş hukuku veya iş sağlığı ve güvenliği hukuku alanındaki yönetmelikler veya diğer mevzuatta gösterilen sorumlu kişilerin ceza muhakemesine konu iş kazalarında, öngörülebilirlik ve önlenebilirlik değerlendirmesi yapılmadan doğrudan sorumlu kabul edilmesi usulü isabetli değildir.

KAYNAKLAR

- AKIN, Levent: “İş kazasından Doğan Tazminat Davalarında İşveren Kusurunun Belirlenmesinde Ölçüt”, **Çimento İşveren Dergisi**, Kasım 2013
- AKIN, Levent: “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu”, **TİSK Akademi**, Cilt:3 Sa.5, Mart 2008, (Mart 2008)
- AKIN, Levent: “İşçinin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı 1, Mart 2006
- AKIN, Levent: “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu Kusur Esasına Dayanır”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.28 Sa.3, Mayıs 2014
- AKIN, Levent: “Üçüncü Kişinin Uğradığı Kazada İşveren Kusurunun (Taksirinin) Kapsamı”, **TİSK Akademi**, C.4 Sa.7, Mart 2009
- AKPINAR, Teoman / ÇAKMAKKAYA, Baki Yiğit: “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverenlerin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü”, **Çalışma ve Toplum -Ekonomi ve Hukuk Dergisi-**, Sa.40 2014-1
- ALPSOY, Lütfi / ÇOLAK, Mahmut: **Açıklamalı&İçtihatlı&Uygulamalı 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu**, İzmir 2013
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A.Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, Ankara 2012
- AYDINLI, İbrahim: **İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Ankara 2015
- BOSTANCI, Yalçın: “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı” **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C:8, Sa:1 Y.2005, s.1 (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/813.pdf>) Er.Tar. 10.09.2015
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 8.Baskı, İstanbul 2014
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12.Baskı, İstanbul 2015
- DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8.Baskı, Ankara 2012
- DEMİRCİOĞLU, A.Murat / ŞEN KALYON, Arzu: “İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu ve Kusur Hakkında Karar İncelemesi”,

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sa., 2013, (<http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/3-demircioglu-kalyon.pdf>) Er.Tar.27.12.2015

• DOĞAN, Koray, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, Ankara 2011

• DÜLGER, İbrahim: “Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN’e Armağan**, C.XI, Sa.1-2, Haziran – Aralık 2007

• DÜLGER, Murat Volkan: “5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları Ve Türleri - Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Y: 2 S: 5, Nisan 2005

• EKİN, Ali: **İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerle Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından)**, Ankara 2010

• ERMENEK, İbrahim: “Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IV Sa.1-2, Haziran Aralık 2000, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_tam.pdf) Er.Tar.23.01.2016

• ERSOY, Uğur: “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi İle Bağdaştırılabilirliği”, **TBB Dergisi**, Sa.109 Kasım-Aralık 2013

• GÜNEREN, Ali, **İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları**, 2.Baskı, Ankara 2011

• GÜRELLİ, Nevzat, **Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, İstanbul 1967

• GÜZEL, Ali / UGAN ÇATALKAYA Deniz: “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum**, Sa.34, 2012/3.

• HAKERİ, Hakan: **Tıp Hukuku**, 10.Baskı, Ankara 2015

• HAKERİ, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17.Baskı, Ankara 2014

• HEINRICH, Bernd: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3.Auflage, Stuttgart 2012

- HEMMER, Karl E. / WÜST, Achim: **Strafrecht Allgemeiner Teil II**, 8.Baskı, Marktheidenfeld 2006
- HIRSCH, Hans Joachim: “Kusur İlkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu” (Çeviren: Yener ÜNVER), **Türk Ceza Kanunu Tasarısı için Müzakereler**, Konya 1998
- İÇEL, Kayıhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, İstanbul 2014
- JESCHECK, Hans-Heinrich: **Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 1989 (Çeviren: Feridun YENİSEY)
- KABAKCI, Mahmut: **AB İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı Ve Güvenliğiyle İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumunu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2009
- KARAKEHYA, Hakan: “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Haziran 2006
- KARAKEHYA, Hakan: “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İÜHFİM**, C.65 Sa.2, 2007
- KAYA, Asım: “İş Kazasında İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, **TAAD**, Yıl.5, Sa.17, Nisan 2014
- KAYMAKÇI, Süleyman: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7.Baskı, Ankara 2014
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18.Baskı, İstanbul 2010
- KÜHL, Kristian: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6.Auflage, München 2008
- MEMİŞOĞLU, S. Özgür / ÇINAR, Çağatay: “İşverenin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.9, Sa.33, Y.2012
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL,

Ulaş: **İş Hukuku**, 6.Baskı, Ankara 2014

• MOORES, Michael S.: Causation and Responsibility: **An Essay in Law, Morals, and Metaphysics**, New York 2009

• NARTER, Sami: “İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarında Tüzel Kişi Organı Olarak Ortak İşverenin Cezai Sorumluluğu”, **Gazi İİBF Dergisi**, C.17 Sa.2, 2015

• NARTER, Sami: **İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Ankara 2014

• ÖNDER, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, İstanbul 1992

• ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5.Baskı, Ankara 2014

• ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7.Baskı, Ankara 2015

• ÖZBEK, Veli Özer: “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnad Edilebilirliği Sorunu” **75.Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara 2004

• ÖZDEMİR, Erdem: **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, İstanbul 2014

• ÖZEN, Muharrem / TOZMAN, Önder: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Ceza Sorumluluğu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2008, Yıl 3, Sayı 10

• ÖZEN, Mustafa: “İş Kazalarında Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.2015 Sa.2

• ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10.Baskı, Ankara 2014

• ÖZKAN, Halid: **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Ankara 2013

• ÖZKAN, Halid: “Tıpta İşbirliği ve Ceza Sorumluluğu” **VII. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıpta İşbirliği Ve Hukuksal Sorunlar/ VII. Türkisch – Deutsches Symposium Zum Medizinrecht Delegation Und Kooperation Im Gesundheitswesen, Bildiriler Kitabı**, Ankara 2011

• ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA, Özge / KIRIT, Yasemin F. / ÖZAYDIN, Özdem / AKCAN, Esra Alan / ERDEN, Efser: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8.Baskı, Ankara 2014

• PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer / YÜKSEL, Erol Güngör: **Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat**, Ankara 2008

• ROBINSON, Glen O.: “Multiple Causation in Tort Law: Reflections on The Des Cases” **Virginia Law Review**, Vol.68, No.4 Nisan 1982

• SEVÜK, Handan YOKUŞ: Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIV, Sa. 1, İstanbul 2006

• SOYASLAN, Doğan: “Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporunun Bağlayıcılığı”, **Türkiye Barolar Birliği, Bilirkişilik Sempozyumu**, Samsun Barosu, 2001, 9-10 Kasım 2001

• SOYASLAN, Doğan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, Ankara 2014

• SÜZEK, Sarper: **İş Güvenliği Hukuku**, Ankara 1985

• ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C.II, 4.Baskı, Ankara 2015

• ŞAHİN, Cumhur: “Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik”, **Türkiye Barolar Birliği, Bilirkişilik Sempozyumu**, Samsun Barosu, 2001, 9-10 Kasım 2001

• TAŞKENT, Savaş: “İş Kazası Kavramı”, **Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Armağan**, Cilt II, İstanbul 2001

• TOROSLU, Nevzat: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara 2005

• ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1.Cilt, 8.Baskı, Ankara 2013, s.360

• ÜNVER, Yener: “Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul 1999

• ÜNVER, Yener: “YTCK’da Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y.1 Sa.1, Ekim 2006

- ÜNVER, Yener: **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul 1998
- WELZEL, Hans: **Das Deutsche Strafrecht Eine systematische Darstellung**, 3.Baskı, Berlin 1954
- WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 44. Baskı, Heidelberg 2014; WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner: 40.Auflage, Heidelberg 2010
- YAŞAR, Halis: Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Hâkimini Etkileyip Etkilememesi Meselesinin Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlaline Varan Boyutu (Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri), **TBB Dergisi**, Sa.109
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3.Baskı, Ankara 2015
- YILDIZ, Ali Kemal: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik” **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı: 3-4: Y.2006
- YİĞİT, Onur: “Taksirli Bir Suç Türü Olarak Maden Kazaları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sa.4, 2014
- YİĞİT, Onur: “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazalarının Ceza Hukuku Yönüyle İrdelenmesi” **Yargıtay Dergisi**, Cilt:41 Sa:3, Temmuz 2015
- ZAFER, Hamide: “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı -Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, **Online Makale**, (<http://hamidezafer.com/turk-ceza-hukukunda-kusur-kavrami-normatif-teorinin-one-cikisi-ceza-hukuku-ile-ceza-muhakemesi-hukukunun-ayrilmazligi/>) Son Er.Tar.02.01.2016 (Kusur)
- ZAFER, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 5.Baskı, İstanbul 2015

SÜRESİNDE ÖDENMEYEN KARAR VE İLAM HARÇLARINA GECİKME ZAMMI UYGULANMASI

İlhami ÖZTÜRK*

ÖZET

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin ödeme zamanları kanunla belirlenir. Kamu alacağıın kanunla belirlenmiş olan ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısımına vadenin bitim tarihinden itibaren gecikme zammı uygulanması söz konusudur. Gecikme zammı, vergi borcunu kanunların belirlemiş olduğu süreler içinde ödeyen mükellefler ile bu süre içinde ödemeyenler arasında eşitliği sağlamak amacıyla vergi borcunun zamanında ödenmemesinin bir bedeli olarak alınır. Bu çalışmada karar ve ilam harçlarının ödenme süresi ile bu süre içerisinde ödenmeyen karar ve ilam harçları için gecikme zammı uygulanması hususu irdelenmiş, Harçlar Kanunu'nun 28'inci maddesinde karar ve ilam harcının ödenme zamanına ilişkin olarak 24/05/2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle 11/06/2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere getirilen değişiklik ve bu değişikliğin gecikme zammı hesaplanmasına etkisi analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Karar ve İlam Harcı, Maktu Harç, Nispi Harç, Ödeme Zamanı, Gecikme Zammı.

APPLICATION OF LATE FEE TO THE OVERDUE JUDGMENT AND WRIT FEES

ABSTRACT

The due date of taxes, duties, fees and other such financial obligations are determined by law. The unpaid portion of debts owed to the public sector by its due date is subject to late fee for overdue payment as of the end of the payment term. . Late fee is an amount charged as a result of non-payment of a tax obligation before the due date in order to ensure equality between the taxpayers who fulfilled their tax payment obligations within the statutory period and those who didn't honor their dept before such due date. This study analyses the application of late fee to the overdue judgment and writ fees, and examines the amendment to Article 28 of the Act of Fees relating to the due date of judgment and writ fees, applicable as of 11/06/2013 and implemented by Article 10 of law no. 6487, dated 24/05/2013 and the impact of the aforementioned amendment on the calculation of late fee for delay in payment.

Keywords : Judgment and Writ Fees, Fixed Fees, Proportional Fees, Due Date, Late Fee.

* Dr., Hacettepe Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü Öğretim Görevlisi, Sermaye Piyasası Kurulu (E) Üyesi (ilhamiozturk@hacettepe.edu.tr).

Giriş

Vadesinde ödenmeyen yargı harçlarının da diğer kamu alacakları gibi 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca takip ve tahsil edileceği ve bunlara gecikme zammı uygulanacağı açıktır. Nitekim 6183 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde devlete ait harçlar hakkında bu kanun hükümlerinin tatbik edileceği kurala bağlanmıştır. Öte yandan, vadesinde ödenmeyen amme alacağına gecikme zammı tatbik edilebilmesi için ödeme süresinin belli olması ve bu sürenin de geçirilmiş olması gerekir.

Karar ve ilam harçlarını düzenleyen Harçlar Kanunu'nun 28'inci maddesi ile dörtte üç oranındaki nispi karar ve ilam harcının ödeme süresi kesin olarak saptanmıştır. Ancak, anılan maddenin 6487 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle değişmeden önceki halinde bu kesinliğin olduğunu söylemek güçtür. Benzer şekilde, peşin ödenmesi gereken dörtte bir oranındaki karar ve ilam harcı ile maktu karar ve ilam harcının ödeme zamanı da kanunla kesin bir tarih olarak belli edilmemiştir. Söz konusu belirsizlik nedeniyle, peşin ödenmesi gerekli karar ve ilam harçlarına gecikme zammı uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır. Bu çalışmada, maktu ve nispi karar ve ilam harçlarının ödeme süreleri, maktu ve nispi karar ve ilam harçları için kesin bir ödeme zamanının bulunup bulunmadığı konuları irdelenmiş ve buna bağlı olarak karar ve ilam harçlarına gecikme zammı uygulanması hususu analiz edilmiştir.

1. Ödeme Zamanı ve Gecikme Zammı

Özel hukukta borçların ödeme zamanlarının belirlenmesi tarafların iradesine bırakılmıştır. Oysa vergi, resim harç ve benzeri mali yükümler yasalarda gösterilen süreler içinde ödenir, bu konuda yükümlünün iradesi rol oynamaz.¹ Her borç ve alacak ilişkisinde olduğu gibi ödeme, alacak ve borç ilişkisinin en tabii ortadan kalkma yoludur. Bir borç ve alacak ilişkisi doğurması nedeniyle yargı harçları da ödeme ile ortadan kalkar. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Ödeme Zamanı" başlıklı 111'inci maddesinde vergilerin kanunlarda gösterilen süreler içinde ödeneceği hükme bağlanmıştır.²

¹ Muallâ ÖNCEL / Ahmet KUMRULU / Nami ÇAĞAN, **Vergi Hukuku**, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 124; Hüsamettin UĞUR / Mert ELİBOL, **Vergi Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 29-31; Sadık KIRBAŞ, **Vergi Hukuku**, 16. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004, s. 153-154.

² S. Ateş OKTAR, **Vergi Hukuku**, 3. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 143-144; Osman PEHLİVAN, **Vergi Hukuku**, Derya Kitabevi, Trabzon, 2009, s. 75; M. Kamil MUTLUER, **Vergi Genel Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 141-143; Mehmet ARSLAN, **Vergi Hukuku**, 5. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2006, s. 101-

Bu kurala göre vergi, ilgili maddi vergi kanununda gösterilen süreler içinde ödenir. Bu sürenin son günü, verginin vadesi tarihidir.³ Vergilere ilişkin bu hükme paralel olarak kamu alacakları için de 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 37'nci maddesinde; kamu alacaklarının özel kanunlarında belirtilen zamanlarda ödeneceği hükme bağlanarak genel kural ortaya konulmuştur.⁴ Ayrıca anılan maddede, özel kanunlarında ödeme zamanı belirlenmemiş ise, kamu alacaklarının Maliye Bakanlığı'nca belirtilecek usule göre yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Bu ödeme müddetinin son günü amme alacağının vadesi günüdür.

6183 sayılı Kanun'un, 51'inci maddesi uyarınca amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için %1,4 oranında⁵ gecikme zammı tatbik olunur. Bu hüküm uyarınca gecikme zammının tatbik edilebilmesi kamu alacağı için "*ödeme müddeti*" bir başka ifade ile "*vade bitim tarihi*" belirlenmiş olması koşuluna bağlıdır. Bu belirlemenin ise kanunla ya da kanunların verdiği açık bir yetkiye istinaden idari bir tasarrufla yapılması şarttır.

Yasaların belirlediği süreler içinde borcunu ödemeyen vergi yükümlüsü, idarenin herhangi bir işlemine gerek olmadan mütemerrit duruma düşer. Oysa özel hukukta muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur. Vergilendirmeden doğan alacak ve borç ilişkisi kamusal nitelikte olduğundan ödeme süresinin son bulması ile birlikte, vergi yasalarının öngördüğü yaptırımlar yükümlü hakkında kendiliğinden işlerlik kazanır. Vadesinde ödenmeyen vergi alacağına, özel hukukta Borçlar Kanunu'nda yer alan geçmiş günler faizine benzer bir biçimde gecikme zammı uygulanır.⁶

102; Gürol ÜREL, **Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 239; Doğan ŞENYÜZ, **Vergi Ceza Hukuku**, 6. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012, s. 278-279; Hilmi ÜNSAL, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 33; Selda AYDIN / Eren ÇAŞKURLU, **Kamu Maliyesi**, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 311; Selim KANETİ, **Vergi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1986/1987, s. 121; Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 906-907.

³ Turgut CANDAN, **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, 2. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s. 196-197.

⁴ Binnur ÇELİK, **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2000, s.149.

⁵ Bu oran, 2010/965 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 19/10/2010 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere belirlenmiştir.

⁶ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN, s. 127; Nurettin EROĞLU, **Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1989, s. 136-137.

Gecikme zammı, vergi borcunun zamanında ödenmemesinin bir bedelidir.⁷ Vergi borcunu zamanında ödeyenler ile kanunların tespit etmiş olduğu, süreler içinde vergi borcunu ödemeyenler arasında, bir ayırım yapmak gereğinin sonucu olarak vergi borcunu zamanında ödemeyenler için gecikme zammı adı altında bir yükümlülük getirilmek suretiyle eşitliğin sağlanması amaçlanmıştır.⁸

Bu itibarla, gecikme zammı uygulaması açısından kamu alacağının ödeme müddetinin ve vadenin bitim tarihinin belli olması büyük önem taşır.

2. Karar ve İlam Harcının Ödenme Zamanı

Modern (çağdaş) hukuk düzenlerinde, bireylerin kendiliğinden hak almaları (yani bizzat ihkak-ı hakta bulunmaları) yasaklanmış ve ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, hakkı ihlal edilen ya da bu nitelikte bir tehlikeyle karşı karşıya kalan bireyler, ancak devletin yargı organlarına başvurmak suretiyle haklarını arayabilirler. Bu durum ise, bireyleri doğal olarak devlete, yargılama harçları adı altında belli bir bedel ödemekle karşı karşıya bırakmaktadır.⁹ Yargı Harçları, Harçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup Harçlar Kanunu'na bağlı (1) sayılı Tarife ile de yargı harçları arasında "karar ve ilam harcı"na yer verilmiştir.¹⁰ Karar ve ilam harcı maktu ve nispi olmak üzere iki çeşittir.¹¹ Nispi karar ve ilam harcı da ödenme zamanı itibarıyla peşin (dörtte bir) ve bakiye (dörtte üç) şeklinde ikiye ayrılmıştır.

⁷ Şahnaz GEREK / Ali Rıza AYDIN, **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2005, s. 71; ÇELİK, s.190.

⁸ MUTLUER, s. 466-467.

⁹ Leyla AKYOL ASLAN, "Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.I, Sa.2, s. 32-53, s. 33.

¹⁰ Timuçin MUŞUL, **Medenî Usul Hukuku**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 499.

¹¹ Necip BİLGE / Ergun ÖNEN, **Medeni Yargılama Hukuku**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 329. Yargı Harçları (1) sayılı tarifede yazılı işlemlerden değer ölçüsüne göre nispi esas üzerinden, işlemin nev'i ve mahiyetine göre maktu esas üzerinden alınır (Harçlar Kanunu, md.15). Değer ölçüsüne göre harca tabi işlemlere (1) sayılı tarifede yazılı değerler esastır. Müdahalenin men'i tescil ve tapu kayıt iptali gibi gayrimenkulün aynına taalluk eden davalarda gayrimenkulün değeri nazara alınır (Harçlar Kanunu, md.16). Dava konusu para ise veya para ile değerlendirilebilen bir şey ise, değer üzerinden nisbî harç alınır. Buna karşılık, dava konusu para veya para ile değerlendirilebilen bir şey değilse, Kanunda belirtilen maktu harç alınır. Örneğin tapuda isim düzeltme davasında harç, maktudur (Ejder YILMAZ, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 1413).

Uyuşmazlık hakkında bir karar vermek, uyuşmazlığı bir kararla sonuçlandırmakla görevli olan mahkemelerin bu görevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri, ancak gereksiz veya sadece diğer tarafı mağdur etme amacı güden davalarla uğraşmamaları ile sağlanabilir. Bu ise sorunu sulhen çözmek yerine dava açmak suretiyle, dava açma hakkını kötüye kullananların sonuçlarına katlanmalarının sağlanması ile mümkün olabilir. Ayrıca, gerçekten mağdur durumda olup da haklarının himaye altına alınması zorunluluk gösteren kişileri ayırt edebilmek ve onların mağduriyetlerini giderebilmek bakımından bu gereklidir. Bu anlamda, gereksiz davaların açılmasının ve diğer tarafın haksız yere zarara uğratılmasının önlenmesi için getirilmiş bir müessese olan karar ve ilam harçları karşımıza çıkar. Karar ve ilam harcı bakımından önemli olan mahkemenin, davada ileri sürülen talep hakkında kesin karar vermesi yani nihaî karardır. Nihaî karar vermekle hâkim karar verdikten sonra davaya devam etmemekte, o uyuşmazlıktan elini çekmektedir. Bu bağlamda, mahkeme tarafından uyuşmazlık hakkında nihaî karar verilmesi, karar ve ilâm harcı bakımından harcın konusunu oluşturmakta olup, nihaî karar verildiği anda karar ve ilâm harcı doğmaktadır.¹²

Harçlar Kanunu'nun "*Süresinde Ödenmeyen Harçlar*" başlıklı 37'nci maddesinde; "*Bu kanunda ödeme zamanı gösterilen harçlardan süresinde ödenmeyenleri, ilgili mahkeme ve daireler tarafından sürenin sonundan itibaren onbeş gün içinde bir yazı ile o yerin vergi dairesine bildirilir ve harçlar vergi dairesince tahsil olunur.*" hükmü yer almaktadır. Aynı Kanun'un "*Kısımlar Arası Müşterek Hükümler*" başlıklı onuncu kısmında yer alan, "*Zamanında ödenmeyen harçlar*" başlıklı 130'uncu maddesinde de "*Bu kanunda ödenmeleri için belli bir süre tesbit edilmiş olan harçlar süresi içinde ödenmemiş ise, ilgili makam ve daireler tarafından, sürenin sonundan itibaren 15 gün içinde bir müzekkere ile o yerin ilgili vergi dairesine bildirilir*" şeklinde benzer içerikte hüküm yer almaktadır. Her iki madde hükmünün birlikte değerlendirilmesinden, Harçlar Kanunu ile "*ödeme zamanı gösterilen*" bir başka ifade ile "*ödenmeleri için belli bir süre tespit edilmiş*" yargı harçlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu madde hükmünün mefhumu muhalifinden Harçlar Kanunu ile ödeme zamanı tespit edilmemiş harçların da mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, Harçlar Kanunu'nun 27/2 maddesinde "*Mahiyetleri icabı için sonunda hesap edilip alınması gerekenler, harç alacağına doğması tarihinden itibaren 15 gün içinde ödenir.*"

¹² Burak PINAR, *Yargı ve İcra Harçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 92; Hüsnü ALDEMİR, *Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009, s. 269; ASLAN, s. 39.

ile 129'uncu maddesinde¹³ yer alan “Kendi kısımlarında ödeme zamanı tespit edilmemiş olup da mahiyetleri icabı için sonunda alınması gereken harçlar; harç alacağına doğması tarihinden itibaren 15 gün içinde ödenir” hükümlerinden de ödeme zamanı kesin olarak tespit edilmemiş harçların mevcudiyeti anlaşılmaktadır. Buna paralel olarak, karar ve ilam harçlarının bir kısmının ödeme zamanı kesin olarak kanunla düzenlenmiş iken diğer bir kısmının ise ödeme zamanı değişkenlik göstermektedir.

Ödeme zamanının¹⁴ tespiti, özellikle gecikme zammı uygulaması, zamanaşımı süresinin başlangıcının tespiti ve takibata başlamak için önem arz etmektedir.¹⁵

2.1. Maktu Karar ve İlam Harcının Ödenme Zamanı

Konusu para ile değerlendirilemeyen bir şey olan davalarda, dava açılırken davacıdan “peşin” olarak maktu karar ve ilâm harcı alınır. Konusu itibariyle nispi harca tabi bir davanın reddi halinde de maktu karar ve ilâm harcı alınır. Davanın açılmamış sayılması kararı verilmesi halinde, yine maktu karar ve ilam harcına hükmedilir.¹⁶

Harç, hizmetten özel ve doğrudan yararlanma karşılığı alındığından önce ödeme sonra hizmetten yararlanma söz konusu olur.¹⁷ Nitekim, Harçlar Kanunu'nun “Maktu harçlarda ödeme zamanı” başlıklı 27'nci maddesinin 1'inci fıkrasında; (1) sayılı tarifede yazılı maktu harçların ilgili bulunduğu işlemin yapılmasından önce “peşin” olarak ödeneceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, (1) sayılı tarifede yer alan maktu karar ve ilam harcı “peşin” olarak ödenecektir.

¹³ Kanun gerekçesinde, hususi bir ödeme zamanı tespit edilmemiş olup da harcın mahiyeti icabı için sonunda ödenmesi lazım geldiği takdirde harcın doğması tarihinden itibaren 15 gün içinde ödeneceğinin 129'uncu madde icabı olduğu belirtilmiştir.

¹⁴ Harçlar Kanunu gerekçesinde; “Tasarıda teklif edilen usule göre, adliye harçlarının ödeme zamanını, harçların nispi veya maktu oluşlarına göre iki kısımda mütalaa etmek mümkündür.” denilmek suretiyle maktu ve nispi harçlar için farklı ödeme zamanı öngörüldüğü hususu belirtilmiştir.

¹⁵ Mahmut COŞKUN, **Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s. 355.

¹⁶ Bilge UMAR, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 939; YILMAZ, s. 939. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14/06/2000 gün ve E.2000/19-936, K.2000/999 sayılı kararına göre davanın açılmamış sayılmasına dair karar usule ilişkin nihai bir karar olup davanın esasına ilişkin olarak verilmiş bir karar olarak kabul edilemeyeceğinden Harçlar Kanunu gereğince maktu karar harcına hükmedilmesi gerekir.

¹⁷ Metin ERDEM / Doğan ŞENYÜZ / İsmail TATLIOĞLU, **Kamu Maliyesi**, 11. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, s. 72.

Ancak, vergi mahkemelerinde açılan davalarda “peşin” harç ödenmesi söz konusu olmadığı için (başvuru harcı hariç olmak üzere) maktu karar ve ilam harcının tamamı, karar verildikten sonra Harçlar Kanunu’nun 55’inci maddesi uyarınca ihbarname esasına göre ihbarnamenin tebliği tarihinden bir ay içinde ilgili vergi dairesine ödenir.¹⁸ Bu itibarla, maktu karar ve ilam harcının peşin olarak ödeneceği yönündeki genel kural ve buna ilişkin açıklamalar vergi yargısı harçlarını düzenleyen Harçlar Kanunu’na ekli (3) sayılı tarifede yazılı işlemlerden maktu esas üzerinden alınan karar harçları bakımından geçerli olmayacaktır.

Maktu karar ve ilam harcının, davanın açılmasını içeren dilekçenin mahkemeye verilmesiyle birlikte ödenmesi gerekir. Mahiyeti icabı işin sonunda hesap edilip alınması gereken karar ve ilam harcı ise, harç alacağının, doğması tarihinden itibaren 15 gün içinde ödenir.¹⁹

Maktu karar ve ilam harçlarının ödeme zamanına ilişkin Harçlar Kanunu’nda yer alan hükmün bu harçların ödenmesi gereken zamanı kesin olarak belirleyip belirlemediğinin irdelenmesine ihtiyaç vardır. Maktu harçların ödeme zamanı tespit edilmiş ise bu tarihe kadar ödenmeyen maktu karar ve ilam harcı için gecikme zammı hesaplanması söz konusu olacaktır. Burada önemli olan husus, ödeme zamanının harç mükellefi açısından bilinmesi mümkün bir tarih olmasıdır. Kanunda ödeme zamanına ilişkin şekli olarak mevcut bir düzenlemenin varlığı her zaman kesin ve belli bir ödeme zamanının varlığına işaret etmez.

Harçların alınması hususu kamu düzenine ilişkin olarak kabul edildiği için, hâkimin harcın ödenmiş olup olmadığını re’sen dikkate alması gerekir. Davanın başında ödenmesi gereken “peşin” harç ödenmedikçe davaya devam olunmaz.²⁰ Nitekim Harçlar Kanunu’nun “Maktu harçlarda ödeme zamanı” başlıklı 27’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında “harç peşin veya süresinde ödenmemiş” ise müteakip muamelelere ancak harç ödendikten sonra devam olunacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca, anılan Kanun’un “Harcı ödenmeyen işlemler” başlıklı 32’nci maddesi uyarınca da yargı işlemlerinden alınacak “harçlar ödenmedikçe” müteakip işlemler yapılamaz. Benzer şekilde

¹⁸ İlhami ÖZTÜRK, “Harçlar Kanunu’nun 56’ncı Maddesinin ve Bu Maddeye Dayanılarak Uygulamada Geliştirilen Sistemin Hukuka Uygunluğu”, *Maliye Dergisi*, Sa.168, s. 201-226, s. 209.

¹⁹ Ahmet İNAN, *Notlu İzahlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili İçtihatlar*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1969, s. 172; ALDEMİR, s. 279.

²⁰ ASLAN, s. 40.

Harçlar Kanunu'nun 127'nci maddesi gereğince, bu kanunda aksine hüküm bulunmadıkça "harçların tamamı peşin olarak ödenmeden" harca mevzu işlem yapılamaz. Harçlar Kanunu'nun 27, 32 ve 127'nci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde "peşin" ödenmesi gereken maktu harcın ödenmemiş olması durumunda yargılamaya ilişkin müteakip işlemlerin yapılması ve yargılamaya devam edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Burada meselenin bir bütün olarak ele alınabilmesi açısından söz konusu üç maddeye ilave olarak Harçlar Kanunu'nun 16 ve 30'uncu maddelerine de değinilmesinde yarar vardır. Ancak, Harçlar Kanunu'nun "Değer esası" başlıklı 16'ncı ve "Noksan tespit edilen değer üzerinden harcın ödenmesi" başlıklı 30'uncu maddelerinin lafzı ve ruhu birlikte dikkate alındığında her iki maddenin de "maktu" harçlara değil "nispi" harçlara ilişkin düzenleme içerdiği²¹ hususunun gözardı edilmemesi gerekir.

Harçlar Kanunu'nun 30'uncu maddesinde, muhakeme sırasında tesbit olunan değer, dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğu anlaşılırsa, yalnız o celse için muhakemeye devam olunacağı, takip eden celseye kadar noksan değer üzerinden peşin karar ve ilam harcı tamamlanmadıkça davaya devam olunamayacağı hükme bağlanmıştır. Harçlar Kanunu'nun 16'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında noksan takdir edilen değerler hakkında da 30'uncu madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Harçlar Kanunu'nun 30'uncu maddesi ile düzenlenen harç eksikliği; muhakeme sırasında tespit edilen değer, dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğunun anlaşılması sonucunda ortaya çıkmakta bir başka ifade ile davanın açıldığı tarih itibarıyla bilinmeyen sonradan ortaya çıkan bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır. Harçlar Kanunu'nun 16'nci maddesinde ise değer ölçüsüne göre harca tabi işlemlerde noksan değer tespiti davanın açıldığı andan itibaren söz konusudur ve bu eksiklik davacı tarafından bilinmekte ya da en azından bilinebilecek niteliktedir. Her iki durumda da, 30'uncu maddedeki ve 16'nci madde ile 30'uncu maddeye yapılan yollama nedeniyle 16'nci maddedeki, noksan değer üzerinden hesaplanması gereken peşin dörtte bir karar ve ilam harcı takip eden celseye kadar tamamlanmadıkça davaya devam olunamaz.

Harçlar Kanunu'nda peşin ödenmesi gereken maktu karar ve ilam harcının ödenmemiş olması durumunda ne yapılacağı hususunda belirsizlikler vardır.

²¹ Harçlar Kanunu'nun "Harç alma ölçüleri" başlığını taşıyan 15'inci maddesinde yargı harçlarının (1) sayılı tarifede yazılı işlemlerden değer ölçüsüne göre nispi esas üzerinden alınacağı hükmüne paralel olarak 16'nci ve 30'uncu maddelerin her ikisi de "değer esasına" göre harç hesaplamasını konu edinmiştir. Bu itibarla her iki maddenin de nispi karar ve ilam harcına ilişkin olduğunu söylemek mümkündür.

Halbuki bu gibi durumlarda davanın akıbeti hakkında uygulanacak yaptırımın Harçlar Kanunu'nda, daha açık bir şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır.²² Harçlar Kanunu'ndaki bu eksikliğe rağmen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile mesele en azından idari yargı kapsamındaki davalar açısından bu yönüyle çözüme kavuşturulmuştur. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6'ncı maddesi²³ ile peşin ödenmesi gereken maktu karar ve ilam harcının ödenmemiş ya da eksik ödenmiş olması durumunda ilgiliye bildirim yapılarak süre verileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu süre sonunda ödeme yapılmaması durumunda da davanın açılmamış sayılacağına karar verileceği kuralı getirilmiştir.²⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120'nci maddesinde²⁵ davacının yargılama harçlarını "dava açarken" mahkeme veznesine

²² ASLAN, s. 41.

²³ İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında; ilgili yerlere verilen dava dilekçelerinin harç ve posta ücreti alındıktan sonra derhal deftere kayıtlarının yapılacağı ve davanın bu kayda yapıldığı tarihte açılmış sayılacağı, 4'üncü fıkrasında; herhangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik harç veya posta ücreti ile dava açılmış olması halinde, otuz gün içinde harcın ve posta ücretinin verilmesi ve tamamlanması hususu daire başkanı veya görevlendireceği tetkik hakimi, mahkeme başkanı veya hakim tarafından ilgiliye tebliğ olunacağı, tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği takdirde bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanacağı, harç veya posta ücreti süresi içinde verilmez veya tamamlanmazsa "davanın açılmamış sayılmasına" karar verileceği ve davacıya tebliğ olunacağı hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere; davanın açılması aşamasında yargı harçlarının ödenmesindeki bir eksiklik nihai anlamda davanın açılmamış sayılması gibi önemli ve ağır bir sonucu doğurabilecektir. Ayrıca, hiç ödenmemiş ya da eksik ödenmiş olan maktu karar ve ilam harcı ile dörtte bir tutarındaki karar ve ilam harcının bildirim üzerine yatırılması ya da tamamlanmasına bağlı olarak "ödenme zamanı" da değişiklik gösterebilecektir. Öte yandan, İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın 9'ncü maddesi ile yatırılmayan veya eksik yatırılan harçların tamamlanması için daha kısa bir süre öngörülmüş, ikinci kez süre verilmesinden vazgeçilmiştir: "Herhangi bir sebeple yargı harçları ve posta gideri yatırılmadan veya eksik yatırılarak dava açılmış olması ya da davanın devamı sırasında bunların yeterli olmadığını anlaşılması halinde, onbeş gün içinde bu giderlerin yatırılması veya tamamlanması hususu daire başkanı veya görevlendireceği tetkik hâkimi, mahkeme başkanı veya hâkim tarafından davacıya tebliğ olunur. Bu süre içinde istenilen miktar eksiksiz olarak yatırılmaz veya tamamlanmazsa davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve ilgililere tebliğ olunur."

²⁴ Müslüm AKINCI, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 196. Bu düzenleme, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda 1990 ve 1994 yıllarında yapılan değişiklik ile kabul edilmiştir. Eski düzenlemede, verilen süre içinde harç ve posta giderleri ödenmez ya da tamamlanmazsa dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir ve dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde, noksanı tamamlanmak suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilebiliyordu. Eski yöntemle, davanın açılmamış sayılması kararının alınabilmesi için, bir yıldan çok bir zamanın geçmesi gerekiyordu. Yeni (şu anda mevcut) düzenleme de ise, otuzar günlük iki bildirimden sonra, davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilecektir (A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı**, 34. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 553).

²⁵ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120/1 maddesinde, davacının yargılama harçlarını

yatırmak zorunda olduğu hükme bağlanmış ancak harcın hiç yatırılmaması ya da noksan yatırılması durumunda mahkeme tarafından izlenecek yöntem İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6'ncı maddesinde olduğu gibi açık bir hükme bağlanmamıştır. Bir başka ifade ile peşin ödenmesi gereken harcın ödenmemiş ya da noksan ödenmiş olması durumunda yapılacak işlem ve bu işleme ilişkin süreyi düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6'ncı maddesinin karşılığı açık bir hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamaktadır. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tabi davalar açısından da uygulamada harç eksikliğinin tamamlanması için ilgiliye süre verilmesi yoluna gidilmektedir. Anılan Kanun uyarınca iki konuda belirsizlik olduğunu söylemek mümkündür. Birincisi, peşin harcın ödenmemiş ya da eksik ödenmiş olduğunun tespiti durumunda ne yapılacağına ilişkindir. Harçlar Kanunu'nun 27, 32 ve 127'nci maddeleri uyarınca bu durumda müteakip işlemler yapılamayacaktır. Müteakip işlemlerin yapılabilmesi için davacıya bir bildirim yapılarak eksik ödenmiş ya da hiç ödenmemiş peşin

dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Anılan maddenin 2'nci fıkrası ile "gider avansı"nın yeterli olmadığına dava sırasında anlaşılması hâlinde, mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya "iki haftalık kesin süre" verileceği hüküm altına alınmış olmasına rağmen yargılama harçlarının hiç ya da eksik yatırılmış olması durumunda süre verilip verilmeyeceği, süre verilecek ise ne kadar süre verileceği ya da verilecek sürenin niteliği hususları hükme bağlanmamıştır. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/1-(g) maddesi ile "davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması" dava şartları arasında sayılmış ve 115'inci madde ile de mahkemenin, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracağı, tarafların da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebileceği, mahkemenin, dava şartı noksanlığını tespiti halinde davanın usulden reddine karar vereceği, ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre vereceği, bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedeceği hükme bağlanmış iken peşin harcın ödenmemesi hususu hükme bağlanmamıştır. Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 344'üncü maddesinde, "İstinaf dilekçesi verilirken, istinaf kanun yoluna başvuru harcı ve tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere tüm giderler ödenir. Bunların hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirilir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir." hükmü ile istinaf yoluna başvuru nedeniyle ödenecek harcın hiç ödenmemesi ile eksik ödenmesi durumunda yapılacak işlemler ve bunlara ilişkin süre açıkça düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 366'ncı maddesinde yer alan bu Kanun'un istinaf yolu ile ilgili 343 ilâ 349 ve 352'nci maddeleri hükümlerinin temyizde de kıyas yoluyla uygulanacağı hükmü nedeniyle istinaf yoluna başvuru harçları için geçerli olan hükümler temyiz harçları için de kıyas yoluyla geçerli olacaktır. Bu itibarla istinaf ve temyiz harçlarının eksik ya da hiç ödenmemesi durumunda yapılacak işlem ve süreler açık bir hükümle kurala bağlanmış iken ilk derece mahkemesinde açılan davalar nedeniyle ödenmesi gereken harcın eksik ya da hiç ödenmemiş olması durumunda yapılacak işlemler ve bu işlemlere ilişkin sürelerin hüküm altına alınmamış olması önemli bir eksikliklerdir.

harcın tamamlatılıp tamamlanmayacağı ilk olarak çözüme kavuşturulması gereken meseledir. İkinci olarak çözümlenmesi gereken mesele ise bildirim yapılarak bir süre verilmesi durumunda söz konusu harcın bu süre içinde de ödenmemesi halinde ne yapılacağına²⁶ ilişkindir.

Doktrinde, harcın ödenmemiş olduğunu tespit eden mahkemenin, harcı ödemekle yükümlü olan tarafa süre vermesi gerektiği savunulmaktadır.²⁷ Mahkeme, peşin ödenmesi gerekli maktu ya da nispi karar ve ilam harcının ödenmeden ya da eksik ödenerek dava açıldığını fark ettiğinde ilgiliye süre vermesi durumunda bu süre ne kadar olacaktır? İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6'ncı maddesi ile otuz gün olarak belirlenen ve ödenmeme halinde bir kez daha verilen bu sürenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Harçlar Kanunu'nda belli edilmediği gözönünde bulundurularak mahkeme tarafından serbestçe tayin edilmesi mümkün müdür?²⁸ Ya da bu harç eksikliği fark edildiğinde herhangi bir süre tanınmaksızın davanın işleminden kaldırılması kararı verilebilir mi? Harçlar Kanunu'nun 30'uncu maddesindeki noksan değer üzerinden peşin karar ve ilâm harcının ödenmemesi durumunda, dosyanın işleme konulmasının, noksan harcın ödenmesine bağlı olduğu şeklindeki

²⁶ Yargıtay verilen süreye rağmen harcın yatırılmamış olması durumunda; “*davanın açılmamış sayılması*” ile “*davanın müracaata bırakılması*” gerektiğini yönünde farklı kararlar vermiştir (ASLAN, s. 40; ALDEMİR, s. 281-283). Diğer taraftan, peşin harcın ödenmemiş olmasına rağmen, mahkemenin davaya devam edip hüküm vermesi durumunda Yargıtay, salt bu nedenle kararın bozulması gerektiğine hükmetmiştir (Yargıtay 10. HD., 18/06/1974, 3664/4478; Yargıtay 15. HD., 19/11/1981, 1594/2303). Ancak peşin harcın ödenmemesini bozma sebebi sayılmayıp, bu eksikliğin giderilmesi ve harcın ödenmesi için dosyanın mahkemesine geri çevrilmesi gerektiği yönünde verilmiş kararlar da mevcuttur (Yargıtay HGK., 12/05/1982, 9-1180/494).

²⁷ ASLAN, s. 40.

²⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 90'ıncı maddesinde sürelerin kanunda belirtileceği veya hakim tarafından tespit edileceği, hakim kendi tespit ettiği süreleri haklı sebeplerle arttırabileceği veya eksiltilebileceği, 94'üncü maddesinde de kanunun belirlediği sürelerin kesin olduğu, hakim tayin ettiği sürenin kesin olduğuna karar verebileceği, aksi halde belirlenen süreyi geçirmiş olan tarafın yeniden süre isteyebileceği, bu şekilde verilen ikinci sürenin kesin olduğu ve yeniden süre verilemeyeceği, kesin süre içinde yapılması gereken işlemi süresinde yapmayan tarafın o işlemi yapma hakkının ortadan kalkacağı hükme bağlanmıştır. Harcın ödenmemiş olması durumunda süre verilir verilmeyeceği ya da ne kadar süre verileceği hususu kanunda düzenlenmemiştir. Bu itibarla harç ödenmesi için eğer bir süre verilecek ise bu süreyi hakim tespit etmektedir. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir: Dilekçenin harç alınmadan kaydının yapılmış olması halinde davacıya *tanınacak makul süre içinde* gerekli harcın yatırılması sağlanarak yargılamaya bundan sonra devam olunması icap eder (Yargıtay 7. HD., 19/6/1990, 5272/7629); Harcı ödenmeyen dava dilekçesi kabul edilmiş ve mahkemece tensip suretiyle mahkeme esas defterine kaydedilmişse ödenmesi gereken harçlar dökümlü olarak belirtilip *uygun bir süre içinde* ödenmesi için davacıya tebligat yapılmalıdır (Yargıtay 16. HD., 14/3/1991, 11505/3851).

hüküm dayanak gösterilerek süre verilmesi gerektiği ileri sürülebilirse de bu hüküm tek başına işlem den kaldırma kararından önce süre verilmesine mesnet teşkil etmez. Söz konusu hükümden; işlem den kaldırma kararı, noksan harcın tamamlanması durumunda dosyanın işleme konulması kararı ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 409'uncu maddesine (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150'nci maddesi) yapılan yollama nedeniyle de söz konusu eksikliğin süresinde tamamlanmaması durumunda davanın açılmamış sayılması kararı verilmesi sonuçlarına ulaşmak mümkündür. Ancak, söz konusu hükümden, işlem den kaldırma kararının harcın ödenmediğinin tespit edilmesi üzerine derhal mi, yoksa bir bildirim yapılarak verilecek süre sonunda ödemenin yapılmaması üzerine mi verileceğini çıkarmak mümkün değildir. Bu belirsizlik aşıp süre verilmesi gerekir denildiğinde bu kez verilecek bu süre sonunda harç ödenmez ise ne karar verileceği meselesinin çözümü gündeme gelecektir. İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun'da olduğu gibi doğrudan davanın açılmamış sayılması mı yoksa önce işlem den kaldırma kararı mı verileceği sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Bu noktada Harçlar Kanunu'nun 30'uncu maddesi ile bu maddenin gönderme yaptığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 409'uncu maddesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150'nci maddesi) birlikte değerlendirildiğinde işlem den kaldırma kararı verilmesi ve bu karardan sonra davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerektiğini söylemek daha isabetli olacaktır.

Nitekim, doktrinde de eğer dosya işlem den kaldırılmayacak olsaydı, adı geçen hükümden dosyanın işleme konulmasından söz edilemeyeceği, aksine dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verilmesinin, usul ekonomisine ve menfaatler dengesine daha uygun olacağı, kaldı ki, eğer işlem den kaldırılan dava üç ay içinde yenilenmeyecek olursa zaten davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği belirtilmektedir. Öte yandan, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi yerine, dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verilmesi ve taraflara üç ay içinde davayı yenileme olanağının tanınması gerekir. Zira bu olanak tanınacak ve dava ilk bir ay içinde yenilenecek olursa, yeniden peşin nispi karar ve ilâm harcının ödenmesine gerek kalmayacak, davacı sadece daha önce ödememiş olduğu peşin harcı ödeyerek davaya devam edilmesini sağlayabilecektir. Ayrıca, dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verildiği takdirde, davanın derdestliği üç ay süreyle devam edeceği için, dava açılmasının sonuçları da böylece korunmuş olacaktır. Hâlbuki peşin harcın ödenmediği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilecek olursa, dava açılmasının da sonuçları ortadan kalkmış olacak (örneğin,

zamanaşımı kesilmesi hükümsüz hale geleceği için ya da hak düşürücü süre korunmuş olmayacağı için), bu durum davacının hak kaybına uğramasına sebep olabilecek ve ayrıca davacı açılmamış sayılan davasını açmak için yeniden harç ödemek durumunda kalacaktır.²⁹

Ancak, Harçlar Kanunu'nun 16'ncı ve 30'uncu maddesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde görüleceği üzere her iki madde de “nispi” karar ve ilam harcına ilişkindir. Yani maktu karar ve ilam harcını kapsamaz. Ayrıca her iki maddede de harcın noksan hesaplanması yani eksik harç ödenmiş olması söz konusudur. Madde lafzından harcın “hiç ödenmemiş”³⁰ olması durumunu çıkarmak oldukça zordur. Bu itibarla söz konusu maddelerden hareketle hiç ödenmemiş maktu karar ve ilam harcına ilişkin işlem tesis edilmesi açık bir yollama olmadığı müddetçe hukuken uygun değildir. Öte yandan nispi harcı düzenleyen bu maddelerin maktu harç için kıyasen uygulanmasının da hukuken muteber bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu sebeple maktu karar ve ilam harcının eksik ya da hiç yatırılmamış olması durumunda mahkemelerce ne yapılacağı, süre verilir verilmeyeceği ya da ne kadar süre verileceği ile sürenin niteliği hususunun açıkça düzenlenmesinde yarar vardır. Nispi harçlara benzer şekilde işlem den kaldırma ve davanın açılmamış sayılması prosedürü işletilecek ise bunun açık bir hüküm ya da ilgili maddelere gönderme yapan bir hüküm ihdas edilerek sağlanması yerinde olacaktır. Bir başka ifade ile Harçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun mevcut hükümleri eksik ya da hiç ödenmemiş olan “maktu” karar ve ilam harcının tespiti halinde yapılacak işlem hususunda açık bir hüküm taşıması nedeniyle bu

²⁹ ASLAN, s. 41.

³⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “Davanın açılma zamanı” başlıklı 118'inci maddesi, dava, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılır hükmünü amirdir. Arzuhallerin mahkeme kalemine kaydı tarihinde dava ikame edilmiş addolunur şeklinde benzer bir hüküm de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 178'inci maddesinde yer almakta idi. Davanın açılma zamanına ilişkin farklı Yargıtay kararları ve öğretide uzun süre devam eden tartışmaların ardından Yargıtay, 6/2/1984 tarihli 7/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile; harca tabi olmayan davalarda, hakim in dava dilekçesini havale tarihinde; harca tabi davalarda ise “*harcın ödendiği tarihte*” davanın açılmış sayılacağına karar vermiştir. Bu karara göre harca tabi bir davanın açılmış sayılabilmesi için peşin harcın ödenmiş olması gerekir. Harcın hiç ödenmemiş olması durumunda açılmış bir davanın varlığından söz edilmesi mümkün değildir. Bu yaklaşımın doğal bir sonucu olarak da hiç ödenmemiş bir harcın yargılama süreci içinde tamamlanması yönünde bir müesseseye ihtiyaç duyulmamıştır. Çünkü harcın hiç ödenmemiş olması durumunda açılmış bir dava ve başlamış bir yargılamadan bahsetmeye imkan yoktur. Bir başka ifade ile kural olarak davanın peşin harçları ödenmedikçe dava dilekçesi esas defterine kaydedilemez. Ancak, harca tabi bir dava dilekçesi hiç harç alınmadan esas defterine kaydedilmiş ise dava bu kayıt tarihinde açılmış sayılır ve davacıya tanınacak süre içinde gerekli harcın yatırılması sağlanarak yargılamaya bundan sonra devam olunur.

gibi durumlarda ilgiliye süre verilmesi ve bu süre içinde ödeme yapılmaması durumunda işlemden kaldırma kararı verilmesi uygulamasının yasal dayanağı bulunmamaktadır. Vergilerin kanuniliği anayasal ilkesi uyarınca mali yüküm niteliğindeki harçların ödeme zamanlarının da kanunla düzenlenmesi gerekir. Açık bir kanun düzenlemesi olmadan maktu harçlara ilişkin nispi harçlarla ilgili düzenlemelerin kıyas yoluyla uygulanmasında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Harçlar Kanunu'nun 16 ve 30'uncu maddeleri, her ikisi birlikte, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6'ncı maddesi ile hükme bağlanan "harcın eksik yatırılmış olması" halinde yapılması gereken işlemlerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki davalar açısından emsali niteliğindedir. Yukarıda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6'ncı maddesi hükmünün karşılığının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça yer almadığını belirtmiştik. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda eksik harç ödenmesi durumunda yapılacak işlemi düzenleyen hüküm bulunmamasından kaynaklanacak boşluğu Harçlar Kanunu'nun 16 ve 30'uncu maddeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150'nci maddesi hükmü (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 409'uncu maddesi) ile birlikte doldurmaktadır. Ancak belirtildiği üzere bu sadece "nispi" harçlar açısından mümkündür. Maktu harçlar Harçlar Kanunu'nun 16 ve 30'uncu maddelerine konu teşkil etmez. Ayrıca nispi harçlar açısından da sadece "eksik ödeme" halini düzenleyen Harçlar Kanunu'nun 16 ve 30'uncu maddelerinin, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6'ncı maddesi ile açıkça düzenlenen peşin harçların "hiç ödenmemiş" olma durumunu kapsadığını söylemek oldukça güçtür. Bu sebeple peşin ödenmesi gerekli maktu harçların hiç ödenmemiş olması durumunda yapılacak işlem ve verilecek süre konusundaki Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki davalar açısından, belirsizlik varlığını sürdürmektedir. Kanun da açık bir hüküm yer almaz iken "nispi harçların eksik ödenmesi" durumunda uygulanacak hükümlerin "hiç ödenmeyen maktu harçlar" ile "eksik ödenen maktu harçlar"a da kıyas yoluyla³¹ uygulanması vergilerin kanuniliği, açıklık, belirlilik, hukuki güvenlik

³¹ *Harca tabi davalarda, dava dilekçesinin esas defterine kaydedilmesi için gerekli harçların peşin ödenmiş olması gerekir. Çünkü bu harçlar ödenmeden müteakip işlemler yapılmaz (Harçlar Kanunu, md.27/3, 32). Ne var ki yazı işleri müdürü harçları ödenmemiş olan bir dava dilekçesini esas defterine kayıt etmiş ise, bu halde davanın esas defterine kaydedildiği tarihte açılmış sayılacağına kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır (HUMK, md.178). Yazı işleri müdürünün harçları alınmamış olan bir dava dilekçesini esasa kaydetmiş olması Harçlar Kanunu'nun 128'inci maddesindeki mali sorumluluğu gerektirir. Harca tabi dava dilekçesinin 3/12/1992 günlü tensip kararı ile esas defterine kaydı yapılmış taraflar duruşmaya çağrılmış davanın esasına girilmiştir. Artık bu aşamada davacının dava dilekçesi üzerindeki tasarrufunun kalktığı ve dilekçenin mahkemenin mali ve kontrolü altında olduğu çok açıktır. Şu durum karşısında, böyle bir evrede yapılacak iş eksik harç ödenmesi halinde*

ve istikrar ilkeleri³² ile bağdaştırmak zordur.

Harçlar Kanunu uyarınca dava açılırken peşin olarak yatırılması gereken maktu harç hiç yatırılmadan ya da eksik yatırılarak örneğin; idare mahkemesinde açılmış bir davada, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6'ncı maddesi işletilerek; harcın ödenmesi ya da tamamlanmasının talep edilmesi mümkündür. Bu durumda, dava açılırken ödenmeyen ancak daha sonra yapılan bildirim üzerine ödenen maktu karar ve ilam harcının, davanın açıldığı tarihten daha sonraki bir tarihte -anılan madde ile belirlenen süre içinde- ödenmesi mümkün olabilecektir. Benzer şekilde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki; maktu karar ve ilam harcı peşin olarak ödenmeden ya da noksan ödenerek açılan davalarda veya muhakeme sırasında tespit olunan değerler dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğunun anlaşılması üzerine noksan değer üzerinden harç tamamlanması gereken davalarda, maktu karar ve ilam harçlarının uygulamada mahkemelerce verilen süre³³ üzerine ödenmesi durumunda da ödeme zamanları değişiklik gösterebilecektir. Bu itibarla, davanın açılması sırasında ödenmeyen harçların dava açıldıktan sonraki bir tarihte ödenmesine imkan tanınmış olması, maktu karar ve ilam harcının ödeme zamanının kesin olmadığını göstermektedir.³⁴

yapılacak işlem ve izlenecek yöntemle ilgili harcın tamamlanması kuralınının "kıyas ve yorum yoluyla" uygulanması, tüm harçların yatırılması yönünden davacı yükümlüye önel verilmesi, önel süresince müteakip işlemlerin yapılmaması ancak davacının bu önele uygun davranmadığının tespit edilmesi halinde davanın o zaman açılmamış sayılmasına karar verilmesidir. Mahkemece, açıklanan yasal kuralların uygulanmasında yanlışlığa düşülerek yazılı şekilde dava dilekçesinin reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir (Yargıtay 13. HD., 25/01/1994, 62/489).

³² Hukuki güven ve verginin belirliliği ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. Abdullah TEKBAŞ, **Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi**, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını, Ankara, 2009, s. 268-286.

³³ Harca tabi davalarda harcın noksan yatırılması halinde, ilgisine *noksan harcı tamamlaması için önel verilmelidir*. Ancak, bu halde, davanın noksan da olsa harcın yatırıldığı tarihte açılmış sayılacağı kabulü icabeder (Yargıtay HGK., 22/01/1992, 14-589/11). Davanın açılmasına esas teşkil eden harç başvuru harcı ve 1/4 peşin karar ve ilam harcıdır. Ancak bunlardan başvuru harcı sırf davanın açılmasıyla ilgili olarak baştan tamamı alınması gereken bir harç olup, peşin harcın ikmal edilmesi ise mümkündür. Alınması gereken harçlardan başvuru harcı alınıp, peşin harç alınmamışsa dava başvuru harcının alındığı tarihte açılmış sayılır. *Karar ve ilam harcının yatırılmamış olması halinde ilgiliye yatırılması için süre verilir* ve harç tamamlanana kadar takip eden işlemler yapılmaz. HUMK'nın 409'uncu maddesinde gösterilen süre içinde dosyanın işleme konulması harcın ödenmesine bağlıdır (Yargıtay HGK., 2/6/1999, 5-299/483).

³⁴ Uygulamada maktu harçların eksik ya da hiç yatırılmamış olması durumunda bu harçlara ilişkin vergi dairesine harç tahsil müzekkeresi yazılmamaktadır. Oysa ki, Harçlar Kanunu'nun 37 ve 130'uncu maddeleri uyarınca bu kanunda ödenmeleri için "belli bir süre" tespit edilmiş

Harçlar Kanunu'nun³⁵ yanı sıra usul kanunlarında da peşin ödenmesi gerekli maktu karar ve ilam harcının ödeme zamanına ilişkin açık ve kesin bir tarih, bir vade bulunmaması bir başka ifade ile ödeme süresindeki değişkenlik, hatta bazı hallerde belirsizlik, davanın açıldığı tarihte peşin ödenmesi gereken maktu karar ve ilam harçlarının ödenmemiş ya da noksan ödenmiş olması durumunda; bu harçlar için, peşin ödenmeleri gereken davanın açıldığı tarih ile süre verilmesi sonucunda fiilen ödendikleri tarih arasındaki zaman için gecikme zammı uygulanamamasına yol açmaktadır.

2.2. Nispi Karar ve İlam Harcının Ödeme Zamanı

Konusu para veya para ile değerlendirilen bir şey olan, yani mamelek hukukundan doğan davalarda, nispi karar ve ilâm harcı alınır.³⁶

Buna göre, nispi karar ve ilam harcı konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda yalnız hüküm (esas hakkında karar) verilmesi halinde alınır. Usule ilişkin nihai kararlarda ve davanın konusuz kalması halinde verilecek kararlarda karar ve ilam harcı nispi değil, maktudur. Bundan başka karar ve ilam harcı davanın tamamen veya kısmen kabulü halinde verilen hükümlerden alınır. Davanın tamamen reddi halinde ise karar ve ilam harcı nispi değil, maktu alınır.³⁷ Nispi karar ve ilam harcı esas olarak, davanın tamamen ya da kısmen kabulü halinde verilen kararlardan alınmaktadır. Çünkü, burada konusu belli bir değerle ilgili bulunan uyumsuzluğun esasına ilişkin bir karar verilmesiyle, nispi karar ve ilam harcı bakımından harcı doğuran olay gerçekleşmiş

olan harçların süresi içinde ödenmemiş olması durumunda ilgili vergi dairesine bildirilmesi gerekir. Maktu karar ve ilam harcı için böyle bir bildirimde bulunulmaması; bu harçların "kanunda ödenmeleri için belli bir süre tespit edilmiş" harç kategorisinde olmadığını göstermektedir. Nitekim, Harçlar Kanunu gerekçesinde, "ödemeye için belli bir süre tespit edilmiş" fakat çeşitli sebeplerle ödenmemiş olan harçlar, ilgili makam ve daireler tarafından sürenin sonundan itibaren onbeş gün içinde bir müzekkere ile o yerin vergi dairesine bildirileceği ve bundan sonra söz konusu harcın vergi daireleri tarafından takip ve tahsil olunacağı belirtilmiştir.

³⁵ Harçlar Kanunu gerekçesinde yer alan, "*Maktu harçlar; genel olarak ilgili bulunduğu işlemin yapılmasından önce peşin olarak ödenecektir. Ancak mahiyetleri icabı için sonunda hesap edilip alınması gereken maktu harçlar, harç alacağından doğması tarihinden itibaren 15 gün içinde ödenecektir. Maktu harçlardan olan celse harçlarında ise harç, halen mer'i olan kanundaki tabikatin aksine muhakemenin nihayete ermesinden sonra, karar ve ilam harcı ile birlikte ödenecektir.*" şeklindeki açıklamadan da maktu harçlar için Kanun'da kesin bir ödeme tarihinin belirlenmemiş olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

³⁶ Hakan PEKCANITEZ / Oğuz ATALAY / Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 981-982; Ergun ÖNEN, **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979, s. 126-127.

³⁷ Baki KURU, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Demir, İstanbul, 2001, s. 5307.

olmaktadır. Bir başka deyişle, özel kişilerin, konusu belli bir değerle ilgili bulunan uyuşmazlıklarının mahkemeler aracılığıyla çözümlenmesi nispi karar ve ilam harcı bakımından harcı doğuran olay olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁸ Karar ve ilam harcının, peşin ödenen harç dışında kalan, dörtte üçünün ödenmesinin istenebilmesi, daha doğrusu mahkemenin davalıyı nispi karar ve ilam harcına mahkum edebilmesi için, davanın esası hakkında karar verilmiş ve bu hükmün davacının lehine bulunması, yani davacının davayı tamamen veya kısmen kazanmış olması gerekir.³⁹

Harçlar Kanunu'nun 24/5/2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle 11/06/2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere değişik 28/1-a maddesi uyarınca, karar ve ilam harçlarının dörtte biri peşin,⁴⁰ geri kalanı kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir.⁴¹ Anılan madde hükmü değişmeden önce; “*Karar ve ilam harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir*” şeklinde idi.⁴² Söz konusu maddenin eski hali ile karar ve ilam harcının bakiye dörtte üçlük bölümü için kesin bir vade tarihinin belirlendiğini söylemek güçtür. Bakiye karar ve ilam harcının ödeme zamanının kararın verilme tarihine bağlı olarak belirlenmesi durumunda harç mükellefinin kararın verildiği tarihi her zaman bilmesi mümkün olmadığından, kesin bir ödeme zamanından bahsetmek mümkün değildir.⁴³ Kararın verildiği tarihten iki aydan daha fazla bir süre

³⁸ PINAR, s. 93-94; Zekeriya YILMAZ, **Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekalet Ücreti**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s. 249.

³⁹ ALDEMİR, s. 280.

⁴⁰ Ölüm ve cismani zarar sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında peşin alınan harcın oranı yirmide bir olarak uygulanır. Bu durumda bakiye karar ve ilam harcının oranı yirmide ondokuz olacaktır.

⁴¹ Harçlar Kanunu'nun 55'inci maddesinin 1'inci fıkrası ile vergi mahkemelerinde başvurma harcının peşin olarak ödeneceği hükme bağlandığı halde nispi ve maktu karar ve ilam harçları için aynı şey söylenmemiştir. Bir başka deyişle Harçlar Kanunu'nun 28/1-a maddesi hükmüne benzer bir düzenleme vergi yargısı harçları için getirilmemiştir. Bu düzenleme biçimine göre, vergi davalarında nispi karar ve ilam harçlarının peşin alınamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Esasen uygulamada da vergi mahkemelerinde bu harçlar peşin olarak alınmamaktadır (Turgut CANDAN, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 318).

⁴² Nitekim Kanun gerekçesinde, nispi harçların 1/4'ünün peşin, geri kalanının ise kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde tahsil edileceği belirtilmiştir.

⁴³ Harçlar Kanunu'nun 28/1-a maddesindeki “karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiliye ilamın verilmeyeceği” yolundaki ibare, kararın tebliğinden önce ilam harcının tahsilini sağlamak amacıyla getirilmiş olup, ilam harcının vade başlangıcını tesbit eden bir hüküm niteliğinde değildir (Danıştay 9. Dairesi'nin 15/11/2006 tarih ve E.2004/3936, K. 2006/4415 sayılı kararı).

geçtikten sonra, mahkeme kararı davacıya tebliğ edilmiş olabilir. Hatta kararın yazılması ile karar tarihi arasında iki aydan daha fazla bir zaman farkı olabilir. Bu durumda, ödeme tarihi harcın mükellefinin kusuru olmaksızın geçmiş olacaktır. Ayrıca, bazı davalarda, kısa kararın duruşmada açıklandığı tarih itibarıyla, nispi harca esas tutar bir başka ifade ile harcın matrahı ve dolayısıyla da harcın tutarı belli olmayabilir.⁴⁴ Bu gibi durumlarda kesin bir vadeden ve ödeme süresinden bahsetmek güçtür. Oysa ki vergilerin kanuniliği anayasal ilkesi uyarınca ödeme zamanı da vergilendirmede asli bir unsur olup bunun kanunda belirlenmiş olması lazımdır.⁴⁵ Bunun da ötesinde hukuki belirlilik ve güven ilkesi uyarınca bu tarihin kesin ve anlaşılır bir şekilde belirlenmiş olması gerekir.⁴⁶ Bu itibarla Harçlar Kanunu'nun 28'inci maddesinin önceki hali ile bakiye dörtte üçlük karar ve ilam harcının ödenmesine ilişkin kesin bir vade belirlendiğini söylemek oldukça güçtür.

⁴⁴ Genelde uygulamada kısa kararın mahkemede duruşmada açıklanması sırasında, açıklanan kararın harcının ne kadar olduğu çoğu durumlarda henüz hesaplanmamış olduğu için bilinmemekte olduğu, borçlu olunan bu meblağ ancak gerekçeli kararın mahkemeye hazırlanıp yazılması, kararın tebliğe çıkarılacak hale gelmesi ile açıklığa kavuşmakta olduğu, kararın hazırlanması, tebliğe çıkarılacak hale gelmesi tarihlerinin tesbiti tam olarak mümkün olamayacağı gibi bu tarihin, davanın tarafları olan kişilerce de bilinmesi imkansız olduğundan, vade tarihinin başlangıcının belirlenmesi gerekir (Danıştay 9. Dairesi'nin 15/11/2006 tarih ve E.2004/3636, K.2006/4415 sayılı kararı). Benzer içerikte karar için bkz. Danıştay 9. Dairesi'nin 15/02/2006 tarih ve E.2005/573, K.2006/134 sayılı kararı.

⁴⁵ Devletin vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlüklerinin de sınırını oluşturduğundan, bu yetkinin keyfiliğe kaçacak biçimde kullanılmasının önlenmesi, hukuk devleti olmanın gerekleri arasında öncelikli bir yere sahip bulunmaktadır. Vergilendirme alanında olası keyfi uygulamalara karşı düşünülen ilk önlem kuşkusuz yasallık ilkesidir. Anayasa koyucunun, her çeşit mali yükümlerin yasayla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasını buyururken, keyfi, takdiri ve sınırsız ölçülere dayalı uygulamaları önleyecek ilkelerin yasada yer alması amacını güttüğünde kuşku yoktur. Yasa koyucunun, yalnızca konusunu belli ederek bir mali yükümlün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun, yasayla konulmuş sayılması ve Anayasa'ya uygunluğunun kabulü için yeterli değildir. Mali yükümlerin, konusu, yükümlüleri, matrah ve oranları, muafık istisna ve indirimleri, mahsup ve iadesi, yükümü doğuran olay, tarih ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, zamanasını gibi çeşitli yönleri vardır. Bu bakımdan yükümlüklerin, belli başlı unsurları da açıklanarak ve temel hukuki çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek yasayla düzenlenmeleri, vergi unsurlarının açık bir şekilde yasada yer alması ve uygulayanların anlayışına ve yorumuna bırakılmaması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 14/02/2012 tarih ve 28204 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 17/11/2011 tarih ve E.2010/11, K.2011/153 sayılı kararı).

⁴⁶ Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Hukuki güvenlikle bağlantılı olan belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir (Anayasa Mahkemesi'nin 15/4/2015 tarih ve 29327 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1/4/2015 tarih ve E.2015/22, K.2015/37 sayılı kararı).

Kanun değişikliği ile karar ve ilam harcının bakiye dörtte üçlük kısmı için geçerli olan bu belirsizlik ortadan kaldırılmış açık ve kesin bir ödeme tarihi öngörülmüştür. Sürenin başlangıcının kararın davacıya yani harç mükellefine tebliğ edilmesine dayandırılması da tespiti objektif olarak mümkün ve ispat açısından da uygun bir düzenlemedir. Ayrıca, uygulamada idare mahkemeleri ilam ile birlikte, ödenmesi gereken bakiye karar ve ilam harcının tutar ve ödeme süresi gibi bilgileri içeren ayrı bir yazıyı da harç mükellefine tebliğ etmektedir.

Burada üzerinde önemle durulması gereken bir husus bakiye karar ve ilam harcının ödeme süresinin işlemeye başlaması için mahkeme kararının tebliğ edilmesinin yeterli olduğudur. Karara karşı kanun yollarına başvurulması, bir başka ifade ile kararın temyiz, istinaf⁴⁷ ya da itiraz başvurusuna konu edilmesi ödeme süresini etkilemeyecektir.⁴⁸ Öte yandan, mahkeme kararında hükme bağlanan karar ve ilam harcının ödenmesi için hükmün kesinleşmesi şartı aranmaz. Benzer olarak, kararın kesinleşmesinden sonra icraya konulabilecek hükümler⁴⁹ için dahi kararda hükmedilen harcın ödenmesi kesinleşme şartına

⁴⁷ İstinaf hakkında geniş bilgi için bkz. Tolga AKKAYA, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

⁴⁸ Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 23/05/1996 tarih ve E.1994/991, K.1996/362 sayılı kararlarla yükümlü adına yargı harcına hükmedildiği, bu karara dayanılarak düzenlenen harç tahsil müzekkeresinin davalı vergi dairesine gönderilmesi üzerine verilen süre içerisinde ödenmeyen yargı harcının tahsili amacıyla dava konusu edilen ödeme emrinin düzenlendiği anlaşılmıştır. Harçlar Kanunu'nun 27/2, 28/a ve 37'nci maddeleri gözönüne alındığında yükümlünün, Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesi'nin anılan kararını temyiz etmesinin yargı harcı ödemesini ortadan kaldıracak bir durum yaratmadığı açıktır. Bu nedenle mahkemece harca konu olan kararın "kesinleşmediği" gerekçesiyle yükümlü adına düzenlenen ödeme emrinin iptal edilmesinde yasal isabet bulunmamaktadır (Danıştay 9. Dairesi'nin 19/11/2003 tarih ve E.2001/1895, K.2003/5187 sayılı kararı). 6183 sayılı Kanun'a istinaden Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan Tahsilat Genel Tebliği'nin (Seri:A, Sıra No:1) 3/I-4 bölümünde; "*Mevzuatımızda yargı harçları (karar ve ilam harçları hariç) ile mahkeme giderlerinin kesinleştikten ne kadar süre sonra ödeneceği hakkında bir hüküm bulunmadığı...*" düzenlemesi yer almaktadır. Burada yer alan "*kesinleştikten*" ibaresi yargı harçlarının ödenmesinin kesinleşme şartına bağlı olduğu şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Bu sebeple söz konusu düzenlemenin yargı harçlarının ödenmesinin kesinleşme şartına bağlı olmadığı yönündeki yasa hükümleri ve yargı içtihatlarına uyumu tartışmaya açıktır.

⁴⁹ Çeşitli kanunlarda tahdidi biçimde sayılmış olan davalara ait ilamlar kesinleşmedikçe icraya konulamaz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 350'nci maddesinin 2'nci fıkrası ile 367'nci maddesinin 2'nci fıkrasında; kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararların kesinleşmedikçe yerine getirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Gemilere ve bunlarla ilgili aynı haklara ilişkin kararlar, kesinleşmedikçe icra edilemez (2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu md.31/a). Yabancı mahkeme kararlarının tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların temyizi yerine getirmeyi durdurur (5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun md.57). Ceza mahkemelerinin Devlete ait yargılama giderlerine ilişkin kararları Harçlar Kanunu hükümlerine göre; kişisel haklara

bağlı değildir.⁵⁰

Dolayısıyla Harçlar Kanunu'nun 28'inci maddesindeki bakiye karar ve ilam harcının kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödeneceği yönündeki düzenleme ödeme zamanını kesin olarak belli etmeye yetecek nitelikte olup usul kanunlarında da bu kesin ve belli ödeme zamanını değiştirecek bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu süre içerisinde ödenmeyen bakiye karar ve ilam harcı için gecikme zammı hesaplanması mümkündür.

Harçlar Kanunu'nun 32'nci maddesi gereğince kural olarak yargı işlemlerinde alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz⁵¹ ise

ilişkin kararları İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yerine getirilmekle birlikte (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md.324/4) bunun için kararın kesinleşmesi gerekmektedir (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun md.4). Sayıştay ilamları kesinleşmeden icra olunamaz (6085 sayılı Sayıştay Kanunu md.53). İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin gerek esas hakkındaki gerekse yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararları üzerine, idarenin "en geç otuz gün içinde" işlem tesis etmesi veya eylemde bulunması gerekmektedir. Bu fıkranın 4001 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle değişik şeklinde yer alan ve yargı kararı gereğinin otuz günde yerine getirilmesi mecburiyetine istisna niteliği taşıyan "Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında, bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir." cümlesi Anayasa Mahkemesi'nin 10/07/2013 tarih ve E.2012/107, K.2013/90 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında ise idari davalara ilişkin kararların gereğinin yerine getirilmesi için kesinleşme şartı aranan bir dava türü kalmamıştır.

⁵⁰ "1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 443'üncü maddesinde gayrimenkule ve buna müteallik aynı haklara ilişkin hükümlerin kesinleşmedikçe icra olunamayacağı öngörülmüştür. Anılan Yasa hükmü ile gayrimenkulun aynına ilişkin olup icrasını halinde ileride telifisi imkansız veya güç zararların doğmaması amaçlanmıştır. Gayrimenkulun tescilli davasında tescil kararının icrasını üzerine ilgilinin gayrimenkulun satışı veya devri mümkün olup ileride kararın bozulması durumunda eski malikin haklarının telifisi mümkün olamayacağından bu durumların yaşanmaması düşüncesi ile yasa koyucuyu bu yönde tedbir alma yoluna gitmiş bulunmaktadır. Sonuç olarak bu tedbir gayrimenkulun aynına ilişkin hükümlerle sınırlıdır. Harçlar Kanunu bakımından ise yargı harçlarının hangi durumlarda alınacağı ve tahsil usulleri düzenlenmiş olup, bu konuda verilen kararın nevine göre farklı bir düzenleme ve istisna öngörülmemiştir. Ayrıca verilecek kararın bozulması durumunda verilecek yeni kararda, daha önce verilen kararda hükmedilen harcın dikkate alınacağı da yasa da düzenlenmiştir. Bu durumda gayrimenkul tescilli davasında öngörülen yargı harcının alınabilmesi için kesinleşmesi gerekmediğinden, yargı harcının tahsil için düzenlenen ödeme emrini, taşınmazın tesciline ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra icraya konulabileceği gerekçesiyle iptal eden vergi mahkemesi kararında isabet görülmemiştir." (Danıştay 9. Dairesi'nin 16/11/2005 tarih E.2004/927, K.2005/3307 sayılı kararı).

⁵¹ Anayasa Mahkemesi 17/03/2010 tarih ve 27524 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 14/01/2010 tarih ve E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararı ile Harçlar Kanunu'nun 32'nci maddesinde yer alan, "yargı işlemlerinde alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz" hükmünün; "Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılmayacağını belirten kural, bireylerin özel menfaatleriyle ilgili olarak yargı hizmetinden yararlanmalarını, bu hizmetin karşılığı olan harcın ödenmesi koşuluna

de 28'inci maddesinde, bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olmasının, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmeyeceği hükme bağlanmıştır.⁵² Dolayısıyla “bakiye” (dörtte üç oranındaki) karar ve ilam harcının ödenmemiş olması Harçlar Kanunu ile bir müeyyideye bağlanmamıştır. Bu harcın zamanında ödenmemesinin müeyyidesi gecikme zammı uygulanmasıdır. Zira, bakiye karar ve ilam harcı için kanunla belirlenmiş kesin ve açık bir ödeme zamanı söz konusudur. Kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına ve takibe konulmasına engel olmaz iken, süresinde ödememe gecikme zammı uygulanmasına sebebiyet vermektedir.

Karar ve ilam harcının “peşin” olarak ödenmesi gereken dörtte birlik kısmı için meseleyi ele aldığımızda, bu kısmın ödeme zamanının Harçlar Kanunu'nun 28/1-a maddesinde 24/5/2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle 11/06/2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yapılan değişiklikten etkilenmediği bir başka ifade ile anılan maddenin değişiklik öncesindeki ve sonrasındaki hali uyarınca bu kısım için “peşin” ödeme kuralının geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Harçlar Kanunu'nun 28/1-a maddesinde, nispi karar ve ilam harcının dörtte birlik kısmının ödenmesine ilişkin olarak kullanılan “peşin” ibaresinden, davanın açılması sırasında yapılan ödeme anlamını çıkarmak mümkündür. Ancak tek başına bu ibare dörtte bir tutarındaki karar ve ilam harcının ödenme zamanına ilişkin açık ve kesin bir tarih belirlemeye yetmemektedir. Dörtte bir oranındaki nispi karar ve ilam harcı peşin ödenmeden ya da eksik ödenerek dava açılması mümkündür. Nitekim, uygulamada karar ve ilam harcının peşin ödenmesi gereken dörtte birlik kısmı ödenmeden ya da eksik ödenerek dava açılması durumunda; mahkemece harcın ödenmesi ya da tamamlanması hususunda ilgiliye bildirim yapılmakta ve süre⁵³ verilmektedir. Yukarıda yer alan, maktu

bağladığından, hak arama özgürlüğünü sınırlandıran bir nitelik taşımamaktadır.” gerekçesi ile Anayasa'nın 36'ncı maddesine aykırı olmadığına hükmetmiştir.

⁵² Anayasa Mahkemesi, Harçlar Kanunu'nun, 28'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin “*Karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez*” biçimindeki ikinci tümcesini Anayasa'nın 2'nci ve 36'ncı maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 17/03/2010 tarih ve 27524 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 14/01/2010 tarih ve E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararı). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 302'nci maddesi uyarınca da; taraflar, harcın ödenmiş olup olmamasına bakılmaksızın ilamı her zaman alabilirler, bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez. Harçlar Kanunu dâhil, diğer kanunların bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz.

⁵³ Peşin ödenmesi gereken; dörtte bir oranındaki nispi karar ve ilam harcı veya maktu karar ve

karar ve ilam harcının peşin ödenmesine ilişkin yapılan açıklamalarda yer alan gerekçelere benzer şekilde, dörtte bir oranındaki nispi karar ve ilam harcının ödenme tarihinin kesin bir tarih olarak saptanmadığını söylemek mümkündür. Zira, davanın açılması sırasında peşin ödenmeyen dörtte bir oranındaki nispi karar ve ilam harcının ödenmesi için tanınan süre nedeniyle bu harçların ödenme tarihi de değişkenlik gösterebilmektedir.

3. Karar ve İlam Harcı İçin Gecikme Zammı Uygulanması

6183 sayılı Kanun'un 51'inci maddesi uyarınca gecikme zammı amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren tatbik edilebilecektir. Bu itibarla gecikme zammı uygulamasında kamu alacağının vade tarihinin belli olması önem arz eder. Peşin ödenmesi gereken dörtte bir oranındaki nispi karar ve ilam harcından geriye kalan dörtte üç oranındaki karar ve ilam harcının ödeme tarihi, Harçlar Kanunu'nun 24/5/2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle 11/06/2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere değişik 28/1-a maddesi ile kesin bir tarih olarak belirlenmiştir. Buna göre dörtte üç oranındaki bakiye karar ve ilam harcı, harca konu mahkeme kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. Burada ödeme müddeti kararın tebliği ile başlamaktadır. Vadenin bitim tarihi de bir aylık sürenin son günüdür. Bu itibarla bakiye karar ve ilam harcı için ödeme süresi ve vade kanunla kesin olarak belirlenmiş olup söz konusu harcın ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için gecikme zammı uygulanması gerekir.

ilam harcı "hiç" ödenmeden ya da "noksan" ödenerek dava açılması durumunda bu harcın ödenmesi ya da tamamlanması için ilgiliye bildirim yapılarak süre verilmesinin idari yargı kapsamındaki davalar açısından yasal dayanağını İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6'ncı maddesi teşkil eder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki davalar açısından ise dörtte bir oranındaki nispi karar ve ilam harcının "noksan" ödenerek dava açılması durumunda bu harcın ödenmesi ya da tamamlanması için ilgiliye bildirim yapılarak süre verilmesini Harçlar Kanunu'nun 16'ncı ve 30'uncu maddelerine ve 30'uncu maddenin gönderme yaptığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 409'uncu (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150'nci maddesi) maddesine dayandırmak mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki davalarda, dörtte birlik nispi karar ve ilam harcı "hiç" ödenmeden dava açılması durumunda uygulamada, mahkemelerce ilgiliye süre verilmekle birlikte yukarıda maktu karar ve ilam harcına ilişkin bölümde açıklandığı üzere bu uygulamanın açık bir yasal dayanağı bulunmamaktadır. Harçlar Kanunu'nun 16'ncı ve 30'uncu maddeleri ve 30'uncu maddenin gönderme yaptığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 409'uncu maddesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150'nci maddesi) hükümleri (noksan ödemeye ilişkin) "kıyas" yoluyla "hiç" ödenmemiş olan dörtte bir oranındaki karar ve ilam harçları için de geçerli kılınmaktadır. Benzer şekilde, söz konusu hükümler "nispi" karar ve ilam harçlarına ilişkin olmakla birlikte hiç ödenmemiş olan ya da eksik ödenmiş olan "maktu" karar ve ilam harçları için de kıyas yoluyla uygulanmaktadır.

Harçlar Kanunu'nun 55'inci maddesi uyarınca vergi yargısı harçlarından (başvurma harcı hariç) nispi ve maktu harçlar, ihbarname esasına göre, ihbarnamenin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ilgili vergi dairesine ödeneceğinden bu harçlar için de ödeme zamanının kesin olarak belirlendiğini söylemek mümkündür.

Harçlar Kanunu'nun 28/1-a maddesinin 24/5/2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle değişmeden önceki halinde, yukarıda açıklandığı üzere bakiye karar ve ilam harcının ödeme süresinin başlangıcı "kararın verilme" tarihine bağlı olarak belirlenmiş olup bu sürenin her zaman davacılar tarafından bilinmemesi nedeniyle kesin bir ödeme süresinden bahsetmeye imkan yoktur. Nitekim, Danıştay Harçlar Kanunu'nun 28/1-a maddesinin eski haline dayanarak verdiği kararlarda⁵⁴ gecikme zammının uygulanabilmesi için vadenin belli olması gerektiği, oysa ki karar ve ilam harcının vade başlangıcının belli olmadığı, bu sebeple yapılacak tebligat ile 6183 sayılı Kanun'un 37'nci maddesi uyarınca ilgiliye bir aylık süre verilmesi ve gecikme zammı hesabının bu bir aylık süre sonundan başlatılması yönünde hüküm tesis etmiştir. Ayrıca, bir başka kararda, gecikme zammı hesaplanmasında vade başlangıcının karar tarihinden değil ancak yargı kararının tebliğini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağını hüküm

⁵⁴ 6183 sayılı Kanun'un 51'inci maddesi hükmünden gecikme zammının amme alacağının vadesinde ödenmemesinin bir müeyyidesi olduğu, amme alacağına gecikme zammının uygulanabilmesi için öncelikle alacağın doğması, vadesinin ve miktarının mükellef tarafından bilinmesi ve vade sonunda alacağın ödenmemiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, vadenin başlangıcı, amme alacağının geç ödemesi halinde istenecek olan gecikme zammı yönünden önem arz etmektedir. Diğer taraftan, Harçlar Kanunu'nun nisbi harçlarda ödeme zamanını belirleyen 28/1-a maddesinde, karar ve ilam harçlarının dörtte birinin peşin, geri kalanının kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödeneceği karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiliye ilamın verilemeyeceği, "süresinde ödenmeyen harçlar" başlıklı 37'nci maddesinde de, bu Kanunda ödeme zamanı gösterilen harçlardan süresinde ödenmeyenlerin, ilgili mahkeme ve daireler tarafından sürenin sonundan itibaren onbeş gün içinde bir yazı ile o yerin vergi dairesine bildirileceği ve harçların vergi dairesince tahsil olunacağı belirtilmektedir. Yukarıda açıklanan 28/1-a madde hükmündeki "karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiliye ilamın verilmeyeceği" yolundaki ibare, kararın tebliğinden önce ilam harcının tahsilini sağlamak amacıyla getirilmiş olup, ilam harcının vade başlangıcını tesbit eden bir hüküm niteliğinde değildir. Kararın hazırlanması, tebliğe çıkarılacak hale gelmesi tarihlerinin tesbiti tam olarak mümkün olamayacağı gibi bu tarihin, davanın tarafları olan kişilerce de bilinmesi imkansız olduğundan, vade tarihinin başlangıcının belirlenmesi gerekmektedir. Bütün bu açıklamalar karşısında, mahkemelerce harç tahsil müzekkeresinin vergi dairesi müdürlüğüne gönderilmesi üzerine 6183 sayılı Kanun'un 37'nci maddesi uyarınca idarece mükelleflere usulüne uygun bir tebligat yapılarak bir aylık ödeme süresi verilmesi ve bu sürenin sonunda harcın ödenmemesi halinde gecikme zammı uygulanması gerekmektedir (Danıştay 9. Dairesi'nin 15/11/2006 tarih E.2004/3636, K.2006/4415 sayılı kararı).

altına almıştır.⁵⁵ Harçlar Kanunu'nun 28/1-a maddesinin 24/5/2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle 11/06/2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere değişik şekilde karar ve ilam harcının kararın tebliğinden itibaren bir aylık süre içinde ödeneceği yönündeki düzenleme bakiye karar ve ilam harcının ödenmesi gereken tarihi kesin olarak belirlediği için 6183 sayılı Kanun'un 37'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca Maliye Bakanlığı'na belirtilecek usule göre mükellefe tebligat yapılmasına gerek kalmaksızın vade tarihinden itibaren gecikme zammı hesaplanması mümkündür. Anılan madde uyarınca tebligat yapılması için amme alacağının hususi kanunlarında ödeme zamanının tespit edilmemiş olması gerekir. Oysa Harçlar Kanunu'nun 28/1-a maddesi ile dörtte üç oranındaki bakiye karar ve ilam harcı için ödeme zamanı tespit edilmiştir. Nitekim Tahsilat Genel Tebliğinde⁵⁶ de karar ve ilam harçlarının peşin ödenmesi gereken kısmından bakiye kalan tutarların ödeme zamanının mahkeme kararının ilgisine tebliğinden itibaren bir ay olarak belirlenmiş olduğu, mahkemelerce vergi dairelerine gönderilen yazılarda belirtilen tebligat tarihi esas alınarak hesaplanacak bir aylık sürenin bitim tarihinin bu alacakların vade tarihi olarak kabul edileceği, ödeme süresi içerisinde ödenmeyen karar ve ilam harçlarının takibine ödeme emri tebliği ile başlanılacağı ve vade tarihinden tahsil tarihine kadar geçen süre için "gecikme zammı" hesaplanacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu itibarla ödeme vadesi kanun ile kesin olarak belirlenmiş bakiye karar ve ilam harcı için 6183 sayılı Kanun'un 37'nci maddesinde yer alan "ödeme süresi belli olmayan" amme alacakları için geçerli tebligat prosedürüne⁵⁷ gerek bulunmamaktadır.

⁵⁵ Vergi Daireleri İşlem Yönergesi'nin 223/1 maddesinde yargı harçları ile mahkeme giderlerinin süresinde ödenmediğinin, harç tahsil müzekkeresi ile vergi dairesine bildirileceği, 223/2 maddesinde mahkemece düzenlenip ilgili vergi dairesine gönderilen harç tahsil müzekkerelerinin hesap defterine kaydedileceği, 223/3 maddesinde, defterin ilan cetveli yazılı nüshasının vergi dairesinin ilan tahtasına 10 gün süre ile ilan tebliğ edilmek üzere asılacağı ve 223/4 maddesinde de, ilan tarihine göre verilen bir aylık vadenin defterin ilgili sütununa yazılacağı ve vadesinde ödeme yapmayan mükellefler hakkında ödemeye çağrı mektubu düzenleneceği belirtilmiştir. Gecikme zammı hesaplanacaksa bunun vade başlangıcının, kararın tebliğ edildiği tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı tabiidir (Danıştay 9. Dairesinin 22/01/2004 tarih ve E.2001/5557, K.2004/622 sayılı kararı).

⁵⁶ Seri:A, Sıra No:1, Tahsilat Genel Tebliği, Bölüm 3/1-5.

⁵⁷ "Mevzuatımızda yargı harçları (karar ve ilam harçları hariç) ile mahkeme giderlerinin kesinleştikten ne kadar süre sonra ödeneceği hakkında bir hüküm bulunmadığından, bu ilamların borçlularına daha önce tefhim veya tebliğ edilmiş oldukları da dikkate alınarak 6183 sayılı Kanunun 37'nci maddesiyle Bakanlığımıza verilen yetkiye istinaden 1 aylık ödeme süresinin başlangıcı olacak tebligatın talik suretiyle yapılması uygun görülmüştür. Vergi dairelerince yargı harcı ve mahkeme giderlerine ilişkin harç tahsil müzekkerelerinin alınmasını müteakip talik suretiyle yapılacak tebliğlerde, borçlunun adı, soyadı, unvanı, biliniyorsa T.C. kimlik/vergi kimlik numarası, bilinen son adresi ile amme alacağının tutar

Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere Harçlar Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca “peşin” alınması gereken yani dava açılırken ya da ilgili işlem sırasında ödenmesi gereken harcın eksik ödenmesi ya da hiç ödenmemiş olması dava açılmasına engel olmayıp bu durumda ilgiliye harcın ödenmesi ya da tamamlanması için süre verilmektedir.⁵⁸ Bu sebeple peşin ödenmesi gereken maktu karar ve ilam harcı ile nispi karar ve ilam harcının dörtte birlik kısmı için kesin bir ödeme vadesinden söz etmeye imkan yoktur. Bu harçların ödenme tarihleri tanınan süre nedeniyle değişiklik gösterebilecektir. Bu sebeple söz konusu harçların vadesinde ödenmediğinden hareketle gecikme zammı uygulamaya imkan yoktur.

Nitekim uygulamada da bu harçlar için gecikme zammı alınmamaktadır. Örneğin;

-30/11/2015 tarihinde idare mahkemesinde açılan bir iptal davasına ilişkin maktu karar ve ilam harcının davanın açıldığı tarihte peşin olarak ödenmediği, davacıya İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 6’ncı maddesi uyarınca yapılan bildirim üzerine 30/01/2016 tarihinde ödendiğini varsayalım. Bu durumda, 30/11/2015-30/01/2016 tarihleri arasındaki süre için gecikme zammı uygulanmamakta, davanın açıldığı tarihte geçerli olan Harçlar Kanunu’na ekli (1) sayılı tarifede belirlenen tutardaki maktu karar ve ilam harcının tahsil edilmesi ile yetinilmektedir.

-Adli yargıda 01/12/2015 tarihinde eksik nispi karar ve ilam harcı ödenerek açılmış olan bir davada, harç eksikliği nedeniyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na istinaden dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verilmesi üzerine harç eksikliğinin 17/02/2016 tarihinde tamamlandığını varsayalım. Bu durumunda da 01/12/2015-17/02/2016 tarihleri arasındaki süre için eksik ödenen harca gecikme zammı uygulanmamaktadır.

-15/12/2015 tarihinde açılan ve maktu karar ve ilam harcına tabi olan bir dava nedeniyle, davanın açıldığı tarihte ödenmesi gereken 27,70-TL (2015

ve türünü gösterir bir cetvel 10 gün süreyle vergi dairesinin ilan koymaya mahsus mahalline asılacaktır. İlanın asılması ve indirilmesi tutanakla tespit edilecek, söz konusu 10 günlük ilan süresinin sonunda ilgiliye tebligat yapılmış sayılacaktır. Bu şekilde yapılan tebligat tarihinden itibaren 1 aylık sürenin son günü, amme alacağının vade tarihi olacaktır.” (Tahsilat Genel Tebliği, Seri:A, Sıra No:1, 3/1-4 bölümü).

⁵⁸ Harcın eksik yatırılmasının davanın açılması bakımından önemi yoktur. Harç sonradan tamamlanabilir (YILMAZ, s. 804).

yılı için belirlenen tutar)⁵⁹ maktu harç ödenmeksizin dava açılması üzerine mahkemece süre verilerek söz konusu harcın 14/02/2016 tarihinde ödendiğini farz edelim. Bu durumda da 15/12/2015-14/02/2016 tarihleri arasındaki süre için maktu harç tutarına gecikme zammı uygulanmamaktadır. Ayrıca, 14/02/2016 tarihinde, maktu harç olarak davanın açıldığı tarihte geçerli olan, bir başka ifade ile 2015 yılı için belirlenmiş olan 27,70-TL tutarında maktu karar ve ilam harcı ödenmektedir. Davanın açıldığı tarih ile harcın ödendiği tarih arasında geçen süre için gecikme zammı uygulanmadığı gibi, ödemenin yapıldığı 14/02/2016 tarihinde, maktu karar ve ilam harcı tutarı 29,20-TL (2016 yılı için belirlenen tutar)⁶⁰ olmasına rağmen, ödeme tarihinde geçerli olan değil davanın açıldığı tarihte geçerli olan harç tutarı tahsil edilmektedir.

Bu örneklerden de görüleceği üzere, söz konusu harçların “peşin” ödenmemiş olması durumunda süre verilerek daha sonra ödenmesine yasa imkan tanımaktadır.

Dava devam ederken ödenen maktu karar ve ilam harcı ile dörtte bir oranındaki nispi karar ve ilam harcı için gecikme zammı hesaplanmadığı gibi dava karara bağlandıktan sonra anılan harçlara ilişkin ödenmemiş bir tutar da kalmamaktadır. Peşin ödenmesi gereken “maktu karar ve ilam harcı” ile “dörtte birlik nispi karar ve ilam harcı” ya davanın açıldığı sırada peşin olarak ödenir ya da mahkemece verilen süre içinde ödenir. Verilen süre ile dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verilmişse bu karar uyarınca ödeme yapılmamış olması durumunda davanın açılmamış sayılması kararı verileceğinden artık ortada ödenmesi gereken bir harç kalmaz. Bir başka ifade ile peşin ödenmesi gereken maktu karar ve ilam harcı ile nispi karar ve ilam harcının dörtte birlik kısmı ister dava açılırken peşin olarak ödensin, ister verilen süre üzerine sonradan ödensin, isterse de bu iki durumda da ödenmemesi suretiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş olsun, her üç durumda da gecikme

⁵⁹ 30/12/2014 tarih ve 29221 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 73 Seri No’lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği ile belirlenen tutar.

⁶⁰ 25/12/2015 tarih ve 29573 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 75 Seri No’lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği ile Harçlar Kanunu’nun mükerrer 138’inci maddesinde yer alan, “Her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yılda uygulanan maktu harçlar (maktu ve nispi harçların aşgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dahil) o yıl için tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılır. Bu suretle hesaplanan harç tutarlarının 10 Yeni Kuruşa kadarki kesirleri nazara alınmaz.” hükmüne istinaden 30/12/2014 tarih ve 29221 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 73 Seri No’lu Harçlar Kanunu Genel Tebliği ile 2015 yılı için 27,70-TL olarak belirlenen maktu karar ve ilam harcı tutarına Maliye Bakanlığı’nca 2015 yılı için yeniden değerlendirme oranı olarak tespit edilen ve 10/11/2015 tarihli ve 29528 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 457 Sıra No’lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile ilan edilmiş bulunan % 5,58 (beş virgül elli sekiz) oranı uygulanmak suretiyle belirlenen tutar.

zammı hesaplanması söz konusu değildir. Davanın karara bağlandığı tarih itibarıyla ödenmemiş maktu karar ve ilam harcı ya da dörtte bir oranında nispi karar ve ilam harcı bulunmaz. Bu durum Harçlar Kanunu'nun peşin ödenmesi gereken harçlar ödenmeden müteakip işlemlerin yapılamayacağı hükmünün doğal bir sonucudur.

Oysa bakiye dörtte üçlük karar ve ilam harcı, dava karara bağlandıktan sonra ödenir. Bu aşamadan sonra söz konusu harçların tahsil edilmesi vergi dairelerinin görevidir.⁶¹ Bakiye karar ve ilam harcı mahkeme kararının tebliğinden itibaren bir aylık süre içinde ödenir. Bu süre içinde ödenmemesi durumunda bakiye karar ve ilam harcı için gecikme zammı hesaplanır. Çünkü, bu harç için ödeme süresi kanunda kesin olarak belli edilmiş olup mahkeme tarafından bu harcın ödenmesi hususunda süre verilmesi mümkün değildir.

Gecikme zammı uygulaması açısından önem arz eden ödeme süresinin belli olup olmamasına göre karar ve ilam harçlarını yukarıdaki açıklamalar ışığında ikiye ayırmak mümkündür. Bakiye dörtte üç tutarındaki karar ve ilam harcının ödeme süresi belli olup bu süre kararın tebliğinden itibaren bir aydır.

Peşin ödenmesi gereken karar ve ilam harcının dörtte birlik kısmı ile yine peşin ödenmesi gereken maktu karar ve ilam harcının ödeme süresi kural olarak davanın açıldığı tarih⁶² olmakla birlikte bu süre kesin bir süre olmayıp mahkemelerin hiç ödenmemiş ya da noksan ödenmiş harçlara ilişkin ödeme süresi vermeleri durumunda bu süreler değişkenlik göstermektedir. Bu itibarla karar ve ilam harçlarının tamamı için ödeme süresinin belli olduğunu söylemeye imkan yoktur.⁶³

⁶¹ Erdal TERCAN / Cumhuriyet RÜZGARESEN, "Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32'nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi", *EÜHFD*, C.XIV, Sa.1-2, s. 137-169, s. 142.

⁶² Necmeddin M. BERKİN, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 203.

⁶³ Tahsilat Genel Tebliği'nin (Seri:A, Sıra No:1) 3/1-4 bölümünde; "*Mevzuatımızda yargı harçları (karar ve ilam harçları hariç) ile mahkeme giderlerinin kesinleştikten ne kadar süre sonra ödeneceği hakkında bir hüküm bulunmadığı...*" düzenlemesinde yer alan "karar ve ilam harçları hariç" şeklindeki parantez içi düzenlemesi karar ve ilam harçlarını "ödeme süresi" açısından bir ayrıma tabi tutmadan bir bütün olarak değerlendirmiştir. Oysa karar ve ilam harçları tek tip olmayıp ödeme süresi ve bu sürenin kesinliği açısından; peşin ödenmesi gereken dörtte bir oranındaki karar ve ilam harcı ile mahkeme kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesi gereken bakiye dörtte üç nispetindeki karar ve ilam harcı arasında farklılık bulunmaktadır.

4. Ödeme Süresinden Sonra Mahkeme Veznesine Ödenen Karar ve İlam Harçlarına Gecikme Zammı Uygulanmaması

Harçlar Kanunu'nun 28/1-a maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesi gerektiği halde bu süre içinde ödenmeyen bakiye karar ve ilam harçları, Harçlar Kanunu'nun 37 ve 130'uncu maddeleri uyarınca ilgili mahkeme ve daireler tarafından sürenin sonundan itibaren onbeş gün içinde bir yazı ile o yerin vergi dairesine bildirilir. Bir aylık süre geçtikten sonra fakat onbeş günlük vergi dairesine bildirim süresi geçmeden, mahkeme veznesine yapılan ödemeler için, uygulamada gecikme zammı hesaplanmamaktadır. Oysa harcın ödeme vadesi kararın tebliğ tarihinden itibaren bir aylık süre sonunda dolmaktadır. Bir aylık sürenin sonundan itibaren vergi dairesine bildirim için mahkemelere verilen onbeş günlük süre harcın vadesine ilişkin değildir. Harcın vadesi dolduktan sonraki onbeş günlük süre içinde yapılan ödemeler de gecikme zammına konu teşkil eder. Uygulamada mahkemeler iş yoğunluğu nedeniyle genellikle süresinde ödenmemiş olan yargı harçlarına ilişkin vergi dairesine yapmaları gereken bildirim onbeş günlük süreyi de geçirerek yapmaktadırlar. Henüz vergi dairesine bildirilmeyen nispi karar ve ilam harçlarının mahkeme veznesine vadeyi müteakip onbeş günlük süre dolduktan sonra ödenmesi durumunda da yine gecikme zammı alınmamakta, sadece kararda hükmedilen bakiye karar ve ilam harcının tahsili ile yetinilmektedir. Örneğin;

-Davacıya 31/12/2015 tarihinde tebliğ edilen mahkeme kararında hükme bağlanan bakiye karar ve ilam harcının 31/01/2016 tarihine kadar ödenmesi gerekir. Bu tarihe kadar davacı tarafından ödeme yapılmaz ise bu tarihten itibaren on beş gün içinde yani en geç 15/02/2016 tarihine kadar mahkemece vergi dairesine bildirim yapılmalıdır. Davacı tarafından söz konusu harç vade tarihinden sonra ancak mahkemeye vergi dairesine bildirim için tanınan on beş günlük süre içinde yani 01/02/2016-15/02/2016 tarihleri arasında ödemesi durumunda gecikme zammı hesaplanmamaktadır.

Vergi dairesine yapılması gereken bildirim onbeş gün içinde yapılmadığı durumlarda da vergi dairesine bildirim yapılana kadar mahkeme veznesine ödenen bakiye karar ve ilam harçları için gecikme zammı tatbik edilmemektedir. Örneğin;

-31/07/2015 tarihinde tebliğ edilen mahkeme kararında hükme bağlanan bakiye karar ve ilam harcınının 31/08/2015 tarihine kadar ödenmesi gerekir. Bu süre içinde ödeme yapılmaz ise sürenin sonundan itibaren on beş

gün içinde, yani 15/09/2015 tarihine kadar vergi dairesine bildirim yapılması şarttır. Bu tarihe kadar mahkemece vergi dairesine bildirim yapılmamış ve davacı tarafından bakiye karar ve ilam harcı 20/10/2015 tarihinde mahkeme veznesine ödenmiş olması halinde, harcın ödenmesi gereken son gün olan 31/08/2015 tarihi ile ödemenin yapıldığı 20/10/2015 tarihi arasındaki süre için de gecikme zammı hesap edilmemektedir.

6183 sayılı Kanun'un 52/2 maddesi uyarınca gecikme zammının önceden borçluya bildirilmesine gerek yoktur. Bu sebeple karar ve ilam harcının mahkeme veznesine ödenmesi sırasında önceden bir bildirim yapılmasına hacet olmaksızın gecikme zammının istenilmesi gerekmektedir.

Ödeme süresi geçtiği halde gecikme zammı hesaplanmadan mahkeme veznelerine ödenen karar ve ilam harçlarına ilişkin olarak, ödenmiş olmaları sebebiyle, Harçlar Kanunu'nun 37 ve 130'uncu maddeleri uyarınca vergi dairesine bildirim yapılmamaktadır. Vergi dairesine bildirim yapılmaması neticesinde, harcın aslı ödenmiş olmakla birlikte hesaplanması gerekli "gecikme zammı" vergi dairesi tarafından da takip ve tahsil⁶⁴ edilememektedir. Böylece, ödeme süresi geçtikten sonra mahkeme veznesine ödenmiş olan bakiye karar ve ilam harçları süresinde ödenmiş gibi muamele görmektedir. Oysa 6183 sayılı Kanun'un 52/3 maddesi uyarınca aslın ödenmiş olması gecikme zammının takip ve tahsiline engel değildir. Bir başka ifade ile ödeme süresi geçtikten sonra gecikme zammı ödenmeksizin harç aslının ödenmiş olması, gecikme zammının ayrıca takip ve tahsiline engel değildir. Yasal vadesi dolduktan sonra mahkeme veznelerine ödenen ancak gecikme zammı hesaplanmayan bakiye karar ve ilam harçlarına ilişkin vergi dairesine bildirim yapılması durumunda gecikme zammının takip ve tahsili vergi dairesi tarafından yapılabilecektir.

Gecikme zammı, Devlete ait paranın, mükellef tarafından kullanılması sonucu sağlanan yararın asıl sahibi olan Devlete geri verilmesi gereken ve ceza özelliği olmayan fer'i nitelikte bir kamu alacağıdır. Gecikme zammının bu özelliği nedeniyle kamu borçlusunun sorumlu tutulabilmesi için borcun vadesinde ödenmemesinden dolayı kusurlu olduğunu araştırmaya gerek yoktur.⁶⁵ Bu sebeple kanunda ödeme süresi açıkça belli olan bakiye karar ve ilam harcının, mahkeme kararının tebliğinden itibaren bir ay geçirildikten sonra ödenmesi durumunda gecikme zammı uygulanması kanun gereğidir.

⁶⁴ Abdurrahman AKDOĞAN, *Türk Vergi Sistemi ve Uygulaması*, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2004, s. 33.

⁶⁵ COŞKUN, s. 465.

Mükellefin kararın tebliğinden itibaren bir ay sonra ödeme yapmış olmasında kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın gecikme zammı tatbik edilmesi gerekir.

Her ne kadar mahkeme veznesine yasal süresinden sonra ödenen bakiye karar ve ilam harcına ilişkin olarak gecikme zammı tatbik edilmemesi şeklindeki hatalı uygulama harç mükelleflerinin lehine sonuç doğursa da kanuna aykırıdır. Bu uygulama kamu alacağının geç ödenmesini özendirilmekte, harcı zamanında ödeyen mükellefler aleyhine adaletsizliğe yol açmakta ve gecikme zammı gibi fer'i nitelikte de olsa bir amme alacağından Devleti mahrum bırakmaktadır. Bu durumun 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71'inci maddesi uyarınca *kamu zararına* sebebiyet verdiğini söylemek mümkündür. Ayrıca vergilerin kanuniliği ilkesi uyarınca, vergi tarh ve tahakkukunda olduğu gibi bir mali yükümün vadesinde ödenmemesi sebebiyle alınması gereken fer'i nitelikteki amme alacağından feragat edilmesi de ancak bir kanun düzenlemesi ile mümkün olabilecektir.

Sonuç

Kamu alacaklarının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısma vadenin bitim tarihinden itibaren gecikme zammı uygulanır. Gecikme zammı uygulanabilmesi için kamu alacağının ödeme zamanının belli edilmiş olması şarttır.

Kural olarak davanın açıldığı tarihte peşin olarak ödenmesi gereken maktu karar ve ilam harcı ile nispi karar ve ilam harcının dörtte birlik kısmı hiç ödenmeden ya da eksik ödenerek dava açılması mümkündür. Bu durumda mahkemece süre verilerek söz konusu harçların dava açıldıktan sonraki bir tarihte ödenmesine imkan tanınmaktadır. Maktu karar ve ilam harcı veya dörtte bir oranındaki nispi karar ve ilam harcı peşin olarak "hiç" ödenmeden ya da "noksan" ödenerek dava açılması durumunda bu harcın ödenmesi ya da tamamlanması için ilgiliye bildirim yapılarak süre verilmesinin idari yargı kapsamındaki davalar açısından yasal dayanağını İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6'ncı maddesi teşkil eder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki davalar açısından ise dörtte bir oranındaki nispi karar ve ilam harcının "noksan" ödenerek dava açılması durumunda bu harcın ödenmesi ya da tamamlanması için ilgiliye bildirim yapılarak süre verilmesini Harçlar Kanunu'nun 16'ncı ve 30'uncu maddelerine ve 30'uncu maddenin gönderme yaptığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 409'uncu (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150'nci) maddesine dayandırmak mümkündür.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki davalarda, dörtte birlik nispi karar ve ilam harcı “hiç” ödenmeden dava açılması durumunda mahkemelerce ilgiliye süre verilmesinin açık bir yasal dayanağı bulunmamasına rağmen noksan ödemeye ilişkin anılan kanun hükümleri “kıyas” yoluyla hiç ödenmemiş olan dörtte bir oranındaki karar ve ilam harçları için de geçerli kılınmaktadır. Benzer şekilde, söz konusu hükümler nispi karar ve ilam harçlarına ilişkin olmakla birlikte maktu karar ve ilam harçları için de kıyas yoluyla uygulanmaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda olduğu gibi ödenmesi gereken harçlar hiç ödenmeden ya da eksik ödenerek dava açılması durumunda yapılması gereken işlemlerin ve bunlara ilişkin sürelerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, bu Kanun kapsamındaki davalar açısından tereddüt ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıkça düzenlenmesinde vergilerin kanuniliği ile hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri açısından yarar vardır.

Diğer taraftan, peşin ödenmeleri gerektiği halde ödenmeyen ya da noksan ödenen karar ve ilam harçları için mahkemelerce verilen, kimi zaman yasal dayanağı tartışmalı, bu süreler dolayısıyla kesin bir ödeme zamanının varlığından söz etmek mümkün değildir. Davanın açıldığı tarihte harcı peşin ödeyen mükellefler ile mahkemece verilen süreler istinaden daha sonra ödeyen mükellefler arasında eşitsizliğe yol açmasına rağmen anılan harçların ödeme zamanının kesin olarak belli edilmemiş olması nedeniyle dava açıldıktan sonraki bir tarihte ödenmiş olan karar ve ilam harçları için gecikme zammı tatbik edilememektedir.

24/5/2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesiyle 11/06/2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Harçlar Kanunu’nun 28/1-a maddesinde yapılan değişiklik neticesinde, karar ve ilam harçlarının dörtte bir peşin harçtan geriye kalan dörtte üçlük kısmının kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödeneceği kurala bağlanmış ve böylece karar ve ilam harcının bakiye dörtte üçlük bölümü için kesin bir vade tarihi belirlenmiştir. Bu vade tarihi harç mükellefleri açısından da bilinmesi mümkün bir tarihtir. Buna bağlı olarak da bakiye karar ve ilam harcının kanunla belli edilen ödeme zamanında ödenmemesi durumunda gecikme zammı uygulanması gerekmektedir. Harçlar Kanunu’nun 55’inci maddesi uyarınca vergi yargısı harçlarından nispi ve maktu karar harçları ihbarname esasına göre, ihbarnamenin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ilgili vergi dairesine ödeneceğinden, bu harçlar için de ödeme zamanının kesin olarak belirlendiğini ve bu tarihten sonra ödenmeleri durumunda gecikme zammı alınması gerektiğini söylemek mümkündür.

Ödeme zamanı geçtikten sonra, ancak vergi dairesine bildirim yapılmadan önce mahkeme veznesine ödenen bakiye karar ve ilam harçlarına uygulamada gecikme zammı tatbik edilmemektedir. Üstelik bu harçlar süresinden sonra da olsa ödenmiş oldukları için ilgili vergi dairesine bildirilmemektedir. Bu sebeple mahkeme veznelerince tahsil edilmemiş olan gecikme zamları vergi daireleri tarafından da tahsil edilememektedir. Özellikle yüksek meblağlı davalara ilişkin bakiye karar ve ilam harçlarının süresi geçtikten sonra mahkeme veznelerine ödenmesi durumunda hesaplanmayan gecikme zammı tutarlarının büyüklüğü dikkate alındığında, mahkemelerde oluşturulan harç tahsil birimlerinin harç aslı ile birlikte gecikme zammını da tahsil etmelerinin ya da gecikme zammı hesaplanmaksızın aslı tahsil edilen karar ve ilam harçları için vergi dairesine bildirim yapmalarının sağlanmasında yarar vardır. Adalet Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı arasında gerekli eşgüdüm sağlanarak meselenin bir tebliğ düzenlemesi ile çözüme kavuşturulması mümkündür.

Yargı hizmetinden yararlanmanın kısmi bir karşılığı olarak hem devlete gelir sağlayan hem de mahkemelerin mesnetsiz taleplerle gereksiz yere meşgul edilmesini önleyici nitelik taşıyan peşin ödenmesi gereken maktu karar ve ilam harcı ile dörtte bir oranındaki nispi karar ve ilam harçlarının ödenmemesinin müeyyidesi olarak müteakip işlemlerin yapılmaması ya da davanın açılmamış sayılması gibi yargılamayı etkileyen yasal düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi'nin yargı harçlarına ilişkin kararları da gözönünde bulundurularak yeniden değerlendirilmesi, bunun yerine peşin ödenmesi gereken karar ve ilam harçlarının tahsilinin bakiye karar ve ilam harcında olduğu gibi karar tarihinden sonra ve tahsil daireleri yoluyla sağlanmasına yönelik mekanizmaları içeren düzenlemelerin yürürlüğe konulması; hukuk devletinin ve hak arama özgürlüğünün ideal gereklerine daha uygun olacağı gibi en azından yargı harçlarına ilişkin kısmıyla mahkemelerin iş yükünü de azaltacaktır.

KAYNAKÇA

AKDOĞAN, Abdurrahman: **Türk Vergi Sistemi ve Uygulaması**, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2004.

ALDEMİR, Hüsnü: **Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009.

ARSLAN, Mehmet: **Vergi Hukuku**, 5. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2006.

AKINCI, Müslüm: **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Kitaabevi, Ankara, 2008

AKKAYA, Tolga: **Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları**, Ankara, 2009.

AKYOL ASLAN, Leyla: “Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, Sa.2, s. 32-53.

AYDIN, Selda / ÇAŞKURLU, Eren: **Kamu Maliyesi**, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

BERKİN, Necmeddin M.: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.

BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun: **Medeni Yargılama Hukuku**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

CANDAN, Turgut: **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

CANDAN, Turgut: **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, 2. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.

COŞKUN, Mahmut: **Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.

ÇELİK, Binnur: **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2000.

ERDEM, Metin / ŞENYÜZ, Doğan / TATLIOĞLU, İsmail: **Kamu Maliyesi**, 11. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

EROĞLU, Nurettin: **Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Usul Kanunu**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1989.

GEREK, Şahnaz / AYDIN, Ali Rıza: **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2005.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: **Yönetmelik Yargı**, 34. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

İNAN, Ahmet: **Notlu İzahlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili İçtihatlar**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1969.

KANETİ, Selim: **Vergi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1986/1987.

KIRBAŞ, Sadık: **Vergi Hukuku**, 16. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004.

KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Demir, İstanbul, 2001.

MUŞUL, Timuçin: **Medenî Usul Hukuku**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

MUTLUER, M. Kamil: **Vergi Genel Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

OKTAR, S. Ateş: **Vergi Hukuku**, 3. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2008.

ÖNEN, Ergun: **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1979.

ÖNCEL, Muallâ / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami: **Vergi Hukuku**, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

ÖZTÜRK, İlhami: “Harçlar Kanunu’nun 56’ncı Maddesinin ve Bu Maddeye Dayanılarak Uygulamada Geliştirilen Sistemin Hukuka Uygunluğu”, **Maliye Dergisi**, Sa.168, s. 201-226.

PEHLİVAN, Osman: **Vergi Hukuku**, Derya Kitabevi, Trabzon, 2009.

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: **Medeni Usul Hukuku**, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013. ÖZEKES,

PINAR, Burak: **Yargı ve İcra Harçları**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

ŞENYÜZ, Doğan: **Vergi Ceza Hukuku**, 6. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012.

TEKBAŞ, Abdullah: **Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi**, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını, Ankara, 2009.

TERCAN, Erdal / RÜZGARESEN, Cumhur: “Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32’nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi”, **EÜHFD**, C.XIV, Sa.1-2, s. 137-169.

UĞUR, Hüsametdin / ELİBOL, Mert: **Vergi Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

UMAR, Bilge: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ÜNSAL, Hilmi: **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2008.

ÜREL, Gürol: **Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.

YILMAZ, Ejder: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

YILMAZ, Zekeriya: **Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekalet Ücreti**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010.

