



# TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

30

YIL:7, SAYI:30, NİSAN 2017

[www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr)

ISSN: 1309-6826

**SAHİBİ/OWNER**

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Danıştay Üyesi

\*

**YAYIN YÖNETMENİ/CHIEF EDITOR**

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

\*

**EDİTÖR/EDITOR**

Dr. Veli KARATAŞ

Hâkim

**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF**

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

\*

**YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD**

Mustafa ARTUÇ

Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Ahmet ŞANSAL

İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

\*

**KAPAK TASARIM/DESIGN**

Menekşe ÖRME

\*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ**

**PUBLICATION MANAGEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

Çankaya/Ankara

Tel: 312 489 81 80 • Faks: 312 489 81 01

E-posta: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

**BASKI**

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,  
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

### YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, yayın yönetmeni ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto yazılmalı "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atıf sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 2 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara beş adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) adresinden ulaşılabilir.

## DANIŞMA KURULU\*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN  
Prof. Dr. Adem SÖZÜER  
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN  
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN  
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ  
Prof. Dr. Ali Şafak BALI  
Prof. Dr. Arzu OĞUZ  
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ  
Prof. Dr. Aydın GÜLAN  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER  
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA  
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU  
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK  
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ  
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN  
Prof. Dr. Cem BAYGIN  
Prof. Dr. Cemal ŞANLI  
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN  
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA  
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN  
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ  
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ  
Prof. Dr. Emine AKYÜZ  
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY  
Prof. Dr. Enver BOZKURT  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR  
Prof. Dr. Ersan ÖZ  
Prof. Dr. Faruk TURHAN  
Prof. Dr. Feridun YENİSEY  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ  
Prof. Dr. Fügen SARGIN  
Prof. Dr. Halil AKKANAT  
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU  
Prof. Dr. Hamide ZAFER  
Prof. Dr. Hasan AYRANCI  
Prof. Dr. Hasan BACANLI  
Prof. Dr. Hasan İŐGÜZAR  
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU  
Prof. Dr. Hasan TUNÇ  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ  
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI  
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY  
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ  
Prof. Dr. İsmail KAYAR  
Prof. Dr. İsmail KIRCA  
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ  
Prof. Dr. Kadir ARICI  
Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL  
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK  
Prof. Dr. Kudret GÜVEN  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN  
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN  
Prof. Dr. Mehmet DEMİR  
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK  
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE  
Prof. Dr. Mahmut KOCA  
Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR  
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN  
Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU  
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU  
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ  
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN  
Prof. Dr. Murat ATALI  
Prof. Dr. Murat DOĞAN  
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN  
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA  
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ  
Prof. Dr. Mustafa AVCI  
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN  
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM  
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK  
Prof. Dr. Nevzat KOÇ  
Prof. Dr. Nihat BULUT  
Prof. Dr. Nuray EKŞİ  
Prof. Dr. Oğuz SANÇAKDAR  
Prof. Dr. Osman DOĞRU  
Prof. Dr. Osman İSFEN  
Prof. Dr. Ömer ANAYURT  
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN  
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ  
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK  
Prof. Dr. Sururi AKTAŐ  
Prof. Dr. Süha TANRIVER  
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM  
Prof. Dr. Vahit DOĞAN  
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK  
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR  
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ  
Prof. Dr. Yavuz ATAR  
Prof. Dr. Yener ÜNVER  
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ  
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ  
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŐKAN

\* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

## İÇİNDEKİLER/CONTENTS

<b>Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI.....</b>	<b>1</b>
Vergi Kaçakçılık Suçlarında Birleşme (İçtima) <i>Joinder of Offenses in the Tax Evasion Crime</i>	
<b>Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU, Yrd. Doç. Dr. Burcu ÖZKUL, Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU.....</b>	<b>19</b>
Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Helal Ürün Sorunu Ve Sonuçları <i>Halal Product Matter and Its Results In Terms of Law on the Protection of Consumer</i>	
<b>Miyase YÜKSEL, Doç. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ .....</b>	<b>57</b>
Yetişkin Hükümlülerin Çocukluk Çağı Travma Düzeyinin Bazı Değişkenler Açısından İncelenmesi <i>Examining Childhood Trauma Level Of Adult Convicts In Terms Of Some Variables</i>	
<b>Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU, Prof. Dr. Osman DEMİR, Arş. Gör. Hülya YILMAZ.....</b>	<b>87</b>
Uygulamadan Tescile Kat Mülkiyeti: Sorunlar Ve Çözüm Yaklaşımları <i>The Condominium from Application to Registration: Problems and Solutions Approaches</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Doğa ELÇİN.....</b>	<b>117</b>
Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı Mı? Aile Birleşimi Hakkı Mı? <i>Family Residence Permit In Law On Foreigners And International Protection Right To Family Life Or Right To Family Reunification?</i>	

<b>Yrd. Doç. Dr. Mehmet Sinan ALTUNÇ.....</b>	<b>199</b>
Yargılanmanın Yenilenmesi Muhakemesinin Bireysel Başvuru Bakımından Ortaya Çıkardığı Hukuki Meseleler	
<i>Legal Problems Issued by the Procedure of the Renewal of Trial related to the Individual Application</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Murat ORUÇ.....</b>	<b>221</b>
Örtülü Bir Boşluk: Ticari Simsarlık Ücret Alacağıın Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi	
<i>An Implicit Gap: Statute of Limitations on Commercial Brokerage Fees</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU.....</b>	<b>237</b>
İdari İşlemler Teorisi Çerçevesinde İdari Mercii Tecavüzü Kavramının Değerlendirilmesi	
<i>An Assessment on the Concept of Encroachment on Administrative Authority in the Framework of Administrative Acts Theory</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Ozan Ercan TAŞKIN.....</b>	<b>273</b>
Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde "Dokunulmazlık" Düzenlemesi	
<i>Immunity in the Statute of the International Criminal Court</i>	
<b>Yrd. Doç. Dr. Vehbi Umut ERKAN.....</b>	<b>293</b>
Tüketici Satış Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Ayıplı Mallara İlişkin Hükümlerinin Uygulanması	
<i>Enforcement of the Provisions Regarding Defective Goods Under The Law On Protection Of Consumers No. 6502 In Case Of Not Delivering The Goods At The Time Fixed By The Consumer Sale Contracts</i>	
<b>Dr. Alptekin Burak BOYDAK.....</b>	<b>321</b>
İşyerlerinde Uygulanan Parmak İzli Giriş Kontrol Sistemine Hukuki Bakış	
<i>The Legal View for Fingerprint Access Control System at Workplaces</i>	

**Dr. Cengiz SARI.....337**

Avrupa Birliği Komisyonu'nun 31 Mayıs 2016 Tarihli Çerçeve Kararının  
İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Kanunilik Ölçütü Yönünden  
Değerlendirilmesi

*Assessment of the Framework Decision of the European Union  
Commission Dated 31 May 2016 in Accordance with the Criteria of  
Lawfulness in Restricting Freedom of Expression*

**Arş. Gör. Furkan Güven TAŞTAN.....353**

Hukukta Zihin Haritalama

*Mind Mapping in Law*

**Salim Yunus LOKMANOĞLU.....377**

İşyerinde Psikolojik Taciz

*Mobbing At Workplace*

**Yasemin YÜCESOY YILMAZ.....423**

Viyana Satım Antlaşması Hükümlerine Göre Kabul

*Acceptance According to Vienna Sales Contract Provisions*

**Av. Barış KÖŞÜRGELİ.....451**

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde Amirin Emri Ve Kavramın Tarihi  
Gelişimi

*The Plea of Superior Orders in the International Criminal Court Status and  
Its Historical Development*

*Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;*



*Veri Tabanlarında Taranmaktadır.*



---

**MAKALELER / ARTICLES**

---



# VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇLARINDA BİRLEŞME (İÇTİMA)

## *Joinder of Offenses in the Tax Evasion Crime*

**Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 15.11.2016

Kabul Tarihi: 19.02.2017

### ÖZET

Ceza hukuku kurumlarından olan birleşmenin Vergi Usul Kanununda yer alan vergi kaçakçılık suçlarına uygulanabilirliği bu çalışmanın konusunu oluşturur. Birleşme türleri olan bileşik suç, zincirleme suç ve görünürde birleşme (fikri içtima) incelenecek ve vergi kaçakçılık suçları açısından sonuçları üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Birleşme, içtima, Vergi Kaçakçılık Suçu, Bileşik Suç, Zincirleme Suç, Görünürde Birleşme.

### ABSTRACT

The subject of this study is to look for the answer to the applicability of the joinder of offenses which is one of the institution of the Criminal Law to the tax evasion in Tax Procedure Law. This study examines combined crime, successive offense, unreal joinder of offenses (intellectual congregation) a kind of joinder of offenses and focuses the results in accordance with the tax evasion.

**Keywords:** Joinder of Offenses, Concurrence of Crime, Tax Evasion, Combined Crime, Successive Offence, Unreal Joinder of Offenses.

### GİRİŞ

Ceza hukuku ilkelerine göre suç hareketinin işlenmesinden sonra meydana gelen netice ve ihlal edilen kanun hükümlerine göre suç sayısının tespiti önem arz eder. Buna kanun koyucuyu yönelten nedenler, öncelikle suç işleme iradesi ile meydana gelen suçlar arasındaki ilişki, diğeri ise yapılan hareketle meydana gelen bağımsız suçlar arasındaki ilişkidir. Suç teorisinde işlenen suçlar arasındaki ilişki birleşme (içtima) kavramı ile açıklanmıştır.

Bu çalışmada VUK'da yer alan vergi kaçakçılık suçlarında "suçların birleşmesi" kavramı üzerinde durulacaktır. Yazarı bu çalışmaya yönelten nedenler, vergi kaçakçılık suçları için uygulanacak birleşme hükümlerinin tespit edilmesidir. Vergi suçları için ve Vergi Usul Kanununda (VUK md 340) "Suçlarda Birleşme" madde başlığı ile bir hükmün bulunması yanında, genel kanun olan Türk Ceza Kanununa (TCK) tabi olması nedeniyledir. Bu konuda uygulanacak kanun hükümleri tespit edilecektir. Bu nedenle önce suç ve cezalar için genel kanun olan TCK'da yer alan birleşme hükümleri üzerinde durulacaktır. Çalışmada nitel bir çalışma yöntemi uygulanacaktır.

---

<sup>1</sup> Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, E-mail: bayrakli@aku.edu.tr

## I. CEZA HUKUKUNDA BİRLEŞME KAVRAMI, TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

Ceza hukukunun en önemli konularından biri suç faillerinin sorumluluklarının tespiti. Hukuka aykırı fiilleri cezalandırırken bu ölçüt önem arz etmektedir. Çünkü ceza politikalarının temel problemi suç faillerinin sorumluluklarının tespiti ve bu sorumluluk ölçüsünde ceza tayinidir. Suç faillerinin sorumluluklarını belirlemede kullanılan ölçütler ise kişinin işlemeyi düşündüğü ve gerçekleştirdiği fiillerde kendisini gösterir. Failin suç işleme düşüncesi işlediği suç fiilleri ile anlaşılır. Fiil, hareket, netice ve sebep- sonuç ilişkisi ile belirlenir. Bu fiil sonucu ihlal edilen kanun hükümlerine göre de suçlar farklı görünüm arz edebilirler. İşte suçların birleşmesi kavramı da burada ortaya çıkar.

*“Kanuni tanıma göre oluşturulan her sonuç, ilke olarak ayrı ve bağımsız bir suç oluşturur. Fail hareketiyle ne kadar sonuç meydana getirmiş ise o kadar suç işlemiş sayılır ve her suçtan dolayı ayrı ve bağımsız cezaya uğrar. Ancak kimi durumlarda hareketlerin çokluğu, suçların da birden çok olmalarını gerektirmez. Çünkü sonuç, kimi zaman bir, kimi zaman da birden çok hareketten doğabilir”<sup>2</sup>.*

İşlenen fiil ile ihlal edilen kanun hükümleri arasında şu seçenekler ortaya çıkabilir<sup>3</sup>.

i. Fail tek bir fiil ile kanunun bir hükmünü ihlal edebilir. Bu durumda suçların birleşmesinden söz edilmez. Verilecek ceza ihlal edilen kanun maddesinde belirtilen cezadır.

ii. Bir fiil işlenmekle beraber kanunun birden fazla hükmünü ihlal edebilir. Bu durumda görünürde birleşmeden söz edilir.

iii. Birden fazla fiil işlenmekle beraber kanunun bir hükmü ihlal edilebilir. Bu durumda suçların birleşmesinden söz edilir.

iv. Birden fazla suç birden fazla ihlale neden olabilir. Bu durumda her bir suç ayrı ayrı cezalandırılır. Bu durum cezaların birleşmesinden söz edilir. **Cezaların birleşmesi**, bir kimseye işlemiş olduğu suçlar için kanunda yer alan ve hâkim veya mahkeme tarafından hükmedilen cezaların belli bir sisteme göre toplanmasıdır. Suçların birleşmesi kavramı dışında olması nedeniyle üzerinde durulmayacaktır.

**Suçların birleşmesi**, kanundaki düzenlemeye uygun olarak birden fazla kanun hükmünün ihlali sonucu oluşan suçların bir failde toplanması ve cezaların

<sup>2</sup> M. Kâmil Mutluer, Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No: 214, Eskişehir, 1979, s. 73.

<sup>3</sup> Sulhi Dönmezer- Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, C.II, B 5, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No: 360, İstanbul, 1971, s. 404.

buna göre belirlenmesidir<sup>4</sup>. Bu tanımdan hareketle suçların birleşmesini şu alt başlıklara ayırabilir.

- i. Suçların birleşmesinde birden fazla kanun hükmünün ihlali söz konudur.
- ii. Fail tektir.
- iii. Birden fazla suç bir failde birleşmiştir.
- iv. Kanun suçların birleştirilmesini düzenlemiş olmalıdır.
- v. Birden fazla ihlal sonucu oluşan suçlar yine kanuna uygun olarak cezalandırılır.

## II. CEZA HUKUKUNDA SUÇLARDA BİRLEŞME KAVRAMININ ÖNEMİ

Suçların birleşmesi kavramı suç failinin nasıl cezalandırılması gerektiği sorusuna cevap aranması açısından önem arz etmektedir. Bir fiil ve bir ihlal olsaydı problem olmayacaktı. Ancak bir fiil birden fazla ihlal veya birden fazla fiil bir hükmün ihlaline neden olunca, fail nasıl cezalandırılacaktır. Bu sorunun cevabının araştırılması suçların birleşmesi kavramını önemli hale getirmektedir.

Suçların birleşmesi hem suç politikalarını hem de ceza politikalarını ilgilendirmektedir<sup>5</sup>. Suç failinin sorumluluğunu ve uygulanması gereken ceza politikalarının belirlenmesinde iki yöntem uygulanmaktadır. Bunlardan ilki gerçeklik ilkesi denilen ve ne kadar ihlal varsa failin bu ihlaller sayısı kadar cezanın çektilmesidir<sup>6</sup>. Bu sistemin insani olmadığı, bazı hallerde failin ömür boyu ceza çekmek zorunda kaldığı oysa iradesinin bu ihlallerin hepsini işlemek olmadığı gibi eleştirilere maruz kalmaktadır. TCK'da yer alan sistemler şöyledir.

**i. Erime Sistemi:** Failin kusuru ile orantılı olarak ve birden fazla ihlalin doğması halinde birden fazla ihlalin oluşturduğu suçlarda cezası hafif olanların cezası ağır olan suçlar içerisinde eridiğinin kabul edilmesidir. TCK' da 44. maddede düzenlenen fikri içtima bu esasa dayanır<sup>7</sup>.

**ii. Hukuki Birleşme Sistemi:** Suçlu için işlemiş olduğu fiiller için en ağır cezayı gerektiren suç için temel ceza tespit edilir. Sonra bu cezaya diğer fiiller

---

<sup>4</sup> M. Emin Artuk- Ahmet Gökçen- Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 682.

<sup>5</sup> Bahadır Tabak, "Suçların İçtima", İstanbul Fikir Enstitüsü Yayınları, 2015, www.ife.org.tr/hukuk, erişim tarihi 23.05.2016.

<sup>6</sup> Neslihan Göktürk, "Türk Hukukunda Suçların İçtima", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C II, S 1-2, 2014, s.32, <http://ist-univ.dergipark.gov.tr/download/article-file/14656>, erişim tarihi 23.05.2016.

<sup>7</sup> Mustafa Erkan Üyümez, Vergi Suç ve Kabahatlerinde Birleşme, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2016, s. 54.

için kanunda yer alan cezalar belli bir tutarda ek ceza olarak ilave edilir<sup>8</sup>. TCK' da 43. maddede düzenlenen zincirleme suçun cezası bu esasa göre tespit edilir.

### III. BİRLEŞME TÜRLERİ

5237 sayılı TCK 765 sayılı mülga TCK'dan farklı olarak ikinci kısmın beşinci bölümünde "Suçların İçtima" bölüm başlığı altında bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtimayı düzenlemiştir. 765 sayılı mülga TCK ise 79 ve 80'inci maddelerinde fikri içtima ve zincirleme (müteselsil) suçu düzenlemiş idi. Bu bölüm içerisinde olmasa da suçun neticesine göre mütemadi, muhtelit, müterakki ve mürekkep suç şekillerini de düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK'da ikinci kısmın beşinci bölümünde bu suç şekillerine yer vermemiştir. Ancak niteliği gereği bu suç tipleri ayrı başlık altında düzenlenmese de ilerleyen maddelerde yerini almıştır. Yağma (TCK md 148), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK md 77) bunlardan bir kaçını oluşturur.

#### A) BİLEŞİK SUÇ

##### 1. Bileşik Suç Kavramı ve Tanımı

Bileşik suç TCK' da şöyle düzenlenmiştir. "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz*" (TCK md 42). Kanun metnine bakıldığı zaman "*Suçların İçtima*" başlığını taşıyan beşinci bölümde düzenlenmiştir. Her ne kadar madde ve bölüm başlıkları kanun metninden sayılmasa da kanun koyucunun düzenleme yaparken neyi kast ettiği konusunda bir ipucu verir. Bileşik suçta iki ayrı suç gibi görünse de içtima hükümlerinin uygulanmayacağını hükme bağlamıştır.

##### 2. Bileşik Suç Türleri

Bileşik suç bir birinden ayrılamayan iki suç filinden oluşmaktadır. Bileşik suçlar analiz yöntemlerine tabi tutularak kendisini oluşturan fiiller nedeniyle ayrı suçlara ayrıştırılması kabul edilmeyen suç tipleridir. Bileşik tek suç olarak kabul edilmekte ve kanunda düzenlenen ceza ile cezalandırılmaktadır. Bileşik suç iki şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Bunlardan ilki suçlardan biri "diğerinin unsuru" ikincisi ise "diğerinin ağırlaştırıcı nedenini" olabilir.

##### a) Biri Diğerinin Unsuru Olan Bileşik Suç

Biri diğerinin unsuru olan bileşik suç tiplerine en belirgin örnek olarak yağma suçu (TCK md 148) gösterilebilir<sup>9</sup>. Görünürde iki suç var gibidir. Biri

---

<sup>8</sup> Mutluer, s. 75.

<sup>9</sup> Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç", Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C LXI, S 1, 2012, s. 49.

hırsızlık (TCK md 141) diğeri ise kasten yaralama suçudur (TCK md 86). Yağma suçunu oluşturan fiiller hırsızlık ve kasten yaralama suçuna ayrıştırılmaz. Cezası da yağma için öngörülen cezadır.

### **b) Biri Diğlerinin Ağırlaştırıcı Nedeni Olan Bileşik Suç**

Biri diğlerinin ağırlaştırıcısı olan suçlarda çoğu zaman kanunda “cebir ve şiddet” yer almıştır. Cebir ve şiddet uygulayarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma (TCK md 109), konut dokunulmazlığını ihlal (TCK md 116) ve çocukların cinsel istismarı (TCK md 103); evi kasten yakma suçunda mala zarar verme ve genel güvenliği tehlikeye sokma<sup>10</sup> (TCK md 151) da örnek olarak gösterilebilir. Bileşik suç kapsamı içerisinde ceza kesilmesi durumunda ayrıca ağırlaştırıcı nedeniyle cezalandırılma yoluna gidilemez<sup>11</sup>.

### **3. Bileşik Suç Uygulamasının Sonuçları**

Bileşik suç her ne kadar ilk bakışta iki ayrı suç gibi görünse de kanun koyucu bu suçları tek suç olarak düzenlemiş ve bileşik suçlarda birleşme hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla ceza politikası itibariyle tek suç kabul edilip bu suç için kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılması yoluna gidilecektir.

Yağma suçuna verilecek ceza itibariyle şöyle irdelenebilir. Yağma suçunun cezası altı yıldan on yıla kadar hapis cezasıdır (TCK md 148). Suçları ayrıştırdığımızı varsayarsak, hırsızlık suçunun cezası basit şekli ile bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır (TCK md 141). Kasten yaralama bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır (TCK md 86). Cebir nedeniyle üçte birden yarısına kadar artırılacağı için (TCK md 108) cezayı üçte bir artırırsak toplamda iki yıl dört ay gibi bir ceza miktarına ulaşılır. Oysa kanun koyucu yağma suçu için taban ceza olarak altı yılı kabul etmiştir. Bu da göstermektedir ki; kanun koyucu yağma suçu için daha yüksek ceza koymak suretiyle bu şekilde işlenen suçları daha çok kınadığı ve daha çok caydırıcı olmasını istediğini göstermektedir.

## **B) ZİNCİRLEME (MÜTESELSİL) SUÇ**

### **1. Zincirleme Suç Kavramı ve Tanımı**

Suçların birleşmesi hallerinden biri de zincirleme suçtur. Nasıl zincir birden çok halkanın yan yana gelmesiyle oluşuyorsa, zincirleme suç da birden çok suç halkalarının bir araya gelmesiyle oluşan birleşme türüdür. Bunları zincirleme suç haline getiren unsur ise “bir suç işleme kararı” oluşturmaktadır. Zincirleme

---

<sup>10</sup> Yargıtay 8.Ceza Dairesi, E: 2014/1902, K: 2015/1374, T 16.03.2015, , www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 23.05.2016.

<sup>11</sup> Yargıtay Genel Kurulu, E: 2011/5-186. K: 2011/201, T 04.10.2011, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 23.05.2016.

suç kavramı, bu halkaları ayrı ayrı suç mu sayalım veya bir suç olarak mı görelim cümlesine aranan cevaptan doğmuştur. Kanun koyucuyu buna iten neden ise nasıl bir ceza verelim cümlesinden doğmuştur. Eğer bir suç kabul edilecekse birden fazla suç fiilini nasıl anlamlandırılmalı; her bir halkaya ayrı cezalar verirse ceza toplamı ömür boyu cezaya mı dönüşür sorularına cevap aranmaya çalışılmıştır.

Zincirleme suç TCK' da şöyle düzenlenmiştir. *“(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.*

*(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fülle işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.*

*(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz” (TCK md 43).*

## **2. Zincirleme Suçun Şartları**

Zincirleme suçtan söz edebilmek için aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmiş olması gerekir.

### **a) Birden Fazla Suç İşlenmelidir**

Zincirleme suçtan söz edebilmek için işlenen suçların aynı ve birden fazla olması gerekir. Kanun koyucu bunu “...değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi...” olarak ifade etmiştir. Hareketler aynı amaca yönelikse ve bu faaliyetler arasında kayda değer bir zaman aralığı yoksa hareket tektir<sup>12</sup>.

### **b) Aynı Bir Kişiyeye Karşı Değişik Zamanlarda Aynı Suç Birden Fazla İşlenmelidir**

Burada kanun koyucu aynı kişiyeye, bir suç işleme iradesi ile aynı suçu işlemesi durumunda zincirleme suçtan söz edebiliriz. Değişik zamanlar arasında kayda değer bir zaman farkı olmadan icra edilmiş olmalıdır. Yargıtay hakaret suçunda, araya belli bir zaman aralığı girmeksizin aynı eylemin devamı niteliğindeki sözlerinden dolayı hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanmasını hukuka uyarlı bulmamıştır<sup>13</sup>. Belli bir zaman aralığı hâkim tarafından her suça göre

---

<sup>12</sup> Türkan Yalçın Sancar, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 70, 2007, s. 249.

<sup>13</sup> Yargıtay 4. CD, E: 2013/35058, K: ‘016/2207, T 10.02.2016, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 23.05.2016.



farklı farklı tayin edilebilir. Yargıtay üç gün ara ile işlenen hırsızlık suçunda zincirleme suç için zamanda birliğin oluştuğunu kabul etmiştir<sup>14</sup>.

Suçların aynı olması gerekir. Aynı suç farklı kanunlarda düzenlenmiş olsa bile kanunun koruduğu menfaatin aynı olmasını ifade eder. Suçlar arasında tamamlanmış- teşebbüs aşamasında kalmış olması, suçların basit şekli ile nitelikli şekli arasında bir fark görmemektedir. Kanun bunu “*Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır*” diye belirtmiştir. Suçun bir kişi ya da iştirak halinde işlenmiş olması durumu değiştirmez. Birlikte işledikleri kısmına zincirleme suç hükümleri uygulanır<sup>15</sup>.

Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da zincirleme suç hükümleri uygulanır. Burada suç tek olmakla beraber mağdurlar birden fazladır. Otobüsün kaçırılması durumunda suç bir tane olmasına karşılık mağdurlar birden fazla ise her bir mağdur için zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

### **c) Fail Bir Suç İşleme Kararı Kapsamında Hareket Etmelidir**

Bir suç işleme kararı, failin hareketleri arasında bulunması gereken bağıdır. Bu bağ ile işlenen suç fiilleri arasında bir bütünlük kurulmuş olur<sup>16</sup>. Bu bağ ile her hareket bir önceki harekete bağlanarak bir bütünlük oluşturur. Bu bütünlük suç halkalarından oluşan zincirin kendisidir. Suçların işleniş şekillerinin birbirine benzemesi ve bağlantılı olması subjektif şartın varlığını gösteren bir işaret olarak kabul edilebilir. Böylece suç işleme kararındaki birlik ortaya çıkmış olur<sup>17</sup>. Suçların aynı yerde işlenmesi de bir suç işleme kararının belirlenmesinde veri olarak kullanılabilir<sup>18</sup>. Suçlar arasında korunan hukuki değer ile tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının genel hatları ile aynı olması gerekir<sup>19</sup>.

### **d) Kanunda Zincirleme Suç Hükümlerinin Uygulanmayacağı Sayılan Suçlardan Olmamalıdır**

Birden fazla işlenen suç, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarından olmamalıdır. Kanun koyucu bu suçlarda zincirleme suç

---

<sup>14</sup> Yargıtay 13. CD, E: 2015/17203, K: 2016/775, T 19.01.2016, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 23.05.2016.

<sup>15</sup> Sancar, s. 253.

<sup>16</sup> Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2014, s. 536.

<sup>17</sup> İdris Şeker, Zincirleme Suç, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2009, s.77.

<sup>18</sup> Sancar, s. 256.

<sup>19</sup> Üyümez, s. 86.

hükümlerinin uygulanmasını istememiştir. Çünkü bu suçlar toplum düzenini ve bütünlüğü bozan suçlardır. Bu suçların daha ağır cezalandırılması arzu edilmiştir.

### 3. Zincirleme Suç Uygulamasının Sonuçları

Zincirleme suçun sonucu, failde bir suç işleme kararının olması nedeniyle bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Üzerinde artırma yapılması gereken ceza, suçlar arasında nitelikli suç var ise bu suçun cezası temel alınacaktır<sup>20</sup>.

Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır<sup>21</sup>. Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında içtima hükümleri uygulanmaz.

## C) GÖRÜNÜRDE BİRLEŞME (FİKRİ İÇTİMA)

### 1. Görünürde Birleşme Kavramı ve Tanımı

Görünürde birleşme (fikri içtima) birleşme türlerinden biridir. Kanunda “(1) İşlediği bir fil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır” (TCK md 44) şeklinde düzenlenmiştir. Yazında câli, kâzip, şekli içtima olarak da isimlendirilmiştir<sup>22</sup>. Bunun nedeni bu birleştirmenin tamamen görünürde olması, kanun koyucunun böyle istemesinden kaynaklanmaktadır.

Görünürde birleşmenin kanunlarda yer almasının nedeni ise, failin kusurlu hareketiyle gerçekleştirmek istediği suçtan farklı suçların meydana gelmesi durumunda kusurunu aşan fiiller nedeniyle cezalandırmanın önüne geçmek içindir<sup>23</sup>.

### 2. Görünürde Birleşmenin Şartları

#### a) Bir Tek Fiilin İşlenmiş Olması Gerekir

Bir tek fiilden ne anlaşılması gerektiği yazarlar arasında tartışmalıdır. Kimisi hareketi kimisi de neticeyi anlamak gerektiğini ifade etmiştir<sup>24</sup>. Uygun olanı

---

<sup>20</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş B 11, Seçkin yayınları, Ankara, 2015, s. 571.

<sup>21</sup> Üyümez, s. 86.

<sup>22</sup> Kayıhan İçel, “Fikri içtima Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C XXX, S 1-2, 1964, s. 172.

<sup>23</sup> Neslihan Göktürk, Fikri İçtima (Suçların İçtima), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.66.

<sup>24</sup> Tartışma için bkz. Dönmezer- Erman, CII, s.419; Göktürk Fikri... s. 99 vd; İçel, Ceza...s. 537 vd; Mustafa Özen, “Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 73, 2007, s.138.

fiil kavramından suç dediğimiz neticeyi gerçekleştirmeye yönelik hareketlerin anlaşılması gerekir. Bu hareketler failin suç işleme iradesi doğrultusunda yaptığı beden hareketleri şeklinde anlaşılması gerekir. Zira netice esas alınırsa neticenin bir tek olması halinde içtimadan söz etmemek gerekir. Ancak hareket tek olup birden fazla netice meydana gelmiş ise işte o zaman içtimadan söz etmek anlamlı olur. Failin gerçekleştirmek istediği neticenin dışındaki neticeden sorumlu tutarken kanunda düzenlenen cezalara bakılarak kanun koyucunun istediği ceza ile cezalandırmak olanaklı hale gelecektir.

### **b) Birden Fazla Farklı Suç Meydana Gelmelidir**

Görünürde birleşmeden söz edebilmek için birden fazla suç meydana gelmeli ve bu suçlar da birbirinden farklı olmalıdır<sup>25</sup>. Suçlar farklı değilse fikri içtimadan değil zincirleme suçtan bahsedilebilir.

### **c) Meydana Gelen Suçların Kovuşturma ve Cezalandırılabilme Şartlarının Meydana Gelmiş Olması Gerekir**

Bu şart kanun metninde olmamakla beraber meydana gelen suçların kovuşturma veya cezalandırma şartları meydana gelmemiş ise en ağır cezanın verilebilmesi söz konusu olmayacaktır. Örneğin meydana gelen suçlardan birisi resen araştırılırken diğeri şikâyete bağlı ise ve şikâyet söz konusu değilse fikri içtimadan söz etmek olanaklı olmayacaktır. Keza suçlardan biri için genel af söz konusu ise yine fikri içtimadan söz edilemeyecektir<sup>26</sup>.

## **3. Görünürde Birleşmenin Sonuçları**

Görünürde birleşmenin sonucu verilecek ceza açısından önem arz eder. Kanun en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasını istemektedir. En ağır neye göre tespit edilecektir? Cezalardan biri para cezası, diğeri de hürriyeti bağlayıcı ceza ise hürriyeti bağlayıcı ceza daha ağır kabul edilecektir. Hürriyeti bağlayıcı cezalar da yasadaki sıralamaya göre belirlenecektir. Ağırılık derecesine göre hürriyeti bağlayıcı cezalar şunlardır. En ağırından hafifine doğru bir sıralama içinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezasıdır<sup>27</sup>. Cezalar nitelik olarak aynı ise bu takdirde cezaların miktarına göre en ağırı verilecektir.

---

<sup>25</sup> Ömer Keskinsoy, Yeni Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Doğrultusunda Fikri İçtima Müessesesinin Analizi", Ankara Barosu Dergisi, S 2, 2005, s. 43.

<sup>26</sup> Mahmut Koca – İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş B 8, Ankara, 2015, s. 514.

<sup>27</sup> Hasan Hüseyin Bayraklı, Vergi Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş B 2, Afyonkarahisar, 2015, s. 143.

#### IV. VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇLARINDA BİRLEŞME

Kaçakçılık suçları içtima hükümleri açısından incelenirken bu konudaki VUK hükümlerine göz atmak gerekir. Kaçakçılık suçunun ceza hukuku anlamında suç olması nedeniyle vergi kabahatlerine ilişkin hükümler göz ardı edilerek incelenecektir. Bunlar şöyledir.

#### KAÇAKÇILIK SUÇLARI VE CEZALARI

*MADDE 359 a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;*

*1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,*

*2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,*

*Hakkında “on sekiz aydan” üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.*

*b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sayfalarını yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.*

*c) Bu Kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.*

*Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344 üncü maddede yazılı vergi ziyai cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.*

## **SUÇLARDA BİRLEŞME**

*MADDE 340 Bu Kanunda yazılı vergi ziyayı cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359 uncu maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; içtima ve tekrür hükümleri bakımından birleştirilemez.*

*Bu Kanunla vergi cezasıyla cezalandırılan filler, aynı zamanda 359 uncu maddeye göre suç teşkil ettiği takdirde vergi cezası kesilmesi söz konusu madde hükmüne göre takibat yapılımasına engel olmaz.*

### **A) BİLEŞİK SUÇ AÇISINDAN VERGİ KAÇAKÇILIK FİİLLERİ**

Kaçakçılık suçlarına bakıldığı zaman biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturan fiillere rastlanmadığı görülür. Bu nedenle kaçakçılık suçları bileşik suç açısından elverişli değildir.

### **B) ZİNCİRLEME (MÜTESELSİL) SUÇ AÇISINDAN VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇLARI**

Zincirleme suç açısından kaçakçılık suçları incelendiğinde birleşmeye elverişli olduğu söylenebilir. Kaçakçılık suçları devlete karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda söz konusu olabilecektir. Bu nedenle değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumu inceleme konusu yapılacaktır.

Zincirleme suçun oluşabilmesi için taşınması gereken şartları vergi kaçakçılığı suçları açısından şunlardır.

#### **1. Kaçakçılık Suçları Açısından Zincirleme Suçun Şartları**

Kaçakçılık suçlarının düzenlendiği VUK 359'uncu maddesinde suç fiilleri üç ayrı grupta ve üç ayrı ceza ile cezalandırılması düşüncesi ile düzenlenmiştir. Bu üç gruptan her biri içerisinde işlenen suçlar zincirleme suç için değerlendirilecektir Zincirleme suçun şartları şunlardır:

##### **a) Bir Suç İşleme Kararının Bulunması Gerekir**

Zincirleme suçun en belirgin özelliklerinden biri işlenen suçların bir tek suç işleme iradesinden kaynaklanması gerekir. Birden fazla suçu birbirine bağlayarak zincir haline getiren şart bu suçların bir tek suç işleme kararından çıkması gerekir. Doğal olarak bunu gerçekleştirecek unsur failin gerçekleştirmek istediği son amacın gerçekleşmesine yönelik birden fazla kaçakçılık suçu işlenmiş olmalıdır.

Suç işleme iradeleri arasındaki ilişkiyi kesen veya bozan unsurlar zincirleme kaçakçılık suçunun oluşumuna engel olur. Bunlar hukuki olabileceği gibi fiili de olabilir. Suç işleme iradesinde birliği bozan şeyler şunlar olabilir<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Onur Özcan, Vergi Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 263.

i. Suçlardan bir kısmı hakkında kesin karar verilmiş olması. Kesin karar karar verilmenden önce işlenen suçlar ile kararın kesinleşmesinden sonra işlenen suçlar arasında teselsül (dayanışma, zincirleme) keser.

ii. Failin askere gitmesidir. Askere gitmeden işlemiş olduğu kaçakçılık suçu ile askerden geldikten sonra işlediği kaçakçılık suçları arasında teselsül söz konusu olmaz. Bunun nedeni askerlik için işinden ayrılmak kişinin kendi isteği ile olmamasıdır.

iii. Suç fillerinin farklı hesap dönemleri içerisinde işlenmesidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında kaçakçılık suçlarının farklı hesap dönemleri içerisinde işlenmesi halinde zincirleme suç şartının gerçekleşmeyeceğini kabul etmiştir. Kararın özeti şöyledir: *“Müteselsil suçun mevcudiyeti için ortada müteaddit suçların bulunması, bu suçların yasanın aynı hükmünü ihlal etmesi ve bu suçların aynı bir suç işleme kararına bağlanması gerekir. Suç işleme kararından maksat, yasanın aynı hükmünü çeşitli kereler ihlal etmek hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyettir. Katma Değer Vergisi indirimden yararlanma amacıyla sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma suçunun her hesap dönemi takvim yılı için teselsül eden bir suç olarak kabulü gerekir”*<sup>29</sup>. Her ne kadar bu karar eski yasa dönemine ilişkin ise de Yargıtay'ın bakış açısında bir değişiklik olmamıştır.

Yargıtay verdiği bir başka kararında *“2005 takvim yılında birden fazla sahte fatura düzenlenmesi sebebiyle zincirleme biçimde işlenen suçtan dolayı sanık hakkında 5237 Sayılı T.C.K.nun 43. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini”* nedeniyle yerel mahkeme kararı hakkında bozma kararı vermiştir<sup>30</sup>. Bir başka kararında ise *“Sanık hakkında 2003, 2004 ve 2005 yıllarında sahte fatura düzenlemek suçlarından kamu davası açılmış olup: her takvim yılında işlenen suçların birbirinden ayrı bağımsız suçlar olduğu ( temyiz inceleme tarihi itibariyle 2003 ve 2004 yıllarında sahte fatura düzenlemek suçları bakımından zamanaşımının gerçekleştiği ) ve aynı yıl içerisinde düzenlenen sahte faturalar sebebiyle de zincirleme suç hükümlerinin uygulanması”* gereği nedeniyle bozma kararı vermiştir<sup>31</sup>.

iv. Önceki suçun bir yasayla affedilmesidir. Önceki suç çıkan bir yasa ile affedilmiş olması halinde aynı iradenin ürünü olsa bile daha sonra işlenen suçlarla teselsül kesilmiş olur. O durumda zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Sonraki suç bağımsız bir suç olarak kalır.

---

<sup>29</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2002/11-28, K: 2002/179, T 05.03.2002, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 28.05.2016.

<sup>30</sup> Yargıtay 11. CD, E: 2013/3618, K: 2015/1001, T 22.01.2015, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 28.05.2016.

<sup>31</sup> Yargıtay 11. CD, E: 2013/3577, K: 2015/452, T 14.01.2015, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 28.05.2016.

### **b) Suç Fiilleri Değişik Zamanlarda İşlenmelidir**

Kaçakçılık suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için suçların değişik zamanlarda işlenmiş olması gerekir. Değişik zaman kavramını yukarıda ifade edildiği gibi teselsül kesen ögelerin olmadığı ve bir suç işleme iradesinin yer aldığı kaçakçılık suçlarını ifade etmektedir. Yargıtay hesap dönemini esas alırken bazı vergilerin dönemsel olduğu ve defter tutma, kayıt yapma ve belge düzenleme fiillerinin bu dönem için hüküm ifade ettiği göz önüne alınırsa diğer suçlar gibi olmadığı görülecektir. Her ne kadar Yargıtay'ın bu yaklaşımının “*müteselsil suçun subjektif şartının kanunda yer verilmemiş bazı objektif şartlarla sınırlandırılması*”<sup>32</sup> olarak görülse de fatura düzenlemenin diğer belgeler gibi olmaması gerekir. Muhasebe kayıtları için de aynı şeyi söylenebilir.

Zincirleme suçta “değişik zaman” kavramını düşünürken suç fiilleri arasında dayanışmayı, teselsül sağlayacak kadar bir zaman olması gerektiğini de ifade edilmektedir<sup>33</sup>. Her suç açısından bu zaman dilimi hâkim tarafından takdir edilecektir.

359/ a bendinde yer alan suç fiillerinden aynı hesap dönemi içerisinde birden fazla muhasebe hileleri yapılması; 359/b ye göre aynı hesap dönemi içerisinde incelemede defter ve belgelerin birden fazla ibraz edilmemesi; 359/c bendinde yer alan anlaşması olmadığı halde birden fazla belge basması zincirleme suç olabilecektir.

### **c) Suçlar Birden Fazla Olmalıdır**

Farklı zamanlarda işlenmiş kaçakçılık suçlarının birden fazla olması gerekir.

### **d) Suçların Aynı Olması Gerekir**

Birden fazla işlenen suç kaçakçılık suçu olmalıdır. VUK 359'uncu maddesinde yer alan kaçakçılık suçları hangisi ile işlenirse işlensin kaçakçılık suçunu oluşturacağı için zincirleme suçu oluşturur. Suçlar arasında korunan değer, tipiklik ve manevi unsur itibarıyla aynıyet aranmalıdır<sup>34</sup>. Aynı hesap dönemi içerisinde birden fazla muhasebe hilesi yapılması durumunda zincirleme suç söz konusu olacaktır.

## **2. Kaçakçılık Suçunda Zincirleme Suçun Sonuçları**

Kaçakçılık suçunda zincirleme suçun sonucu kanunda öngörülen cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılmasıdır.

---

<sup>32</sup> Özcan, s.264.

<sup>33</sup> Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 2016, s. 129.

<sup>34</sup> Üyümez, s.86.

## C) GÖRÜNÜRDE BİRLEŞME (FİKRİ İÇTİMA) AÇISINDAN VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇLARI

### 1. Kaçakçılık Suçları Açısından Görünürde Birleşme

Adli vergi suçu olan vergi kaçakçılık suçları için görünürde birleşme için TCK'da yer alan hükümler uygulanacaktır. Bu TCK'nın ceza hükümleri açısından genel kanun VUK'un da özel kanun olmasının sonucudur<sup>35</sup>. Ayrıca VUK'da kaçakçılık suçları için görünürde birleşmeye dair bir hüküm de bulunmamaktadır. Genel kanun –özel kanun ilişkisinin görünürde birleşme için daha çok göz önünde tutulması gerekir<sup>36</sup>. Zira görünürde birleşme, bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmesidir.<sup>37</sup>

Vergi kaçakçılık suçlarında görünürde birleşmenin söz konusu olabilmesi için 359'uncu maddesindeki fiillerin diğer kanunlar açısından da suç olarak düzenlenmiş olması gerekir. Bu açıdan bakıldığı zaman görünürde birleşmenin çok kolay olacağını söylemek zordur. Kanunun lafzına bakıldığı zaman kaçakçılık suçlarından bazılarının Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPK) 112'inci maddesinde yer alan fiillerle örtüşebileceği söylenebilir<sup>38</sup>. Şimdi bunlar incelenecektir.

Sermaye piyasası araçları, bu araçların ihracı, ihraççılar, halka arz edenler, sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunan kişiler;

#### (1) Kasıtlı olarak;

*i. Kanunen tutmakla yükümlü oldukları defter ve kayıtları usulüne uygun tutmayanlar*, (SPK md 112/1-a). Bu kişilerin kanunen tutmakla yükümlü olduğu defterler için ayırıcı bir özellikle belirtilmediği için VUK kapsamında tutacakları defterler de kanunen tutmak zorunda olduğu defter olması nedeniyle bu defterlerin usulüne uygun olarak tutulmaması hallerinden biri de hesap hileleri yapmak, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açmak fiili ile hem VUK md 359/1 hem de SPK md 112/1-a fiillerini işlemiş olacaktır. Bir fiille iki ayrı kanunda düzenlenmiş suçu işlemiş olacaktır. VUK' da bunun öngörülen ceza 18 aydan 3 yıla kadar hapis cezasıdır. SPK'da ise altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Ağır olan ceza VUK' da düzenlenen cezadır.

<sup>35</sup> Tahir Erdem, "Yeni Ceza Yasası Sonrasında Kaçakçılık Suç ve Cezaları" Vergi Sorunları Dergisi, S 205, Ekim 2005, s. 107.

<sup>36</sup> Kayıhan İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008, s.39.

<sup>37</sup> Sedat Apak, Vergi Suçlarında İştirak, Tekerrür ve Birleşme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2008, s. 214.

<sup>38</sup> Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), Ekin Yayınları, Bursa, 2015, s. 499.



ii. *“Finansal tablo ve raporları gerçeği yansıtmayan şekilde düzenleyenler”* (SPK md 112/2-a). VUK’ da buna karşılık gelen suç fiili ise *“gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar”* (VUK md 359/1). Gerçek olmayan kişi ve kayıtlar için hesap açmak aynı zamanda bu bilgilerden hareketle düzenlenecek mali tabloların gerçeği yansıtmaması sonucunu doğurur. Bir fiille iki ayrı kanunda düzenlenmiş suçu işlemiş olacaktır. VUK’ da bunun için öngörülen ceza 18 aydan 3 yıla kadar hapis cezasıdır. SPK’da ise 5237 sayılı kanuna gönderme yaparak ilgili hükümlerine göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Suç özel belgede sahtecilik suçu hükümlerine göre cezalandırılacaktır<sup>39</sup>. Bu da basit hali ile bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Ağır olan VUK’da düzenlenen cezadır.

iii. *“Gerçeğe aykırı hesap açanlar”* (SPK md 112/2-b). VUK’ da buna karşılık gelen suç fiili ise *“defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar”* (VUK md 359/1). Muhasebe hileleri gerçek olmayan kişiler adına hesap açılması aynı zamanda gerçeğe aykırı hesap açmaktır. Bir fiille iki ayrı kanunda düzenlenmiş suçu işlemiş olacaktır. VUK’ da bunun öngörülen ceza 18 aydan 3 yıla kadar hapis cezasıdır. SPK’da ise 5237 sayılı kanuna gönderme yaparak ilgili hükümlerine göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Suç özel belgede sahtecilik suçu hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Bu da basit hali ile bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Ağır olan VUK’da düzenlenen cezadır.

iv. *“Kayıtlarda her türlü muhasebe hilesi yapanlar”* (SPK md 112/2-c). Tam da buna karşılık gelen *“defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar”* (VUK md 359/1) bir fiille iki ayrı kanunda düzenlenmiş suçu işlemiş olacaktır. VUK’ da bunun öngörülen ceza 18 aydan 3 yıla kadar hapis cezasıdır. SPK’da ise 5237 sayılı kanuna gönderme yaparak ilgili hükümlerine göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Suç özel belgede sahtecilik suçu hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Bu da basit hali ile bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Ağır olan VUK’da düzenlenen cezadır.

Görüldüğü gibi VUK’da düzenlenen kaçakçılık fiillerinin vergiye özgü olması ve diğer kanunlarda vergiye özgü suçların yer almaması nedeniyle görünürde birleştirilme çok kolay olmamaktadır. SPK bu anlamda kendine özgü ifadelerden ziyade kanuni defter, belge gibi ifadelere yer verdiği için görünürde birleşme söz konusu olabilecektir.

---

<sup>39</sup> Fatura özel belge olarak nitelendirilmektedir. Bkz: Oğuz Kürşat Ünal, “Sahte Fatura ve Faturadan Doğan Sorumluluklar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. X, S.1,2, Y.2006, s. 26; Hasan Tahsin Gökcan, Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK M.207), Ankara Barosu Dergisi, Y 68, S 1, 2010, s. 220.

## 2. Kaçakçılık Suçunda Görünürde Birleşmenin Sonuçları

Görünürde birleşmenin doğal sonucu verilecek cezanın tespitinde en ağır olanın bulunmasıdır. SPK'da düzenlenmiş ceza ve atf yaptığı TCK'daki cezalar daha az olması nedeniyle kesilmesi gereken ceza VUK'da yer alan cezalardır<sup>40</sup>.

Konuya son vermeden önce bir hususa da dikkat çekilmesinde fayda bulunmaktadır. SPK'nın özel belgede sahteciliğe yaptığı atf nedeniyle bu belgelerin başka suçların işlenmesinde kullanılması durumunda TCK 212 maddesi gereği içtima hükümleri uygulanmayacaktır<sup>41</sup>. Kanunun ifadesi şöyledir. “(1) Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur” (TCK md 212). Bu ifade SPK açısından geçerli olacak bir düzenlemedir.

Kaçakçılık suçları nedeniyle vergi zıyayı kabahati de işlenecek olursa bu konuda içtima hükümleri uygulanmayacaktır<sup>42</sup>.

## SONUÇ

Bu çalışmada vergi kaçakçılık suçlarında birleşme hükümleri açısından incelenmiştir. Öncelikle genel kanun olan TCK'daki birleşme hükümleri şartları ve sonuçları itibarıyla incelenmiştir. Bileşik suç, zincirleme suç ve görünürde birleşme irdelenmiştir. Bunun nedeni TCK'nın genel kanun olması ve VUK'da birleşmeye ilişkin özel hükümlerin yer almamasıdır.

Varılan sonuçlar şöyledir. Vergi kaçakçılık suçları bileşik suç açısından elverişli değildir. Bunun nedeni biri diğerinin unsuru olacak iki ayrı suç tipi kaçakçılık suçunu oluşturmadığı gibi kaçakçılık suçunu ağırlaştıran fiiller bulunmamaktadır.

Zincirleme suç kaçakçılık suçları için elverişlidir. Zincirleme suç için bir suç işleme kararı olacak ve bu karar iki suç arasında bir kesintiye uğramamış olacaktır. Suç işlemede birliği kesen unsurlar suçlardan biri hakkında kesin karar verilmesi, failin askere gitmesi gibi zorunlu ayrılmalar, iki suçun farklı hesap dönemlerinde işlenmiş olması ve önceki suçun bir yasa ile affedilmiş olmasıdır. İkinci şartı ise suç fiilleri farklı zamanlarda işlenmelidir. Üçüncü olarak suçlar birden fazla olmalı ve son olarak da suçlar aynı olmalıdır. Cezalandırma ise temel cezaya dörtte birden dörtte üçe kadar artırma yapılmasıdır.

---

<sup>40</sup> Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş B 9, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016, s. 432.

<sup>41</sup> M. Yasin Aslan, “Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları”, Ankara Barosu Dergisi, S 2, Y 2015, s. 171.

<sup>42</sup> Süheyl Donay, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, B 1, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2008, s. 159.

Görünürde birleşme açısından kaçakçılık suçu SPK'da düzenlenmiş olan kanunen tutmakla yükümlü oldukları defter ve kayıtları usulüne uygun tutmama, finansal tablo ve raporları gerçeği yansıtmayan şekilde düzenleme, gerçeğe aykırı hesap açma ve kayıtlarda her türlü muhasebe hilesi yapma suçları arasında görünürde birleşme söz konusu olacaktır. Verilecek ceza ise, daha ağır ceza olması nedeniyle VUK'da yer alan cezalardır.

\*\*\*\*\*

#### KAYNAKLAR

**Apak Sedat**, Vergi Suçlarında İştirak, Tekerrür ve Birleşme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2008.

**Artuk M. Emin - Ahmet Gökçen- Caner Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

**Aslan M. Yasin**, "Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları", Ankara Barosu Dergisi, S 2, Y 2015.

**Bayraklı Hasan Hüseyin**, Vergi Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş B 2, Afyonkarahisar, 2015.

**Donay Süheyl**, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, B 1, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2008.

**Dönmezer Sulhi - Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, C.II, B 5, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No: 360, İstanbul, 1971.

**Erdem Tahir**, "Kaçakçılık Suçları Açısından Zincirleme (Müteselsil) Suç", Vergi Sorunları Dergisi, Y: 32, S: 249, Ankara.

**Erdem Tahir**, "Yeni Ceza Yasası Sonrasında Kaçakçılık Suç ve Cezaları" Vergi Sorunları Dergisi, S 205, Ekim 2005.

**Gökcan Hasan Tahsin**, Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK M.207), Ankara Barosu Dergisi, Y 68, S 1, 2010.

**Göktürk Neslihan**, "Türk Hukukunda Suçların İçtimaı", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C II, S 1-2, 2014, s. 32, <http://ist-univ.dergipark.gov.tr/download/article-file/14656>, erişim tarihi 23.05.2016.

**Göktürk Neslihan**, Fikri İçtima (Suçların İçtimaı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

**İçel Kayhan**, "Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C XXX, S 1-2, 1964.

**İçel Kayıhan**, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008.

**İçel Kayıhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2014.

**İpekçioğlu Pervin Aksoy**, “Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suç”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C LXI, S 1, 2012.

**Karakoç Yusuf**, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 2016.

**Keskinsoy Ömer**, Yeni Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Doğrultusunda Fikri İçtima Müessesesinin Analizi”, Ankara Barosu Dergisi, S 2, 2005.

**Koca Mahmut – İlhan Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş B 8, Ankara, 2015.

**Mutluer M. Kâmil**, Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No: 214, Eskişehir, 1979.

**Özcan Onur**, Vergi Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

**Özen Mustafa**, “Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 73, 2007.

**Özgenç İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş B 11, Seçkin yayınları, Ankara, 2015.

**Sancar Türkan Yalçın**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S 70, 2007.

**Şeker İdris**, Zincirleme Suç, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2009.

**Şenyüz Doğan**, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş B 9, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016.

**Şenyüz Doğan**, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), Ekin Yayınları, Bursa, 2015.

**Tabak Bahadır**, “Suçların İçtima”, İstanbul Fikir Enstitüsü Yayınları, 2015, [www.ife.org.tr/hukuk](http://www.ife.org.tr/hukuk), erişim tarihi 23.05.2016.

**Ünal Oğuz Kürşat**, “Sahte Fatura ve Faturadan Doğan Sorumluluklar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. X, S.1,2, Y.2006.

**Üyümez Mustafa Erkan**, Vergi Suç ve Kabahatlerinde Birleşme, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2016.

# TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN AÇISINDAN HELAL ÜRÜN SORUNU VE SONUÇLARI

*Halal Product Matter and Its Results In Terms of Law on the  
Protection of Consumer*

**Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU<sup>1</sup>, Yrd. Doç. Dr. Burcu ÖZKUL<sup>2</sup>,  
Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU<sup>3</sup>**

Geliş Tarihi: 12.10.2016 Kabul Tarihi: 13.02.2017

## ÖZET

Tüketiciyi bir ürünü satın almaya veya ondan uzak durmaya sevk eden sebeplerden birisi, ürünün tüketicinin inanç değerlerine uygun olup olmamasıdır. İslam dini açısından helal kavramı tartışmasız büyük bir öneme sahiptir. Elbette kişilerin helal kavramına gösterdikleri hassasiyetin objektif bir ölçüsü bulunmamaktadır. Ancak müslüman tüketicilerden bir kısmının, ürün tercihlerinde İslam'ın öngördüğü helal şartlarına göre hareket ettikleri olgusu kuşkusuzdur. Bu olgu sebebiyledir ki, hem İslam ülkelerinde hem de ABD ve Avrupa ülkelerinde giderek gelişen bir helal ürün pazarı oluşmuştur.

Ülkemizde de son yıllarda helal ürünlere yönelik talep ve bu çerçevede yapılan faaliyetler artmıştır. Tüketicilerin dini hassasiyetleri doğrultusunda hareket ederek ürünlerini cazip kılmak isteyen işletmeler, helal sertifikası almak için çaba sarf etmektedirler. Ancak ülkemizde helal sertifikasının verilmesi ve buna ilişkin şartların düzenlenmesi ile ilgili hiçbir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bu sebeple helal sertifikası çeşitli dernek ve şirketler eliyle verilmektedir. Bu durum hem tüketicinin korunması hem de haksız rekabet ve haksız ticari uygulamalar yönüyle pek çok sorunu gündeme getirmektedir. Ayrıca tüketicilere bilgisi dışında helal olmayan ürün satışı da başlı başına bir sorun teşkil etmektedir. Bu çalışmada, TKHK açısından helal ürün sorunu üzerinde durulmuş ve helal olmayan ürün arzının sonuçları irdelenerek soruna çözüm aranmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Helal ürün, tüketicinin korunması, helal sertifikası, helal şartları, ayıplı ürün, haksız ticari uygulama.

## ABSTRACT

One of the reasons that prompted consumers to buy a product or away from it, is that the product is in accordance with the consumer's faith values. In terms of the relevant provisions of Islam which give up the life of each and every field halal concept has an undisputed importance. Of course, the people don't have an objective measure of their sensitivity to the concept of halal. However, in general halal requirements of muslim consumers pay attention whether the products they purchase Islam prescribes rightly poses. In these case, both in Islamic countries as well as the USA and European countries, has led to the creation a growing halal product market.

In our country, the demand for halal products have proliferated in recent years and the activities carried out in this context. Businesses which want to make their products attractive, acting in accordance with religious sensitivities of consumers, are making an effort to get the halal certificate. However, in our country there is no law on issuance of halal certificates and its conditions of regulation. Therefore, halal certificates are provided by various associations and companies. But in this case, it poses many problems both consumer protection as well as unfair competition and unfair trade practices. In addition, sales of non-halal products without the knowledge of consumers also poses a problem. In this study, will focus on the issue of halal products from various angles and solution to the problem about examining the consequences of non-halal product supply will be sought.

**Keywords:** Halal product, consumer protection, halal certificate, halal criteria, defective product, unfair trade practice.

<sup>1</sup> Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, metintopcuoglu@sdu.edu.tr

<sup>2</sup> Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, burcuozkul@sdu.edu.tr

<sup>3</sup> Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, numantekelioglu@sdu.edu.tr

## 1. Giriş

Sanayi devriminden bu yana üretim teknolojilerinde kaydedilen ilerlemeler, piyasadaki işletmeler arasında her geçen gün artan bir rekabet ortamının doğmasına sebep olmuştur. Bu rekabet ortamında rakiplerinin önüne geçmek isteyen işletmeler, bir taraftan üretim maliyetlerini azaltarak piyasaya daha fazla ürün arz etmek, diğer taraftan ise daha fazla tüketici kitlesine hitap etmek peşindedirler. Günümüz piyasasında var olan mal ve hizmet çeşitliliği, tüketicinin daha fazla korunmasını gerektirmektedir. Aynı zamanda iletişim araçlarındaki gelişmeler ve refah seviyesindeki değişim, tüketiciyi satın alma kararlarında daha bilinçli ve dikkatli davranmaya sevk etmektedir.

Fiyat, marka, kalite anlayışı gibi tüketicinin satın alma kararlarını etkileyen pek çok faktör vardır. Bunlardan biri de inanç faktörüdür<sup>4</sup>. Zira dindarlık veya dine bağlılık, kişilerin davranışlarının şekillenmesinde önemli bir etkiye sahiptir<sup>5</sup>. Kişilerin inandıkları dinin emir ve yasakları çerçevesinde yaşama istekleri, onların günlük yaşamlarındaki tercihlerinde ve dolayısıyla tüketime yönelik davranışlarında yönlendirici olmaktadır<sup>6</sup>. Elbette bu durum kişiden kişiye farklılık gösterdiği gibi, ürün sınıflarına göre de farklılık göstermektedir. Tüketicilerin özellikle gıda ürünleri noktasında çok daha hassas davrandıkları ve farkındalık düzeylerinin daha yüksek olduğu bir gerçektir<sup>7</sup>. Örneğin; nüfusunun büyük çoğunluğu müslüman olan ülkemizde, haram kabul edilen domuz eti ve domuz eti katkılı ürünler açısından büyük bir hassasiyet söz konusudur. Ancak, gıda ürünleri noktasında var olan hassasiyet, giderek diğer ürün çeşitlerinde de aranmaya başlamıştır. Zaman zaman gündeme gelen, asitli içeceklerin alkol içerip içermediği, diş fırçalarının domuz kılından yapılıp yapılmadığı gibi sorular söz konusu hassasiyetin bir göstergesidir.

Sadece İslam ülkelerinde değil, tüm dünyadaki müslümanlar arasında mal ve hizmetlerin tüketiminde İslam dininin helal kabul ettiği vasıfların varlığını arama noktasında yükselen bir bilinç göze çarpmaktadır<sup>8</sup>. Bu durum *İslami Tüketim Kültürü* olarak isimlendirilen kavramın doğmasına sebep olmuş ve

---

<sup>4</sup> KURTOĞLU, Ramazan-ÇİÇEK, Behiye, *Tüketicilerin Helal Ürünler Hakkındaki Algılama, Tutum ve Beklentilerini Tespit Etmeye Yönelik Bir Araştırma*, Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Aralık 2013, 8(3), s.181.

<sup>5</sup> ÖZDEMİR, Hüseyin- YAYLI, Ali, *Tüketicilerin Helal Sertifikalı Ürün Tercihleri Üzerine Bir Araştırma İstanbul İli Örneği, İşletme Araştırmaları Dergisi*, 2014, 6(1), s.185.

<sup>6</sup> HANZAE, Kambiz Heidarzadeh-RAMEZANİ, Mohammad Reza, *Intention To Halal Products In The World Markets*, Interdisciplinary Journal Of Research In Business, Vol.1, 2011, s.2.

<sup>7</sup> CHAMBOLLE, Marc, *Food Policy And The Consumer*, Journal Of Consumer Policy, 1988, s.435.

<sup>8</sup> SHAFIE, Shahidan-OTHMAN, Md Nor, *Halal Certification: An International Marketing Issues And Challenges*, s.3.

müslüman tüketicilere yönelik pazarlama yöntemlerinin geliştirilmesine yol açmıştır<sup>9</sup>. İşte helal ürün kavramının çıkış noktası da buraya dayanmaktadır. Ülkemizde de özellikle son birkaç yıldır başta gıda ürünleri olmak üzere birçok ürün çeşidinde helal sertifikası verilmekte ve bu sertifika sahibi işletmeler ürünlerin üzerinde helal logosuna yer vererek tüketicilerin dikkatini çekmeye çalışmaktadırlar. Ancak söz konusu bu durum, belirli hallerde haksız rekabete yol açabileceği gibi, tüketicilerin aldatılması ve mağdur olmasına da sebep olabilir<sup>10</sup>.

## 2. Helal Ürün Kavramı

Arapça bir kelime olan helal, İslam Hukukunda yapılması serbest olan ve dolayısıyla işlenmesinde herhangi bir günah olmayan fiilleri ifade etmektedir<sup>11</sup>. Sözlük anlamı olarak ise; caiz, meşru, serbest gibi anlamlara gelmekte ve bu açıdan haram kelimesinin karşısını teşkil etmektedir<sup>12</sup>.

Ürün kavramı ise, en genel anlamıyla birtakım sınıai işlemlerden geçirilerek tüketicinin istifadesine sunulan mallar için kullanılmaktadır<sup>13</sup>. Ancak 6502 sayılı TKHK'da ürün kavramının hem mallar hem de hizmetler için kullanıldığı görülmektedir<sup>14</sup>. Nitekim TKHK m.76/1'de "Tüketici ürünü; hizmet sektöründe kullanılanlar dahil olmak üzere tüketicilerin kullanması için tasarlanan veya makul koşullarda tüketiciler tarafından kullanılması öngörülen, gerek ticari faaliyetler sonucunda gerekse başka yollarla tedarik edilen veya kullanılabilir hale getirilen yeni, kullanılmış veya ıslah edilmiş her türlü üründür." şeklinde bir tanıma yer verilmiştir. Öte yandan 99/34/EC sayılı Ayrıplı Ürün Nedeniyle Sorumluluk Hakkında AB Direktifi'nde ürün, "Başka bir taşınır veya taşınmazın bir parçasını da oluştursa her türlü taşınırı ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> ÖZDEMİR-YAYLI, s.185.

<sup>10</sup> Bkz. TOPÇUOĞLU, Metin-ÖZKUL, Burcu, *Rekabet Hukuku Özellikle Haksız Rekabet Açısından Helal Gıda Sertifikası*, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 2014, s.4.

<sup>11</sup> ÇAYIROĞLU, Yüksel, *İslam Hukukuna Göre Helal Gıda*, Işık Yayınları, 2014, s.14; SAMORİ, Zakiah-ISHAK, Amal Hayati-KASSAN, Nurul Himmah, *Understanding The Development Of Halal Food Standard: Suggestion For Future Research*, International Journal Of Social Science And Humanity, Vol.4, No:6, 2014, s.482.

<sup>12</sup> AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Avrupa'da Helal Gıda Problemleri ve Çözüm Yolları*, İhracat İçin Helal Sertifikası Sempozyumu, 2012, s.1; ÇAYIROĞLU, s.14; REGENSTEIN, J.M-CHAUDRY, M.M- REGENSTEIN, C.E, *The Kosher and Halal Food Laws*, Comprehensive Reviews In Food Science And Food Safety, Vol.2, 2003, s.120.

<sup>13</sup> TANRIBİLİR, Feriha Bilge, *Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bir Bakış*, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, s.264.

<sup>14</sup> ÖZDİLEK, Ali Osman, *Türk Hukukunda "Güvenli Ürün" Kavramı ve Güvenli Olmayan Ürüne Bağlanan Hukuki Sonuçlar*, Asansör Sempozyumu, 2014, s.159.

<sup>15</sup> TİRYAKI, Betül, *Avrupa Konseyi'nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi'ne Göre Üreticinin*

Görüldüğü üzere, AB Direktifinde ürün kavramı açısından yalnızca taşınır kabul edilmekteyken, TKHK'da taşınır-taşınmaz ayrımı yapılmaksızın mallar ve ayrıca hizmetler ürün kavramı içerisinde değerlendirilmiştir.

Bu açıklamalar çerçevesinde helal ürün kavramı, üretim aşamasından tüketiciye sunum aşamasına kadar tamamen İslami kurallar çerçevesinde hazırlanan ve İslami kurallara göre yasak sayılan herhangi bir unsur içermeyen mal veya hizmetler olarak tanımlanabilir. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından hazırlanan *Uluslararası Gıda Standartları (Codex Alimentarius)* belgelerinde helal gıda kavramı, İslam hukuku çerçevesinde izin verilen gıda olarak ifade edilmektedir<sup>16</sup>. Şu halde bir ürünün helal ürün olup olmadığının tespitinde İslam dininin getirdiği ölçütler yol gösterici olmaktadır.

### 3. Helal Sertifikası ve Ürünlerde Helal Kriteri

Sertifika, ürünlerin alıcı veya tüketici tarafından aranılan niteliklere sahip olup olmadıklarını gösteren bilgi veya işaretler olarak tanımlanmaktadır<sup>17</sup>. Günümüzde işletmelerin piyasada söz sahibi olabilmeleri için kalite olgusunu ön planda tutmaları bir zorunluluk haline gelmiştir<sup>18</sup>. Kalitenin öncelikli şartlarından biri ise standartlara uygunluktur<sup>19</sup>. Bu sebeple işletmeler ürünlerinin standartlara uygunluğunu belgelemek adına sertifikalandırma çalışmalarına önem vermektedirler.

Ülkemiz açısından helal sertifikası uygulaması yeni olmakla birlikte, Osmanlı Devleti'nde ürünlerin dini kurallara uygunluğuna dair çeşitli kanunnameler çıkarıldığı ve müslümanların kullanımı açısından uygun görülen ürünlere *Tahirdir (Temizdir)* damgası vurulduğu bilinmektedir<sup>20</sup>. Öte yandan *Koşer Yasaları (Kosher Laws)* olarak bilinen ve yahudilikte önemli bir yeri olan yeme-içme kuralları, zaman içerisinde sistemleştirilerek *Koşer Sertifikası* oluşturulmuş ve günümüzde önemli bir sektör haline gelmiştir<sup>21</sup>. Helal

---

Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı İle Mukayesesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.55, S.2, 2006, s.233.

<sup>16</sup> [http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/standards/list-standards/en/?no\\_cache=1](http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/standards/list-standards/en/?no_cache=1) [Erişim: 02.03.2016]

<sup>17</sup> TOPÇUOĞLU-ÖZKUL, s.3.

<sup>18</sup> ÖNER, Erhan, *Kalite Güvencesi*, Marmara Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2007, s.19.

<sup>19</sup> TAŞCI, Deniz-ÇABUK, Saye Nihan, *Kalite Yönetim Sistemleri*, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını, Eskişehir, 2013, s.127.

<sup>20</sup> YILDIZ, Mehmet, *Osmanlıda Ürünlerin Dini/Şer'i Standardizasyonunda Dönüm Noktası: Tahirdir Damgalı Sertifikasyona Geçiş*, International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Vol.5/1, 2010, s.1475.

<sup>21</sup> KURT, Ali Osman, *Yahudilikte Koşer ve Koşer Ekonomisi*, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.XIV, S.2, 2010, s.103; LYTTON, Timoty, *Kosher Certification: Private Regulation In The Age Of Industrial Food*, Harvard University Press, 2013, s.26; DAILY, Eoin, *Competing Concepts Of Religious Freedom Through The Lens Of Religious Product Authentication Laws*, Ecclesiastical Law Society, Vol.13, 2011, s.306.



sertifikası, bir işletmenin ürünlerinin İslami kurallar açısından helal niteliğini haiz olduğunu gösteren bir belgedir. Hem uluslararası gıda pazarında hem de iç pazarda giderek önem kazanan helal sertifikası, işletmeler açısından rekabet gücünü arttıran bir unsur olarak kullanılmaktadır. Zira helal sertifikası, tüketici nezdinde bir ürünün dinen kullanılması uygun ve hatta sağlıklı olduğu yönünde bir algı oluşturmaktadır<sup>22</sup>. Yalnızca İslam ülkelerinde değil, ABD ve Avrupa ülkelerinde de helal sertifikasına olan talep ve bu yöndeki uygulamalar giderek yaygınlık kazanmaktadır<sup>23</sup>. Günümüzde gelinen noktada, sadece gıda ürünleri açısından değil, diğer ürün sınıfları ve özellikle de finansal hizmetler açısından dahi helal sertifikası çalışmalarının yapıldığı görülmektedir<sup>24</sup>.

Mevzuatımızda helal ürün standartlarının neler olduğunu, helal sertifikasının verilebilme şartlarını ve bu sertifikayı verebilecek kuruluşları düzenleyen herhangi bir hukuk kuralı bulunmamaktadır<sup>25</sup>. Bu sebeple dernek ve şirket statüsündeki birçok kuruluş kendi standartları çerçevesinde helal sertifikası vermektedir<sup>26</sup>. Ancak bir kamu tüzel kişisi olan Türk Standartları Enstitüsü (TSE) de helal sertifikası veren kuruluşlar arasında yer almaktadır.

---

<sup>22</sup> RAFIDA, A.R-ALİNA, A.R-HAFIZ, H.H-SAIFOL,B., *Negotiating Interests According to Islamic Approach on Halal Certifications*, World Applied Sciences Journal, 2012, s.13; SHAFIE-OTHMAN, s.3.

<sup>23</sup> AL MAZEEDI, Hani, *Mc Halal System*, s.2; HAVINGA, Tetty, *Regulating Halal and Kosher Foods: Different Arrangements Between State, Industry and Religious Actors*, Erasmus Law Review, Vol.3, Issue 4, 2010, s.241.

<sup>24</sup> HAYAT, Raphie-BUTTER, Frank-KOCK, Udo, *Halal Certification For Financial Products: A Transaction Cost Perspective*, Tinbergen Institute Discussion Paper, 171/3, 2011, s.2.

<sup>25</sup> TOPÇUOĞLU-ÖZKUL, s.4.

<sup>26</sup> Örneğin; ülkemizde helal sertifikası açısından önde gelen kuruluşlardan biri olan GİMDES, *Helal Standardı Şartnamesi* hazırlayarak ürünlerin denetiminde uygulanacak standartlara dair çeşitli kurallar ortaya koymuştur. Söz konusu şartnameye (m.3) göre, “Helal gıda, İslam fikhında yenilip içilmesine izin verilmiş gıdaları belirtir. İslam fıkhı, Kur’an, Hadis, İcma ve Kıyasa’ya dayanır. İcma ve Kıyasta, Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerinin görüşlerini dikkate alan İslami bir otoritenin onayladığı fetva, aşağıdaki şartlar dikkate alınarak, esas alınacaktır:

1.Gıda maddesi veya onun katkı maddeleri, İslam fikhına göre müslümanlara helal olmayan hayvanların veya İslami kurallara göre kesilmemiş olan hayvanların herhangi bir bileşenini veya ürününü içermeyecektir.

2.Gıda maddesi, İslam fikhına göre necis (pis) veya hijyen olmayan şartlarda hazırlanmayacak veya bu niteliği taşıyan herhangi bir katkı maddesini içermeyecektir.

3.Gıda ve katkı maddeleri, İslam fikhına göre necis kabul edilmiş maddelerle kirlenmiş olan gereçler kullanarak hazırlanamaz, işlenemez ve imal edilemez. Bu ürünlerin hazırlanması, işlenmesi, paketlenmesi, depolanması ve taşınması esnasında, diğer gıda maddelerinden, herhangi bir karışmanın yaşanmaması için haram ürünlerden fiziksel olarak ayrı tutulması gerekmektedir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.gimdes.org/gimdes-standartlari/gimdes-helal-standardi> [Erişim: 02.03.2016]

GİMDES Helal Şartnamesi, uygulamadaki bir örneği göstermesi açısından önemli olmakla birlikte, helal sertifikasının verilmesi ve bu anlamda helal kriterlerinin belirlenmesi açısından yeknesaklık sağlanması zaruridir.

TSE, Türkiye’de ve uluslararası alanda yürüttüğü helal belgelendirme faaliyetlerinin düzenlenmesi ve bu kapsamda vermiş olduğu belgelerin kullanım usul ve esaslarının belirlenmesi amacıyla TSE Helal Belgelendirme Usul ve Esasları’nı<sup>27</sup> yürürlüğe koymuştur. Söz konusu usul ve esaslara göre, TSE tarafından başvuru sahiplerine sertifika verilmesi hususunda karar vermek üzere Helal Belgelendirme Komitesi oluşturulmuştur (m.6/4). Bu komitede helal belgelendirme konusunda bilgi ve tecrübe sahibi olan ve Diyanet İşleri Başkanlığı teşkilatına mensup en az iki üyenin yer alması zorunlu tutulmuştur (m.6/4). Görüldüğü üzere TSE, İslam dininin inanç, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmekle görevli olan Diyanet İşleri Başkanlığı ile işbirliği yaparak helal belgelendirme faaliyetinde bulunmaktadır. TSE Helal Belgelendirme Usul ve Esaslarında başvuru sahiplerinin ürünlerine dair inceleme yapılırken her açıdan helal şartlarının uygunluğunun denetleneceği belirtilmekte (m.8/2) ancak bahsedilen helal şartlarının neler olduğu açıklanmamaktadır.

Ürün özellikleri, hukuki standartlara, tüketici tercihlerine, piyasadaki rekabet şartlarına ve hitap ettiği müşteri kitlesine göre değişmektedir. Kimi ürünlerde bulunması gereken veya yasaklanan şartlar hukuki düzenlemelerle tespit edilmiştir<sup>28</sup>. Ancak esas olarak ürün özelliklerinin belirlenmesinde tüketici beklentilerinin ve piyasa şartlarının yönlendirici etkiye sahip olduğu söylenebilir. Bu açıdan piyasadaki helal ürün talebi göz önüne alınmalı ve buna dair hukuki düzenlemeler için çalışma yürütülmelidir.

Her ne kadar TKHK’da ürünlerin helal niteliğine dair bir hüküm bulunmasa da bilgisi dışında tüketiciye, inançlarına aykırı (örneğin helal olmayan) ürün satışı onun kişilik haklarını ihlal edebilmektedir. Dolayısıyla satıcının, kişiliğinin korunması (TMK m.24-25) ve haksız fiil hükümleri (TBK m.49 vd.) çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelmektedir (TKHK m.83/1). Yetkisi olmadan helal sertifikası kullanmak veya sertifika şartlarını yerine getirmemek hem haksız ticari uygulama hem de ayıplı ifa teşkil eder. Bu durumda usulsüz sertifika kullanan veya sertifika şartlarını yerine getirmeyen ya da belirli tüketicilerin dini, vicdani, ahlaki yahut kültürel nedenlerle kullanmaktan kaçındıkları ürünleri satan kimsenin; haksız ticari uygulama, ayıplı ifa ve kişilik haklarının ihlali gerekçeleri ile sorumlu tutulması mümkündür.

#### **4. Çeşitli Açılardan Helal Olmayan Ürün Arzı**

##### **4.1. Helal Olmayan Ürün Satışı**

Bugün için tek tip ihtiyaç ve beklentilere sahip homojen bir müşteri kitlesinden söz etmek mümkün değildir. Ulaşım imkanlarının ve refah

---

<sup>27</sup> <https://www.tse.org.tr/icerikdetay/9/17/usul-ve-esaslar.aspx> [Erişim: 02.03.2016].

<sup>28</sup> Topluca bir liste için bkz. <http://www.tarim.gov.tr/Mevzuat/Turk-Gida-Kodeksi> [Erişim: 22.05.2016].

seviyesinin giderek yükselmesi, zorlayıcı veya teşvik edici sebepler (savaş, işsizlik, daha iyi standartlarda yaşama arzusu) müşteri çeşidini arttırmaktadır. Bu yüzden helal şartının önemi tüketiciden tüketiciye değişmektedir. Hatta kimi tüketicilerin, helal şartlarını insani, vicdani veya başka gerekçelerle reddettikleri olgusu inkar edilemez. Satıcıların bu tüketicileri göz ardı etmesi ticari hayatın gerçeği ile örtüşmez.

TKHK'da tüketicinin aydınlatılması ve bilinçlendirilmesi amacına yönelik olarak pek çok hüküm düzenlenmiştir. Örneğin; yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmelerin en az oniki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenerek bir nüshasının tüketiciye verilmesi (m.4/1); tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin yazılı şekilde sözleşme ekinde gösterilmesi (m.4/4); mal üzerine veya ambalajına kolaylıkla okunabilecek şekilde ayıba ilişkin bilgi içeren etiket konulması, aynı bilginin tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilmesi (m.10/3) gibi hükümler bu durumun açık bir göstergesidir<sup>29</sup>. Satıcı, tüketicinin bilgilenmesi ve yanılmaması için gerekli tedbirleri almış, ürünün niteliğini ve menşeyini tereddüde yer bırakmayacak şekilde açıklamışsa artık onun sorumluluğuna gitmek mümkün olmamaktadır. Helal şartlarını taşımayan ürünü satın alıp almamak tamamen müşterinin iradesine tabidir.

Satıcının, helal standartlarını taşımayan ürün satması, tek başına hukuka aykırı sayılmaz. Bu açıdan satış işleminin nasıl yapıldığı ve müşteri çevresi önemlidir. Satıcının tüketicinin aydınlatılması yükümlülüğüne uygun davranması gerekmektedir. Aksi takdirde tüketicinin piyasadaki ürünler arasından doğru bir seçim yapabilmesi zorlaşabilir. Zira günümüzde ürün çeşitliliği, özellikleri ve içerik farklılığı gereği, tüketiciler tarafından kalite kontrolünün yapılması veya kendileri açısından sakıncalı bir durum olup olmadığını anlamaları neredeyse imkansızdır. Bu sebeple ürünlerin üzerinde çeşitli kalite işaretlerinin kullanılması (örneğin helal logosu) tüketicinin aydınlatılmasına yardımcı olmaktadır<sup>30</sup>.

Helal ürün şartlarını arayan bir tüketici çevresinde satıcının, tüketiciye bu şartları taşımayan ürün satması kişilik haklarının ihlali (TMK m.24-25; TBK m.58) ve ayıplı ifade (TKHK m.8; TBK m.219 vd.). Bu çevredeki bir tüketiciden ürünün helal şartlarını taşıyıp taşımadığını araştırması beklenemez. Hayatın olağan akışı ve dürüstlük kuralına göre tüketicinin, kendisine helal şartlarını taşıyan ürün satılacağını beklemesi esastır. Satıcı, tereddüde yer bırakmayacak şekilde ürünlerin kaynak ve niteliği hakkında açıklamada bulunduğunu ispat

---

<sup>29</sup> TOPÇUOĞLU, Metin, *Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S.24, 2016, s.22.

<sup>30</sup> ALTUNKAYA, Mehmet, *Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1-2, 2004, s.108.

etmedikçe sorumluluktan kurtulamaz. Menşe ve nitelik belirtmeksizin helal olmayan ürün satışı mesleki özen yükümlülüğünün (TKHK m.62/1) de ihlalidir.

#### 4.2. Yetkisiz Helal Sertifikası Kullanımı

Satıcının yetkisi olmaksızın ürünleri üzerinde bir kurumun helal sertifikası işaretini kullanması tüketici, rakip teşebbüsler ve sertifika kurumu bakımından önemlidir. Yetkisiz helal sertifika kullanımı, ürünün helal şartlarını taşıyıp taşıyamamasına bakılmaksızın haksız rekabet olarak kabul edilmektedir (TTK m.54 vd.). Bilindiği üzere, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlar haksız rekabettir (TTK m.54/2). Tanımda yer alan müşteri kavramının tüketicileri de kapsadığı noktasında duraksama yoktur<sup>31</sup>. Zira TTK m.54/1'de haksız rekabet hükümlerinin amacının bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu açıkça ifade edilmektedir<sup>32</sup>.

Haksız rekabet hallerini düzenleyen TTK m.55 hükmünde, sertifikaların yetkisiz kullanımına dair doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>33</sup>. Hal böyle olmakla birlikte, kanunda sayılan haksız rekabet hallerinin sınırlı sayıda olmadığı düşünüldüğünde<sup>34</sup> yetkisiz sertifika kullanımının haksız rekabet teşkil etmesine bir engel yoktur. Zira haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin temelinde, TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı yer almaktadır<sup>35</sup>. Dürüstlük kuralının ihlal edilmesi halinde güvene aykırı hareket edilmiş olmakta; bu durum da haksız rekabete yol açmaktadır<sup>36</sup>. Öte yandan TTK m.55/1-a'da

---

<sup>31</sup> ARKAN, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 22.Bası, Ankara, 2016, s.326; AYHAN, Rıza-ÖZDAMAR, Mehmet-ÇAĞLAR, Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku*, Yetkin Yayınları,9. Bası, Ankara, 2016, s.395; ÇEKER, Mustafa, *Ticaret Hukuku Genel Esaslar*, Karahan Kitabevi, Adana, 2016, s.195; KAYAR, İsmail, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s.269; POROY, Reha-YASAMAN, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.282; ŞENER, Oruç Hami, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.608.

<sup>32</sup> "6102 sayılı TTK'nın 54. maddesinde haksız rekabete ilişkin hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olarak ifade edilmiş, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir". Y.11. HD, 2013/12796 E., 2014/14333 K., 23.09.2014 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>33</sup> TOPÇUOĞLU-ÖZKUL, s.10.

<sup>34</sup> BİLGİLİ, Fatih-DEMİRKAPI, Ertan, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, Dora Yayınları, 8.Baskı, 2015, s.134.

<sup>35</sup> "Ticari hayatta rekabetin; işletmelerin verimini artırıcı, üretilen mal ve hizmetlerin kalitesini yükseltici ve fiyatları düşürücü fonksiyonları bulunduğu ileri sürülmekte olup; bu yönüyle yararlı olan rekabetin dürüstlük kuralları içinde yapılması ve kötüye kullanılmaması gerekir". YHGK, 2014/11866 E., 2016/289 K., 09.03.2016 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>36</sup> ARKAN, s.327; AYHAN-ÖZDAMAR-ÇAĞLAR, s.397; ÇEKER, s.197; KAYAR, S.269; ŞENER, s.609.

sayılan bazı haksız rekabet halleri, sertifikaların kötüye kullanılmasını da kapsamaktadır<sup>37</sup>. Örneğin; kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak (TTK m.55/1/a-2) bir haksız rekabet halidir<sup>38</sup>. Şu halde bir işletmenin ürünlerinde gerçeğe aykırı olarak helal sertifikasına dair bir işaret kullanması halinde gerçek dışı ve yanıltıcı açıklamada bulunduğu pekala söylenebilir. Aynı şekilde paye, diploma veya ödül almadığı halde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak (TTK m.55/1/a-3) da haksız rekabettir<sup>39</sup>. Dolayısıyla helal sertifikası kullanma yetkisi olmadığı halde buna sahipmiş gibi hareket eden işletmenin fiili haksız rekabet olarak nitelendirilebilir.

Bir işletmenin yetkisi olmadığı halde helal sertifikası kullanması ve ürünlerinin üzerinde buna dair bir işarete yer vermesi tüketiciler açısından aldatıcı bir davranış teşkil etmektedir. Bu aldatıcı davranışın aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırı olduğu açıktır. İşin mahiyeti gereği tüketicilerden helal sertifikasının gerçek olup olmadığını araştırmaları beklenemez. Dolayısıyla helal sertifikasına güvenerek bir ürünü satın alan tüketicinin, ürünün gerçek anlamda helal kriterlerini taşıması noktasında haklı bir beklentisi bulunmaktadır. Söz konusu beklentinin gerçekleşmemesi ise her halükarda tüketicinin güveninin sarsılmasına yol açmaktadır.

Yetkisiz helal sertifikası kullanımı, diğer yönüyle rakip teşebbüsleri etkilemektedir. Zira helal sertifikası, dini hassasiyetleri yüksek olan tüketici kitleleri üzerinde dikkat çekici ve onlar açısından ürünleri cazip kılıcı bir etkiye sahiptir. Bu açıdan bakıldığında, yetkisi olmadığı halde helal sertifikası kullanan bir işletmenin, müşterileri haksız olarak kendisine yönlendirme ihtimali sebebiyle rakip teşebbüslere zarar vereceği kuşkusuzdur.

---

<sup>37</sup> TOPÇUOĞLU-ÖZKUL, s.10.

<sup>38</sup> ARKAN, S.329; AYHAN-ÖZDAMAR-ÇAĞLAR, s.401; POROY-YASAMAN, s.285.

<sup>39</sup> "...davacı kurum, 22 Kasım 1960 tarih ve 132 sayılı Yasa ile kurulmuş ve markası "TSE" olarak belirlenmiş olup bu yasanın 1,2 ve 11. maddelerine göre bu markayı kullanmak isteyenlerin mamullerini kontrol ederek, Türk Standartlarına uygun bulursa kabul edecek, tarifeye göre ücret alacaktır. Bu markayı taşıyan mamullerin böylece resmi bir kurumun inceleme ve onayından geçerek Türk Standartları'na uygun olduğu kamuoyunda peşinen kabul edilecektir. Bu markanın izinsiz kullanılması halinde ise kamuoyu yanıltılmış olacak, standartlarına uygun olmayan bir mal da bu markayı taşıdığı için kontrollü zannedilecek, standartlara uymadığı ve kalite bozukluğu fark edilince de TSE markasına olan güven ve inanç sarsılacak; bu halde davacı kurum, gerek prim yoksulluğu ve gerek markaya rağbet azalması ve müşteri kaybetme şeklinde maddi zarardan başka, markaya ve davacı kuruma karşı doğacak güvensizlik duygusu ile manevi zarara da uğrayacaktır". Y.11. HD, 1982/5594 E., 1982/5674 K., 27.12.1982 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

### 4.3. Sertifika Şartlarının Yerine Getirilmemesi

Bir kurumun helal sertifikasını kullanan satıcının, sertifika şartlarına uygun olmayan ürün satışı, tüketici açısından kişilik haklarının ihlali ve ayıplı ifa olarak kabul edilebilir. Tüketicinin haksız ticari uygulama esaslarına göre satıcının sorumluluğuna gitmesi mümkündür. Ayrıca sertifika şartlarının yerine getirilmemesi satıcının, rakip teşebbüslere karşı da haksız rekabet ve haksız ticari uygulama ilkelerine göre sorumluluğuna yol açmaktadır<sup>40</sup>.

Tüketicinin, denetim yetkisi ve yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyerek dürüst rekabet ortamının bozulmasına yol açan sertifika kurumuna karşı haksız ticari uygulama (TKHK m.62) ve haksız rekabet hükümlerine göre başvuru hakkı saklıdır. Zira sertifika kurumunun sorumluluğu, gerekli incelemeleri gerçekleştirip helal sertifikası vermekle sona ermez. Sertifika kurumu, helal sertifikasının verilmesinden sonraki süreçte de işletmenin şartları devam ettirip ettirmediğini kontrol etmekle yükümlüdür. Aksi takdirde, ilk etapta helal şartlarını yerine getirerek sertifika sahibi olan bir işletmenin, daha sonra buna dayanarak helal şartlarına aykırı ürünlerde de sertifika işareti kullanması ve bu şekilde helal sertifikasının suiistimal edilmesi ihtimal dahilindedir.

TSE Helal Belgelendirme Usul ve Esasları'nda (m.14/2), helal belgesinin verilmesinden sonra da kontrol ve gözetim yapılacağı *"...ürün ve hizmet özelliklerine, belgelendirmeye esas teşkil eden şartlara, üründe, üretim yerinde tespit edilen uygunsuzluklara veya belgelendirilmiş ürünlerle veya hizmetlerle ilgili şikayetlere bağlı olarak, belgelendirmeye esas standardın öngördüğü şartlar dikkate alınmak kaydıyla ilgili belgelendirme föylerinde belirtilen sıklıkta üretim yerinde ve/veya piyasadan alınan numuneler üzerinde, ilgili belgelendirme birimi tarafından gerekli görülen muayene ve deneylerin yapılması ve/veya yaptırılması veya yalnızca üretim yeri incelemesi suretiyle ara kontrol gerçekleştirilir."* şeklinde bir ifade ile belirtilmiştir. Yine TSE Helal Belgelendirme Usul ve Esasları'nda, ara kontroller sonucunda helal koşullarını etkileyen önemli uygunsuzluk tespit edilmesi veya TSE helal markalarının, belge kapsamı dışında kullanılması durumunda belgenin iptal edileceği açıkça ifade edilmektedir (m.18).

---

<sup>40</sup> "Davacı vekili, müvekkilinin adına tescilli markasıyla kimyasal ürün üretim ve pazarlaması yaptığını, müvekkilinin üretimine konu ürünlerin belgeli olduğunu, müvekkilinin bu kapsamda bir takım sertifikalara da sahip olduğunu, davalı şirketin [www.erscelebikimya.com](http://www.erscelebikimya.com) alan adlı internet sitesinde müvekkilinin ticaret unvanını, markasını ve müvekkiline ait sertifikaları herhangi bir hakka dayanmaksızın kullandığını, davalının müvekkiliyle herhangi bir ticari ilişkisinin de olmadığını, davalının bu kullanımının müvekkilinin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini..." Y.11. HD, 2015/10457 E., 2016/3655 K., 5.4.2016 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Öte yandan uygulamada yerli ve yabancı pek çok kurum ve kuruluşun helal sertifikası vermesi, helal sertifikasına güven noktasında soru işaretleri oluşturmaktadır. Sertifika kurumlarının helal belgesinin verilmesinden sonraki kontrol ve gözetim yükümlülüğü bir yana, belgenin verilmiş aşamasında dahi gerçek anlamda helal şartlarına uygun belge verilip verilmediği net değildir. Zira ülkemizde söz konusu sertifika kurumlarını denetleyecek herhangi bir hukuki mekanizma bulunmamaktadır. Bu durum hem rekabet piyasası hem de tüketiciler açısından pek çok sakıncaları bünyesinde barındırmaktadır.

## 5. TKHK Açısından Helal Ürün Sorunu

### 5.1. Genel Olarak

Helal sertifikası ve bu bağlamda helal ürüne ilişkin sorunlar öncelikli olarak tüketicinin korunması açısından önem taşımaktadır. Yetkisiz helal sertifikası kullanımı veya tüketicinin bilgisi dışında helal olmayan ürün satışı hem haksız ticari uygulama hem de ayıplı ifa kavramları çerçevesinde ele alınabilir. Ticari reklamlarda gerçeğe aykırı olarak helal sertifikasının veya buna ilişkin unsurların kullanılması da tüketicileri etkilemektedir. Ayrıca, tüketicilerin dini inançlarına aykırı bir fiil olması yönüyle, helal olmayan ürün satışının kişilik haklarının ihlali olarak değerlendirilmesi de mümkündür.

### 5.2. Haksız Ticari Uygulama

Yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı TKHK'dan farklı olarak 6502 sayılı TKHK, tüketici bakımından haksız ticari uygulamaları özel olarak düzenlemiştir. Tüketicinin bir mal veya hizmete karşı ekonomik davranış biçimini (iradesini) bozan uygulamalar haksız ticari uygulamadır<sup>41</sup>. Bu doğrultuda aldatıcı veya saldırgan nitelikteki uygulamalar da haksız ticari uygulama olarak kabul edilmiştir<sup>42</sup> (TKHK m.62/1). Haksız ticari uygulama iddiasıyla karşılaşan satıcı, uygulamasının haksız ticari uygulama sayılmayacağını ispatla yükümlüdür (TKHK m.62/2).

Ürün veya hizmet sertifikalarının tüketici tercihlerindeki rolü aşikardır. Yetkili olmadığı halde sertifika kullanan veya kullandığı sertifikanın gereklerini yerine getirmeyen satıcının fiilinin, TKHK kapsamında haksız ticari uygulama olarak değerlendirileceği kuşkusuzdur. Zira usulsüz veya gerçeğe aykırı standart ya da sertifika kullanımı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini etkilemektedir. Dolayısıyla söz konusu durum aldatıcıdır ve satıcı için mesleki özen yükümlülüğünün ihlalidir (TKHK m.62/1).

---

<sup>41</sup> KARAKOCALI, Ahmet-KURŞUN, Ali Suphi, *Tüketici Hukuku*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2015, s.212.

<sup>42</sup> ÖZEL, Çağlar, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s.260.

Rakiplerin kendi arasında veya tedarik edenlerle ya da müşterilerle arasındaki ilişkileri etkileyen her türlü aldatıcı uygulamalar dürüstlük kuralına aykırıdır ve haksız rekabet sayılmaktadır<sup>43</sup> (TTK m.54/2). Öyleyse haksız ticari uygulamalar hem TKHK hem de TTK tarafından yasaklanmıştır. TTK açısından bir ticari uygulamanın haksız olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu uygulamanın dürüstlük kuralına aykırı olması ve satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasındaki ilişkileri etkilemesi yeterli kabul edilmiştir<sup>44</sup>. Ancak TKHK m.62/1 hükmü, bir ticari uygulamanın haksız olarak kabul edilebilmesi için TTK'ya ek olarak başka şartlar da aramaktadır. Buna göre, bir ticari uygulamanın haksız olarak kabul edilebilmesi için, birbiriyle bağlantılı üç temel şartın oluşması gerekmektedir<sup>45</sup>.

### 5.2.1. Ticari Uygulama Mesleki Özenin Gereklerine Uymamalıdır

TKHK'da ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde, mesleki özenin tanımı yapılmamıştır<sup>46</sup>. Ancak 2005/29/EC sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında AB Direktifi'nde (m.2-h) mesleki özen, "*Tacirin faaliyet alanındaki dürüst piyasa uygulaması ve/veya genel iyi niyet ilkesi ile uygun olarak, tüketicilere karşı göstermesi gereken özel beceri ve dikkat yükümlülüğü*" olarak tanımlanmıştır<sup>47</sup>. Bu çerçevede düşünüldüğünde, satıcının helal olmayan ürün satışı yapması, yetkisiz helal sertifikası kullanması veya sertifika şartlarını yerine getirmemesi, mesleki özen ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

### 5.2.2. Ticari Uygulama Ortalama Tüketicinin Mal veya Hizmete İlişkin Ekonomik Davranış Biçimini Bozmalı veya Bozma İhtimali Bulunmalıdır

Ticari uygulamanın haksız olarak kabul edilmesi için, mesleki özenin gereklerine aykırılık tek başına yeterli değildir. Ayrıca ticari uygulamanın,

---

<sup>43</sup> ARKAN, s.327; AYHAN-ÖZDAMAR-ÇAĞLAR, s.396; ÇEKER, s.199; KAYAR, S.270; ŞENER, s.608.

<sup>44</sup> TOPÇUOĞLU, s.26.

<sup>45</sup> TOPÇUOĞLU, s.26.

<sup>46</sup> Ancak "mesleki özen" kriterini ifade eden şu düzenlemeye dikkat çekmeyi gerekli görüyoruz: "*Meslekî yeterlilik ve özen ilkesi, meslek mensubuna müşteriler veya işverenlere etkin bir hizmet sunmak için gerekli meslekî bilgi ve beceri düzeyine sahip olmak ve hizmet sunarken teknik ve meslekî standartlara uygun olarak özenli davranmak sorumluluğunu getirmektedir*". (Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirlerin Mesleki Faaliyetlerinde Uyacakları Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik m.10/1, RG, 19.10.2007, S.26675).

<sup>47</sup> Bkz. DUIVENVOORDE, B.B., *The Consumer Benchmarks In The Unfair Commercial Practices Directive*, Studies In European Economic Law And Regulation, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, s.15; INCARDONA, Rossella- PONCIBO, Cristina, *The Average Consumer, The Unfair Commercial Practices Directive And The Cognitive Revolution*, J. Consum Policy(2007), s.27; TOPÇUOĞLU, s.27.



tüketicinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini bozması veya bozma ihtimalinin bulunması gerekmektedir. Ekonomik davranış biçimi etkilenen tüketici açısından *ortalama tüketici* ölçütü getirilmiştir<sup>48</sup>. Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde (m.4/1-j) ortalama tüketici, "*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi*" şeklinde tanımlanmıştır<sup>49</sup>.

Satıcının helal olmayan ürün satması durumunda, ortalama tüketicinin söz konusu ürünün helal olmadığını anlaması mümkün değildir. Zira günümüzde üretim teknolojilerinde kullanılan yöntemler, çoğu zaman ürünlerin bileşenlerinin basit bir inceleme ile anlaşılmasını engellemektedir. Aynı durum yetkisiz helal sertifikası kullanımı veya sertifika şartlarının yerine getirilmemesi hallerinde de geçerlidir. Tüketicinin, üzerinde helal sertifikasına dair işaret bulunan bir ürünün gerçekten bu sertifikaya sahip olup olmadığını veya şartları yerine getirip getirmediğini bilmesi neredeyse imkansızdır. Dolayısıyla bu durum, tüketicinin ekonomik davranış biçimini bozmaktadır.

### 5.2.3. Tüketici Davranışını Bozan Etki Önemli Olmalıdır

Tüketicinin ekonomik davranışını bozan etkinin önemli olmasından kasıt, tüketicinin haksız ticari uygulamanın etkisinde kalarak bir hukuki işlem yapmasıdır. Başka bir deyişle, tüketicinin maruz kaldığı ticari uygulama ile tüketicinin ekonomik davranış arasında bir nedensellik (illiyet) bağı bulunması gerekmektedir<sup>50</sup>. Eğer satıcının ticari uygulaması, tüketicinin satın alma kararına etki etmemişse bu durumda söz konusu ticari uygulamanın haksız olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Satıcının yetkisiz sertifika kullanması veya sertifika gereklerini yerine getirmemesi durumunda, tercih şartı olarak helal kriterini ön planda tutan tüketicinin, ekonomik davranışının önemli ölçüde bozulacağı muhakkaktır. Zira helal sertifikası, tüketicilerin satın alma tercihlerine yön verebilecek veya etkileyebilecek bir unsurdur.

Görüldüğü üzere, haksız ticari uygulamanın varlığı açısından, TKHK'nın aramış olduğu şartlar TTK'dan daha fazladır. Ancak her iki kanunun haksız ticari uygulamalara karşı dava açma yetkisini düzenleyen hükümleri paralel değildir. TTK m.56/3 hükmüne göre; "*Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları,*

---

<sup>48</sup> Kavramın AB Hukukunda düzenlenişi için bkz. ABBAMONTE, Giuseppe, *The Unfair Commercial Practices, Directive: An Example Of The New European Consumer Protection Approach*, Columbia Journal Of European Law, Vol.12, s.707.

<sup>49</sup> Ayrıca bkz. AYDOĞDU, Murat, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.90.

<sup>50</sup> TOPÇUOĞLU, s.28.

*borsalar; statülerine veya tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan mesleki ve ekonomik birlikler; tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşları; kuruluş kanunlarına göre tüketici menfaatlerini koruma görev ve yetkisine sahip kamu kurumları tespit, men ve düzeltme davalarını açabilirler.” Ayrıca, düzeltme davası kapsamında kaçınılmaz ise haksız ticari uygulamaların sürdürülmesinde etkili olan araçların ve malların imhası da istenebilir<sup>51</sup>.*

Ekonomik çıkarları zarar gören veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşan müşterilere, haksız rekabet vasıtası veya ürünlerinin (malların) imhasını isteme hakkı tanınmamıştır (TTK m.56/2). Bu sonuç, aldatıcı veya dürüstlük kurallarına aykırı davranış ve uygulamalara karşı kollektif mücadele amacı güden haksız rekabet anlayışı ile örtüşmemektedir. Hatta TTK m.56/2 hükmünden hareketle, tüketici menfaatlerini koruma amacı veya görevi bulunan özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilerinin de haksız rekabet vasıtası ya da ürünlerinin imhasını isteyemeyecekleri düşünülebilir. Kanun koyucu, müşteriler bakımından özel olarak düzenlediği istisnaya, diğer davacılar bakımından bilerek ya da unutkanlık sonucu yer vermemiştir. Müşterilerle ilgili istisnayı, haksız rekabetle mücadele ve özellikle caydırıcılık bakımından özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerini de kapsayacak şekilde genişletmek doğru değildir. Dolayısıyla özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilerinin tazminat davası dışında, TTK m.56/1.a-c’deki davaları açabilmeleri, haksız rekabet vasıtası veya ürünlerinin imhasını isteyebilmeleri mümkündür.

TTK m.56 hükmünün aksine TKHK m.73/6 *“Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hallerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilir.”* demek suretiyle özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin dava açma hakkını kısıtlamıştır.

Öte yandan TKHK’nın haksız ticari uygulamalara karşı dava açma hakkını TTK’ya göre daralttığı görülmektedir. TKHK m.73/6 ve m.74 hükümleri dava ve talep hakkını iki açıdan sınırlandırmıştır. Bunlardan ilki, özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerine (tüketici örgütleri, Bakanlık ile ilgili piyasayı düzenleyen kamu kurum ve kuruluşları) haksız ticari uygulamalara (TKHK m.62) karşı dava hakkı tanınmamasıdır. Haksız ticari uygulamalar (ve ticari reklamlar) dışında dendiğine göre genel tüketici menfaatlerini ihlal etse, Kanuna aykırı bir

---

<sup>51</sup> ARKAN, s.340; AYHAN-ÖZDAMAR-ÇAĞLAR, s.420; ÇEKER, s.216; KAYAR, S.295; POROY-YASAMAN, s.292; ŞENER, s.673.

durumun doğma tehlikesi olsa bile özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişileri; saldırgan ya da aldatıcı ve tüketicinin ekonomik davranış biçimini bozan ticari uygulamalara karşı dava açamayacaktır. İkinci sınırlama, haksız ticari uygulama araçları veya malların toplatılması ve imhasına ilişkindir. TKHK m.74 malların toplatılması ve imhasını, haksız ticari uygulama (haksız rekabet) ürünü olup olmamasına bakmaksızın ayıplı olması ve risk taşıması şartlarına bağlamıştır. Malların, tek başına veya birlikte haksız ticari uygulama ürünü ya da ayıplı olması imhasını gerektirmez. Ancak *risk* taşıyan mallar imha edilebilmektedir. Risk kavramının ağırlığı ve içeriğine ilişkin bir açıklığa ise yer verilmemiştir.

TKHK'nın atıf yaptığı (m.3/1.j; m.10/3; m.74/3; m.76/4; m.79/3) Ürünlere ilişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun<sup>52</sup> ve bu Kanunun uygulanması ile ilgili Yönetmelikte<sup>53</sup> sık sık riskten söz edilmekle birlikte tanım yapılmamıştır. Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında risk kavramını, insan sağlığının, can ve mal güvenliğinin; hayvan ve bitki varlığının, genel olarak çevrenin zarara uğrama tehlikesine maruz kalması olarak anlamak mümkündür.

Görüldüğü gibi TTK m.56/3, tüketici menfaatlerini gözeten özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin dava açma hakkını tüketici lehine genişletmiş; TKHK m.73/6 ise sınırlandırmıştır. Mevcut halleriyle TTK m.56/3 ile TKHK m.73/6 çelişmektedir. Özel veya genel kanun anlayışıyla bu çelişkiyi gidermek mümkün değildir. Aynı konuyu düzenleyen 4077 sayılı TKHK m.23/4 hükmünün<sup>54</sup>, 6502 sayılı TKHK m.73/6'dan daha ileri olduğu açıktır.

Gerçeğe aykırı sertifika kullanmak veya sertifika şartlarını yerine getirmemek *per se* haksız ticari uygulamadır. Bu durumda tüketicinin, satıcının davranışının haksızlığını ve dolayısıyla yukarıdaki şartları ispat etme yükümlülüğü yoktur. Haksız Ticari Uygulama Yönetmeliği (m.29/2.b; Ek-A/2) bu halleri görünümüleri veya sonuçları itibarıyla tüketicilerin ekonomik davranış biçimlerini ve satın alma tercihlerini önemli ölçüde etkileyeceği ya da etkileme ihtimali bulunduğu varsayımı ile yasaklamıştır<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> RG, 11.07.2001, S.24459.

<sup>53</sup> RG, 17.01.2002, S.24643.

<sup>54</sup> 4077 sayılı TKHK m. 23/4 hükmüne göre "Bakanlık ve tüketici örgütleri münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu Kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilirler".

<sup>55</sup> Haksız Ticari Uygulama varsayımı (*per se* haksız ticari uygulama) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, s.37-43.

### 5.3. Ayıplı Mal

Ayıp kavramı, genel anlamıyla satılan malda ortaya çıkan ve tüketicinin (alıcının) o maldan yararlanmasını engelleyen eksiklikler olarak ifade edilmektedir<sup>56</sup>. Başka bir deyişle, satılan malda satıcının bildirdiği bir nitelikte, dürüstlük kuralına göre satılarda bulunması gereken bir niteliğin mevcut olmaması halinde ayıplı mal vardır<sup>57</sup>. Şu halde ayıbın varlığının tespitinde, satıcının zikir ve vaat ettiği vasıflarla, objektif olarak satılarda bulunması gereken vasıflar önem taşımaktadır<sup>58</sup>. Ayıp, maddi nitelikte olabileceği gibi, hukuki veya ekonomik nitelikte de olabilir<sup>59</sup>.

TKHK m.8/1 hükmünde *“Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır”* şeklinde bir tanıma yer verilmiştir. TKHK m.8/2’de ise *“Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan; tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.”* ifadesi ile hangi malların ayıplı mal olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

Kanunda yer alan bu düzenlemeler karşısında, usulsüz sertifika kullanılarak veya sertifika şartlarına uyulmayarak satılan ürünlerin ayıplı olduğunun

---

<sup>56</sup> AYDOĞDU, s.120; ZEVLİLİLER, Aydın-GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.116.

<sup>57</sup> ARAL, Fahrettin-AYRANCI, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.103; EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.132; TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.163; YAVUZ, Cevdet-ACAR, Faruk-ÖZEN, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.123.

<sup>58</sup> ASLAN, İ.Yılmaz, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ekin, Bursa, 2014, s.75; AYDOĞDU, s.121; EREN, s.133.

<sup>59</sup> EREN, s.134; TANDOĞAN, s.164; YAVUZ-ACAR-ÖZEN, s.124. *“Ayıp; maddi hukuki ya da ekonomik eksiklik şeklinde ortaya çıkabilir. Maddi ayıp, malın, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması, ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşıyamaması, satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olmasıdır. Hukuki ayıp, satılan üzerinde, alıcının ondan yararlanmasını veya onun üzerinde tasarruf etmesini engelleyen malın değerini veya ondan beklenen faydayı etkileyen kamu hukukundan doğan sınırların bulunmasıdır. .Ekonomik ayıp ise; alıcının maldan beklediği yararlanma ve kullanma olanağını azaltan ve ekonomik değerini düşüren ayıplardır.”* YHGK, 2014/13-1125 E., 2016/587 K., 4.5.2016 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

kabul edilmesi gerekmektedir<sup>60</sup>. Zira bir işletmenin ürünlerinin ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında helal sertifikası kullanması *vasıf vaadi* kapsamına girmektedir. Dolayısıyla söz konusu işletmenin usulsüz olarak sertifika kullanması veya sertifika şartlarını ihlal etmesi, vasıf vaadine aykırılık teşkil etmektedir.

Helal ürün şartlarının arandığı bir tüketici çevresinde, ürünlerin helal şartlarını taşıması objektif olarak o ürünün sahip olması gereken bir özellik şeklinde düşünülebilir. Örneğin; ülkemizde piyasada bulunan gıda ürünlerinde domuz eti katkılı herhangi bir bileşenin bulunmaması noktasında bir beklenti vardır<sup>61</sup>. Dolayısıyla gıda ürünlerinde domuz eti katkılı bir bileşenin olmaması, o ürünlerde objektif olarak var olması gereken bir özellik haline gelmiştir. Bu açıdan bakıldığında, türü veya içeriğinden kaynaklanan endişeden dolayı tüketicinin tercih etmeyeceği, sağlıksız veya helal olmayan bir ürünün satılması yahut sunulması da ayıplı ifa kapsamına girmektedir<sup>62</sup>.

Satıcı, sattığı ürünün helal olmadığını bilmese dahi tüketiciye karşı sorumlu olmaktan kurtulamaz<sup>63</sup>. Satıcının sorumluluktan kurtulacağı durum TKHK m.9/2'de "*Satıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satış sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya satış sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağı olmaz.*" ifadesi ile belirtilmiştir. Ayrıca tüketici ile satıcı arasında ayıp sebebiyle bir ihtilaf çıkması halinde kanun koyucu malın ayıplı olmadığını satıcının ispat etmesi gerektiğini düzenleyerek (TKHK m.10/1), ispat yükü açısından tüketiciye bir kolaylık sağlamıştır.

Ayıplı ifa karşısında tüketici TKHK m.11'de belirtilen şu dört seçimlik haktan birini kullanabilmektedir:

---

<sup>60</sup> Satıcının alıcıya yapmış olduğu her türlü vaadin sözleşme içeriği olacağı ve bu vaade aykırı bir malın ayıplı sayılacağı açıktır. Ancak bunun ötesinde, doğrudan alıcıya karşı olmasa bile kamuya yapılmış olan bildirimlerden de alıcının haberdar olduğu ve bu bilgi ışığında sözleşmeyi kurduğu varsayılacağından bu bildirimlere aykırılık da bir ayıp oluşturur. ATAMER, Yeşim M.- BAŞ, Ece, "*Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk*", İstanbul Barosu Dergisi (Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı), C.88, S.1, 2014, s.23.

<sup>61</sup> Elbette bu beklenti, ülkemizin tamamında aynı seviyede var olmayabilir. Örneğin; sahil kesimlerinde bulunan turistik bölgelerde, o bölgenin özelliği gereği domuz eti katkılı ürünlerin daha yaygın olması yadırganacak bir durum değildir.

<sup>62</sup> Bkz. YHGK, 2013/13-492 E., 2014/87 K., 12.02.2014 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>63</sup> Bkz. YAVUZ, Nihat, *Ayıplı İfa*, Ankara, 2012, s.37.

- a) Sözleşmeden dönme,
- b) Ayıp oranında satış bedelinden indirim,
- c) Satılanın ücretsiz onarımı,
- d) Satılanın ayıpsız misli ile değiştirilmesi.

Tüketici, türü veya içeriği sebebiyle kullanmaktan kaçındığı bir ürünü, iradesi dışında satın alıp *tüketmişse* ayıplı ifa ile ilgili seçimlik haklardan yararlanma imkanı olmamaktadır. Zira sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda, tüketicinin ayıplı malı satıcıya geri verme yükümlülüğü doğmaktadır<sup>64</sup>. Satılanın ücretsiz onarımını isteme hakkı ise, satılan malın mahiyeti gereği onarımın mümkün olduğu durumlarda gündeme gelmektedir. Bir diğer hak olan satış bedelinden indirim isteme hakkında, tüketici malın kendisinde kalmasını istiyorsa bu talebi iletir. Ancak gıda ürünü zaten tüketilmişse, artık bu hakkın kullanılması söz konusu olmaz. Son olarak satılanın ayıpsız bir misliyle değiştirilmesi hakkında da yine tüketicinin ayıplı malı iade ederek ayıpsız mislini talep etmesi durumu vardır<sup>65</sup>. Dolayısıyla bu hakkın kullanımı da tüketilmiş bir gıda ürünü açısından fayda sağlamaz.

Bu durumda tüketicinin TBK'nın ayıplı ifa ile ilgili hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağına bakmak gerekmektedir. Yine burada da ayıplı ifa karşısında tüketici, henüz tüketmediği ürünler bakımından seçimlik haklarını kullanabilmektedir.

Tüketici TBK m.219/1'in "*Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.*" hükmüne dayanarak satıcıyı sorumlu tutabilir. Diğer yandan TBK m.219/2'de "*Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmeseyse bile onlardan sorumludur.*" ifadesine yer verildiğinden satıcı, ayıbı bilmediğini ileri süremez. Fakat seçimlik haklar<sup>66</sup>, TKHK ve TBK'da aynı içerikte düzenlendiğinden tüketici, ayıplı ürünü (helal olmayan ürünü) iradesi dışında satın alıp tüketmişse seçimlik haklardan yararlanması

---

<sup>64</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.112.

<sup>65</sup> GÜMÜŞ, s.119.

<sup>66</sup> Satılanın ayıplı olduğu hallerde alıcı:

1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme,
2. Satılanı alıkoyp ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme,
3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme,
4. İmkan varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme, seçimlik haklarından birini kullanabilir (TKHK m.11/1; TBK m.227/1).

yine mümkün olmamaktadır. Zira seçimlik hakların kullanılabilmesi ürün hala tüketicinin elinde mevcutsa mümkündür (TBK m.227 ve m.229/1<sup>67</sup>).

Tüketici, TKHK m.11/6 ve TBK m.227/2 hükümleri doğrultusunda tazminat isteme hakkına sahiptir<sup>68</sup>. Ancak burada doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayrımı ile karşılaşılmaktadır<sup>69</sup>. TBK m.229/1-3'ün "*Ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesi*" ifadesine yer vermesi dolayısıyla, tüketicinin dolaylı zararlarının giderilmesi TBK m.229/2'nin "*Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür.*" hükmü gereği satıcının kusurlu olması durumunda mümkün olmaktadır.

Halal olmayan bir ürünü iradesi dışında tüketmiş olan tüketicinin, söz konusu seçimlik haklarını fiilen ve hukuken kullanamaması durumunun, uğradığı manevi zarar ile kıyaslandığında önemsiz kaldığı söylenebilir. Dolayısıyla tüketiciyi tatmine en uygun yol manevi tazminat davası olmaktadır.

#### 5.4. Ürün Sorumluluğu ve Halal Olmayan Ürün

Ürün sorumluluğu, ayıplı malın neden olduğu zararlardan o malın üreticisinin sorumlu tutulmasını ifade etmektedir<sup>70</sup>. Bu açıdan bakıldığında, ürün sorumluluğu kavramı TKHK'da ayıplı mal sebebiyle tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklardan farklı bir duruma işaret etmektedir. Zira ayıplı mal sebebiyle tüketiciye tanınan haklar, sözleşmeler hukuku çerçevesinde tüketici aleyhine bozulmuş olan dengeyi yeniden sağlamayı amaçlar<sup>71</sup>. Ürün sorumluluğunun amacı ise, ürünün ayıplı olması sebebiyle tüketicinin veya bir üçüncü kişinin şahıs varlığına yahut malvarlığına gelen zararların giderilmesidir<sup>72</sup>.

4077 sayılı TKHK'nın kabulüne kadar üreticinin ayıplı ürünün zararlarından sorumluluğu, genel ilkeler çerçevesinde bir kusur sorumluluğu olarak kabul edilmekteydi<sup>73</sup>. Ancak 85/374/EEC sayılı Ürün Sorumluluğu Hakkında AB Direktifi'nde söz konusu sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk olarak

---

<sup>67</sup> "Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür".

<sup>68</sup> REİSOĞLU, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2012, s.349-361.

<sup>69</sup> Doğrudan ve dolaylı zarar için bkz. YAVUZ, Nihat, s.38-39; Yeşim M. ATAMER; Ece BAŞ, s.49-51.

<sup>70</sup> GÜNERGÖK, Özcan, Üreticinin Sorumluluğu Çerçevesinde Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XII, S.3-4,2008, s.315.

<sup>71</sup> GÜNERGÖK, s.315.

<sup>72</sup> KULAKLI, Emrah, Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, *On İki Levha Yayınları*, İstanbul, 2009, s.2; TANRIBİLİR, s.264.

<sup>73</sup> AYDOS, Oğuz Sadık, Ürün Sorumluluğu, *Adalet Yayınevi*, Ankara, 2009, s.95.

düzenlenmesi<sup>74</sup> Türk Hukukunu da etkilemiştir. Zira söz konusu direktife paralel olarak çıkartılan Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik<sup>75</sup> m.6/1 hükmüne göre, ayıplı bir malın, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde imalatçı/ üretici doğan zararı, kusuru aranmaksızın tazmin etmekle yükümlüdür. Yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre, üreticinin sorumlu tutulabilmesi için zarar görenin malın ayıbını, uğradığı zararı ve ayıp ile zarar arasındaki nedensellik bağını ispat etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla üreticinin ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması şart değildir.

Ayıplı Mal Yönetmeliği m.7'de üreticinin sorumluluktan kurtulabileceği haller düzenlenmiştir. Buna göre üretici aşağıdaki durumlardan birini ispat ettiği takdirde malın sebep olduğu zararlardan sorumlu olmamaktadır:

- a) Malı piyasaya sürmemiş olması,
- b) Malın satılmak gayesiyle veya ticari faaliyetlerin seyri sırasında üretilmemiş olması,
- c) Tüm hal ve şartlar göz önünde bulundurulduğunda, zarara sebep olan ayıbın, mal piyasaya sürüldüğünde mevcut olmaması,
- d) Malın teknik düzenlemesinin ayıba neden olması,
- e) Mal piyasaya sürüldüğünde mevcut bulunan bilimsel ve teknolojik bilgilerin, ayıbın varlığının bilinmesine imkan vermemesi.

Nihai malın tasarımı ya da bu malın imalatçısının/üreticisinin talimatı sebebiyle, bütünü oluşturan parçalardan birinin imalatçısı/üreticisi, o malın ayıbından sorumlu değildir. Helal veya sağlığa uygun olmayan ürün sebebiyle tüketicinin özellikle vücut bütünlüğü açısından zarara uğraması ihtimal dahilindedir. Böyle bir durumun ortaya çıkması halinde tüketici, üreticinin kusurlu olduğunu ispat etmekle yükümlü olmaksızın zararının tazmin edilmesini talep edebilmektedir. Ancak bu noktada, Ayıplı Mal Yönetmeliği'nin uygulanabilirliğine ilişkin tereddütler ortaya çıkmaktadır. Öğretide söz konusu Yönetmeliğin 4077 sayılı TKHK'nın Ayıplı Mal başlıklı 4. maddesine dayanılarak çıkartılmasına rağmen Kanundaki kavramları değiştirdiği, normlar hiyerarşisine aykırı olduğu, Kanunda belirlenen zamanaşımı sürelerinden farklı süreler düzenlediği, neredeyse hiç ortak yönü bulunmadığı gerekçeleriyle Kanuna aykırı olduğu ve bu sebeple de uygulanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> AYDOS, s.94.

<sup>75</sup> RG, 13.06.2003, S.25137.

<sup>76</sup> AKÇURA KARAMAN, Tuba, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.165 vd.



6502 sayılı TKHK'nın geçiş hükümleri başlıklı geçici maddesine göre, Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar, 4077 sayılı TKHK'ya dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve diğer mevzuatın, bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır (m.1/3). Bu sebeple, yeni bir yönetmelik çıkarılmadığı müddetçe, Ayıplı Mal Yönetmeliği'nin kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanmak durumundadır.

Yönetmelikte yer alan ayıp tanımıyla, TKHK'da yer alan ayıp tanımı farklılık arz etmektedir. Yönetmelik m.5/1'e göre, *"Malın piyasaya sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü an ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınarak, bir kimsenin o maldan haklı olarak bekleyebileceği güvenliği sağlamayan mal ayıplı sayılır."* Görüldüğü üzere, Yönetmelikteki ayıp tanımı, TKHK'ya kıyasen daha dar kapsamlıdır. Ayrıca, Yönetmelik m.9'a göre, *"Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler, zarar görenin, zararı, maldaki ayıbı ve imalatçının/üreticinin kim olduğunu öğrendiği veya öğrenebileceği günden itibaren üç yıllık zamanaşımına tabidir."* Halbuki TKHK m.12/1 hükmüne göre *"Ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda taşınmazın teslim tarihinden itibaren beş yıldır."*

Ayıplı Mal Yönetmeliği'nde zamanaşımı sürelerinin TKHK'dan farklı düzenlenmiş olması kanaatimizce Yönetmeliğin uygulanmasına engel değildir<sup>77</sup>. Zira söz konusu Yönetmelik, ayıplı maldan dolayı tüketicinin şahıs varlığı veya malvarlığında meydana gelen zararların tazminine ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. TKHK'daki ayıplı maldan sorumluluk ise, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenlemektedir. Bu açıdan bakıldığında Yönetmelik ile TKHK hükümlerinin çatıştığı nokta, ayıbın tanımıdır. Dolayısıyla sorunun çözümünde, ayıbın tanımı açısından TKHK m.8 hükmü esas alınmalı, diğer hususlarda ise Ayıplı Mal Yönetmeliği hükümleri uygulanmalıdır.

## 5.5. Ticari Reklamlarda Helal Kavramının Kullanılması

Reklam, firmalar açısından tüketiciye ulaşmada en kısa ve etkili bir yol olarak kabul edilmektedir<sup>78</sup>. Reklam aracılığıyla üreticiler kendi ürünlerini tüketicilere tanıtılabilmekte ve onların dikkatini çekebilmektedirler<sup>79</sup>. Böylelikle

---

<sup>77</sup> Ancak İmalatçı/Üreticiye kusursuz sorumluluk yükleyen bir düzenlemenin yönetmelikle değil kanunla düzenlenmesi gerekir.

<sup>78</sup> İNAL, Emrehan-BAYSAL, Başak, *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2008, s.2; TEKELİOĞLU, Numan, *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s.5.

<sup>79</sup> GÖLE, Celal, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*,

reklam, serbest piyasa ekonomilerinde üretici ile tüketici arasında bağlantı kurarak adeta bir köprü vazifesi üstlenmektedir<sup>80</sup>.

Reklamın pazarlama iletişimindeki bu güçlü rolü, helal ürünler noktasında da kendisini göstermektedir. Ürünlerin helal sertifikasına sahip olduğuna dair reklam mesajlarının, bu konuda hassas olan tüketicileri etkilemede önemli bir unsur olduğu kuşkusuzdur. Nitekim ülkemizde son yıllarda helal ürün reklamlarında veya reklamlardaki helal vurgusunda ciddi bir artış olduğu göze çarpmaktadır<sup>81</sup>.

TKHK m.61/1 hükmünde “*Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır.*” şeklinde bir tanım yapılmıştır. Devamında ise, ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları gerektiği ifade edilmiştir (TKHK m.61/2). Burada esasen, ticari reklamlarda uyulması gereken genel ilkeler yer almaktadır<sup>82</sup>. TKHK m.61/3 hükmünde ise, tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici ticari reklam yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Şu halde, ürün reklamlarında gerçeğe aykırı olarak helal sertifikasına sahip olduğuna veya ürünlerin helal şartlarına uygun üretildiğine dair ifadelere yer verilmesi halinde, söz konusu reklamlar TKHK m.61/2 ve 61/3 hükümlerine aykırılık teşkil eder. Zira reklamlarda gerçeğe aykırı beyanlarla dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketiciler aldatılmış olmaktadır.

Öte yandan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği<sup>83</sup> m.27/6’da reklamı yapılan bir malın içeriğinde, toplumun genel dini hassasiyetlerine aykırı bir bileşenin doğrudan veya dolaylı olarak kullanılması halinde, bu hususun reklamlarda açıkça belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla reklamı yapılan ürünün helal olmayan bir bileşen içermesi halinde bunun açıkça belirtilmesi şarttır.

---

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983, s.16; PINAR, Hamdi, *Reklam Hukukunun Esasları*, Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul, 2008, s.515.

<sup>80</sup> KAYA, Arslan, *Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri*, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s.459; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, S.3, 2004, s.65.

<sup>81</sup> ÇALLI, İ.Duygu, *Etnik Pazarlamada Helal Kavramının Kullanımı-“Almanya’da Yayınlanan Gıda Reklamları Üzerine Bir İnceleme”*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.XIV, S.4, s.45.

<sup>82</sup> ŞAHİNCİ, Dilek, *6502 Sayılı Yeni Tüketici Kanunundaki Reklam Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:9, Sayı:89, Ocak 2014, s.98; TEKELİOĞLU, s.52.

<sup>83</sup> RG, 10.01.2015, S.29232.

Reklamın gerek TKHK m.61 hükmüne ve gerekse Ticari Reklam Yönetmeliği'ne aykırı olması durumunda söz konusu reklam hukuka aykırı hale gelmekte ve TKHK m.77'de belirtilen yaptırımların uygulanması söz konusu olmaktadır<sup>84</sup>.

## 5.6. Kişilik Haklarının İhlali

Kanunlarımızda kişilik hakkına ilişkin herhangi bir tanım söz konusu olmadığı gibi, hangi değerlerin kişilik hakkına dahil olduğu ve bu kapsamda korunacağına dair bir hüküm de mevcut değildir. Esasen bu durum, kişilik haklarının içerik itibarıyla topluma ve zamana göre değişkenlik göstermesiyle bağlantılıdır<sup>85</sup>.

Kişilerin maddi ve manevi bütünlüğü üzerindeki haklarının tümü kişiliği oluşturur<sup>86</sup>. Kişinin maddi bütünlüğü (cismani varlığı, hayatı ve sağlığı), manevi bütünlüğü (hürriyeti, dini ve vicdani inancı, şeref ve haysiyeti, itibarı, mahremiyeti, sırları, fikri faaliyetleri), ehliyetleri (hak ve fiil ehliyeti), iktisadi bütünlüğü (iktisadi faaliyetlere katılma serbestisi, mesleki ve ticari itibarı, ticari sırları) kişilik kavramının çerçevesini çizen esas unsurlardır. Kişiliği oluşturan bu unsurlar üzerinde sahip olunan ve hukuken korunan menfaate ise kişilik hakkı denilmektedir<sup>87</sup>.

Ayıplı gıda ürünlerinin tüketilmesi halinde TKHK m.11'in bahsettiği seçimlik hakların tüketici için yarar sağlamayacağı açıktır. Tüketici, şartları çerçevesinde maruz kaldığı zararların tazminini talep edebilmektedir. Çeşitli nedenlerden (inanç, sağlık vs.) dolayı müşterinin asla tercih etmeyeceği bir ürünü tüketmiş

---

<sup>84</sup> “Bu Kanunun 61 inci maddesinde belirtilen yükümlülükler aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görülen hallerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanır (TKHK m.77/12)”. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKELİOĞLU, s.130 vd.

<sup>85</sup> TEKİNAY, Selahattin Sulhi, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978; YARAYAN, Ali, *Türk Medeni Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.215.

<sup>86</sup> AKİPEK, Jale G.-AKINTÜRK, Turgut-ATEŞ KARAMAN, Derya, s.339; “Kişilik, kişinin hukuk tarafından korunan ve kişi olmasına bağlı olarak sahip olduğu kişisel değerlerin tümünü ifade eder. Bu bakımdan kişilik, kişi olunması dolayısıyla sahip olunan değerleri bünyesinde barındırır.” KAYIHAN, Şaban-ÜNLÜTEPE, Mustafa, *Medeni Hukuk Bilgisi*, Ankara, 2014, s.177-178.

<sup>87</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK-AKINTÜRK-ATEŞ KARAMAN, s.340 vd; DURAL, Mustafa- ÖĞÜZ, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.93 vd; AYAN, Mehmet- AYAN, Nurşen, *Kişiler Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.112 vd; HATEMİ, Hüseyin-KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)*, İstanbul, 2013, s.57 vd; OĞUZMAN, Kemal-SELİÇİ, Özer-OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s.160 vd; SEROZAN, Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm-Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.206 vd; ZEYTİN, Zafer-ERGÜN, Ömer, *Türk Medeni Hukuku*, Ankara, 2013, s.79 vd.

olması, onun kişilik haklarına<sup>88</sup> ve manevi bütünlüğüne zarar verebilir<sup>89</sup>. Satıcının, tüketiciye tercih etmeyeceği bir ürünü satması sözleşmeye aykırılık teşkil eder. TBK m.114/2 gereği, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanabilir<sup>90</sup>. Satıcının sözleşmeye aykırı ifası -maddi zarar dışında- tüketicinin kişilik haklarını ihlal ediyor veya manevi bütünlüğünü bozuyorsa pekala manevi zarara da yol açabilir<sup>91</sup>.

Tüketicieye, bilmesi halinde arzu etmeyeceği ürünü satan veya sunan satıcının haksız fiil (TBK m.49) ve kişiliğin korunması (TMK m.23-25) hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulması mümkündür (TBK m.114/2). Kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Mağdur, hakimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir (TMK m.24-25, TKHK m.83/1).

Bir kimseye, kusurlu olarak hukuka veya ahlaka aykırı fiillerle zarar verilmesi haksız fiildir (TBK m.49). Kişilik hakları ihlal edilen tüketici, uğradığı manevi zararının telafi edilmesini isteyebilir (TBK m.58)<sup>92</sup>. Ayrıca helal sertifikasına sahipmişçesine satış yapan satıcının, ürün satışlarında bir artış da meydana gelmiş olabilir. Kişilik haklarını ihlal eden hukuka aykırı bu fiili ile satışlarında artış meydana gelen satıcının, malvarlığındaki bu artışı kişilik hakkı ihlal edilmiş olan tüketiciye vekaletsiz iş görme hükümleri doğrultusunda tazmin etmesi

<sup>88</sup> “Kişilik hakkının konusu olan değerler; yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlükler, şeref ve haysiyet, isim ve resim üzerindeki hak, iktisadi bütünlük üzerindeki hak, giz alanı ve özel hayat olarak gösterilebilir. İnsan vücudunun maddi bütünlüğünün yanında işleyişi de korunmuştur. Vücut bütünlüğünün ihlali olmaksızın, vücudun işleyişine yapılan müdahaleler de haksız fiil kabul edilmiştir. Örneğin; kişinin maddi vücut bütünlüğüne dokunulmadan zehirlenmesi, sağlığının virüs veya bakterilerle bozulması sağlık hakkının ihlali kapsamına girmektedir. Vücut bütünlüğü hakkı ile sağlık hakkının ihlali özel hukuk açısından aynı değerde olduğundan, haksız fiilin nitelendirilmesi sonuç itibarıyla farklı olmamaktadır. İki ihlalde de ortaya çıkan zararın, zarar veren tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir.” ZEYTİN-ERGÜN, s.81-82.

<sup>89</sup> Hukuka aykırı fiilin, kişinin maneviyatını bozması; elem ve üzüntüye boğulması; yaşama isteği ve sevincinde azalmaya yol açması veya kişiyi ruhsal çöküntüye ya da utanca maruz bırakması manevi zarardır. Bkz. AKİPEK-AKINTÜRK-ATEŞ KARAMAN, s.409-410. “Manevi zarar; kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilme olup, duyulan acı ve çekilen ızdırap kişinin ruhsal bütünlüğünü bozucu etki yaratacağından bunun manevi zararı oluşturacağına da kuşku bulunmamaktadır.” YHGK, 2013/13-492 E., 2014/87 K., 12.02.2014 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>90</sup> Bkz. ANTALYA, s.502, 520.

<sup>91</sup> Manevi tazminat talebi, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk esaslarına tabi olacaktır. “Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir...” (TBK m.114/1). Ayrıca bkz. ANTALYA, s.520; İNCEOĞLU, Murat, “*Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri*”, BATİDER, Aralık 2008, s.77-121.

<sup>92</sup> Kişilik haklarının korunması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK-AKINTÜRK-ATEŞ KARAMAN, s.350 vd.

gerekebilir<sup>93</sup>. Öte yandan, özellikle TKHK m.61/3'e aykırı reklamlar yoluyla zenginleşen kişilerin, TBK m.81 hükmündeki gibi, zenginleşme miktarını hazineye ödeme yükümlülüğünü öngören bir düzenleme yapılması şarttır.

## **6. Helal Olmayan Ürün Arzının ve Yetkisiz Helal Sertifikası Kullanımının Yaptırımı**

### **6.1. Genel Olarak**

Sertifika kullanımına bağlı olmaksızın tüketiciye yönelik helal olmayan ürün arzı, kişilik haklarının ihlali açısından tazminat sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Yetkisiz helal sertifikası kullanımı ise, TTK açısından haksız rekabet, TKHK açısından haksız ticari uygulama ve ayıplı ifa çerçevesinde hukuki, cezai ve idari yaptırımlara tabi tutulabilir. Bu sebeple hukuki, cezai ve idari yaptırımların ayrı ayrı irdelenmesi gerekmektedir.

### **6.2. Hukuki Yaptırım**

#### **6.2.1. Haksız Rekabet Davaları**

Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız rekabettir (TTK m.54/2). Helal şartlarını taşımayan ürünlerin helal sertifikası ile satışa sunulması, müşterileri etkileyen aldatıcı ve dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olduğundan haksız rekabet teşkil etmektedir. Şu halde, hukuka aykırı bir şekilde helal sertifikası kullanan kişilere karşı, TTK m.56'da düzenlenen davaların yöneltmesi mümkündür.

Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse;

- a) Fiilin haksız olup olmadığının tespitini,
- b) Haksız rekabetin men'ini<sup>94</sup>,
- c) Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını<sup>95</sup>,

---

<sup>93</sup> Bkz. ZEYİN-ERGÜN, s.88; KAYIHAN-ÜNLÜTEPE, s.218.

<sup>94</sup> "...davalı şirketin davacının ortağı olduğu şirket ile benzer logoyu kullandığı sabit olduğundan haksız rekabetin men'i ile davalı şirketin Osmanlı armalı ve Osmanlı ibareli logoyu kullanmaktan menine..." Y. 11.HD, 2014/2199 E., 2014/11479 K., 16.06.2014 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>95</sup> "...haksız rekabete yol açtığı tespit edilen davalı şirkete ait davaya konu kitapçığın çeşitli dergilerin eki olarak piyasaya sürülmüş olmasına göre, mahkemece haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun da ortadan kaldırılması hususunda karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile bu istemin reddi yerinde olmadığı gibi..." Y. 11.HD, 2013/5467 E., 2014/12258 K., 26.06.2014 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını<sup>96</sup>,

d) Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini isteyebilir<sup>97</sup>.

Haksız rekabet davalarını, zarar gören veya böyle bir tehlike ile karşılaşma ihtimali bulunan rakipler ve müşteriler (tüketiciler) açabilirler<sup>98</sup>. Ancak müşteriler, araçların ve malların imhasını talep edemezler (TTK m.56/2). Bu kişilerin dışında, Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da tazminat davası haricindeki diğer davaları açabilirler (TTK m.56/3).

### 6.2.2. TKHK Çerçevesinde Uygulanabilecek Yapıtlımlar

Yetkisiz helal sertifikası kullanımı veya sertifika şartlarına aykırı biçimde helal olmayan ürün arzı, haksız ticari uygulama olarak kabul edilmektedir. TKHK m.62 hükmünde, hangi uygulamaların haksız olarak kabul edileceği belirtilmekle birlikte, bu uygulamalara karşı hangi hukuki yapıtlımların uygulanabileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği de buna dair bir hüküm ihtiva etmemektedir.

TKHK m.73/6 hükmünde, tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile bakanlığın; genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde ihtiyati tedbir kararı alınması, hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabileceği belirtilmiştir. Ancak yine aynı hükümde, “...haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında...” demek suretiyle tüketici örgütleri, kamu kurum ve kuruluşları ile bakanlığın haksız ticari uygulamalara karşı dava açması engellenmiştir. Hal böyle olmakla birlikte tüketiciler, yetkisiz sertifika kullanımı veya sertifika şartlarına aykırı ürün arzı söz konusu olduğunda, hukuka aykırı

---

<sup>96</sup> “...davalılarca yapılan haksız rekabetin tespitine, men’ine ve ref’ine, Ambarlı Gümrük Müdürlüğünde bulunan dava konusu 4.410.000 adet Marlboro Gold sigara ile 4.500.000 adet Marlboro Red markalı taklit ürünlere el konulma işleminin devamına, bu sigaraların karar kesinleştikten sonra imhasına...” Y. 11.HD, 2009/936 E., 2010/12050 K., 25.11.2010 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>97</sup> Haksız rekabet davaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDAMAR, Mehmet- ERMENEK, İbrahim, *Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat*, Ankara Barosu Dergisi, C.7, S.3, 2007, s.43 vd.

<sup>98</sup> BİLGİLİ-DEMİRKAPI, s.138; CAN, Mustafa, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.69, 2007, s.168; TOPÇUOĞLU-ÖZKUL, s.12.

durumun tespiti, önlenmesi, durdurulması ve zararlarının giderilmesi talebini ileri sürebilirler<sup>99</sup>.

Tüketicinin bir ticari uygulamanın haksız olduğunu iddia etmesi halinde, ticari uygulamada bulunanın, bu uygulamasının haksız ticari uygulama olmadığını ispat etmesi gerekmektedir (TKHK m.62/2). Kanun koyucu TMK m.6'da düzenlenen, "*Taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*" şeklindeki genel kurala istisna olarak, haksız ticari uygulama iddiasında bulunan tüketiciyi ispat yükünden kurtarmış bulunmaktadır.

Öte yandan, tüketicinin helal olmayan ürün satışı sebebiyle ayıplı ifadan kaynaklanan seçimlik haklarını da hukuki yaptırım olarak kullanması söz konusu olabilir. Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin seçimlik haklarına ilişkin talebini yerine getirmekle yükümlüdür (TKHK m.11/1, m.15/1). Ancak tüketicinin söz konusu seçimlik haklarını kullanabilmesi için, ayıplı ürünün halen elinde bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde bu seçimlik hakların kullanılabilmesi mümkün değildir. Bir ihtimal olarak, ayıplı hizmetler açısından hizmetin ifasının gerçekleşmesine rağmen, hizmetin yeniden görülmesini talep etme hakkı gündeme gelebilir. Ancak uygulama açısından, helal ürünlerin ağırlıklı olarak gıda ürünleri olduğu düşünüldüğünde, tüketilmiş bir gıda ürünündeki ayıp iddiasıyla seçimlik hakların kullanılması mümkün olmamaktadır.

TKHK m.74/1 hükmünde, seri halinde üretilip piyasada satışa sunulan mallarla ilgili olarak bazı hukuki yaptırımlar öngörülmüştür. Buna göre bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri satışa sunulan bir seri malın;

- a) Ayıplı olduğunun tespiti,
- b) Üretiminin veya satışının durdurulması,
- c) Ayıbın ortadan kaldırılması,
- d) Satış amacıyla malı elinde bulunduranlardan toplatılması talepleriyle dava açabilirler.

Satışa sunulan seri malın ayıplı olduğunun mahkeme tarafından tespit edilmesi durumunda, mahkeme ayıbın niteliğine göre malın satışını durdurma veya ayıbı giderme kararları verebilir (TKHK m.74/2). Dolayısıyla mahkemece ayıbın tespitinin yapılmasından sonra, eğer maldaki ayıbın giderilmesi mümkünse, ayıbın giderilmesi yönünde karar verilmektedir. Madde metninden tam anlaşılacak şekilde birlikte, kanaatimizce malın satışını durdurma ve ayıbın giderilmesi kararları birlikte verilebilir. Örneğin; ayıplı seri maldaki ayıbın giderilmesi mümkün fakat ayıp giderilene kadar piyasada satışa sunulması sakıncalı ise, bu durumda her iki kararın birlikte verilmesi gerekebilir.

---

<sup>99</sup> TOPÇUOĞLU, s.48.

Üretici veya ithalatçı, mahkeme kararının kendilerine tebliğinden itibaren üç ay içerisinde maldaki ayıbı ortadan kaldırmakla yükümlüdür (TKHK m.74/2). Eğer maldaki ayıbın ortadan kaldırılması imkansız ise, malın üretici veya ithalatçı tarafından toplanması veya toplattırılması gerekmektedir<sup>100</sup>. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir (TKHK m.74/2).

### 6.2.3. Kişiliğin Korunması Davaları

Kişiliğin korunması davaları, koruyucu davalar ve tazminat davaları olmak üzere iki kısım olarak ele alınabilir<sup>101</sup>. Koruyucu davalar TMK m.25/1'de düzenlenen saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırıya son verilmesi ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davalarıdır. Tazminat davaları ise, TMK m.25/3'de düzenlenen maddi-manevi tazminat davası ve kazancın geri verilmesi davasıdır.

Helal olmayan ürün satışı durumunda kişiliğin korunması davaları açısından en işlevsel dava manevi tazminat davasıdır. Zira helal olmayan ürünlerin (özellikle gıda ürünleri) önceden bu niteliklerinin tespit edilerek buna göre koruyucu davalar açma ihtimali oldukça düşüktür. Maddi tazminat davasının amacı ve kazancın geri verilmesi davasının da uygulama darlığı göz önüne alındığında, söz konusu davaların da helal olmayan ürün satışında tüketicinin başvurabileceği dava yolları olması uzak bir ihtimaldir.

Manevi tazminat davası, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin bu sebeple duyduğu acı, elem ve ızdırabın giderilmesini amaçlamaktadır<sup>102</sup>. Bu çerçevede zarar gören için tazminat olarak tayin edilecek bir miktar paranın, zarar görenin elem ve ızdırabını bir nebze giderebileceği düşünülmüştür<sup>103</sup>. Nitekim TBK m.58/1'e göre, kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir<sup>104</sup>. Ancak hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine diğer bir giderim

---

<sup>100</sup> "...davalı şirketin ithal ettiği LPG tanklarının TSE standardına aykırı olması sebebi ile satışının durdurulması ve satılanların toplatılmasının istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davalı şirket tarafından ithal edilen LPG tanklarının TSE standartlarına aykırı, ayıplı ve tüketici yanıltıcı kullanılmasında sakınca bulunduğu anlaşıldığından ithal edilen ürünlerin toplatılmasına..." Y. 4.HD, 2002/458 E., 2002/4788 K., 15.04.2002 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>101</sup> HELVACI, Serap, *Gerçek Kişiler*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.152.

<sup>102</sup> AKİPEK-AKINTÜRK-ATEŞ KARAMAN, s.407; DURAL, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s.155; HELVACI, s.158; OĞUZMAN- SELİÇİ-OKTAY ÖZDEMİR, s.199.

<sup>103</sup> OĞUZMAN-SELİÇİ-OKTAY ÖZDEMİR, s.200.

<sup>104</sup> "Dava, tatil amaçlı kalınan otelde sağlığa zararlı yiyecek verilmesi sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Manevi zarar; teknolojikteki gelişmeler, ilişkilerde meydana gelen çeşitlilik, zarar türlerinin artması gibi sebeplerle dar



biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayınlanmasına hükmedebilir (TBK m.58/2).

### 6.3. Cezai Yaptırım

TTK'da haksız rekabet açısından hukuki sorumluluk dışında cezai sorumluluk da düzenlenmiştir. Kanun koyucu, haksız rekabet fiilinin önlenmesi amacıyla hukuki yaptırımların cezai yaptırımlarla desteklenmesi gerektiği fikrinden yola çıkmıştır<sup>105</sup>. Helal ürünler açısından yetkisiz sertifika kullanımı veya sertifika şartlarına aykırı ürün arzı durumlarında haksız rekabetten doğan hukuki yaptırımlar gündeme geleceği gibi, TTK m.62'de düzenlenen cezai yaptırımların uygulanması da gündeme gelebilir. Bu çerçevede cezai yaptırımı gerektirecek fiiller üç başlıkta toplanabilir:

- a) TTK m.55'de yer alan haksız rekabet fiillerinden birini kasten işlemek,
- b) Kişisel durumu, iş ürünleri, ticari faaliyetleri ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek,
- c) İşçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlememek veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmemek.

Ürünleri üzerinde bir denetim kuruluşunun helal işaretini izinsiz kullanan, sertifika şartlarını yerine getirmeyen veya kapsam dışındaki ürünler için de kullanan satıcının fiilleri TTK m.55/1.a-2 ve 62/1.b gereği haksız rekabettir. Bu fiillerin kast dışında ihmal yoluyla işlenmesi ihtimali zayıftır<sup>106</sup>.

Söz konusu bu fiillerin işlenmesi halinde fail, TTK m.56 gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikayeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para

---

yorumlanmaması gereken, günün koşullarına ve olayın özelliğine göre hakimin serbestçe takdir edeceği, bir zarar çeşididir. Bunun dar yorumlanması Kanununun lafzına da ruhuna da uygun düşmeyecektir. Aralarında sözleşme ilişkisi bulunan taraflardan birisinin eylemi sözleşmeye aykırı olması yanında karşıdakinin ruhsal veya bedensel bütünlüğü açısından zarara da yol açıyorsa, haksız eyleme benzer bir etkinin varlığının kabulüyle oluşan manevi zararın tazmini gerekmektedir. Davalının işlettiği tatil köyünde davacıların konakladığı dönemden kısa bir süre sonra yapılan denetimlerde sağlığa zararlı, son kullanma tarihi geçmiş ve menşei de tespit edilemeyen et ürünleri ve bu arada ayrıca domuz etinin de tespit edildiği görülmüştür. Bu durumda davacıların kaldıkları dönemde kendilerine de bu etlerden yedirildiği kanaatiyle açtıkları manevi tazminat isteminin kabulüne dair mahkeme kararı yerindedir" YHGK, 2013/13-492 E., 2014/87 K., 12.02.2014 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>105</sup> AYDIN, Hüseyin, *Türk Ticaret Kanununda Haksız Rekabet Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.53.

<sup>106</sup> Bkz. TOPÇUOĞLU-ÖZKUL, s.15-17.

cezasıyla cezalandırılır<sup>107</sup>. Şu halde, kanunda cezai yaptırımlar seçimlik olarak belirlenmiştir. Hakim haksız rekabet faili hakkında ya iki yıla kadar hapis ya da adli para cezasına hükmedebilir. İkisine birlikte hükmetmesi mümkün değildir.

Haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişinin işleri ile ilgili olması halinde, ceza hükmü tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları hakkında uygulanacaktır<sup>108</sup>. Ayrıca tüzel kişi hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine karar verilebilir (TTK m.63).

Meseleye haksız ticari uygulama yönünden bakılacak olursa, TKHK'da haksız ticari uygulamalarla ilgili olarak herhangi bir cezai yaptırım düzenlenmediği görülmektedir<sup>109</sup>. Ancak hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak şeklindeki fiil, dolandırıcılık suçunu oluşturmaktadır (TCK m.157). Dolandırıcılık suçunun dini inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle işlenmesi halinde ise *nitelikli dolandırıcılık* söz konusu olmaktadır (TCK m.158/1). Şu halde, bir ürünün helal olduğu yönünde hileli davranışlarla tüketicilerin aldatılması, onların dini inanç ve duygularının istismar edilmesi anlamına geleceğinden nitelikli dolandırıcılık suçunu teşkil edebilir. Bu durumda fail, iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır (TCK m.158/1).

#### 6.4. İdari Yaptırım

TTK'da haksız rekabet faili açısından idari yaptırım öngören herhangi bir hüküm bulunmamaktadır<sup>110</sup>. Ancak TKHK m.63/1 gereğince, ticari reklam ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri ve denetimleri yapmak ve gerektiğinde idari yaptırım uygulamak üzere Reklam Kurulu'nun yetkilendirildiği görülmektedir. Şu halde TKHK açısından idari yaptırım mekanizması Reklam Kurulu tarafından işletilmektedir. Ancak

---

<sup>107</sup> “Şikayetin kapsamı, tespit tutanağı ve savunmaya göre başka firma bayii olup, bayii olmadığı şikayetçi firmanın boş tüplerini deposunda bulunduran sanıkların eyleminin TTK'nın 57/5. maddesinde belirlenen haksız rekabet suçunu oluşturduğu ve aynı yasanın 64/1-5 maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken...” Y.7.CD, 2006/11111 E., 2009/5485 K., 04.05.2009 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>108</sup> “Suç tarihi olan 01/10/1993 tarihli H.. Gazetesi sorumlu müdürü olan sanık Doğan S.'in TTK'nın 57 ve 64-1/1-2 maddeleri uyarınca verilen mahkumiyet kararı Dairemizce (Sorumlu Müdür olan sanık Doğan S.'in eylemi tüzel kişi adına görev yapılmasından kaynaklanmakta olduğundan para cezası ve masraf yönünden TTK'nın 65. maddesinin gözetilmemesi) gerekçesi ile bozulmuş...” Y.7.CD, 1997/5449 E., 1997/7333 K., 02.10.1997 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>109</sup> Haksız ticari uygulamaların TTK anlamında aynı zamanda haksız rekabet teşkil etmesi sebebiyle, burada da haksız rekabete dair ceza hükümleri elbette uygulanabilir.

<sup>110</sup> TOPÇUOĞLU, s.25.

Kurulun kararları Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından uygulanmaktadır (TKHK m.63/1).

Reklam Kurulu, başvuru yoluyla inceleme yapabileceği gibi re'sen de inceleme yapabilir. Reklam Kurulu Yönetmeliği<sup>111</sup> m.8'de başvuruların yazılı veya elektronik ortamda yapılacağı belirtilmiştir. Ayrıca başvuru sahibi gerçek kişinin adı, soyadı ile T.C. kimlik numarası ve adresini, tüzel kişinin ise unvanı ve adresini içermeyen başvuruların Kurul tarafından incelemeye alınmayacağı düzenlenmiştir. Ancak Yönetmelikte kimlerin Kurula başvuru yapabileceklerine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, menfaatleri ihlal edilen veya edilme tehlikesi bulunan tüketiciler ve rakip teşebbüsler ile tüketicileri korumakla görevli özel hukuk veya kamu tüzel kişilerinin başvuru hakkı olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

TKHK m.77 hükmü, her ne kadar ceza hükümleri başlığını taşısa da, söz konusu maddede yer alan yaptırımlar idari yaptırım niteliğindedir<sup>112</sup>. TKHK m.77/13 hükmüne göre, kanunun haksız ticari uygulamalar ile ilgili hükümlerine aykırı davrananlar hakkında şu yaptırımlar uygulanmaktadır:

- a) Haksız ticari uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulması,
- b) Haksız ticari uygulamanın durdurulması,
- c) Beşbin Türk Lirası idari para cezası.

Reklam Kurulu, ihlalin niteliğine göre, söz konusu yaptırımları ayrı ayrı verebileceği gibi birlikte de verebilir. Aykırılığın ülke genelinde gerçekleşmiş olması halinde idari para cezası ellibin Türk Lirası olarak uygulanır.

Aykırılığın reklam yoluyla gerçekleştirilmesi durumunda ise TKHK m.77/12 hükmü uygulanır (TKHK m.77/13). Buna göre, kanunun ticari reklamlar ile ilgili hükümlerine aykırı davranan reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında şu yaptırımlar uygulanmaktadır<sup>113</sup>:

- a) Durdurma,
- b) Üç aya kadar tedbiren durdurma,
- c) Aynı yöntemle düzeltme,
- d) İdari para cezası.

Haksız ticari uygulamalarda olduğu gibi, ticari reklamlarla ilgili aykırılıklarda da Reklam Kurulu burada belirtilen yaptırımları birlikte veya ayrı ayrı

---

<sup>111</sup> RG, 03.08.2014, S.29049.

<sup>112</sup> KARABULUT, Orhun, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ceza Hükümleri, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C.88, 2014, S.1, s.104.

<sup>113</sup> Bkz. TEKELİOĞLU, s.154 vd.

uygulanabilir<sup>114</sup>.

Reklam Kurulu'nun vermiş olduğu idari yaptırım kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir (TKHK m.78/2). Dava açma süresi, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren 30 gündür. Ancak idare mahkemesinde dava açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz (TKHK m.78/2)<sup>115</sup>.

TKHK m.77/20 hükmünde, idari yaptırım uygulanmasının, diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla tüketici veya rakip teşebbüsler açısından hem hukuki yaptırım çerçevesinde dava açma hem de idari yaptırım uygulanması amacıyla Reklam Kurulu'na başvurma imkanı bulunmaktadır.

## 7. Sonuç

Helal ürün anlayışı gerek ülkemizde gerekse uluslararası pazarda giderek önemini artırmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, Türk Hukukunda helal sertifikasına dair hiçbir düzenleme bulunmaması çeşitli sorunlara yol açmaktadır.

Öncelikle ortaya çıkan sorun, helal sertifikası verebilecek yetkili kuruluşlara dair bir düzenleme olmaması sebebiyle şirket veya dernek statüsündeki pek çok kurum tarafından helal sertifikası adı altında belgeler verilmesidir. TSE de bir kamu tüzel kişisi olarak helal sertifikası vermekte, ancak Helal Belgelendirme Usul ve Esasları'nda helal şartlarının ne olduğuna dair detaylı bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum, helal şartları açısından belirsizlik oluşturabileceği gibi, helal sertifikasının kötüye kullanımını da yaygınlaştırabilir. Dolayısıyla helal sertifikası verebilecek kuruluşlar ve helal şartlarına ilişkin en azından bir yönetmelik düzenlenerek bu alandaki belirsizliğin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Bir diğer önemli sorun ise, helal olmayan ürün satışı veya yetkisiz helal sertifikası ile karşı karşıya kalan tüketicilerin başvurabilecekleri yollar noktasındaki belirsizliktir. Helal ürün sorunu TKHK açısından haksız ticari uygulama, ayıplı mal, ürün sorumluluğu, ticari reklamlar ve kişilik haklarının ihlali çerçevesinde değerlendirilebilir. Ayrıca yetkisiz helal sertifikası kullanımının haksız rekabet teşkil edeceğini de göz ardı etmemek gerekmektedir.

Bilgisi dışında helal olmayan ürün tüketen tüketiciler manevi tazminat talebinde bulunabilirler. Zira tüketicilerin bilgisi dışında onlara helal olmayan ürün satılması, kişilik haklarını ihlal etmektedir. Bundan başka, tüketicilerin haksız veya usulsüz helal sertifikası kullanan satıcıların cezalandırılmasını

---

<sup>114</sup> TEKELİOĞLU, s.154.

<sup>115</sup> TEKELİOĞLU, s.158.

(TTK m.62) ve bu kişilere idari yaptırım (TKHK m.77) uygulanmasını istemeleri mümkündür. Son olarak, haksız reklam ve ticari uygulamaların karlı bir iş olarak kabul edilmesini önlemek amacıyla, TBK m.81 hükmünde olduğu gibi, elde edilen kazancın hazineye devri yolu açılmalıdır.

\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

ABBAMONTE, Giuseppe, *The Unfair Commercial Practices, Directive: An Example Of The New European Consumer Protection Approach*, Columbia Journal Of European Law, Vol.12, 2006, s.699-712.

AKÇURA KARAMAN, Tuba, *Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Avrupa'da Helal Gıda Problemleri ve Çözüm Yolları*, İhracat İçin Helal Sertifikası Sempozyumu, 2012.

AL MAZEEDI, Hani, *Mc Halal System*, [http://www.asidcom.org/IMG/pdf/McHalal\\_System-Dr-\\_Hani\\_M-\\_Al-Mazeedi.pdf](http://www.asidcom.org/IMG/pdf/McHalal_System-Dr-_Hani_M-_Al-Mazeedi.pdf).

ARAL, Fahrettin- AYRANCI, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012,

ARKAN, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 22.Bası, Ankara, 2016.

ASLAN, İ.Yılmaz, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ekin, Bursa, 2014.

ATAMER, Yeşim M.- BAŞ, Ece, *“Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”*, İstanbul Barosu Dergisi (Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı), C.88, S.1, 2014, s.19-60.

AYAN, Mehmet- AYAN, Nurşen, *Kişiler Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016

AYDIN, Hüseyin, *Türk Ticaret Kanununda Haksız Rekabet Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

AYDOĞDU, Murat, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

AYDOS, Oğuz Sadık, *Ürün Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

AYHAN, Rıza-ÖZDAMAR, Mehmet-ÇAĞLAR, Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku*, Yetkin Yayınları,9. Bası, Ankara, 2016.

BİLGİLİ, Fatih- DEMİRKAPI, Ertan, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, Dora Yayınları, 8.Baskı, 2015.

CAN, Mustafa, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Haksız Rekabet*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.69, 2007, s.151-175.

CHAMBOLLE, Marc, *Food Policy And The Consumer*, Journal Of Consumer Policy, 1988, s.435-448.

ÇALLI, İ.Duygu, *Etnik Pazarlamada Helal Kavramının Kullanımı-“Almanya’da Yayınlanan Gıda Reklamları Üzerine Bir İnceleme”*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.XIV, S.4, s.43-55.

ÇAYIROĞLU, Yüksel, *İslam Hukukuna Göre Helal Gıda*, Işık Yayınları, 2014.

ÇEKER, Mustafa, *Ticaret Hukuku Genel Esaslar*, Karahan Kitabevi, Adana, 2016.

DAILY, Eoin, *Competing Concepts Of Religious Freedom Through The Lens Of Religious Product Authentication Laws*, Ecclesiastical Law Society, Vol.13, 2011, s.298-311.

DUIVENVOORDE, B.B., *The Consumer Benchmarks In The Unfair Commercial Practices Directive*, Studies In European Economic Law And Regulation, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, s.13-22.

DURAL, Mustafa- ÖĞÜZ, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016

DURAL, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

GÖLE, Celal, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

GÜNERGÖK, Özcan, *Üreticinin Sorumluluğu Çerçevesinde Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S.3-4,2008, s.313-343.

HANZAE, Kambiz Heidarzadeh-RAMEZANİ, Mohammad Reza, *Intention To Halal Products In The World Markets*, Interdisciplinary Journal Of Research In Business, Vol.1, 2011, s.1-7.

HATEMİ, Hüseyin-KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)*, İstanbul, 2013.

HAVINGA, Tetty, *Regulating Halal and Kosher Foods: Different Arrangements Between State, Industry and Religious Actors*, Erasmus Law Review, Vol.3, Issue 4, 2010, s.241-255.

HAYAT, Raphie- BUTTER, Frank- KOCK, Udo, *Halal Certification For Financial Products: A Transaction Cost Perspective*, Tinbergen Institute Discussion Paper, 171/3, 2011, s.1-18.

HELVACI, Serap, *Gerçek Kişiler*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

INCARDONA, Rossella- PONCIBO, Cristina, *The Average Consumer, The Unfair Commercial Practices Directive And The Cognitive Revolution*, J. Consum Policy(2007), s.21-38.

İNAL, Emrehan-BAYSAL, Başak, *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2008.

İNCEOĞLU, Murat, “*Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat Talepleri*”, BATİDER, Aralık 2008, s.77-121.

KARABULUT, Orhun, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ceza Hükümleri, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, 2014, S. 1, s.103-117.

KARAKOCALI, Ahmet- KURŞUN, Ali Suphi, *Tüketici Hukuku*, Aristo, İstanbul, 2015.

KAYA, Arslan, *Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri*, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s.459-477.

KAYAR, İsmail, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

KAYIHAN, Şaban-ÜNLÜTEPE, Mustafa, *Medeni Hukuk Bilgisi*, Ankara, 2014.

KULAKLI, Emrah, Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

KURT, Ali Osman, *Yahudilikte Koşer ve Koşer Ekonomisi*, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C.XIV, S.2, 2010, s.103-149.

KURTOĞLU, Ramazan- ÇİÇEK, Behiye, *Tüketicilerin Helal Ürünler Hakkındaki Algılama, Tutum ve Beklentilerini Tespit Etmeye Yönelik Bir Araştırma*, Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Aralık 2013, 8(3), s.181-206.

LYTTON, Timoty, *Kosher Certification: Private Regulation In The Age Of Industrial Food*, Harvard University Press, 2013.

OĞUZMAN, Kemal- SELİÇİ, Özer- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016

ÖNER, Erhan, *Kalite Güvencesi*, Marmara Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2007.

ÖZDAMAR, Mehmet- ERMENEK, İbrahim, *Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat*, Ankara Barosu Dergisi, C.7, S.3, 2007, s.43-71.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, S.3, 2004, ss.60-90.

ÖZDEMİR, Hüseyin- YAYLI, Ali, *Tüketicilerin Helal Sertifikalı Ürün Tercihleri Üzerine Bir Araştırma İstanbul İli Örneği*, İşletme Araştırmaları Dergisi, 2014, 6(1), s.183-202.

ÖZDİLEK, Ali Osman, *Türk Hukukunda "Güvenli Ürün" Kavramı ve Güvenli Olmayan Ürüne Bağlanan Hukuki Sonuçlar*, Asansör Sempozyumu, 2014, s.159-170.

ÖZEL, Çağlar, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

PINAR, Hamdi, *Reklam Hukukunun Esasları*, Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul, 2008, ss.514-544.

POROY, Reha-YASAMAN, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

RAFIDA, A.R- ALİNA, A.R- HAFIZ, H.H- SAIFOL,B., *Negotiating Interests According to Islamic Approach on Halal Certifications*, World Applied Sciences Journal, 2012, s.11-16.

REGENSTEIN, J.M- CHAUDRY, M.M- REGENSTEIN, C.E, *The Kosher and Halal Food Laws*, Comprehensive Reviews In Food Science And Food Safety, Vol.2, 2003, s.111-127.

REİSOĞLU, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2012.

SAMORİ, Zakiah-ISHAK, Amal Hayati-KASSAN, Nurul Himmah, *Understanding The Development Of Halal Food Standard: Suggestion For Future Research*, International Journal Of Social Science And Humanity, Vol.4, No:6, 2014, s.482-486.

SEROZAN, Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm- Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

SHAFIE, Shahidan- OTHMAN, Md Nor, *Halal Certification: An International Marketing Issues And Challenges*, <http://citeserx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.458.2667&rep=rep1&type=pdf>, s.1-10.

ŞAHİNCİ, Dilek, *6502 Sayılı Yeni Tüketici Kanunundaki Reklam Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:9, Sayı:89, Ocak 2014, ss.97-115.

ŞENER, Oruç Hami, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.



TANRIBİLİR, Feriha Bilge, *Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bir Bakış*, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, s.263-292.

TAŞÇI, Deniz- ÇABUK, Saye Nihan, *Kalite Yönetim Sistemleri*, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını, Eskişehir, 2013.

TEKELİOĞLU, Numan, *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.

TİRYAKİ, Betül, *Avrupa Konseyi'nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi'ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı İle Mukayesesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.55, S.2, 2006, s.229-248.

TOPÇUOĞLU, Metin- ÖZKUL, Burcu, *Rekabet Hukuku Özellikle Haksız Rekabet Açısından Helal Gıda Sertifikası*, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 2014, s.1-27.

TOPÇUOĞLU, Metin, *Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S.24, 2016, s.15-57.

YARAYAN, Ali, *Türk Medeni Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

YAVUZ, Cevdet- ACAR, Faruk- ÖZEN, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

YAVUZ, Nihat, *Ayıplı İfa*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

YILDIZ, Mehmet, *Osmanlıda Ürünlerin Dini/Şer'i Standardizasyonunda Dönüm Noktası: Tahirdir Damgalı Sertifikasyona Geçiş*, International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Vol.5/1, 2010, s.1468-1493.

ZEVKLİLER, Aydın-GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

ZEYTİN, Zafer-ERGÜN, Ömer, *Türk Medeni Hukuku*, Ankara, 2013.



# YETİŞKİN HÜKÜMLÜLERİN ÇOCUKLUK ÇAĞI TRAVMA DÜZEYİNİN BAZI DEĞİŞKENLER AÇISINDAN İNCELENMESİ

*Examining Childhood Trauma Level Of Adult Convicts In Terms Of Some Variables*

**Miyase YÜKSEL<sup>1</sup> - Doç. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ<sup>2</sup>**

Geliş Tarihi: 12.01.2017

Kabul Tarihi: 09.03.2017

## ÖZET

Yetişkin hükümlülerin çocukluk çağı travma düzeyi ile bazı sosyo-demografik değişkenler arasındaki ilişkiyi belirlemek amacıyla yapılan bu çalışmanın örneklemini; Denizli Bozkurt Kadın Açık ve Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz kurumlarında kalmakta olan, araştırmaya katılmakta gönüllü, 143 erkek 151 kadın hükümlü oluşturmaktadır.

Araştırma materyalinin toplanmasında ise daha önce geçerlilik ve güvenilirliği Şar ve arkadaşları tarafından yapılmış olan çocukluk çağı travma ölçeği ve araştırmacılar tarafından hazırlanmış olan sosyo-demografik bilgi formu kullanılmıştır. Araştırmanın istatistiksel değerlendirmesinde, iki bağımsız grup arasında niceliksel sürekli verilerin karşılaştırılmasında man whitney-u testi, ikiden fazla bağımsız grup arasında niceliksel sürekli verilerin karşılaştırılmasında kruskall whallis testi ve sıralı verilerin değerlendirilmesinde ise kolerasyon analizi kullanılmıştır.

Araştırmaya katılan hükümlülerin "duygusal istismar" düzeyi (8,558 ± 4,847); "fiziksel istismar" düzeyi (7,725 ± 4,986); "fiziksel ihmal" düzeyi (8,442 ± 3,715); "duygusal ihmal" düzeyi (11,136 ± 5,607); "cinsel istismar" düzeyi (6,310 ± 3,488); "CTQ toplam" düzeyi (43,143 ± 18,142); olarak saptanmıştır. Analizlerden elde edilen sonuçlar ise tartışılmış ve önerilerde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Parmak izi uygulaması, yönetim hakkı, kişisel verilerin korunması.

## ABSTRACT

This study which is made for the purpose of determining childhood trauma level of adult convicts and the relationship between these levels and some socio-demographic variables is exemplified in 143 men and 151 women, currently staying in Denizli Bozkurt Women's open prison and Type-D Denizli Closed Prison and eager to volunteer in the study.

Upon gathering the research material, childhood trauma scale, previously confirmed in reliability and validity analysis by Şar and friends and socio-demographic information form prepared by the researcher was used. In the statistical evaluation of the research, to compare the quantitative datas between the two independent groups, man whitney-u test; and to compare the quantitative data between more than two independent groups, kruskall whallis test and in the analysis of sequential data, correlation analysis was used.

It is determined that the "emotional abuse" level is 8.558 ± 4.847, physical abuse level is 7.725 ± 4.986, physical negligence level is 8.442 ± 3.715, emotional negligence level is 11.136 ± 5.607, sexual abuse level is 6.310±3.488 CTQ overall level is 43.143 ± 18.142. The results taken from the analyses, are discussed in detail and made suggestions about.

**Keywords:** Crime , Childhood, Trauma , Abuse and Neglect, Childhood Trauma

<sup>1</sup> Çankırı Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü Sosyal Hizmet Uzmanı, Bilim Uzmanı-miyaseyksl@gmail.com

<sup>2</sup> Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Doçent Doktor-elifgokcearslan@gmail.com

## GİRİŞ

Korunma, sevgi ve bakım çocukluk döneminde bireylerin en çok ihtiyacı olan öğelerdir. Bu yıllarda çocukların ihtiyaçlarının karşılanması ve sağlıklı bir aile yanında yetişmeleri, sosyal ve psikolojik gelişimleri bakımından önem arz etmektedir. Diğer taraftan çocukluk çağlarında travma yaşamak; bireylerde tüm hayatları boyunca devamlı olarak olumsuz etkiler bırakabilmektedir.<sup>3</sup> Dünyanın her yerinde ve toplumun her kesiminde görülebilen istismar ve ihmalin etkisi, olay yaşandıktan yıllar sonra bile kendini göstermektedir. Yapılan çalışmalar, olaydan 50 yıl sonra bile bazı mağdurların yaşanan olumsuzlukların üstesinden gelemediğini ortaya koymuştur.<sup>4</sup>

Psikolojik bozukluklar ve psikopatolojik davranışa yatkınlık, stresli yaşam deneyimlerine bağlı olabilmektedir.<sup>5</sup> Çocukluk çağı travmaları; stres yaşama sebebi olmakla beraber, yetişkinlik çağında psikolojik semptomlarda önemli bir yükselişe sebep olabilmektedir.<sup>6</sup> İçli ve Öğün (1988)<sup>7</sup>, suç eylemi gerçekleştirmiş olan bireylerin problemleri bir aile geçmişine sahip olduklarını ve bozuk aile ilişkilerinin sıklığının yüksek olduğunu belirtmektedirler. Suçluların, çocukluk dönemlerinde aile ilişkilerinin bozuk olması ihmal ve istismara uğrama olasılıklarını arttırmaktadır ve bu durum da suçluluğun gelişiminde çocukluk döneminin önemini ortaya koymaktadır.<sup>8</sup>

Bu bilgiler neticesinde, çocukluk çağı travmasının bireyi şiddet gibi suç unsuru içeren davranışlara yöneltebileceği düşünüldüğünden yetişkin hükümlülerin çocukluk çağı travma düzeyinin bazı değişkenler açısından incelenmesinin önemli olacağı düşünülmüştür.

---

<sup>3</sup> Terr, 1991'den Aktaran İçin Bknz: Coşgun, E, (2010). Suça Yönelen Ergenlerde Çocukluk Döneminde Örseleyici Yaşantılara Maruz Kalma Düzeyi İle Adil Dünya İnancı Arasındaki İlişkinin İncelenmesi, Marmara Üniversitesi: İstanbul

<sup>4</sup> Chapman ve Ark., 2004; Edwards Ve Ark., 2003; Felitti, 2002'den Aktaran İçin Bknz: Bilim, G, (2012). Çocukluk Çağı Örselenme Yaşantıları: Duygu Düzenleme, Kişilerarası Tarz Ve Genel Psikolojik Sağlık Açısından Bir İnceleme. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yüksek Lisans Tezi, Ankara

<sup>5</sup> Saatçioğlu, Ö, Türkcan, S, Işıklı, M Ve Uygur, N (1995). Tutuklularda Depresyon. *Düşünen Adam*, 8(3), 18-23

<sup>6</sup> Dursunkaya, D, (2007). Duygusal Örselenme Ve İhmal. E. Kerimoğlu (Ed.), *Çocuk Ve Ergen Psikiyatrisi İçinde* (478-487). *Türkiye Klinikleri Pediatrik Bilimler*, 3 (3).

<sup>7</sup> İçli, Tg, ve Öğün, A. (1988). Sosyal Değişme Süreci İçinde Kadın Suçluluğu. *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 5(2), 30

<sup>8</sup> Kızmaz, Z. (2013). Cezaevinden Çıkan Bazı Suçlular Niçin Yeniden Suç İşlemektedir: Elazığ E Tipi Cezaevi Örneği. Fırat Üniversitesi Harput Uygulama Ve Araştırma Merkezi Geçmişten Geleceğe Harput Sempozyumu, Elazığ

## Suçluluk Kavramı

Suç, dünyanın en eski çağlarından beri var olan ve gelecekte de var olacak evrensel bir olgudur.<sup>9</sup> Uluğtekin'e (1991)<sup>10</sup> göre suç; insanoğlunun topluluklar halinde yaşamaya başlamasından bu yana çıkagelmiş bir problemdir. Suç varoluşunu; toplumsal yaşamda insanların ihtirasları nedeni ile meydana getirdiği birçok sosyal çelişki ve uyumsuzluk bulundukça kaybetmeyecektir. Suç bir bakıma, bireylerin yaşadıkları toplumlar tarafından kabul görmüş davranış örnekleri ile bazı bireylerin göstermiş oldukları davranış ve tutumlar arasındaki çelişkili durumdur. Bu çelişkili durum her dönemde ve mekânda mutlak surette var olduğundan, suç genel ve evrensel bir olgu olmaya devam edecektir.<sup>11</sup>

Suç; evrensel, genel ve sosyal bir olay olup; işlendiği çevrenin ve zamanın bazı özelliklerini içerir. Suç işleyen bireyler toplumların sosyal, kültürel ve ekonomik koşullarına göre şekillenmiş oldukları için; suçluluğu psikolojik, sosyolojik, ekonomik ve hukuksal yönleri ile ele alan bir bakış açısı ile incelemek gerekir.<sup>12</sup> Bu nedenledir ki suç; çeşitli bilim dalları tarafından çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Suç olgusunun birçok disiplin tarafından araştırma konusu olarak ele alınması, suç kavramı ile ilgili çok sayıda yaklaşım biçiminin oluşmasına neden olmuştur. Adalet sistemlerindeki çeşitlilik, davranışların kültürel yorumlamaları ve sosyo-ekonomik koşullar gibi faktörlerin var oluşu; suç tanımları ve kategorileştirmelerinde ki literatür zenginliğinin diğer bir nedenidir.<sup>13</sup> Bu konuda yapılan birkaç tanıma yer verilecek olursa;

Dönmezer(1994)<sup>14</sup> suçu, "Topluma zarar verdiği ya da tehlikeli olduğu kanun koyucu tarafından kabul edilen ve belirtilen eylem" şeklinde nitelendirmekte iken başka bir tanıma göre ise suç; "Hukuki ve ahlaki kuralların çiğnenmesi" anlamına gelir. Kulaksızoğlu(1998)<sup>15</sup> da suçu, "Toplumdaki hukuk düzenini bozduğu için yasalar tarafından yasaklanmış eylem" olarak tanımlamıştır.

Ceza hukukunun yaptığı tanıma göre ise suç, yasaların cezalandırdığı davranıştır. Yasa düzenleyiciler tarafından toplum için tehlike yarattığı ve toplumu zarara uğrattığı tespit edilen fiiller "suç" olarak tanımlanmakta, bu

---

<sup>9</sup> İçli, Tg, (1993). Türkiye'de Suçlular: Sosyo-Kültürel Ve Ekonomik Özellikleri, Ankara: Atatürk Kültür, Dil Ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Kültür Merkezi Yayını

<sup>10</sup> Uluğtekin, S, (1991). Hükümlü Çocuk Ve Yeniden Toplumsallaştırma, Bizim Büro Basımevi, Ankara, 96-104s

<sup>11</sup> Dönmezer, S, (1994). Kriminoloji. Filiz Kitapevi , 7.Basım ,İstanbul

<sup>12</sup> Balo, Ys, (1995). Suç Mağduru Ve Suç Faili Olan Çocuklar Açısından Çocuk Suçluluğu Ve Çocuk Mahkemeleri. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul

<sup>13</sup> Kiedrowski, 1998'den Aktaran İçin Bknz: Temel,(2011) a.g.e.

<sup>14</sup> Dönmezer(1994), a.g.e.

<sup>15</sup> Kulaksızoğlu, A. (1998), Ergenlik Psikolojisi, Remzi Kitabevi, İstanbul.

fiilleri gerçekleştiren kişilere ise “suçlu” denilmektedir.<sup>16</sup>

Bu araştırmada suç türleri olarak ele alınacak temel kaynak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunudur ve bu kanun suçu; “Uluslararası, Kişilere Karşı, Topluma Karşı, Millete ve Devlete Karşı suçlar” olmak üzere 4 başlıkta toplamıştır.

### **Çocukluk Çağı Travması Kavramı**

Çok eski dönemlerden bu yana ciddi stres yaratan olaylar karşısında yaşanan ruhsal tepkilerden söz eden kayıtlara rastlanmaktadır. Travma yaratan olaylar ani ve beklenmedik bir anda ortaya çıkan, bireyin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü ya da yaşamını tehdit eden olaylar olarak yaygın kabul edilen şekli ile tanımlanmaktadır.<sup>17</sup>

Kişinin kısa sürede baş edemeyeceği uyarılarla karşılaşmasına travma denir ve travmanın her şeyden önce algılama, örgütleme yetilerini, duyguların düzenlenmesini olumsuz etkilediği, benlik işlevlerini, ruhsal dengeleri bozduğu bilinmektedir.<sup>18</sup> Terr travmayı; “Olayı başlatan sebepten ziyade stresör etkene verilen cevap ya da dışsal olayların içsel veya mental sonucu” şeklinde tanımlar.<sup>19</sup> Travmatik olayları olağan dışı kılan, yalnızca seyrek görülmesi değil, diğer yaşam deneyimlerinde kullanılan baş etme yollarının kullanılamayacağı kadar şiddetli oluşudur.<sup>20</sup>

Travmatik bir olay ile karşılaşmanın en zorlu olduğu dönem ise, travma ile baş edebilecek gücün neredeyse hiç olmadığı çocukluk çağı dönemidir. Bu dönemdeki örselenmeler her şeyden önce kendilik ve nesne imgelerinin algılanmasını etkilemekte, ileride yeniden yaşanacak örselenmelere gösterilen davranış şekillerini belirlemektedir.<sup>21</sup>

Çocukluk çağı travmasının bir tipi ve kültürel olarak tanımlanmış bir fenomeni de çocukluk çağı istismarı ve ihmalidir. Halbuki her çocuğun şiddetten uzak ve sağlıklı ve bir hayat yaşamaya hakkı vardır. Ancak, her sene dünyada milyonlarca çocuk fiziksel, cinsel veya duygusal istismara maruz kalmakta ya da tanık olmaktadır. Çocukluk çağı örselenme yaşantısı; bu yaşantıya maruz kalan çocukların fiziksel ve ruhsal sağlık ve iyilik hallerinde ve gelişimlerinde

---

<sup>16</sup> Ağır götüren, B. (2006), Malatya Kentinde Çocuk Suçluluğu, Yüksek Lisans Tezi. İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya

<sup>17</sup> Pfefferbaum Ve Allen, 1998'den Aktaran İçin Bknz: Yıldırım, F.(2010) Majör Depresyon Hastalarında Çocukluk Çağı Travmasının Dürtüsellik, Öfke Ve İntihar Davranışı İle İlişkisi, Bakırköy Prof. Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı Ve Sinir Hastalıkları Eğitim Ve Araştırma Hastanesi, Psikiyatri Uzmanlık Tezi, İstanbul

<sup>18</sup> Odağ C.(2001). Nevrozlar-2. Halime Odağ Psikanaliz ve Psikoterapi Vakfı Yayınları; 43-44

<sup>19</sup> (Pfefferbaum Ve Allen, 1998'den Aktaran İçin Bknz: Yıldırım, (2010) a.g.e.

<sup>20</sup> Şar V. (1997). Kötüye Kullanım Ve İhmalle İlişkili Sorunlar. Temel Psikiyatri, Güleç C, Koroğlu E, (Ed) Ankara: Hekimler Yayın Birliği Yayıncılık; 823-834

<sup>21</sup> Yıldırım, (2010) a.g.e.

ciddi olumsuz etkiler oluşturan evrensel bir sorundur.<sup>22</sup>

Çocuk ihmal ve istismarı alanında çalışan kişiler tarafından üzerinde fikir birliğine varılmış tek bir tanım olmamakla birlikte, çocuk ihmal ve istismarı ile ilgili yapılan tanımlar arasında çok ufak nüanslar bulunmaktadır.<sup>23</sup> Sadece tanımlama yapmak bile başlı başına bir sorun olabilen bu konu ile ilgili çalışmalarda istismar ve ihmalin ne gibi durumlarda olduğu ile ilgili algı zaman içinde ve kültürden kültüre değişmektedir. Örneğin geçmişte normal ebeveyn davranışı veya uygun disiplin sağlama yöntemleri olarak algılanan bir davranış; günümüzde istismar veya ihmal olarak değerlendirilebilir.<sup>24</sup> Bir kültürde hangi eylemlerin çocuk ihmali ve istismarı olarak kabul edildiği, o kültürün inançları ve değerlerine, cezalandırma ve disiplin etme şekillerine, çocuğa verdikleri değere, çocuğa yönelik kabul edilebilir ve kabul edilemez davranışların nasıl tanımlandığına göre değişmektedir.<sup>25</sup> Bu nedenle istismar ve ihmalin evrensel bir tanımı yapılırken kültürel özelliklerin de göz önünde bulundurulması gerekir.

“Uluslararası Çocuk İstismar ve İhmalini Önleme Topluluğu (The International Society for the Prevention of Child Abuse and Neglect)” 58 farklı ülkede yapılmış olan çocuk istismarı tanımlarını gözden geçirmiş ve hangi davranışın istismar kabul edildiği ile ilgili bazı ortak noktalar bulmuştur ve 1999 yılında “Dünya Sağlık Örgütü Çocuk İstismarını Önleme Toplantısı”nda şu tanım yapılmıştır:

“Çocuk istismarı veya çocuğa karşı kötü muamele, çocuğun sağlığını, hayatta kalımını, gelişimini, itibarını (sorumluluk, güven, güç) olumsuz etkileyen veya olumsuz etkileme potansiyeli bulunan her türlü fiziksel ve/veya duygusal kötü davranış, cinsel istismar, ihmal veya ihmalkar davranışlar, ticari veya başka türlü sömürülme içerir.”

Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNİCEF) (1986); çocuk istismarı ve ihmali; “Çocuğa yakın kişilerin yasaklanmış veya önlenebilir bir hareketinden ya da hareketsizliğinden kaynaklanan zarar” olarak tanımlarken Dünya Sağlık Örgütü “18 yaş altındaki çocuklara uygulanan her tür fiziksel, cinsel ve/veya duygusal kötü muamele, ihmal ve ticari olarak sömürülmesi ve çocuğun sağlığına, refahına ve gelişimine fiili veya potansiyel olarak zarar

---

<sup>22</sup> WorldHealthOrganization. (2006). Preventing child maltreatment: A guide to taking action and generating evidence. Erişim: ([http://whqlibdoc.who.int/publications/2006/9241594365\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2006/9241594365_eng.pdf)). Erişim Tarihi: 11.06.2016

<sup>23</sup> Özer, G. (2014). Ebeveynlerin Çocuk Cinsel İstismarına Dair Bilinçleri, Endişeleri Ve Aldıkları Önlemler. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi İstanbul

<sup>24</sup> Kars, Ö. (1996) Çocuk İstismarı: Nedenleri ve Sonuçları Bizim Büro Basımevi, Ankara.

<sup>25</sup> Zeytinoğlu, S. (1991). Sağlık, Sosyal Hizmet ve Hukuk Alanlarında Çalışanların Türkiye’de Çocuk İstismarı Ve İhmali Sorunu İle İlgili Görüşleri. *Çocuk İstismarı ve İhmali* (147-161). Ankara: Gözde Repro Ofset

veren eylemler” olarak tanımlar<sup>26</sup>.

DSM-4 istismarı, “Klinik İlgi Odağı Olabilecek Diğer Durumlar” başlığı altında tanımlayarak beş kategoriye ayırmıştır; ‘Çocuğun fiziksel istismarı; Çocuğun cinsel istismarı; Çocuğun ihmal edilmesi; Erişkinin fiziksel istismarı (eş, yaşıtlı, ya da daha yaşlı kimseler tarafından yapılan); Erişkinin cinsel istismarı (ırza geçme, zorlama, taciz)’<sup>27</sup>.

Çocuk ihmal ve istismarı ile ilgili farklı tanımlar yapılmasına rağmen ortaya çıkan zarar tüm tanımlamalarda ortaktır. Bu tür olumsuz yaşantılar sonucunda çocuk fiziksel, cinsel, duygusal ve sosyal açıdan zarar görür.<sup>28</sup> Çocukluk çağı istismarı, erişkinliğe kadar uzanan karmaşık semptomatolojili bozukluklara yol açtığı için günümüzde çocukluğu da aşan bir anlam ve öneme sahiptir.<sup>29</sup>

Çalışmada çocukluk çağı ihmal ve istismarı; beş alt boyutta incelenmiş olup, bunlar fiziksel istismar, fiziksel ihmal, duygusal istismar, duygusal ihmal, cinsel istismardır.

### Çocukluk Çağı Travması ve Suç İlişkisi

Bireyde, olumsuz çocukluk çağı deneyimlerinin yarattığı ruhsal etkiler uzun süre devam edebilmektedir. Maruz kalınan örselenme yaşantılarının şiddeti ve sıklığı, bireyde gelişen psikolojik semptomların çeşitliliğini ve sıklığını artırmaktadır.<sup>30</sup>

Suç eğiliminin oluşmasında en riskli dönem, hiç şüphesiz ki çocukluk çağlarıdır. Yetişkin çağlarda suç işleme eğiliminin varlığı, yüksek ihtimalle çocukluk döneminde var olan anti-sosyal yapının devamlılığı olarak görülür. Robins (1979) de bu konuda yetişkinlikte meydana gelen antisosyal davranışların kökeninin çocuklukta anti sosyal davranışlar olduğunu savunur.<sup>31</sup>

Çocuk istismarı çocuğun ruh sağlığını bozabildiği hatta ölümüne neden olabildiği gibi, yetişkinlikte birçok psikolojik soruna da yol açabilmektedir. Yaptıkları bir meta analitik derlemede Neumann D. ve arkadaşları (1996) “Çocuk istismarı anksiyete, sinirlilik, depresyon, intihar, *kendilik* kavramının

---

<sup>26</sup> United Nations Children’s Fund (UNICEF) (1986). Statistics on Children in UNICEF Assisted Countries

<sup>27</sup> Aktaran için bkz: Yıldırım,(2010) a.g.e.

<sup>28</sup> Gökler, R, (2006). Eğitimde Çocuk İstismarı ve İhmaline Genel Bir Bakış. *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 3, 47-76. Yılmaz, A. (2009). Çocuk İstismarı ve İhmali: Risk Faktörleri Ve Çocukların Psiko-Sosyal Gelişimi Üzerindeki Etkileri. *Civilacademy Sosyal Bilimler Dergisi*, 7(1).

<sup>29</sup> Sadock Ve Ark., 2004’dan Aktaran: Yıldırım, 2010).a.g.e.

<sup>30</sup> Özen, Ş, Antar, S Ve Özkan, M, (2007). Çocukluk Çağı Travmalarının Umutsuzluk, Sigara ve Alkol Kullanımı Üzerine Etkisi; Üniversite Son Sınıf Öğrencilerini İnceleyen Bir Çalışma. *Düşünen Adam*, 20(2), 79-87.

<sup>31</sup> Aktaran İçin Bknz: Kızmaz, (2013).a.g.e.



bozulması gibi çeşitli psikolojik durumlarla ilişkilidir” diye belirtmişlerdir. Çocuk istismarının ilişkili olduğu diğer yetişkin psikiyatrik bozukluklar kişilik bozuklukları alkolün kötüye kullanımı veya bağımlılığı, yeme bozuklukları, anksiyete bozuklukları ve travma sonrası stres bozukluğunu içermektedir.<sup>32</sup>

Suçluluğu oluşturan dinamik etkenler arasında zihinsel, duygusal ve kişilik bozuklukları sıralanabilir<sup>33</sup>Suçluluğu açıklayan psikolojik teoriler, kişiliğin unsurlarının sapıcı davranışlara sebep olduğuna dayanırken, kliniksel kişilik yaklaşımların tamamına yakını suç davranışının aslında psikolojik dengenin bozulmasından kaynaklandığından bahseder. Suça sürüklenmiş çocukların nörotik, psikotik, sosyopatik ve şizofrenik davranışları olduğu gözlemlenirken, psikopatların karakterlerinde var olan bozukluk, duygusal tepkilerinde ve toplumsal hayatta nasıl uyum gösterdikleri konusunda etkin rol oynamaktadır. Bu kişiler karakterleri nedeni ile toplumsal normlarla çatışma içine girerler.<sup>34</sup>

Ailenin birey üzerinde var olan etkisi çoğu zaman daha doğmadan öncesinde başlamıştır.<sup>35</sup> Birey, gelişiminin ikinci yılından başlayarak kendisinin, duyguları düşünceleri ve istekleri olan ayrı bir varlık olduğunun farkına varır. Kişi önce aile üyeleri ile sosyal bağlar kurar, daha sonra kendi yaşitlarını keşfeder. Bağımsızlığı ve hareketliliği arttıkça başka sosyal çevrelerle ilişkileri yaygınlaşır. Çevresi ile olan ilişkilerini algılayış biçimi neticesinde benliği ve kişiliği şekillenir.<sup>36</sup> Bundan ötürü de, kişinin ailesinin sağlıklı bir yapıya sahip ise, o kişinin de sosyo-psikolojik bakımdan sağlıklı olarak yetişmesine zemin hazırlanmış demektir, ailenin sağlıklı bir yapısı olmasıyla da; birey problemlerini kurallara aykırı davranarak çözen bir bireye dönüşür<sup>37</sup>

Anne-babanın çocuklarına yönelik tutumları da istismar ve ihmal oluşturabilir; çoğu zaman çocukların anne ve babaları tarafından herhangi bir suç işlediklerinde fiziksel ya da sözel şiddet içeren cezai yöntemlere maruz kaldıkları bilinmektedir. Hem anne ve babaların gelenekselci bir eğitim anlayışı sergilediklerini kanıtlayan bu tutum, hem de çocukların önemli bir suç türü olan şiddeti öğrenmelerini ve süreç içinde aileden uzaklaşarak, sapıcı davranış

---

<sup>32</sup> Farriqia ve Ark., 2011; Targius,2006; Tyrka Ve Ark., 2009’dan Aktaran için Bknz: Sinani, G.(2012). Psikiyatri Polikliniğine Başvuran ve Ağrı Yakınması Olan Kişilerde Çocukluk Çağı Travmasının Varlığı, Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı. Uzmanlık Tezi. İstanbul.

<sup>33</sup> Yavuzer, H. (1986). Psiko-Sosyal Açıdan Çocuk Suçluluğu, İÜ Edebiyat Fakültesi Yayınları, Özlem Kardeşler Matbaası, İstanbul

<sup>34</sup> Lary ve ark., 1981’den aktaran için bknz: Kunt, V.(2003). Suç ve Çocuk. Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yüksek Lisans Tezi, Ankara

<sup>35</sup> İçli, TG, (2004). Kriminoloji. Ankara: Mart Kitapevi ve Yayınevi

<sup>36</sup> Aşkın, M, (2005). “Kişilik Ve Kişiler Arası İlişkiler”. *İnsan Yolunda Davranışlar, İlişkiler, İletişim*. Adem Solak (Ed.). Ankara : Pegem Yayınları

<sup>37</sup> Avcı, M, (2008). Tutuklu Çocuklar Üzerine Bir Araştırma: Çocukların Suça Yönelmesinde Etkili Olan Toplumsal Nedenler ve Çözüm Önerileri. Atatürk Üniversitesi, *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 11(1): 49-73

gösteren topluluklara katılmalarına sebep olur. Bu konuda Binbaşıoğlu'nun (1983)<sup>38</sup> yaptığı bir araştırmada, "Suçlu çocukların ailelerinin %60'ının, çocuklarının eğitiminde, geleneksel kötü eğitim yöntemleri uyguladıkları" belirlenmiştir.<sup>39</sup>

Disiplin yöntemi olarak kullanılan fiziksel şiddet çocuğun evden uzaklaşarak, ailesiyle bağlarını koparmasına sebep olmaktadır. Gökçearslan Çifçi (2008)<sup>40</sup>'nın hükümlü yetişkinler ile yaptığı bir araştırmada "görüşme yapılan hükümlülerin %59,3'ünün çocukluk çağlarında, babası tarafından şiddet gördüğü, sadece %10,2'sinin anneleri tarafından, %22,4'ünün de ağabey, kardeş veya ablası tarafından sıklıkla şiddet gördüğü" ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra aynı araştırmada "Hükümlülerin %34,5'inin babaları da annelerine sık sık şiddet uygulamakta olduğu, gençlerin aile yapıları incelendiğinde ise çoğunun aile ilişkilerinin olumsuz olduğu, hükümlülerin aile üyeleri arasında, şiddetli geçimsizliklerin yaşandığı, parçalanmış ailelerden geldiği ve hükümlülerin büyük çoğunluğunun aileleri düşük sosyo-ekonomik düzeye sahip olduğu" bulguları elde edilmiştir.

Fiziksel ceza ebeveynlerle çocuklar arasındaki bağı zayıflatır, çocuğun kendine saygısını azaltır ve adalete inancını yitirmesine neden olur. Aynı zamanda tutarsız disiplin de çocuk suçluluğuna yol açabilir.<sup>41</sup> Yapılan çoğu araştırma ailede sağlıklı bir iletişim söz konusu olduğunda dayanışma ve uyumun da yüksek olacağını savunmaktadır. Bunun tam tersi olarak ta sıklıkla kavga ve uyumsuz davranışların olduğu ailelerde ise, bilhassa çocuklarda, ruhsal ve fiziksel bakımdan çeşitli problemler görülebilir. Sorunlu ailelerde yaşamına devam eden çocuklarda ortaya çıkan çeşitli kişilik problemleri, ilerleyen dönemlerde sapkın tutuma yahut suçluluğa dönüşebilmektedir.<sup>42</sup>

Çocuklar doğdukları günden itibaren anne sevgisini ve ilgisini kaybetmemek amacı ile sakin durup yaramazlık yapmadan ebeveyninin istediği gibi tavır sergilemeyi öğrenirler. Bu durumda da toplumsal davranışların öğrenilmesinde anneye duyulan sevgi ve bağlanma yatar. Sevgi ve bağlanma gelişmemiş ise çocuk toplumsal kurallara uyum sağlamakta güçlük çeker. Örneğin sürekli hırsızlık davranışı sergileyenlerde anne yoksunluğu ya da annesiyle kötü ilişkileri olanlar oldukça fazladır. Bunun yanı sıra doğduğu dönemde annesine muhtaçlık hisseden çocuğun, kişiliğinin gelişebilmesi için bir baba figürüne de ihtiyacı vardır. Çünkü baba otoriteyi temsil eder ve bu da toplumsal değerlerin temsilcisidir diyebiliriz. Çocuğun üzerine aşırı titreyen oldukça

---

<sup>38</sup> Binbaşıoğlu, C, (1983). Ruh Sağlığı Bilgisi, 3. Basım, Binbaşıoğlu Yayınevi, Ankara

<sup>39</sup> Uluğtekin, 1991). a.g.e.

<sup>40</sup> Gökçearslan Çifçi, E, (2008). Kapkaç Suçundan Hüküm Giyenlerin, Sosyo-Demografik Özellikleri, Sosyal Dışlanma Süreçleri, Suç Ve Diğer Sapma Davranışlar Açısından İncelenmesi. Doktora Tezi. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara

<sup>41</sup> Avcı (2008) a.g.e.

<sup>42</sup> İçli, (2004)a.g.e.

korumacı davranan veya ona zaman ayırmakta zorlanan, çocuğunu ihmal eden az ya da çok otoriter davranan baba çocuğunun kişiliği üzerinde negatif etkiler bırakacaktır. Anneye benzer olarak baba yoksunluğu, otorite boşluğu ve rol model eksikliğine neden olur. Warren ve Palmer'in suçlu çocuklar üzerinde yaptığı araştırma da "çocukların %98'inin baba yokluğu (evde baba yerini tutabilecek kimse de yok) ve %17'sinin anne yoksunluğu çeltiği" tespit edilmiştir.<sup>43</sup>

Ailenin parçalanması sıklıkla çatışma, düşmanlık ve saldırganlıkla bir arada görülür. Boşanmış aile çocuklarında gevşek denetim, zayıflatılmış bağlılık ve arkadaş baskısına karşı çok fazla alınganlık görülür.<sup>44</sup> Bozuk, düzensiz aile ortamı, anne babanın ciddi ruhsal rahatsızlığının olması, anlamlı toplumsal riskleri oluşturur.<sup>45</sup> Boşanma, ölüm ve ayrı yaşamak şeklinde görülen parçalanmış ailede yaşayan çocukların, o andaki yaşının çocuklar üzerinde farklı sonuçlar doğurduğu bilinmektedir. Yaşı daha küçük olan çocuk, anne ve babasının sevgisine ve ilgisine daha fazla ihtiyaç duymaktadır. Fakat yaş ilerledikçe çocuklar boşanma ve ölüm gibi sebeplerle beliren olumsuzluklardan daha az etkilenmektedirler. Bunun yanı sıra annenin yokluğu küçük çocuklarda, babanın yokluğu ise büyük çocuklarda sorunlar oluşturmaktadır. Çünkü küçük yaştaki çocukların yeme, içme, giyinme ve temizlik gibi ihtiyaçlarını karşılayabilmek için annelerine bağımlılıkları söz konusudur. Yine çocuklar üzerinde ailenin parçalanma şeklinin de olumsuz etkileri vardır. Ölümle bir ailenin parçalanması ile boşanma sonucu bir ailenin parçalanması elbette ki aynı olmamaktadır. Hatta bazen boşanmanın çocuk üzerinde ölümden daha ağır bir etkiye sahip olduğu gözlenmektedir. Çünkü çocuk boşanmaya sebep olan etkenlerin ortadan kalkacağını ve boşanmanın engellenebileceğini düşünerek daha fazla olumsuz olarak etkilenebilmektedir. Bunda her boşanmanın tartışmalı ve gergin bir geçmişe sahip olmasının da etkisi vardır. Ama çocuk anne ve babasının ölümünü ve bundan çıkan sonucu zamanla kabullenebilmektedir.<sup>46</sup>

Ebeveynlerin farklı davranış şekillerine sahip olmaları, çocukların da zaman içinde bilerek veya bilmeyerek bu farklı tavırları benimsemesine neden olur.<sup>47</sup> Şiddet gören çocuk, anne babanın davranışını örnek alıp benimser, ayrıca edindiği birtakım davranışsal güçlüklerin ve sürekli zorlanmaların yol açtığı beyindeki fizyolojik ve nörokimyasal değişimin etkisiyle de suça ve şiddete

---

<sup>43</sup> Aktaran için bkz: Günçe G, (1983) "Çocuk Suçluluğu ve Aile", Çocuk Suçluluğu ve Çocuk Mahkemeleri Sempozyumu 22-23 Haziran 1983 (Yayına Hazırlayan Doç.Dr.Esin ONUR), A.Ü.Basımevi, s. 3-4

<sup>44</sup> İçli, (2004) a.g.e.

<sup>45</sup> Bakırcıoğlu, R, (2007). Çocuk Ruh Sağlığı ve Uyum Bozukluklar. Anı Yayıncılık, Ankara

<sup>46</sup> Şentürk, Ü. (2006). Parçalanmış Aile Çocuk İlişkisinin Sebep Olduğu Sosyal Problemler (Malatya Uygulaması). İnönü Üniversitesi, Doktora Tezi.

<sup>47</sup> Çiftçi, O, ( 1991 ). "Çocuğun Sosyalleşmesinde Ailenin Rolü". *Aile ve Toplum: Eğitim ve Kültür Araştırması Dergisi*, 1( 2 ), 19-23

yönelirler.<sup>48</sup>

Aileye bağlı olma durumu suç davranışına yönelimi azaltacağı gibi yeniden suç davranışına yönelmeye de engel olan güçlü bir faktördür. Gökçearslan Çıfci'nin (2008)<sup>49</sup> araştırmasında; hükümlü bireylerin yarısına yakınının ceza evine girmeden evvel ailesi yanında değil arkadaşları ile yaşadıkları tespit edilirken, hükümlü bireylerin aile özelliklerine bakıldığında ise eğitim düzeylerinin oldukça düşük olduğu disiplin yöntemi olarak ta fiziksel şiddete başvurdukları öğrenilmiştir. Ölüm, boşanma vb nedenlerle parçalanmış ailelerin bağlarının da oldukça zayıf olduğu aile üyeleri ve akrabalar arasında suç davranışına karışmış bireylerin olduğu görülmektedir. Bu çalışmada şu bulgulara da ulaşılmıştır; "Ailelerinin zamanında kendileriyle ilgilenilmediğini belirten hükümlülerin, "keşke o dönemlerde ailemiz bizimle daha yakından ilgilenselerdi" demekte oldukları ve hükümlünün küçük yaşta çalışmak için kendisinden çok büyük bir kişinin yanına bırakılmasının da ailesi tarafından yeterince ilgilenilmediği anlamına gelmektedir'.

### **AMAÇ**

Araştırmanın temel amacı; yetişkin hükümlülerin çocukluk çağı travma düzeyini ve bu düzey ile bazı sosyo-demografik değişkenler arasındaki ilişkiyi belirlemektir. Bu genel amaç doğrultusunda aşağıdaki sorulara cevap aranmıştır;

Hükümlülerin sosyo-demografik özellikleri (yaş, cinsiyet, medeni durum, eğitim durumu) nelerdir?

Hükümlü bireylerin çocukluk çağı travma düzeyi nedir?

Hükümlülerin çocukluk çağı travma düzeyi ile cinsiyetleri arasında anlamlı bir ilişki var mıdır?

Hükümlülerin çocukluk çağı travma düzeyi ile ebeveynlerinin eğitim durumu arasında anlamlı bir ilişki var mıdır?

Hükümlülerin çocukluk çağı travma düzeyi ile çocukluk dönemlerine ilişkin bulgular (aile yapıları; yaşadıkları yer ve ailelerinin gelir düzeyi tanımları; aile ilişkilerini tanımlamaları) arasında anlamlı bir ilişki var mıdır?

Hükümlülerin çocukluk çağı travma düzeyi ile kendilerinin ve ailelerinin suç durumuna ilişkin bulgular (daha önce cezaevine girme durumları ve ailede cezaevine giren kişinin var olup olmaması) arasında anlamlı bir ilişki var mıdır?

### **VERİLERİN TOPLANMASI**

Araştırma materyalinin toplanmasında daha önce geçerlilik ve güvenilirliği Şar ve arkadaşları tarafından yapılmış çocukluk çağı travma ölçeği ve çalışmacı

---

<sup>48</sup> Bakırcıoğlu, (2007) a.g.e.

<sup>49</sup> Gökçearslan Çıfci, (2008) a.g.e.

tarafından hazırlanmış olan sosyo-demografik bilgi formu kullanılmıştır.

Araştırmacı tarafından düzenlenen ve 22 sorudan oluşan sosyo-demografik formda; katılımcıların cinsiyet, yaş, öğrenim durumu; ailelerine, çocukluk dönemlerine ve suçlarına ilişkin değişkenlere yer verilmiştir.

Hükümlülerin çocukluk çağı travma düzeyinin belirlenmesi amacı ile uygulanan Çocukluk Çağı Travma Ölçeği(CTQ); 1995 yılında David P. Bernstein tarafından geliştirilmiştir. İlk olarak 1996 da ise Şar tarafından Türkçeye uyarlanan ölçek, 2012 yılından yine Şar ve arkadaşları tarafından yeniden düzenlenmiştir. Bu ölçek ile çocukluk çağı cinsel, fiziksel, duygusal (emosyonel) istismar ile duygusal ve fiziksel ihmali konu alan beş alt boyut ve bu boyut puanlarının toplamından elde edilen puan ile değerlendirilmektedir. Ölçekte yanıltıcı özellikte olan üç tane minimizasyon sorusu da dahil olmak üzere toplam 28 soru bulunmakta olup, katılımcıların sorulara '1)Hiç Bir Zaman' '2) Nadiren' '3)Kimi Zaman' '4)Sık Olarak' '5)Çok Sık' yanıtlarından birini vermeleri beklenmektedir. Her soruya 1-5 arasında puan verilir. Ölçek ile her bir travmatik yaşantı alt ölçeklerinin tek tek puanını ve toplam puan hesaplanabilmektedir.

Çocukluk Çağı Travma Ölçeği puanları hesaplanırken önce olumlu ifadelerin (madde 2,5,7,13,19,26,28) puanları ters çevrilmiştir (örneğin 1 puan 5 puana 4 puan 2 Puana çevrilmiştir). Beş alt puanın toplamı CTQ toplam puanını vermiş olup; alt puanlar 5-25, toplam puan 25-125 arasındadır. Olumlu ifade olmasına rağmen minimizasyonla ilgili (madde 10, 16, ve 22) maddelerin puanları ters çevrilmemiştir, çünkü bu üç madde sadece travmanın inkârını ölçmekte ve toplam puanı etkilememektedir. Duygusal (emosyonel) istismar 3,8,14,18,25 numaralı maddelerle, fiziksel istismar 9,11,12,15,17 numaralı maddelerle, fiziksel ihmali 1,4,6,2,26 numaralı maddelerle, duygusal (emosyonel) ihmali 5,7,13,19,28 numaralı maddelerle, cinsel istismar 20,21,23,24,27 numaralı maddelerle değerlendirilmiştir.<sup>50</sup>

Araştırmanın veri toplama sürecini gerçekleştirmek üzere, T.C. Adalet Bakanlığı'ndan araştırmanın örneklemini belirlemek amacı ile hem erkek hem kadın cezaevi bulunan illerin listesi ve buradaki hükümlü sayısı dilekçe ile istenmiştir. Adalet Bakanlığından edinilen veriler ışığında en çok hükümlü birey bulunan Denizli Bozkurt Kadın Açık Ceza İnfaz Kurumu ve Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu belirlenmiş ve bu kurumlarda çalışma yapılmak üzere; araştırmanın detaylarını içeren ve uygulamayı anlatan bir dilekçe Bakanlığa sunulmuş izin istenmiştir. T.C. Adalet Bakanlığı'ndan gerekli izinler alındıktan sonra adı geçen ceza infaz kurumlarıyla iletişime geçilmiştir.

Her iki kuruma da gidilerek araştırma ölçütlerini karşılayan (18 yaşının üzerinde, hükümlü, hastanede veya ailesi yanında izinli olmayan) hükümlü

---

<sup>50</sup> Şar V, Öztürk E ve İkikardeş E, (2012). Çocukluk Çağı Ruhsal Travma Ölçeğinin Türkçe Uyarlamasının Geçerlilik Güvenilirliği. *Türkiye Klinikleri J Med Sci*, 32(4):1054-63

kadınlar ve erkeklerin listesi alınmış, listeden sistematik örnekleme yöntemine göre seçilen 170 kadın 170 erkek toplam 340 kişi araştırmaya davet edilmiş olup; araştırmaya katılımında gönüllülük esas alınmıştır. İlk olarak hükümlü bireylere araştırmanın amacı ve verilen cevapların gizliliği ile ilgili sözel bilgi verilmiş ardından da anlatılanların daha ayrıntılı biçimde yer verildiği bilgilendirilmiş onam formu kendilerine sunulmuştur. Bilgilendirme sonucunda araştırmaya katılmayı kabul eden hükümlülerden bilgilendirilmiş onam formunu imzalamaları istenmiştir. Bu süreçte isim yazmak istemeyenler olmuş, bu nedenle isim yazma konusunda zorunluluk olmadığı ifade edilmiştir.

Anket formlarını katılımcıların kendilerinin okuyup yanıtlamaları istenmiştir. Yaklaşık üç gün süren veri toplama işlemi, kurum idaresinin belirlediği gün ve saatlerde kuruma gidilerek yürütülmüştür. Anket materyalleri Denizli Bozkurt Kadın Açık Ceza İnfaz Kurumu'nda ise araştırmaya katılmayı kabul eden 167 kadın hükümlüye bir gün boyunca geniş gruplar halinde konferans salonunda uygulanmıştır. Ancak 16 kişinin anket sorularının yarısından fazlasını boş bırakması nedeni ile anketler araştırmaya dahil edilmemiş toplam 151 anket toplanmıştır. Denizli D tipi kapalı Ceza infaz kurumunda ise sadece erkek hükümlüler ile görüşme yapılmasına izin verildiğinden, soru formları araştırmaya katılmayı kabul eden 170 erkek hükümlüye iki gün boyunca yaklaşık yirmişer kişilik gruplar halinde kurum kütüphanesinde uygulanmıştır. 10 kişinin araştırmayı yarım bırakmak istemeleri ve 17 kişinin de anket sorularının yarısından fazlasını boş bırakmaları nedeni ile 27 kişinin anketi araştırmaya dahil edilmeyerek toplam 143 anket toplanmıştır. Anket uygulaması her grupta ortalama 15-20 dk sürmüş olup; uygulama 01.02.2016 - 03.02.2016 tarihleri arasında yapılmıştır.

Araştırmada elde edilen veriler SPSS (Statistical Package for Social Sciences) for Windows 22.0 programı kullanılarak analiz edilmiştir. Verilerin değerlendirilmesinde tanımlayıcı istatistiksel yöntemleri olarak sayı, yüzde, ortalama, standart sapma kullanılmıştır. Araştırma değişkenlerinin normal dağılım gösterip göstermediğini belirlemek üzere Kolmogorov-Smirnov normal dağılım testi uygulanmıştır. CTQ(Çocukluk Çağı Travması) ölçeği alt boyutları ve genel puanların normal dağılım göstermediği saptanmıştır( $p<0,05$ ). Araştırma bulgularının belirlenmesinde hipotez testleri olarak parametrik olmayan yöntemler kullanılmıştır.

İki bağımsız grup arasında niceliksel sürekli verilerin karşılaştırılmasında man whitney-u testi, ikiden fazla bağımsız grup arasında niceliksel sürekli verilerin karşılaştırılmasında kruskall whallis testi; sıralı verilerde ise korelasyon analiz yöntemi kullanılmıştır. Kruskall whallis testi sonrasında farklılıkları belirlemek üzere tamamlayıcı olarak man whitney-u testi kullanılmıştır. Elde edilen bulgular %95 güven aralığında, %5 anlamlılık düzeyinde değerlendirilmiştir.

Araştırmada kullanılan geçerlilik güvenilirliği yapılmış olan ölçeğin Türkçeye uyarlanması sırasında elde edilen Cronbach Alpha değerleri ve araştırmada elde edilen değerler aşağıda verilmiştir.

## BULGULAR

Hükümlü bireylerin sosyo demografik özelliklerini, çocuk dönemi yaşantılarına ilişkin bilgileri belirlemek ve bu bilgileri çocukluk çağı travma düzeyi ve alt boyutları ile karşılaştırmak amacı ile Denizli Bozkurt Kadın Açık Ceza infaz kurumunda 151 kadın hükümlüyle ve Denizli D tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda bulunan 143 erkek hükümlüyle gerçekleştirilen araştırmada bulgular bu bölümde verilecektir.

**Tablo 1.**Hükümlülerin Sosyo-Demografik Özellikleri

Yaş Ortalaması		Min.-Max. Yaş	Yaş SS
38,10		20-65	9,81
Özellikler		Sayı	%
Yaş	18-24 arası	25	8,5
	25-29 arası	33	11,2
	30-39 arası	<b>122</b>	<b>41,5</b>
	40-49 arası	68	23,1
	50-59 arası	41	13,9
	60-69 arası	5	1,7
	Toplam	294	100,0
Cinsiyet	Kadın	151	51,4
	Erkek	143	48,6
	Toplam	294	100,0
Medeni Durum	Evli	<b>127</b>	<b>43,5</b>
	Hiç Evlenmemiş	54	18,5
	Boşanmış	73	25,0
	Dul	32	11,0
	Ayrı Yaşıyor	6	2,1
	Toplam	292	100,0
Eğitim Durumu	Okur Yazar Değil	3	1,0
	Okur Yazar	5	1,7
	İlkokul Terk	13	4,5
	İlkokul Mezunu	<b>81</b>	<b>27,8</b>
	Ortaokul Terk	25	8,6
	Ortaokul Mezunu	43	14,8
	Lise Terk	37	12,7
	Lise Mezunu	49	16,8
	Üniversite Terk	9	3,1
	Üniversite Mezunu	26	8,9
	Toplam	291	100,0

Tablo 1'e bakıldığında; araştırmaya 151 (%51,4) kadın 143 (%48,6) erkek toplam 294 kişinin katıldığı görülmektedir. Katılımcıların yaşları 20-65 yaş arasında değişmekte olup yaş ortalaması yaklaşık 38' dir. Katılımcıların çoğunluğunu oluşturan 122 kişinin (%41,5) 30-39 yaş aralığında olduğu görülmüştür. TÜİK'in 2013 verilerine göre Türkiye'deki hükümlü bireylerin (161.711 kişi) üçte ikisinin (54.493 kişi) 25-34 yaş aralığında olduğu tespit edilmiştir. Türkiye geneline de araştırma bulgularına da bakıldığında hükümlü bireyler Levinson'un bireysel yaşam yapısı kuramına göre 20-40 yaş arası olarak tanımlanan ilk yetişkinlik dönemindedirler. Bu dönemde kişilerin biyolojik olarak en üst düzeyde olduklarını ancak psikolojik olarak ta en stresli dönemde olduğunu savunur. İlk yetişkinlik dönemindeki bireylerin kişisel tatminler ve haz peşinde oldukları bunun yanı sıra toplumda yer edinip statü kazanmaya çalışmaları kişileri büyük bir stresle baş başa bırakır. Bu dönemde beklentiler ile gerçeklerin uyuşmadığını fark eden kişiler kaygı ve uyumsuzluğa itilir.<sup>51</sup> Bu dönemde topluma uyum sağlayamayan ve umutlarını kaybeden bireyin arzularına ulaşabilmek adına sapıcı davranışlar gösterdiği, bu nedenle hükümlü bireylerin yaş aralığının bu evrede yoğunlaştığı düşünülmektedir.

Araştırmaya katılanların medeni durumuna bakıldığında ise; yarısına yakını olan %43,5'inin evli olduğu; %25'inin boşanmış, %18,5'inin ise hiç evlenmemiş olduğu görülmektedir. TÜİK'in 2013<sup>52</sup> yılı verileri de araştırma bulgularını doğrular niteliktedir. Hükümlü bireylerin çoğunun ilk yetişkinlik yaş aralığında olduğu düşünüldüğünde bu bireylerin evli olması beklenen bir bulgudur, çünkü Levinson'un teorisine göre bu dönemde aile yaşamı arkadaşlık dostluk gibi bağlılık gerektiren ögeler ön plandadır, evlilik ile aile yaşamına adım atmak, toplumda kabul görmek anlamına gelmektedir<sup>53</sup>

Araştırmaya katılanların %27,8'inin ilkokul mezunu olduğu bu durumu %16.8 ile lise mezunlarının takip ettiği, %14.8'inin ise ortaokul mezunu olduğu tespit edilmiştir. Yine Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü'nün sitesinden alınan güncel bilgilere göre; Türkiye'deki hükümlü bireylerin çoğunluğunun ilkokul mezunu olduğu, ilkokul mezunlarının yaklaşık yarısı kadarının da lise mezunu olduğu tespit edilmiştir. Literatürden elde edilen bilgiler, bu araştırmanın sonuçlarını destekler niteliktedir. Çalışmalar, ülkemizde, eğitim düzeyinin düşüklüğünün suça yönelme eğilimini etkilediğini göstermektedir. Akademik alanda başarı sağlayabilmek için, bilişsel ve duygusal kapasitenin belirli bir seviyede gelişmiş olması gerekir ve bu durum kişilerin, mantık

---

<sup>51</sup> Aktu, Y, (2016). Levinson'un Kuramında İlk yetişkinlik Döneminin Yaşam Yapısı. *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*. **8**(2);162-177

<sup>52</sup> TÜİK, (2013). Adalet İstatistikleri. Erişim: ([http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt\\_id=1070](http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1070)). Erişim Tarihi: 10. Mayıs. 2016.

<sup>53</sup> Aktu, (2016) a.g.e.



yürütebilmesini, dili kullanabilmesini, görsel-mekansal ve genel bilgiye sahip olmasını sağlar. Sosyal Kontrol kuramcılardan Hirschi’de ‘Suç bireyin geleneksel kurumlardan olan okul, aile, din gibi kurumlara olan bağının zayıflamasıyla oluşur.’ demektedir.<sup>54</sup>

**Tablo 2.** Hükümlü Bireylerin Çocukluk Çağı Travma Düzeyi

	N	Ort	Ss	Min.	Max.
Duygusal İstismar	294	8,56	4,85	5,00	24,00
Fiziksel İstismar	294	7,72	4,99	5,00	25,00
Fiziksel İhmal	294	8,44	3,71	5,00	23,00
Duygusal İhmal	294	<b>11,14</b>	5,61	5,00	25,00
Cinsel İstismar	294	6,31	3,49	5,00	25,00
CTQ Toplam	294	43,14	18,14	25,00	107,00

Tablo 2 incelendiğinde; araştırmaya katılan hükümlülerin “duygusal istismar” düzeyi (8,558 ± 4,847); “fiziksel istismar” düzeyi (7,725 ± 4,986); “fiziksel ihmal” düzeyi (8,442 ± 3,715); “duygusal ihmal” düzeyi (11,136 ± 5,607); “cinsel istismar” düzeyi (6,310 ± 3,488); “CTQ toplam” düzeyi (43,143 ± 18,142); olarak saptanmıştır. Zoroğlu ve arkadaşlarının 2001 yılında yaptığı “Çocukluk Dönemi İstismar ve İhmalinin Olası Sonuçları” isimli 839 lise öğrencisi ile yapılan araştırmada; deneklerin %16.5’i ihmale, %15.8’i duygusal istismara, %13.5’i fiziksel istismara ve %10.7’si cinsel istismara (ensest dahil) maruz kaldığı saptanmıştır. Tiftik’in<sup>55</sup> 2012 yılında yaptığı araştırmasında ise; araştırmaya katılan hükümlülerin yaklaşık %23’ünün çocukluk döneminde örselenme yaşantısına maruz kaldığı tespit edilmiş; çocukluk örselenme yaşantıları türleri ayrı ayrı incelendiğinde; yaklaşık %26’sının fiziksel örselenme yaşantılarının, %21’inin duygusal örselenme yaşantılarının ve %10’unun cinsel örselenme yaşantılarının, yüksek olduğu tespit edilmiştir. Hükümlü bireylerin çocukluk çağı travma düzeyinin bu denli ortalama değerlerde olmasının nedeninin kişilerin yetişkinlikte oldukça kötü bir hayat deneyimi geçirmiş olmaları, bu nedenle de çocukluk dönemlerini iyi hatırlamak ve anmak isteyerek, yaşadıkları kötü deneyimleri saklamak istemelerinden kaynaklandığı düşünülmektedir.

<sup>54</sup> Aktaran için bkz: Sevim, T, Soyaslan Y. (2009) Hırsızlık Suçu Faillerinin Sosyal Kültürel Ve Ekonomik Özellikleri: Elazığ Örneği. *Polis Bilimleri Dergisi*. **11**(3). Ankara

<sup>55</sup> Tiftik, N, (2012). Adam Öldürme Eylemi Nedeniyle Hüküm Giymiş Kadınlarda Çocukluk Örselenme Yaşantılarına Maruz Kalma, Adil Dünya İnancı Ve Öfke İfade Tarzları Arasındaki İlişkinin İncelenmesi. Yüksek Lisans Tezi. Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul

**Tablo 3.** Hükümlü Bireylerin Çocukluk Çağı Travma Düzeyinin Cinsiyete Göre Ortalamaları

	Grup	N	Ort	Ss	MW	p
Duygusal İstismar	Kadın	151	8,556	4,93	10 563,50	0,74
	Erkek	143	8,56	4,77		
Fiziksel İstismar	Kadın	151	7,67	4,79	10 778,50	0,98
	Erkek	143	7,78	5,20		
Fiziksel İhmal	Kadın	151	8,64	3,98	10 621,00	0,81
	Erkek	143	8,24	3,41		
Duygusal İhmal	Kadın	151	11,11	6,17	10 104,50	0,34
	Erkek	143	11,17	4,97		
Cinsel İstismar	Kadın	151	7,14	4,34	8 703,00	<b>0,00</b>
	Erkek	143	5,43	1,92		
CTQ Toplam	Kadın	151	44,17	19,84	10 579,50	0,76
	Erkek	143	42,06	16,15		

Tablo 3'e bakıldığında; hükümlülerin cinsiyet değişkenine göre çocukluk çağı travması ve tüm alt travma türleri incelendiğinde; duygusal istismar, fiziksel istismar, fiziksel ihmal, duygusal ihmal, CTQ toplam puanları ortalamalarının cinsiyet değişkenine göre istatistiksel açıdan anlamlı bir farklılık göstermediğinin tespit edilmiş olduğu, sadece hükümlülerin cinsel istismar puan ortalamaları arasındaki farkın istatistiksel açıdan anlamlı bulunduğu görülmektedir ( $p=0,000<0,05$ ) ve kadınların cinsel istismar puanları ( $x=7,139$ ), erkeklerin cinsel istismar puanlarından ( $x=5,434$ ) yüksek bulunmuştur. Alandaki çalışmalar da, kadın suçluların yüksek oranda çocukluklarında fiziksel, duygusal ve cinsel örselenmeye maruz kaldıklarını belirtmektedir. Bu durumun yaşı fark etmeksizin kadınların cinsel obje olarak görülmesi ve erkeklerin cinsel istismara maruz kalsa da konuyu saklamak istemelerinden kaynaklandığı söylenebilir. Cinsel İstismar; ortaya çıkardığı suçluluk, utanç gibi duygular nedeniyle genellikle gizlenmektedir ve bu nedenle de gerçeği yansıtan istatistiksel verilere ulaşmak oldukça zordur.<sup>56</sup>Chen ve arkadaşlarının 2010 yılında yaptığı çalışmada; 'Çocukluğunda cinsel istismara uğrayan bireylerde hayat boyu %3.09 anksiyete bozukluğu, %2.66 depresyon, %2.72 yeme bozukluğu, %2.34 travma sonrası stres bozukluğu, %16.17 uyku bozuklukları ortaya çıktığı ve %4.14 sıklıkla da intihar girişimleri yaşadıkları' bulunmuştur.<sup>57</sup>Suçluluğu oluşturan dinamik etkenler arasında zihinsel, duygusal ve kişilik bozuklukları sıralanabilir.<sup>58</sup>Cinsel istismar duygusal ve kişilik bozukluğunu etkileyen gizli kalmış bir istismar türüdür, saklanıp çözümlenemediği için de suç davranışına yönelimi her dönemde tetiklediği düşünülmektedir.

<sup>56</sup> İşeri E. (2008). Cinsel İstismar. Çetin FÇ, Pehlivan Türk B, Ünal F, Uslu R, İşeri E, Türkbay T, Coşkun A, Miral S, Motavallı N (Ed )Çocuk Ve Ergen Psikiyatrisi Temel Kitabı.1.Baskı, Ankara, Hekimler Yayın Birliği; 470-477

<sup>57</sup> Yavuzer, (1986) a.g.e.

<sup>58</sup> Aktaran için bkz; Sinani, (2012) a.g.e.

**Tablo 4.** Hükümlü Bireylerin Çocukluk Çağı Travma Düzeyi ile Anne Baba Eğitim Düzeyi Arasındaki Korelasyon İlişkisi

		Anne Eğitim Durumu	Baba Eğitim Durumu
Duygusal İstismar	r	-0,08	-0,12
	p	0,18	0,06
Fiziksel İstismar	r	-0,07	-0,11
	p	0,28	0,08
Fiziksel İhmal	r	-0,10	-0,16**
	p	0,11	0,01
Duygusal İhmal	r	-0,13*	-0,12
	p	0,04	0,05
Cinsel İstismar	r	-0,04	-0,04
	p	0,49	0,46
CTQ Toplam	r	-0,10	-0,14*
	p	0,09	0,03

Tablo 4 incelendiğinde; hükümlülerin anne, baba eğitim durumu ve kardeş sayıları ile travma düzeyi ve alt boyutları arasındaki ilişkiyi belirlemek adına yapılan korelasyon analizine bakıldığında; anne eğitim düzeyi arttıkça duygusal ihmal azalmakta, baba eğitim düzeyi arttıkça, fiziksel ihmal ve CTQ toplam travma düzeyi azalmaktadır denebilir.

Literatür ile araştırma bulgularının kısmen de olsa uyduğu gözlemlenirken; Demirel'in 2015<sup>59</sup> yılında yaptığı çalışmasında; araştırmaya katılan bireylerin baba ve anne eğitim durumu ile sadece fiziksel ihmal alt ölçeği arasında anlamlı bir ilişki tespit edilmiştir. Aynı çalışmada babası okuma yazma bilmeyen bireylerin diğer bireylere oranla fiziksel ihmal düzeyinin; annesi okuma yazma bilmeyenlerin diğer bireylere oranla fiziksel ihmal düzeyinin daha yüksek olduğunu saptamıştır.

**Tablo 5.** Hükümlü Bireylerin Çocukluk Çağı Travma Düzeyinin Çocuklukta Yaşanılan Yerdeki Gelir Düzeyine Göre Ortalamaları

	Grup	N	Ort	Ss	KW	p	Fark
Duygusal İstismar	Yüksek gelir düzeyi	29	7,31	4,05	14,66	0,00	3 > 1 3 > 2
	Orta gelir düzeyi	183	8,01	4,43			
	Düşük gelir düzeyi	81	10,23	5,61			
Fiziksel İstismar	Yüksek gelir düzeyi	29	6,41	3,08	9,06	0,01	3 > 1 3 > 2
	Orta gelir düzeyi	183	7,18	4,47			
	Düşük gelir düzeyi	81	9,35	6,15			
Fiziksel İhmal	Yüksek gelir düzeyi	29	7,52	3,13	24,33	0,00	3 > 1 3 > 2
	Orta gelir düzeyi	183	7,90	3,58			
	Düşük gelir düzeyi	81	9,97	3,81			
Duygusal İhmal	Yüksek gelir düzeyi	29	9,52	5,61	16,29	0,00	3 > 1 3 > 2
	Orta gelir düzeyi	183	10,43	5,25			
	Düşük gelir düzeyi	81	13,26	5,87			
Cinsel İstismar	Yüksek gelir düzeyi	29	5,65	1,97	0,85	0,65	
	Orta gelir düzeyi	183	6,39	3,66			
	Düşük gelir düzeyi	81	6,37	3,53			
CTQ Toplam	Yüksek gelir düzeyi	29	37,72	14,77	22,41	0,00	3 > 1 3 > 2
	Orta gelir düzeyi	183	40,97	16,95			
	Düşük gelir düzeyi	81	49,86	20,17			

<sup>59</sup> Demirel, E. (2015). Reem Nöropsikiyatri Merkezi'nin Üç Şubesine Depresyon Şikayetiyle Başvuran Kadınların Çocukluk Çağı Travması Açısından Depresyon Düzeylerinin İncelenmesi. Yüksek Lisans Tezi. Beykent Üniversitesi. Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul

Tablo 5’de görüldüğü üzere; araştırmaya katılan hükümlülerin duygusal istismar, fiziksel istismar, fiziksel ihmal, duygusal ihmal, cinsel istismar, CTQ toplam puanları ortalamaları çocuklukta yaşadıkları yerin gelir düzey algısı değişkeni açısından incelenmiş ve grup ortalamaları arasındaki fark cinsel istismar puanları hariç anlamlı bulunmuştur. Buna göre; yaşanan ortamın gelir düzeyi ile çocukluk çağı travması ve alt düzeyleri arasında ilişki olduğu ve gelir düzeyi azaldıkça çocukluk çağı travmasının arttığı tespit edilmiştir.

**Tablo 6.** Hükümlü Bireylerin Çocukluk Çağı Travma Düzeyinin Çocuklukta Aile Gelir Tanımına Göre Ortalamaları

	Grup	N	Ort	Ss	KW	p	Fark
Duygusal İstismar	Yüksek gelir düzeyi	23	7,52	4,55	13,59	0,00	3 > 1 3 > 2
	Orta gelir düzeyi	168	7,92	4,39			
	Düşük gelir düzeyi	103	9,83	5,37			
Fiziksel İstismar	Yüksek gelir düzeyi	23	7,26	4,94	4,65	0,10	
	Orta gelir düzeyi	168	7,26	4,59			
	Düşük gelir düzeyi	103	8,58	5,53			
Fiziksel İhmal	Yüksek gelir düzeyi	23	7,52	3,36	28,97	0,00	3 > 1 3 > 2
	Orta gelir düzeyi	168	7,72	3,54			
	Düşük gelir düzeyi	103	9,82	3,71			
Duygusal İhmal	Yüksek gelir düzeyi	23	9,91	5,90	18,38	0,00	3 > 1 3 > 2
	Orta gelir düzeyi	168	10,14	5,24			
	Düşük gelir düzeyi	103	13,04	5,67			
Cinsel İstismar	Yüksek gelir düzeyi	23	5,78	2,33	1,71	0,42	
	Orta gelir düzeyi	168	6,39	3,74			
	Düşük gelir düzeyi	103	6,30	3,28			
CTQ Toplam	Yüksek gelir düzeyi	23	39,35	16,70	21,26	0,00	3 > 1 3 > 2
	Orta gelir düzeyi	168	40,49	17,30			
	Düşük gelir düzeyi	103	48,32	18,79			

Buna paralel olarak; tablo 6’da da görüleceği üzere; araştırmaya katılan hükümlülerin fiziksel istismar ve cinsel istismar puanları ortalamalarının çocuklukta aile gelir tanımında değişkeni açısından incelendiğinde; grup ortalamaları arasındaki fark anlamlı bulunmamıştır ( $p > 0.05$ ). Ancak araştırmaya katılan hükümlülerin duygusal istismar ( $KW=13,588$ ;  $p=0,001 < 0.05$ ), fiziksel ihmal ( $KW=28,967$ ;  $p=0,000 < 0.05$ ), duygusal ihmal ( $KW=18,376$ ;  $p=0,000 < 0.05$ ) ve CTQ toplam ( $KW=21,258$ ;  $p=0,000 < 0.05$ ) puanlarının ortalamalarının çocukluk dönemlerindeki ailelerinin gelir durumunu tanımlamaları değişkeni açısından incelendiğinde; grup ortalamaları arasındaki fark anlamlı bulunmuştur. Buna göre;

Kısacası; çocukluk döneminde ailenin gelir düzeyi ile çocukluk çağı travması ve alt düzeyleri arasında genel olarak anlamlı bir ilişki olduğu ve gelir düzeyi azaldıkça çocukluk çağı travmasının arttığı tespit edilmiştir.

Araştırma neticesinde aile gelir düzeyi tanımı ve çevre gelir düzey tanımlarının birbirine benzerlik gösterdiği ve ulaşılan sonuçların hemen hemen aynı olduğu düşünüldüğünde birlikte ele alınmalarında bir sakınca görülmemiş olup, literatür bulgularında da birlikte değerlendirilmiştir. Literatür çalışmalarının da çocukluk çağı travmasını etkileyen öncelikli olan faktörün ekonomik problemler olduğuna değinmesinin araştırma bulgularımızı destekler nitelikte olduğunu göstermektedir. Ulaşılabilen araştırmaların çoğunda gelir düzeyi düşüklüğü ile istismar ve ihmal ilişkili bulunmuştur. Bu çalışmalardan biri olan Demirkapı'nın 2013<sup>60</sup> yılında yaptığı çalışmada "1000 TL ve altında gelire sahip olan katılımcıların travma puan ortalamalarının anlamlı olarak 1000 TL ve üstündekilerden daha yüksek" olduğu belirlenirken; Yılmaz ve Irmak (2008)<sup>61</sup>'in yaptığı çalışmada ergen bireylerin ekonomik düzeyleri ile fiziksel istismara uğrayan ve istismara uğramayanlar arasındaki fark karşılaştırılmış; fiziksel istismara uğrayan grupta ekonomik durumun kötü, istismara uğramayan grupta ise ekonomik durumun iyi olduğu tespit edilmiştir. Zeren ve arkadaşlarının 2012<sup>62</sup> yılında yaptığı araştırmaya göre ise "Ailesi alt gelir düzeyine sahip öğrencilerin duygusal istismar ve toplam örselenme ölçek puanlarının anlamlı derecede yüksek olduğu" tespit edilmiştir. Ekonomik faktörlerin istenilen imkanlara ulaşmak için bir etken olduğu düşünüldüğünde, ekonomik düzeyin düşük olmasının, bireylerin çocukluk çağlarında bazı haklarından mahrum bırakılmalarına hatta temel ihtiyaçlarını karşılayamamalarına neden olabilmektedir. Bu da en önemli ihmal ve istismar nedenidir denebilir. Tüm hayatları boyunca haksızlığa uğradığını düşünen ve avantajlı kesim ile eşit haklara sahip olmaya çalışan çocuğun yetişkinlik döneminde toplum kurallarını kabul etmeyeceği ve normlara aykırı davranışlar sergileyeceği düşünülmektedir.

---

<sup>60</sup> Demirkapı, E, (2013). Çocukluk Çağı travmalarının Duygu Düzenleme ve Kimlik Gelişimine Etkisi ve Bunların Psikopatolojiler İle İlişkisi. Yüksek Lisans Tezi. Adnan Menderes Üniversitesi. Sağlık Bilimleri Enstitüsü. Aydın

<sup>61</sup> Yılmaz Irmak, T. (2008). Çocuk İstismarı ve İhmalinin Yaygınlığı ve Dayanıklılıkla İlişkili Faktörler. Doktora Tezi. Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İzmir

<sup>62</sup> Zeren C, Yengil E, Çelikel A, Arık A ve Arslan M.(2012). Üniversite Öğrencilerinde Çocukluk Çağı İstismarı Sıklığı, *Dicle Tıp Dergisi*; 39 (4): 536-541

**Tablo 7.** Hükümlü Bireylerin Çocukluk Çağı Travma Düzeyinin Çocukluğunda Yaşadığı Aile Yapısına Göre Ortalaması

	Grup	N	Ort	Ss	KW	p	Fark
Duygusal İstismar	Parçalanmış aile ile büyüyenler	49	9,91	4,55	15,23	0,00	1>3 2>3
	Geniş aile ile büyüyenler	16	9,87	5,10			
	Çekirdek aile ile büyüyenler	227	9,83	5,37			
Fiziksel İstismar	Parçalanmış aile ile büyüyenler	49	7,86	4,94	16,16	0,00	1>3
	Geniş aile ile büyüyenler	16	7,81	3,60			
	Çekirdek aile ile büyüyenler	227	6,92	5,53			
Fiziksel İhmal	Parçalanmış aile ile büyüyenler	49	9,52	3,36	15,01	0,00	1>3
	Geniş aile ile büyüyenler	16	9,25	3,80			
	Çekirdek aile ile büyüyenler	227	9,12	3,71			
Duygusal İhmal	Parçalanmış aile ile büyüyenler	49	14,18	5,90	14,58	0,00	1>3 2>3
	Geniş aile ile büyüyenler	16	14,06	6,22			
	Çekirdek aile ile büyüyenler	227	13,04	5,67			
Cinsel İstismar	Parçalanmış aile ile büyüyenler	49	5,78	2,33	4,09	0,13	
	Geniş aile ile büyüyenler	16	5,19	0,54			
	Çekirdek aile ile büyüyenler	227	6,30	3,28			
CTQ Toplam	Parçalanmış aile ile büyüyenler	49	49,21	16,70	15,37	0,00	1>3 2>3
	Geniş aile ile büyüyenler	16	46,94	15,46			
	Çekirdek aile ile büyüyenler	227	46,32	12,79			

Tablo 7'ye bakıldığında; araştırmanın bir diğer bulgusu da; hükümlülerin çocukluk döneminde yaşadıkları aile yapısı değişkeni ile travma düzeyinin karşılaştırılması olduğu görülmektedir. Buna göre; hükümlülerin cinsel istismar puanı hariç, diğer alt boyut puan ortalamaları ile aile yapıları arasında anlamlı bir ilişki vardır. Çocuğun temel yapı taşı olan aile yapısı bozuldukça, çekirdek aileden uzaklaştıkça cinsel istismar hariç diğer alt puan türlerinden aldıkları puan da artmaktadır denebilir.

Çocukluk döneminde yaşanan ihmal istismar, çocuğun en yakınları tarafından gerçekleştirilmekte olup, yine travmayı minimuma indirmek ailenin temel görevidir.<sup>63</sup> Parçalanmış aileye sahip olmak, ebeveynlerin boşanması, çocuğun ebeveynleriyle yakından duygusal ilişki kuramaması, ebeveyn yoksunluğu gibi etkenlerin çocukluk çağında travma yaşamak için risk faktörü oluşturduğunu belirten birçok çalışma bulunmakta olup bu da araştırma bulgularımızı desteklemektedir. Çocuğun gelişiminde önemli bir etkiye sahip olan aile Hirschi'ye<sup>64</sup> göre çocuğun sosyalleşmesinde ve toplumsal norm ve kuralları çevreleyen ahlak sistemini geliştirmesinde en önemli etkidir. Ailesinden kopmuş, onların görüşlerini umursamayan çocuklar üzerinde toplumda yeterli kontrolü uygulayamadığı için çocuğun anti sosyalleşmesinin daha da kolaylaşacağını savunmaktadır. Parçalanmış ailelerin denetim mekanizmasının ve aile ilişkilerinin zayıflayabileceği, aile yapısında önceliklerin değişerek çocuğun ihtiyaçlarının ve varlığının göz ardı edilebileceği bu durumun da çocuğun travma yaşamasında etken olduğu düşünülmektedir.

<sup>63</sup> Avcı, (2008) a.g.e.

<sup>64</sup> Aktaran için bknz: Sevim, T, Soyaslan Y. (2009) a.g.e.

**Tablo 8.** Hükümlü Bireylerin Çocukluk Çağı Travma Düzeyinin Çocukluk Çağı Aile İlişkileri Algısına Göre Ortalamaları

	Grup	N	Ort	Ss	KW	p	Fark
Duygusal İstismar	Ailenin Bütün Fertleri Birbirleri İle İyi Anlaşır ve Birbirlerini Severdi	187	6,80	2,95	89,87	0,00	2 > 1
	Anne ve Babam Birbirleri İle İyi Anlaşamazlar Ama Çocuklarını Severlerdi	47	8,64	3,97			3 > 1
	Babam Annemi ve Bizleri Döverdi	44	14,95	5,73			6 > 1
	Annem Babamı ve Bizleri Döverdi	1	20,00	0,00			7 > 1
	Ailesiz büyüdüm	1	17,00	0,00			3 > 2
	Aile Fertleri Birbirlerini Hiç Sevmez ve İyi Anlaşamazdı	3	17,00	5,00			6 > 2
	Üvey Babam Bizi ve Annemi Döverdi	2	18,00	4,24			7 > 2
	Ailenin Bütün Fertleri Birbirleri İle İyi Anlaşır ve Birbirlerini Severdi	187	5,98	2,84			2 > 1
	Anne ve Babam Birbirleri İle İyi Anlaşamazlar Ama Çocuklarını Severlerdi	47	7,34	3,94			3 > 1
	Babam Annemi ve Bizleri Döverdi	44	15,05	6,32			4 > 1
Annem Babamı ve Bizleri Döverdi	1	8,00	0,00	5 > 1			
Ailesiz büyüdüm	1	14,00	0,00	6 > 1			
Aile Fertleri Birbirlerini Hiç Sevmez ve İyi Anlaşamazdı	3	15,00	1,73	7 > 1			
Üvey Babam Bizi ve Annemi Döverdi	2	16,00	4,24	3 > 2			
							6 > 2
							7 > 2
Fiziksel İstismar	Ailenin bütün Fertleri Birbirleri İle İyi Anlaşır ve Birbirlerini Severdi	187	7,26	2,66	72,40	0,00	2 > 1
	Anne ve Babam Birbirleri İle İyi Anlaşamazlar Ama Çocuklarını Severlerdi	47	9,00	3,99			3 > 1
	Babam Annemi ve Bizleri Döverdi	44	12,43	3,91			6 > 1
	Annem Babamı ve Bizleri Döverdi	1	13,00	0,00			7 > 1
	Ailesiz büyüdüm	1	12,00	0,00			3 > 2
	Aile Fertleri Birbirlerini Hiç Sevmez ve İyi Anlaşamazdı	3	13,33	5,51			7 > 2
	Üvey Babam Bizi ve Annemi Döverdi	2	16,50	2,12			
	Ailenin bütün Fertleri Birbirleri İle İyi Anlaşır ve Birbirlerini Severdi	187	8,83	4,16			2 > 1
	Anne ve Babam Birbirleri İle İyi Anlaşamazlar Ama Çocuklarını Severlerdi	47	13,40	5,33			3 > 1
	Babam Annemi ve Bizleri Döverdi	44	18,00	4,36			6 > 1
Annem Babamı ve Bizleri Döverdi	1	21,00	0,00	7 > 1			
Ailesiz büyüdüm	1	16,00	0,00	3 > 2			
Aile Fertleri Birbirlerini Hiç Sevmez ve İyi Anlaşamazdı	3	17,33	0,58				
Üvey Babam Bizi ve Annemi Döverdi	2	18,50	4,95				
Duygusal İhmal	Ailenin bütün Fertleri Birbirleri İle İyi Anlaşır ve Birbirlerini Severdi	187	5,77	2,63	101,90	0,00	2 > 1
	Anne ve Babam Birbirleri İle İyi Anlaşamazlar Ama Çocuklarını Severlerdi	47	6,74	3,86			3 > 1
	Babam Annemi ve Bizleri Döverdi	44	7,86	4,84			6 > 1
	Annem Babamı ve Bizleri Döverdi	1	13,00	0,00			7 > 1
	Ailesiz büyüdüm	1	5,00	0,00			3 > 2
	Aile Fertleri Birbirlerini Hiç Sevmez ve İyi Anlaşamazdı	3	5,00	0,00			
	Üvey Babam Bizi ve Annemi Döverdi	2	15,00	14,14			
	Ailenin bütün Fertleri Birbirleri İle İyi Anlaşır ve Birbirlerini Severdi	187	5,77	2,63			2 > 1
	Anne ve Babam Birbirleri İle İyi Anlaşamazlar Ama Çocuklarını Severlerdi	47	6,74	3,86			3 > 1
	Babam Annemi ve Bizleri Döverdi	44	7,86	4,84			4 > 1
Annem Babamı ve Bizleri Döverdi	1	13,00	0,00				
Ailesiz büyüdüm	1	5,00	0,00				
Aile Fertleri Birbirlerini Hiç Sevmez ve İyi Anlaşamazdı	3	5,00	0,00				
Üvey Babam Bizi ve Annemi Döverdi	2	15,00	14,14				
Cinsel İstismar	Ailenin bütün Fertleri Birbirleri İle İyi Anlaşır ve Birbirlerini Severdi	187	35,92	10,65	101,43	0,00	2 > 1
	Anne ve Babam Birbirleri İle İyi Anlaşamazlar Ama Çocuklarını Severlerdi	47	45,68	16,77			3 > 1
	Babam Annemi ve Bizleri Döverdi	44	68,45	18,94			6 > 1
	Annem Babamı ve Bizleri Döverdi	1	75,00	0,00			7 > 1
	Ailesiz büyüdüm	1	64,00	0,00			3 > 2
	Aile Fertleri Birbirlerini Hiç Sevmez ve İyi Anlaşamazdı	3	68,00	7,55			6 > 2
	Üvey Babam Bizi ve Annemi Döverdi	2	84,00	25,46			7 > 2
	Ailenin bütün Fertleri Birbirleri İle İyi Anlaşır ve Birbirlerini Severdi	187	35,92	10,65			2 > 1
	Anne ve Babam Birbirleri İle İyi Anlaşamazlar Ama Çocuklarını Severlerdi	47	45,68	16,77			3 > 1
	Babam Annemi ve Bizleri Döverdi	44	68,45	18,94			6 > 1
Annem Babamı ve Bizleri Döverdi	1	75,00	0,00	7 > 1			
Ailesiz büyüdüm	1	64,00	0,00	3 > 2			
Aile Fertleri Birbirlerini Hiç Sevmez ve İyi Anlaşamazdı	3	68,00	7,55	6 > 2			
Üvey Babam Bizi ve Annemi Döverdi	2	84,00	25,46	7 > 2			
CTQ Toplam	Ailenin bütün Fertleri Birbirleri İle İyi Anlaşır ve Birbirlerini Severdi	187	35,92	10,65	101,43	0,00	2 > 1
	Anne ve Babam Birbirleri İle İyi Anlaşamazlar Ama Çocuklarını Severlerdi	47	45,68	16,77			3 > 1
	Babam Annemi ve Bizleri Döverdi	44	68,45	18,94			6 > 1
	Annem Babamı ve Bizleri Döverdi	1	75,00	0,00			7 > 1
	Ailesiz büyüdüm	1	64,00	0,00			3 > 2
	Aile Fertleri Birbirlerini Hiç Sevmez ve İyi Anlaşamazdı	3	68,00	7,55			6 > 2
	Üvey Babam Bizi ve Annemi Döverdi	2	84,00	25,46			7 > 2
	Ailenin bütün Fertleri Birbirleri İle İyi Anlaşır ve Birbirlerini Severdi	187	35,92	10,65			2 > 1
	Anne ve Babam Birbirleri İle İyi Anlaşamazlar Ama Çocuklarını Severlerdi	47	45,68	16,77			3 > 1
	Babam Annemi ve Bizleri Döverdi	44	68,45	18,94			6 > 1
Annem Babamı ve Bizleri Döverdi	1	75,00	0,00	7 > 1			
Ailesiz büyüdüm	1	64,00	0,00	3 > 2			
Aile Fertleri Birbirlerini Hiç Sevmez ve İyi Anlaşamazdı	3	68,00	7,55	6 > 2			
Üvey Babam Bizi ve Annemi Döverdi	2	84,00	25,46	7 > 2			

Araştırmaya katılan hükümlülerin çocukluk çağı travma düzeyi ve alt düzeylerden aldıkları puan ortalamalarının aile ilişkilerini tanımlama değişkeni açısından yapılan incelemede grup ortalamaları arasındaki fark anlamlı bulunmuştur. Tablo 8'e göre aile ilişkileri bozuldukça, aile içi şiddet var oldukça çocukluk çağı travma düzeyi artmaktadır diyebiliriz. Çünkü aile içi şiddete maruz kalmak ya da şahit olmak çocuk için başlı başına büyük bir travmadır. Çocuğun en önemli suç türlerinden olan şiddeti ailesinden öğrenip uyguladığı düşünülmektedir. Çocukluk örselenme yaşantılarına maruz kalan bireylerin aile yaşantılarına bakıldığında; ebeveynler arası ilişkilerin bozuk olması, aile içi şiddet, ebeveynlerin psikiyatrik rahatsızlıkları gibi faktörlerin etkili olduğu görülmektedir.<sup>65</sup> Literatür bulgularının da araştırma bulgularını desteklediği tespit edilmiştir.

Glueck'lerin ebeveynlerin reddetme davranışları ve kullandıkları disiplin teknikleri açısından suçlu ve suçsuz gruplar arasında yaptıkları karşılaştırmalı bir çalışmada ise, "suçlu grupta, çocuğa karşı ilgisizlik ya da düşmanlık gösteren baba ve annelerin oranı sırasıyla %69,8 ve %27,9 iken, suçsuz grupta bu oranlar %19,4 ve %4,5 olarak tespit edilmiş; suçlu grupta fiziksel cezayı kullanan baba ve annelerin oranı %67,8 ve %55,6, suçsuz grupta aynı tür cezaya ağırlık veren baba ve annelerin oranı ise, %34,7 ve %34,6 olarak" belirlenmiştir.<sup>66</sup> Gökçearslan Çifçi'nin 2008<sup>67</sup> yılında kapkaç suçundan hüküm giyen yetişkinlerin, sosyo-demografik özelliklerini, sosyal dışlanma süreçlerini, suç ve diğer sapma davranışlarını incelediği çalışmada ise; "Görüşme yapılan hükümlülerin %59,3'ünün çocukluk çağlarında, babası tarafından şiddet gördüğü, %22,4'ünün de ağabey, kardeş veya ablası tarafından sıklıkla şiddet gördüğü" ortaya çıkmıştır. Bunun yanı sıra aynı çalışmada "Hükümlülerin %34,5'inin babalarının da annelerine sık sık şiddet uygulamakta olduğu, gençlerin aile yapıları incelendiğinde ise çoğunun aile ilişkilerinin olumsuz olduğu, hükümlülerin aile üyeleri arasında, şiddetli geçimsizliklerin yaşandığı, parçalanmış ailelerden geldiği ve hükümlülerin büyük çoğunluğunun aileleri düşük sosyo-ekonomik düzeye sahip olduğu" bulguları elde edilmiştir.

---

<sup>65</sup> Polat, O. (2007), Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı Tanımlar I, Ankara: Seçkin Yayıncılık 1. Baskı

<sup>66</sup> Aktaran için bkz: Ulugtekin, (1991) a.g.e.

<sup>67</sup> Gökçearslan Çifçi (2008) a.g.e.



**Tablo 9.** Hükümlü Bireylerin Çocukluk Çağı Travma Düzeyi ile Cezaevinde Daha Önce Bulunma Durumları Arasındaki Korelasyon İlişkisi

	Daha Önce Cezaevinde Bulunma Durumu	
Duygusal İstismar	r	0,14*
	p	0,01
Fiziksel İstismar	r	0,14*
	p	0,02
Fiziksel İhmal	r	0,13*
	p	0,03
Duygusal İhmal	r	0,11
	p	0,06
Cinsel İstismar	r	-0,04
	p	0,53
CTQ Toplam	r	0,13*
	p	0,03

Tablo 9 a bakıldığında; hükümlü bireylerin çocukluk çağı travma düzeyi ve daha önce cezaevine girme durumları arasındaki ilişkiyi incelemek için yapılan korelasyon analizine göre; hükümlü bireylerin daha önce cezaevine girme durumları ile duygusal istismar ( $r=0.145$ ;  $p=0,013<0.05$ ), fiziksel istismar ( $r=0.139$ ;  $p=0,017<0.05$ ), fiziksel ihmal ( $r=0.128$ ;  $p=0,028<0.05$ ) ve ctq toplam puanları( $r=0.127$ ;  $p=0,029<0.05$ ) arasında çok zayıf olmakla birlikte pozitif yönde anlamlı ilişki bulunmaktadır. Bu bulguyu, hükümlülerin daha önce cezaevine girme durumlarının var olması ve cezaevinde bulunma sayıları arttıkça duygusal istismar, fiziksel istismar, fiziksel ihmal ve toplam travma puanları şeklinde yorumlayabiliriz. Damgalanma teorisinin savunucularına göre, kişi, suç işledikçe etiketlenir, etiketlendikçe de suç işler, bu kurama dayanarak ta hükümlü bireylerin daha önce de suç işleme eğilimlerinin mevcut olduğu söylenebilir.

**Tablo 10.** Hükümlü Bireylerin Çocukluk Çağı Travma Düzeyinin Ailesinde Suç İşlemiş Birey Olma Durumuna Göre Ortalaması

	Grup	N	Ort	Ss	MW	p
Duygusal İstismar	Ailesinde Suç İşlemiş Birey Bulunmayanlar	208	7,96	4,50	6 491,00	0,00
	Ailesinde Suç İşlemiş Birey Bulunanlar	86	10,01	5,35		
Fiziksel İstismar	Ailesinde Suç İşlemiş Birey Bulunmayanlar	208	7,15	4,52	7 106,50	0,00
	Ailesinde Suç İşlemiş Birey Bulunanlar	86	9,10	5,76		
Fiziksel İhmal	Ailesinde Suç İşlemiş Birey Bulunmayanlar	208	8,04	3,48	7 131,00	0,00
	Ailesinde Suç İşlemiş Birey Bulunanlar	86	9,42	4,09		
Duygusal İhmal	Ailesinde Suç İşlemiş Birey Bulunmayanlar	208	10,38	5,26	6 674,00	0,00
	Ailesinde Suç İşlemiş Birey Bulunanlar	86	12,95	6,01		
Cinsel İstismar	Ailesinde Suç İşlemiş Birey Bulunmayanlar	208	6,15	3,04	8 498,00	0,33
	Ailesinde Suç İşlemiş Birey Bulunanlar	86	6,70	4,39		
CTQ Toplam	Ailesinde Suç İşlemiş Birey Bulunmayanlar	208	40,77	16,48	6 691,00	0,00
	Ailesinde Suç İşlemiş Birey Bulunanlar	86	48,87	20,64		

Hükümlülerin çocukluk çağı travması ve alt boyutları puanları ile ailelerinde suç işleyen birinin var olma durumu değişkenleri kıyaslandığında Tablo 10'da da görüldüğü üzere; grup ortalamaları arasındaki fark cinsel istismar alt boyutu dışında anlamlı bulunmuştur. Ailesinde suç işleyen kişi bulunmayanların

duygusal istismar puanları (x=7,957), fiziksel istismar puanları (x=7,154), fiziksel ihmal puanları (x=8,039), duygusal ihmal puanları (x=10,385), ctq toplam puanları (x=40,774), ailesinde suç işleyen birileri bulunanların duygusal istismar puanlarından (x=10,012), fiziksel istismar puanlarından (x=9,105), fiziksel ihmal puanlarından (x=9,419), duygusal ihmal puanlarından (x=12,954) ctq toplam puanlarından (x=48,872) düşük bulunmuştur. Kısacası; ailede suç işlemiş bir bireyin varlığı çocukluk çağı travmasını tetiklemekte ve arttırmaktadır diyebiliriz ki literatür bulguları araştırma sonuçlarını da destekler niteliktedir;

Ronald Akers'in sosyal öğrenme teorisi incelendiğinde ve değerlendirildiğinde çocuk yakın çevresi ve akran grubu tarafından etkilenmektedir ve sıklıkla bu kişiler tarafından travmaya uğratılmaktadır. Akers'in tanımladığı akran sosyalizasyonuna bakıldığında aksi bir sosyalleşme olduğu sapmış ve yanlış değerlerin öğrenildiği ve aktarıldığı bir sosyalleşme şeklidir denebilir; bu bağlamda da 'Çocuklar suçu özendirici tanımların yaygın olduğu, sapmış akranların bulunduğu çevrelerde suç için gerekli motivasyonun yanında suç öğrenme tekniklerini, sapmış değerleri ve suçu rasyonelleştirmeyi de öğrenirler' diyebiliriz. Suçlu rol modellerin ve diğer sapma biçimlerinin de (madde ve alkol kullanımı gibi) yaygın olduğu çevrelerde yaşayan çocuklar suç davranışı ve diğer sapma biçimleri açısından yüksek risk altında bulunurlar.<sup>68</sup> Bu durum doğrudan çocuğun travmatik yaşam olaylarına maruz kalmasına neden olur. Ailesinden herhangi birinin cezaevinde bulunması bazen çocuğun temel gereksinimlerinin karşılanmamasına neden olur, bu şekilde ihmal ve istismara uğrayan çocuğun da ihtiyaçlarını karşılamak için suç davranışına yöneldiği söylenebilir.

## SONUÇ

Denizli Bozkurt Kadın Açık Ceza infaz kurumunda 151 kadın hükümlüyle ve Denizli D tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda bulunan 143 erkek hükümlüyle gerçekleştirilen araştırmada suçluluk ve çocukluk çağı travmasının ilişkili olduğu, çocukluk çağı travması ve suç ile ilgili çalışmaların artırılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu sonuç doğrultusunda ilk olarak suçun önlenmesi konusuna katkı sağlaması amacıyla koruyucu önleyici çalışmalara öncelik verilmesi gerekmekte olup; suçlu bireylerin özellikleri, suça yönelme nedenleri ve suç davranışı konusunda yapılacak çalışmalar artırılmalı, böylelikle bu konuda yapılacak uygulamalar geliştirilmelidir. Kolluk kuvveleri ile iş birliği yapılarak suç haritaları oluşturulmalı suç işleme oranı yüksek olan bölgelerde,

---

<sup>68</sup> Aktaran için bkz: Saltık, D. (2011). Ankara Sincan Çocuk Eğitim Evinde Kalan Çocuk Hükümlülerin Aile İlişkileri, Aile Yapısı Ve Akran Etkisinin Suça Etkisi. Yüksek Lisans Tezi. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara

bölgenin sosyo-kültürel yapısına uygun koruyucu önleyici ve rehabilite edici faaliyetler planlanmalıdır. Bu planlamalar yapılırken diğer alan ve disiplinlerde çalışan meslek elemanları ile ortak çalışılmalı, özellikle okulda öğretmenler, rehberlik birimleri, toplum merkezlerinde çalışan uzmanlar ile işbirliği içinde olmalıdır. Böylelikle riskli gruplar belirlenerek olumsuz arkadaş çevresi ve davranışlarının tespit edilmesiyle ileride oluşabilecek davranış sorunları engellenmelidir.

Medya aracılığı ile kamuoyu bilinçlendirme faaliyetleri yapılmalı, suç davranışını özendirici yayınlar durdurulmalıdır. Toplumca, zenginlik, mal mülk ve statü öneminin azaltılması adına, kitle iletişim araçları kullanılarak, insanların bilinçaltına daha insancıl değerlerin yerleşmesi için yayınlar yapılmalı böylelikle suçluluk önlenme çalışması yapılırken bir yandan da suçluluğun etkenlerinden sadece biri olabilecek çocukluk çağı travmasının da önlenmesi adına; çocukluk çağı travması oluşturabilecek ve özellikle şiddet suçuna özendirici yayınlar kaldırılmalı, bu konuda denetimler sıkılaştırılmalıdır.

Çocukluk çağı travmasının önlenmesi ve çözülemeyen travmaların çözülebilmesi için konuyla ilgili olabilecek, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı; Sağlık Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı arasında gerekli koordinasyon ve işbirliği sağlanmalıdır. Bu doğrultuda toplumun her kesimine rahatlıkla ulaşabilen hastanelerde; sosyal hizmet uzmanı, psikolojik danışman, psikiyatrist ve hemşirelerden oluşan ekipler oluşturulmalı ve oluşturulan ekiplerin sıklıkla çocukluk çağı travması ve etkileri hakkında hem hastane personeline hem de hizmet alanlara eğitimler vermelidir. Yine toplumun her kesimine ulaşabildiği, özellikle çocukluk döneminin çoğunun okulda geçtiği ve çocuk ile ebeveyninin okul ve öğretmene bağlılığı düşünüldüğünde, Milli Eğitim Bakanlığınca, çocukluk çağı travmaları hakkında eğitimler düzenlenerek aileler bilinçlendirilmeli, oluşturulan ve işbirliği kurulan ekiplerce çocukların travma yaşamalarına veya yaşadıkları travmaları atlatmalarına destek olunmalıdır. Aile ve sosyal politikalar bakanlığınca tüm Türkiye genelinin risk haritası çıkarılarak, riskli bölgelerdeki sosyal hizmet merkezlerince çocukluk çağı travması ve çocuk hakları hakkında bilinçlendirme faaliyetlerinin yürütülmesi sağlanmalıdır.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığında korunma ve bakım altında bulunan yaşadıkları çocukluk çağı travmasını atlatamayan çocuklar, hastanelere travma bulguları ile gelen çocuklar ve okullarda ailesi yanında kalıp travma sonrası belirtilerini gösteren çocukların belirlenerek tedaviye yönlendirilebilmesi için özellikle bu üç kurumda çalışan meslek elemanları konu hakkında yetkin olmalı ve sıklıkla güncellenen eğitimler almalıdır. Şehirlerin sosyo-ekonomik düzeyi düşük bölgelerinde yaşayan çocukların eğitim, sağlık gibi temel hakları olan hizmetlere kolay bir şekilde ulaşabilmeleri sağlanmalıdır. Böylelikle haklarına

diğerleri gibi kolaylıkla ulaşabilen çocuklar ve bireylerin suç davranışına yönelmesi önlenabilir.

Adalet sistemi içerisinde çocukluk çağı travmasına yer verilerek, koruyucu önleyici çalışmalarda ve iyileştirme çalışmalarında çocukluk çağı travmaları üzerinde durulmalıdır. Bu doğrultuda, cezaevinde çalışan psiko sosyal destek birimindeki meslek elemanı sayısının artırılarak konu hakkında yetki ve sorumluluk verilmelidir. Atlatılmamış çocukluk çağı travması olan hükümlü bireyler tespit edilerek; psiko-sosyal destek biriminde mikro ve mezzo çalışmalar yapılmalı, özellikle grup çalışmalarına önem verilmelidir. Çözümlememiş çocukluk çağı travması bulunan hükümlülere tahliye sonrası toplum yaşamına uyum sağlaması ve suç eylemini tekrarlamaması için bireysel terapiler uygulanmalıdır.

Çocukluk çağı travmasının çözülmesi yönünde çalışma yapacak donanımlı meslek elemanları suçlu bireylerle çalışan konu hakkında görevlendirilmelidir. Denetimli serbestlik bürolarında çocukluk çağı travması hakkında çalışan kişiler görevlendirilerek, tahliye olan hükümlülerin tedavi süreçlerinin takibi sağlanmalıdır.

\*\*\*\*\*

#### KAYNAKLAR

- AĞIRGÖTÜREN, B, (2006), Malatya Kentinde Çocuk Suçluluğu, Yüksek Lisans Tezi. İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya
- AKTU, Y, (2016). Levinson'un Kuramında İlk yetişkinlik Döneminin Yaşam Yapısı. Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar. 8(2);162-177
- AVCI, M, (2008). Tutuklu Çocuklar Üzerine Bir Araştırma: Çocukların Suça Yönelmesinde Etkili Olan Toplumsal Nedenler Ve Çözüm Önerileri. Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 11(1): 49-73
- AŞKIN, M, (2005). "Kişilik ve Kişiler Arası İlişkiler". İnsan Yolunda Davranışlar, İlişkiler, İletişim. Adem Solak (Ed.). Ankara : Pegem Yayınları
- BALO, YS, (1995). Suç Mağduru Ve Suç Faili Olan Çocuklar Açısından Çocuk Suçluluğu Ve Çocuk Mahkemeleri. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul
- BAKIRCIOĞLU, R, (2007). Çocuk Ruh Sağlığı ve Uyum Bozukluklar. Anı Yayıncılık, Ankara.
- BİNBAŞIOĞLU, C, (1983). Ruh Sağlığı Bilgisi, 3. Basım, Binbaşıoğlu Yayınevi, Ankara

- BİLİM, G, (2012). Çocukluk Çağı Örselenme Yaşantıları: Duygu Düzenleme, Kişilerarası Tarz Ve Genel Psikolojik Sağlık Açısından Bir İnceleme. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- COŞGUN, E, (2010). Suça Yönelen Ergenlerde Çocukluk Döneminde Örseleyici Yaşantılara Maruz Kalma Düzeyi ile Adil Dünya İnancı Arasındaki İlişkinin İncelenmesi, Marmara Üniversitesi: İstanbul
- ÇİFCİ, O, ( 1991 ). “Çocuğun Sosyalleşmesinde Ailenin Rolü”. Aile ve Toplum: Eğitim ve Kültür Araştırması Dergisi, 1( 2 ), 19-23
- DÖNMEZER, S, (1994). Kriminoloji. Filiz Kitapevi , 7.Basım ,İstanbul
- DEMİRKAPI, E, (2013). Çocukluk Çağı travmalarının Duygu Düzenleme ve Kimlik Gelişimine Etkisi ve Bunların Psikopatolojiler İle İlişkisi. Yüksek Lisans Tezi. Adnan Menderes Üniversitesi. Sağlık Bilimleri Enstitüsü. Aydın
- DEMİRER, E, (2015). Reem Nöropsikiyatri Merkezi'nin Üç Şubesine Depresyon Şikayetiyle Başvuran Kadınların Çocukluk Çağı Travması Açısından Depresyon Düzeylerinin İncelenmesi. Yüksek Lisans Tezi. Beykent Üniversitesi. Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul
- GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ, E, (2008). Kapkaç Suçundan Hüküm Giyenlerin, Sosyo-Demografik Özellikleri, Sosyal Dışlanma Süreçleri, Suç Ve Diğer Sapma Davranışlar Açısından İncelenmesi. Doktora Tezi. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- GÖKLER, R, (2006). Eğitimde Çocuk İstismarı Ve İhmaline Genel Bir Bakış. Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi, 3, 47-76.
- GÜNÇE G, (1983) “Çocuk Suçluluğu ve Aile”, Çocuk Suçluluğu ve Çocuk Mahkemeleri Sempozyumu 22-23 Haziran 1983 (Yayına Hazırlayan Doç.Dr.Esin ONUR), A.Ü.Basımevi, s. 3-4
- İÇLİ, TG, ve ÖĞÜN, A. (1988). Sosyal Değişme Süreci İçinde Kadın Suçluluğu. Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, 5(2), 30
- İÇLİ, TG, (1993). Türkiye’de Suçlular: Sosyo-Kültürel Ve Ekonomik Özellikleri, Ankara: Atatürk Kültür, Dil Ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Kültür Merkezi Yayını
- İÇLİ, TG, (2004). Kriminoloji. Ankara: Mart Kitapevi ve Yayınevi.
- İŞERİ E. (2008). Cinsel İstismar. Çetin FÇ, Pehlivan Türk B, Ünal F, Uslu R, İşeri E, Türkbay T, Coşkun A, Miral S, Motavallı N(Ed )Çocuk Ve Ergen Psikiyatrisi Temel Kitabı.1.Baskı, Ankara, Hekimler Yayın Birliği; 470-477
- KARS, Ö, (1996) Çocuk İstismarı: Nedenleri ve Sonuçları Bizim Büro Basımevi, Ankara.

- KIZMAZ, Z. (2013). Cezaevinden Çıkan Bazı Suçlular Niçin Yeniden Suç İşlemektedir: Elazığ E Tipi Cezaevi Örneği. Fırat Üniversitesi Harput Uygulama ve Araştırma Merkezi Geçmişten Geleceğe Harput Sempozyumu, Elazığ
- KULAKSIZOĞLU, A. (1998), Ergenlik Psikolojisi, Remzi Kitabevi, İstanbul.
- KUNT, V.(2003). Suç Ve Çocuk. Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yüksek Lisans Tezi, Ankara
- ODAĞ C.(2001). Nevrozlar-2. Halime Odağ Psikanaliz ve Psikoterapi Vakfı Yayınları; 43-44
- ÖZEN, Ş, ANTAR, S ve ÖZKAN, M, (2007). Çocukluk Çağı Travmalarının Umutsuzluk, Sigara Ve Alkol Kullanımı Üzerine Etkisi; Üniversite Son Sınıf Öğrencilerini İnceleyen Bir Çalışma. Düşünen Adam, 20(2), 79-87.
- ÖZER, G.(2014). Ebeveynlerin Çocuk Cinsel İstismarına Dair Bilinçleri, Endişeleri Ve Aldıkları Önlemler. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi İstanbul.
- POLAT, O. (2007), Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı Tanımlar I, Ankara: Seçkin Yayıncılık 1. Baskı
- SAATÇİOĞLU, Ö, TÜRKCAN, S, IŞIKLI, M ve UYGUR, N (1995). Tutuklularda Depresyon. Düşünen Adam, 8(3), 18-23
- SİNANİ, G.(2012). Psikiyatri Polikliniğine Başvuran Ve Ağrı Yakınması Olan Kişilerde Çocukluk Çağı Travmasının Varlığı, Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı. Uzmanlık Tezi. İstanbul.
- SEVİM, T, SOYASLAN Y. (2009) Hırsızlık Suçu Faillerinin Sosyal Kültürel Ve Ekonomik Özellikleri: Elazığ Örneği. Polis Bilimleri Dergisi. 11(3). Ankara
- SALTIK, D. (2011). Ankara Sincan Çocuk Eğitim Evinde Kalan Çocuk Hükümlülerin Aile İlişkileri, Aile Yapısı Ve Akran Etkisinin Suça Etkisi. Yüksek Lisans Tezi. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara
- ŞENTÜRK, Ü. (2006). Parçalanmış Aile Çocuk İlişkisinin Sebep Olduğu Sosyal Problemler (Malatya Uygulaması). İnönü Üniversitesi, Doktora Tezi.
- ŞAR V. (1997). Kötüye Kullanım Ve İhmalle İlişkili Sorunlar. Temel Psikiyatri, Güleç C, Köroğlu E, (ed) Ankara: Hekimler Yayın Birliği Yayıncılık; 823-834
- ŞAR V, ÖZTÜRK E ve İKİKARDEŞ E, (2012). Çocukluk Çağı Ruhsal Travma Ölçeğinin Türkçe Uyarlamasının Geçerlilik Güvenilirliği. Türkiye Klinikleri J Med Sci, 32(4):1054-63

TEMEL, Z (2011). Suça Yönelmiş Çocukların Aile İşlevselliğinin Belirlenmesi. Yüksek Lisans Tezi. Cumhuriyet Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Sivas

TİFTİK, N, (2012). Adam Öldürme Eylemi Nedeniyle Hüküm Giymiş Kadınlarda Çocukluk Örselenme Yaşantılarına Maruz Kalma, Adil Dünya İnancı Ve Öfke İfade Tarzları Arasındaki İlişkinin İncelenmesi. Yüksek Lisans Tezi. Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul

TUİK, (2013). Adalet İstatistikleri.

Erişim: ([http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt\\_id=1070](http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1070)).

Erişim Tarihi: 10. Mayıs. 2016.

ULUĞTEKİN, S, (1991). Hükümlü Çocuk Ve Yeniden Toplumsallaştırma, Bizim Büro Basımevi, Ankara, 96-104s

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF) (1986). Statistics on Children in UNICEF Assisted Countries

WORLD HEALTH ORGANIZATION. (2006). Preventing child maltreatment: A guide to taking action and generating evidence.

Erişim: ([http://whqlibdoc.who.int/publications/2006/9241594365\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2006/9241594365_eng.pdf)).

Erişim Tarihi: 11.06.2016

YILMAZIRMAK, T. (2008). Çocuk İstismarı ve İhmalinin Yaygınlığı ve Dayanırlılıkla İlişkili Faktörler. Doktora Tezi. Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İzmir

YAVUZER, H. (1986). Psiko-Sosyal Açıdan Çocuk Suçluluğu, İÜ Edebiyat Fakültesi Yayınları, Özlem kardeşler Matbaası, İstanbul

YILDIRIM, F, (2010) Majör Depresyon Hastalarında Çocukluk Çağı Travmasının Dürtüsellik, Öfke Ve İntihar Davranışı İle İlişkisi, Bakırköy Prof. Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı Ve Sinir Hastalıkları Eğitim Ve Araştırma Hastanesi, Psikiyatri Uzmanlık Tezi, İstanbul

YILMAZ, A. (2009). Çocuk İstismarı Ve İhmali: Risk Faktörleri Ve Çocukların Psiko-Sosyal Gelişimi Üzerindeki Etkileri. Civilacademy Sosyal Bilimler Dergisi, 7(1).

ZEREN C, YENGİL E, ÇELİKEL A, ARIK A ve ARSLAN M. (2012). Üniversite Öğrencilerinde Çocukluk Çağı İstismarı Sıklığı, Dicle Tıp Dergisi; 39 (4): 536-541

ZEYTİNOĞLU, S. (1991). Sağlık, Sosyal Hizmet ve Hukuk Alanlarında Çalışanların Türkiye'de Çocuk İstismarı Ve İhmali Sorunu İle İlgili Görüşleri. Çocuk İstismarı ve İhmali (147-161). Ankara: Gözde Repro Ofset.

BALO, YS, (1995). Suç Mağduru Ve Suç Faili Olan Çocuklar Açısından Çocuk Suçluluğu Ve Çocuk Mahkemeleri. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul





# UYGULAMADAN TESCİLE KAT MÜLKİYETİ: SORUNLAR VE ÇÖZÜM YAKLAŞIMLARI

## *The Condominium from Application to Registration: Problems and Solutions Approaches*

Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU<sup>1</sup>, Prof. Dr. Osman DEMİR<sup>2</sup>,  
Arş. Gör. Hülya YILMAZ<sup>3</sup>

Geliş Tarihi: 30.09.2016

Kabul Tarihi: 30.01.2017

### ÖZET

Kat mülkiyeti işlemleri 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu ile 1965 yılından başlayarak özellikle yapılaşmış alanlarda uygulanmaktadır. Türkiye’de Cumhuriyetin ilanından günümüze kadar kır-kent nüfus oranı kırdan kente göç şeklinde değişmektedir. Bu değişim kat mülkiyetinin sıkça kullanılması ile kentsel nüfusun artmasında ve bağımsız bölümlerin tescillerinde bu mevzuat hükümlerinden yararlanılmaktadır. Dünyadaki kadastral sistemler, analog ortamlardan, sayısal ve oradan da web ortamlarında temsiline doğru gitmektedir. Bu bağlamda FIG tarafından 1998’de yayınlanan Kadaströ 2014 ve daha sonra yayınlanan Kadaströ 2014 ve Ötesi gibi uluslararası çalışmalar, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelere yön vermektedir. Bunun yanında grafik verilerin paket programlardan bağımsız olarak internet üzerinden sunulması adına geliştirilen ISO/TC211 coğrafi veri standartları ile nesne tabanlı veri modelleri geliştirilmektedir. Ayrıca, gerçek dünyanın modellenmesi için tasarlanan modellerin zaman boyutu ile en az 4 boyutlu olması gerektiği ifade edilmektedir. Ülkemizin son yıllarda yukarıda ifade edilen çalışmalarını kadaströ temelli projelerde yürüttüğü görülmektedir. Bu noktada, Uluslararası bakışın yakalanması adına e-Türkiye dönüşüm projesi içinde yer alan TUCBS, TAKBİS ve MEGSİS gibi nitelikli çalışmalar olduğu bilinmektedir. Ancak çalışma konusu olan kat mülkiyeti temelli verilerin bu sistemlerde grafik ve sözel olarak işlenmesinde ve sunulmasında bazı sorunlar yaşanmaktadır. Bu sorunların ortaya konulması, çözüm yaklaşımlarının geliştirilmesi uzun vadede 2D kadaströden 3D kadaströye geçişte büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmada kat mülkiyetiyle ilgilenen kurumların görüşlerinin alınmasında veri toplama aracı olarak anket yöntemi Belediye, Tapu, Kadaströ ve Özel Sektörde 161 kişiye uygulanmıştır. Çalışmanın en önemli sonuçları, kat mülkiyetindeki listelerin Harita Mühendisleri tarafından, bağımsız bölüm bazında rayçik değerlere göre, kadaströ kontrolünde, yapıların 3D ölçülmesi bir nevi rölovelerinin alınması ile KM tesisinin yürütülmesi gerektiğidir.

**Anahtar Kelimeler:** Kat Mülkiyeti, Kat İrtifaki, 3D Kadaströ, Mülkiyet, Tapu

### ABSTRACT

Condominium processes is implemented especially in built-up area starting from 1965 with the number 634 property law. From proclamation of the republic until today in Turkey, rural-urban population ratio changes in the form of migration from the country to town. This alteration is benefiting from this legislation in the increase of urban population and registration of independent divisions with frequent use of the condominium. Cadastral systems in the world goes from the analogue environment to digital, and then to the right to representation in the web environment. In this context, International visionary works as Cadastre 2014 published by the FIG in 1998 and Cadastre 2014 and Beyond later published direct to the developed and developing countries. Besides, ISO/TC211 geographic data standards and object-oriented data models being developed for submission through the internet are improved independently of package programs of chart data. Also, it is stated to be at least 4 dimensional with the time dimension of the models envisaged for modeling of the real world. In recent years, our countries carried out in projects cadastral-based to studies mentioned above. At this point, it is known to be qualified studies as TUCBS, TAKBİS and MEGSİS included e-Turkey Conversion Project on the behalf of the arrest of International visionary view. But some problems are experienced graphically and verbally in processing and presented of condominium-based data subject of the study in these systems. That these problems revealed and solution approaches improved are of great importance in the transition from 2D cadastre to 3D cadastre in the long run. In this work, survey method as data collection tool in taking the institution’s opinions concerning with condominium was applied to 161 persons in The Municipality, The Land Registry, The Cadastre and The Private Sector. The most important results of the study are necessary condominium facility perform with 3D measuring structures in some way taken of their building survey in cadastral control according to current values on the basis of independent section by The Survey Engineers.

**Keywords:** Condominium, construction servitude, 3D cadastre, ownership, land registry

<sup>1</sup> Karadeniz Teknik Üniversitesi, Harita Mühendisliği Bölümü, Trabzon, yecoruhlu@ktu.edu.tr

<sup>2</sup> Karadeniz Teknik Üniversitesi, Harita Mühendisliği Bölümü, Trabzon, osmand@ktu.edu.tr

<sup>3</sup> Karadeniz Teknik Üniversitesi, Harita Mühendisliği Bölümü, Trabzon, hülya.yilmaz@ktu.edu.tr

## 1.GİRİŞ

Ülkemizde Cumhuriyet'in ilanından sonra 1927 yılında yapılan ilk nüfus sayımında 14 milyon olarak tespit edilen nüfus<sup>4</sup> , 2016 yılı itibarıyla 80 milyona yaklaşmaktadır. 1927 yılında 14 milyonluk nüfusun %76'sı köylerde yaşamaktayken, bugün nüfusun %7,9'u belde ve köylerde yaşamaktadır<sup>5;6</sup>. Bu veriler sürekli artan kent nüfusuna işaret etmektedir. Bu durum zamanla insanların sınırlı miktardaki kentsel arazilerde, çok katlı binalarda bir arada yaşama gereksinimini ortaya çıkarmıştır. İnsanların yaşam alanlarında meydana gelen bu köklü değişim mülkiyet anlayışına da yansımıştır. Ayrıca sanayileşme ve dolayısıyla şehirleşme olguları "kat mülkiyeti" olarak nitelendirilen kuruma eskiden olduğundan daha fazla ihtiyacı ortaya koymuştur<sup>7</sup>. Bunun sonucunda Türkiye'de ilk defa 1965 yılında 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) yürürlüğe girmiştir. Böylece yatay mülkiyet anlayışından (yatay tescil), düşey mülkiyete (düşey tescil) yönelik önemli bir adım atılmıştır. Bu adım Türkiye'de, üç boyutlu (3D) kadastroya yönelik kavşak noktalarından biri kabul edilmektedir.

Uluslararası boyut değerlendirildiğinde benzer gelişmeler göze çarpmaktadır. Bu dönemde üç boyutlu tescil, 3D kadastro gibi kavramlar tartışılmaya başlanmıştır. Bu çalışmalarda dünyanın üç boyutlu resmedilerek buna göre tescil edilebilmesi amaçlanmaktadır<sup>8;9</sup>. Kadastro 2014 vizyonu olarak bilinen, 1998 yılında FIG (Uluslararası Haritacılar Birliği) tarafından yayınlanan raporda sunulan kadastro alanında gelecek yirmi yıla yönelik yapılan öngörülerde, içinde bulunduğumuz mekan üç boyutlu olarak ele alınmış ve yasal arazi nesnesi kavramı ileri sürülmüştür<sup>10</sup>. Bu kavram ile kuşkusuz üç boyutlu yapıların da, yatay zeminde olduğu gibi, kadastro sunun yapılmasının yolu açılmıştır.

Türkiye'de 1965 yılından itibaren KMK çerçevesinde başarılı uygulamalar gerçekleştirilmiştir. Ancak üçüncü boyutta hangi hakların tescil edileceği, üç

---

<sup>4</sup> Tamer A. ve Çavlin Bozbeyoğlu A. 1927 Nüfus Sayımının Türkiye'de Ulus Devlet İnşasındaki Yeri: Basında Yansımalar, Nüfusbilim Dergisi\Turkish Journal of Population Studies, 26, 73-88, 2004.

<sup>5</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/2015\\_T%C3%BCrkiye\\_n%C3%BCfus\\_say%C4%B1m%C4%B1](http://tr.wikipedia.org/wiki/2015_T%C3%BCrkiye_n%C3%BCfus_say%C4%B1m%C4%B1), 12.12.2015.

<sup>6</sup> <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21507>, 15.12.2015.

<sup>7</sup> Arpacı A., Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984.

<sup>8</sup> Kalantari, M., Rajabifard, A., Wallace, J., Williamson, I., Spatially referenced legal property objects. Land Use Policy 25 (2), 173–181, 2008.

<sup>9</sup> Jazayeri, I., Rajabifard, A., and Kalantari M., A geometric and semantic evaluation of 3D data sourcing methods for land and property information, Land Use Policy 36 (2014), 219–230, 2014.

<sup>10</sup> Kaufmann, J., ve Steudler, D., Cadastre 2014 – A Vision for a Future Cadastral System, FIG Publication, 1998.

boyutlu konumsal veri ihtiyacı vb. pek çok konularda Türkiye'deki yerleşik uygulamalar zaman zaman eleştiri konusu olmuştur<sup>11</sup>. Bu çalışma ile ülkemizdeki mevcut kat mülkiyeti kavramı, buna yönelik uygulamalar, mevcut sorunlar ve çözüm yaklaşımları ele alınacaktır. Bunun için konuya yönelik temel kavramlar açıklandıktan sonra yapılan araştırma sonuçları sunulacaktır.

## 2.TEMEL KAVRAMLAR

Türk Medeni Kanunu m. 998 hükmü, tapu siciline taşınmaz olarak; arazi, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin kaydını öngörmektedir. Uygulamada üçüncü boyuttaki haklar ise yasal olarak irtifak hakkı veya kat irtifakı şeklinde tesis edilmektedir<sup>12</sup>.

Kavramsal açıdan bakıldığında kat mülkiyeti, tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümlerinin (BB) üzerinde kurulan müstakil bir mülkiyet hakkıdır<sup>13</sup>. Kat mülkiyeti sadece tamamlanmış, bir başka deyişle Yapı Kullanma İzin Belgesi (YKİB) alınmış yapılarda tesis edilmektedir. Bir diğer önemli kavram ise Kat İrtifakı kavramıdır. KMK'ya göre bir arsa üzerinde, ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak bir veya birden fazla yapının BB'leri hakkında, arsa malik/maliklerinin rızası alınarak irtifak hakkı da tesis edilebilmektedir. Bu hakka Kat İrtifakı, sahip olanlara ise Kat İrtifakı Sahibi denilmektedir. KMK'ya göre kat irtifakı sahibi Tapu Müdürlüğü'nden sahip olduğu bu hakkı, koşulları yerine getirmesi durumunda, kat mülkiyetine çevrilmesini talep edebilmektedir. Kat mülkiyeti/irtifakı, bu mülkiyete konu olan ana gayrimenkulün bağımsız bölümlerinden her birinin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile orantılı olarak hesaplanan arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulmaktadır.

KMK konu ile ilgili diğer temel kavramlara şu şekilde açıklık getirmiştir: Kat mülkiyetine konu olan gayrimenkulün bütününe *ana gayrimenkul*; yalnız esas yapı kısmına *ana yapı*; ana gayrimenkulün ayrı ayrı kullanılmaya elverişli bağımsız mülkiyete konu olan bölümleri *bağımsız bölüm* olarak adlandırılmaktadır. BB üzerinde kurulan mülkiyet hakkına *kat mülkiyeti*; bu hakka sahip olanlara *kat maliki*; ana gayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortak kullanma veya faydalanmaya yarayan yerlerine *ortak yerler*; kat maliklerinin ortak malik sıfatı ile paydaşı buldukları bu yerler

---

<sup>11</sup> Alkan M., ve Polat Z.A., Design and development of LADM-based infrastructure for Turkey, Survey Review, DOI: 10.1080/00396265.2016.1180777, 2016.

<sup>12</sup> Döner, F. ve Bıyık C., Üç Boyutlu Kadastro, Hkm - Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi, 97, 53-56 2007.

<sup>13</sup> Eren, F., Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

üzerindeki faydalanma haklarına *kullanma hakkı*; arsanın bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet paylarına ise *arsa payı* denmektedir<sup>14</sup>. Kat mülkiyetinin başkasına devredilmesi veya miras yoluyla geçmesi halinde, ona bağlı olan arsa payının da birlikte geçeceği, arsa payı kat mülkiyetinden veya kat irtifakından ayrı olarak devredilemeyeceği, miras yoluyla da geçemeyeceği ve başka bir hakla kayıtlanamayacağı KMK m. 5 hükmünce belirtilmiştir.

Yapı içerisinde temeller ve ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan giriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lavabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırılık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve havagazı saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar, her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, havagazı ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler sıcak ve soğuk hava tesisleri, çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri *ortak yer (ortak alan)* sayılmaktadır. Bunların dışında kalıp da, yine ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler de (*ortak yer*) konusuna girmektedir. KMK m. 16, kat malikleri anagayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olduklarını ifade etmektedir.

Yapının yapılması için belediye veya valiliklerden düzenlenerek verilen belge *Yapı Ruhsatı*; yapı tamamen bitirildiği takdirde tamamının, kısmen bitirildiği takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için belediye/valiliklerce verilen belgeye *Yapı Kullanma İzin Belgesi* denmektedir. Toplu yapılarda; yapıların konumları, ortak nitelikteki yerler ve tesisler, bunların kullanılış amaç ve şekilleri, toplu yapı kapsamındaki parsel veya parsellerin tamamını kapsayacak şekilde, bir bütün olarak ilgili makamlarca onaylanmış imar plânı hükümlerine uygun olarak hazırlanmış *vaziyet plânında ve projelerde (mimari)* belirtilir. *Yönetim planı*; yönetim tarzını, kullanma maksat ve şeklini, yönetici ve denetçilerin alacakları ücreti ve yönetime ait diğer hususları düzenler. Yönetim planı, bütün kat maliklerini bağlayan bir sözleşme hükmündedir<sup>15</sup>.

*Bağımsız bölüm plânı (BBP)*; kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmasına esas teşkil eden taşınmaz üzerine inşa edilecek yapı ve eklentilerin, bağımsız bölümlerin konumlarını ve numaralarını ruhsatına, projelerine, vaziyet

---

<sup>14</sup> Resmi Gazete, Kat Mülkiyeti Kanunu, Başbakanlık Basımevi 12038, 4133-4177, 1965,

<sup>15</sup> Resmi Gazete, Kat Mülkiyeti Kanunu, Başbakanlık Basımevi 12038, 4133-4177, 1965.

plânındaki ölçülerine ve teknik yöntemine uygun olarak sayısal ve çizgisel şekilde gösteren plân ve projeyi, ifade etmektedir. *Vaziyet plânı (VP)*; parsellerde inşa edilecek yapıların ve eklentilerinin, teknik alt yapıların, yapı ruhsatına esas projeleri ile yerleşim plânındaki ölçülerine göre, kontrol noktalarına dayalı biçimde, teknik mevzuata uygun olarak sayısal ve çizgisel şekilde düzenlenen, kat irtifakına veya kat mülkiyetine esas konumlarını gösteren harita ve plânı, ifade etmektedir. *Liste*; kat mülkiyetine konu olan ana yapı veya ana gayrimenkuldeki tüm BB'lerin 1'den başlayarak numaralandırıldığı, niteliğinin, alanının, değerinin, arsa payının, malik bilgisi ve hisse durumu bilgilerinin yazıldığı, malik ve proje müellifi mimar tarafından imzalanan ve ilgili Belediye/Valilik tarafından onaylan belgedir<sup>16</sup>.

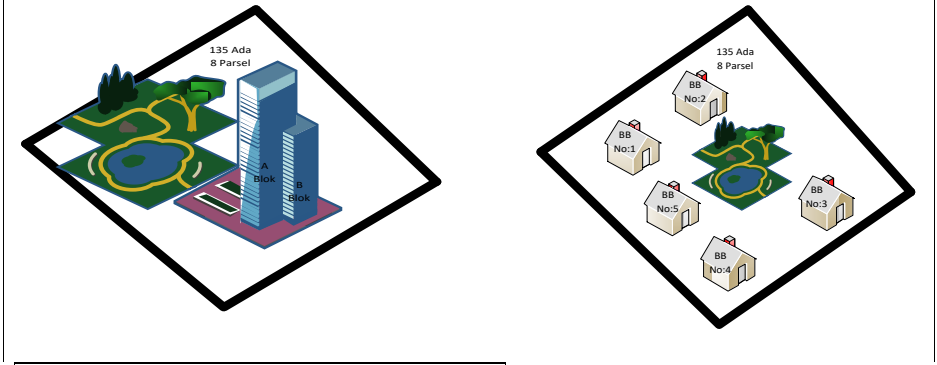
Kat mülkiyeti/irtifakı ana gayrimenkul üzerinde teknik olarak iki şekilde tesis edilmektedir (Şekil 1). Aynı parsel üzerinde birden çok müstakil yapılar söz konusu ise bu yapılar üzerinde kurulacak mülkiyet yatay kat mülkiyeti olarak adlandırılmaktadır. Tek bir yapı içerisinde birden çok kat ve BB bulunması durumunda oluşacak mülkiyet şekli dikey veya düşey kat mülkiyeti olarak adlandırılmaktadır. Kuşkusuz her iki mülkiyet şeklinin bir arada gerçekleştirildiği uygulamalar oldukça yaygındır. Aynı parsel üzerinde birden fazla, çok katlı ve bağımsız bölümlü blokların bulunduğu uygulamalar bu duruma örnek olarak verilebilir<sup>17</sup>.

KMK'ya göre bir taşınmazda yatay veya dikey kat mülkiyeti tesisi için gereken belgeler; mimari proje, liste, yönetim plânı, vaziyet plânı ve bağımsız bölüm plânıdır. Kat mülkiyetinin kurulması süreci Şekil 2'de sunulan iş akışına göre yapılmaktadır. Kat mülkiyetine geçecek olan taşınmazın kültür varlığı olması, 17 Ocak 1957'den önce inşa edilmesi veya 634 sayılı yasadan önce üzerinde hava hakkı tesis edilmiş olması bu süreci değiştirmemektedir.

---

<sup>16</sup> Resmi Gazete, Tapu Planları Tüzüğü, Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi : 28/7/2008, No:2008/14001 Dayandığı Kanunun Tarihi : 22/11/2001, No : 4721 Yayımlandığı R. Gazetenin Tarihi : 27/8/2008, No : 26980 Yayımlandığı Düsturun Tertibi : 5, Cildi : 47, 2008.

<sup>17</sup> [http://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/K6TH\\_c8dba7d0df1c4a7\\_ek.pdf](http://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/K6TH_c8dba7d0df1c4a7_ek.pdf), Köprülü B. Taşınmaz Mülkiyetinin Yatay ve Düşey Sınırlandırılmasına İlişkin Başlıca Hukukî Sorunlar, 10.09.2014.



LİSTE									
Blok No	Kat No	BB No	Niteliği	Alan (m2)	*Değeri (TL)	Arsa payı	Malik	Hisse	
A	1	1							
A	1	...							
A	2								
A	...								
A									
B									
...									
n	n	n	...	...	...	...	...	...	...

$\sum \text{Değer (TL)}$   $\sum \text{Arsa Payı} = 1$   
Herhangi bir BB'in Arsa Payı= Değer (TL)/ $\sum \text{Değer (TL)}$

LİSTE						
BB No	Niteliği	Alan (m2)	*Değeri (TL)	Arsa payı	Malik	Hisse
1						
2						
...						
n	...	...	...	...	...	...

$\sum \text{Değer (TL)}$   $\sum \text{Arsa Payı} = 1$

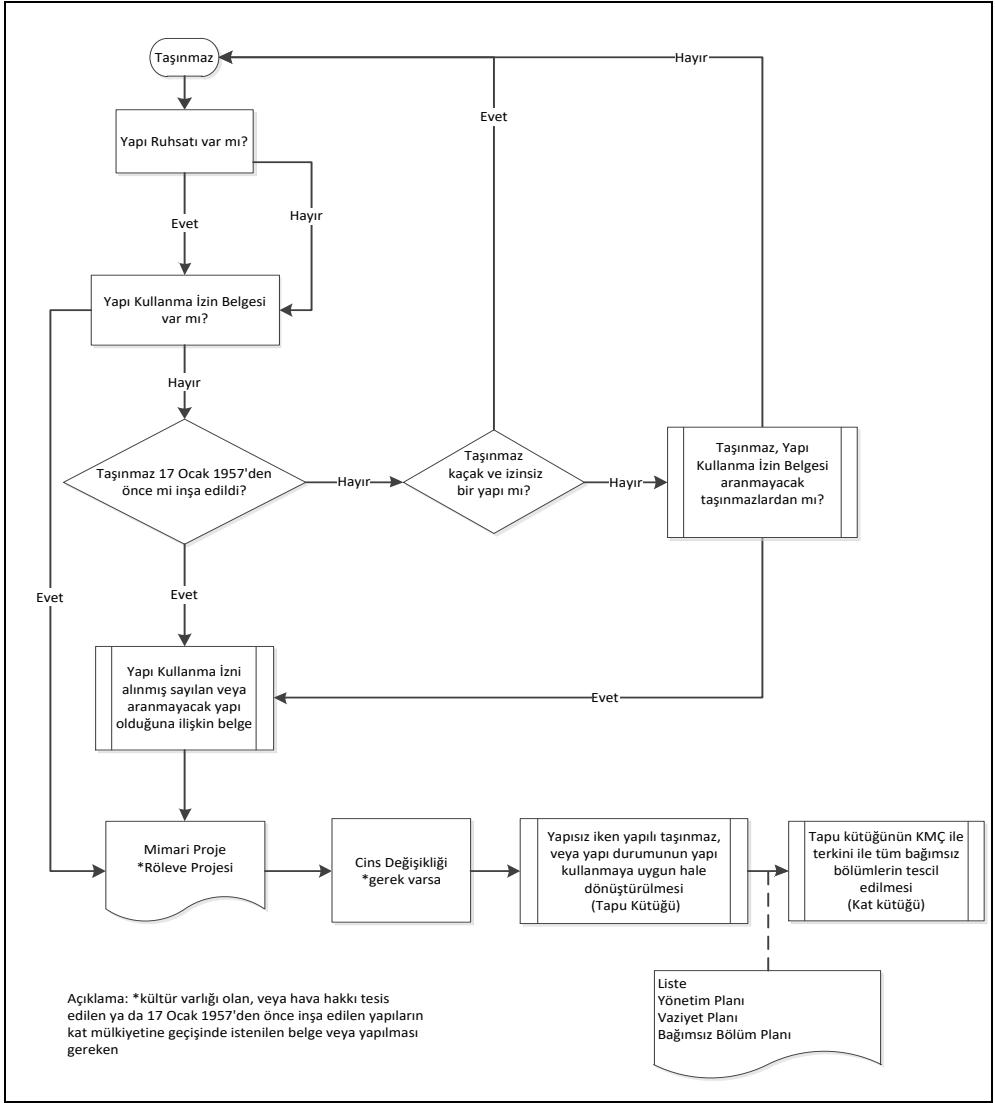
Herhangi bir BB'in Arsa Payı= Değer (TL)/ $\sum \text{Değer (TL)}$

Dikey (düşey) kat mülkiyeti

Yatay kat mülkiyeti

Şekil 1. Yatay ve dikey(düşey) KM kavramlarının somutlaştırılması<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Çoruhlu Y.E., Demir O., Yıldız O., 3B Kadastro Nesnesi: Hava Hakkı ve Kat Mülkiyetine Yönelik Gelişim Süreci Analizi, Ankara Barosu Dergisi,73,3,397-419, 2015.



Şekil 2. Kat mülkiyeti tesisi süreci<sup>19</sup>

### 3.YÖNTEM

Türkiye’de 634 sayılı KMK kapsamında yapılan uygulamalarda yaşanan sorunları, eksik yönleri ve geleceğe dair öngörülerini tespit edebilmek amacıyla konu ile doğrudan ilişkili taraflara yönelik bir çalışma yapılması gerekliliği görülmüştür. Bunun için araştırmada, özel durum yöntemi kullanılmıştır.

<sup>19</sup> Çoruhlu Y.E., Demir O., Yıldız O., 2015a, 3B Kadastro Nesnesi: Hava Hakkı ve Kat Mülkiyetine Yönelik Gelişim Süreci Analizi, Ankara Barosu Dergisi,73,3,397-419, 2015.

Bu yöntem literatürde örnek olay veya vaka çalışmaları gibi farklı şekillerde adlandırılmaktadır. Özel durum yöntemi, bir olayı derinlemesine incelemeye imkân sağlayan bir yöntemdir<sup>20,21</sup>. Bu yöntem bir durumun özelliği ve kompleksliği üzerine odaklanarak örneklem grubu ile olay ya da vakanın derinlemesine incelenmesine imkân sağlamaktadır. Kullanılan bu yöntemin kısa zamanda derinlemesine bilgi elde etmede araştırmacılara katkıda bulunacağı vurgulanmaktadır. Bu yöntem anket, mülakat ve gözlem gibi nicel ve nitel farklı veri toplama araçlarının bir arada kullanılmasına imkân sağlamaktadır<sup>22,23,24</sup>. Verilerin farklı veri toplama araçları tarafından desteklenmesi araştırmanın geçerliliğine katkıda bulunmaktadır. Bu sebeple çalışmada; kat mülkiyetine yönelik olarak mevcut durum ile ilgili; Belediye Başkanlığı, Tapu Müdürlüğü, Kadastro Müdürlüğü ve Özel Sektörde çalışan bireylerin sahip oldukları görüş ve düşüncelerinin ayrıntılı incelenmesi amaçlandığından özel durum yönteminin kullanılmasına karar verilmiştir. Çalışmanın örneklem grubunu Trabzon, Rize ve Bursa illerinde yukarıda belirtilen kamu ve özel sektörde çalışmakta olan teknik personeller oluşturmaktadır. Örneklem grubunu oluşturan meslek grupları; harita mühendisi, mimar, inşaat mühendisi, şehir plancısı, tekniker ve yöneticilerden meydana gelmektedir. Çalışmada özel durum yöntemi kapsamında farklı veri toplama tekniklerinden faydalanılmıştır. Bunun için anket ve örnek uygulama verilerinden faydalanılmıştır. Çalışmada kullanılan veri toplama araçları ile ilgili detaylar Tablo 1'de sunulmuştur.

**Tablo 1.** Veri Toplama Araçları ve Uygulanan Örneklem Grubu ve Örneklem Sayısı

Veri toplama aracı	Veri toplama amacı	Uygulanan örneklem gurubu	Uygulanan örneklem sayısı
Anket	Kat Mülkiyeti İle ilgili mevcut durum analizi ile sorunlar ve çözüm yaklaşımlarının tespiti	Mühendis	52
		Tekniker	33
		Teknisyen	13
		Memur	21
		Diğer	42
Örnek Uygulamalar		Kat İrtifakı/Mülkiyeti	10

<sup>20</sup> Denscombe, M., The Good Research Guide for Small-Scale Social Research, Projects, Open University Press, Buckingham, 1998.

<sup>21</sup> Wellington, J., Educational Research, Contemporary Issues and Practical Approaches. Continuum, London, 2000.

<sup>22</sup> Cohen, L. ve Manion, L., Research Methods in Education (Fourth Edition), Rutledge, Newyork, 1994.

<sup>23</sup> Stake, R. The art of case study research (pp. 49-68). Thousand Oaks, CA: Sage, 1995.

<sup>24</sup> Çepni, S., Araştırma ve Proje Çalışmalarına Giriş, Beşinci Baskı, Trabzon, 2010.



Anketler kısa zamanda çok fazla kişiye ulaşmak ve bilgi toplamak amacıyla kullanılan bir veri toplama yoludur<sup>21;23</sup>. Anketler yazılı sorular listesinden oluşur ve araştırma hakkında insanlara direkt bilgi sorarak araştırılan konu hakkında bilgi toplamayı içerir. Bu veri toplama araçları ile birlikte kısa zamanda çok fazla kişiye ulaşılarak mevcut durumun ortaya çıkarılması sağlanabilir<sup>23</sup>. Anket verileri posta, telefon, yüz yüze görüşme, karma ve internet olmak üzere 5 şekilde toplanabilmektedir<sup>25</sup>. Çalışmada hedef kitleye uygulanacak anketin yüz yüze yapılmasının daha etkin olacağı düşünülmüştür<sup>26;27;28;29</sup>. Diğer bir veri toplama aracı olan, örnek uygulamaların incelenmesi aşamasında KTÜ’ de görev yapan ve bu konuda çok farklı çalışmalar yürüten uzman nitelikli öğretim üyelerinin katılımı ve anket sonuçlarının karşılaştırılması ile Anketin kapsam geçerliliği KTÜ öğretim üyeleri ile sağlanmıştır. Anket formunun geliştirilmesi ve bu öğretim üyelerine okutulması akabinde, anketin amacı ve soruların anlaşılabilirliği adına alınan geri dönüşler sayesinde anketin kapsam geçerliliği sağlanmıştır. Örnek uygulamaların çalışmanın içinde verilmesi çalışmayı gereğinden fazla uzatacağından bu verilere yer verilmesi uygun görülmemiştir. Zira örnek uygulamalardan elde edilen sonuçlar zaten aşağıda sunulan anket sonuçları ile yorumlanarak sonuç ve öneriler bölümünde verilmiştir.

#### 4.BULGULAR

Anketi cevaplayan kişiler “Örneklem Grubu” olarak adlandırılmıştır. Anket çalışmasına örneklem grubunun profilinin çıkarılması ile başlanmıştır. Bunun için örneklem grubuna çalıştığı kurum, unvan, cinsiyet, yaş, mesleki deneyim ve eğitim durumu gibi sorular yöneltilmiştir. Elde edilen sonuçlar Tablo 2’de sunulmuştur.

Tablo 2’den ankete toplam 161 kişinin katkı verdiği anlaşılmaktadır. Belediye, tapu, kadastro ve özel sektör arasında göreceli olarak eşit sayıda deneğin ankete katkı verdiği ve bu örneklem grubunun önemli bir kısmının 10 yıldan daha fazla mesleki deneyime sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ankette örneklem grubuna sorulan sorular ve elde edilen sonuçlar aşağıda maddeler halinde sunulmuştur:

---

<sup>25</sup> <http://www.egitim.aku.edu.tr/anket.ppt>. 15.04.2012

<sup>26</sup> URL-5, <http://www.kaliteofisi.com>. 15.04.2012

<sup>27</sup> URL-6, <http://www.psikometri.com>. 15.04.2012

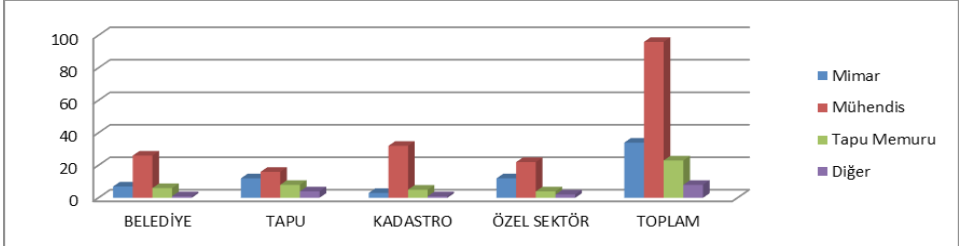
<sup>28</sup> Baş, T., Anket (1.Baskı); Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.

<sup>29</sup> Sekaran, U., Research Methods For Business (Third Edition) Carbonadale; Southern illinois University, 1999.

Tablo 2. Örneklem grubunun profili

		ÖRNEKLEM GRUBU SAYISI				
		BELEDİYE	TAPU	KADASTRO	ÖZEL SEKTÖR	TOPLAM
Unvan	Mühendis	30	6	16	0	52
	Tekniker	6	10	17	0	33
	Teknisyen	3	5	5	0	13
	Memur	1	17	3	0	21
	Diğer	0	2	0	40	42
Cinsiyet	Bay	23	30	34	36	123
	Bayan	17	10	6	5	38
Yaş	18-25	1	2	1	2	6
	26-32	10	13	11	7	41
	33-40	15	13	16	17	61
	41-48	11	6	10	12	39
	49-56	2	6	3	2	13
	57 ve üzeri	1	0	0	0	1
Mesleki Deneyim	0-5 yıl	6	10	3	3	22
	6-10 yıl	11	12	16	16	55
	11-15 yıl	13	8	11	12	44
	16-20 yıl	4	6	7	6	23
	21-25 yıl	5	2	1	2	10
	26 ve üzeri	1	2	3	1	7
Eğitim	Önlisans	11	22	22	25	80
	Lisans	27	18	18	14	77
	Yüksek lisans	2	0	1	1	4

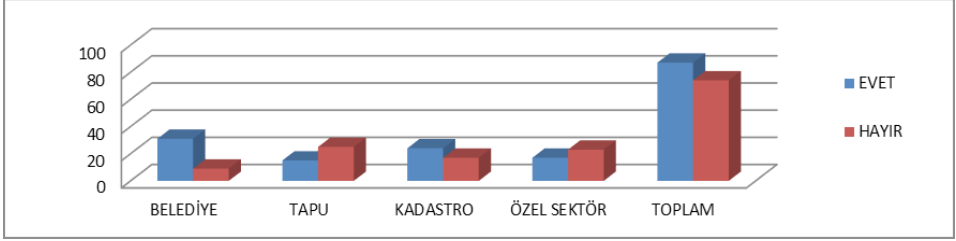
“Kat Mülkiyeti/İrtifakı (KM) kurulma sürecinde gerekli bilgi ve belgelerin oluşturulmasında yetkili meslek disiplini sizce kim olmalıdır?”



Şekil 3. KM sürecinde yetkili meslek disiplini

Şekil 3'ten de görüleceği üzere, örneklem grubunun önemli bölümü KM'nin kurulmasında yetkili meslek disiplininin Mühendis grubunun olması gerektiğine işaret etmiştir.

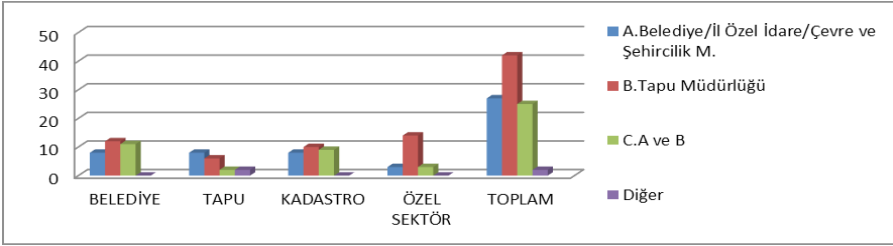
*“KM tesisinde düzenlenen ‘Liste’de sunulan verilerin doğruluğundan sorumlu bir kurum var mıdır?”*



Şekil 4. KM’de ‘Liste’den sorumlu kurum araştırması

Örneklem grubunun bu soruya verdiği cevapların toplamda %54’ü “evet”, %46’sı ise “hayır” şeklindedir.

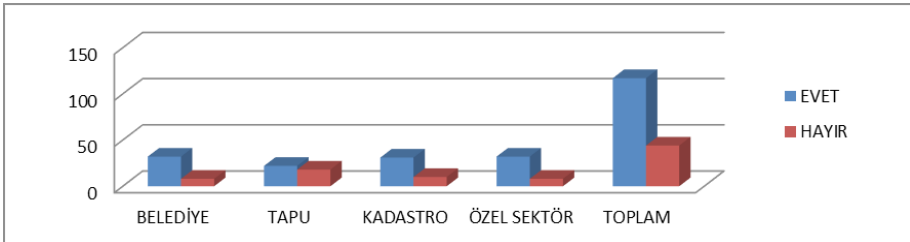
*“Yukarıdaki soruya cevabınız evet ise aşağıdaki kurumlardan hangisi sizce sorumludur?”*



Şekil 5. Liste’den sorumlu kurum tespiti

Örneklem grubunun bu soruya verdiği cevapların %17’si Belediye/İl Özel İdare/Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü, %26’sı “Tapu Müdürlüğü”, %16’sı “Her ikisi Birden”, %1’i ise “Diğer” seçeneğinden oluşmaktadır.

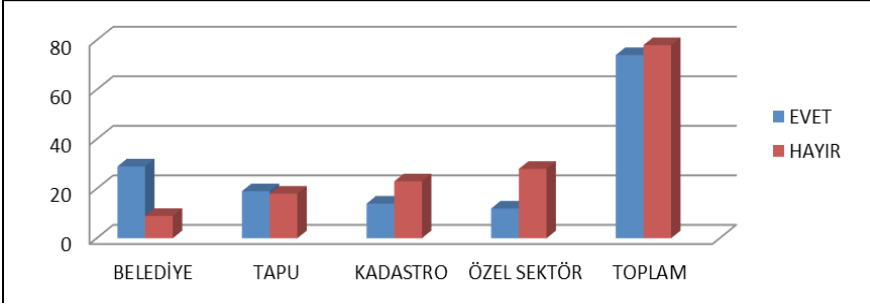
*“Listenin oluşturulmasında BB’lerin değerleri SPK lisanslı değerlendirme uzmanları tarafından belirlenmeli midir?”*



Şekil 6. BB’lerin değerlerinin tespitinde değerlendirme uzmanlarının rolü

Örneklem grubu bu soruya toplamda %73’ü “evet”, %27’si ise “hayır” şeklinde cevap vermiştir.

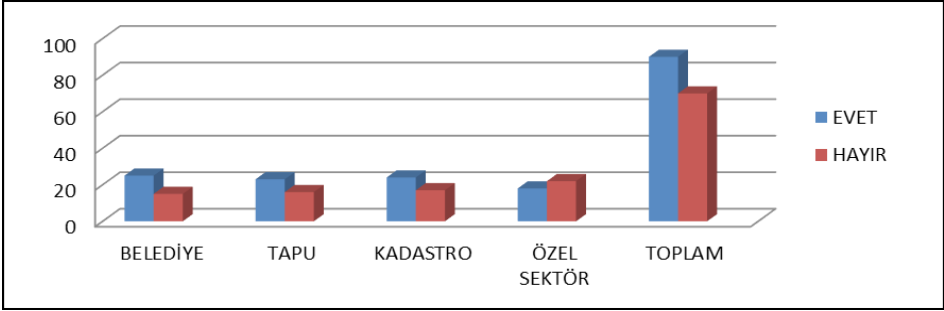
*“BB’lerin numaralandırılmasında yazılı bir standart var mıdır?”*



Şekil 7. Bağımsız bölümlerin numaralandırmasında standart varlığı

Örneklem grubunun bu soruya verdiği cevapların toplamda %46’sı “evet”, %48’i ise “hayır” şeklindedir.

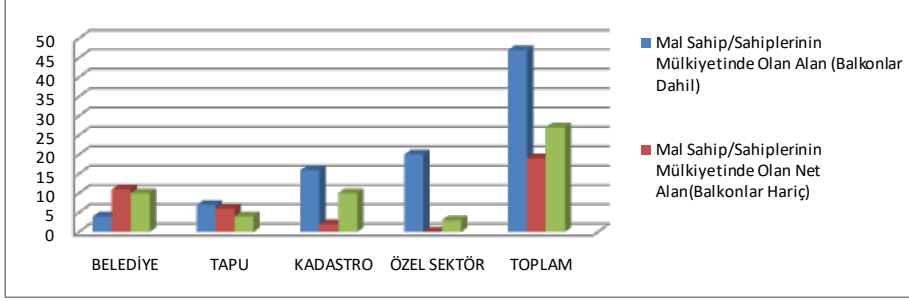
*“Listenin hazırlanma aşamasında BB’lerin YKİB’lerinde belirtilen alanlar dikkate alınıyor mu?”*



Şekil 8. Yapı kullanma izinlerinde belirtilen alanların dikkate alınma durumu

Örneklem grubu toplamda bu soruya %56’sı “evet”, %43’ü ise “hayır” şeklinde cevap vermiştir.

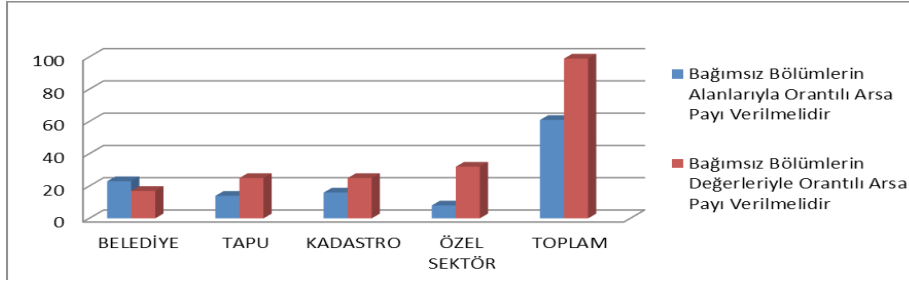
*“Yukarıdaki soruya cevabınız hayır ise aşağıdakilerden hangisi, sizce BB alanı olarak dikkate alınmalıdır?”*



Şekil 9. Bağımsız Bölüm yüzölçümü tespitinde dikkate alınması gereken kriter

Örnekleme grubunun bu soruya verdiği cevapların %27'si "mal sahiplerinin mülkiyetinde olan alan (balkonlar dahil)", %11'i "mal sahiplerinin mülkiyetinde olan net alan (balkonlar hariç)", %16'sı "mal sahiplerinin mülkiyetinde olan alan ve bu kişilerin hissesine BB'nin olduğu kattan düşen ortak alan miktarı" şeklindedir.

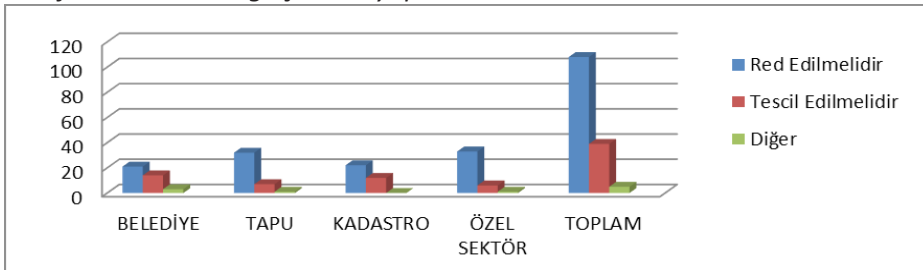
"BB'lerin arsa payları verilirken sizce nelere dikkat edilmelidir?"



Şekil 10. Bağımsız Bölümlerin arsa payları nasıl verilmeli

Örnekleme grubunun %38'i bu soruya "Bağımsız Bölümlerin Alanlarıyla Orantılı Arsa Payı Verilmelidir" şeklinde, %61'i ise "Bağımsız Bölümlerin Değerleriyle Orantılı Arsa Payı Verilmelidir" şeklinde cevap vermiştir.

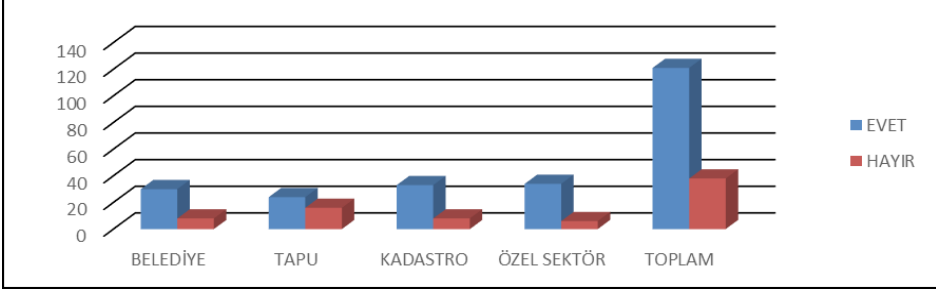
"Kat Mülkiyetinin tapuda tescil aşamasında arsa payı oranlarının BB'lerin değerlerine göre düzenlenmediği tespit edilmesi durumunda tapu müdürlüğü tarafından sizce hangi işlemler yapılmalıdır?"



Şekil 11. KM Listesinin BB piyasa değerine göre düzenlenmediğinde yapılması gereken

Örneklem grubunun bu soruya verdiği cevapların %67'si "Ret Edilmelidir", %24'ü "Tescil Edilmelidir", %3'ü ise "Diğer" seçenekleri tercih etmiştir.

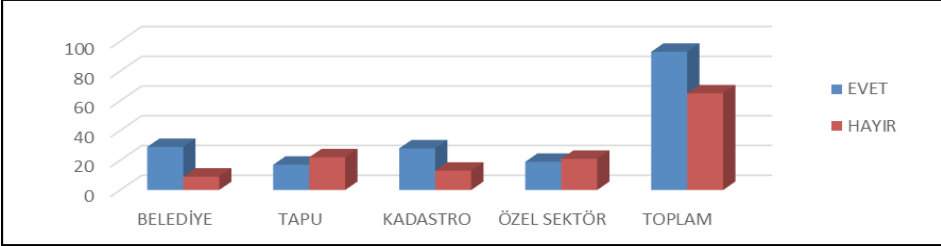
*"BBP ve VP kadastro onayından geçmelimidir?"*



**Şekil 12.** Bağımsız Bölüm planı ve vaziyet planı kadastro onayı durumu

Örneklem grubu bu soruya toplamda %75'i "evet" , %24'ü ise "hayır" şeklinde cevap vermiştir.

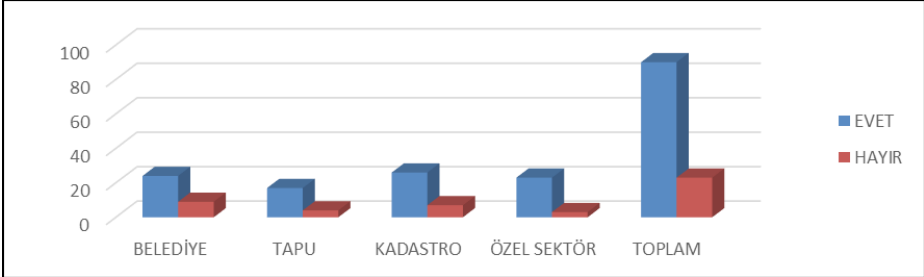
*"KM tesis edilirken taşınmaz üzerinde birden fazla yapı bulunması durumunda blokların (A,B,C,D) şeklinde numaralandırılmasına karşın, aynı blokların MAKS sisteminde rakamlarla numaralandırılması uygulamada sizce sorun yaratıyor mu?"*



**Şekil 13.** Blokların numaralandırılmasında standart yetersizliği

Verilen cevapların %58 'i "EVET" , %40'ı ise "HAYIR" şeklindedir.

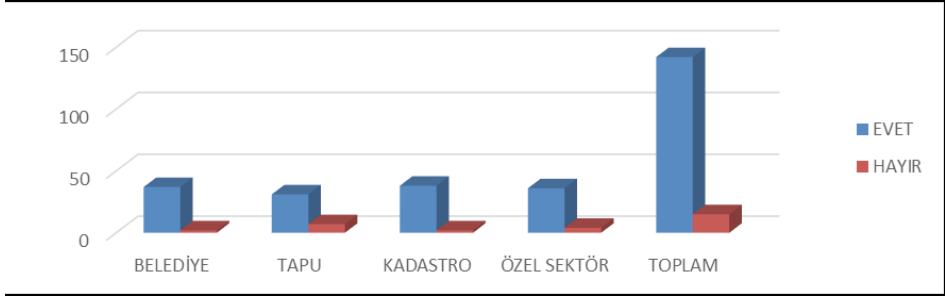
*"Yukarıdaki soruya cevabınız evet ise MAKS sistemindeki numarataj verileri tapu sicil sisteminde ada,parsel,bağımsız bölüm verileri ile bütünleşik düşünülür mü?"*



**Şekil 14.** MAKS sistem numarataj verileri tapu sicil sisteminde ada,parsel,bağımsız bölüm bütünleşik düşünülme durumu

Toplamda bu soruya verilen cevapların %56'sı "evet" , %14'ü ise "hayır" şeklindedir.

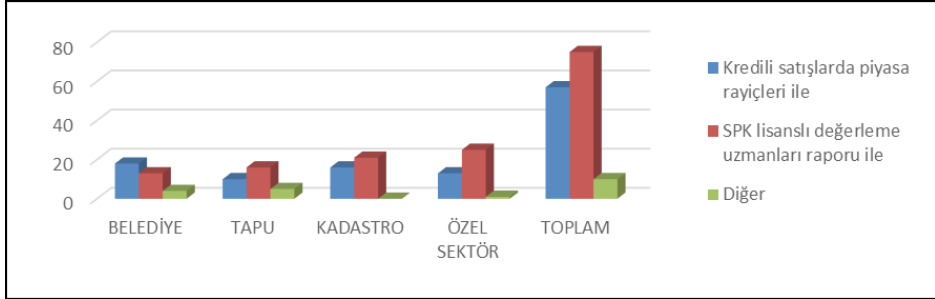
*"KM'ye konu taşınmazlardan elde edilen emlak vergisi sizce olması gereken bedelin (rayiç,piyasa) altında mıdır?"*



Şekil 15: Emlak vergisinde olması gereken durumun irdelenmesi

Toplamda bu soruya verilen cevapların %88'i "evet" , %10'u ise "hayır" şeklindedir.

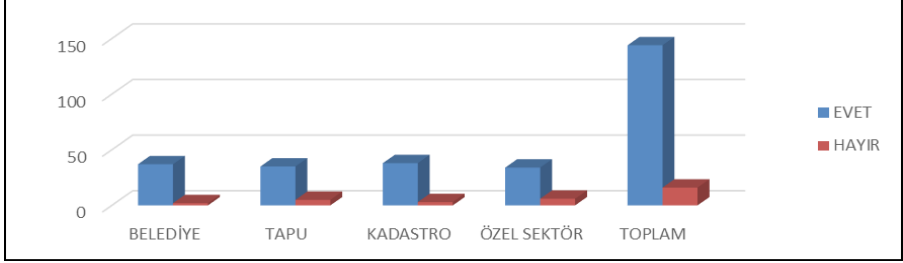
*"Yukarıdaki soruya cevabın evet verilmesi durumunda, hangi yöntemle değerler üzerinden kat mülkiyeti tesis edilecek taşınmazlarda vergilendirme yapılmalıdır?"*



Şekil 16. Kat mülkiyetinde tesis edilecek taşınmazlarda vergilendirmenin hangi yöntemle yapılması düşünüldüğü durumu

Toplamda bu soruya verilen cevapların %35 'i "Kredili satışlarda piyasa rayiçleri ile", %47 'si "Kredili satış olmadığı durumlarda SPK lisanslı değerlendirme uzmanları raporu ile", %6'sı ise "Diğer" şeklindedir.

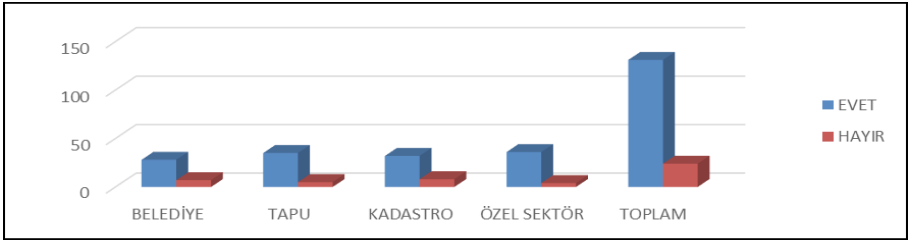
*“Kat mülkiyetine esas bir BB için emlak beyan değeri üzerinden işlem yapılması vergi kaybına sebep olmaktadır. Sizce doğru mudur?”*



**Şekil 17:** Kat mülkiyetine esas bir bağımsız bölüm için emlak beyan değeri üzerinden işlem yapılması vergi kaybına sebep olma durumu

Toplamda bu soruya verilen cevapların %89'u "evet", %10'u ise "hayır" şeklindedir.

*“KM’ye konu bir BB eğer kredi ile satın alınacaksa; vergi, kredide değerlendirme uzmanı tarafından belirlenen taşınmaz değerinden alınmalıdır fikri sizce doğru mudur?”*

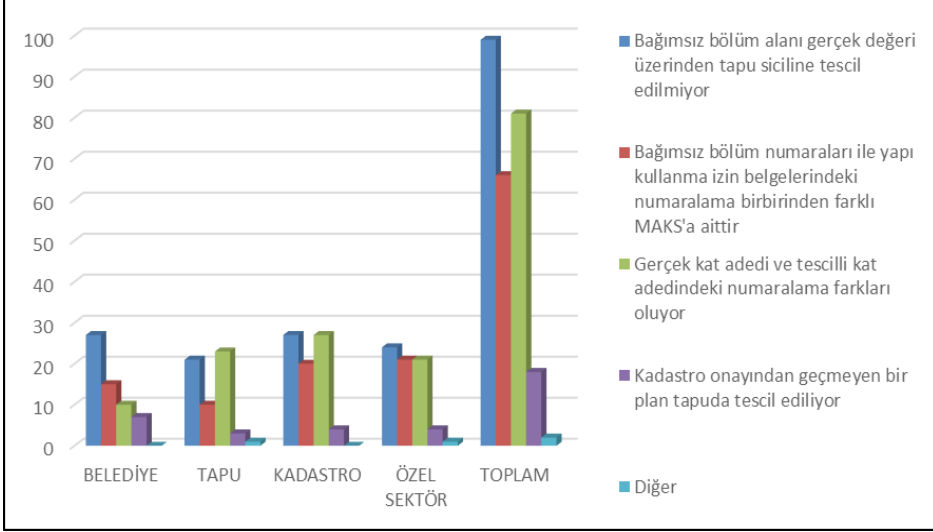


**Şekil 18.** BB’lerin kredi ile satın alınması durumunda; verginin, kredide değerlendirme uzmanı tarafından belirlenen değeri üzerinden alınma durumu

Toplamda bu soruya verilen cevapların %81'i "evet" , %15'i ise "hayır" şeklindedir.



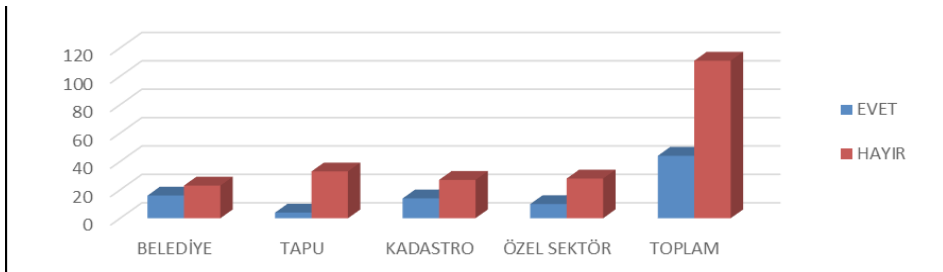
*“KM sistemimiz tescil edilen bilgiler açısından hangi eksiklikleri barındırıyor?”*



**Şekil 19.** KM sistemimiz tescil edilen bilgiler açısından barındırdığı eksiklikler grafiği

Toplamda bu soruya verilen cevapların %35'i “BB alanı gerçek değeri üzerinden tapu siciline tescil edilmiyor”, %23’ü “BB numaraları ile yapı kullanma izin belgelerindeki numaralama birbirinden farklı oluyor”, %29’u “Gerçek kat adedi ve tescilli kat adedindeki numaralama farkları oluyor”, %6’lık kısmı “Kadastro onayından geçmeyen bir plan tapuda tescil ediliyor”, %1’lik kısmı ise “Diğer” şeklindedir.

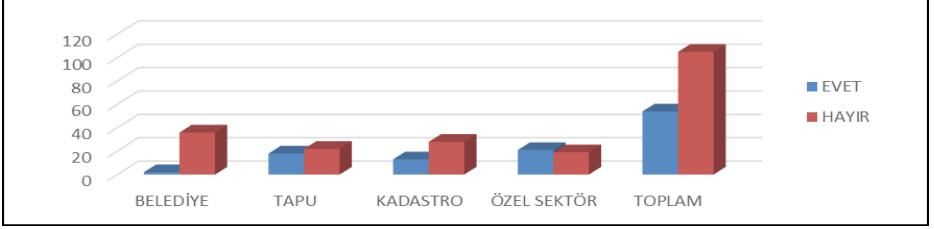
*“BBP, VP ve mimari proje gibi düşey kadastro ürünlerine ait sayısal koordinatlar, yapı tamamlandıktan sonra 3 Boyutlu (X,Y,Z) olarak arşivleniyor mu?”*



**Şekil 20.** BBP, VP vb. düşey kadastro ürünleri sayısal koordinatları arşivlenme grafiği

Toplamda bu soruya verilen cevapların %28’i “evet”, %68’i ise “hayır” şeklindedir.

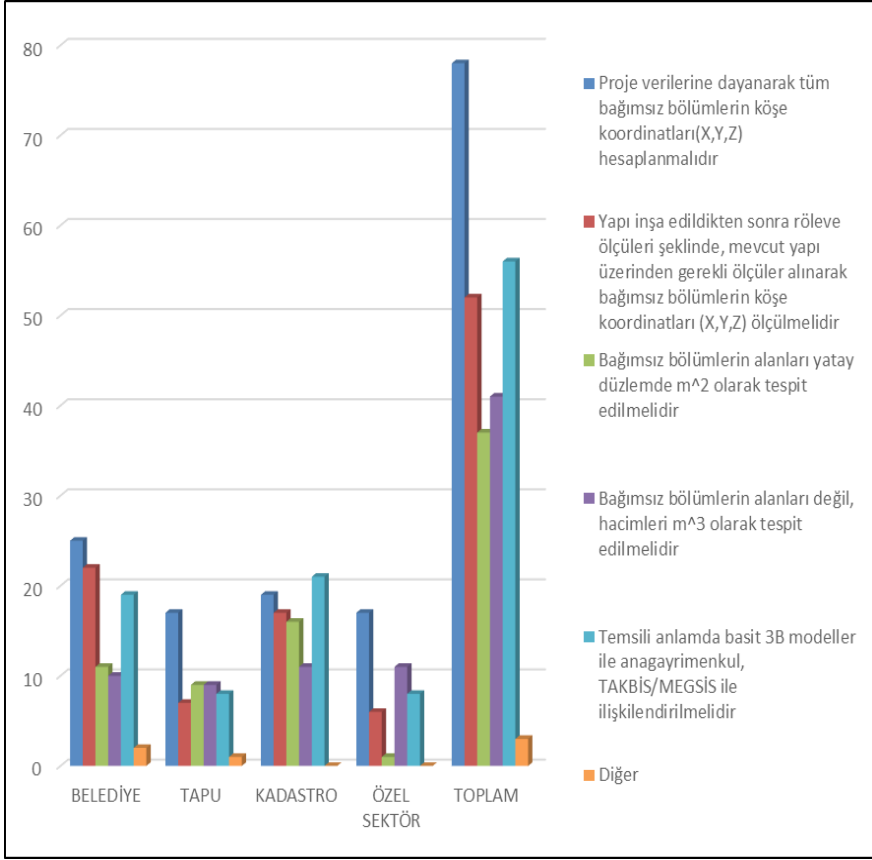
*“Düşey pafta olarak adlandırılan KM’ye esas mimari proje bir mimar tarafından çizilmekte ve Tapu Müdürlüğü bu projeye dayanarak tescil işini gerçekleştirmektedir. Geleceğin kadastral sistemleri için bu yaklaşım yeterli midir?”*



**Şekil 21.** Geleceğin kadastral sistemleri için yaklaşımların yeterlilik grafiği

Toplamda bu soruya verilen cevapların %34’ü “evet”, %65’i ise “hayır” şeklindedir.

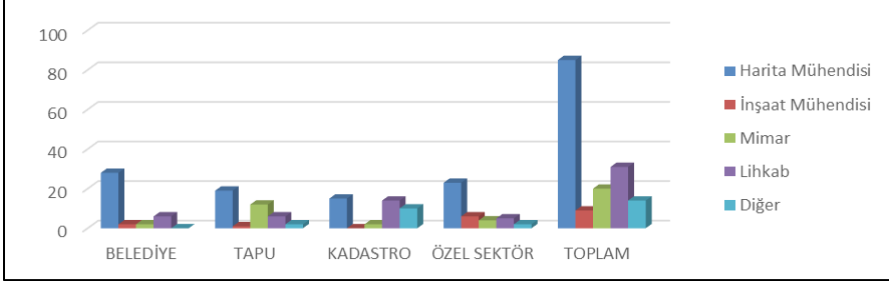
*“Düşey pafta olarak adlandırılan KM’ye esas mimari proje bir mimar tarafından çizilmekte ve Tapu Müdürlüğü bu projeye dayanarak tescil işini gerçekleştirmektedir. Geleceğin kadastral sistemleri için bu yaklaşım yeterli olmadığı durumlarda sizce neler yapılmalıdır?”*



Şekil 22. Geleceğin kadastral sistemleri için yaklaşımların yeterli olmadığı durumdaki yaklaşımın grafiği

Toplamda bu soruya verilen cevapların %25'i "Proje verilerine dayanarak tüm BB'lerin köşe koordinatları(X,Y,Z) hesaplanmalıdır"; %16'sı "Yapı inşa edildikten sonra röleve ölçüleri şeklinde, mevcut yapı üzerinden gerekli ölçüler alınarak BB'lerin köşe koordinatları (X,Y,Z) ölçülmelidir"; %12'si "BB'lerin alanları yatay düzlemde m<sup>2</sup> olarak tespit edilmelidir"; %13'ü "BB'lerin alanları değil, hacimleri m<sup>3</sup> olarak tespit edilmelidir"; %18'i "Temsili anlamda basit 3B modeller ile ana gayrimenkul, TAKBİS/MEGSİS ile ilişkilendirilmelidir."; %1'lik kısım ise "Diğer" şeklindedir.

*“Sizce KM’ye esas VP ve BBP hazırlama işini Serbest Harita Mühendisleri yapmaktayken, listenin hazırlanması işini hangi kurum/kişi yapmalıdır?”*



Şekil 23. Listenin hazırlanması işini yapması gereken kurumlar

Toplamda bu soruya verilen cevapların %53’ü “Harita Mühendisi”; %6’sı “İnşaat Mühendisi”; %12’si “Mimar”; %19’u Lisanslı Harita ve Kadastro Mühendislik Büroları; %9’u ise “Diğer” şeklindedir.

## 5.TARTIŞMA

Geçmişten günümüze Türkiye’de temel kadastro çalışmaları üç aşamada gruplandırılmıştır. Bunlar yazılı (written), çizgisel (linear), sayısal (numerical) kadastro dönemleridir. Yazılı kadastro döneminde taşınmazların sınırları, plana dayalı olmaksızın, yazılı olarak (cihetlendirme suretiyle) tespit edilmiştir. 1950’li yıllardan sonra grafik metoduyla yapılan haritalama faaliyetleri ile kadastroda ölçekli ve plana dayalı kadastro paftaları üretilmeye başlanmıştır<sup>30</sup>. Bu dönemde üretilen kadastral haritalar veya planlar Medeni Kanuna göre mülkiyet haklarının teknik olarak tek temsilcisi olarak sayılmıştır. Sayısal kadastro döneminin başlangıcı ise elektronik uzaklık ölçerlerin haritalama faaliyetlerinde aktif kullanılmaya başlandığı 1980’li yıllar ve sonrası olarak kabul edilmektedir. Bu dönemde klasik çizgisel paftalar yerini sayısal (koordinatlı) paftalara bırakmıştır<sup>31,32,33</sup>. Bu dönemde taşınmazların sınırlarının iki boyutlu (2D;X,Y) sayısal koordinatlarının elde edilmesi, bu parsellerin TAKBİS, MEGSİS gibi bilgi sistemlerinde sunumunun önünü açmış, Türkiye’nin e-devlet politikalarının gerçekleşmesine önemli katkı sağlamıştır. Türkiye’de tescile konu olan taşınmazların iki boyutlu tescilinde yaşanan gelişmeye karşın üçüncü boyutta istenilen düzeye henüz ulaşamamıştır. Türkiye’de üç boyutlu (3D) kadastro uygulamalarında dönüm noktalarından biri KMK’nın yürürlüğe

<sup>30</sup> Demir O., Uzun B., Cete M., “Turkish Cadastral System”, Survey Review, vol.40, pp.54-66, 2008

<sup>31</sup> Demir O., Çoruhlu Y.E., “The Graphical Cadastre Problem in Turkey: The Case of Trabzon Province”, Sensors, vol.8, pp.5560-5575, 1999.

<sup>32</sup> Demir O., Çoruhlu Y.E., “Determining the property ownership on cadastral Works in Turkey”, Land Use Policy, vol.26, pp.112-120, 2009.

<sup>33</sup> Yıldız O., Çoruhlu Y. E., Demir O., A Visional Overview To Renovation Concept On Cadastral Works in Turkey, Sigma Journal of Engineering And Natural Sciences-Sigma Mühendislik ve Fen Bilimleri Dergisi, vol.33, pp.503-5189, 2015.

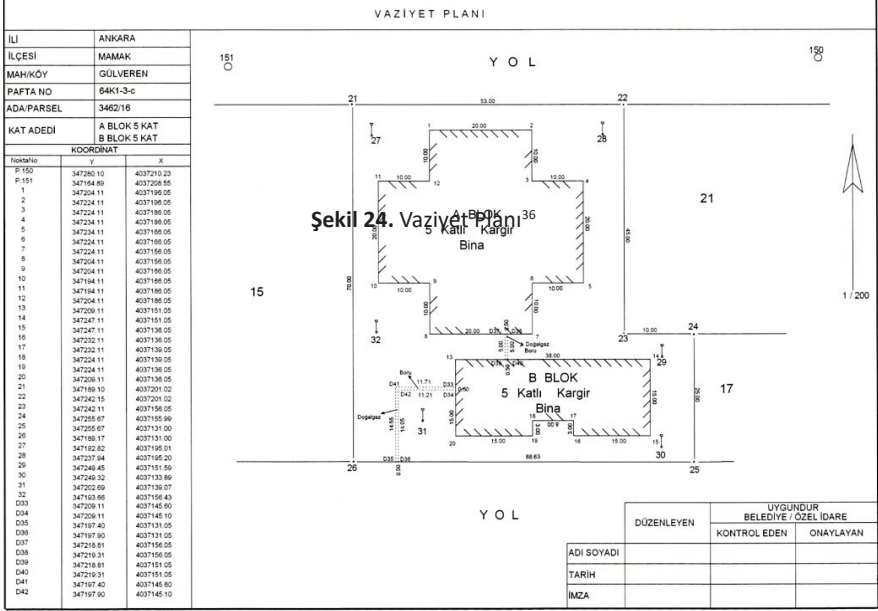
girdiği 1965 yılı sayılabilir. Bu tarihe kadar taşınmaz üzerinde düşeyde (üçüncü boyutta) kurulan haklar tapu kütüğünün beyanlar hanesinde muhdesat veya hava hakkı tesisi şeklindedir<sup>34</sup>. 1965 yılından sonra üç boyutlu tescilin gerçek anlamda uygulaması Kat Mülkiyeti Kütüğü ile gerçekleştirilmiştir. Buna göre yapılar BB'lere ayrılarak her bir BB'e numara verilmiş ve tesciller gerçekleştirilmiştir. Medeni Kanuna göre Tapu Sicili; tapu kütüğü, kat mülkiyeti kütüğü, bunları tamamlayan yevmiye defteri ve diğer belgeler ile plânlardan oluşmaktadır. Aynı kanuna göre tapu siciline taşınmaz olarak; araziler, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler kaydedilmektedir<sup>35</sup>. Medeni Kanun'da bahsi geçen bu belgelerin en önemlisi kuşkusuz tapu kütüğü ve planlardır. Tapu kütükleri taşınmazların üzerindeki her türlü bağımsız ve sürekli hakların tescil edildiği temel belgelerdir. Tapu Kütüğünde tescilli olan her bir taşınmazın sınırlarının, konum bilgilerinin ve boyutlarının gösterildiği teknik belgeler ise kadastro haritaları, Medeni Kanunu'nun ifadesiyle planlardır. Söz konusu bu planlar mülkiyet haklarının temsili açısından iki boyutlu üretilmiş teknik belgelerdir. Kat Mülkiyeti Kütüğü ise Medeni Kanun'un işaret ettiği bağımsız bölümlerin tescil edildiği defterlerdir. Kuşkusuz uygulanmakta olan tapu sistemi gereği, ortada bir tescil varsa, bu tescile karşılık gelen teknik dokümanların bulunması gerekmektedir. Bu ilke Dünya'da "*Modern Kadastro*" olarak bilinen sitemin bir gereğidir. Bu noktada, Kat Mülkiyeti Kütüğünde tescil edilen bir bağımsız bölümün teknik olarak yansıtıldığı kadastro haritasının yerine geçebilecek bir belge var mıdır? sorusu sorulabilir. Bu belgeler Vaziyet Planı (VP) ve Bağımsız Bölüm Planı'dır (BBP) (Şekil 24 ve 25).

---

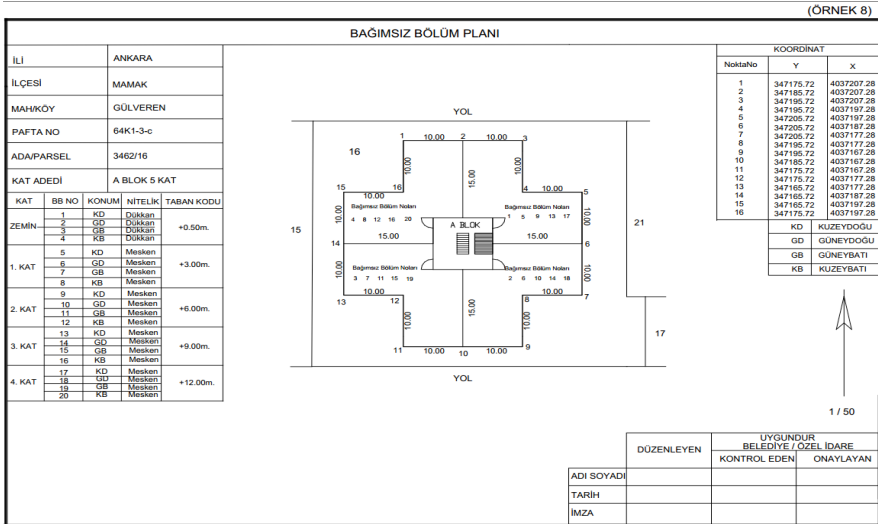
<sup>34</sup> Çoruhlu Y.E., Demir O., Yıldız O., 2015a, 3B Kadastro Nesnesi: Hava Hakkı ve Kat Mülkiyetine Yönelik Gelişim Süreci Analizi, Ankara Barosu Dergisi, 73,3,397-419, 2015.

<sup>35</sup> Resmi Gazete, Türk Medeni Kanunu (4721), Kabul Tarihi : 22/11/2001 Yayımlandığı R.Gazete Tarihi : 8/12/2001 Sayı : 24607 Tertip:5 Cilt, 41

Uygulamadan Tesvile Kat Mülkiyeti: Sorunlar Ve Çözüm Yaklaşımları  
Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU, Prof. Dr. Osman DEMİR, Arş. Gör. Hülya YILMAZ



Şekil 24. Vaziyet Planı



Şekil 25. Bağımsız Bölüm Planı<sup>37</sup>

<sup>36</sup> TKGM, Talebe Bağlı Olarak Yapılan Değişiklik İşlemleri Hakkında Genelge (2010/4 sayılı genelge), 2010. <https://www.tkgm.gov.tr>

<sup>37</sup> TKGM, Talebe Bağlı Olarak Yapılan Değişiklik İşlemleri Hakkında Genelge (2010/4 sayılı genelge), 2010. <https://www.tkgm.gov.tr>

Buradan aslında Türkiye’de üç boyutlu kadastro uygulamaları gerçekleştirildiği sonucu çıkarılabilir. Ancak, bu uygulamaların içerik ve teknik açıdan 3D kadastro için yeterli olup olmadığı tartışma konusudur. Bu açıdan değerlendirildiğinde çalışmadan çıkan sonuçları ve yapılan değerlendirmeleri çeşitli alt başlıklar altında gruplandırıp ele alınırsa;

### **5.1 Türkiye’de 3D Tescilin Teknik Açısından Yeterliliği**

Üç boyutlu tescilin teknik karşılığı, mevcut uygulamaya göre VP ve BBP’dir. VP bir yapının taşınmaz içindeki yatay konumu (2D) hakkında bilgi vermektedir. Şekil 24’te sunulan TKGM tarafından yayınlanan örnek VP incelendiğinde ana taşınmazın ve üzerinde inşa edilen yapının iki boyutlu köşe koordinatları görülmektedir. Başka bir deyişle bu belge ile tescile konu olan yapı/yapıların yatay datum ile bağlantısı sağlanmaktadır. BBP ise ilgili yapı/yapıların kaç katlı olduğu ve kaç bağımsız bölümden oluştuğu hakkında bilgi verilmektedir. Ancak Şekil 25’den görüleceği üzere BBP’nin düşey datum ile bağlantısı bulunmamaktadır. VP tescil olacak yapının ve ana gayrimenkulün köşe koordinatlarını içerdiğinden, tescilden önce kadastro müdürlüğü tarafından kontrol edilip onaylanması gerekmektedir. Ancak TKGM tarafından yayınlanan 2010/4 sayılı genelge incelendiğinde VP’de kadastro müdürlüğü onayı bulunmamaktadır<sup>35</sup>. Oysaki Tapu Planları Tüzüğü’ne göre tescile konu olan harita ve planlar kadastro müdürlüğünün kontrol ve onayından sonra tapu sicilinde tescil edilirler<sup>38</sup>. Anket çalışmasında bu sorun katılımcılara soru konusu edilmiş ve büyük oranda (%75) kadastro müdürlüğü tarafından bu belgenin onaylanması gerektiğine işaret edilmiştir.

### **5.2 Kadastro Tekniği Açısından Standart Eksikliği**

KMK uygulamalarında öne çıkan eksikliklerden biri BB’lerin numaralandırılması ve alanlarının tespit edilmesinde yaşanmaktadır. Kadastral sistemlerde taşınmazların numaralanması, sistemin işleyişi açısından hayati önem taşımaktadır. Aksi takdirde yaşanacak bir karmaşa tapu güvenliğine ciddi oranda zarar verecektir. Uygulanan tapu sisteminde ana gayrimenkule İl/İççe/ Mahalle veya Köy/Ada/Parsel şeklinde kodlanarak ulaşmak mümkündür. Bu aşamadan sonra bu gayrimenkul üzerinde inşa edilen yapılara harflendirme yapılmak suretiyle önce blok numarası (birden fazla yapı bulunması durumunda), daha sonra ise BB’lere numara verilmektedir. Bu çalışma ilk olarak Yapı Kullanma İzin Belgesinin hazırlanması aşamasında yapılmaktadır. Ancak tescil aşamasında daha sonra farklı numaralama standartları kullanılarak tapu memuru tarafından zaman zaman yeniden numaralama yapılabilmektedir. Aynı

---

<sup>38</sup> Resmi Gazete, Tapu Planları Tüzüğü, Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi : 28/7/2008, No:2008/14001 Dayandığı Kanunun Tarihi : 22/11/2001, No : 4721 Yayımlandığı R. Gazetenin Tarihi : 27/8/2008, No : 26980 Yayımlandığı Düsturun Tertibi : 5, Cildi : 47, 2008.

yapılara sonraki aşamalarda Mekânsal Adres Kayıt Sistemi (MAKS) çalışması kapsamında daha önce harf verilerek yapılan numaralama yerine rakamlarla numaralandırma yapılmaktadır. Bu karmaşa BB'lerin satış vb. yöntemlerle el değiştirmesi sırasında önemli sorunlara yol açmakta, yanlış BB'lerin el değiştirmesine yol açmaktadır. Nitekim TKGM tarafından bu sorunun önüne geçilmesi için, talebe bağlı işlemler adı altında LİHKAB'lar tarafından BB'lerin yerinde gösterilmesi uygulaması başlatılmıştır.

Bir diğer uygulamada BB alanlarının yapı kullanma izin belgesinde ve Liste'de farklı olması durumudur. Nitekim anket çalışmasında ciddi oranda katılımcı (%43) Liste'lerin oluşturulması sırasında BB'lerin alanları belirlenirken Yapı Kullanma İzin Belgelerinin dikkate alınmadığını belirtmişlerdir. Diğer taraftan BB'lerin tescil edildiği Kat Mülkiyeti Kütüğü incelendiğinde BB'lere ait herhangi bir alan bilgisine rastlanmamaktadır. Bir başka deyişle BB'lerin alanları tescil edilmemektedir. Bu durum satıcı-aracı-alıcı üçgeninde karmaşaya sebebiyet vermektedir. BB'lerin alanları tespit edilirken hangi kriterin dikkate alınacağını net olmadığı çalışmadan çıkan diğer bir sonuçtur. Anket sonuçlarına göre katılımcıların nispeten bir kısmı (%27) her ne kadar, balkonlar dahil BB malik/maliklerinin sahip olduğu alanın dikkate alınması yönünde tercihte bulunmuş ise de, bu konuda net bir fikir birliğinin bulunmadığı değerlendirilmektedir.

### **5.3 Değerleme ve Vergilendirmede Yaşanan Sorunlar ve Mülkiyet Güvenliği**

KMK'na göre her bir bağımsız bölümün arsa payı BB'lerin konumu ve büyüklüklerine göre belirlenecek değerleri ile orantılı olacak şekilde belirlenmelidir<sup>39</sup>. Anket sonuçlarına göre katılımcıların büyük kısmı (%67) arsa paylarının BB'lerin değerleri ile orantılı belirlenmemesi durumunda işlemin ret edilmesi gerektiğine işaret etmişlerdir. Ancak uygulamada bu hükmün denetlenmesi oldukça güç olduğu görülmektedir. Aslında, piyasa değeri olarak birbirinden farklı değerlerdeki bağımsız bölümlerin aynı arsa payında olması 634 sayılı yasanın 3.maddesine aykırı bir durum olmasına karşın, yasa koyucu bu durumun denetimini kamu kurum ve kuruluşlarına bırakmamıştır. Mevzuatta Liste hazırlanması, kontrolü ve onayına ilişkin yetki ve sorumluluklar net bir şekilde ortaya konulmamıştır. Nitekim anket çalışması kapsamında katılımcılara "*Kat Mülkiyeti tesisinde düzenlenen 'Liste'de sunulan verilerin doğruluğundan sorumlu bir kurum var mıdır?*" sorusuna katılımcılardan %54'ü "evet", %46'sı ise "hayır" şeklinde cevap alınmıştır. Devamında "*Hangi kurumların sorumlu olması gerektiği*" sorusuna verilen cevaplarda da net bir fikir birliğinin oluşmadığı görülmektedir. Liste'nin hazırlanma sorumluluğunda ortaya çıkan bu boşluk BB'lerin doğru bir şekilde değerlendirilmesinin yapılmamasına,

---

<sup>39</sup> Resmi Gazete, Kat Mülkiyeti Kanunu, Başbakanlık Basımevi 12038, 4133-4177, 1965.



dolayısıyla arsa paylarının KMK'nın öngördüğü şekilde düzenlenmemesine yol açmaktadır. Uygulamada arsa payları çoğu zaman BB'lerin alanları ile orantılı tespit edilmektedir. Bu durum ana gayrimenkulde ileride gündeme gelebilecek kamulaştırma çalışmasında değeri düşük BB açısından haksız kazançta yol açacaktır. Diğer taraftan vergilendirme, yönetimde söz sahibi olma ve ortak giderlere katılma gibi konularda adaletsizliğe sebep olacaktır.

Anket sonuçlarına göre katılımcılar bu sorunun önüne geçmek için SPK lisanslı değerlendirme uzmanlarının sürece müdahil olmaları gerektiğini belirtmişlerdir. Türkiye'de yerleşik uygulama göz önüne alındığında herhangi bir BB'ler kredili alım satma konu olması durumunda ilgili finans kuruluşunca, alıcı tarafından talep edilen kredi sebebiyle, değerlemeye tabi tutulmaktadır. Bu aşamada SPK Lisanslı Değerleme Uzmanları devreye girmektedir. Ancak bu uzmanlar tarafından tespit edilen bedelin dışında satış yapılması talep edilmesi durumunda Tapu Müdürlüğü'nün işlemi reddetme yetkisi bulunmamaktadır.

#### **5.4 3D Tescilin Türkiye'nin E-Devlet Politikaları Açısından Yeterliliği**

Türkiye kuruluşundan itibaren yürüttüğü kadastro çalışmaları ile 60 milyona dayanan ve ülkemiz genelinin yaklaşık yüzde yetmişlik kısmına isabet eden kadastral parsellerinin üretimini gerçekleştirmiştir. Son yıllarda yürütülen yenileme çalışmaları ile bu parsellerin gerek konumsal açıdan zemin doğruluğunun artırılmasına, gerekse sayısallaştırılmasına yönelik önemli adımlar atılmıştır<sup>40</sup>. Diğer taraftan TAKBİS projesi kapsamında yürütülen proje ile sözel tapu verileri de aynı şekilde veri tabanına aktarılmıştır. Son olarak yürütülen MEGSİS projesi ile 60 milyona yakın kadastro parseli web üzerinden kullanıcılarının (hizmetine) kısmen de olsa (açılmıştır.) Düşey kadastro verileri olarak kabul edilen kat mülkiyeti kütüğünde tescilli sözel verilerde TAKBİS üzerinden diğer e-devlet uygulamalarıyla entegre bir şekilde çalıştırılmaktadır. Ancak KM tesis edilmiş alanların grafik verilerinin 3D olarak aynı sistemlerde görselleştirilmesi ve bağımsız bölüm bazında sorgulama yapılması şu an için mümkün değildir. Zira Şekil 2'de belirtilen KM tesisi için gerekli belgeler arasında yer alan Genel İnşaat Projesi kağıt ortamda tescil edilmektedir<sup>41</sup>. Yine BBP ve VP de benzer şekilde tapu arşivindeki yerini almaktadır. Bu noktada, uluslararası vizyona uygun olarak Türkiye'de kadastro parsellerine ait 2D konumsal gösterim ve sorgulama imkanı veren MEGSİS<sup>42</sup>, aynı şekilde KM

---

<sup>40</sup> Yıldız O., Biyik C., Land Administrative Problems Resulted from Administrative Boundaries in Turkish Cadastral System, Sigma Journal of Engineering and Natural Sciences-Sigma Muhendislik ve Fen Bilimleri Dergisi, vol.33, pp.260-271, 2015

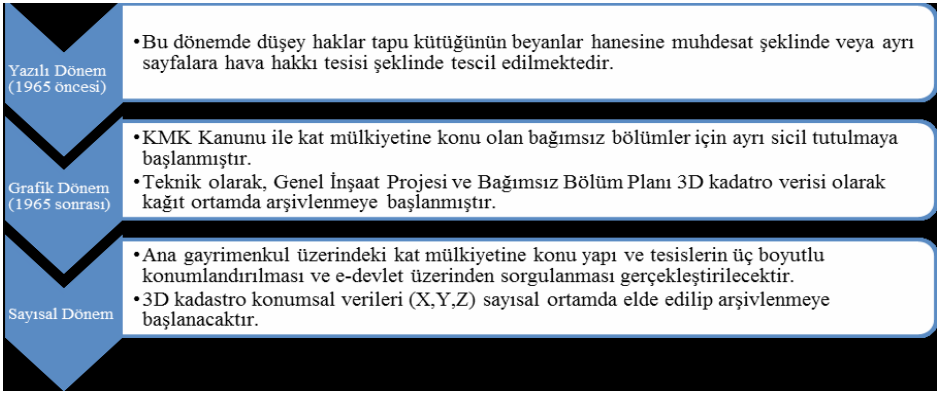
<sup>41</sup> Çoruhlu Y.E., Demir O., Yıldız O., Çete M., The relation between structured cultural heritages and condominium towards 3D cadastre", SURVEY REVIEW, DOI: 10.1179/1752270615Y.0000000045, 2016.

<sup>42</sup> Çoruhlu Y.E., İnan H.İ., Yılmaz H., Demir O., 2015b, Vakıf Taşınmaz Coğrafi Veri Modeli,

verileri açısından gösterim, sorgulama ve analize olanak sağlamalıdır. Nitekim anket çalışmasından Türkiye’de üç boyutlu konumsal verilerin (X,Y,Z) üretimi, arşivlenmesi ve sunumu noktasında yetersiz kaldığı sonucu çıkarılmaktadır.

## 6.SONUÇLAR VE ÖNERİLER

Çalışmadan elde edilen sonuçlara göre Türkiye’de 3D kadastro uygulamalarında geçmişten günümüze yaşanan süreci aşağıdaki şekilde özetlenebilir.



Şekil 26. Türkiye’de 3D kadastro periyotları

Buna göre KMK’nın yürürlüğe girdiği 1965 yılı öncesinde ana gayrimenkul üzerindeki yapı ve tesisler tapu kütüğünün ayrı sayfalarında hava hakkı tesisi şeklinde tescilin gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu tarihten sonra yürütülen uygulamalar dikkate alındığında Şekil 26’da görüldüğü gibi BB’ler için ayrı tapu kütükleri (kat mülkiyeti kütüğü) ve BB’lerin teknik olarak haritası sayılabilecek plan ve dökümanlar (Mimari Proje, BBP vb.) kağıt ortamında arşivlenmeye başlanmıştır. Bu belgelerin yatay ve düşey datum ile bağlantısı olmaması ve üç boyutlu koordinat verilerini içermemesi sebebiyle grafik ürünler olarak sayılmaktadırlar. Bu sebeple içinde yaşadığımız süreç 3D kadastro açısından grafik dönem olarak değerlendirilmektedir. Bu dönemde önemli aşamalar geçilmesine rağmen, makalenin tartışma kısmında sunulduğu gibi, bazı yapısal sorunlar göze çarpmaktadır. Bu yapısal şu şekilde özetlenebilir.

- KM tesisi sürecinde bir takım belgelerin düzenlenmesinde yaşanan sorumlu meslek disiplini sorunu,
- Arsa payının tespitinde yaşanan sorunlar,
- Kadastro tekniği, belediyeçilik vd. açısından yaşanan standart eksikliği,
- Değerleme ve vergilendirmede yaşanan sorunlar,
- Üç boyutlu tescilin teknik boyutunun henüz istenilen düzeyde geliştirilememesi,
- Tescile esas üç boyutlu nesnelere ölçümü ve görselleştirme

Bu çerçevede Türkiye’de 3D tescilin gelişimine katkı sağlayacağı değerlendirilen öneriler aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür:

- Ölçü, tespit, haritalama, değerlendirme ve tescil süreçlerini içine alan KM tesisi bir dişey kadastro uygulamasıdır. Dolayısıyla bu işlem bir iş paketi haline getirilerek faaliyetin Serbest Harita ve Kadastro Mühendisleri sorumluluğunda gerçekleştirilmesi,
- KM tesisinde önemli bir bileşen olan Liste’nin doğruluğundan sorumlu kurumların net bir şekilde belirlenmesi ve bu konuda yasal düzenlemenin yapılması,
- BB’lerin değerlerinin SPK lisanslı değerlendirme uzmanları tarafından Liste hazırlanması aşamasından önce belirlenmesi ve Listenin bundan sonra oluşturulması,
- BB’lerin numaralandırmasında standart birliğinin sağlanması,
- BB’lerin alanlarının tespit edilmesinde standart birliğinin sağlanması; YKİB, Liste ve diğere belgelerde aynı alan bilgisinin kullanılması ve bu alanın tescil edilmesi,
- BB’lerin arsa paylarının alım-satım değerleri ile orantılı olarak verilmesi işlemine yönelik Tapu Müdürlüğü’ne denetim ve ret yetkisinin verilmesi,
- BBP ve VP hazırlanması yatay ve dişey kadastronun teknik kısmını oluşturmakla birlikte tescile esas belgelerdir. Bu sebeple bu belgelerin Kadastro Müdürlüğü kontrol ve onayından mutlak suretle geçirilmesi, ilgili kişilerle buna göre yeniden düzenlenmesi,
- KM tesisinde ana gayrimenkul üzerindeki blokların ve BB’lerin gerek YKİB hazırlanması gerekse tapu işlemi sürecinde numaralandırılmasında -MAKS ile uyumlu olarak- aynı standardın uygulanması,
- Devletin en önemli gelir kalemlerinden olan Emlak Vergisi gelirlerinin gerçek bedeller üzerinden tahsil edilmesi için, KM tesisi aşamasında BB’lere SPK lisanslı değerlendirme uzmanları tarafından değerlendirme yapılması,

- KM tesisinde kullanılan ve mimar tarafından çizilen Genel İnşaat Projesi aynı zamanda düzey kadastro paftası niteliği taşımakta ve kadastro tekniği açısından sınırlandırma belgesi niteliğini taşımaktadır. Bu sebeple bu belgenin kadastro tekniğine uygun olarak yeniden gözden geçirilmesi, sadeleştirilmesi ve BB numaralama işleminin bu belge üzerinden gerçekleştirilmesi,
- Proje verilerine dayanarak tüm BB'lerin köşe koordinatlarının 3D olarak hesaplanması, yapı inşa edildikten sonra röleve ölçülerinin alınması, röleve ölçülerine göre BB'lerin alanlarının yatay düzlemde m<sup>2</sup>, hacimlerinin ise m<sup>3</sup> olarak tespit edilmesi,
- Üç boyutlu koordinatları tespit edilen tescile esas yapıların temsili için basit 3D modellerin oluşturulması ve bu modellerin TAKBİS/MEGSİS ile ilişkilendirilmesi,

Gelecekte Türkiye'de üç boyutlu nesnelerin ölçümünde teknolojinin yaygınlaşması ve ucuzlaması ile birlikte 3D kadastroda sayısal dönemin başlayacağı öngörülmektedir. Bu süreçte tescile konu olan üç boyutlu yapı ve tesislerin ve her türlü bağımsız bölümlerin MEGSİS veya benzeri çalışmalarla e-devlet üzerinden sunumu düşünülmelidir. Ayrıca, çalışma hazırlandıktan sonra 3/11/2016'da Bilirkişilik Kanunu ile yapılan düzenleme ile Kamulaştırma davalarında SPK lisanslı değerlendirme uzmanları ile taşınmaz geliştirme konusunda yüksek lisans veya doktora yapan uzmanlar arasından en az 1 kişinin olması zorunlu kılınmıştır. Benzer şekilde KM ile ilgili Liste hazırlanırken de taşınmaz geliştirme/değerleme uzmanlarının yetkilendirilmesi düşünülmelidir. Bilindiği gibi KM tesisi, zemin durumu itibarı ile arsa niteliğinde olan parsel ve üzerindeki yapıyı birlikte ele alan bir mülkiyet tipi olduğundan, özellikle bu alanda harita mühendisliği, mimarlık ve inşaat mühendisliği gibi farklı formasyonların birlikte yer alabileceği nitelikteki bir değişikliğin araştırılması önerilmektedir.

\*\*\*\*\*

#### KAYNAKLAR

Alkan M., ve Polat Z.A., Design and development of LADM-based infrastructure for Turkey, Survey Review, DOI: 10.1080/00396265.2016.1180777, 2016.

Arpacı A., Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984.

Baş, T., Anket (1.Baskı); Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.

Cohen, L. ve Manion, L., Research Methods in Education (Fourth Edition), Rutledge, Newyork, 1994.

Çepni, S., Araştırma ve Proje Çalışmalarına Giriş, Beşinci Baskı, Trabzon, 2010.

Çoruhlu Y.E., Demir O., Yıldız O., 3B Kadastro Nesnesi: Hava Hakkı ve Kat Mülkiyetine Yönelik Gelişim Süreci Analizi, Ankara Barosu Dergisi, 73,3,397-419, 2015.

Çoruhlu Y.E., İnan H.İ., Yılmaz H., Demir O., Vakıf Taşınmaz Coğrafi Veri Modeli, Sigma Journal of Engineering and Natural Sciences-Sigma Muhendislik ve Fen Bilimleri Dergisi, vol.33, pp.539-559, 2015.

Çoruhlu Y.E., Demir O., Yıldız O., Çete M., The relation between structured cultural heritages and condominium towards 3D cadastre”, SURVEY REVIEW, DOI: 10.1179/1752270615Y.0000000045, 2016.

Demir O., Çoruhlu Y.E., “The Graphical Cadastre Problem in Turkey: The Case of Trabzon Province”, Sensors, vol.8, pp.5560-5575, 2008.

Demir O., Çoruhlu Y.E., “Determining the property ownership on cadastral Works in Turkey”, Land Use Policy, vol.26, pp.112-120, 2009.

Denscombe, M., The Good Research Guide for Small-Scale Social Research, Projects, Open University Press, Buckingham, 1998.

Döner, F. ve Bıyık C., Üç Boyutlu Kadastro, Hkm - Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi, 97, 53-56 2007.

Eren, F., Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

[https://tr.wikipedia.org/wiki/2015\\_T%C3%BCrkiye\\_n%C3%BCfus\\_say%C4%B1m%C4%B1](https://tr.wikipedia.org/wiki/2015_T%C3%BCrkiye_n%C3%BCfus_say%C4%B1m%C4%B1)

<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21507>

[http://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/K6TH\\_c8dba7d0df1c4a7\\_ek.pdf](http://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/K6TH_c8dba7d0df1c4a7_ek.pdf), Köprülü B. Taşınmaz Mülkiyetinin Yatay ve Düşey Sınırlandırılmasına İlişkin Başlıca Hukukî Sorunlar

<http://www.egitim.aku.edu.tr/anket.ppt>. 15.04.2012

<http://www.kaliteofisi.com>. 15.04.2012

<http://www.psikometri.com>. 15.04.2012

Jazayeri, I., Rajabifard, A., and Kalantari M., A geometric and semantic evaluation of 3D data sourcing methods for land and property information, Land Use Policy 36 (2014), 219–230, 2014.

Kalantari, M., Rajabifard, A., Wallace, J., Williamson, I., Spatially referenced legal property objects. Land Use Policy 25 (2), 173–181, 2008.

Kaufmann, J., ve Steudler, D., Cadastre 2014 – A Vision for a Future Cadastral System, FIG Publication, 1998.

Resmi Gazete, Türk Medeni Kanunu (4721), Kabul Tarihi: 22.11.2001  
Yayımlandığı R.Gazete Tarihi: 8.12.2001 Sayı: 24607 Tertip:5 Cilt, 41, 2001.

Resmi Gazete, Kat Mülkiyeti Kanunu, Başbakanlık Basımevi 12038, 4133-4177,  
1965.

Resmi Gazete, Tapu Planları Tüzüğü, Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi:  
28/7/2008, No:2008/14001 Dayandığı Kanunun Tarihi: 22/11/2001, No: 4721  
Yayımlandığı R. Gazetenin Tarihi: 27/8/2008, No: 26980 Yayımlandığı Düsturun  
Tertibi: 5, Cildi: 47, 2008.

Sekaran, U., Research Methods For Business (Third Edition) Carbonadale;  
Southern Illinois University, 1999.

Stake, R. The art of case study research (pp. 49-68). Thousand Oaks, CA: Sage,  
1995.

Tamer A. ve Çavlin Bozbeyoğlu A. 1927 Nüfus Sayımının Türkiye’de Ulus Devlet  
İnşasındaki Yeri: Basında Yansımalar, Nüfusbilim Dergisi\Turkish Journal of  
Population Studies, 26, 73-88, 2004.

TKGM, Talebe Bağlı Olarak Yapılan Değişiklik İşlemleri Hakkında Genelge  
(2010/4 sayılı genelge), 2010. <https://www.tkgm.gov.tr>

Wellington, J., Educational Research, Contemporary Issues and Practical  
Approaches. Continuum, London, 2000.

Yıldız O., Çoruhlu Y. E., Demir O., A Visional Overview To Renovation Concept  
On Cadastral Works in Turkey, Sigma Journal of Engineering and Natural  
Sciences-Sigma Muhendislik ve Fen Bilimleri Dergisi, vol.33, pp.503-5189,  
2015.

Yildiz O., Biyik C., “Land Administrative Problems Resulted from Administrative  
Boundaries in Turkish Cadastral System”, Sigma Journal of Engineering and  
Natural Sciences-Sigma Muhendislik ve Fen Bilimleri Dergisi, vol.33, pp.260-  
271, 2015

# YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU'NDA AİLE İKAMET İZİNİ: AİLE HAYATI HAKKI MI? AİLE BİRLEŞİMİ HAKKI MI?

*Family Residence Permit In Law On Foreigners And International Protection  
Right To Family Life Or Right To Family Reunification?*

**Yrd. Doç. Dr. Doğa ELÇİN<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 30.09.2016 Kabul Tarihi: 29.11.2016

## ÖZET

Aile birleşimi, aile üyelerinin, başka bir ülkede hukuka uygun şekilde diğer bir deyişle düzenli bir şekilde yaşayan ya da çalışmakta olan diğer aile üyelerine katılmasıdır. Aile ikamet izni, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinden biri olan aile hayatı hakkı ile ilgilidir. Aile hayatı hakkı pek çok uluslararası sözleşmede düzenlenmiştir. Aile birleşimi hakkı ise görece daha az sözleşmede açıkça yer almaktadır. Aile ikamet izni Türk yabancılar hukukunda ilk kez Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu makalede, Anayasal ilkeler, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatı ışığında Türk hukukunda aile ikamet iznine ilişkin hükümler değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Aile Hayatı Hakkı, Aile Birleşimi Hakkı, Aile İkamet İzni, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

## ABSTRACT

Family reunification refers to the situation where family members join another member of the family who is already living and working in another country in a regular situation. Family residence permit is related to right to family life that is one of the fundamental rights and freedoms of foreigners. Right to family life takes part in lots of international conventions. Right to family reunification is recognised in relatively fewer international conventions. In Turkish foreigners law, family residence permit is regulated in Law on Foreigners and International Protection for the first time. In this article, Turkish regulations on family residence permit is reviewed in the light of Constitutional principles, international conventions which Turkey is party to and case law of the European Court of Human Rights.

**Keywords:** Right to Family Life, Right to Family Reunification, Family residence permit, Law on Foreigners and International Protection

## GİRİŞ

Aile birleşimi, aile üyelerinin, başka bir ülkede hukuka uygun şekilde diğer bir deyişle düzenli bir şekilde yaşayan ya da çalışmakta olan diğer aile üyelerine, sosyal ve hukukî olarak katıldığı durumu ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>2</sup>. Devletin göç politikası, ev sahipliği yaptığı göçmen, bu devletin ülkesinde kendisini ne kadar geliştirebiliyorsa o kadar etkili olmaktadır<sup>3</sup>. Etkili bir göç

<sup>1</sup> Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. dogaa.ydogan@atilim.edu.tr

<sup>2</sup> UN Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights, Paper on Family Reunification, OHCHR Migration Papers, Family Reunification, November 2005, (OHCHR Migration Papers, Family Reunification), s.1. IOM International Organization for Migration, Migration and Family, Section 2.5, International Law and Family Reunification, Family Reunification Issues, Essentials of Migration Management, Volume Two: Developing Migration Policy, www.rcmvs.org/documentos/IOM\_EMM/v2/V2S05\_CM .pdf (3.2.2016), (IOM Migration and Family), s.4.

<sup>3</sup> IOM Migration and Family, s.1.

politikası, ev sahibi devletin, uluslararası ve bölgesel insan hakları hukuku uyarınca, ülkesindeki yabancıların medenî ve sosyal haklarını etkili şekilde koruması ve bu hakları tanınmasıyla mümkündür<sup>4</sup>. Bu durum, göçmen kabul eden ülkeleri, geride kalan aile üyeleri için aile birleşimini hukuken kabul etmeye yöneltmiştir<sup>5</sup>. Bununla birlikte, özel bir hak olarak aile birleşimi hakkının tanınması, devletlerin, ülkelerinde bulunan bütün bireylerin insan haklarını tanınması ve bu haklara riayet etmesi yükümlülüğü ile bazı sınırlamalar dahilinde göç düzenlemelerini ve sınır kontrollerini dilediği gibi belirleme hakkı arasında çatışmalara neden olmaktadır<sup>6</sup>.

Özellikle göç alan ülkelerde aile birleşimi, bu haktan yararlanan kişilerin, yaşam koşullarının iyileşmesini, sosyal adaptasyon sorunların giderilmesini sağlamakta ve ev sahibi topluma entegrasyonu hızlandırmaktadır<sup>7</sup>. Dahası, çalışma kapasitesi üzerinde pozitif etkileri vardır<sup>8</sup>. Bununla birlikte, aile birleşimi, bireyin insan hakları ve devletlerin güvenlik ve ekonomi gereklilikleri arasındaki çatışma nedeniyle sınırlanmıştır<sup>9</sup>. Önemi ve değeri evrensel olarak kabul edilmekle birlikte mutlak suretle tanınmış bir hak değildir ve devletlerin sıkı şartlarına bağlanmıştır<sup>10</sup>.

Aile hayatı hakkı ise uluslararası hukukta kapsamlı bir şekilde korunan temel haklardan biridir<sup>11</sup>. Aile birliği hakkı, aile hayatı hakkının doğasında

---

<sup>4</sup> IOM Migration and Family, s.1.

<sup>5</sup> OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.1.

<sup>6</sup> JOHN, Arturo, "Family Reunification for Migrants and Refugees: A Forgotten Human Right?", [www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/rturojohn.pdf](http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/rturojohn.pdf) (10.3.2016), s.1; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.1; CHOLEWINSKI, Ryszard, "Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right", *European Journal of Migration and Law*, Vol.4, 2002, p.271; STAVER, Anne, "Free Movement and the Fragmentation of Family Reunification Rights", *European Journal of Migration and Law*, 2013, Vol.15, s.69.

<sup>7</sup> JOHN, s.2; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.17; IOM Migration and Family, s.1; CHOLEWINSKI, s.279; STRIK, Tineke/ HART, Betty de/NISSEN, Ellen, *Family Reunification: a Barrier of Facilitator of Intergration? A Comparative Study*, European Commission, DG Home Affairs-Unit B1: Immigration and Integration, Brussels 2013, s.48.

<sup>8</sup> OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.17; STRIK/HART/NISSEN, s.51.

<sup>9</sup> OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.17.

<sup>10</sup> JASTRAM, Kate/NEWLAND, Kathleen, "Family Unity and Refugee Protection", in *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, ed.by Erika FELLER/Volker TÜRK/Frances NICHOLSON, Cambridge University, 2003, s.558; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.17.

<sup>11</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.556; WIESBROCK, Anja, "The Right to Family Reunification of Third Country Nationals under EU Law- Is Directive 2003/86/EC in Compliance with the ECHR?", 5, *Human Rights and Int'l Legal Discourse*, 2011, s.139; IOM Migration and Family, s.2; CHOLEWINSKI, s.274; STAVER, s.78; ROHAN, Mark, "Refugee Family Reunification Rights: A Basis in the European Court of Human Rights' Family Reunification Jurisprudence", *Chicago Journal of International Law*, Vol.15, No.1, 2014, s. 351.



bulunmaktadır<sup>12</sup>. Bununla birlikte, aile birliği ve aile hayatı kurma hakkı çerçevesinden bakıldığında, temel haklar ya da insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin çoğunun aile birleşimi hakkını doğrudan düzenlemediği görülmektedir<sup>13</sup>. Dolayısıyla aile birleşimi hakkı, uluslararası hukukta henüz bir temel hak olarak yer almamaktadır<sup>14</sup>.

1990'lı yıllardan önce daha çok göç veren bir ülke olan Türkiye, günümüzde göç veren bir ülke olduğu kadar transit ve hedef ülke hâline gelmiştir<sup>15</sup>. Ülkemize çeşitli nedenlerle gelen yabancıların sayısında önemli bir artış görülmektedir<sup>16</sup>. Transit ve hedef ülke olarak, Türkiye'ye gelen yabancıların artması, aile birleşimi ya da aile oluşumu nedeniyle ikamet izni taleplerinde de artışı beraberinde getirmiştir<sup>17</sup>.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) yürürlüğe girmeden önce Türk mevzuatında bir yabancılar kanunu bulunmamaktaydı. Çeşitli kanunlarda, yabancıların hukukî durumuna ilişkin hükümler dağınık bir şekilde yer almaktaydı. 1950 tarihli olan 5682 sayılı Pasaport Kanunu ile 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun<sup>18</sup> güncel sorunlar karşısında yetersiz kalmıştı<sup>19</sup>.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), 4 Nisan 2013 tarihinde kabul edilmiştir<sup>20</sup>. YUKK'un, idarî teşkilâtlanmaya ilişkin hükümleri 11.4.2013 tarihinde, diğer hükümleri ise 11.4.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>21</sup>. YUKK üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm, yabancıların Türkiye'ye girişi, Türkiye'de ikameti ve Türkiye'den sınır dışı edilmelerine ilişkindir. İkinci

<sup>12</sup> JASTRAM/NEULAND, s.556.

<sup>13</sup> JOHN, s.6; WIESBROCK, s.139; STAVEN, s.78.

<sup>14</sup> CHOLEWINSKI, s.275; ROHAN, s.356.

<sup>15</sup> EKŞİ, Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, B.3, İstanbul 2015, s. 7. Bu tespit YUKK Genel Gereğesinde de belirtilmiştir. <http://www.2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0619.pdf> (szt. 16.5.2015).

<sup>16</sup> Çalışmamız bakımından 1995 yılında düzenlenen ikamet izni sayısı 84.727 iken, bu sayı 2010 yılında 176.944'e ulaşmıştır. Bkz. YUKK Genel Gereğesi, . <http://www.2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0619.pdf> (21.9.2016).

<sup>17</sup> 2005 yılında ikamet izni alan yabancı sayısı 178.964 iken 2015 yılında bu sayı 422.895'e çıkmıştır. [http://www.goc.gov.tr/icerik6/ikamet-izinleri\\_363\\_378\\_4709\\_icerik](http://www.goc.gov.tr/icerik6/ikamet-izinleri_363_378_4709_icerik) (21.9.2016).

<sup>18</sup> 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, YUKK m.124 ile 11.4.2014 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>19</sup> Bkz. YUKK Genel Gereğesi, . <http://www.2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0619.pdf> ; DARDAĞAN-KİBAR, Esra, "An Owerview and Discussion of the New Turkish law on Foreigners and International Law", PERCEPTIONS, Autumn 2013, Vol.XVIII, No.3, s. 110, (The New Turkish Law).

<sup>20</sup> RG, 11.4.2013- 28615.

<sup>21</sup> YUKK m.125: (1) Bu Kanunun; a) 122 nci maddesi, 123 üncü maddesinin birinci, ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları ile 124 üncü maddesi hariç olmak üzere Beşinci Kısmı yayımı tarihinde, b) Diğer hükümleri yayımı tarihinden bir yıl sonra, yürürlüğe girer.

bölümde uluslararası korumaya ilişkin hükümler yer almaktadır. Kanunun üçüncü ve son bölümü ise yabancılar ve uluslararası korumaya ilişkin idarî teşkilâtı düzenlemektedir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik ise 17 Mart 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>22</sup>.

Mevzuata uygun şekilde ülkeye giriş yapan yabancıların, çalışma, öğrenim, aile birleşimi gibi çeşitli amaçlarla ülkede ikamet etmek istemesi söz konusu olabilir<sup>23</sup>. Bu çalışmada, ilk kez YUKK'da düzenlenmiş olan ikamet izni çeşitlerinden biri olan aile ikamet izni ele alınmıştır. Bununla birlikte aile ikamet izni ile bağlantılı olduğu ölçüde yabancıların ülkeye girişi, sınır dışı edilmesi ve uluslararası korumaya ilişkin hükümlere değinilmiş fakat bu konular prensip olarak incelleme dışı tutulmuştur. Uzun dönem ikamet izni sahibi olan yabancıların özel statüsü araştırma kapsamında değildir.

Son olarak, aile birleşimine ilişkin en detaylı düzenlemeler, uluslararası insanlı hukukta yer almaktadır<sup>24</sup>. 1949 tarihli Dördüncü Cenevre Sözleşmesi<sup>25</sup>'nin 29 ve 26. maddeleri, savaş yüzünden dağılmış ailelere ilişkindir. 29, 82 ve 49. maddeleri, kamplarda bulunma ya da tahliye sırasında aile birliğinin korunmasını amaçlamaktadır. Ayrıca 1977 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek I. Protokol<sup>26</sup>'ün 29. maddesinde, devletlerin, olabilecek her türlü yoldan, aile birleşimini sağlama yükümlülüğü kapsamında sorumluluklarının kapsamını genişletmesi gerektiği ifade edilmiştir. Konuya ilişkin en detaylı düzenlemeler bu alanda bulunmakla birlikte, savaş ya da çatışma dönemlerinde aile birleşimi hakkına ilişkin tartışmalar ayrı bir araştırma konusunu oluşturacak denli kapsamlı olduğundan bu çalışmada değerlendirilmemiştir<sup>27</sup>.

YUKK Genel gerekçesinde, ulusal mevzuatın yetersizliği yanında Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyeliği gerçekleşinceye dek uluslararası koruma sisteminin ve uygulamalarının Avrupa Birliği müktesebatı ve uygulamalarıyla paralel hâle getirilmesi<sup>28</sup>, uluslararası normlara ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) kararlarına uygun düzenlemeler yapılması amacı ifade edilmiştir<sup>29</sup>. Bu nedenle çalışmamızda aile ikamet iznine dair Avrupa Birliği mevzuatına ve AİHM kararlarına yer verilmiştir.

---

<sup>22</sup> RG: 17.3.2016-29656. Bundan sonra Uygulama Yönetmeliği olarak anılacak ve UY olarak kısaltılacaktır.

<sup>23</sup> ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, B.6, Ankara 2016, s.98.

<sup>24</sup> JASTRAM/NEULAND, s.576.

<sup>25</sup> Sözleşme, 21 Ocak 1953 tarih ve 6020 sayılı Kanun'la onaylanmıştır. RG, 30.01.1953- 8322.

<sup>26</sup> Türkiye 1977 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek I. Protokol'e taraf değildir.

<sup>27</sup> Uluslararası insanlı hukukta aile birleşim hakkı için ayrıntılı olarak bkz. JAQUEMENT, S., Refugees in Armed Conflict: International Humanitarian Law and Refugee Protection, (UNHCR, Geneva, draft, 1999), s. 102 vd.

<sup>28</sup> EKŞİ, Nuray, The New Turkish Law on Foreigners and International Protection: An Overall Assessment, Baden 2014, s. 24, (The New Turkish Law).

<sup>29</sup> EKŞİ, The New Turkish Law, s.26 vd.

Aile ikamet izni kapsamında, öncelikle Anayasal sistematiğe uygun olarak kaynağını uluslararası hukukta bulan iç hukuk kuralları ele alınmıştır. Ardından YUKK'un genel gerekçesinde belirtilmiş olan Avrupa Birliği müktesebatına, uluslararası normlara ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) kararlarına uygun düzenlemeler getirilmesi amaçlarına paralel olarak 2003/86 sayılı Konsey Yönergesi<sup>30</sup> ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı<sup>31</sup>'nin aile ikamet iznine ilişkin hükümlerine yer verilmiştir. Bu açıklamalardan sonra Türk yabancılar hukukunda, kanun düzeyinde ilk kez YUKK'da düzenlenmiş olan aile ikamet izni hükümleri incelenmiştir.

## I. AİLE İKAMET İZİNİ KAVRAMI

Yabancıların ülkeye hukuka uygun olarak giriş yaptıktan belirli bir süre sonra, giriş yaptıkları ülkede hukuka uygun olarak kalabilmeleri için ikamet izni almaları gerekir. Yabancıların Türkiye'de ikametleri ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, "ikamet tezkeresi" terimi kullanılmıştır<sup>32</sup>. Bu dönemde, "ikamet tezkeresi" teriminde geçen "ikamet" kavramının, Medenî Kanunun eski metninde kullanılan ikametgâh ile doğrudan doğruya bir bağlantısının bulunmadığı<sup>33</sup>, ikamet tezkeresi almış olan bir yabancıнын, Medenî Kanunda kullanılan anlamda Türkiye'de ikametgâhının bulunduğu sonucunun çıkarılamayacağı vurgulanmıştır<sup>34</sup>.

YUKK'da ikamet tezkeresi yerine "ikamet izni" terimi kullanılmıştır. Bununla birlikte YUKK m.122'ye göre, "diğer mevzuatta, 15/7/1950 tarihli ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanuna yapılmış olan atıflar, bu Kanuna yapılmış sayılır. Diğer mevzuatta geçen yabancılarla mahsus "ikamet tezkeresi" ibaresinden, bu Kanundaki "ikamet izni" anlaşılır". YUKK'un "Tanımlar" başlıklı m.3/1-i bendine göre, bu kanunun uygulanmasında ikamet izni Türkiye'de kalmak üzere verilen izin belgesini ifade eder<sup>35</sup>.

YUKK'un yürürlüğe girmesi ile kullanılan ikamet izni de yeni Medenî Kanun'da düzenlenmiş olan yerleşim yeri kavramından farklıdır. YUKK kapsamında ikamet(yerleşim) izni almış olan bir yabancıнын, Türkiye'de

<sup>30</sup> Council Directive of 22 September 2003 on the Right of Family Reunification, OJ. L 251 3.10.2003, 12-18. Yönerge'nin Türkçe çevirisi için bkz. İltica ve Göç Mevzuatı, Ankara 2005, s. 163 vd.

<sup>31</sup> OJ.18.1.2000- c-364/1. [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf). (21.9.2016).

<sup>32</sup> BERKİ, Osman Fazıl, Devletler Hususî Hukuku, Cilt: I, Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku, Ankara 1970, s.183; SEVİĞ, Vedat Raşit, Türkiye'nin Yabancılar Hukuku, İstanbul 1981, s. 81.

<sup>33</sup> GÖĞER, Erdoğan, Yabancılar Hukuku, B.3, Ankara 1979, s.77.

<sup>34</sup> AYBAY, Rona/DARDAĞAN-KİBAR, Esra, Yabancılar Hukuku, B.3, İstanbul 2010, s. 127.

<sup>35</sup> Uygulama Yönetmeliği'nin 3/1-k bendinde yapılan ikamet izni tanımı Kanun'da yapılan tanımı tekrarlamaktadır. Buna göre, ikamet izni, yabancılarla Türkiye'de kalma hakkı veren izindir.

Medenî Kanunda düzenlenmiş hâliyle Türkiye'de yerleşim yerinin bulunduğu sonucunu çıkarmak mümkün değildir.

Hukukî anlamda uluslararası alanda üzerinde uzlaşmış kesin bir aile tanımı bulunmamaktadır<sup>36</sup>. Devletler arasındaki sosyal ve kültürel farklılıklar, sosyal statüler arasındaki değişiklikler, bilim ve teknolojinin gelişmesi, iletişim ve ulaşım olanaklarının değişkenliği göz önüne alındığında, uluslararası hukukta, kesin ve bağlayıcı bir aile tanımı yapılmaması tercih edilmiştir<sup>37</sup>. Boşanma ve yeniden evlenmeler, tek ebebeynli aileler, üvey ana babalar, eşcinsel birlikteliklerin giderek daha fazla tanınması ve bu kişi gruplarının da aile hayatı hakkının bulunması gündeme gelmiştir<sup>38</sup>. Evli olmayan çiftlerin beraberliklerinin tanınması ve evlilik dışında doğan çocuklara eşit muamele yapma ilkeleri ailenin kapsamı konusunda katı bir hukukî kritere başvurmanın uygun olmadığını göstermiştir<sup>39</sup>. Bütün bu gelişmeler, uluslararası anlaşmalarda ve düzenlemelerde aile tanımının çeşitlenmesini beraberinde getirmiştir. Nitekim Medenî Siyasal haklar Sözleşmesi'nde yer alan aile tanımını yorumlayan İnsan Hakları Komitesi'nin Genel Yorumunda (19)<sup>40</sup>, devletten devlete ve bölgeden bölgeye ailenin kapsamının değiştiği vurgulanmış ve standart bir tanım yapmanın mümkün olmadığı vurgulanmıştır<sup>41</sup>. Komite sonuç olarak, aile teriminin sadece evlilik ya da birlikte yaşama süresince aile evindekilerle sınırlı olmadığını, ebebeynler ile çocuklar arasındaki genel anlamda tüm ilişkileri kapsadığını belirtmiştir. Aile olmak için asgarî gereklilik ise birlikte yaşam, ekonomik bağlar, düzenli ve kuvvetli ilişkilerdir<sup>42</sup>.

Yabancılar aile bireylerinin varlığına bağlı olarak ikamet izni verilmesi, aile göçü, aile birleşimi ya da aile oluşumu olarak anılmaktadır<sup>43</sup>. Pek çok hukuk sisteminde aile terimi, farklı şekilde tanımlanmakta ya da yorumlanmaktadır. Aile birleşimi prosedürü altında bir ülkeye giriş yapma ve o ülkede ikamet etme ayrıcalığı ya da hakkı kapsamında aile kavramı da ülkeden ülkeye değişmektedir. Zamanla aile birleşiminde kocaya bağlı olarak kadınların aile birleşiminden yararlanmak istediği erkek egemen yapı da göçün globalizasyonu ile değişmiştir<sup>44</sup>.

---

<sup>36</sup> JASTRAM/NEULAND, s.582; IOM Migration and Family, s.4.

<sup>37</sup> JASTRAM/NEULAND, s.584; IOM Migration and Family, s.5.

<sup>38</sup> JASTRAM/NEULAND, s.584; IOM Migration and Family, s.5.

<sup>39</sup> THYM, Daniel, "Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?", ICLQ Vol.57, 2008, s.89; JASTRAM/NEULAND, s.584.

<sup>40</sup> UN Human Rights Committee (HRC), CCRP General Comment No.19: Article 23 (The Family) Protection of the Family, the Right to Marriage and Equality of Spouses, 27 July 1990, <http://www.refworld.org/docid/45139bd74.html> (20.06.2016).

<sup>41</sup> IOM Migration and Family, s.7.

<sup>42</sup> IOM Migration and Family, s.8.

<sup>43</sup> ÇİÇEKLİ, s.99.

<sup>44</sup> IOM Migration and Family, s.7.

Evrensel bir aile tanımı bulunmama ile birlikte, aile birleşimi kapsamında, pek çok uluslararası sözleşme ya da düzenlemede “aile üyeleri” tanımlanmaktadır<sup>45</sup>. Aile bileşimine ilişkin hükümler, eşler ile evlenmemiş, bağımlı ya da küçük çocuklara yani çekirdek aileye uygulanmaktadır<sup>46</sup>. Ancak çocukların yaşı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bağımlı kişi ise ekonomik nedenlerle varlığı önemli ölçüde, doğrudan bir başka kişiye bağlı olan kişidir fakat duygusal bağlılık da dikkate alınmalıdır<sup>47</sup>. Ayrıca bağımlılık prensibi, çekirdek aileden daha fazla üyenin aileyi oluşturabileceğini ortaya koymaktadır<sup>48</sup>.

Bir yandan çok eşlilik aile birleşimi dışında tutulmakta diğer yandan evli olmayan partnerlerin belirli şartlar altında aile birleşimi hakkında yararlanabileceğini düzenleyen ülkelerin sayısı giderek artmaktadır<sup>49</sup>. Avustralya, Hollanda ve bir dereceye kadar Birleşik Krallık, eşcinsel birliktelikleri aile birleşimi kapsamına almaktadır<sup>50</sup>. Bağımlılık, yaş ve destekleme koşulları altında bazı ülkelerde erkek ve kız kardeşler ile diğer akrabalar da bu kapsama alınmaktadır<sup>51</sup>. Avrupa Birliği’nde, anne babalar ile büyük anne ve büyükbabalar için daha esnek olunabileceği tartışılmaktadır<sup>52</sup>. Özellikle evli olmayan genç kadınların, belirli bir yaşın üzerinde olsa bile çekirdek ailenin bir parçası kabul edildiği kültürler bulunduğu belirtilmektedir<sup>53</sup>.

YUKK’da aile ikamet izni ayrıca tanımlanmamıştır. Bununla birlikte “aile üyeleri” tanımı yapılmıştır. Kanuna göre aile üyeleri, başvuru sahibinin veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişinin eşini, ergin olmayan çocuğu ile bağımlı ergin çocuğunu ifade eder (m.3/1-a)<sup>54</sup>. Kanunda yer alan aile üyeleri tanımı yalnızca başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi yabancılar için yapılmıştır oysa aile ikamet izni başvurusunda bulunabilecek yabancılar ve destekleyiciler kanunda tanımlanan aile üyelerinden daha geniş bir kategoriye işaret etmektedir. YUKK’un 34. maddesine göre aile ikamet izni, Türk vatandaşlarının, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu<sup>55</sup>’nin 28 inci maddesi kapsamında olanların veya ikamet izinlerinden birine sahip olan

<sup>45</sup> IOM Migration and Family, s.4.

<sup>46</sup> JASTRAM/NEULAND, s.582; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.2, (dn.4); STRIK/HART/NISSEN, s.7.

<sup>47</sup> JASTRAM/NEULAND, s.585.

<sup>48</sup> JASTRAM/NEULAND, s.585.

<sup>49</sup> OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.2, (dn.4).

<sup>50</sup> OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.2, (dn.4).

<sup>51</sup> OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.2, (dn.4).

<sup>52</sup> JASTRAM/NEULAND, s.585; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.2, (dn.4).

<sup>53</sup> JASTRAM/NEULAND, s.585.

<sup>54</sup> Uygulama Yönetmeliği’nde yapılan aile üyeleri tanımı Kanun’da yer alan tanımı tekrar etmektedir (UY m.3/1-a).

<sup>55</sup> RG, 12.06.2009-27256.

yabancılar ile mültecilerin ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin; yabancı eşine, kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna, kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna verilebilir. O hâlde aile ikamet izni kavramı içinde yer alan kişiler, kanunda sayılan aile üyelerinden ibaret değildir.

Yabancılar bakımından Türk hukukunda aile ikamet izni bağlamında bir aile tanımı arandığında, Türkiye'de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmeliğin<sup>56</sup> "Tanımlar" başlıklı 4. maddesi değerlendirilebilir. Buna göre aile, aynı soydan olup, bir aile sıra numarası altında kayıtlı olan kişiler ile onların eş ve çocuklarıdır (m.4/1-a).

YUKK'da yer alan ikamet izni tanımı ile Türkiye'de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik'te yer alan aile tanımı birlikte değerlendirilerek bir aile ikamet izni tanımı yapmak mümkündür. Buna göre aile ikamet izni, aynı soydan olup, bir aile sıra numarası altında kayıtlı olan kişilerin eş ve çocukları ile eşinin çocuklarına Türkiye'de kalmak üzere verilen izin belgesidir.

## II. ANAYASA'DA YER ALAN NORMLAR

### A. Anayasa'nın 16. Maddesi

1982 Anayasası'nın 16. maddesine göre, yabancıların temel hak ve hürriyetleri milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlanmasına ilişkin özel hüküm niteliğindeki bu düzenlemeye göre, söz konusu sınırlamaların Anayasa'ya uygun olması için iki şart aranmaktadır. Bu şartlardan birincisi, sınırlamanın "kanunla" getirilmesidir. İkinci şart ise getirilen sınırlamanın milletlerarası hukuka uygun olmasıdır. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu ya da başka bir idarî makam tarafından yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlanması mümkün değildir<sup>57</sup>. Anayasanın 16. maddesinden çıkarılabilecek bir diğer sonuç, temel hak ve özgürlükler alanında vatandaş ile yabancı arasında kural olarak eşitlik ilkesinin benimsenmiş olmasıdır<sup>58</sup>.

### B. Anayasa'nın 90. Maddesi

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.). Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak

---

<sup>56</sup> RG, 20.10.2006-26325.

<sup>57</sup> EKŞİ, s. 71; ERTEN, Rifat, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIX, Yıl:2015, Sayı.1, s. 6.

<sup>58</sup> TEKİNALP, Gülören, Türk Yabancılar Hukuku, B. 8, İstanbul 2003, s.1; ERTEN, s. 5.

ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

Aile ikamet izni, sadece yabancıların ülkede vize ya da vize muafiyeti süresinden daha uzun kalış hakkını değil aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerden biri olan aile hayatı hakkı ile ilişkilidir. Dolayısıyla aile birleşimine dair milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınması zorunludur.

### **C. Anayasa'nın 23. Maddesi**

Anayasanın 23. maddesine göre, herkes ikamet ve seyahat özgürlüğüne sahiptir. Yerleşme özgürlüğü, suç işlenmesinin önlenmesi, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak veya sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek veya kamu mallarını korumak için sınırlanabilir. Seyahat özgürlüğü ise suç kovuşturması ve soruşturması ile suç işlenmesini önlemek için sınırlanabilir.

Anayasa'nın 23. maddesinde, "herkes" in yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğunun belirtilmiş olması yabancı vatandaş ayrımı yapılmaksızın bu özgürlüğün anayasal güvence altında olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte sınırlama nedenleri bakımından da yabancı vatandaş ayrımı yapılmamıştır<sup>59</sup>.

### **D. Anayasa'nın 20. Maddesi**

Anayasa'nın "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasına göre herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga cümle: 3/10/2001-4709/5 md.)

Doktrinde, 20. maddeyi Anayasa'nın 17. maddesiyle birlikte yorumlayan görüşe göre, Türk mahkemeleri söz konusu hükümlerden hareket ederek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>60</sup>'nin (AİHS), 8. maddesinin gerektirdiği gibi, bir kişiyi ülkeye alma yükümlülüğüne varabilir hatta daha ileri bir koruma seviyesi sağlayabilir<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> AYBAY/DARDAĞAN-KİBAR, s. 125.

<sup>60</sup> 4.11.1950 tarihli olan Sözleşme 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeye taraftır. RG, 19.03.1954- 8662.

<sup>61</sup> GÖÇMEN, İlke, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku, Ankara 2015, (Göç Hukuku), s.431.

### **E. Anayasa'nın 41. Maddesi**

Anayasa'nın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlıklı Üçüncü Bölümü, Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları başlıklı 41. maddeyle başlamaktadır. 41. maddenin ilk fıkrasında, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı ifade edilmiştir (m.41/1 Değişik: 3/10/2001-4709/17 m.).

41. maddenin ikinci fıkrasına göre, Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar. (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/4 md.) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir (m.41/3). (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/4 md.) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.

Aile ikamet izni bakımından kanaatimizce Anayasanın 41. maddesi özel bir öneme sahiptir. Aile ikamet izni, diğer ikamet izinlerine nazaran aile birleşimi nedeniyle ikamet izni talep eden yabancılarda daha kolaylaştırılmış şartlar aramaktadır<sup>62</sup>. Aile ikamet izni süresi de diğer ikamet izinlerine göre daha uzundur. Aile ikamet izinlerinin bu şekilde düzenlenmiş olması aile birleşimi konusunda milletlerarası sözleşmelerde öngörülen hak ve özgürlüklerle birlikte aynı zamanda Anayasa'nın 41. maddesinin ikinci fıkrasına göre devletin ailenin huzur ve refahını sağlama görevinin bir parçasıdır.

Ancak unutmamak gerekir ki, Anayasanın 41. maddesi temel hak ve özgürlükler içinde değil sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler altında yer yer almaktadır. Bu nedenle yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasına ilişkin 16. maddede yer alan milletlerarası hukuka uygunluk ve kanunla düzenlenme şartları, sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükler bakımından uygulanmayacaktır.

### **III. KAYNAĞINI ULUSLARARASI HUKUKTA BULAN İÇ HUKUK KURALLARI**

YUKK madde 2(2)'de, bu Kanun'un uygulanmasında, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar ile özel kanun hükümlerinin uygulanması saklı tutulmuştur. Bu kapsamda aile ikamet izni bakımından Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler öncelikli olarak uygulanacaktır<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> YUKK'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, Türk doktrininde, ikamet tezkeresinin yabancılar için mutlak bir hak olmadığı gibi devletin lütfu da olmadığı vurgulanmış; özellikle vatandaşla evli olan yabancılar bakımından sosyal gerekçelerin bazı hâllerde ikamet tezkeresini yabancı için bir hak hâline getirebildiği ifade edilmiştir. GÖĞER, s.76.

<sup>63</sup> ERTEN, s.9.



## A. İkamet ve Aile Hayatı Hakkını Düzenleyen Sözleşmeler

### 1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi<sup>64</sup>'nin 13. maddesi, yerleşme ve seyahat özgürlüğü ile ilgilidir. 13. maddenin birinci fıkrasına göre herkesin bir devletin toprakları üzerinde serbestçe dolaşma ve oturma hakkı vardır.

Aile ikamet izinleri bakımından İnsan hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. maddesinin özel bir önemi vardır. 16. maddenin birinci fıkrasında, yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımlarından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurmaya hakkı olduğu ifade edildikten sonra, ikinci fıkrada evlenme sözleşmesinin ancak evleneceklerin özgür ve tam iradeleriyle yapılabileceği düzenlemiştir. Son olarak 16. maddenin üçüncü fıkrasında ailenin toplumun doğal ve temel unsuru olduğu belirtilerek toplum ve devlet tarafından korunacağı vurgulanmıştır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde aile hayatı hakkı hem negatif hem de pozitif bileşenleriyle düzenlenmiştir. Yani devlet aile hayatına katılmayı sağlayacak hukuk kurallarını ve uygulamayı düzenleyecek ve aile hayatı hakkını, meşru bir amaç bulunmaksızın engellemeyecektir<sup>65</sup>.

### 2. Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi

Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi<sup>66</sup>'ne göre, mülteciler, diğer konularda olduğu gibi ülkeye giriş ve ikamet konularında da yabancılarla eşit haklara sahiplerdir.

---

<sup>64</sup> RG, 27.05.1949-7217.

<sup>65</sup> ROHAN, s.352.

<sup>66</sup> RG, 05.09.1961- 10898. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 42. maddesine göre, taraf devletler, imza, onay veya katılma sırasında 1,3,4, 16(1), 33, 36-46, maddeler hariç olmak üzere diğer maddelere çekince koyabilirler. Türkiye 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile ilgili olarak üç beyanda bulunmuştur. Bunlardan birincisi, zaman sınırlamasına ilişkin olarak, yalnızca 1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar nedeniyle mülteci statüsünün tanınmasıdır. İkincisi, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin hiçbir hükmünün, Türkiye'de bir Türk vatandaşına verilen haklardan daha fazlasının mültecilere verileceği şeklinde yorumlanamamasıdır. Türkiye'nin üçüncü beyanı ise coğrafi sınırlamaya ilişkindir. Buna göre Türkiye, Avrupa ülkelerinden gelen kişilere mülteci statüsü tanıyacaktır. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne Ek 1967 tarihli Protokol, New York'ta imzalanmıştır ve Türkiye 1967 tarihli Protokolü, 1968 yılında onaylamıştır (RG, 05.08.1968-12968). 1967 tarihli Ek New York Protokolünde, "1 Ocak 1951'den önce cereyan eden olaylar" ifadesi 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nden çıkarılmıştır. Türkiye 1967 tarihli Ek New York protokolünü onaylarken zaman sınırlamasını kaldırmakla birlikte coğrafi sınırlamayı ve 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin hiçbir hükmünün Türkiye'de Türk vatandaşlarına verilen haklardan daha fazlasının mültecilere verileceği şeklinde yorumlanamamasına ilişkin beyanını saklı tutmuştur. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi, sadece Kongo, Madagaskar, Monako ve Türkiye tarafından coğrafi sınırlamayla uygulanmaktadır. Burada Avrupa ülkelerinden kasdedilen, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerdir.

1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin, geri göndermeme (m.33) ve yasa dışı ülkeye girişten dolayı cezalandırılmama (m.31) gibi önemli hükümleri bulunmakla birlikte mültecilerin aile hayatı hakkı ve aile birleşimi konusunda özel bir hükmü yoktur<sup>67</sup>. Bununla birlikte aile birliği genel uluslararası hukukla birlikte gelişmiştir ve mülteciler konusunda yerini bulmuştur<sup>68</sup>. Aile birliği hakkı, statülerine bakılmaksızın ve ayırım yapılmaksızın her insana uygulanmaktadır<sup>69</sup>.

### 3. Avrupa İkamet Sözleşmesi

Avrupa İkamet Sözleşmesi<sup>70</sup>, gerçek kişilerin ikametini düzenlemektedir. Sözleşme'nin 2. maddesine göre, taraf devletler, ekonomik ve sosyal koşullarının elverdiği ölçüde diğer taraf devlet vatandaşlarının ikamet sürelerini uzatacak veya daimi oturmalarına izin vereceklerdir.

Avrupa İkamet Sözleşmesi'ne Ek Protokol'ün 1,2 ve 3. maddelere ilişkin III. Kısımının b bendinde, Âkit Taraflar kendilerine tanınan hakların kullanılmasında, aile bağlarını dikkate almayı taahhüt eder denilmiştir. Ayrıca c bendine göre, sınır dışı etme hakkı ancak ferdî hâllerde kullanılabilir. Âkit Taraflar sınırdışı etme hakkını Avrupa Konseyi üyeleri arasında var olan özel ilişkileri dikkate alarak kullanacaklardır. Özellikle ilgili şahsın aile bağlarını ve ülkelerindeki oturma süresini dikkate alacaklardır. Bununla birlikte Avrupa İkamet Sözleşmesi'nde aile birleşimi hakkına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>71</sup>.

### 4. Avrupa Konseyine Üye Ülkeler Arasında Kişilerin Seyahatlerine İlişkin Avrupa Sözleşmesi

Avrupa Konseyine Üye Ülkeler Arasında Kişilerin Seyahatlerine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde<sup>72</sup>, hem vize hem ikamete ilişkin elverişli hükümler bulunmaktadır.

Sözleşmenin 1. maddesine göre, sözleşmeye taraf olan devletlerin vatandaşları, sözleşmeye taraf olan diğer devletlerin ülkesinde, üç ayı geçmemek ve kazanç amacı taşımamak şartıyla vize almaksızın seyahat edebilir. Kazanç amacıyla seyahat ise üç aydan daha az süreli olsa bile sözleşmenin kapsamı dışında kalır.

---

<sup>67</sup> ROHAN, s.365.

<sup>68</sup> JASTRAM/NEULAND, s.581; ROHAN, s.365.

<sup>69</sup> JASTRAM/NEULAND, s.569; ROHAN, s.365.

<sup>70</sup> Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından 1955 yılında imzalanmış ve 1979 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeye taraftır. RG, 17.09.1989-20145.

<sup>71</sup> JOHN, s.8.

<sup>72</sup> 13.12.1957 tarihli Sözleşme Türkiye için 1961 tarihinden itibaren yürürlüktedir. RG, 01.12.1961-10972.

Sözleşmede yer alan seyahat serbestisi ise 6. ve 7. maddeler kapsamında sınırlanabilir. 6. maddeye göre, her üye devletin sakıncalı bulunduğu kişilerin ülkesine girişine izin vermeyebilir. 7. maddeye göre ise kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedeniyle kişilerin girişinin engellenmesi mümkündür.

### **5. Medenî ve Siyasal Haklar Sözleşmesi**

Medenî ve Siyasal Haklar Sözleşmesi<sup>73'</sup> nin 17. maddesine göre, hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlerde bulunulamaz. Sözleşme'nin 23. maddesinin birinci fıkrasında ise, ailenin, toplumun doğal ve temel birimi olduğu ve toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. İki madde birlikte değerlendirildiğinde, devlet, toplumun temel ve doğal bir birimi olarak aileyi korumalı ve tanımalıdır<sup>74</sup>.

### **6. Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi**

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi<sup>75'</sup> nin 10. maddesine göre, toplumun doğal ve temel bir birimi olan aileye, özellikle kuruluşu sırasında ve bakmakla yükümlü oldukları çocukların bakım ve eğitim sorumluluğu devam ettiği dönemde, mümkün olan en geniş ölçüde koruma ve yardım sağlanır. Sözleşme'de tüm insanların refahı ve güvenliği için ailenin önemi vurgulanmıştır<sup>76</sup>.

### **7. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme**

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme<sup>77'</sup> nin 15. maddesinin 4. fıkrasına göre, taraf Devletler, kadın ve erkeğe hukukî olarak ikametgâh seçme ve taşımada eşit yasal hak tanıyacaklardır.

### **8. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>78'</sup> nin "Özel ve Aile Hayatına Saygı" başlıklı 8. maddesine göre, herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir

---

<sup>73</sup> Türkiye Sözleşme'yi 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır. RG, 18.06.2003-25142.

<sup>74</sup> ROHAN, s.353.

<sup>75</sup> Türkiye Sözleşme'yi 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır. RG, 11.08.2003-25196.

<sup>76</sup> ROHAN, s.353.

<sup>77</sup> Türkiye Sözleşme'ye 11.06.1985 tarihinde katılmıştır. RG, 14.10.1985-18898.

<sup>78</sup> 4.11.1950 tarihli olan Sözleşme 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeye taraftır. RG, 19.03.1954- 8662.

toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

AİHS'nin 8. maddesinde yer alan aile hayatı hakkı mutlak bir hak olarak nitelendirilmemektedir<sup>79</sup>. Devletlerin ülkesinde aile birleşimini sağlamasını zorunlu tutmamakta ve bireylerin aile hayatının devamı için en uygun yeri belirleme hakkını garanti altına almamaktadır<sup>80</sup>. Bu hüküm, aile hayatını ve aile ilişkilerini devletin haksız müdahalelerine karşı korumaktadır<sup>81</sup> ve ulusal sınırlamaların uluslararası hukuka uygun<sup>82</sup> ve meşru amaçla yapılmasını zorunlu kılmaktadır<sup>83</sup>. O hâlde AİHS'ne taraf devletler, bireylerin aileleriyle birlikte yaşama menfaati ile göç kontrolünde ev sahibi toplumun menfaatlerini veya ulusal güvenliğin korumasındaki menfaatlerini, iç ülkesel iş piyasasını ya da diğer menfaatleri dengelemek zorundadır<sup>84</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukunda aile birleşimine ilişkin önemli örnekler bulunmaktadır. AİHM, 8. maddeyle ilgili kararlarında tutarlı bir yargılama yapmakta ve aile hayatı ile ilgili koşulları hassas bir şekilde değerlendirmektedir<sup>85</sup>. İlgili aile üyeleri ile ev sahibi ülke arasında etkili ve güçlü bağlar aramakta; aile hayatının gerçekten mevcut olmasını vurgulamakta ve ailenin başka bir yerde birleşmesinin imkânsız olmasını aramaktadır<sup>86</sup>. Aile hayatı kavramını sadece çekirdek aile için uygulamamakta aynı zamanda başka ilişki biçimlerinde de uygulamaktadır<sup>87</sup>. Aile hayatının varlığı için hukukî anlamda aile tanımından ziyade ilişkinin niteliğine bakmaktadır<sup>88</sup>. Bu kapsamda, nişanlı çiftler arasındaki ilişki ya da ana baba ile ergin çocuklar arasındaki ilişki, AİHS m-8'e dahil edilmektedir<sup>89</sup>.

AİHM'nin 8. madde ile ilgili nispeten farklı yaklaşım sergilediği verdiği iki tür durum vardır. Birincisi, aile üyelerinin aile birleşimi amacıyla diğer aile üyeleriyle (genellikle ailenin geçimini sağlayan kişiyle) bir başka ülkede bir

---

<sup>79</sup> ROAGNA, Ivana, Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Human Rights Handbooks, Council of Europe Strasbourg 2012, s.87.

<sup>80</sup> ROAGNA, s. 87.

<sup>81</sup> WIESBROCK, s.141.

<sup>82</sup> THYM, s.87.

<sup>83</sup> WIESBROCK, s.141.

<sup>84</sup> WIESBROCK, s.142.

<sup>85</sup> OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.12.

<sup>86</sup> OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.12.

<sup>87</sup> WIESBROCK, s.142.

<sup>88</sup> WIESBROCK, s.142.

<sup>89</sup> WIESBROCK, s.142.

araya gelmek istediği durumdur<sup>90</sup>. İkincisi, aile üyelerinden birinin sınır dışı edilmesi nedeniyle kendisinin ve aile üyelerinin yaşadığı ülkeden ayrılması durumudur<sup>91</sup>. Bu çalışmada birinci duruma ilişkin AİHM kararları incelenmiştir.

Bunlardan biri *Abdulaziz, Calabes and Balkandali v. United Kingdom* başvurusudur<sup>92</sup>. Bu olayda, Birleşik Krallıkta hukuka uygun ve daimi ikamet izniyle oturmakta olan Portekiz, Filipinler ve Türk vatandaşı üç kadın bulunmaktadır. Birleşik Krallık, başvurucu üç kadının sırasıyla Portekiz, Filipinler ve Türkiye’de ikamet edebileceğini, dolayısıyla başvurucuların ikamet ülkesini tercih etme durumunda olduklarını ileri sürmüştür<sup>93</sup>. Söz konusu başvuruda, Birleşik Krallık mevzuatına göre, yerleşik erkeklerin eşleri için ikamet izin almanın aynı durumdaki kadınlara nazaran daha kolay tutulması AİHS m.14 ve m.8’in cinsiyet ayrımcılığı nedeniyle ihlâline karar verilmiştir<sup>94</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki bu kararda, aile birleşimi talebinin reddedilmesi dolayısıyla 8. maddenin kendisinin değil ayrımcı düzenlemelerden dolayı 14. madde ile birlikte 8. maddenin ihlâline hükmedilmiştir<sup>95</sup>. Bu karar, aile birleşiminin, aile hayatı hakkından daha sınırlayıcı olduğu ortaya konmuştur<sup>96</sup>.

Çocuk bakımından aile hayatına saygı ile ilgili başka bir örnek *Tuquabo-Tekle and Orhers v. Netherlands*<sup>97</sup> başvurusudur. Bu başvuruda, bayan (S) Eritre vatandaşıdır. Annesi (T) 1989 yılında Norveç’e gelmiş, 1992’de Hollanda’da yerleşik bay (T) ile evlenmiş ve 1993’de Hollanda’ya gitmiştir. 1997’de bay ve bayan (T), bayan (S) için ikamet izni talep etmiştir. AİHM, bu talebin bir aile biriminden bahsedilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmesini, AİHS’nin 8. maddesinin ihlâli olarak değerlendirmiştir<sup>98</sup>. Bu kararda, Hollanda’da yaşayan çiftin, Hollanda ile güçlü bağlarının bulunduğu, orijin ülkesiyle bağlarının zayıf olduğu, aile hayatının devamının en iyi yolunun kızlarının Hollanda’ya giriş yapması ve Hollanda’da ikamet etmesi olduğu belirtilmiştir<sup>99</sup>.

<sup>90</sup> JASTRAM/NEULAND, s.580; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.12; CHOLEWINSKI, s.275.

<sup>91</sup> JASTRAM/NEULAND, s.580; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.12; CHOLEWINSKI, s.275. Bununla birlikte AİHM, sınır dışı edilme durumunda aile hayatını koruma konusunda daha istekli iken ülkeye giriş yapma durumunda aile hayatının korunması konusunda daha çekimserdir. JOHN, s.2; ROAGNA, s.88. Sınır dışı edilme durumunda aile hayatı hakkı ve aile birleşimi üzerine AİHM kararları değerlendirmeleri için ayrıca bkz. THYM, s. 97-102.

<sup>92</sup> App. 9214/80, 9473/81 and 9474/81 (ECHR) *Abdulaziz, Calabes and Balkandali v United Kingdom* (1985)

<sup>93</sup> JOHN, s.11; GÖÇMEN, Göç Hukuku, s.425.

<sup>94</sup> ÖZKAN, Işıl, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Ankara 2013, .188.

<sup>95</sup> ROAGNA, s.88; ROHAN, s.360.

<sup>96</sup> WIESBROCK, s.143; JOHN, s.11.-12; ROHAN, s.360.

<sup>97</sup> App. 60665/00 (ECHR) *Tuqu-tekle and Orhers v. Netherlands* (2005).

<sup>98</sup> STRIK/HART/NISSEN, s.74; GÖÇMEN, Göç Hukuku, s.426.

<sup>99</sup> WIESBROCK, s.144; ROAGNA, s.89.

1996 tarihli *Gül v. Switzerland*<sup>100</sup> kararında ise, siyasî nedenlerle Türkiye'den ayrılmış olan ve İsviçre'de yaşayan Türk vatandaşı ana ve baba, Türkiye'de yaşayan oğulları için aile ikamet izni talebinde bulunmuştur ve bu talepleri reddedilmiştir. AİHM, İsviçre'de geçici ikamet izniyle yaşamakta olan anne ve babasının yanına gelmek isteyen 12 yaşındaki oğulları için red kararı veren İsviçre'nin 8. maddeyi ihlâl etmediğine karar vermiştir. Kararda, anne ve babanın İsviçre'de geçirdikleri süreye bakıldığında, Türkiye'ye dönmelerinin kolay olmadığı ancak Türkiye'de aile hayatlarını geliştirmelerine engel teşkil eden bir durum da olmadığını belirtmiştir<sup>101</sup>. Oğullarının Türkiye'de yaşadığı, kendi ülkesinin kültürel ve sözel çevresinde büyüdüğü vurgulanmıştır<sup>102</sup>. AİHM bu kararında, "bütün bu değerlendirmelere bağlı olarak ve Gül ailesinin durumunun insanî açıdan bakıldığında çok zor olduğunun doğruluğu kabul edilerek, Mahkeme, İsviçre'nin 8. maddenin birinci fıkrasını ihlâl etmediği sonucuna varmıştır"<sup>103</sup> diyerek sıkı hukukî gerekçe ile ahlâkî değerlendirmeyi birbirinden ayırmıştır. Kararda anne ve babanın İsviçre'den almış oldukları ikamet izninin daha çok geçici karakterli olması etkili olmuştur<sup>104</sup>. Başka bir devlette aile hayatının sürdürülebilmesi yaklaşımı<sup>105</sup>, Gül davasında çok katı şekilde uygulanmıştır<sup>106</sup>. Doktrinde bu karar, AİHM'nin aile hayatı hakkının ileri derecede sınırladığı bir karar olarak nitelenmiş ve olumsuz eleştirilere neden olmuştur<sup>107</sup>.

Daha tartışmalı bir karar ise 1996 tarihli *Ahmut and Ahmut v. Netherlands* kararıdır<sup>108</sup>. Annesi Fas'ta vefat etmiş olan ve ona bakacak başka kimsesi olmayan 9 yaşındaki Ahmut, Hollanda'da ikamet eden ve başvuru sırasında Hollanda vatandaşlığını kazanmış olan babasının yanında Hollanda'da yaşamak istemektedir<sup>109</sup>. AİHM bu olayda, Hollanda makamlarının 8. maddeyi ihlâl etmediği sonucuna varmıştır<sup>110</sup>. Kararda, "devletlerin ülkesinde mukim göçmenlerin akrabalarını ülkesine dahil etme yükümlülüğünün kapsamı, her bir olayda ilgili kişilere ve genel menfaate bağlı olarak değişebilir. Göç söz konusu olduğunda, 8. madde, devlete, göçmenin önceki ikamet ülkesi ile göç ettiği ülkede aile birleşimini sağlamak konusunda seçim yapma konusunda

---

<sup>100</sup> App. 53/1995/559/645. 1 (ECHR) *Gül v. Switzerland*, (1996).

<sup>101</sup> JOHN, s.20.

<sup>102</sup> 53/1995/559/645, par.42.

<sup>103</sup> 53/1995/559/645, par. 44; JASTRAM/NEWLAND, s.581.

<sup>104</sup> ROAGNA, s.88; JASTRAM/NEWLAND, s.581; JOHN, s.20.

<sup>105</sup> ÖZKAN, s.210.

<sup>106</sup> ROAGNA, s.88; JOHN, s.21; ROHAN, s.361.

<sup>107</sup> JOHN, s.19.

<sup>108</sup> App. 73/1995/579/665. (ECHR) *Ahmut and Ahmut v. Netherlands*, (1996).

<sup>109</sup> JOHN, s.25.

<sup>110</sup> ROHAN, s.362.

genel bir yükümlülük getirmemektedir<sup>111</sup>. Her ne kadar baba Ahmet, aile hayatını oğlu ile Hollanda'da sürdürmek ve yoğunlaştırmayı tercih etmiş olsa da 8. madde, aile hayatının geliştirilmesi için en uygun yeri seçme hakkını garanti altına almamaktadır<sup>112</sup> denilmiştir. Son derece tartışmalı olan bu karar 5'e 4 karşı oyla verilmiştir ve karşı oylar da son derece güçlüdür. Karşı oylardan birinde, bu karar, göç alanında sert kararlar için hazır bulunuşun artışı önlenmezse giderek artan gevşek kontrol eğilimini işaret etmektedir. Bir diğer karşı oyda babanın, Hollanda vatandaşlığını kazanmış olduğu, her ülkede her vatandaşın, oğlu kendisiyle aynı vatandaşlığa sahip olmasa bile oğlunu yanına almaya hakkı olduğu, Hollandalı babanın adının Ahmet olmasından dolayı bu hakkının bulunmadığının kabul edilemeyeceği vurgulanmıştır. Bu karşı oya göre, ayrımcılık kuşkusuz kaçınılmaz bir şekilde insanların zihninde pusuda beklemektedir. Bir diğer karşı oyda, çocuğun henüz dokuz yaşında olduğu, babasının koruması ve rehberliğine ihtiyaç duyduğu yaşta olduğu ve annesinin vefat ettiğine vurgu yapılmış ve sadece AİHS m.8 değil, ulusal hukukta öngörülmüş olan insanî karakterli muhik nedenlere atf yapılmıştır.

*Sen v. Netherlands* kararı<sup>113</sup> ise Gül davasından beş yıl sonra AİHM'nin yaklaşımın değiştiğini ve yumuşadığını göstermiştir<sup>114</sup>. Bu kararda ev sahibi devletin takdir yetkisi, önceki kararlara nazaran önemli ölçüde daha dar bir çerçevede kabul edilmiştir<sup>115</sup>. Karara göre, anne babasının Türkiye'ye dönmesi önemli ölçüde engellendiği için 13 yaşındaki çocuğun Hollanda'ya gelmesi aile hayatının devamı için en uygun yoldur ve Hollanda makamlarının bu konuda pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kararda aile hayatına katılmanın tek yolunun bu olduğu vurgulanmıştır<sup>116</sup>. AİHM bu kararda, başvuru tarihinde küçük kız çok küçük olsa da, tüm hayatını Türkiye'de geçirmiş olsa da kültürel çevresi ve diliyle çok güçlü bağları bulursa bile ailesinin Türkiye'ye dönmesi büyük engellere tâbi iken Hollanda hükümetinin küçük kızın ailesiyle yaşaması için pozitif bir yükümlülüğü bulunduğuna vurgu yapmıştır<sup>117</sup>.

*Haydarie v. The Netherlands* kararında<sup>118</sup> ise AİHM'ne göre, orijin ülkesinde aile hayatının devamını engelleyen objektif engellerin, menfaat dengelerinde önemli bir yere sahip olması; başvurucuların kişisel menfaati ile genel menfaat arasında, sınırlayıcı göç politikası bakımından mutlak bir

<sup>111</sup> WIESBROCK, s.143; JOHN, s.25.

<sup>112</sup> App. 21702/93,(ECHR) *Ahmut and Ahmut v. Netherlands*, (1995).

<sup>113</sup> App. 31465/96,(ECHR) *Sen v. Netherlands*, (2001).

<sup>114</sup> ROAGNA, s.89.

<sup>115</sup> WIESBROCK, s.143.

<sup>116</sup> WIESBROCK, s.143.

<sup>117</sup> ROAGNA, s.89; THYM, s.88.

<sup>118</sup> App. 8876/04, (ECHR), *Haydarie v. The Netherlands* (2005).

kesinlik olarak değerlendirilemez<sup>119</sup>. Bu olayda AİHM, ne kişisel menfaate ne de kamu menfaatine dayanmıştır ancak aile hayatının devamının başka türlü mümkün olmamasının, gelir ya da geçim şartları değerlendirilirken dikkate alınamayacağını vurgulamıştır<sup>120</sup>.

Son olarak, *Pajić v. Croatia* kararında<sup>121</sup>, AİHM, eşcinsel birliktelik içinde olan partnerlerden birinin destekleyici olduğu, diğerinin aile ikamet izni için başvuruda bulunduğu olayda, başvurunun reddedilmesini AİHS'nin 14 ve 8. maddelerini ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. Başvurucu, Bosna Hersek'de yaşayan Bosna Hersek vatandaşıdır. Hırvatistan vatandaşı partneri ile iki yıldır ilişkileri sürmektedir. 2011 yılında, Hırvatistan'da yaşayan partneri ile aile birleşimi için ikamet izni talebinde bulunmuştur. Bu başvurusu Hırvatistan İçişleri bakanlığı tarafından reddedilmiş ve iç hukuk yolları tüketilmiştir. AİHM kararında, başvuru sahiplerinin eşcinsel birlikteliklerinin, AİHS'nin 8. maddesi kapsamında özel hayat ve aile hayatı içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ardından, Hırvatistan'da evlilik dışı eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanındığını buna karşın Yabancılar Kanununda, sadece evlilik birliği içinde olsun evlilik dışı olsun, farklı cinsten çiftlerin aile birleşimi için aile ikamet izni talebinde bulunabildiklerine vurgu yapmıştır. AİHM bu nedenle hem 8. maddenin hem de ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir. AİHM kararı dikkatli değerlendirildiğinde, eşcinsel partnerlerin aile ikamet izni başvurusunda bulunma haklarından söz edilmemektedir. Sadece ülkede evlilik birliği içinde ya da evlilik birliği dışında eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınmış olması durumunda, Yabancılar Kanununda, bu kişiler için aile ikamet izni başvurusunda bulunma imkânının getirilmemiş olmasını AİHS'ne aykırı bulunmuştur. Karardan, aile ikamet izni için başvuruda bulunulan ülkenin hukukunda, eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınmamış olması durumunda, aile ikamet izni başvurusunda bulunabilme bakımından da kanun koyucunun bir yükümlülük altında bulunmadığı sonucuna varmak mümkündür.

Bu örnek kararlar, AİHM'nin aile birleşimi söz konusu olduğunda aile hayatı hakkına ilişkin AİHS'nin 8. maddesini değerlendirirken ahlâk kurallarını kendine göre yorumladığını ve önceden kestirilemez kararlar verdiğini göstermiştir<sup>122</sup>. Aile birleşimi konusunda Üye Devletlere geniş bir takdir yetkisi vermekte ve her bir olayın özelliğine göre karar vermektedir<sup>123</sup>. Aile hayatının devamı için daha uygun yer ile aile hayatının devamı için tek yer kriterini mi esas aldığı; çocuğun ev sahibi ülkede doğması ya da büyümesini mi

---

<sup>119</sup> WIESBROCK, s. 154.

<sup>120</sup> WIESBROCK, s. 154.

<sup>121</sup> App. 68453/13, (ECHR) *Pajić v. Croatia*, (2016).

<sup>122</sup> WIESBROCK, s.144.

<sup>123</sup> WIESBROCK, s.144; ROAGNA, s.88; JOHN, s.15.



esas aldığı belirsizdir<sup>124</sup>. Aile birleşimi hakkının varlığı daha çok ev sahibi ülke dışında aile hayatını kurmanın bireyler için çok zor olduğu durumlarda kabul edilmektedir<sup>125</sup>. Çocukların yetişkinlerle aile birleşimi söz konusu olduğunda AİHM, ana babanın durumuna, çocuğun yaşına ve çocuğun meşei ülkedeki durumuna göre değerlendirme yapmaktadır<sup>126</sup> fakat ana babanın, çocuklarının menfaati için en iyisini tercih edecekleri gerçeğini göz ardı etmektedir<sup>127</sup>.

Ayrımcılık yasağı konusunda, AİHM, vatandaş ile yabancıların farklı kurallara tâbi olmasını ayrımcılık olarak kabul etmezken; farklı ülkelere gelen yabancılara farklı kurallar uygulanmasını sadece önemli gerekçeler mevcutsa uygulanabilir bulmaktadır<sup>128</sup>. Eski sömürgelerden gelen yabancılar ile diğer yabancılar arasında ya da AB vatandaşları ile üçüncü ülke vatandaşları arasındaki ayrımı (örneğin ikamet süreleri bakımından) geçerli gerekçe olarak kabul etmektedir<sup>129</sup>. Ülkede daha uzun süreli daha kalıcı ikamet sahibi yabancılar ile sınırlı süreli ikamet iznine sahip olan yabancılar arasında<sup>130</sup>; vasıflı yabancılar ile vasıfsız yabancılar arasında farklılık yaratan düzenlemeleri makul bulabilmektedir<sup>131</sup>.

#### 9. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4 Nolu Protokol

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 Nolu Protokol<sup>132</sup>'ün 2. maddesine göre, ülkeye yasal olarak giriş yapan herkes ülke içinde istediği yerde ikamet ve seyahat özgürlüğüne sahiptir. Yerleşme ve seyahat özgürlüğü, belirli bazı alanlarda, demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği durumlarda, yasayla düzenlenmiş sınırlamalara konu olabilir (m.2/1).

Bu haklar ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, suçların önlenmesi, sağlık ve ahlakî nedenlerle sınırlanabilir (m.2/3,4). Ayrıca kamu yararının gerektirdiği durumlarda yasa ile kısıtlama konulabilir.

Sözleşmede yer alan ülkeye yasal olarak giriş yapan herkes deyimini, doğrudan doğruya ülkeye giriş hakkına ilişkin olmadığını göstermektedir.

---

<sup>124</sup> WIESBROCK, s.144.

<sup>125</sup> ROAGNA, s.88.

<sup>126</sup> ROAGNA, s.89.

<sup>127</sup> JOHN, s.27.

<sup>128</sup> WIESBROCK, s.145.

<sup>129</sup> WIESBROCK, s.145.

<sup>130</sup> THYM, s.90; ÖZKAN, s.328.

<sup>131</sup> WIESBROCK, s.146.

<sup>132</sup> Türkiye Protokol'ü 14 Mart 1985'de imzalamıştır. Söz konusu Protokol'ün onaylandığının uygun bulunduğu dair 3975 sayılı Kanun, Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. RG, 26.2.1994. 14 Temmuz 1994 tarihli Resmî Gazete'de Protokol'ün onaylanmasına karar verildiğine dair Bakanlar Kurulu kararname yayımlanmıştır. Ancak onay belgesi Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi edilmemiştir. Dolayısıyla Türkiye Protokol'e taraf görünmemektedir. AYBAY/DARDAĞAN-KİBAR, s. 40 (dn. 56).

Ancak ülkeye yasal olarak giriş yapmış kişiler bakımından ikamet ve seyahat özgürlüğünden söz edilmiştir<sup>133</sup>.

## B. Aile Birleşimi Hakkını Düzenleyen Sözleşmeler

### 1. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Sözleşme

Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Sözleşme'nin<sup>134</sup> 44. maddesi aile bileşimine ilişkindir. Buna göre, Taraf Devletler, ailenin toplumun doğal ve temel birimi olduğunu ve toplum ve Devlet tarafından korunmaya hakkı olduğunu kabul etmiş olup, göçmen işçilerin ailelerinin birliğinin korunmasını teminen gereken önlemleri alırlar. Taraf Devletler, göçmen işçilerin eşleriyle veya denk bir ilişki içinde olan kişilerle ve bakmakla yükümlü oldukları evlenmemiş çocuklarıyla birleşmeleri için gerekli önlemleri alır ve buna imkânlar ölçüsünde uygun ortam sağlarlar. İstihdam Devletleri, insanî temellerde, bu maddenin ikinci fıkrasında önerildiği gibi, göçmen işçilerin diğer aile fertlerine de eşit muamele edilmesini olumlu yönde mütalaa ederler.

44. maddede yer alan bu hükümler, uluslararası insan hakları hukukunda çığır açmıştır çünkü aile birliği hakkını ve aile birleşimini açıkça düzenlemektedir<sup>135</sup>. Ayrıca aile yapısını, evlilik sınırlarının dışına çıkarak, daha geniş bir şekilde tanımaktadır ve göçmen işçinin *de facto* eşini de kapsamaktadır<sup>136</sup>. 44. maddenin üçüncü fıkrası ise 2003/86 sayılı Yönerge'den önceki ilk düzenlemedir<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> TEKİNALP, s.51.

<sup>134</sup> RG, 9.5.2001- 24397.

<sup>135</sup> IOM Migration and Family, s.6.

<sup>136</sup> IOM Migration and Family, s.6.

<sup>137</sup> Ayrıca 45. maddede göre, 1. Aşağıda belirtilen hususlarda göçmen işçinin, İstihdam Devletinde bulunan aile fertleri bu Devletin vatandaşlarıyla eşit muamele görürler: a) Eğitim kurumlarından ve hizmetlerinden yararlanmada, bu kurum ve hizmetlere kabul için gerekli şartlara ve diğer düzenlemelere uygun olmak kaydıyla; b) Meslekî rehberlik ve eğitim kurumlarından ve hizmetlerinden yararlanmada gerekli şartları haiz olmak kaydıyla; c) Sosyal ve sağlık hizmetlerinden yararlanmada gerekli katılım şartlarını haiz olmak kaydıyla; d) Kültürel hayattan yararlanmada ve katılımında. 2. İstihdam Devletleri, olanaklar ölçüsünde Orijin Devlet ile işbirliği yapmak suretiyle, özellikle yerel dilin öğretimi açısından göçmen işçilerin çocuklarının yerel okul sistemine uyumlarını kolaylaştırıcı bir politika izlerler. 3. İstihdam Devletleri, göçmen işçilerin çocuklarının anadillerini ve kültürlerini öğrenebilmelerini kolaylaştırmaya gayret gösterirler. Orijin devletler de bu amaç için olanaklar ölçüsünde işbirliği yaparlar. 4. İstihdam Devletleri, gerektiğinde Orijin Devlet ile işbirliği halinde göçmen işçilerin çocuklarının anadil eğitimleri için özel programlar sağlayabilirler.

## 2. Çocuk Hakları Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi<sup>138</sup>'nin 10. maddesinin birinci fıkrasına göre, "9'uncu maddenin 1'inci fıkrası<sup>139</sup> uyarınca Taraf Devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak, çocuk veya ana–babası tarafından, ailenin birleşmesi amaçlarıyla yapılan bir Taraf Devlet ülkesine girme ya da onu terketme konusundaki her başvuru, Taraf Devletlerce olumlu, insanî ve ivedi bir tutumla ele alınacaktır<sup>140</sup>. Taraf Devletler, bu tür bir başvuru yapılmasının başvuru sahipleri veya aile üyeleri aleyhine sonuçlar yaratmamasını taahhüt ederler.

10.maddede açıkça aile birleşiminden mutlak bir hak olarak söz edilmemektedir<sup>141</sup> ve dikkatli bir şekilde kaleme alınmış olan lafzı, sözleşme müzakereleri sırasında bazı ülkelerin göç kontrolünü ön planda tuttuğunu göstermektedir<sup>142</sup>. Bu hüküm aile birleşimi hakkını açıkça tanımamaktadır<sup>143</sup> ancak genişletici yorum yapılarak aile birleşimine ilişkin bir sonuç çıkarma mümkündür<sup>144</sup>. 9. maddenin birinci fıkrası ile 10. madde birlikte değerlendirildiğinde, çocukların aile bileşimi hakkına ilişkin sınırlama yapılmasına izin verilen tek durum, bunun çocuğun yüksek yararına olmamasıdır<sup>145</sup>.

O hâlde, Çocuk Hakları Sözleşmesi ihlâl edilmeksizin aile birleşimi için yabancıların ülkeye girişine ilişkin olarak devletlerin, genel sınırlayıcı hükümler uygulamaya devam etmesi mümkün değildir<sup>146</sup>. Ayrıca Sözleşme'nin 16.

---

<sup>138</sup> Türkiye Sözleşme'yi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde çekinceyle onaylamıştır. RG, 11.12.1994-22138. Türkiye'nin koyduğu çekince şöyledir: «Türkiye Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 17., 29. ve 30. maddeleri hükümlerini T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama ve uygulama hakkını saklı tutmaktadır».

<sup>139</sup> Çocuk Hakları Sözleşmesi m.9/1: "Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana–babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alırlar. Ancak, ana–babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana–babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir".

<sup>140</sup> Bu paragrafta geçen "olumlu" terimi yerine sözleşmenin hazırlık sürecinde "objektif" ya da "lehe" terimleri önerilmiştir ancak objektif terimi belirsiz bulunarak, "lehe" terimi ise önyargılı kabul edilerek reddedilmiştir. OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.3, (dn.8).

<sup>141</sup> JOHN, s.7; JASTRAM/NEWLAND, s.577; ROHAN, s.354.

<sup>142</sup> OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.3.

<sup>143</sup> Karşı görüş için bkz. IOM Migration and Family, s.5.

<sup>144</sup> OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.4.

<sup>145</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.578.

<sup>146</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.578.

maddesine göre, hiçbir çocuğun özel yaşantısına aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.

Mülteci statüsü kazanmaya çalışan ya da mülteci olan çocuklar için ise 22. maddede özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, Taraf Devletler, ister tek başına olsun isterse ana babası veya herhangi bir başka kimse ile birlikte bulunsun, mülteci statüsü kazanmaya çalışan ya da uluslararası veya iç hukuk kural ve usulleri uyarınca mülteci sayılan bir çocuğun, bu Sözleşme'de ve insan haklarına veya insanî konulara ilişkin ve söz konusu Devletlerin taraf oldukları diğer Uluslararası sözleşmelerde tanınan ve bu duruma uygulanabilir nitelikte bulunan hakları kullanması amacıyla koruma ve insanî yardımdan yararlanması için gerekli bütün önlemleri alırlar. Bu nedenle, Taraf Devletler, uygun gördükleri ölçüde, Birleşmiş Milletler Teşkilâtı ve onunla işbirliği yapan hükümetlerarası ve hükümetdışı yetkili başka kuruluşlarla bu durumda olan bir çocuğu korumak, ona yardım etmek, herhangi bir mülteci çocuğun ailesi ile yeniden biraraya gelebilmesi için ana-babası veya ailesinin başka üyeleri hakkında bilgi toplamak amacıyla işbirliğinde bulunurlar. Herhangi bir nedenle kendi aile çevresinden sürekli yada geçici olarak ayrı düşmüş bir çocuğa bu Sözleşme'ye göre tanınan koruma, aynı esaslar içinde, ana babası ya da ailesinin başkaca üyelerinden hiçbirisi bulunamayan çocuğa da tanınacaktır.

### 3. Göçmen İşçinin Hukukî Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi

Göçmen İşçinin Hukukî Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi<sup>147</sup>'nin 12. maddesi, "Ailelerin Birleştirilmesi" başlıklıdır. Birinci fıkraya göre, bir Âkit Taraf ülkesinde usulüne uygun olarak iş bulmuş ve çalışan göçmen işçinin eşi ve kabul eden devlet mevzuatı uyarınca reşit olmayan bakmakla yükümlü olduğu evlenmemiş çocukları göçmen işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri olarak bu Sözleşme'nin uygulanmasıyla göçmen işçinin kendisine tanındığı şekilde, kabul eden devlet ülkesinde ilgili yasalar ve uluslararası anlaşmalarda öngörüldüğü üzere göçmen işçinin yanına gelme hakkına sahiptirler. Ancak bu göçmen işçinin ailesi için çalıştığı bölgedeki yerli işçilerin oturdukları gibi normal bir konutu bulunmasına bağlıdır. Her Âkit Taraf, yukarıdaki iznin uygulanmasını 12 ayı geçmeyen bir bekleme süresi şartına bağlayabilir.

İkinci fıkraya göre, Her Akit Taraf, her zaman Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacağı beyan ile bu tarihten bir ay sonra geçerli olmak üzere yukarıda 1. fıkrada belirtilen ailelerin birleştirilmesini göçmen işçinin ailesinin gereksinmelerini karşılayabilecek yeterli ve belirli kaynakları alması koşuluna

---

<sup>147</sup> Türkiye Sözleşme'yi 1977'de imzalamıştır. RG, 27.01.1981-17233.

bağlayabilir. Son fıkrada ise, her Âkit Devletin, her zaman Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacağı beyanla bu tarihten 1 ay sonra geçerli olmak üzere ve uluslararası diğer belgelerden kaynaklanan yükümlülüklerle, çelişkili olmamak şartıyla kabul eden ülkenin bu beyanda belirteceği bir veya birkaç bölgesinde yukarıdaki 1. paragrafta öngörülen yetkiyi verme zorunluluğu geçici olarak kaldırabileceği düzenlenmiştir.

Bu sözleşmede özetle, aile birleşimi için öngörülen aile üyeleri şunlardır. Bunlardan birincisi, taraf devletin ülkesinde hukuka uygun şekilde çalışan göçmen işçinin eşidir. İkinci grupta gönderen devletin hukukuna göre küçük kabul edilebilecek evlenmemiş ve göçmen işçiye bağımlı çocuklar bulunmaktadır<sup>148</sup>. Aile birleşimi hakkını açıkça düzenlemekle birlikte, çok fazla istisna kuralına yer verilmiş olması, doktrinde 12. maddenin etkinliğinin sorgulanmasına yol açmıştır<sup>149</sup>.

#### **IV. DİĞER ULUSLARARASI HUKUK KAYNAKLARI**

##### **A. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı**

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı<sup>150</sup>'nin 7. maddesine göre herkesin özel, aile yaşamına, ikametine ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı vardır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 7. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine karşılık gelmektedir.

9.maddede, evlenme ve aile kurma hakkının, bu hakların kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak teminat altına alınacağı düzenlenmiştir. Aile ikamet izinleri kapsamında 7. maddeye ek olarak ayrımcılık yasağına ilişkin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 21. maddesi ile çocuğun en iyi çıkarının korunmasına yönelik 24. madde bulunmaktadır. Doktrinde, yer değiştirme, ülkeden çıkarma ve suçuların iadesi sırasındaki korumaya ilişkin 19. maddenin, ailenin sosyal, hukukî ve ekonomik korunması hakkını garanti altına alan m.16 ile birlikte yorumlanabileceği önerilmiştir<sup>151</sup> ancak sonuç olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda aile birleşimi hakkına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>152</sup>.

##### **B. 2003/86 sayılı Aile Birleşmelerine İlişkin Konsey Yönergesi**

Avrupa Birliğinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı, uzun yıllar birlik vatandaşlarının diğer bir üye devletteki aile üyeleri ile bir araya gelmesine yönelik

---

<sup>148</sup> IOM Migration and Family, s.9.

<sup>149</sup> JOHN, s.8.

<sup>150</sup> OJ.18.1.2000- c-364/1. [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf)

<sup>151</sup> IOM Migration and Family, s.9.

<sup>152</sup> JOHN, s.8.

pek çok karar vermiştir<sup>153</sup>. Bunla birlikte 2003/86 sayılı Aile Birleşmelerine İlişkin Konsey Yönergesi<sup>154</sup> yürürlüğe girinceye dek aile birleşimi, Avrupa Birliğinde birlik vatandaşları için kabul edilmiştir<sup>155</sup>. Aile Birleşimi Yönergesi ile birlikte, Avrupa Birliği hukukunda Avrupa Birliğinde yasal bir şekilde ikamet etmekte olan üçüncü ülke vatandaşları için aile birleşimi hakkı düzenlenmiştir.

Aile birleşimi hakkı bu Yönergede, bazı şartlara riayet edilmesi koşuluyla sağlanmıştır. Bu şartların ağırlığı konusunda Üye Devletlere takdir yetkisi tanınmaktadır<sup>156</sup>. Aile birleşimi için aranan esasa ilişkin şartlar, ailenin geçimi, barınma, sağlık sigortası gibi şartlardır. Süreye ilişkin şart ise ev sahibi ülkede bulunan aile üyesinin belirli bir süre ev sahibi ülkede ikamet etmiş olmasının aranması şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>157</sup>.

Avrupa Birliği, aile birleşimi hakkının sağlanması konusunda 2003/86 sayılı Yönerge ile genel bir düzenleme getirmektedir<sup>158</sup>. Bu çalışmada Türk yabancılar hukuku kapsamında, aile ikamet izni ele alındığından, bir karşılaştırma olanağı için bu genel düzenleme ele alınmıştır. Bununla birlikte, AB mevzuatında, mülteciler<sup>159</sup>, mavi kart sahipleri<sup>160</sup> gibi bazı kişi grupları bakımından daha avantajlı hükümler içeren özel rejimler bulunmaktadır.

2003/86 sayılı Aile Birleşmelerine İlişkin Konsey Yönergesi'nin amacı, Üye Devletlerin topraklarında yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşlarının aile birleşme hakkını kullanmaları için gerekli olan şartları belirlemektir

---

<sup>153</sup> WIESBROCK, s.139.

<sup>154</sup> Council Directive of 22 September 2003 on the Right of Family Reunification, OJ. L 251 3.10.2003, 12-18. Yönerge'nin Türkçe çevirisi için bkz. İltica ve Göç Mevzuatı, Ankara 2005, s. 163 vd.

<sup>155</sup> Avrupa Birliği vatandaşları ile onların aile üyelerinin hakları, DIRECTIVE 2004/58/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC kapsamında düzenlenmiştir. OJ 2004 L158/77. 2003/86 sayılı Yönerge ile 1612/68 sayılı Tüzük hükümlerinin karşılaştırması için bkz. JOHN, s.44-57.

<sup>156</sup> WIESBROCK, s.140.

<sup>157</sup> IOM Migration and Family, s.12.

<sup>158</sup> Yönergenin uygulanmasına ilişkin olarak Komisyon tarafından 2008 yılında bir rapor hazırlanmıştır. Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Application to Directive 2003/86 on the Right to Family Reunification, COM (2008) 610 final. Yönergeye ilişkin olarak 2011 yılında bir Yeşil Kitap yayınlanmıştır. Green Paper on the Right to Family Reunification of Third Country Nationals Living in the European Union (Directive 2003/86/EC), COM (2011) 735 final. Ayrıca 2014 yılında Yönergeye dair bir rehber ortaya çıkarılmıştır. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on Guidance for Application of Directive 203/86/EC on the Right to Family Reunification COM (2014) final.

<sup>159</sup> 2011/95 sayılı Yönerge.

<sup>160</sup> 2009/50 sayılı Yönerge.

(m.1)<sup>161</sup>. Bununla birlikte Yönerge’de yer alan seçimlik hükümler, Yönerge’nin temel insan haklarıyla bağdaşmadığı yönünde tartışma ve eleştirilere neden olmuştur<sup>162</sup>.

Yönergenin 2/1-a maddesine göre üçüncü ülke vatandaşı, Birliğin vatandaşı olmayan kişidir. Yönergede yer alan “Sponsor” ise aile birleştirmesi için başvuran ya da aile üyelerinin kendisine katılmak üzere başvurduğu, bir Üye Devlet’te yasal olarak ikamet eden bir üçüncü ülke vatandaşı anlamına gelir (m.2/1-c).

Yönergede ayrıca aile birleştirmenin tanımının yapıldığı görülmektedir. Buna göre aile birleştirme, bir Üye Devlet’te yasal olarak ikamet eden bir üçüncü ülke vatandaşının aile üyelerinin bu devlette aile birliğinin oluşması için ailenin meydana gelişinin ikamet edenin ülkeye girişinden önce ya da sonra olmuş olmasına bakılmaksızın, aile birliğini korumak üzere Üye Devlet’e girişi ve ikamet etmesi demektir (m.2/1-d).

Yönerge, sponsorun Üye bir Devlet tarafından verilen bir yıl ya da daha fazla süre için geçerli ikamet iznine sahip olması veya sürekli ikamet hakkı elde edebileceklerine dair makul bir beklenti olması ve ailelerinin statülerine bakılmaksızın üçüncü ülke vatandaşı olmaları durumunda uygulanacaktır (m.3/1)<sup>163</sup>. Sponsorun sürekli ikamet elde edebileceğine dair makul beklenti olması kriteri Avusturya, Belçika, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Hollanda Polonya, Slovakya ve İspanya’da geçici ikamet izninin bulunması hâlinde karşılanmış sayılmaktadır<sup>164</sup>. Danimarka’da ise sponsorun, en az üç yıldır sürekli ikamet iznine sahip olması aranmaktadır<sup>165</sup>.

Yönerge, mülteci statüsü hakkında başvurusu kesin karara bağlanmış sponsorlara da uygulanacaktır (m.3/2)<sup>166</sup>. Yönerge, birlik vatandaşlarının aile

<sup>161</sup> OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.16.

<sup>162</sup> WIESBROCK, s.140.

<sup>163</sup> Bununla birlikte m.8/1 uyarınca, üye devlet sponsorun ülkesinde hukuka uygun olarak iki yıldır ikamet ediyor olması şartını getirebilir.

<sup>164</sup> GROENENDIJK, Kees/FERNHOUT, Roel/van DAM, Dominique/van OERS, Ricky/STRIK, Tineke, The Family Reunification Directive in EU Member States, the First Year of Implementation, Centre for Migration Law, Nijmegen 2007, s.21.

<sup>165</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.21.

<sup>166</sup> Ancak uluslararası koruma bağlamında başvurusu henüz karara bağlanmamış olan kişiler bakımından Yönerge uygulanmayacaktır. Bu kişiler, mülteci statüsü hakkındaki başvurusu henüz kesin bir karara bağlanmamış kişiler (m.3/2-a); geçici koruma esasına dayalı olarak bir Üye Devlet’te ikamet izni almış ya da bu esasa dayalı olarak ikamet izni için başvurmuş ve konumu hakkında verilecek kararı beklemekte olan kişiler (m.3/2-b); uluslararası yükümlülükler, ulusal mevzuat ya da Üye Devletlerin uygulamaları çerçevesinde yararlandığı bir tali koruma temelinde bir Üye Devlet’te ikamet izni almış ya da ikincil uluslararası yükümlülükler, ulusal mevzuata ya da üye ülkelerin uygulamalarına uygun olan bir koruma şekliyle ikamet için izin verilmiş ve aynı usulde izin için başvurmuş ve durumu üzerine bir karar beklemesi durumunda ya da bu esasa dayalı olarak ikamet izni için başvurmuş ve

üyelerine uygulanmayacaktır (m.3/3).

Yönerge'nin Birlik vatandaşlarının aile üyelerine uygulanmaması, doktrinde, hem Birlik vatandaşı hem de üçüncü ülke vatandaşı olan kişiler bakımından değerlendirilmiştir. Finlandiya ve İsveç'te çifte vatandaşların aile birleşimi hakkı Yönerge ile benzer nitelikli kurallara tâbi olduğu için uygulamada büyük bir farklılık ortaya çıkmayacağı<sup>167</sup> ancak Litvanya'da çifte vatandaşlığın çok sınırlı bir şekilde kabul edildiği, Belçika'da ise çifte vatandaşların daha lehe olan hükümlerden yararlanabileceği örnekleri verilmiştir<sup>168</sup>. İtalya'da ise İtalyan vatandaşları ya da AB vatandaşlarına göçmenlerin aile birleşimine ilişkin hükümler uygulanmamaktadır<sup>169</sup>. Hollanda'da ise çifte vatandaşlarını da aile birleşimine ilişkin olarak Yönerge hükümlerine tâbi tutan Yabancılar Genelgesi, 2006 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarihten sonra çifte vatandaşlara Yönerge hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, mahkeme kararların bırakılmıştır<sup>170</sup>. Buna karşılık Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Litvanya, Polonya, Portekiz, Slovakya ve İspanya'da zaten çifte vatandaşların aile birleşimine yönelik daha lehe düzenlemeler bulunmaktadır<sup>171</sup>.

8. maddede ise Üye Devletler'in sponsorun ailesi kendisine katılmadan önce en fazla iki yıl süreyle ülkelerinde hukuka uygun şekilde bulunmuş olmalarını arayabilecekleri belirtilmiştir. Bununla birlikte Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Almanya, Macaristan, İtalya, Letonya, Hollanda, Slovakya ve İsveç'te başvurudan önce resmî bir bekleme süresi öngörülmemiştir<sup>172</sup>.

Yönerge'nin 4. maddesine göre, 16. maddede öngörülen şartları taşıması şartıyla, Üye Devletler, sponsorun eşinin, sponsorun küçük çocukları ve eşlerinin, ilgili Üye Devlet'in yetkili makamlarınca verilen bir karara, veya o Üye Devlet'in uluslararası yükümlülükleri nedeniyle otomatik olarak icra edilen ya da uluslararası yükümlülüklerce tanınan bir karara uygun olarak evlât edinilmiş çocuklarının, sponsorun ya da eşinin velâyetinde olan evlât edinilmişler de

---

konumu hakkında verilecek kararı beklemekte olan kişilerdir (m.3/2-.c).

<sup>167</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.11.

<sup>168</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.12.

<sup>169</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.12.

<sup>170</sup> Middelburg Bölge Mahkemesi'nin 2006 yılında verdiği kararda, çifte vatandaşlara Yönerge hükümlerinin uygulanmaması durumunda aile birleşimine ilişkin Hollanda'da yürürlükte olan kuralların daha dezavantajlı olduğu ve ayrımcılığa neden olacağı gerekçesiyle çifte vatandaşlara Yönergenin uygulanması gerektiği deklare edilmiştir. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.12.

<sup>171</sup> Üye Devletler'in çifte vatandaşlara ilişkin daha lehe hükümler içeren ulusal düzenlemeleri için ayrıntılı olarak bkz. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.12-14.

<sup>172</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.23.



dahil olmak üzere kendisine bağımlı olan çocuklarının<sup>173</sup>, ülkeye girişine ve ikametine izin vereceklerdir. Bu maddede atıfta bulunulan küçük çocukların ilgili Üye Devlet'in hukuku uyarınca ergenlik yaşının altında olmaları ve evli olmamaları gereklidir. Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Letonya, Litvanya, Polonya, Portekiz, Slovakya, Slovenya, İspanya ve İsveç için Yönerge kapsamında çekirdek aile, ulusal düzenlemelerde yer almıştır<sup>174</sup>.

İstisnâî durumlarda 12 yaşından büyük ve ailesinden bağımsız olarak gelen çocuğun bu Yönerge uyarınca ülkeye giriş ve ikametlerine izin verilmesinden önce Üye Devletler, entegrasyon için bu Yönerge'nin uygulanma tarihinde yürürlükte olan mevcut mevzuat hükümleri tarafından öngörülen koşulları yerine getirip getirmediğini doğrulayabilirler (m.4/1)<sup>175</sup>.

Üye Devletler'in bu Yönerge kapsamında Bölüm IV'de öngörülen koşullara uyulması şartıyla yasa ya da düzenleme yoluyla ülkeye giriş ve ikamet izni verebilecekler aile üyeleri ise, sponsorun ya da eşinin bakmakla yükümlü olduğu menşe ülkesinde yeterli aile desteğinden yoksun olan birinci dereceden üstsoy akrabaları ve sponsorun ya da eşinin sağlık nedeniyle kendilerine bakma koşulunu objektif olarak yerine getiremeyen evlenmemiş yetişkin çocuklarıdır (m.4/2).

Ayrıca Üye Devletler, bu Yönerge uyarınca ve Bölüm IV'de öngörülen koşullara uyulması şartıyla, yasa ya da düzenleme yoluyla sponsorun üçüncü ülke vatandaşı olan ve uzun süreli ve istikrarlı ilişkisinin devam ettiği üçüncü ülke vatandaşı olan partnerine ya da madde 5 (2) uyarınca sponsora kayıtlı bir ilişki içinde bağlı durumda bulunan üçüncü ülke vatandaşı ve evlât edinilmişler de dahil olmak üzere küçük çocuklarına ve sağlık nedeniyle kendi ihtiyaçlarını objektif olarak karşılayamayacak durumda olan evlenmemiş reşit çocuklarına giriş ve ikamet izni verebilir. Üye Devletler kayıtlı partnerlerin aile birleştirme açısından eşlerle eşit biçimde muamele görmesini

---

<sup>173</sup> Ayrıca Üye Devletler velâyeti paylaşan diğer tarafın iznine bağlı olarak ortak velâyet altındaki çocukların birleştirilmesine izin verebilirler (m.4/1-c,d).

<sup>174</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.15. Üye Devletler'in ulusal düzenlemeleri için ayrıntılı olarak bkz. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.15-17.

<sup>175</sup> Avrupa Parlamentosu'nun Konseye karşı ABAD'da açtığı davada, Üye Devlet'e entegrasyon şartlarını inceleme yetkisi veren söz konusu düzenleme, AIHS m.8'e aykırı bulunmamıştır. Case C-540/03 (Court of Justice) European Parliament v Council of the European Union (2006) 17 June 2006, ECR I-5769. Söz konusu kararda bu hakkı kullanmanın üye ülkeye zorunlu bir borç doğurmadığı şeklinde yorumlanması gerektiğini kabul edilmiştir. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.8; WIESBROCK, s.140; ERGÜL, Ergin, "Avrupa Birliği Müktesebatında Yabancıların Aile ve Özel Hayat Hakkı Çerçevesinde Korunması", Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s. 201; GÖÇMEN, Göç Hukuku, s.429; ÖZKAN, s.245-246.

kararlaştırılabilirler (m.4/3). Yönerge'nin bu hükmü emredici değildir ve Üye Devletler'in çok azının bu yönde düzenleme yaptığı görülmektedir. Evli olmayan partnerler için aile birleşimi hakkına ilişkin düzenleme yapan ülkeler, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İsveç ve Birleşik Krallık'tır<sup>176</sup>. Avusturya, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Yunanistan, İrlanda, Macaristan, İtalya, Letonya, Polonya, Portekiz, Slovakya, Slovenya ve İspanya'da ise evli olmayan partnerlerin aile birleşimi hakkı bulunmamaktadır<sup>177</sup>.

Çokeşli evlilik durumu m.4/4'de ele alınmıştır. Buna göre, sponsorun Üye Devlet topraklarında birlikte yaşadığı yasal bir eşinin bulunduğu durumda Üye Devlet bir başka eşle aile birleştirmeye ilgili izin veremez<sup>178</sup>.

Daha iyi bir entegrasyonun sağlanması ve zorunlu evliliklerin önüne geçilmesi için Üye Devletler sponsorun ve ona katılacak olan eşinin katılmadan önce asgarî bir yaşta olmasını, en fazla 21 olmak üzere şart koşabilir (m.4/5). Bu kapsamda örneğin Belçika, Kıbrıs, Litvanya, Almanya ve Fransa her iki eş için 18 yaş<sup>179</sup>; Hollanda'da ise 21 yaş sınırı uygulanmaktadır<sup>180</sup>. Sponsor ve ona katılacak eş için asgarî yaş şartının aranması, zorla evliliklerin önüne geçmek ve entegrasyonu sağlamak için öngörülmüştür. Zorla evlilikler, evlenme hakkını, insan onurunu, kişisel özgürlüğü ve vücut bütünlüğü hakkını ihlâl etmektedir<sup>181</sup>. Küçük yaşta evlilikler ayrıca okula devamı ve iş hayatına katılımı olumsuz etkilemektedir<sup>182</sup>. Sadece karşılıklı rızayla gerçekleşen evlilikleri tanıma uluslararası hukuka göre bir yükümlülük teşkil etmektedir<sup>183</sup>. Asgarî yaş sınırına ilişkin düzenlemelerin gerekçeleri bu yönde olmakla birlikte, bu gerekçeler doktrinde, aile ikamet izni için aranan asgarî yaş sınırının neden evlilik için aranan asgarî yaş sınırından daha yüksek olduğunu açıklamakta yetersiz bulunmuştur<sup>184</sup>.

İstisnaî olarak Üye Devletler bu Yönerge'nin uygulanma tarihinden önce mevcut olan mevzuata göre küçük çocukların aileleriyle yeniden birleştirilmesiyle ilgili başvuruların 15 yaşın tamamlanmasından önce yapılmasını öngörebilir. Başvuru 15 yaşından sonra yapılırsa, bu istisnayı uygulayan Üye Devletler, bu çocuklara aile birleştirme dışında bir nedenle giriş

---

<sup>176</sup> Bu Üye Devletler'in evli olmayan partnerlerin aile birleşimi hakkına ilişkin ulusal kuralları için ayrıntılı olarak bkz. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.18-19.

<sup>177</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.19.

<sup>178</sup> Paragraf 1 (c)'ye istisna olarak, Üye Devletler sponsor ile diğer eşin küçük çocuğunun aile birleştirmesine tâbi olmasını sınırlandırabilir (m.4/4).

<sup>179</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.20.

<sup>180</sup> WIESBROCK, s. 147.

<sup>181</sup> WIESBROCK, s. 155.

<sup>182</sup> WIESBROCK, s. 155.

<sup>183</sup> WIESBROCK, s. 155.

<sup>184</sup> WIESBROCK, s. 156.

ve ikamet izni verilir verilemeyeceğine karar verecektir (m.4/6)<sup>185</sup>. Danimarka ve Almanya, 15 yaşından büyük çocuklar için özel kurallar getirmiştir. Aile birleşiminde çocuklar için aranan genel yaş sınırı Danimarka'da 15 iken Almanya'da 16'dır<sup>186</sup>.

Aile ilişkisinin varlığının mevcut olup olmadığı ise 5. maddede ele alınmıştır. Buna göre, uygun görüldüğü takdirde, aile ilişkilerinin varlığını kanıtlamak amacıyla, Üye Devletler, sponsor ve aile üyeleri ile görüşmeler ve gerekli görecekları diğer soruşturmaları yapabilir. Sponsorun evli olmadığı partneriyle ilgili bir başvurunun incelenmesi sırasında Üye Devletler, aile ilişkisinin kanıtı olarak ortak bir çocuk sahibi olmak, daha önceden birlikte yaşama, birlikteliğin kayıtlı olması gibi unsurları ve güvenilir diğer ispat araçlarını dikkate alacaktır.

Üye Devletler'in yetkili makamlarının, başvuruların değerlendirmesinde süre yönünden sınırlandığı görülmektedir. Üye Devlet'in yetkili makamları başvuruda bulunan kişiye mümkün olan en kısa zamanda, her halükarda başvurunun yapılmasından en geç 9 ay sonra, kararı yazılı olarak bildirecektir<sup>187</sup>. Fakat başvurunun incelenmesinin karmaşıklığı ile ilgili istisnaî durumlarda, bu süre uzatılabilir. Başvurunun reddedilmesi kararının gerekçeleri bildirilecektir. Söz konusu sürenin bitiminde hâlâ bir karar verilmemiş olmasının sonuçları ilgili Üye Devlet'in ulusal mevzuatı tarafından belirlenecektir (m.5/4). Son olarak başvurunun incelenmesi sırasında Üye Devletler küçük çocukların üstün menfaatlerini dikkate almak durumundadır (m.5/5).

Üye Devletler, kamu politikası, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı temeline dayanarak, aile üyelerinin giriş ve ikamet başvurularını reddedebilir (m.6/1); aile üyelerinin ikamet izinlerini geri alabilir ya da yenilemeyi reddedebilir (m.6/2). Bu konu ile ilgili karar alınırken Üye Devlet, 17. maddenin yanı sıra, aile üyesi tarafından kamu politikası ve kamu güvenliğine yönelik ne şiddette ve cinste bir suç işlenmiş olduğunu ya da ilgili kişiden kaynaklanan tehlikeleri göz önüne alacaktır (m.6/2). Üye Devletler'in kamu düzeni ya da kamu güvenliğine ilişkin daha çok açık ya da belirsiz düzenlemeler yaptıkları görülmektedir<sup>188</sup>. Pek çok Üye Devlette anayasaya karşı ya da aşırı fikirler içeren terörü destekleyen bir organizasyonun üyesi olmak bu kapsamda kabul edilmiştir<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> Avrupa Parlamentosu'nun Konseye karşı ATAD'da açtığı davada, 15 yaşın üzerindeki çocukların aile birleşmesinden yararlanmasını Üye Devletler'in takdirine bırakan m.4/6 hükmü, aile yaşamına saygı hakkına aykırı bulunmamıştır. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.8; ERGÜL, s. 201; ÖZKAN, s.246.

<sup>186</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.17.

<sup>187</sup> Belçika, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Yunanistan ve Portekiz bu süreyi dokuz ay olarak uygulamaktadır. Fransa, Litvanya ve Hollanda'da ise altı aylık süre öngörülmüştür fakat bu süre uzatılabilmektedir. Avusturya, Almanya, İtalya ve İsveç'te ise süre öngörülmemiştir. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.53.

<sup>188</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.28.

<sup>189</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.28.

Yönergenin 7. maddesine göre, sponsorda aşağıdaki şartlar aranabilir. Aynı bölgede yaşayan ailelerle karşılaştırıldığında normal kabul edilebilecek ve ilgili Üye Devlet'te yürürlükte olan genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma yeri<sup>190</sup>, ilgili Üye Devlet'in kendi vatandaşları için tüm riskleri normal olarak kapsayan hastalık sigortasının sponsor ve aile üyeleri için yapılması, sponsorun ilgili Üye Devlet'in sosyal yardım sistemlerine başvurmadan kendisinin ve ailesinin ihtiyaçlarını karşılayacak istikrarlı ve düzenli kaynaklara sahip olması. Üye Devletler bu kaynakları niteliklerine ve düzenliliklerine göre değerlendirecekler ve aile üyelerinin sayılarının yanı sıra asgarî ücretleri ve emekli aylıklarını da dikkate alabileceklerdir. 7. madde, Yönerge'nin üye devletlere takdir yetkisi tanıyan maddelerinden biridir.

Bu takdir yetkisi kapsamında, Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Letonya, Litvanya, Polonya, Portekiz, Slovakya, İspanya ve Birleşik Krallık gibi pek çok Üye Devlet, barınma yerine ilişkin şartlar aramaktadır fakat bu şartlar Üye Devletler arasında çeşitlilik göstermektedir<sup>191</sup>. Örneğin Birleşik Krallık evdeki oda sayısını esas alırken, Estonya ve Macaristan'da evin metrekaresi dikkate alınmıştır<sup>192</sup>. Slovenya, İsveç, Hollanda ve Finlandiya gibi bazı ülkeler ise barınma yerine ilişkin özel bir şart aramamaktadır<sup>193</sup>.

Sponsorun kendisinin ve ailesinin ihtiyaçlarını karşılayacak istikrarlı ve düzenli kaynaklara sahip olması ise Belçika ve İsveç hariç olmak üzere bütün Üye Devletlerde kamu fonlarından yararlanılmaksızın yeterli gelire sahip olma şeklinde düzenlenmiştir<sup>194</sup>. Örneğin Almanya, sponsorun, kamu fonlarından yararlanılmaksızın, yeterli gelir ya da diğer gelirler anlamında bütün ailenin geçiminin güvence altına alındığını ortaya koymasını aramaktadır<sup>195</sup>. Ayrıca sponsorun aile üyelerinin ya da hane halkının geçimi için sponsorun sosyal yardımlara dayanması, aile ikamet izninin reddedilebileceği nedenler arasındadır<sup>196</sup>. Fransa'da, sosyal güvenlik hariç olmak üzere, sponsorun, bütün aile üyelerinin geçimini sağlamak için istikrarlı bir gelire sahip olması

---

<sup>190</sup> Barınmaya ilişkin bu şartın başvuru anı itibarıyla aranmasının, aile birleşimi hakkını engelleyici olacağı ileri sürülmüştür. Ayrıca barınmanın "normal kabul edilebilecek" niteliğinin, her bir olayda bireysel unsurların ev sahibi topluma uyum sağlayabilecek ve entegrasyon için temel ön koşulları sağlayıp sağlamadığı noktasından değerlendirilmesi önerilmiştir. HARDY, Julien, "The Objective of Directive 2003/86 Is to Promote the Family Reunification of Third Country Nationals", *European Journal of Migration and Law*, 14 (2012), s.449.

<sup>191</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.25.

<sup>192</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.25.

<sup>193</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.25.

<sup>194</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.25.

<sup>195</sup> WIESBROCK, s. 148.

<sup>196</sup> WIESBROCK, s. 148.

aranmaktadır<sup>197</sup>. Hollanda’da ise sponsorun, evli çiftler ya da aile için sosyal güvenlik standartlarını sağlayacak kadar bağımsız ve kalıcı bir gelir göstermesi gerektiğini düzenlemiştir<sup>198</sup>.

Bazı Üye Devletler yeterli gelir için spesifik bir düzenleme yapmamıştır<sup>199</sup>. Fransa, Yunanistan, Macaristan, Letonya, Litvanya, Lüksemburg ve Slovakya, yeterli gelir için asgarî ücreti esas almıştır<sup>200</sup>. Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, İtalya ve Polonya ise yeterli geliri sosyal güvenlik yardımlarıyla karşılaştırarak tespit etmektedir<sup>201</sup>. Bazı Üye Devletler ise yeterli geliri değerlendirirken çocuk sayısını dikkate almaktadır<sup>202</sup>. Yeterli gelir değerlendirmesinde en yüksek sınırı uygulayan devlet Hollanda’dır<sup>203</sup>.

Yönergenin 7. maddesine ilişkin olarak ABAD, ön karar davasında, *Chakroun* kararında<sup>204</sup> aile birleşiminin genel kural olduğuna ve sınırlamaların dar yorumlanması gerektiğine vurgu yapmıştır<sup>205</sup>. Üye Devletler, Yönerge kapsamındaki takdir yetkilerini, aile birleşimini destekleyecek şekilde kullanmalıdır. Dahası Yönerge hükümleri, temel haklar ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde yorumlanmalıdır<sup>206</sup>. Bu bağlamda 7. maddede sözü edilen “kaynaklar” terimi esnek yorumlanmalı ve çalışmadan ya da diğer aktiflerden olsun aile ihtiyaçlarını karşılayabilen her türlü kaynak kabul edilebilmelidir<sup>207</sup>.

Ayrıca, Üye Devletler, üçüncü ülke vatandaşlarının ulusal hukukta öngörülen entegrasyon tedbirlerini karşılamalarını isteyebilirler (m.7/2)<sup>208</sup>.

<sup>197</sup> HAJBANDEH, Roya, “France, Love I tor Leave It: New French Law Restricts Family Reunification”, 27, *Wisconsin International Law Journal*, 2009-2010, s.342; WIESBROCK, s. 148.

<sup>198</sup> WIESBROCK, s. 149.

<sup>199</sup> Bu Üye Devletler Kıbrıs, Finlandiya, Almanya, İspanya ve Birleşik Krallıktır. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.26.

<sup>200</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.26.

<sup>201</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.26.

<sup>202</sup> Bu Üye Devletler, Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Yunanistan, İtalya ve Portekiz’dir. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.26.

<sup>203</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.26.

<sup>204</sup> Case C-578/08 (Court of Justice) *Rhimou Chakroun v Minister van Buitenlandse Zaken* (2010) ECR I-1839.

<sup>205</sup> WIESBROCK, s.150; HARDY, Julien, “The Objective of Directive 2003/86 Is to Promote the Family Reunification of Third Country Nationals”, *European Journal of Migration and Law*, 14 (2012), s.444; GÖÇMEN, Göç Hukuku, s.430; STAYER, s.73.

<sup>206</sup> Karara ilişkin değerlendirme için; HARDY, s.444; GÖÇMEN, İlke, “Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Avrupa Birliği’ndeki Türk Vatandaşları ve Aile Birleşimi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:16, sayı:1, 2014, s.80-81, (Aile Birleşimi); STRIK/HART/NISSEN, s.69.

<sup>207</sup> HARDY, s.446; ÖZKAN, s.247; STRIK/HART/NISSEN, s.69; STAYER, s.73.

<sup>208</sup> Madde 12’de bahsedilen mülteciler ve aile üyeleriyle ilgili olarak birinci alt paragraftaki entegrasyon tedbirleri ancak ilgili kişilere ailenin yeniden birleştirilmesi hakkı verildiğinde uygulanabilir (m.7/2 cümle 2).

Üye Devletler'in bu madde kapsamında kolay kolay ulaşılamayacak entegrasyon tedbirlerin karşılanmasını aramasının, Yönergenin amacına aykırı düşeceği belirtilmektedir<sup>209</sup>. Üye Devletler başvuruçuların tümünün, ülkeye giriş yapmadan önce bu entegrasyon tedbirlerini karşılamış olmasını aramaktadır<sup>210</sup>.

Yönerge madde 7/2'nin ilk alt paragrafının yorumu, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 10 Temmuz 2014 tarihli C-138/13 *Naime Dogan v Bundesrepublik Deutschland* davasında değerlendirilmiştir<sup>211</sup>. Berlin İdare Mahkemesi tarafından 13 Şubat 2013 tarihli karar ile yapılan ve Divan tarafından 19 Mart 2013 tarihinde alınan ön karar başvurusunda, Alman ulusal hukukunda aranan yeterli dil bilgisi kanıtının yokluğu –her bir olayın spesifik koşulları dikkate alınmaksızın- otomatik olarak aile birleşimi başvurusunun geri çevrilmesine yol açtığından, güdülen amaca erişmek için gerekli olanın ötesine geçmektedir şeklinde yorumlanmıştır. O Üye Devlette mukim Türk vatandaşlarının aile birleşimi amacıyla o devletin ülkesine girmek isteyen eşlerine Üye Devletin resmî dilinin temel bilgisini hâlihazırda edinmiş olduklarını göstermeleri koşulunu vazeden ulusal hukuk önleminin önüne geçeceği şeklinde yorumlanmalıdır kararına varılmıştır<sup>212</sup>.

Yeterli dil bilgisi şartı Fransa'da da aranmaktadır<sup>213</sup>. Dil bilgisi sınavı yazılı ve sözlü yapılmakta iken Cumhuriyetin değerlerini bilme şartı başvuruçunun anladığı dilde sözlü olarak yapılmaktadır<sup>214</sup>. Benzer şekilde yeterli dil bilgisi şartı ülkeye giriş yapılmadan önce Hollanda'da da aranmaktadır<sup>215</sup>. Hollanda'da dil testinden sonra coğrafya, tarih ve Hollanda Anayasasına dair bir sınav daha yapılmaktadır<sup>216</sup>.

Entegrasyona ilişkin şartların Üye Devletler tarafından aile üyelerinin ülkeye girişinden önce aranması doktrinde tartışılmıştır. Henüz sınırlardan içeri bile girmemiş iken aile üyelerinin ev sahibi devlete entegrasyonuna ilişkin şartlar aranmasının mantıksız olduğu ileri sürülmüştür<sup>217</sup>. Üçüncü ülke vatandaşları için entegrasyon şartlarının önceden aranması, onların hakları

---

<sup>209</sup> HARDY, s.450.

<sup>210</sup> WIESBROCK, s. 150.

<sup>211</sup> Kararın çevrisi için bkz. GÖÇMEN, İlke, "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Hukukuna (Yerleşme Serbestisi ve Aile Birleşimine) İlişkin Doğan Kararı", Küresel Bakış, Çeviri Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:15, (Ekim 2014), ss.1-12, (Doğan Kararı). Karara ilişkin değerlendirme için GÖÇMEN, Aile Birleşimi, s.85-97.

<sup>212</sup> GÖÇMEN, Doğan Kararı, s.11-12.

<sup>213</sup> HAJBANDEH, s.342.

<sup>214</sup> WIESBROCK, s. 151; GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.28.

<sup>215</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.27.

<sup>216</sup> WIESBROCK, s.152.

<sup>217</sup> WIESBROCK, s. 152.

ya da yükümlülüklerini gözetemeyen AB entegrasyon politikasından ziyade göç kontrolünün bir aracı hâline geleceği eleştirisinde bulunulmuştur<sup>218</sup>.

Yönergenin 5. Bölümü (m.9-12) mülteci ailelerin yeniden birleştirilmesine ilişkin özel düzenlemeler içermektedir. Bütün Üye Devletler, mültecilerin aile birleşimine ilişkin özel kuralları uygulamaktadır. Almanya, Finlandiya, İtalya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz, Slovakya gibi pek çok Üye Devlet, aile ilişkisinin mültecinin ülkeye girişinden önce gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaksızın özel hükümleri uygulamaktadır<sup>219</sup>. Avusturya, Belçika, Estonya, Fransa, Macaristan, Letonya, Litvanya, Hollanda, Slovenya, İspanya ve Birleşik Krallık ise sadece mültecinin ülkeye girişinden önce mevcut olan aile ilişkilerine özel hükümleri uygulamaktadır<sup>220</sup>. Fransa ise özel hükümleri, mültecilere, tamamlayıcı koruma statüsü sahiplerine ve vatansızlara uygulamaktadır<sup>221</sup>.

Tartışmalı olan husus, Yönerge'nin mülteci ailelerin yeniden birleştirilmesine ilişkin 9-12. maddeler arasında yer alan hükümlerinin diğer uluslararası korunan kişilere uygulanıp uygulanmayacağıdır<sup>222</sup>. Belçika, Yunanistan, Litvanya, Polonya, Slovakya, İspanya ve Birleşik Krallık söz konusu hükümlerin sadece mültecilere uygulanacağını belirtmiştir<sup>223</sup>. Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Almanya, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz ve İsveç ise bu özel hükümleri hem mülteciler hem de tamamlayıcı korumadan yararlanan kişiler için uygulamaktadır<sup>224</sup>. Uluslararası korumadan yararlanan kişilere, aile birleşimi bakımından farklı uygulamaların bulunmasının, hukuka uygun bir gerekçeyle açıklanamayacağı ileri sürülmüştür<sup>225</sup>. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi kapsamında bulunmayan kişilerin aile birleşiminin reddedilmesi, bireylerin aile hayatı hakkının da reddedilmesi olarak değerlendirilmiştir<sup>226</sup>. Geçici koruma statüsünden yararlanan kişilerin ise çoğunlukla geçici olarak başka bir ülkeye kitlesel olarak akın ettiği ancak menşei ülkedeki karşılıklı sona erdiğinde ülkelerine döndüğüne vurgu yapılmaktadır. Bununla birlikte kitlesel sığınmanın uzun sürmesi durumunda, bu sorunun genel olarak insan hakları ve uzun süreli göçe ilişkin kurullarla değil kriz zamanlarında devletlerarası işbirliği ve uluslararası insancıl hukuka ilişkin düzenlemelerle çözülebileceği önerilmektedir<sup>227</sup>.

---

<sup>218</sup> WIESBROCK, s. 153.

<sup>219</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.41.

<sup>220</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.41.

<sup>221</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.42.

<sup>222</sup> ÖZKAN, s.325.

<sup>223</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.41.

<sup>224</sup> JOHN, s.39; GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.42.

<sup>225</sup> JOHN, s.39.

<sup>226</sup> JOHN, s.40.

<sup>227</sup> JOHN, s.40.

Aile birleştirme başvurusunun kabul edilmesinden hemen sonra ilgili Üye Devlet, aile üyelerinin ya da üyelerin ülkeye girişine izin verecektir ve bu kişilerin gerekli vizeleri almaları için her türlü olanağı sağlayacaktır. İlgili Üye Devlet, aile üyelerine en az bir yıllık süreli bir ilk ikamet izni verecektir. Bu ikamet izni yenilenebilecektir. (m.13/1,2). Bununla birlikte, aile üyelerine verilen ikamet süresi prensip olarak sponsor'un ikamet izninin bitimini aşamaz (m.13/3).

14. maddeye göre, Sponsor'un aile üyelerine sponsorun da sahip olduğu, eğitime erişim, iş bulma ve iş kurma çalışmalarına erişebilme, meslekî rehberlik, ilk ve daha ileri eğitim ve yeniden eğitime erişim hakkı verilir (m.14/1). Üye Devletler aile üyelerinin ücretli veya serbest meslek faaliyetlerini yerine getirme koşullarını ulusal hukuka göre düzenler<sup>228</sup>. Bu koşullar, aile üyelerinin ücretli veya serbest meslek faaliyetlerine izin verilmeden önce Üye Devletler'in iş piyasasını incelemeleri için, hiçbir durumda 12 ayı geçmeyecek bir sürenin öngörülmesini içerir (m.14/2). Üye Devletler ücretli veya serbest meslek faaliyetlerinde bulunma hakkını doğrudan üstsoy akrabalar ya da madde 4/2'nin uygulandığı yetişkin evlenmemiş çocuklarla kısıtlayabilir (m.14/3).

İkamet izninden en geç 5 yıl sonra ve aile üyesine aile birleştirme dışındaki sebeplerden dolayı ikamet izninin verilmemesi durumunda, eş ya da evli olunmayan partner ve reşit olan bir çocuk başvuruları hâlinde sponsorunkinden bağımsız, özerk bir ikamet iznine hak kazanabilir. Üye Devletler aile ilişkisinin sona erdiği durumlarda birinci alt paragrafta belirtilen ikamet izninin verilmesini, eşin ve evli olunmayan partnerle kısıtlayabilir. Üye Devletler madde 4/2'nin uygulandığı doğrudan üstsoy akrabalar ve yetişkin çocuklara özerk bir ikamet izni verebilir. Dul kalma boşanma ayrılık ya da altsoy ve üstsoydan doğrudan birinci dereceden akrabaların ölümü durumunda, aile birleştirme hakkına dayalı olarak ülkeye giren kişilere, başvuru üzerine, özerk bir ikamet izni verilebilir. Üye Devletler özellikle güç nitelikteki durumlarda özerk ikamet izninin verilmesini sağlayacak koşulları belirleyeceklerdir. Bağımsız ikamet hakkının verilmesine dair koşullar ve iznin süresi ulusal hukuk tarafından belirlenir (m.15)<sup>229</sup>.

Ülkeye giriş ve ikamet başvurularının red nedenleri 6. maddede düzenlenmiştir. Üye Devletler, kamu politikası, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı temeline dayanarak aile üyelerinin giriş ve ikamet başvurularını reddedebilir. Üye Devletler kamu politikası, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı temeline dayanarak aile üyelerinin ikamet izinlerini geri alabilir ya da yenilemeyi

---

<sup>228</sup> Üye Devletlerin konuya ilişkin ulusal düzenlemeleri için bkz. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.33-34.

<sup>229</sup> Bu konuda Üye Devletler'in ulusal kuralları için bkz. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.35-40.



reddedebilir. Bu konu ile ilgili kararı alırken Üye Devlet, 17. maddenin yanı sıra, aile üyesi tarafından kamu politikası ve kamu güvenliğine yönelik ne şiddette ve cinsten bir suç işlenmiş olduğunu, ya da ilgili kişiden kaynaklanan tehlikeleri göz önüne alacaktır. Sadece ikamet izninin verilmesinden sonra olan sakatlık ya da hastalıklar nedenine dayalı olarak Üye Devlet'in yetkililerince ikametgah izninin yenilenmemesi veya Üye Devlet topraklarından çıkarma kararı verilemez.

Ayrıca, 16. maddeye göre, Üye Devletler aşağıdaki durumlarda aile birleştirme amacıyla giriş ve ikamet için yapılan başvuruyu reddedebilir ya da ilgili hâllerde aile üyelerinin ikamet izinlerini geri alabilir ya da yenilenmesini reddedebilir:

(a) bu Yönerge'nin öngördüğü koşulların karşılanmadığı ya da artık karşılanmadığı durumlarda, sponsorun madde 7/1-c de atıfta bulunduğu üzere Üye Devlet'in sosyal yardım sistemlerine başvurmadan yeterli kaynağının bulunmaması durumunda ikamet izninin yenilenmesinde Üye Devlet aile üyelerinin evin gelirine katkılarını dikkate alacaktır<sup>230</sup>. (b) sponsor ve aile üyelerinin gerçek bir evlilik ya da aile ilişkisini yaşamadıkları ya da artık yaşamadıkları durumlarda<sup>231</sup>. (c) sponsorun ya da evli olunmayan partnerin başka bir kişiyle evlenmesi ya da uzun süreli, düzenli birlikteliği durumunda, Üye Devletler aşağıdaki durumlarda da aile birleştirme amacıyla giriş ve ikamet için yapılan başvuruyu reddedebilir veya aile üyelerinin ikamet izinlerini geri alabilir ya da yenilenmesini reddedebilir (m.16/2):

(a) yanlış ya da hatalı bilgilendirme, yanlış ya da uydurma belgelerin kullanılması, her türlü diğer hilenin yapılması veya diğer hukuk dışı yolların kullanılması (b) evlilik, birliktelik ya da evlât edinmenin, sadece ilgili kişinin Üye Devlet'e giriş ya da ikametini sağlamak amacıyla yapılması

Bu konuyla ilgili bir değerlendirme yapılırken Üye Devletler, özellikle sponsorun ikamet iznini almasından sonra evlilik, birliktelik ya da evlât edinmenin gerçekleştiği hususunu dikkate alabilirler (m.16/2).

---

<sup>230</sup> 16. maddenin 1/a fıkrasının *a contrario* bir yorumla evin gelirine katkılarda, aile üyeleri dışındaki katkılarının dikkate alınamayacağı şeklinde yorumlanmasının çok sınırlayıcı ve Yönerge'nin aile birleşimi amacına ters düşeceği yönünde bkz. HARDY, s.447.

<sup>231</sup> Bütün Üye Devletler, evliliğin ya da eşler veya partnerlerle olan aile ilişkisinin gerçek bir ilişki olmasını aramaktadır. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.30. Bütün Üye Devletlerde bu gerçekliğin tespitinde aile üyelerinin birlikte yaşamaları kriteriyle değerlendirildiği görülmektedir. Finlandiya, Macaristan, Slovakya, İspanya, İsveç ve Birleşik Krallıkta, bu kontrol yenileme ya da uzatma sırasında yapılmaktadır. Ayrılık ya da boşanma durumunda bağımsız olarak bir ikamet izni almanın şartları daha çok ulusal kurallara bağlı olarak değişmektedir. Üye Devletler'in ulusal uygulamalarından örnekler için bkz. GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.30-31.

Üye Devletler sponsorun ikametinin son erdiği ve aile üyelerinin de madde 15 uyarınca henüz özerk ikamet izinlerinin olmadığı durumlarda aile üyelerinin ikamet izinlerinin yenilenmesini geri alabilir ya da reddedebilir (m.16/3).

Üye Devletler paragraf 2 de belirtilen hilenin veya anlaşmalı evlilik, birliktelik ya da evlât edinmenin bulunduğu bir şüphenin var olduğu durumlarda özel kontroller ve soruşturmalar yapabilir. Özel kontroller aile üyelerinin ikamet izinlerinin geri alınması durumunda da yapılabilir (m.16/4).

Üye Devletler, bir başvuruyu reddederken ya da ikamet iznini geri alırken ya da yenilenmesini reddederken, ya da sponsor ya da ailesinin ülke dışına çıkarılmasına karar verirken kişinin aile ilişkilerinin niteliğini ve sağlığını, Üye Devlet'te ikamet süresini, ailesinin mevcudiyet süresini ve menşe ülkesiyle olan sosyal ve kültürel bağlarını dikkate alır (m.17). O hâlde topluluk hukukunda garanti altına alınmış olan aile birleşimi hakkının sınırlanıp sınırlanmadığı değerlendirilirken, 17. maddedeki koşullar dikkate alınmalıdır<sup>232</sup>.

Üye Devletler sponsor ve/veya aile üyelerinin aile birleştirme başvurusu reddedildiğinde ya da ikamet izinleri yenilenmediği ya da geri alındığı ya da ülke dışına çıkarma kararı alındığı durumlarda yasal haklarını aramalarını sağlayacaktır. Birinci alt paragrafta bahsedilen bu prosedür ve yetki kullanımı ilgili Üye Devlet tarafından öngörüülecektir (m.18). Yönerge kapsamında, aile birleşiminden yararlanan üçüncü devlet vatandaşlarının sınır dışı edilme kararı alınması hâlinde yargı yoluna başvurabileceklerine dair bu özel başvuru yolu, üçüncü devlet vatandaşlarına sağlanan güvenceler arasında zikredilmektedir<sup>233</sup>.

Son olarak Palamento'nun ABAD'da açtığı davada topluluk hukukunun genel prensipleri ve Yönerge uygulanırken, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 9 ve 10. Maddelerinin aile hayatı hakkının tanınmasındaki işlevine değinilmiştir. Buna ek olarak kararda ilk kez Yönerge'nin giriş bölümünde yer alan AB Temel Haklar Şartına atıf yapılmıştır<sup>234</sup>. Üye Devletler'in Avrupa Sosyal Şartı ve Göçmen İşçilerin Hukukî Statüsüne Dair sözleşmenin, Yönerge'ye nazaran daha lehe olan hükümlerini uygulamak zorunda oldukları hatırlatılmıştır<sup>235</sup>. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Sözleşme'nin

---

<sup>232</sup> GROENENDIJK, Kees, "Family Reunification as a Right under Community Law", 8, European Journal of Migration and Law, 2006, s. 219.

<sup>233</sup> DARDAĞAN-KİBAR, Esra, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi", Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt: 11, No.2, Yıl: 2012, s.71.

<sup>234</sup> ÖZKAN, s.245-246.

<sup>235</sup> Case C-540/03 (Court of Justice) European Parliament v Council of the European Union (2006) ECR I-5769., Paragraf 107.

özellikle 12. maddesinin Yönerge'den daha avantajlı hükümler içermektedir. Bu kapsamda doktrinde özellikle Sözleşmeye taraf devletlerden Türkiye ve Moldova'dan birliğe gelen göçmen işçiler bakımından öncelikli olarak uygulanacağına dikkat çekilmiştir<sup>236</sup>.

## **V. İKAMET İZİNLERİNE İLİŞKİN TÜRK ULUSAL HUKUKUNDA YER ALAN KURALLAR**

YUKK m.2/2'ye göre bu Kanun'un uygulanmasında, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar ile özel kanunlardaki hükümler saklıdır. Yabancıların Türkiye'de ikametine ilişkin iki özel kanunda sınırlamalar mevcuttur.

### **A. Özel Kanunlarda Yer Alan Sınırlamalar**

#### **1. 2565 Sayılı Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu**

Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'na<sup>237</sup> göre, askerî yasak bölgeler, Genel Kurmay başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenir (m.2/1). Kanunda askerî yasak bölgeler kara, deniz ve hava askerî yasak bölgeleri olarak düzenlenmiş ve birinci derecede askerî yasak bölgeler ve ikinci derecede askerî yasak bölgeler ile güvenlik bölgeleri olarak ayrılmıştır<sup>238</sup>.

#### **a. Birinci Derecede Askerî Yasak Bölgeler**

Birinci derece kara askerî yasak bölgeleri; yurt savunması bakımından hayati önem taşıyan askerî tesis ve bölgelerin, çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen dış sınırlarının en az yüz, en fazla dört yüz metre uzağından alınan noktaların birleştirilmesi suretiyle meydana gelen alanlarda, kara sınır hattı boyunca ve lüzum görülen kıyılarda otuz ila altı yüz metre derinlikteki sahalarda, tesis edilir (AYBGBK m. 5/1-a,b). Bu bölgelere görevliler dışında kimse giremez ve oturamaz (AYBGBK m.7/b).

Yabancıların birinci derecede askerî yasak bölgelere girmeleri ve bu bölgelerde oturmaları için Genelkurmay Başkanlığı'nın özel izni gerekir (AYBGBK m.7/1-c). Ayrıca bölgedeki eski eser ve doğal kaynakların millî kuruluşlarca veya millî kuruluşların denetimindeki Türk ve yabancılar tarafından araştırılması veya işletilmesi Genelkurmay Başkanlığı'nın olumlu kararına bağlıdır (AYBGBK m.7/d).

---

<sup>236</sup> GROENENDIJK/FERNHOUT/van DAM/van OERS/STRIK, s.9.

<sup>237</sup> Kabul tarihi: 18/12/1981. RG, 22.12.1981- 17552.

<sup>238</sup> Bu bölgelere uygulanacak esaslar ayrıntılarıyla Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. RG, 30.4.1983-18033.

## **b. İkinci Derecede Askerî Yasak Bölgeler**

İkinci derece kara askerî yasak bölgeleri; birinci derece kara askerî yasak bölgeleri çevresinde veya yurt savunması bakımından gerekli görülen diğer bölgelerde tesis edilir (AYBGBK m.8/1)<sup>239</sup>.

Türk vatandaşlarının ikinci derecede askerî yasak bölgelere girişi, oturmaları, seyahat etmeleri, ziraî faaliyetlerini ve meslek ve sanatlarını icra etmeleri bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır (AYBGBK m.9/1-a)<sup>240</sup>.

Yabancılar izin almadan geçici dahi olsa ikinci derecede askerî yasak bölgeye giremezler, oturamazlar, çalışamazlar ve taşınmaz mal kiralayamazlar. Görevli yabancı uyruklu sivil kişilere izinler garnizon komutanlığının görüşü alınarak valiliklerce verilir. Görevli yabancı uyruklu asker kişilere izinler Genelkurmay Başkanlığınca verilir. Ancak Bu yetki yönetmelikte belirtilecek komutanlıklara devredilebilir. Verilen izinlerden ilgili valiliklere de bilgi verilir (AYBGBK m.9/1-c).

## **c. Güvenlik Bölgeleri**

Güvenlik bölgeleri kendi içinde askerî güvenlik bölgesi ve özel güvenlik bölgesi olarak ikiye ayrılmaktadır (AYBGBK m.19).

Askerî güvenlik bölgeleri Genelkurmay Başkanlığınca, kamu ve özel kuruluşların çevresindeki özel güvenlik bölgeleri Genelkurmay Başkanlığının lüzum göstermesi veya Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin veya İçişleri Bakanlığının göstereceği lüzum üzerine Genelkurmay Başkanlığının uygun görmesi kaydıyla Bakanlar Kurulunca, kurulabilir veya kaldırılabilir (AYBGBK m.3).

Güvenlik bölgeleri içindeki gelecek ve tüzelkişilere ait mallar kamulaştırılabilir (AYBGBK m.21/1-a). Kamulaştırma yapılan güvenlik bölgelerine ve güvenlik bölgesi tesis edilen deniz sahasına, buradaki tesislerde

---

<sup>239</sup> Birinci derece kara askerî yasak bölgeleri çevresinde tesis edilecek ikinci derece kara askerî yasak bölgelerinin sınırları; birinci derece kara askerî yasak bölgeleri sınırlarından başlamak üzere beş kilometreye kadar uzaktan seçilen noktalardan geçirilen hat ile belirtilir. Bu hat, bölge içindeki savunma tesislerini kara gözetlemesine karşı gizleyen sırtlar ve arazi örtüleri varsa bu sırtların en yüksek noktalarından geçirilir ve görüşe engel örtüleri içine alacak şekilde tespit edilir. Savunma ihtiyacı ve bölgenin özelliklerinin zorunlu kıldığı hâllerde bu mesafe on kilometreye kadar uzatılabilir (AYBGBK m.8/1-a). Yurt savunması bakımından gerekli görülecek diğer bölgelerde tesis edilecek ikinci derece kara askerî yasak bölgelerinin sınırları Bakanlar Kurulu kararında belirtilir. İkinci derece kara askerî yasak bölgelerinin sınırları Resmi Gazete'de yayımlanır (AYBGBK m.8/1-b).

<sup>240</sup> Şu kadar ki, millî güvenliği sağlamak bakımından, gerekli görülecek ikinci derece kara askerî yasak bölgelerinde; bölgede oturanlar dışındaki Türk vatandaşlarının bölgede oturmaları, ziraî faaliyetlerini, meslek ve sanatlarını icra etmeleri Bakanlar Kurulu kararı ile sınırlandırılabilir (AYBGBK m.9/1-a 2. Cümle).

görevli olanlarla, askerî güvenlik bölgelerinde yetkili komutanlığın, kamu ve özel kuruluşlara ait tesislerde ise, bu konuda yetkili makamın izin verdiği kişilerden başkası giremez ve oturamaz (AYBGBK m.21/1-c).

## 2. 442 Sayılı Köy Kanunu

Köy Kanunu'nun<sup>241</sup> 88. maddesine göre, yabancıların köylerde ikamet etmesi, İçişleri Bakanlığı'ndan özel izin alınması şartına bağlanmıştır. İçişleri Bakanlığı, bu tezkerenin verilmesinde olduğu gibi süresinin uzatılıp kısaltılmasında da takdir yetkisine sahiptir<sup>242</sup>.

Uygulamada köylerde yabancıların ilk kez ikamet izni talep etmesi hâlinde İçişleri Bakanlığı'nın olumlu görüşü alınmaktadır. Ancak uzatma durumunda yeniden İçişleri Bakanlığı'ndan olumlu görüş talep edilmemekte, valilikler re'sen işlem yapmaktadır<sup>243</sup>.

## B. Uluslararası İşgücü Kanunu Kapsamında Aile İkamet İzninden Muafiyet

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu<sup>244</sup> 28.7.2016 tarihinde kabul edilmiştir. Kanunun 11. maddesine göre, uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara Turkuaz Kart verilir (m.11/1).

Turkuaz Kart sahibi yabancıların mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren ve ikamet izni yerine geçen belge verilir (m.11/3). Bu durumda YUKK'da aile ikamet izni alınması için aranan şartlar aranmayacaktır.

Turkuaz Kart ilk üç yılı geçiş süresi olmak kaydıyla verilmektedir. Geçiş süresi içinde iptal edilmeyen Turkuaz kartta yer alan geçiş süresi kaydı yabancıların başvurusu üzerine kaldırılır ve süresiz Turkuaz Kart verilir (m.11/2). Bu durumda Turkuaz Kart sahibi yabancıların eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına da süresiz aile ikamet izni verilmiş olacaktır.

## C. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aile İkamet İzni

YUKK'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, ikamet izinlerini genel olarak düzenleyen 5683 sk yürürlükten kaldırılmıştır<sup>245</sup>. YUKK yürürlüğe girmeden

---

<sup>241</sup> Kabul tarihi: 18.3.1924. RG, 7.4.1924-68.

<sup>242</sup> AYBAY/DARDAĞAN-KİBAR, s.136.

<sup>243</sup> ÇİÇEKLİ, s.93.

<sup>244</sup> RG, 13.8.2016- 29800.

<sup>245</sup> DARDAĞAN-KİBAR, New Turkish Law, s.115.

önceki dönemde aile ikamet izni deyimiyle zikredilmemekle birlikte, Türk vatandaşlarının ya da Türkiye'de ikamet izni almış yabancıların aile üyelerinin, bu kişilere bağlı olarak talep etmeleri hâlinde ikamet tezkeresi verilmesi mümkündür. Özellikle YİSHK m.19'da müşterek ikamet tezkeresi olarak düzenlenmiş olan bu husus, karı koca ve onların onsekiz yaşını doldurmamış çocuklarına ortak ikamet tezkeresi verilmesi, bütün aile bireylerine bir tane ikamet tezkeresi verilmesi ya da çocukların ana babadan birinin ikamet tezkeresinin refakat hanesine yazılması şeklinde uygulanmaktaydı.<sup>246</sup> Uygulama Yönetmeliği'nin Geçiş Hükümleri Başlıklı Geçici 1.maddesinin 2. fıkrasına göre, 11.4.2014 tarihinden önce alınan ikamet tezkerelerinin YUKK'ta belirlenen ikamet izni türlerinden hangisine karşılık geldiği Genel Müdürlükçe belirlenecektir.

YUKK'da ikamet izni çeşitlerini, kısa dönem ikamet izni (m.31-33), aile ikamet izni (m.34-37), öğrenci ikamet izni (m.38-41), uzun dönem ikamet izni (m.42-45), insanî ikamet izni (m.46-47) ve insan ticareti mağduru ikamet izni (m.48-49) olmak üzere altıya ayırılmıştır (m.30)<sup>247</sup>. Kısa dönem ikamet izni ve aile ikamet izninde, öğrenci ikamet izni ve uzun dönem ikamet izninden farklı olarak idareye takdir yetkisi verilmiştir<sup>248</sup>.

YUKK'un 34- 37. maddeleri arasında aile ikamet izni düzenlenmiştir. Bununla birlikte ikamet iznine ilişkin genel kural ve ikamet izninden muafiyet (m.19-20) ile ikamet izinlerine ilişkin ortak hükümler, aile ikamet izni için de uygulanacaktır. Bu nedenle öncelikle genel düzenlemeler ile ortak hükümlere yer verilecektir. Ardından aile ikamet iznine dair özel düzenlemeler ile alınacaktır.

## 1. YUKK'da İkamet İzinlerine İlişkin Genel Düzenlemeler ve Ortak Hükümler

### a. Genel Kural

İkamet izinlerine ilişkin genel kural YUKK m.19'da ve Uygulama Yönetmeliği m.19'da yer almaktadır. Buna göre Türkiye'de vizenin ya da vize muafiyetinin

---

<sup>246</sup> AYBAY/DARDAĞAN-KİBAR, s.133. Ancak Türkiye'de çalışacak olan yabancıların kişisel ikamet tezkeresi almaları zorunlu idi.

<sup>247</sup> YUKK yürürlüğe girmeden önce ikamet izni türlerine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak İçişleri Bakanlığı'nın hizmetiçi genelgelerinde ikamet izni türleri bulunmaktaydı. EKŞİ, s.93. YUKK'un yürürlüğe girmesiyle birlikte ikamet izni türleri kanunda düzenlenmiştir. ÇİÇEKLİ, Bülent, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Getirdiği Yenilikler", Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi, Editörler: Yrd. Doç. Dr. Ceyda Süral/Araş. Gör. Ekin Ömeroğlu, Ankara 2015, s. 25,(Yenilikler); HADİMOĞLU-ÖZBEK, Nimet, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan İkamet İzni Türleri ile Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Olağan Telsik Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranan İkamet Şartı", TBB Dergisi, 2012, S.102, s. 170.

<sup>248</sup> ERTEN, s.22.

sağladığı sürelerden ya da 90 günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur. Uygulama Yönetmeliği'nde belirlenen sürelerden daha kısa kalacak yabancıların da ikamet izni başvurusunda bulunabilecekleri düzenlenmiştir(m.19/2).İkametizni altı ay içinde kullanılmaya başlanmadığında geçerliliğini kaybeder.

Ayrıca Türkiye'den uluslararası koruma talep eden başvuru sahiplerine<sup>249</sup>, kendisine gösterilen kabul ve barınma merkezinde, belirli bir yerde veya ilde ikamet etme zorunluluğu ile istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idarî yükümlülükler getirilebilir (YUKK m.71/1). Başvuru sahibi, adres kayıt sistemine kayıt yaptırmak ve ikamet adresini valiliğe bildirmekle yükümlüdür (YUKK m.71/2).

### **b. İkamet İzninden Muafiyet**

İkamet izninden muafiyet, YUKK m.20'de ve Uygulama Yönetmeliği m.20'de düzenlenmiştir. Buna göre 90 güne kadar vizeyle veya vizeden muaf olarak gelen yabancılar, vize süresi veya vize muafiyeti süresince ikamet izninden muaf tutulacaklardır (m.20/1-a). Bunun yanında vatansız kişi kimlik belgesi olanlar<sup>250</sup> (m.20/1-b), Türkiye'de görevli diplomasi ve konsolosluk memurları (m.20/1-c), Türkiye'de görevli diplomasi ve konsolosluk memurlarının ailelerinden Dışişleri Bakanlığı'na bildirilenler (m.20/1-ç), uluslararası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerinde çalışan ve statüleri anlaşmalarla belirlenmiş olanlar (m.20/1-d), Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalarla ikamet izninden muaf tutulanlar (m.20/1-e) ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28. maddesi kapsamında olanlar da ikamet izninden muaf tutulmuşlardır (m.20/1-f).

<sup>249</sup> YUKK "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin 1. Fıkrası d bedine göre başvuru sahibi, Uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan kişidir. Uygulama Yönetmeliği m.3/1-d'de de aynı tanım tekrar edilmiştir.

<sup>250</sup> Vatansız Kişi Kimlik Belgesi YUKK m.50'de düzenlenmiştir. Buna göre, "(1) Vatansızlığın tespiti Genel Müdürlükçe yapılır. Vatansız kişilere, Türkiye'de yasal olarak ikamet edebilme hakkı sağlayan Vatansız Kişi Kimlik Belgesi düzenlenir. Başka ülkeler tarafından vatansız kişi işlemi görenler bu haktan yararlandırılmaz.(2) Vatansız kişiler, Vatansız Kişi Kimlik Belgesi almakla yükümlü olup, belge Genel Müdürlüğün uygun görüşü alınarak valiliklerce düzenlenir. Hiçbir harca tabi olmayan bu belge, ikamet izni yerine geçer ve iki yılda bir valiliklerce yenilenir. Vatansız Kişi Kimlik Belgesinde yabancı kimlik numarası da yer alır.(3) Vatansız Kişi Kimlik Belgesine sahip olarak Türkiye'de geçirilen süreler, ikamet sürelerinin toplanmasında hesaba katılır.(4) Vatansız Kişi Kimlik Belgesi, kişinin herhangi bir ülke vatandaşlığını kazanmasıyla birlikte geçerliliğini kaybeder.(5) Vatansızlık durumlarının tespiti ve Vatansız Kişi Kimlik Belgesiyle ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir. Ancak Vatansız Kişi Kimlik Belgesi bulunan yabancıların YUKK'daki ikamet izinlerinden birini almak için talepte bulunmaları da mümkündür. YUKK m.51/1-a.

20.maddenin 1-e bendi kapsamında Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalarla ikamet izninden muaf tutulanlar içinde KKTC vatandaşları da bulunmaktadır<sup>251</sup>. KKTC vatandaşları için ikamet izni alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte isteyen KKTC vatandaşlarına beş yılı aşmayacak ikamet izni verilebilir. Bu ikamet izni vize ve pasaporta bakılmaksızın harçsız olarak verilebilir<sup>252</sup>.

Ayrıca uluslararası koruma kapsamında ikamet izninden muaf tutulan yabancılar bulunmaktadır. Bunlar, ilki YUKK m.69/7 kapsamında, uluslararası koruma başvurusu bulunanlara verilen kayıt belgesi bulunanlar<sup>253</sup> (m.20/1-g), 76/1 madde kapsamında mülakati tamamlanan başvuru sahiplerine verilen Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Kimlik Belgesi<sup>254</sup> bulunanlar (m.20/1-g) ve 83. madde kapsamında mülteci statüsü tanınanlara verilen Kimlik Belgesi<sup>255</sup> bulunanlardır. Ancak geçici koruma statüsünden yararlanan kişiler ikamet izninden muaf tutulmamıştır<sup>256</sup>. Geçici Koruma Yönetmeliği<sup>257</sup>'nin 25. maddesine göre, geçici korumadan yararlanan kişilere verilen geçici koruma kimlik belgesi, ikamet izni yerine geçmez.

YUKK m.20/2'ye göre, Türkiye'de görevli diplomasi ve konsolosluk memurları (m.20/1-c), Türkiye'de görevli diplomasi ve konsolosluk memurlarının ailelerinden Dışişleri Bakanlığı'na bildirilenler (m.20/1-ç), uluslararası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerinde çalışan ve statüleri anlaşmalarla belirlenmiş olanlar (m.20/1-d), Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalarla ikamet izninden muaf tutulan (m.20/1-e) yabancılar için şekil ve içeriği Bakanlık ve Dışişleri Bakanlığınca belirlenen belge tanzim edilir. Bu yabancılar ikamet izninden muafiyet sağlayan durumları sona erdikten sonra da Türkiye'de kalmaya devam edeceklerse, en geç 10 gün içinde ikamet izni almak üzere valiliklere başvurmakla yükümlüdür (YUKK m.22/2).

Son olarak, çalışma izni bulunan yabancılar ikamet izninden muaf tutulmuştur. YUKK'un 27. maddesine ve Uygulama Yönetmeliği m.20/1-ğ fıkrasına göre, geçerli çalışma izni ile 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun 10. maddesine istinaden verilen Çalışma

---

<sup>251</sup> 19.7.1999 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında İki Ülke Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanınmasına İlişkin Anlaşma. 3.11.1999 tarih ve 4465 sayılı Onay Kanunu. Bu anlaşmaya dayanılarak çıkarılan 6.1.2001 tarih ve 23928 sayılı Bakanlar Kurulu kararı.

<sup>252</sup> ÇİÇEKLİ, s.94.

<sup>253</sup> Kayıt belgesi, 30 gün sürelidir ve 30'ar gün uzatılabilir.

<sup>254</sup> Uluslararası Koruma Başvuru sahibi Kimlik Belgesi, 6 ay sürelidir ve 6'şar ay uzatılabilir.

<sup>255</sup> Mülteci statüsü tanınanlara verilen Kimlik Belgesi 3 yıl sürelidir.

<sup>256</sup> ÇELİKEL, Aysel/(ÖZTEKİN) GELGEL, Günseli, Yabancılar Hukuku, B.21, İstanbul 2015, s.98.

<sup>257</sup> RG, 22.10.2014-29153.



İzni Muafiyet Teyit Belgesi, ikamet izni sayılır<sup>258</sup>. Ayrıca Uluslararası İşgücü kanunu'na göre, çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti, YUKK m.27 uyarınca ikamet izni yerine geçer (m.12/1).

YUKK'tan farklı olarak Uygulama Yönetmeliği'nde ikamet izninden muaf olan kişi grupları genişletilmiştir. YUKK m.20'de sayılan kişilere ek olarak, Türkiye'de yerleşik yabancı misyonlarda geçici bir süreyle görevlendirilip pasaportuna, Dışişleri Bakanlığı tarafından en fazla altı ay süreli ikamet izninden muafiyet sağlayan geçici görev şerhi tatbik edilenler (UY m.20/1-e), İskân Kanunu kapsamında Göçmen Belgesi sahibi olanlar (UY m.20/1-h) ve Geçici Koruma Kimlik Belgesi sahibi olanlar (UY m.20/1-ı) da ikamet izninden muaf tutulmuştur.

---

<sup>258</sup> YUKK 27. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 27. maddesinin 10/ç bendiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan hüküm, "Çalışma izni ya da Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesi verilen yabancılardan, 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa göre çalışma izni süresi kadar ikamet izni harcı tahsil edilir." şeklindeydi. Çalışma izni verilebilmesi veya iznin uzatılabilmesi için yabancının 7 nci madde kapsamına girmemesi şartı aranır. YUKK m.27/2. Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek yabancılar YUKK m.7'de düzenlenmiştir. Buna göre, pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi, vizesi veya ikamet ya da çalışma izni olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar (m.7/1-a), vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar (m.7/1-b), 15 inci maddenin ikinci fıkrası saklı kalmak kaydıyla, vize muafiyeti kapsamında olsalar dahi, 15 inci maddenin birinci fıkrasında sayılan yabancılar (m.7/1-c) Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyerek geri çevrilir. Bu maddeyle ilgili olarak yapılan işlemler, geri çevrilen yabancılara tebliğ edilir. Tebligatta, yabancıların karara karşı itiraz haklarını etkin şekilde nasıl kullanabilecekleri ve bu süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülükleri de yer alır (m.7/2). Ayrıca Uygulama Yönetmeliği'nin 25. maddesine göre, (1) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından veya kendi mevzuatında çalışma izni vermeye yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen çalışma izinleri, geçerli olduğu sürece ikamet izni olarak kabul edilir. Bu yabancılar ile Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesine sahip yabancılar ikamet izni harcını ödemeleri kaydıyla ayrıca ikamet izni belgesi almazlar. Uluslararası koruma başvuru sahipleri bu harçtan muaftır. (2) Çalışma izni verilmesi ya da çalışma izninin süresinin uzatılması talebinde bulunan yabancıların, Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılardan olmamaları şartı aranır. Çalışma izni vermeye yetkili kurumlar, Genel Müdürlüğün bu konudaki olumlu görüşünü almak kaydıyla çalışma izni verebilir. (3) Çalışma izninin sona erdiği tarih, aynı zamanda ikamet izninin de bitiş tarihidir. Çalışma izni süresi sona erdiği halde süresini uzatmayan ya da yeni durumuna uygun ikamet izni almayan yabancılar, ikamet izni ihlali yapmış sayılırlar. (4) Çalışma izni ve Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesi süreleri, ikamet izni sürelerinin hesaplanmasında toplam süreye dâhil edilir. (5) Çalışma izni veren kamu kurum ve kuruluşları, çalışma izinlerine ilişkin güncel bilgileri Genel Müdürlükle paylaşır.

### c. İkamet İzni Başvurusu

İkamet izni başvurularına ilişkin genel kural 21. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, ikamet izni başvurusu, yabancıнын vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki konsolosluklara yapılır (m.21/1). İkamet izni için başvuracak yabancılarda, talep ettikleri ikamet izni süresinden altmış gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgeye sahip olmaları şartı aranır (m.21/2). Başvuru için gerekli olan bilgi ve belgeler eksik ise, başvurunun değerlendirilmesi eksiklikler tamamlanıncaya kadar ertelenebilir. Eksik olan bilgi ve belgeler ilgiliye bildirilir (m.21/3).

Konsolosluklar, ikamet izni başvurularını görüşleriyle birlikte Genel Müdürlüğe iletir. Genel Müdürlük, gerekli gördüğünde ilgili kurumların görüşlerini de alarak başvuruları sonuçlandırdıktan sonra, ikamet izninin düzenlenmesi ya da başvurunun reddedilmesi için konsolosluga bilgi verir (m.21/4). Başvurular, en geç doksan gün içinde sonuçlandırılır (m.21/5)<sup>259</sup>. İkamet izni başvurusunun reddine ilişkin işlemler ilgiliye tebliğ edilir (m.21/6).

İkamet izni başvurusunun kural olarak yurt dışından yapılması, yabancıнын önce vize alması daha sonra ülkeye giriş yapması ardından ikamet izni alması şeklinde bürokratik ve uzun süren usulün daha kısa sürede ve basitleştirilerek uygulanmasını sağlamıştır<sup>260</sup>.

İkamet izni başvuruları kural olarak yurt dışından yapılacaktır. Türkiye içinden ikamet izni başvurusunda bulunulması ise istisnadır. İkamet izni başvurularının valiliklere yapılabilmesine ilişkin istisnalar 22. maddede sayılmıştır (m.22/1). Adli veya idari makamların kararlarında veya taleplerinde (m.22/1-a), yabancıнын Türkiye'den ayrılmasının makul veya mümkün olmadığı durumlarda (m.22/1-b), uzun dönem ikamet izinlerinde (m.22/1-c), öğrenci ikamet izinlerinde (m.22/1-ç), insanî ikamet izinlerinde (m.22/1-d), insan ticareti mağduru ikamet izinlerinde (m.22/1-e), aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçişlerde (m.22/1-f), Türkiye'de ikamet izni bulunan anne veya babanın Türkiye'de doğan çocukları için yapacağı başvurularda (m.22/1-g), geçerli ikamet izninin verilmesine esas olan gerekçenin sona ermesi veya değişikliğe uğramasından dolayı yeni kalış amacına uygun ikamet izni almak üzere yapılacak başvurularda (m.22/1-ğ), 20 nci maddenin ikinci fıkrası kapsamında yapılacak ikamet izni başvurularında (m.22/1-h)<sup>261</sup>, Türkiye'de

---

<sup>259</sup> Konsolosluklardan ikamet ve çalışma izni alarak Türkiye'ye gelen yabancılar, giriş tarihinden itibaren en geç yirmi iş günü içinde adres kayıt sistemine kayıtlarını yaptırmak zorundadırlar. YUKK m.26/2. Burada dikkat edilmesi gereken, yirmi günlük sürenin "işgünü" olarak aranmış olmasıdır. Yabancıların ikamet ettikleri yerde bulunan nüfus müdürlüğüne giderek bu işlemi yaptırması gerekmektedir. ÇİÇEKLİ, Bülent, Yenilikler, s.24.

<sup>260</sup> ERTEN, s. 20.

<sup>261</sup> Bu kişiler, ikamet izninden muafiyet durumları sona erdikten sonra ikamet izni talebinde bulunacak kişilerdir.

yükseköğrenimini tamamlayanların, kısa dönem ikamet iznine geçişlerinde (m.22/1-ı) istisnaî olarak valiliklere de ikamet izni başvurusu yapılabilir.

Uygulama Yönetmeliği'nde ayrıca ikamet izni başvurularının, belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde elektronik ortamda da alınabileceği belirtilmiştir (UY m.19/4). İkamet izni başvurusuna ilişkin esaslar ise Uygulama Yönetmeliği'nin 21. maddesinde düzenlenmiştir<sup>262</sup>.

<sup>262</sup> Uygulama Yönetmeliği'nin "İkamet izni başvurusuna ilişkin esaslar" başlıklı 21. maddesine göre: (1) İkamet izni başvurusu yapan yabancılar, istenen bilgi ve belgeleri yurt içi başvurularında valiliğe, yurt dışı başvurularında süresi içinde konsolosluga verirler. Başvuru için istenecek belgeler Genel Müdürlükçe belirlenerek kurumsal internet sitesinde yayınlanır. (2) Türkiye içinde valiliklere yapılabilecek ikamet izni başvuruları başvuru için gerekli olan yasal süre bitmeden yapılır. İkamet izni süresini, vize süresini veya vize muafiyetini on güne kadar aşmış olanların başvuruları da alınır. Yabancıların içinde bulunduğu durum ve idari ihtiyaçlar yönünden gerekli olduğunda on günlük süre koşuluna bağlı kalınmaz. Bununla ilgili usul ve esaslar Genel Müdürlük tarafından ayrıca belirlenir. (3) Yabancıların içinde bulunduğu durum ve idarî ihtiyaçlar yönünden gerekli olması nedeniyle on günlük süre koşuluna bağlı kalınmaksızın başvurusu alınarak olumlu sonuçlandırılanların yeni ikamet izni süresi başvuru tarihinden itibaren başlatılır. Bu yabancıların başvuru tarihine kadar geçirdikleri süreler için tahakkuk eden harç 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa göre hesaplanır. (4) İkamet izni başvurularının yabancı tarafından bizzat yapılması esastır. Bu başvurular, yabancıların yasal temsilcisi veya vekâletnameye haiz avukatı aracılığıyla da yapılabilir. (5) Uzatma başvuruları, ikamet izni süresinin dolmasına altmış gün kalmasından itibaren ve her koşulda ikamet izni süresi dolmadan önce valiliklere yapılır. (6) Çalışma izni iptal edilen ya da sona erenlerin on gün içinde yapacakları ikamet izni başvuruları, Kanunun 22 nci maddesi kapsamında sonuçlandırılır. (7) Çalışma izni uzatma başvurusu olumsuz sonuçlananların ikamet izni başvuruları için zorunlu on günlük süre, çalışma izni uzatma başvurusuna ilişkin olumsuz kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren başlar. (8) Kanunun Türkiye içinden yapılabilecek ikamet izni başvurularına ilişkin veya ikamet izinlerinin uzatılmasına ilişkin hükümleri çerçevesinde ikamet izni başvurusunu tamamlayanlara ikamet izni müracaat belgesi verilir. (9) İkamet izni müracaat belgesinin düzenlenmesine ilişkin esaslar ve belgenin yabancıya sağladığı haklar şunlardır: a) Belgenin şekli ve içeriği Genel Müdürlük tarafından belirlenir. b) Belgede ikamet izni harcından muaf yabancıların durumu belirtilir. c) Belge tek başına hiçbir harç, resim ve sair ücrete tabi değildir. ç) Başvuru sonuçlanıncaya kadar, bu belge Türkiye'de kalma hakkı sağlar. d) Yabancılar, harçtan muaf olduğu belgede belirtilenler hariç, ikamet izni başvurusunun sonucunu beklemeksizin ikamet harçlarını ödediklerini kanıtlamak ve talep ettikleri ikamet izni süresinin içinde olmak kaydıyla başvuru belgeleriyle birlikte sınır kapılarından birden fazla çıkış yapabilirler ve her defasında on beş gün içinde döndükleri takdirde ülkeye girişlerinde vize koşulundan muaf tutulurlar. On beş günü aşmaları halinde vize genel hükümlerine göre işlem yapılır. 10 uncu madde gereğince yüz seksen günde doksan gün kalma hükmü saklıdır. (10) İkamet izni başvurusu reddedilenler ile ikamet izni iptal edilenler, altı ay içinde yeniden ikamet izni başvurusu yaptıklarında yeni bir ikamet izni talep gerekçesi sunmaları istenir. (11) Son bir yıl içinde toplamda yüz yirmi günden fazla süreyle yurt dışında kalmaları nedeniyle kısa dönem ikamet izinleri; son bir yılda yüz seksen günden fazla yurt dışında kalmaları nedeniyle aile ikamet izinleri; kesintisiz bir yıldan fazla Türkiye dışında kalmaları nedeniyle uzun dönem ikamet izinleri iptal edilen yabancıardan bu izinlerini tekrar almak üzere yapacakları başvuruda yeni bir gerekçe sunmaları istenmez. (12) On birinci fıkr

#### **d. İkamet İzinlerinin Tanzimi, Şekli ve İkamet İzinlerinin Uzatılması**

İkamet izninin düzenlenmesi, şekli ve süresinin uzatılması, YUKK m.23 m.24'de ve Uygulama Yönetmeliği'nin 23. maddesinde düzenlenmiştir.

İkamet izinleri, pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerin geçerlilik süresinden altmış gün daha kısa süreli, kalış amacına bağlı ve her yabancı için ayrı düzenlenir (m.23/1)<sup>263</sup>. İkamet izninin şekli ve içeriği Bakanlıkça, ikamet izni yerine geçen çalışma izninin şekli ve içeriği ise Bakanlık ve ilgili kurumlarca birlikte belirlenir (m.23/2). Uygulama Yönetmeliği'nde, ikamet izninin vize ya da vize muafiyeti süresinin sona erdiği tarihten, talep hâlinde müracaat tarihinden başlatılacağı düzenlenmiştir (UY m.23/1-ç).

İkamet izinleri valiliklerce uzatılabilir (m.24/1). Uzatma başvuruları, ikamet izni süresinin dolmasına altmış gün kalmasından itibaren ve her koşulda ikamet izni süresi dolmadan önce valiliklere yapılır. İkamet iznini uzatma başvurusunda bulunanlara, harca tâbi olmayan bir belge verilir. Bu yabancılar, ikamet izni süreleri sona ermiş olsa dahi haklarında karar verilmeye kadar bu belgeyle Türkiye'de ikamet edebilir (m.24/2). Uzatılan ikamet izinleri, yasal izin sürelerinin bitim tarihinden itibaren başlatılır (m.24/3). Uzatma başvuruları, valiliklerce sonuçlandırılır (m.24/4).

İkametgâhlarını ikamet izni aldıkları ilden başka bir ildeki adrese taşıyan yabancıların durumu Uygulama Yönetmeliği m.23/3'de düzenlenmiştir. Buna göre, ikametgâhlarını ikamet izni aldıkları ilden başka bir ildeki adrese taşıyan yabancılar, taşındıkları ilde ikamet etmek üzere yeni bir ikamet izni almak amacıyla en geç yirmi iş günü içinde başvuruda bulunurlar. Bu işlemde, ikamet

---

kapsamındaki yabancıardan Türkiye'de bulunanlar iptal kararının tebliğinden itibaren on gün içinde ikamet izni başvurusunda bulunabilirler. Bu durumda tek giriş vize harcı ve ikamet izninin iptal edildiği tarihten müracaat tarihine kadar geçirilen sürenin ikamet izni harcı, bir kat fazlasıyla tahsil edilir. Bu sürenin hesaplanmasında yurt dışında geçirilen süreler dikkate alınmaz. (13) Türkiye'de doğan yabancı çocuklar, seyahat belgesi düzenlenip ikamet izni başvurusu yapılan kadar doğum belgeleriyle anne veya babanın geçerli ikamet izni süresine bağlı olarak Türkiye'de kalabilirler. Doğum belgesi tek başına Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış hakkı vermez. Bu çocuklar için yüz seksen gün içinde durumlarına uygun ikamet izni alınması zorunludur. İkamet izni, çocuğun doğum tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde düzenlenir. Doğum belgesi ile ikamet ettikleri halde yüz seksen gün içerisinde ikamet izni almak üzere müracaat etmeyenlerden ülkeden çıkışta Harçlar Kanunu uyarınca ikamet izninin alınmaması nedeniyle aşılın sürenin kapsadığı tarife itibarıyla hesaplanan harç bir kat fazlasıyla tahsil edilir. Bu harcın ödenmesi halinde süreli giriş yasağı uygulanmaz. (14) İkamet izni başvurularında engelli ve hastaların durumları gözetilerek Valiliklerce gerekli düzenlemeler yapılır. (15) Genel Müdürlük, kamu düzeni veya kamu güvenliği nedeniyle ikamet izni verilebilecek illerle ilgili düzenleme yapabilir. (16) İkili veya çok taraflı anlaşmalarda yer alan özel hükümler saklıdır.

<sup>263</sup> Bu belge için 21/2/1963 tarihli ve 210 sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu uyarınca miktarı Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen değerli kâğıt bedeli alınır. UY m.23/1-c.

izin türü değişmiyorsa yeni bir ikamet izin belgesi düzenlenmekle birlikte, harcı ödenmiş olan süre, tekrar harca tâbi tutulmaz.

#### **e. İkamet İzinlerine İlişkin Diğer Hükümler**

Tutuklu veya hükümlü olarak cezaevlerinde ya da idarî gözetim altında geri gönderme merkezlerinde bulunan yabancıların, buralarda geçirdikleri süreler ikamet izni süresinin ihlâli sayılmaz. Bu kişilerin varsa ikamet izinleri iptal edilebilir. Bunlardan, yabancı kimlik numarası bulunmayanlara, ikamet izni şartı aranmadan yabancı kimlik numarası verilebilir (m.26/1).

Kanaatimizce, hükümlü olarak cezaevinde ya da idarî gözetim altında geri gönderme merkezlerinde bulunan yabancıların ikamet izinlerinin iptal edilebilmesi, kamu düzeni ve millî güvenlik bakımından engel teşkil etme gerekçeleriyle bir dereceye kadar açıklanabilir ancak tutuklu olarak cezaevinde bulunan yabancıların ikamet izinlerinin iptal edilebilmesi için aynı gerekçelerin öne sürülmesi son derece güçtür.

Gözetiminde ve cezaevinde tutulanlar ile hakkında idarî gözetim kararı bulunan yabancıların durumu Uygulama Yönetmeliği'nin 24. maddesinde düzenlenmiştir. YUKK m.26'dan farklı olarak gözetiminde bulunan yabancıların (m.24/1-a) da gözetiminde geçirdiği sürenin ikamet izni süresinin ihlâli sayılmayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca gözetiminde bulunan, tutuklu veya hükümlü olarak cezaevinde kalan, hakkında idarî gözetim kararı alınan ve geri gönderme merkezinde bekletilen yabancıların, ikamet izni taleplerinin değerlendirmeye alınmayacağı hükmü bulunmaktadır. (UY m.24/3).

#### **f. İkamette Kesinti ve İkamet İzinleri Arasındaki Geçişler**

Bu Kanun hükümlerinin uygulanmasında; zorunlu kamu hizmeti, eğitim ve sağlık nedenleri hariç, bir yılda toplam altı ayı geçen veya son beş yıl içinde toplam bir yılı aşan Türkiye dışında kalışlar ikamette kesinti sayılır. İkamet süresinde kesintisi olanların ikamet izni başvurularında veya başka bir ikamet iznine geçişlerinde, önceki izin süreleri hesaba katılmaz (m.28/1). Kesintisiz ikamet izin sürelerinin hesaplanmasında, öğrenci ikamet izinlerinin yarısı, diğer ikamet izinlerinin ise tamamı sayılır (m.28/2).

Yabancılar, ikamet izninin verilmesine esas olan gerekçenin sona ermesi veya farklı bir gerekçenin ortaya çıkması hâlinde, yeni kalış amacına uygun ikamet izni talebinde bulunabilir (m.29/1). İkamet izinleri arasındaki geçişlere ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir (m.29/2)<sup>264</sup>.

---

<sup>264</sup> Bu kapsamda Uygulama Yönetmeliği'nin 26. maddesinde, ikamet izinleri arasındaki geçişler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ikamet izinlerinden birine sahip olup; ikamet izninin verilmesine esas olan gerekçenin sona ermesinden sonra Türkiye'de kalmaya

Aile ikamet izni ile öğrenci ikamet izni arasındaki geçişlerle ilgili olarak Uygulama Yönetmeliği'nde Kanun'da bulunmayan iki özel düzenleme getirilmiştir. Bunlardan ilki, öğrenci ikamet iznine sahip olan yabancıya aile ikamet izni alma koşullarının ortaya çıkması hâlinde, bu kişiye aile ikamet izni düzenlenmesi ve öğrenci ikamet izni koşullarını taşımaya devam ettiği süre öğrenci ikamet izninin sağladığı haklardan aynen yararlanmasıdır (m.26/4). İkinci düzenleme ise aile ikamet iznine sahip olan yabancıya öğrenci ikamet izni alma koşullarının ortaya çıkması hâlinde, aile ikamet izni devam ettirilmesi ve yabancıya, öğrenci ikamet izninin sağladığı haklardan da aynen yararlandırılmasıdır (m.26/5).

## 2. Aile İkamet İznine İlişkin Özel Hükümler

### a. Destekleyici Olarak Kabul Edilen Kişiler

YUKK düzenlemesine göre aile ikamet izni verilebilmesi için Kanun'un aradığı şartlara uygun bir "destekleyicinin" bulunması gerekmektedir. Destekleyici, aile birliği amacıyla Türkiye'ye gelecek yabancıların masraflarını üstlenen ve ikamet izni talebinde bulunanlar tarafından başvuruya dayanak gösterilen Türk vatandaşı veya Türkiye'de yasal olarak bulunan yabancıyı ifade eder (YUKK m.3/1-f; UY m.3/1-f).

YUKK 34. maddesinde göre destekleyici olabilecek kişi grupları dört temel başlıkta kategorize edilmiştir. Bunlardan ilki Türk vatandaşlarıdır (YUKK m.34/1, UY m.30/1-a). 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu<sup>265</sup>'nin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının 3. bendine göre, Türk vatandaşı, Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağıyla bağlı olan kişidir. Kanaatimizce, destekleyicinin Türk vatandaşı olması durumunda, aile ikamet izni verilmesi için aranan şartlar daha elverişli şekilde düzenlenmelidir. Bunun nedeni gerekli şartları taşımayan yabancıya aile ikamet izni başvurusunun reddedilmesinin, aile hayatı hakkının çift yönlü özelliğinden dolayı Türk vatandaşının da aile hayatı hakkının etkilenmesine neden olmasıdır. Oysa Anayasa'nın 41. maddesine göre, aile Türk toplumunun temelidir ve Devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır.

---

devam edecek yabancılar, gerekçenin sona erdiği tarihten itibaren on gün içinde yeni kalış amacına uygun ikamet izni için ilgili valiliğe başvurur. Bu yabancıya, ikamet izni müracaat belgesi verilir (m.26/1). Birinci fıkra kapsamında geçiş başvurusunda bulunan yabancıya mevcut ikamet izni, iznin verilmesine esas olan gerekçenin ortadan kalktığı tarih itibarıyla sona erdirilir (m.26/2). İkamet izinlerinden birine sahip olan yabancıya mevcut gerekçesine ek olarak yeni bir gerekçeye sahip olması hâlinde, mevcut ikamet izniyle kalmaya devam edebileceği gibi 21 inci maddenin beşinci fıkrasında belirtilen altmış günlük süreyi beklemeden valilikten yeni ikamet izni talebinde bulunabilir (m.26/3).

<sup>265</sup> 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kabul Tarihi: 29.5.2009. RG: 12.6.2009-27256.

Destekleyici kabul edilebilecek ikinci grup, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28 inci maddesi kapsamında olanlardır<sup>266</sup>(YUKK m.34/1, UY m.30/1-b).

Üçüncü grupta ikamet izinlerinden birine sahip olan yabancılar bulunmaktadır (YUKK m.34/1). Yani destekleyici YUKK hükümlerine göre ikamet izni türlerinden birine sahip olan yabancı olabilir. Uygulama Yönetmeliği'nin 30. maddesinin 1/c fıkrasında ise Kanun'dan farklı olarak Türkiye'de en az bir yıldır ikamet izniyle kalıyor olmak şartıyla Kanunda düzenlenen ikamet izinlerinden birine sahip olmak aranmıştır.

Bununla birlikte ikamet izninden muaf olarak Türkiye'de bulunan bir yabancıya destekleyici olarak kabul edilip edilemeyeceği her bir muaf tutulan yabancı kategorisine göre ayrı ayrı değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

<sup>266</sup> 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28. maddesi 6304 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ( Kabul Tarihi: 9.5.2012. RG: 18.5.2012/28296) ile değiştirilmiştir. Değiştirilen düzenlemeye göre, "(1) Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır. (2) Bu madde kapsamında bulunan kişilerin, seçme ve seçilme, muaf araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler.(3) Bu madde kapsamında bulunan kişiler, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunamazlar. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilirler.(4) Bakanlar Kurulu gerekli görmesi halinde üçüncü dereceden itibaren hangi dereceye kadar olan altsoyları bu maddede tanınan haklardan faydalanabileceğini belirleyebilir. (5) Bu madde hükümlerinden yararlanacak olan altsoy, üstsoyu ile soy bağıni belgelendirmesi şarttır.(6) Bu madde kapsamında bulunan kişilere, talepleri halinde bu maddede belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren Mavi Kart düzenlenir. Bu Kart, 21/2/1963 tarihli ve 210 sayılı Değerli Kağıtlar Kanunu kapsamındadır.(7) Bu maddenin sağladığı hakların kullanılmasında Mavi Kartın ibrazı yeterlidir. Kartın ibraz edilememesi durumunda Kimlik Paylaşımı Sistemi aracılığıyla Mavi Kartlılar Kütüğünden alınacak kayıt örneği ve uyruğunda bulunulan devlet makamlarınca verilmiş kimlik bilgilerini gösteren belge ile işlem yapılır. Bu kişilerin kimlik bilgilerinde değişiklik olması durumunda uyruğunda bulunduğu devlet makamından alınmış eski ve yeni kimlik bilgilerini gösteren belgenin usulüne göre tasdik edilmiş Türkçe tercümesi ile birlikte ibrazı zorunludur.(8) Bu madde kapsamında bulunan kişilere Bakanlığın tespit edeceği esaslar çerçevesinde kimlik numarası verilir. Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası aranan yerlerde bu kimlik numarası kullanılır. (9) Mavi Kartın düzenlenmesi ve dağıtılması ile Mavi Kartlılar Kütüğünün elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir.(10) Kamu kurum ve kuruluşları, bu madde hükümlerinin uygulanması amacıyla her türlü tedbiri alır ve gerekli düzenlemeleri yapar." Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28. maddesi kapsamında Türk vatandaşlığından çıkan aslı Türk vatandaşlarının Türkiye'de yararlanacakları haklar için bkz. DOĞAN, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, B.12, Ankara 2015, s.126-131; GÜNGÖR, Gülin, Tâbiyet Hukuku, B.3, Ankara 2015, s. 153-158; AYBAY, Rona/ÖZBEK, Nimet, Vatandaşlık Hukuku, B.4, İstanbul 2015, s. 184-195; NOMER, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, B.21, İstanbul 2015, s. 133; ERDEM, B.Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, B.4, İstanbul 2014, s.223-232.

İkamet izninden muaf tutulan yabancıların başında vize süresi veya vize muafiyeti süresince, doksan güne kadar vizeyle veya vizeden muaf olarak gelenler bulunmaktadır. Bu kişilerin yabancı eşine, kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğu ya da bağımlı yabancı çocuğuna da aile ikamet izni başvurusunda bulunma imkânının bulunduğunu söylemek, aile ikamet izni süresini destekleyicinin ikamet izni süresinden fazla olmayacağını düzenleyen 34. maddesi ve ikamet izni alma zorunluluğunu 90 günden fazla kalmak olarak belirleyen 19. maddesi karşısında ikamet izni almanın düzenleniş amacını aşacağından söz konusu olamaz.

İkamet izni almaktan muaf tutulmuş ikinci grup Vatansız Kişi Kimlik Belgesi bulunanlardır. Vatansızlara, yabancı eşinin, kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğunun ya da bağımlı yabancı çocuğunun aile ikamet izni başvurusunda bulunması hâlinde destekleyici statüsü tanınıp tanınmayacağı tartışmalıdır. Kanun koyucunun, ikamet izni sahibi olan yabancılar, mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahiplerini *numerus clausus* olarak saydığı kabul edilecek olursa, vatansız kişilerin destekleyici kabul edilmelerinin mümkün olmadığı sonucuna varılacaktır.

Kanaatimizce burada, vatansız kişi kimlik belgesi sahibi olan vatansızların, ikamet izninden muaf olmakla birlikte, Kanunun aradığı diğer şartları taşıması hâlinde destekleyici statüsünde değerlendirilebilmeleri gerekir. Bunun nedeni aile birleşimi hakkının, herkes için güvence altında olmasıdır. Ayrıca Uygulama Yönetmeliği'nde de destekleyici olabilecek kişiler arasında kanundan farklı olarak uluslararası koruma başvuru sahipleri ile şartlı mülteciler ve geçici korunanlar hariç, Kanunda ikamet izni yerine geçtiği kabul edilen kimlik belgesi olanlar sayılmıştır (m.30/1-ç).

İkamet izninden muaf olan üçüncü grup Türkiye'de görevli diplomasi ve konsolosluk memurlarıdır. Ancak bu kişilerin aile üyelerinden Dışişleri Bakanlığı'na bildirilenlerin de (m.20/1-ç) ikamet izninden muaf olacakları düzenlendiğinden ayrıca aile ikamet izni başvurusunda bulunmaları gerekmektedir.

İkamet izninden muaf olan dördüncü ve beşinci grup, uluslararası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerinde çalışan ve statüleri anlaşmalarla belirlenmiş olanlar ile Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu anlaşmalarla ikamet izninden muaf tutulanlardır. Bu kişilerin aile üyelerinin ikamet izninden muaf olarak Türkiye'de ikamet eden yabancıya bağlı olarak Türkiye'de ikamet edip edemeyecekleri söz konusu milletlerarası anlaşmalardaki düzenlemelere tâbi olacaktır.

İkamet izninden muaf olan son grup, YUKK m.69/7 kapsamında, uluslararası koruma başvurusu bulunanlara verilen kayıt belgesi bulunanlar (m.20/1-g),



76/1 madde kapsamında mülakatı tamamlanan başvuru sahiplerine verilen Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Kimlik Belgesi bulunanlar (m.20/1-g) ve 83. madde kapsamında mülteci statüsü tanınanlara verilen Kimlik Belgesi bulunanlardır. Mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahibi olan yabancıların destekleyici kabul edilebilecekleri 34. maddenin birinci fıkrasında ve Uygulama Yönetmeliği m.30/1-d'de açıkça belirtilmiştir.

Destekleyici olarak kabul edilen son grup mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahipleridir. Şartlı mülteci statüsündeki ve geçici korunan yabancıların destekleyici olarak kabul edilip edilmeyecekleri ise tartışmalıdır. Her ne kadar Uygulama Yönetmeliği'nde açıkça uluslararası koruma başvuru sahipleri ile şartlı mülteciler ve geçici korunanların destekleyici olarak kabul edilmeyecekleri düzenlenmiş olsa da YUKK'da böyle bir açık hüküm bulunmamaktadır.

### **b. Aile İkamet İzni Başvurusunda Bulunabilecek Yabancılar**

Kanunun 34. maddesinde ve Uygulama Yönetmeliği m.30/2'de, destekleyici olabilecek kişi grupları sayıldıktan sonra destekleyiciye bağlı olarak aile ikamet izni başvurusunda bulunabilecek yabancı kategorileri sayılmıştır<sup>267</sup>.

Bu yabancıların başında destekleyicinin yabancı eşi bulunmaktadır (m.34/1-a, UY m.30/2-a). Dikkat edilecek olursa destekleyicinin yabancı olması hâlinde, kanun koyucu, aile ikamet izni başvurusunda bulunabilecek yabancı eş bakımından, destekleyicinin Türkiye'de yasal olarak bulunduğu tarihten sonra gerçekleşen evlilikleri ile destekleyicinin Türkiye'de yasal olarak bulunduğu tarihten önce gerçekleşen evlilikleri arasında bir ayırım yapmamıştır. Başka bir ifadeyle YUKK'da aile ikamet izinleri için aile birleşimi ile aile oluşumu arasında bir fark bulunmamaktadır.

Destekleyiciye bağlı olarak aile ikamet izni başvurusunda bulunabilecek ikinci grup destekleyicinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğudur (m.34/1-b). Uygulama Yönetmeliği'nde, aile ikamet izni alabilecek yabancılar arasında, destekleyicinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğu ve evlâtlığı sayılmıştır (m.30/2-b).

Aile ikamet izni başvurusunda bulunabilecek son grup destekleyicinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğudur. YUKK bağımlı yabancı çocuğu tanımlamamıştır. Sadece aile üyelerinin tanımlandığı m.3/1-a bendinde bağımlı ergin çocuktan söz edilmektedir. Madde 34/1-c'de ise bağımlı çocuk ifadesi kullanılmakta ancak ayrıca bağımlı ergin çocuk vurgulanmamaktadır.

---

<sup>267</sup> YUKK yürürlüğe girmeden önceki dönemde de YİSHK'de özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet izni almış olan yabancıların eş ve çocuklarına ikamet izni verilebilmesine yönelik ilgili emniyet genel Müdürlüğü Genelgeleri bulunmaktaydı. AYBAY/DARDAĞAN-KİBAR, s.129.

Amaçsal bir yorumla burada, destekleyicinin veya eşinin ergin olan ancak yaşamını idame ettirmek bakımından destekleyicinin veya eşinin maddî ve manevî yardımına ihtiyaç duyan çocukları anlaşılmalıdır. Nitekim Uygulama Yönetmeliği'nde, aile ikamet izni alabilecek yabancılar arasında destekleyicinin veya eşinin bağımlı ergin çocuğu sayılmıştır (m.30/2-c). Uygulamada bağımlı yabancı çocuğun yorumunda geniş yorum yapılarak sadece ekonomik bağımlılığın değil sosyal ve ailevî bağımlılığın da dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu yaklaşım, dar yorum yasağının bulunduğu Anayasa'nın 16. maddesiyle de uyum içinde olacaktır ve uygulamada ortaya çıkabilecek Anayasaya aykırılıkları giderecektir.

Yabancı çocuğun ergin olup olmadığı burada ön meseledir. Ön meseleye 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 9. maddesi uygulanacak olursa, yabancı çocuğun ergin olup olmadığına millî hukukuna tâbi olması gerekir. YUKK ise ön meseleye uygulanacak kuralı düzenlemiştir ve Türk hukukuna tâbi kılmıştır. YUKK'a göre çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış ve ergin olmamış kişidir (m.3/1-e). Buna göre millî hukukuna göre ergin olmayan ancak YUKK m.3/1-e hükmüne göre on sekiz yaşını doldurmuş çocuklar aile ikamet izni başvurusunda bulunamayacaklardır. Kanaatimizce aile birleşimi hakkının bir temel hak olduğu göz önüne alındığında bu durumda bulunan çocukların da m.34/1-b hükmü kapsamında aile ikamet izni verilebilecek kişiler arasında sayılması gerekirdi. Aksi takdirde bu çocukların aile ikamet izni başvurusunda bulunabilmeleri sadece m.34/1-c kapsamında bağımlı olmaları koşuluyla söz konusu olabilecektir.

Ayrıca, vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre birden fazla eş ile evlilik hâlinde, eşlerden yalnızca birine aile ikamet izni verilir<sup>268</sup>. Ancak, diğer eşlerinden olan çocuklara da aile ikamet izni verilebilir (m.34/2). Uygulama Yönetmeliği'nin 30. maddesinin üçüncü fıkrasında vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre destekleyicinin birden fazla eşle evli olması hâlinde, eşlerden yalnızca birine aile ikamet izni verileceği tekrar edilmiştir. Ancak, destekleyicinin, diğer eşlerinden olan çocuklar, Kanundan farklı olarak, on sekiz yaşını doldurmamış çocukları ile on sekiz yaşını doldurduğu hâlde bakmakla yükümlü olduğu çocukları olarak sınırlanmıştır.

Bu düzenleme, kanun koyucunun çok eşliliğe yaklaşımını ortaya koymaktadır. Birincisi, çok eşlilik hâlinde ilk evlilikten daha sonra gerçekleşen evliliklerin geçerli evlilikler olarak kabul edilip edilmeyeceği ön sorun teşkil etmektedir. Bu noktada, sonraki evliliklerin destekleyicinin vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre geçerli olması durumunda Türkiye'de de geçerli kabul edileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye'de, aile ikamet izni alarak

---

<sup>268</sup> EKŞİ, The New Turkish Law, s. 69-70.

eşlerin tümünün Türkiye’de yaşaması, sosyal hayata katılması engellenmek istenmiştir. Bu düzenlemeyi destekleyici kişi gruplarına göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Destekleyicinin Türk vatandaşı olmadığı tüm kişi grupları için evlenme ehliyet ve şartları MÖHUK m.13’e göre kişinin millî hukukuna tâbi olacaktır. Vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre birden fazla eş ile evlilik o ülke hukukuna uygun olabilir diğer bir deyişle mevcut evlilik, evlenme engeli olmayabilir.

Destekleyicinin Türk vatandaşı olması hâlinde, evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuk, MÖHUK m.13’e göre Türk vatandaşı eş bakımından Türk hukukuna tâbidir. Bu durumda TMK’da mevcut evlilik evlenme engeli teşkil ettiğinden sonraki evlilikler geçerli kabul edilmeyecektir. Buna karşın Türk vatandaşı eşin millî hukuku olan TMK’na göre geçersiz olan sonraki evliliklerden olan diğer eşlerden biri aile ikamet izni almak için başvuruda bulunabilir. O hâlde Türk hukukuna göre geçersiz bir evliliğe karşın geçerli bir ikamet izni alınması mümkündür.

Bir diğer tartışmalı durum Türk vatandaşı destekleyicinin aynı zamanda başka bir devletin vatandaşı olması yani çifte/çok vatandaşlık durumudur. Bu durumda evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuk için MÖHUK m.4’e göre ilgili destekleyicinin Türk vatandaşlığı esas alınacaktır. Vatandaşı olduğu yabancı ülkenin hukukuna göre geçerli kabul edilen ikinci ya da üçüncü evlilikler, ön sorun olarak Türkiye’de geçerli kabul edilmeyecektir. Ancak bu durumda da geçersiz bir evliliğe karşın eşlerden birinin geçerli bir aile ikamet izni alması söz konusu olacaktır.

Kanaatimizce, konuya iki farklı açıdan yaklaşmak mümkündür. Birinci yaklaşım, çok eşli yaşamın aile ikamet izni alınarak Türkiye’de devam etmesinin engellenmek istenmesi yaklaşımıdır. Bu durumda, özellikle destekleyicinin Türk vatandaşı olması durumunda ilk evlilik geçerli kabul edileceğinden, sadece ilk eşin aile ikamet izni alması mümkün kılınmalıdır. İkinci yaklaşım, çok eşli yaşamın aile ikamet izni alınarak Türkiye’de devam etmesinin engellenmek istenmemesi yaklaşımıdır. Bu durumda, eşlerden hepsine aile ikamet izni almak için başvuruda bulunma imkânı getirilmelidir. Kanunun mevcut düzenlemesinde, her iki yaklaşımın da benimsenmediği görülmektedir ancak ilk başvuruda bulunan eşin aile ikamet izni alabildiği bir uygulama olumsuz eleştirilere açık olacaktır.

### **c. Aile İkamet İzni Süresi**

Aile ikamet izni her defasında üç yılı aşmayacak şekilde verilebilir. Ancak, aile ikamet izninin süresi hiçbir şekilde destekleyicinin ikamet izni süresini

aşamaz (m.34/1 Ek. 13.8.2016-6735727-10) Bu hükmü, destekleyicinin Türkiye'de en az bir yıldır ikamet izniyle kalıyor olması (m.35/1-ç) şartıyla birlikte değerlendirmek gerekir. O hâlde, destekleyici kısa dönem ikamet iznine ya da insanî ikamet iznine sahipse kural olarak ona bağlı olarak aile ikamet izni alan yabancı da bir yıllık aile ikamet izni alabilir. Destekleyici uzun dönem ikamet iznine sahipse, ona bağlı olarak aile ikamet izni alan yabancı her defasında üç yılı aşmayacak şekilde Türkiye'de kalabilir.

#### **d. Aile İkamet İzninin Kısa Dönem İkamet İznine Dönüşmesi**

Aile ikamet izni sahibi yabancılara belirli şartlar altında kısa dönem ikamet izni verilmesi mümkündür. En az üç yıl aile ikamet izniyle Türkiye'de kalmış olanlardan on sekiz yaşını tamamlayanlar, talep etmeleri hâlinde bu izinlerini kısa dönem ikamet iznine dönüştürebilir (m.34/5). Uygulama Yönetmeliği'nin 30. maddesinin altıncı fıkrasına göre, bu kişiler şartlarını taşıdıkları başka bir ikamet izni çeşidine başvurabilirler. Ancak bağımlı ergin yabancı çocuk için bu yola başvurmak, şartları itibarıyla pratik değildir. Aile ikamet izninin süresi üç yıldır fakat kısa dönem ikamet izninin süresi 1 yıldır. Ayrıca uzatılmasının talep edilmesi durumunda idarenin takdir yetkisinin son derece geniş düzenlenmiş olması yönünden de uygulamada tercih edilmeyeceği kanaatindeyiz.

Boşanma hâlinde, Türk vatandaşıyla evli yabancıya, en az üç yıl aile ikamet izniyle kalmış olmak kaydıyla kısa dönem ikamet izni verilebilir. Ancak yabancı eşin, aile içi şiddet gerekçesiyle mağdur olduğu ilgili mahkeme kararıyla sabit ise, üç yıllık süre şartı aranmaz (m.34/6). Uygulama Yönetmeliği'nin 30. maddesinin yedinci fıkrasına göre, ayrıca söz konusu yabancı, şartlarını sağladığı başka bir ikamet izni çeşidine başvurma hakkı saklıdır. Yabancı eşe, aile içi şiddet gördüğü gerekçesiyle, bu fiilin mağduru olduğuna ilişkin mahkeme kararını ibraz etmesi şartıyla üç yıllık süre şartı aranmaksızın kısa dönem ikamet izni verilebilir (UY m.30/8). O hâlde yabancı eşin aile içi şiddet gördüğü durumlarda üç yıllık süre şartı aranmaksızın diğer ikamet izni çeşitlerine başvuru hakkı bulunmamaktadır.

Türk vatandaşıyla evli yabancı bakımından, üç yıllık sürenin aranmayacağı istisnanın, sadece aile içi şiddet ile sınırlı olmaksızın, yabancıya boşanmada kusursuz olması şartına bağlanması gerektiği kanaatindeyiz. Mevcut düzenlemeyle, zina, kötü yönetim, ailenin giderlerine katılmama gibi durumlarda, yabancı eş, aile ikamet iznini kaybetmemek için 3 yıl buna katlanacak ve sonra boşanmak isteyecektir. Ayrıca yabancı eşin boşanmada kusursuz olduğu durumlarda üç yıllık süre şartı aranmaksızın diğer ikamet izni çeşitlerine başvuru hakkının bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

YUKK ve Uygulama Yönetmeliğinde sadece boşanma hâli düzenlenmiştir. Ayrılık hâli ise düzenlenmemiştir. Ayrılık hâlinde Türk vatandaşıyla ya da

ikamet iznine sahip destekleyic bir yabancıyla evli yabancı, aile ikamet izniyle Türkiye’de kalmaya devam edebilecek ve aile ikamet izni, diğer şartları sağlıyorsa uzatılabilecektir.

Destekleyicinin ölümü hâlinde, bu kişiye bağlı aile ikamet izniyle kalanlara, süre şartı aranmadan kısa dönem ikamet izni verilebilir (m.34/7). Uygulama Yönetmeliği’ne göre, destekleyicinin ölümü hâlinde, destekleyiciye bağlı olarak alınmış olan aile ikamet izni süresi sonuna kadar kullanılır. Süre şartı aranmadan kısa dönem ikamet izni verilebilir. Bu sürenin sonunda yabancıların ikamet izni talebi genel hükümlere göre değerlendirilir (UY m.30/9). Bu hükümleri, uzun dönem ikamet izni dışında Türkiye’de daimi ikamet izni almanın bir başka yolu olarak yorumlamak mümkündür.

### **3. Aile İkamet İzni İçin Aranan Şartlar**

#### **a. Destekleyicide Aranan Şartlar**

Destekleyicide aranan şartlar YUKK m.35’de düzenlenmiştir. Aile birleşimine ilişkin neredeyse bütün ülkelerde en başta aranan şart, belirli bir düzeyde gelire sahip olmaktır. Gelir şartı, her şeyden önce göçmenlerin ekonomik bağımsızlığıyla ilgilidir ve devletlerin sorumluluklarının azaltılması kaygısından kaynaklanmaktadır<sup>269</sup>. Ayrıca, aile birleşiminin entegrasyon sağlama işlevinin daha fazla sağlanması, yeterli bir yaşam standardının bulunmasına bağlıdır<sup>270</sup>. Türk hukukunda da destekleyicide aranan ilk şart, toplam geliri asgarî ücretten az olmamak üzere, ailedeki fert başına asgarî ücretin üçte birinden az olmayan aylık geliri bulunmaktır (m.35/1-a). Aile ikamet izninin verilmesinde destekleyicinin gelir standardının nasıl hesaplanacağı konusunda Uygulama Yönetmeliği’nin 31. maddesi, 40. maddenin beşinci fıkrasının (b) bendine atıf yapmaktadır. Buna göre, destekleyici, toplamda asgarî ücretten az olmamak üzere kendisi dahil her bir aile üyesi için asgarî ücretin üçte biri kadar gideri karşılayabilecek maddî güce sahip olmalıdır.

İkinci şart, ailenin nüfusuna göre, genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma şartlarına sahip olmak ve tüm aile fertlerini kapsayan sağlık sigortası yaptırmış olmaktır (m.35/1-b). Uygulama Yönetmeliği’nin 22. maddesinin yedinci fıkrasında, genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma şartlarının tespitinde yabancıların beyanının esas alınacağı, gerektiğinde adres kayıt sisteminden veya yerinden araştırma yapılacağı düzenlenmiştir<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> STRIK/HART/NISSEN, s.52.

<sup>270</sup> STRIK/HART/NISSEN, s.52.

<sup>271</sup> Ayrıca Uygulama Yönetmeliği’nde, sağlık sigortası yaptırmış olma şartı bakımından ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Yabancılardan, talep ettikleri ikamet izni süresini kapsayan geçerli sağlık sigortasına sahip olmaları şartı aranır. Türkiye’de genel sağlık sigortası

Üçüncü şart, başvuru tarihi itibarıyla, beş yıl içinde aile düzenine karşı suçlardan herhangi birinden hüküm giymemiş olduğunu adli sicil kaydıyla belgelemektir (m.35/1-c). Yabancı Türkiye'de ikamet ettiği sürede aile düzenine karşı suçlardan herhangi birinden hüküm giyip giymediği Türk hukukuna göre tespit edilecektir. Yabancı Türkiye'de ikamet etmeden önce bulunduğu ülkede ya da vatandaşı olduğu ülkede ceza kanunlarında böyle bir suç kategorisi yoksa ne olacağı belirsizdir. O yabancı ülkede bu fiiller ceza kanunları değil de örneğin idare hukuku içinde kategorize edilmişse bu hükmün nasıl uygulanacağı konusunda belirsizlik bulunmaktadır.

Dördüncü şart, Türkiye'de en az bir yıldır ikamet izniyle kalıyor olmaktır (m.35/1-ç). Fakat bilimsel araştırma amaçlı ikamet izni ya da çalışma izni bulunanlar, 5901 sayılı Kanunun 28 inci maddesi kapsamında olanlar veya Türk vatandaşlarıyla evli olan yabancılar hakkında, birinci fıkranın (ç) bendi uygulanmaz (m.35/2). Kısa dönem ikamet izinlerinde sadece bilimsel araştırma amaçlı ikamet izni bulunanların istisna kapsamına alındığı görülmektedir.

Son olarak adres kayıt sisteminde kaydı bulunmak aranmıştır (m.35/1-d).

Türkiye'de bulunan mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahiplerinde, idarenin takdirine göre bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen şartlar aranmayabilir (m.35/4)<sup>272</sup>. Uluslararası koruma ihtiyacı içinde olan yabancıların aile birleşimi hakkı uygulamada, devletlerin, bir bütün olan aileyi ayırmaması ve ailenin bir bütün olarak hayatına devam etmesini için gerekli tedbirleri alması şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>273</sup>.

---

kapsamında olanların geçerli sağlık sigortası olduğu kabul edilir. Geçerli sağlık sigortası için sunulan poliçelerde ilgili kurumların düzenlemelerinde yer alan hususlar ve ibareler aranır. Yurt içinden yapılan başvurularda, yabancı şirketler tarafından yapılan özel sağlık sigortaları, Türkiye'de akdettirilmeleri kaydıyla kabul edilir. İkili sosyal güvenlik anlaşmaları kapsamında Türkiye'de sağlık hizmetlerinden yararlanabilen kişilerde, bu durumu belgelemeleri halinde özel ya da kamu sağlık sigortası şartı aranmaz (m.22/13). Genel sağlık sigortası kapsamında olmayan veya Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuruda bulunmayanlardan, bir yıl ve üzeri ikamet izni taleplerinde, yılsonunda yenilenmek kaydıyla bir yıl süreli özel sağlık sigortası aranır (m.22/14). Hazine Müsteşarlığına, özel sağlık sigortasının yapılmasının mümkün olmadığı bildirildiği durumlarda sağlık sigortası koşulu aranmaksızın ikamet izni başvuruları kabul edilir(m.22/15). Dışişleri Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan anlaşma, protokol ve ilgili mevzuat kapsamında ülkemizde ücretsiz olarak tedavileri yapılmakta olan veya yapılmak üzere ülkemize getirilen yabancılardan, bu durumlarını belgelemeleri kaydıyla, sağlık sigortası şartı aranmaz (m.22/16). Yabancı devletlerin bizzat ya da temsilcilikleri aracılığıyla sağlık giderlerinin karşılanacağını bildirdikleri vatandaşları için sağlık sigortası şartı aranmayabilir (m.22/17).

<sup>272</sup> BARAN-ÇELİK, Neşe, Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Cilt:1, Yıl:2015, s. 107.

<sup>273</sup> JASTRAM/NEULAND, s.571.

Mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahiplerinde birinci fıkrada belirtilen şartların aranmaması bu kişilerin ailelerinin içinde buldukları özel durumla ilgilidir. Genellikle menşei ülkede ya da transit ülkede arkada kalan kadın ve çocuklar, koruma perspektifinden bakıldığında daha fazla risk altındadır<sup>274</sup>. Bu risk sadece menşei ülkede maruz kalınan kötü muamele ya da zulme değil aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan genellikle erkek aile üyesinin diğerlerinin yanında bulunmamasına bağlıdır<sup>275</sup>. Zulüm karşısında, aileler değişik koruma stratejileri geliştirmekte ve bunlar geçici olarak ayrı kalmayı gerektirmektedir<sup>276</sup>. Aileler, menşei ülkeden ayrılmak için farklı yollar kullanmak zorunda kalmakta ya da menşei ülkeyi farklı zamanlarda terk etmektedir. Seçilen stratejiyle ya da zorla yerinden edilmenin yarattığı kaostan dolayı olsun mülteci ailelerin ayrı kalması çok nadiren kalıcı olarak istenilen bir durumdur<sup>277</sup>. Özellikle uluslararası koruma ihtiyacı içinde olan kişiler için aile tanımının daha esnek ve kapsayıcı yapılması gerektiği belirtilmiştir<sup>278</sup>.

AİHM kararları bakımından değerlendirildiğinde, aile birleşimi için aranan kriterlerden biri, ailenin normal aile hayatını başka bir yerde sürdürme olanağının bulunup bulunmadığıdır. Fakat mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahipleri gibi sığınma arayanlar için de normal aile hayatını menşei ülkede sürdürmek mümkün değildir<sup>279</sup>. Sadece 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi kapsamında olan mülteciler için değil tüm uluslararası koruma ihtiyacı içinde olan kişiler için aile birleşimi hakkında yararlanma imkânının bulunması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir<sup>280</sup>. Kaldı ki aile birleşimi hakkı, kitlesel sığınma durumunda da uygulanmaktadır. Kitlesel sığınma durumlarında, ailenin dağılması olasılığının daha güçlü olması, aile üyelerini bir araya getirmekte büyük sorunların yaşanmasına neden olmaktadır. Ayrıca şartlı mülteciler ve geçici korunanlar bakımından, Ruanda, Kosova ve Irak örneklerinde çoğunlukla aile üyelerinden yalnızca birinin menşei ülkesinden ayrılarak koruma bulabildiği görülmüştür<sup>281</sup>. Bu durumdaki kişileri aile birleşimi başvurusundan mahrum bırakmak, menşei ülkesinde yaşadıkları duruma bir de bulunduğu ülkede ailesinden ayrı bırakılmanın ekleneceği anlamına gelmektedir<sup>282</sup>.

---

<sup>274</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.559.

<sup>275</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.559.

<sup>276</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.559.

<sup>277</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.562.

<sup>278</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.565.

<sup>279</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.580; ROHAN, s.370.

<sup>280</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.587; ROHAN, s.370.

<sup>281</sup> ROHAN, s.367.

<sup>282</sup> ROHAN, s.367.

Bunun aşılması için spontan olarak yerleştirilmiş kişilerin mümkünse aile üyeleriyle birlikte olmalarına izin verilmesi ve birbirlerini bulmalarına yardım edilmesi öngörülmektedir<sup>283</sup>. Bu kapsamda refakatsiz ya da ailesinden ayrı kalmış çocuklar özel bir öneme sahiptir. Avrupa Birliği Geçici Koruma Yönergesi'nde 15. maddede ve Türkiye'de Geçici Koruma Yönetmeliği'nin<sup>284</sup> 49. maddesinde geçici korunanların aile birleşimi hakkı özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, geçici koruma altındaki yabancılar, başka bir ülkede bulunan eşi, ergin olmayan çocukları ve bağımlı ergin çocukları ile Türkiye'de biraraya gelmek üzere aile birleşimi talebinde bulunabilir. Bu başvurular Genel Müdürlükçe değerlendirilir ve ilgili kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği hâlinde gerekli çalışmalar yapılabilir<sup>285</sup>.

Aile birleşimi hakkından yararlanmak bakımından en tartışmalı grup sığınma arayanlar ya da YUKK kapsamında şartlı mültecilerdir. Doktrinde, sığınma başvurularının değerlendirildiği sistem ne kadar hızlı ve etkili ise bu belirsizliğin o kadar az soruna yol açacağı; ne kadar hızlı ve etkili olmaktan uzaksa o kadar sorunlu olacağı belirtilmiştir<sup>286</sup>. Avrupa Birliği ülkelerinde özellikle başvurusu değerlendirilmekte olan kişiler için aile birleşimi hakkı kapsam dışı bırakılmıştır<sup>287</sup>. Sığınma başvurularına ilişkin işlemleri güçlükle yürütülen sığınma arayanlar için devletlerin, aile birleşimi başvurularını da işleme koymakta isteksiz olması anlaşılabilir bir durumdur fakat başvuru süreci altı aydan fazla süren kişiler için aile birleşiminin sağlanmasının paralel başvuru süreçlerinin yürütmesini kolaylaştırmak açısından etkili olabileceği doktrinde önerilmiştir<sup>288</sup>.

Sığınma arayanların aile birleşiminden yararlanmasını YUKK bakımından değerlendiren görüşe göre, uluslararası koruma statüsüne başvurmamış ya da statüye sahip olmayan/statüleri tanınmamış bireylerin de mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerine bağlı olarak aile ikamet izni verilebilecek kişiler kapsamına girebilir<sup>289</sup> ancak şartlı mülteci statüsüne sahip olan kişiler

---

<sup>283</sup> Eski Yugoslavya, Kosova ve Ruanda örnekleri için bkz. JASTRAM/NEWLAND, s.588.

<sup>284</sup> RG, 22.10.2014-29153.

<sup>285</sup> Ayrıca refakatsiz olduğu tespit edilen çocuklarla ilgili olarak çocukların talebi beklenmeksizin aile birleşimine ilişkin işlemler derhal başlatılır (m.49/2). ELÇİN, Doğa, "Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:124, 2016, s. 62-65.

<sup>286</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.590.

<sup>287</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.591.

<sup>288</sup> JASTRAM/NEWLAND, s.592.

<sup>289</sup> ÖZTÜRK, Neva Övünç, Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi, Ankara 2015, s.436. Yazar, bu kapsamda, YUKK m.65/3'de, başvuru sahibinin, başvuruları aynı gerekçeye dayanan ve kendisiyle birlikte gelen aile üyeleri adına başvuru yapabilmesine imkân tanıdığını ancak YUKK m.64/6 ile birlikte değerlendirildiğinde asıl başvuranın başvurusunun



destekleyici olarak kabul edilmemiştir<sup>290</sup>. Bu görüş, Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelikte şartlı mülteci statüsü sahiplerini de kapsayacak düzenleme yapılmasını önermektedir<sup>291</sup>. Doktrinde katıldığımız diğer görüşe göre, Geçici Koruma Yönetmeliği'nde geçici korumadan yararlanan yabancılara, aile birleşimini talep hakkı tanımakta iken şartlı mültecilerin kapsam dışı bırakılmış olması eksiklidir<sup>292</sup>.

### **b. Destekleyicinin Yanında Kalacak Yabancılar için Aranan Şartlar**

Türkiye'de, destekleyicinin yanında kalmak üzere aile ikamet izni talebinde bulunacak yabancılarda aranacak şartlar 35. maddenin 3. fıkrasında beş bent hâlinde düzenlenmiştir.

Birinci şart, 34. maddenin birinci fıkrası kapsamında olduğunu gösteren bilgi ve belgeleri ibraz etmektir (m.35/3-a).

İkinci şart, 34. maddenin birinci fıkrasında belirtilen kişilerle birlikte yaşadığını veya yaşama niyeti taşıdığını ortaya koymaktır (m.35/3-b). Yabancı, 34. maddenin birinci fıkrasında belirtilen kişilerle birlikte yaşayıp yaşamadığı objektif olarak tespit edilebilir bir şarttır. Bununla birlikte, birlikte yaşama "niyeti"nin aranması, hâlihazırda 34. maddenin birinci fıkrasında belirtilen kişilerle birlikte yaşamakta olan yabancı, bu birlikte yaşantıya karşın "birlikte yaşama niyeti"nin bulunmadığı gerekçesiyle aile ikamet izni talebinin reddedilmesine neden olabilir.

Üçüncü şart, evliliği aile ikamet izni alabilmek amacıyla yapmamış olmaktadır (m.35/3-c).

Dördüncü şart, eşlerden her biri için on sekiz yaşını doldurmuş olmaktadır (m.35/3-ç). Destekleyici ve ona aile ikamet izni alarak katılacak eşi için asgarî yaş şartının aranması, zorla evliliklerin önüne geçmek ve entegrasyonu sağlamak için öngörülmektedir. Zorla evlilikler, evlenme hakkını, insan onurunu, kişisel özgürlüğü ve vücut bütünlüğü hakkını ihlâl etmektedir<sup>293</sup>. Küçük yaşta evlilikler ayrıca okula devamı ve iş hayatına katılımı olumsuz etkilemektedir<sup>294</sup>. Sadece karşılıklı rızayla gerçekleşen evlilikleri tanımak, uluslararası hukuka göre bir yükümlülük teşkil etmektedir<sup>295</sup>. Bununla birlikte bu gerekçeler, aile ikamet

---

olumlu sonuçlanması durumunda adına başvuruda bulunulan diğer aile üyelerinin de bu başvuruya bağlı olarak statülerinin tanınabileceğine dair bir düzenleme bulunmadığına dikkati çekmektedir. ÖZTÜRK, s. 435-436.

<sup>290</sup> ÖZTÜRK, s.436.

<sup>291</sup> ÖZTÜRK, s.436.

<sup>292</sup> BARAN-ÇELİK, s. 108.

<sup>293</sup> WIESBROCK, s.155.

<sup>294</sup> WIESBROCK, s.155.

<sup>295</sup> WIESBROCK, s.155.

izni için aranan asgarî yaş sınırının neden iç hukukta evlilik için arana asgarî yaş sınırından yüksek olduğunu açıklamamakta yetersizdir<sup>296</sup>. Benzer bir eleştiriyi Türk hukuku bakımından da yönetmek mümkündür. Bu şartın destekleyicinin Türk vatandaşı olduğu durumlar için özel bir değerlendirmeye tâbi tutulması ihtiyacı bulunmaktadır. Evlenme yaşına uygulanacak hukuk MÖHUK m.13/1 kapsamında eşlerden her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbidir. Evlenen taraflardan birinin Türk vatandaşı olması durumunda evlenme yaşına uygulanacak hukuk Türk hukuku olacaktır. Türk Medenî Kanunu'nun 124. maddesinde evlenme yaşı onyediyedi olarak belirlenmiştir. O hâlde bir Türk vatandaşı onyediyedi yaşını doldurmuş ise kendi millî hukukuna göre evlenme yaşı şartını sağlayan bir yabancı ile evlenebilir fakat Türk vatandaşı eş onsekiz yaşını doldurmadığı için eşi için aile ikamet izni alamayacaktır.

Beşinci şart ise 7. madde kapsamına girmemektir (m.35/3-d)<sup>297</sup>.

Son olarak, çocukların aile ikamet izninde, Türkiye dışında varsa ortak velâyeti bulunan anne veya babanın muvafakati aranır (m.34/3).

#### **4. Aile İkamet İzninin Reddi, İptali ve Uzatılmaması**

##### **a. YUKK'DA İkamet İzinleri için Öngörülen Genel Red, İptal ve Uzatılmama Nedenleri**

Türkiye içinden yapılan ikamet izni talebinin reddi, iptali veya uzatılmaması, 25. maddede, genel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, Türkiye içinden yapılan ikamet izni talebinin reddi, ikamet izninin uzatılmaması veya iptali ile bu işlemlerin tebliği valiliklerce yapılır. Bu işlemler sırasında, yabancıların Türkiye'deki aile bağları, ikamet süresi, menşe ülkesindeki durumu ve çocuğun yüksek yararı gibi hususlar göz önünde bulundurulur ve ikamet iznine ilişkin karar ertelenebilir (m.25/1)<sup>298</sup>.

Benzer şekilde Uygulama Yönetmeliği'nin 22. maddesinin 18. fıkrasında, Türkiye içinden yapılan ikamet izni talebinin reddi, ikamet izninin uzatılmaması

---

<sup>296</sup> WIESBROCK, s.156.

<sup>297</sup> Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek yabancılar YUKK m.7'de düzenlenmiştir. Buna göre, pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi, vizesi veya ikamet ya da çalışma izni olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar (m.7/1-a), vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar (m.7/1-b), 15 inci maddenin ikinci fıkrası saklı kalmak kaydıyla, vize muafiyeti kapsamında olsalar dahi, 15 inci maddenin birinci fıkrasında sayılan yabancılar (m.7/1-c) Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyerek geri çevrilir. Bu maddeyle ilgili olarak yapılan işlemler, geri çevrilen yabancılara tebliğ edilir. Tebligatta, yabancıların karara karşı itiraz haklarını etkin şekilde nasıl kullanabilecekleri ve bu süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülükleri de yer alır (m.7/2).

<sup>298</sup> EKŞİ, The New Turkish Law, s. 66.

veya iptali ile ilgili işlemler sırasında yabancının Türkiye'deki aile bağları, ikamet süresi, menşe ülkesindeki durumu ve çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurulur ve kararın icrası ertelenebilir hükmü yer almaktadır. Ardından bu durumdaki yabancıya, harca tâbi olmayan ve Türkiye' de bir ay süresince kalma hakkı sağlayan belge verileceği düzenlenmiştir. Bir aylık süre sonunda Valilikçe tekrar değerlendirme yapılır ve yabancının ülkemizde kalmasını gerektiren durumun devam ettiğinin anlaşılması hâlinde söz konusu belgenin süresi birer aylık sürelerle uzatılabilir. Bu durumda, yabancidan Harçlar Kanunu'nda belirtilen hükümler doğrultusunda kalacağı sürenin harcı tahsil edilir.

YUKK'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, YİSHK m.7'de ikamet tezkeresi talebinin reddedileceği hâller düzenlenmişti<sup>299</sup> ancak ikamet izni talebinin reddedileceği hâller çok geniş kapsamlı ve belirsiz terimler kullanılarak ifade edilmişti<sup>300</sup>. Bu nedenle idareye tanınan takdir yetkisinin çok geniş tutulduğu eleştirileri mevcuttu<sup>301</sup>. YUKK ile birlikte ikamet izinlerinin reddi, iptali ya da uzatılmamasına ilişkin hükümler daha detaylı ve kesin şekilde düzenlenmiştir<sup>302</sup> ve bu kapsamda doktrinde daha konsantre ve uygulanabilir olarak yorumlanmıştır<sup>303</sup>.

25. maddenin birinci fıkrasında yer alan “yabancının menşei ülkedeki durumu” ifadesini belirlemek için öncelikle menşei ülkenin tanımı yapılmalıdır. YUKK'un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde menşei ülkenin tanımlanmadığı görülmektedir. Buna karşılık Uygulama Yönetmeliği'nde, Kanun'da yer almayan sınırlayıcı bir menşei ülke tanımı yapılmıştır. Buna göre menşei ülke göç eden kişinin vatandaşı olduğu ya da uyruğunu taşıdığı ülkeyi ifade etmektedir (UY m.3/1-t).

Ayrıca madde metninde sözü geçen ve yüksek yararı göz önünde bulundurulacak olan “çocuk” bakımından da belirsizlikler devam emektedir. Sözü geçen çocuk, ikamet izni talebi reddedilecek, iptal edilecek veya uzatılmayacak olan çocuk mudur yoksa ikamet izni talebi reddedilecek, iptal edilecek veya uzatılmayacak olan yabancının çocuğu mudur anlaşılammaktadır.

İkamet izni talebinin reddi, iznin uzatılmaması veya iptali, yabancıya ya da yasal temsilcisine veya avukatına tebliğ edilir. Tebligatta, yabancının karara karşı itiraz haklarını etkin şekilde nasıl kullanabileceği ve bu süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülükleri de yer alır (m-25/2, UY m.33/2).

---

<sup>299</sup> BERKİ, s. 185.

<sup>300</sup> GÖĞER, s. 78.

<sup>301</sup> GÖĞER, s. 78; AYBAY/DARDAĞAN-KİBAR, s.131.

<sup>302</sup> DARDAĞAN-KİBAR, New Turkish Law, s.117.

<sup>303</sup> DARDAĞAN-KİBAR, New Turkish Law, s.118.

YUKK'ta ikamet izni talebinin reddi, iznin uzatılmaması veya iptali durumunda dava açma süresi, dava açılmasının kararın icrasına etkisi, idare mahkemesi tarafından ne kadar süre içerisinde karar verileceği ve kararın kesin olup olmadığı konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>304</sup>. Dolayısıyla İdari Yargılama Usulü Kanunu<sup>305</sup>'ndeki hükümler uygulanacaktır. İkamet izni talebinin reddi, uzatılmaması ya da iptaline ilişkin kararlar idarenin kesin ve yürütülebilir nitelikte kararlarıdır<sup>306</sup>. İkamet izin talepleri reddedilen yabancıların, red kararının kendilerine tebliğinden itibaren 60 gün içinde, red işleminin iptali istemiyle idare mahkemelerine başvurmaları mümkündür. Ayrıca YUKK kapsamında idare mahkemelerinde açılan davalar sonucu verilen kararlara karşı bölge İdare Mahkemelerinde İYUK m.45/1 kapsamında istinaf yoluna başvurulabilir<sup>307</sup>.

### **b. YUKK'da Aile İkamet İzinleri için Öngörülen Red, İptal ve Uzatılmama Nedenleri**

YUKK m.36'da, aile ikamet izninin verilmeyeceği, verilmişse iptal edileceği, süresi biten aile ikamet izinlerinin ise süresinin uzatılmayacağı hâller düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken, söz konusu şartların gerçekleşmesi hâlinde, ikamet izni verilmemesi, iptal edilmesi ya da süresinin uzatılmaması konusunda, idarenin takdir yetkisi bulunmamasıdır.

a) 35 inci maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında aranan şartların karşılanmaması veya ortadan kalkması (UY m.33/1-a)

b) Aile ikamet izni alma şartları ortadan kalktıktan sonra kısa dönem ikamet izni verilmemesi (UY m.33/1-b)

c) Hakkında geçerli sınır dışı etme veya Türkiye'ye giriş yasağı kararı bulunması (UY m.33/1-c)<sup>308</sup>

---

<sup>304</sup> EKŞİ, Nuray, "2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi", Göç Araştırmaları Dergisi, C.1, Sayı:1, Ocak-Haziran 2015, s. 20, (İdari Yargı).

<sup>305</sup> RG, 20.1.1982-17580.

<sup>306</sup> EKŞİ, İdari Yargı, s.33.

<sup>307</sup> EKŞİ, İdari Yargı, s.36. Bununla birlikte Bölge İdare Mahkemesi kararlarının, Danıştay'da temyiz edilebilmesi için İYUK m.46 kapsamında bir karar olması gerekir. İkamet izni talebinin reddi, iznin uzatılmaması veya iptali kararlarına ilişkin olarak Bölge İdare Mahkemesi kararlarının Danıştay'da temyiz edilebilmesi, bu kararların ancak İYUK m46/1-b kapsamında olması hâlinde mümkündür. EKŞİ, İdari Yargı, s.37-38. Ancak bu nitelikteki kararlar yok denecek kadar azdır. Bu nedenle YUKK kapsamında yapılan idari işlemlere ilişkin Bölge İdare Mahkemesi kararlarına karşı temyiz yolu pratikte çok düşük olasılıktır. EKŞİ, İdari Yargı, s.38.

<sup>308</sup> Sınır dışı edilme kararının sonuçları bakımından konunun değerlendirilmesi için ayrıca bkz. BAYRAKTAROĞLU- ÖZÇELİK, Gülüm, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Üzerince Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", TBB Dergisi, Yl:2013, Sayı:108, s.253.

ç) Aile ikamet izninin, veriliş amacı dışında kullanıldığıının belirlenmesi (UY m.33/1-ç)

d) Son bir yıl içinde toplamda yüz seksen günden fazla süreyle yurt dışında kalınması. Uygulama Yönetmeliği'nde, Kanundan farklı olarak, zorunlu kamu hizmeti, görev, eğitim veya sağlık nedenleri haricinde son bir yıl içinde toplamda yüz seksen günden fazla süreyle yurt dışında kalınması aranmıştır (UY m.33/1-d). 36/1-d bendi, yürürlükten kaldırılmıştır. (Mülga. 13.8.2016-6735/27-10). İkamet izninin yurt dışında kalış süresi bakımından iptaline ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceğine dair 36/2. fıkrası maddeye eklenmiştir. (Ek. 13.8.2016/6735/27-10).

İkamet izninin yenilenmemesi konusunda, YUKK yürürlüğe girmeden önce verilen bir yargı kararında, Türkiye'de üniversite eğitimi görmüş olan ve Türk vatandaşı kadınla evli olan, bu evliliğinden iki çocuğu bulunan Irak vatandaşı hakkında, Irak istihbaratıyla irtibatı olduğu yönünde istihbari bilgilerin bulunması gerekçesiyle ikamet izni verilmemesinde hukuka aykırılık bulunmadığına hükmedilmiştir<sup>309</sup>. Kararda, idare tarafından gösterilen nedenlerin somut verilerle ortaya konulmamış olması yönünden işlemin hukuka aykırı olduğu yönünde azınlık görüşü de bulunmaktadır.

Danıştay daha sonraki bir kararında ise bir yabancı hakkında sadece istihbari bilgiye dayanarak ülkeye girişin yasaklanması ve ikamet izni talebinin reddedilmesine ilişkin işlemi hukuka uygun bulan İdare Mahkemesi kararını bozmuştur<sup>310</sup>.

### **c. Anlaşmalı Evlilik Yoluyla Talep Edilen Aile İkamet İzinleri**

Aile ikamet izinlerinde, evliliğin aile birliği kurma amacıyla değil de ikamet izni alma amacıyla gerçekleşip gerçekleşmediği, diğer bir deyişle ülkede yasal olarak ikamet etmek için bir araç olarak kullanılıp kullanılmadığı uygulamada sorun teşkil etmektedir<sup>311</sup>. Tarafların hangi amaçla evlendiklerinin tespiti, objektif olarak ortaya konulamamakta ancak tarafların subjektif iradelerinin araştırılmasıyla mümkün olmaktadır<sup>312</sup>. Evliliğin geçerliliğine uygulanacak hukuk kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre tespit edilmektedir<sup>313</sup>.

YUKK yürürlüğe girmeden önce bu sorun yargı kararlarına yansımıştır. Türk Medenî Kanunu'nun 156. maddesine göre batıl bir evlilik ancak hâkimin

---

<sup>309</sup> Ankara 2. İdare Mahkemesi, 15.1.1991 tarih 1988/1352 E. Ve 1991/5 K.; Danıştay 10. Daire, 1991/1632 E. ve 1992/76 K. ÇİÇEKLİ, s.96.

<sup>310</sup> Ankara 6. İdare Mahkemesi, 16.4.1997 tarih 1996/1269 E. Ve 1997/492 K. Danıştay 10. Daire, 27.1.2000 tarih 1997/4051 E. Ve 2000/243 K. ÇİÇEKLİ, s.96.

<sup>311</sup> STRIK/HART/NISSEN, s.51; ÇİÇEKLİ, s.101; EKŞİ, The New Turkish Law, s.69.

<sup>312</sup> ÇİÇEKLİ, s.101.

<sup>313</sup> EKŞİ, The New Turkish Law, s. 69.

kararıyla sona erer. Mutlak butlan hâlinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur. Bu hükme dayanarak Danıştay, evliliğin aile birliği kurma amacıyla yapılmadığı, ikamet izni almak amacıyla yapıldığı iddialarıyla ikamet izninin uzatılması talebinin reddedilmesine ilişkin işlemleri hukuka aykırı bulmuştur<sup>314</sup>.

Anlaşmalı evlilik yoluyla talep edilen aile ikamet izinleri, YUKK 37. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, aile ikamet izni verilmeden veya uzatılmadan önce makul şüphe varsa, evliliğin sırf ikamet izni alabilme amacıyla yapıp yapılmadığı valiliklerce araştırılır. Araştırma sonucunda, evliliğin bu amaçla yapıldığı tespit edilirse aile ikamet izni verilmez, verilmişse iptal edilir (m.37/1).

Doktrinde, İngiltere'de, uygulamada çok eleştirilen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen ihlaller üzerine büyük ölçüde kaldırılmış olan *primary purpose rule* ile karşılaştırmalı olarak konu ele alınmış ve madde metninde yer alan "sırf" ifadesine vurgu yapılmıştır<sup>315</sup>. Bu görüşe göre, başkaca bir amaç taşımadığı ortaya konularak, evliliğin sırf Türkiye'ye gelmek amacıyla yapıldığı durumlarda aile ikamet izninin verilmesine engel olunabilecektir<sup>316</sup>. Buna karşın Uygulama Yönetmeliği'nde aile ikamet izninin reddi, iptali ve uzatılmaması nedenleri arasında evliliğin ikamet izni almak amacıyla yapıldığının tespit edilmesi (UY m.33/1-e) hükmü yer almakta ve Kanundan farklı olarak evliliğin "sırf" ikamet izni alabilme amacıyla yapılmış olması gibi bir sınırlama bulunmamaktadır.

YUKK m.37'de yer alan "makul şüphe"den ne anlaşılması gerektiği, Uygulama Yönetmeliği'nin 34. maddesinin birinci fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre: Aşağıdaki durumların bir veya bir kaçının varlığı hâlinde evliliğin sırf ikamet izni alabilme amacıyla yapıldığı yönünde makul şüphe olduğu kabul edilir ve araştırma yapılır: a) Eşlerin aynı konutta yaşamaması veya evliliğin

---

<sup>314</sup> ÇİÇEKLi, s.101-102. Danıştay 10. Dairesi'nin aynı yönde diğer kararları için bkz. Danıştay 10. Daire, 21.7.2009 tarih, 2009/2823 E. ve 2009/7707 K. Karar özeti için bkz. EKŞİ, Nuray/ÇİÇEKLi, Bülent, Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları, İstanbul 2012, s.75-76. Danıştay 10. Daire, 24.9.2010 tarih, 2007/1741 E. ve 2010/6781 K. Karar özeti için bkz. EKŞİ, Nuray/ÇİÇEKLi, Bülent, Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları, İstanbul 2012, s.86-89. Davacı yabancıların Türk vatandaşı eşleriyle ayrı yaşadığının tespit edildiği ve Türk vatandaşlığına geçmek için başvurusunun bulunmadığı olayda, evliliğin ikamet izni almak amacıyla yapılmış olması gerekçesiyle ikamet izninin iptaline ilişkin işlemin hukuka uygun olduğuna dair Danıştay 10. Dairesinin aksi yönde kararı için bkz. 19.10.1009 tarih, 2009/7253 E. ve 2009/8962 K. Karar özeti için bkz. EKŞİ, Nuray/ÇİÇEKLi, Bülent, Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları, İstanbul 2012, s.72-79.

<sup>315</sup> ÇİÇEKLi, Yenilikler, s.25.

<sup>316</sup> ÇİÇEKLi, Yenilikler, s.25.

aile birliği içinde devam etmediği yönünde ihbar ya da şikâyetin bulunması. b) Eşlerin konuştuğu ortak bir dilin olmaması. c) Eşler arasında makul olmayan yaş farkının olması. ç) Yabancıнын vize veya ikamet izni ihlâllerinde bulunması. d) Eşlerin evliliğın anlaşmalı olduğunu beyan etmesi. e) Eşlerden biri hakkında geçimini meşru olmayan yollardan sağlamaktan veya izinsiz çalışmaktan işlem yapılmış olması. f) Ailenin geliri ile yaşam standardının uygun olmaması.

YUKK m.37’de düzenlenmiş olan valiliklerce yapılacak araştırmanın nasıl yapılacağı ise Uygulama Yönetmeliğinin 34. maddesinin ikinci fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre: Araştırma aşağıda belirtilen hususlar dikkate alınarak gerçekleştirilir: a) Araştırmada insanları rahatsız edici ve onur kırıcı davranışlardan kaçınılır. b) Özel hayatın gizliliğinin ve konut dokunulmazlığının ihlâl edilmemesi için gerekli tedbirler alınır. c) Eşlerle ayrı ayrı ve birlikte görüşülür. Eşler görüşme davetine uymakla yükümlüdür. ç) Paylaşılmış sorumlulukların olup olmadığı tespit edilir. d) Yakın komşu, adres çevresi veya aile üyelerinden bilgi alınır. e) Mahalli birimlerden bilgi alınır. Bu birimler, bilgi ve belge taleplerini derhal yerine getirir. f) Araştırma sırasında sosyolog, sosyal çalışmacı, psikolog veya diğer meslek mensuplarından faydalanılabilir. g) Araştırmaya kolluk personelinin refakat etmesi istenebilir. ğ) Bakanlıkça belirlenecek diğer hususlara dikkat edilir. Uygulama Yönetmeliğinde, özellikle araştırmada insanları rahatsız edici ve onur kırıcı davranışlardan kaçınılacağı ve özel hayatın gizliliğinin ve konut dokunulmazlığının ihlâl edilmemesi için gerekli tedbirler alınacağı vurgulanmış olması son derece olumlu bir düzenlemedir ve yabancıların temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilmeden bir araştırma yapılmasının sağlanması bakımından önemlidir.

Uygulama Yönetmeliğinin 34. maddesinin 3. fıkrasına göre, birinci fıkrada belirtilen araştırma sonucunda, evliliğın sırf ikamet izni almak amacıyla yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi ve tespiti için il müdürlüğü temsilcisi başkanlığında aile ve sosyal politikalar il müdürlüğü, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğü ve il emniyet müdürlüğünden birer temsilcinin katılımıyla en az bir kadın üyenin de bulunduğu komisyon oluşturulur. Komisyon, kararlarını salt çoğunlukla alır. Oyların eşitliği hâlinde komisyon başkanının kullandığı oy yönünde çoğunluk sağlanmış sayılır. Komisyona diğer kurumlardan temsilciler de davet edilebilir. YUKK’da bulunmayan bu düzenleme ile aile ikamet izni talebinin, evliliğın, ikame izni almak amacıyla yapıldığının tespit edilmesi nedeniyle reddi, iptali ve uzatılmaması durumunda yetkili makam değiştirilmiştir. Diğer red, iptal ya da uzatılmama nedenleri bakımından yetkili makam valilik iken evliliğın, ikamet izni almak amacıyla yapıldığının tespit edilmesi nedeniyle reddi, iptali ve uzatılmaması durumunda yetkili makam Komisyon’dur. Yetkili makama ilişkin bu değişikliğın kanunla yapılması gerektiğinin kanaatindeyiz.

Aile ikamet izni verildikten sonra da evliliğin anlaşmalı olup olmadığı konusunda valiliklerce denetim yapılabilir (m.37/2, UY m.34/4). Anlaşmalı evlilik yoluyla alınan ve sonradan iptal edilen ikamet izinleri, bu Kanunda öngörülen ikamet izin sürelerinin toplanmasında hesaba katılmaz (m.37/3, UY m.34/5). Doktrinde, bu düzenleme, hileli elde edilen ikamet izninin iptalinin yabancıların Türkiye'de yeni kuracağı hayata olumsuz etkisinin devam ettirileceği şeklinde yorumlanmıştır<sup>317</sup>.

Kanaatimizce, evliliğin sırf ikamet izni almak amacıyla yapıldığının tespit edilmesi hâlinde iptali ya da uzatılmaması ve buna ilişkin valiliklerce yapılacak denetim için makul bir süre şartı getirilmelidir. Aksi hâlde evliliğini gerçekten aile birliği kurmak amacıyla yapmış olan ve aile ikamet izniyle Türkiye'de kalmakta olan yabancıların her zaman denetime tâbi tutulmaları olasılığı bulunacaktır.

#### **d. Aile İkamet İzinlerinin Reddi, İptali ya da Uzatılmamasının Sonucu**

Aile ikamet izinlerinin reddi, iptali ya da uzatılmamasının sonuçlarından biri kuşkusuz sınır dışı edilme olacaktır<sup>318</sup>. YUKK m.54/1-c hükmünde, Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananların sınır dışı edilecekleri belirtilmiştir. Ayrıca ikamet izinleri iptal edilenlerin (m.54/1-f) ve ikamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenlerin (m.54/1-g) sınır dışı edilecekleri düzenlenmiştir. Son olarak, ikamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar sınır dışı edilecektir (m.54/1-j). İkamet izinlerine ilişkin hükümlere aykırılık nedeniyle hakkında sınır dışı edilme kararı verilmiş olan yabancı hakkında Türkiye giriş yasağı kararı alınacaktır<sup>319</sup>.

İkamet izinlerinin reddi, iptali ya da uzatılmaması nedeniyle yabancıların sınır dışı edilmesinde idareye takdir yetkisinin tanınmadığı görülmektedir<sup>320</sup>. Sınır dışı edilme nedenleri olarak sayılan ve doktrinde genel olarak yabancıların giriş, çıkış ve ikametlerini düzenleyen ulusal mevzuata aykırı davranışlarının, sınır dışı edilme gibi ağır bir sonuca yol açmasının yerindeliği ile özellikle insan hakları açısından "meşru" sayılıp sayılamayacağı tartışmaya açık olduğu ifade edilmiştir<sup>321</sup>. İkamet izinlerinin reddi, iptali ve uzatılmamasına ilişkin olarak bu noktada özellikle bu işlemler sırasında, yabancıların Türkiye'deki aile

---

<sup>317</sup> ÇELİKEL/(ÖZTEKİN) GELGEL, s. 102.

<sup>318</sup> ERTEN, s.23. Yabancıların YUKK kapsamında sınır dışı edilmelerine ilişkin olarak bkz. ERTEN, s.28-42.

<sup>319</sup> ERTEN, s.23.

<sup>320</sup> BAYRAKTAROĞLU- ÖZÇELİK, s.218 vd.

<sup>321</sup> DARDAĞAN-KİBAR, s. 57.



bağlarının, ikamet süresinin, menşe ülkedeki durumunun ve çocuğun yüksek yararı gibi hususların göz önünde bulundurulacağı ve ikamet iznine ilişkin kararın ertelenebileceğine ilişkin 25. maddenin birinci fıkrası özel bir öneme sahiptir. Söz konusu düzenlemeyle idareye sınır dışı etmede tanınmamış olan takdir yetkisi, sınır dışı edilme nedenlerinden biri olan ikamet izninin reddi, iptali ya da uzatılmaması sırasında tanınmıştır ve idarenin bu alanda takdir yetkisini kullanırken insan hakları açısından “meşruluğu” ölçüt alması Türkiye aleyhine verilebilecek olası ihlâl kararlarının önüne geçebilir<sup>322</sup>.

Aile ikamet izinlerinin reddi, iptali ve uzatılmaması hâlinde ise hakkında sınır dışı etme kararı alınmayacak yabancılar bakımından 55. maddede aile birliğinin korunmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>323</sup> Oysa AİHS madde 8’de, aile yaşamına saygı, sınır dışı edilme bakımından bir sınırlama ölçütü olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>324</sup>. Sınır dışı edilme nedenleri içinde aile birliğinin korunmasına ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmayışı doktrinde eksiklik olarak değerlendirilmiştir<sup>325</sup>.

Bu noktada YUKK m.25/1’in uygulaması özel bir öne arz etmektedir. Söz konusu eksikliğin, 25. maddenin uygulanmasında aile birliğinin korunmasının dikkate alınarak değerlendirilmesi, bu eksikliğin uygulamada giderilmesini sağlayabilir.

## 5. Aile İkamet İzninin Hüküm ve Sonuçları

Genel olarak ikamet izni almanın çalışma konumuz açısından aile ikamet izninin hüküm ve sonuçlarından birincisi, yabancıya, vize ya da vize muafiyet süresinden daha fazla ancak ikamet izni süresi kadar Türkiye’de kalış hakkı sağlamasıdır.

İkamet izni almanın ikinci sonucu, ikamet iznine sahip olan yabancıların, Türkiye’ye giriş için aranan diğer şartları taşıması kaydıyla vize almadan Türkiye’ye giriş yapabilmesidir (YUKK m.12/1-b). İkamet izni çeşitleri, vize muafiyeti bakımından farklılık teşkil etmediğinden, aile ikamet izni almış olan yabancılar da vize muafiyeti kapsamında olacaklardır<sup>326</sup>. YUKK’un yürürlüğe girmesiyle birlikte doğrudan yurt dışından ikamet izni başvurusunda bulunulabilmesi buna bağlı olarak ikamet izni almış olan yabancıların ülkeye yasal giriş şartlarından biri olan vize alma zorunluluğunun bulunmaması ile birlikte değerlendirildiğinde vize muafiyeti kapsamında yer alması doktrinde

<sup>322</sup> ERTEN, s.23.

<sup>323</sup> DARDAĞAN-KİBAR, s.62.

<sup>324</sup> BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, s.236.

<sup>325</sup> DARDAĞAN-KİBAR, s.62; BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, s.236.

<sup>326</sup> TEKSOY, Barış, “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62/3, 2013, s.867.

olumlu olarak değerlendirilmiştir<sup>327</sup>. Niteliği ve ülkede kalış süresi bakımından vizeye göre daha “değerli” bir belgeye sahip olan yabancıнын, vize uygulamasına tâbi tutulmasının mantıksız ve faydasız bir uygulama alacağı vurgulanmıştır<sup>328</sup>.

Aile ikamet izninin bulunması çocuklara 18 yaşına kadar ilk ve orta öğretim kurumlarında öğrenci ikamet izni almaksızın eğitim hakkı sağlamaktadır (YUKK m.34/4). Aile ikamet izinleri, on sekiz yaşına kadar, öğrenci ikamet izni almadan ilk ve ortaöğretim kurumlarında eğitim hakkı sağlar. On sekiz yaşını doldurduğu hâlde yasal temsilcisinin bakmakla yükümlü olmadığı yabancılar, öğrenimlerine devam edeceklerse öğrenci ikamet izni almakla yükümlüdürler. Ancak yasal temsilcisinin bakmakla yükümlü olduğu yabancıların aile ikamet izni devam eder ve öğrenci ikamet izninin sağladığı haklardan yararlanırlar. On sekiz yaşını doldurduğu hâlde destekleyicinin veya eşinin bakmakla yükümlü olduğu yabancıнын belirlenmesinde, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu<sup>329</sup> hükümleri uygulanır (UY m.30/5).

Son olarak 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu<sup>330</sup>'na dayanılarak, 27.9.2006 tarih ve 2006/11057 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla çıkarılan Türkiye’de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik<sup>331</sup> hükümlerine göre, Türkiye’de oturan yabancıların nüfus kayıtlarının tutulmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Yönetmeliğin amacı, hangi amaçla olursa olsun Türkiye’de en az altı ay ikamet izni almış olan yabancıların kimlik bilgilerini içeren bir yabancılar kütüğünün oluşturulmasıdır (m.1). Buna yabancılar kütüğü denilmektedir ( m.2)<sup>332</sup>.

---

<sup>327</sup> TEKSOY, s.867.

<sup>328</sup> TEKSOY, s.867. ikamet izni yerine geçen belgelerin vize muafiyeti sağlayıp sağlamadığı konusunda, YUKK’da ikamet izni yerine geçeceği açıkça belirtilmiş olan belgelere sahip kişilerin de Türkiye’ye girişte ikamet izni sahibi yabancılar gibi vizeden muaf olmaları gerektiği görüşü mevcuttur. TEKSOY, s. 868. Benzer şekilde, YUKK m.20/1-c bendi uyarınca, Türkiye’de görevli diplomasi ve konsolosluk memurlarına, m.20/1-ç hükmüne göre bunların ailelerinden Dışişleri Bakanlığınca bildirilenlere, m.20/1-d’ye kapsamında uluslararası kuruluşların Türkiye’deki temsilciliklerinde çalışan ve statüleri anlaşımlarla belirlenmiş olanlara ve son olarak m.20/1-e uyarınca Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu antlaşmalarla ikamet izninden muaf Tutulanlara, m.20/2 kapsamında tanzim edilen, sekil ve içeriği Dışişleri Bakanlığı ile Disisleri Bakanlığınca birlikte belirlenen ve durumlarını gösteren belgelerin de ikamet izni yerine geçen belge niteliğinde kabul edilerek, vize muafiyeti kapsamında kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. TEKSOY, s. 869-871.

<sup>329</sup> RG, 16.6.2006-26200.

<sup>330</sup> RG, 24.4..2006-26153.

<sup>331</sup> RG, 20.10.2006- 26325.

<sup>332</sup> Yönetmeliğe göre, yabancılar kütüğünde kayıtlı bulunan kişilerin kaydına ulaşmak, nüfus kayıtları arasında bağ kurmak, kamu kuruluşlarında yabancılarla ilgili olarak tutulan kayıtları ilişkilendirmek ve kimlik numaralarının zorunlu tutulduğu diğer işlemlerde karşılaşılabilecekleri sıkıntıları gidermek amacıyla yabancılar kimlik numarası verilir (m.5/1). Yabancılar verilecek ikamet izinlerinde bu kimlik numaralarına yer verilir. Yabancıların

## SONUÇ

Aile birleşimi, aile üyelerinin, başka bir ülkede hukuka uygun şekilde bulunan diğer aile üyelerine sosyal ve hukukî anlamda katılmasıdır. Göç alan ülkeler, ev sahipliği yaptıkları yabancıların medenî ve sosyal haklarını koruma politikasının bir sonucu olarak zamanla aile birleşimini kabul etmişlerdir. Aile birleşimi hakkı da bireylerin insan haklarının korunması ile sınır kontrolünün sağlanması arasında çatışmalara neden olmaktadır. Aile birleşimi hakkı, yabancıların buldukları ülkeye entegrasyonunu hızlandırmaktadır ancak aile hayatı hakkı kapsamına girmekle birlikte uluslararası hukukta henüz mutlak olarak kabul düzenlenmemiştir.

Son yıllarda ülkemize çeşitli nedenlerle gelen yabancıların sayısındaki artış, aile ikamet izni başvurularında da artışı beraberinde getirmiştir. Aile ikamet izni ise ilk kez 4 Nisan 2013 tarihinde yürürlüğe giren YUKK'da düzenlenmiştir ancak Kanun'da aile ikamet izni tanımı yapılmamıştır. En geniş anlamda aile ikamet izni, aynı soydan olup, bir aile sıra numarası altında kayıtlı olan kişilerin eş ve çocukları ile eşinin çocuklarına Türkiye'de kalmak üzere verilen izin belgesidir.

Aile ikamet izni ile doğrudan ve dolaylı olarak ilgili olan Anayasal normlar, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasına ilişkin 16. madde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi hâlinde milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağına dair 90. maddenin son fıkrası, yerleşme ve seyahat özgürlüğüne ilişkin 23. madde, "Özel hayatın Gizliliği" başlıklı 20. madde ve "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" başlıklı 41. maddedir.

Kaynağını uluslararası hukukta bulan iç hukuk kuralları arasında ikamet ve aile hayatı hakkını düzenleyen sözleşmeler olduğu gibi aile birleşimi hakkını ele alan sözleşmeler de bulunmaktadır. İkamet ve aile hayatı hakkına ilişkin İHEB m.13, 16; Avrupa İkamet Sözleşmesi m.2, Avrupa İkamet Sözleşmesi'ne Ek protokol m.1,2,3; Avrupa Konseyine Üye Ülkeler Arasında Kişilerin

---

nüfus olaylarına ilişkin işlemler, yerleşim yerinin bulunduğu nüfus müdürlüğünde yürütülür (m.6). Yabancılar kütüğünde kayıtlı kişilerin ölmeleri, gaipliklerine karar verilmesi ya da Türkiye'den ayrılmaları halinde nüfus kayıtları kapatılır. Kaydın kapatılmasına ilişkin sebep ortadan kalktığında veya kaydın yeniden açılmasını gerektirecek yeni bir sebep ortaya çıktığında kayıt yeniden açılır (m.8). Nüfus kayıtları tutulan yabancılar kendileri ile ilgili nüfus olaylarını, yerleşim yeri adreslerini ve bunlardaki değişiklikleri, yerleşim yeri nüfus müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdürler. Nüfus müdürlüklerince gerekli işlemler yapılarak, bu değişiklikler yabancılar kütüğüne işlenir (m.9). Yabancılar kütüğünde kayıtlı olanların kişisel durumlarına ilişkin olarak kişi veya ilgili kurumlarca nüfus müdürlüğüne intikal ettirilen doğum, ölüm, evlenme, boşanma, evliliğin iptali, evliliğin feshi, gaiplik, tanıma, mahkeme kararıyla babalığa hüküm ve evlat edinme olaylarına ilişkin belgeler nüfus müdürlüğüne kabul edilerek, ilgili veri giriş formu kullanılmak suretiyle kayıtlarına işlenir (m.10).

Seyahatlerine İlişkin Avrupa Sözleşmesi m.1,6,7; Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi m.17, 23; Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi m.10; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme m.15/4; AİHS'ne Ek 4 No.lu Protokol m.2 bulunmaktadır.

Özellikle AİHS'nin "Özel ve Aile Hayatına Saygı" başlıklı 8. maddesi kapsamında, aile birleşimi, AİHM'nin içtihat hukukunda önemli bir yer tutmaktadır. AİHM, aile hayatı hakkı ile bağlantılı olarak, aile birleşimine ilişkin başvuruları değerlendirirken, aile üyeleri ile ev sahibi ülke arasında etkili ve güçlü bağlar bulunmasını, aile hayatının gerçekten mevcut olmasını ve ailenin başka bir ülkede birleşmesinin imkânsız olmasını aramaktadır. Aile hayatı kavramını sadece çekirdek aile değil başka ilişki biçimlerine de uygulamaktadır. Aile birleşimi hakkının varlığını, daha çok ev sahibi ülke dışında aile hayatını kurmanın bireyler için çok zor olduğu durumlarda kabul etmektedir.

Aile birleşimi hakkını doğrudan düzenleyen sözleşmeler ise Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Sözleşme (m.44), BM Çocuk Hakları Sözleşmesi (m.10,16,22) ve Göçmen İşçinin Hukukî Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi (m.12)'dir. Ayrıca AİHS'nin 8. maddesine karşılık gelen AB Temel Haklar Şartı'nın 7. maddesi ve 2003/86 sayılı Aile Birleşmelerine İlişkin Konsey Yönergesi ile AB'de yasal şekilde ikamet etmekte olan üçüncü ülke vatandaşları için aile birleşimi hakkı düzenlenmiştir. Yönerge'de aile ikamet izni için aranan esasa ilişkin şartlar, ailenin geçimi, barınma, sağlık sigortası gibi şartlardır. Süreye ilişkin şart ise ev sahibi ülkede bulunan aile üyesinin belirli bir süre ev sahibi ülkede yasal olarak ikamet etmiş olmasıdır. Üye Devletler, gerçek bir aile ilişkisinin varlığı için ortak çocuk sahibi olmak, daha önceden birlikte yaşama, birlikteliğin kayıtlı olması gibi unsurları dikkate almaktadır. Aile üyelerinin ülkeye giriş ve ikamet başvuruları, kamu politikası, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı gerekçeleriyle reddedilebilir, geri alınabilir ya da yenilenme talepleri reddedilebilir.

Konsey Yönergesi'ne göre, Üye Devletler, üçüncü ülke vatandaşlarının ulusal hukukta öngörülen entegrasyon tedbirlerini karşılamalarını isteyebilirler. Bu entegrasyon şartlarının henüz ülkeye giriş yapılmadan aranmakta olması doktrinde olumsuz eleştirilere neden olmuştur. Yönerge'nin 5. Bölümü ise mülteci ailelerin yeniden birleştirilmesine ilişkin özel hükümler içermektedir. Bu özel hükümlerin diğer uluslararası koruma statülerinden yararlanan kişilere uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi kapsamında bulunmayan kişilerin aile birleşimi taleplerinin reddedilmesinin, aile hayatı hakkının ihlâli anlamına geleceği vurgulanmıştır.

Türk ulusal hukukunda yer alan kurallar ise özel kanunlarda bulunan sınırlama ya da muafiyetler ile YUKK'da düzenlenen hükümlerden oluşmaktadır. Özel kanunlarda yer alan sınırlamalar Askerî yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri

Kanunu ile Köy Kanunu'ndadır. Buna ek olarak Uluslararası İşgücü Kanunu ile Turkuaz Kart sahibi yabancıların eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocukları için aile ikamet izninden muafiyet getirilmiştir ve süresizdir.

YUKK'da aile ikamet izni 34-37. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, ikamet iznine ilişkin genel kural ve ikamet izninden muafiyet (m.19-20) ile ikamet izinlerine ilişkin ortak hükümler, aile ikamet izni için de uygulanacaktır. YUKK m.19'a göre, Türkiye'de vizenin ya da vize muafiyetinin sağladığı sürelerden ya da 90 günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur. İkamet izni başvurusuna ilişkin genel kural başvurunun yurt dışından yapılmasıdır (m.21). Türkiye içinden ikamet izni başvurusunda bulunmak ise istisnadır (m.22). İkamet izinlerinin düzenlenmesi, şekli ve uzatılması 23-24. maddeler arasında yer almaktadır. İkamette kesinti ve ikamet izinleri arasındaki geçişler 28. maddede düzenlenmiştir. Aile ikamet izni ile öğrenci ikamet izni arasındaki geçişlerle ilgili olarak Uygulama Yönetmeliği'nde Kanun'da bulunmayan iki özel hüküm getirilmiştir. Bunlardan ilki, öğrenci ikamet iznine sahip olan yabancıların aile ikamet izni alma koşullarının ortaya çıkması hâlinde, bu kişiye aile ikamet izni düzenlenmesi ve öğrenci ikamet izni koşullarını taşımaya devam ettiği sürece öğrenci ikamet izninin sağladığı haklardan aynen yararlanmasıdır (m.26/4). İkinci düzenleme ise aile ikamet iznine sahip olan yabancıların öğrenci ikamet izni alma koşullarının ortaya çıkması hâlinde, aile ikamet izni devam ettirilmesi ve yabancıların, öğrenci ikamet izninin sağladığı haklardan da aynen yararlandırılmasıdır (m.26/5).

YUKK m.34'e göre, aile ikamet izni verilebilmesi için Kanun'un aradığı şartlara uygun bir "destekleyici"nin bulunması gerekir. Destekleyici olabilecek kişiler dört temel başlıkta kategorize edilmiştir. Bunlar Türk vatandaşları, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28. maddesi kapsamında olanlar, ikamet izinlerinden birine sahip olan yabancı ile mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahipleridir. Kanaatimizce destekleyicinin Türk vatandaşı olması durumunda, aile ikamet izni verilmesine ilişkin şartlar daha elverişli olarak düzenlenebilir. Bunun nedeni, gerekli şartları taşımayan yabancıların aile ikamet izni başvurusunun reddedilmesinin, aile hayatı hakkının çift yönlü özelliğinden dolayı, Türk vatandaşının da aile hayatı hakkının etkilenmesine neden olmasıdır.

Aile ikamet izni başvurusunda bulunabilecek yabancılar ise YUKK m.34'de sayılmıştır. YUKK aile ikamet izni başvurusunda bulunabilecek kişileri çekirdek aile ile sınırlamış, evlilik dışındaki ilişkileri kapsam dışı bırakmış ve eşcinsel birliktelikleri düzenlememiştir. Bu yabancıların başında destekleyicinin eşi bulunmaktadır. YUKK'da aile ikamet izinleri için aile oluşumu ile aile birleşimi arasında bir ayırım yapılmamıştır. Başvuruda bulunabilecek ikinci grup, destekleyicinin veya eşinin ergin olmayan çocuğudur. Son olarak destekleyicinin ve eşinin bağımlı yabancı çocuğu başvuruda bulunabilir.

Uygulamada bağımlı yabancı çocuğun yorumunda, geniş yorum yapılarak, sadece ekonomik bağımlılığın değil sosyal ve ailevi bağımlılığın da dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Yabancı çocuğun ergin olup olmadığı burada ön meseledir. Ön meseleye 5718 sayılı Kanun'un 9. maddesi uygulanacak olursa, yabancı çocuğun ergin olup olmadığı millî hukukuna tâbi olması gerekir. YUKK ise ön meseleye uygulanacak kuralı düzenlemiştir ve Türk hukukuna tâbi kılmıştır. YUKK'a göre çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış ve ergin olmamış kişidir (m.3/1-e). Buna göre millî hukukuna göre ergin olmayan ancak YUKK m.3/1-e hükmüne göre on sekiz yaşını doldurmuş çocuklar aile ikamet izni başvurusunda bulunamayacaklardır. Kanaatimizce aile birleşimi hakkının bir temel hak olduğu göz önüne alındığında bu durumda bulunan çocukların da m.34/1-b hükmü kapsamında aile ikamet izni verilebilecek kişiler arasında sayılması gerekirdi. Aksi takdirde bu çocukların aile ikamet izni başvurusunda bulunabilmeleri sadece m.34/1-c kapsamında bağımlı olmaları koşuluyla söz konusu olabilecektir.

YUKK m.34/2 hükmüne göre, Yabancı'nın vatandaşı olduğu ülkede birden fazla eş ile evlilik hâlinde, eşlerden yalnızca birine ikamet izni verilir. Bu düzenleme, kanun koyucunun çok eşliliğe yaklaşımını ortaya koymaktadır. Birincisi, çok eşlilik hâlinde ilk evlilikten daha sonra gerçekleşen evliliklerin geçerli evlilikler olarak kabul edilip edilmeyeceği ön sorun teşkil etmektedir. Bu noktada, sonraki evliliklerin destekleyicinin vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre geçerli olması durumunda Türkiye'de de geçerli kabul edileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye'de, aile ikamet izni alma yoluyla eşlerin tümünün Türkiye'de yaşaması, sosyal hayata katılması engellenmek istenmiştir. Bu düzenlemeyi destekleyici kişi gruplarına göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Destekleyicinin Türk vatandaşı olmadığı tüm kişi grupları için evlenme ehliyet ve şartları MÖHUK m.13'e göre kişinin millî hukukuna tâbi olacaktır. Vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre birden fazla eş ile evlilik o ülke hukukuna uygun olabilir diğer bir deyişle mevcut evlilik, evlenme engeli olmayabilir.

Destekleyicinin Türk vatandaşı olması hâlinde, evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuk, MÖHUK m.13'e göre Türk vatandaşı eş bakımından Türk hukukuna tâbidir. Bu durumda TMK'da mevcut evlilik evlenme engeli teşkil ettiğinden sonraki evlilikler geçerli kabul edilmeyecektir. Buna karşın Türk vatandaşı eşin millî hukuku olan TMK'na göre geçersiz olan sonraki evliliklerden olan diğer eşlerden biri aile ikamet izni almak için başvuruda bulunabilir. O hâlde Türk hukukuna göre geçersiz bir evliliğe karşın geçerli bir ikamet izni alınması mümkündür.

Bir diğ er tartışmalı durum Türk vatandaşı destekleyicinin aynı zamanda başka bir devletin vatandaşı olması yani ç ifte/çok vatandaşlık durumudur. Bu durumda evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuk için MÖHUK m.4'e göre ilgili destekleyicinin Türk vatandaşlığı esas alınacaktır. Vatandaşı oldu ğ u yabancı ülkenin hukukuna göre geçerli kabul edilen ikinci ya da üçüncü evlilikler, ön sorun olarak Türkiye'de geçerli kabul edilmeyecektir. Ancak bu durumda da geçersiz bir evliliğ e karş ın eşlerden birinin geçerli bir aile ikamet izni alması söz konusu olacaktır.

Kanaatimizce, konuya iki farklı açıdan yaklaşmak mümkündür. Birinci yaklaşım, çok eşli yaşamın aile ikamet izni alınarak Türkiye'de devam etmesinin engellenmek istenmesi yaklaşımıdır. Bu durumda, özellikle destekleyicinin Türk vatandaşı olması durumunda ilk evlilik geçerli kabul edileceğ inden, sadece ilk eşin aile ikamet izni alması mümkün kılınmalıdır. İkinci yaklaşım, çok eşli yaşamın aile ikamet izni alınarak Türkiye'de devam etmesinin engellenmek istenmemesi yaklaşımıdır. Bu durumda, eşlerden hepsine aile ikamet izni almak için başvuruda bulunma imkânı getirilmelidir. Kanunun mevcut düzenlemesinde, her iki yaklaşımın da benimsenmediğ i görülmektedir ancak elini ç abuk tutan eşin aile ikamet izni alabildiğ i bir uygulama olumsuz eleştirilere aç ık olacaktır.

Aile ikamet izni her defasında üç yılı aş mayacak şekilde verilebilir (m.34/2). Aile ikamet izninin kısa dönem ikamet iznine dönüşmesi ise m.34/5,6'da düzenlenmiştir. Boş anma hâlinde, Türk vatandaşı eş ile evli yabancıya en az üç yıl aile ikamet izniyle kalmış olmak kaydıyla kısa dönem ikamet izni verilebilir. Ancak yabancı eşin, aile iç i ş iddet gerekçesiyle mağ dur oldu ğ u ilgili mahkeme kararıyla sabit ise üç yıllık süre şartı aranmaz (m.34/6).

Türk vatandaşıyla evli yabancı bakımından, üç yıllık sürenin aranmayacağı istisnanın, sadece aile iç i ş iddet ile sınırlı olmaksızın, yabancının boş anmada kusursuz olması şartına bağ lanması gerektiğ i kanaatindeyiz. Mevcut düzenlemeyle, zina, kötü yönetim, ailenin giderlerine katılmama gibi durumlarda, yabancı eş, aile ikamet iznini kaybetmemek için 3 yıl buna katlanacak ve sonra boş anmak isteyecektir. Ayrıca yabancı eşin boş anmada kusursuz oldu ğ u durumlarda üç yıllık süre şartı aranmaksızın diğ er ikamet izni çeş itlerine başvuru hakkının bulunması gerektiğ i kanaatindeyiz.

YUKK ve Uygulama Yönetmeliğ inde sadece boş anma hâli düzenlenmiştir. Ayrılık hâli ise düzenlenmemiştir. Ayrılık hâlinde Türk vatandaşıyla ya da ikamet iznine sahip destekleyici bir yabancıyla evli yabancı, aile ikamet izniyle Türkiye'de kalmaya devam edebilecek ve aile ikamet izni, diğ er şartları sağ lıyorsa uzatılabilecektir.

Destekleyicinin ölümü hâlinde, bu kişiye bağlı aile ikamet izniyle kalanlara, süre şartı aranmadan kısa dönem ikamet izni verilebilir (m.34/7). Bu hükmü, uzun dönem ikamet izni dışında Türkiye'de daimi ikamet izni almanın bir başka yolu olarak yorumlamak mümkündür.

Destekleyicide aranan şartlar YUKK m.35'te düzenlenmiştir. Aile birleşimine ilişkin olarak neredeyse bütün ülkelerde en başta aranan şart, belirli bir düzeyde gelire sahip olmaktır (m.35/1-a). İkinci şart, ailenin nüfusuna göre, genel sağlık ve güvenlik standartlarına uygun barınma şartlarına sahip olmak ve tüm aile fertlerini kapsayan sağlık sigortası yaptırmış olmaktır (m.35/1-b). Üçüncü şart, başvuru tarihi itibarıyla, beş yıl içinde aile düzenine karşı suçlardan herhangi birinden hüküm giymemiş olduğunu adli sicil kaydıyla belgelemektir (m.35/1-c). Yabancı'nın Türkiye'de ikamet ettiği sürede aile düzenine karşı suçlardan herhangi birinden hüküm giyip giymediği Türk hukukuna göre tespit edilecektir. Yabancı'nın Türkiye'de ikamet etmeden önce bulunduğu ülkede ya da vatandaşı olduğu ülkede ceza kanunlarında böyle bir suç kategorisi yoksa ne olacağı belirsizdir. O yabancı ülkede bu fiiller ceza kanunları değil de örneğin idare hukuku içinde kategorize edilmişse bu hükmün nasıl uygulanacağı konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Dördüncü şart, Türkiye'de en az bir yıldır ikamet izniyle kalıyor olmaktır (m.35/1-ç). Fakat bilimsel araştırma amaçlı ikamet izni ya da çalışma izni bulunanlar, 5901 sayılı Kanunun 28 inci maddesi kapsamında olanlar veya Türk vatandaşlarıyla evli olan yabancılar hakkında, birinci fıkranın (ç) bendi uygulanmaz (m.35/2). Son olarak adres kayıt sisteminde kaydı bulunmak aranmıştır (m.35/1-d).

Türkiye'de bulunan mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahiplerinde, idarenin takdirine göre bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen şartlar aranmayabilir (m.35/4). Mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahiplerinde birinci fıkrada belirtilen şartların aranmaması bu kişilerin ailelerinin içinde buldukları özel durumla ilgilidir. AİHM kararları bakımından değerlendirildiğinde, aile birleşimi için aranan kriterlerden biri, ailenin normal aile hayatını başka bir yerde sürdürme olanağının bulunup bulunmadığıdır. Fakat mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahipleri gibi sığınma arayanlar için de normal aile hayatını menşei ülkede sürdürmek mümkün değildir. Sadece 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi kapsamında olan mülteciler için değil tüm uluslararası koruma ihtiyacı içinde olan kişiler için aile birleşimi hakkından yararlanma imkânının bulunması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Kaldı ki aile birleşimi hakkı, kitlesel sığınma durumunda da uygulanmaktadır. Avrupa Birliği ülkelerinde özellikle başvurusu değerlendirilmekte olan kişiler için aile birleşimi hakkı kapsam dışı bırakılmıştır. Sığınma arayanların aile birleşiminden yararlanmasını YUKK bakımından değerlendiren görüşe göre, uluslararası koruma statüsüne başvurmamış ya da statüye sahip olmayan/statüleri tanınmamış bireylerin de mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerine bağlı olarak aile ikamet



izni verilebilecek kişiler kapsamına girebilir ancak şartlı mülteci statüsüne sahip olan kişiler destekleyici olarak kabul edilmemiştir. Bu görüş, Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelikte şartlı mülteci statüsü sahiplerini de kapsayacak düzenleme yapılmasını önermektedir. Doktrinde katıldığımız diğer görüşe göre, Geçici Koruma Yönetmeliği'nde geçici korumadan yararlanan yabancılara, aile birleşimini talep hakkı tanınmakta iken şartlı mültecilerin kapsam dışı bırakılmış olması eksiklidir.

Türkiye'de, destekleyicinin yanında kalmak üzere aile ikamet izni talebinde bulunacak yabancılarda aranacak şartlar 35. maddenin 3. fıkrasında beş bent hâlinde düzenlenmiştir. Birinci şart, 34. maddenin birinci fıkrası kapsamında olduğunu gösteren bilgi ve belgeleri ibraz etmektir (m.35/3-a). İkinci şart, 34. maddenin birinci fıkrasında belirtilen kişilerle birlikte yaşadığını veya yaşama niyeti taşıdığını ortaya koymaktır (m.35/3-b). Yabancı, 34. maddenin birinci fıkrasında belirtilen kişilerle birlikte yaşayıp yaşamadığı objektif olarak tespit edilebilir bir şarttır. Bununla birlikte, birlikte yaşama "niyeti"nin aranması, hâlihazırda 34. maddenin birinci fıkrasında belirtilen kişilerle birlikte yaşamakta olan yabancı, bu birlikte yaşantıya karşın "birlikte yaşama niyeti"nin bulunmadığı gerekçesiyle aile ikamet izni talebinin reddedilmesine neden olabilir. Üçüncü şart, evliliği aile ikamet izni alabilmek amacıyla yapmamış olmasıdır (m.35/3-c). Dördüncü şart, eşlerden her biri için on sekiz yaşını doldurmuş olmasıdır (m.35/3-ç). Destekleyici ve ona aile ikamet izni alarak katılacak eşi için asgarî yaş şartının aranması, zorla evliliklerin önüne geçmek ve entegrasyonu sağlamak için öngörülmektedir. Zorla evlilikler, evlenme hakkını, insan onurunu, kişisel özgürlüğü ve vücut bütünlüğü hakkını ihlâl etmektedir. Küçük yaşta evlilikler ayrıca okula devamı ve iş hayatına katılımı olumsuz etkilemektedir. Sadece karşılıklı rızayla gerçekleşen evlilikleri tanımak, uluslararası hukuka göre bir yükümlülük teşkil etmektedir. Bununla birlikte bu gerekçeler, aile ikamet izni için aranan asgarî yaş sınırının neden iç hukukta evlilik için arana asgarî yaş sınırından yüksek olduğunu açıklamamakta yetersizdir. Benzer bir eleştiriyi Türk hukuku bakımından da yönetmek mümkündür. Bu şartın destekleyicinin Türk vatandaşı olduğu durumlar için özel bir değerlendirmeye tâbi tutulması ihtiyacı bulunmaktadır. Evlenme yaşına uygulanacak hukuk MÖHUK m.13/1 kapsamında eşlerden her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbidir. Evlenen taraflardan birinin Türk vatandaşı olması durumunda evlenme yaşına uygulanacak hukuk Türk hukuku olacaktır. Türk Medenî Kanunu'nun 124. maddesinde evlenme yaşı onyediy olarak belirlenmiştir. O hâlde bir Türk vatandaşı onyediy yaşını doldurmuş ise kendi millî hukukuna göre evlenme yaşı şartını sağlayan bir yabancı ile evlenebilir fakat Türk vatandaşı eş onsekiz yaşını doldurmadığı için eşi için aile ikamet izni alamayacaktır. Beşinci şart ise 7. madde kapsamına girmemektir (m.35/3-d). Son olarak, çocukların aile ikamet izninde, Türkiye dışında varsa ortak velâyeti bulunan anne veya babanın muvafakati aranır (m.34/3).

Türkiye içinden yapılan ikamet izni talebinin reddi, iptali veya uzatılmaması, 25. maddede, genel olarak düzenlenmiştir. Bu işlemler sırasında, yabancının Türkiye'deki aile bağları, ikamet süresi, menşe ülkedeki durumu ve çocuğun yüksek yararı gibi hususlar göz önünde bulundurulur ve ikamet iznine ilişkin karar ertelenebilir (m.25/1). Madde metninde sözü geçen ve yüksek yararı göz önünde bulundurulacak olan "çocuk" bakımından da belirsizlikler devam etmektedir. Sözü geçen çocuk, ikamet izni talebi reddedilecek, iptal edilecek veya uzatılmayacak olan çocuk mudur yoksa ikamet izni talebi reddedilecek, iptal edilecek veya uzatılmayacak olan yabancının çocuğu mudur anlaşılammaktadır.

YUKK'ta ikamet izni talebinin reddi, iznin uzatılmaması veya iptali durumunda dava açma süresi, dava açılmasının kararın icrasına etkisi, idare mahkemesi tarafından ne kadar süre içerisinde karar verileceği ve kararın kesin olup olmadığı konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki hükümler uygulanacaktır. İkamet izni talebinin reddi, uzatılmaması ya da iptaline ilişkin kararlar idarenin kesin ve yürütülebilir nitelikte kararlarıdır. İkamet izin talepleri reddedilen yabancıların, red kararının kendilerine tebliğinden itibaren 60 gün içinde, red işleminin iptali istemiyle idare mahkemelerine başvurmaları mümkündür. Ayrıca YUKK kapsamında idare mahkemelerinde açılan davalar sonucu verilen kararlara karşı Bölge İdare Mahkemelerinde İYUK m.45/1 kapsamında istinaf yoluna başvurulabilir.

YUKK m.36'da, aile ikamet izninin verilmeyeceği, verilmişse iptal edileceği, süresi biten aile ikamet izinlerinin ise süresinin uzatılmayacağı hâller düzenlenmiştir. Bu konularda, idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Aile ikamet izinlerinde, evliliğin aile birliği kurma amacıyla değil de ikamet izni alma amacıyla gerçekleşip gerçekleşmediği, diğer bir deyişle ülkede yasal olarak ikamet etmek için bir araç olarak kullanılıp kullanılmadığı uygulamada sorun teşkil etmektedir. Tarafların hangi amaçla evlendiklerinin tespiti, objektif olarak ortaya konulamamakta ancak tarafların sübjektif iradelerinin araştırılmasıyla mümkün olmaktadır. Evliliğin geçerliliğine uygulanacak hukuk kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre tespit edilmektedir. YUKK m.37'ye göre, aile ikamet izni verilmeden veya uzatılmadan önce makul şüphe varsa, evliliğin sırf ikamet izni alabilme amacıyla yapıp yapılmadığı valiliklerce araştırılır. Araştırma sonucunda, evliliğin bu amaçla yapıldığı tespit edilirse aile ikamet izni verilmez, verilmişse iptal edilir (m.37/1). Uygulama Yönetmeliği'nde aile ikamet izninin reddi, iptali ve uzatılmaması nedenleri arasında evliliğin ikamet izni almak amacıyla yapıldığının tespit edilmesi (UY m.33/1-e) hükmü yer almakta ve Kanundan farklı olarak evliliğin "sırf" ikamet izni alabilme amacıyla yapılmış olması gibi bir sınırlama bulunmamaktadır.

YUKK m.37'de yer alan "makul şüphe"den ne anlaşılması gerektiği,

Uygulama Yönetmeliği'nin 34. maddesinin birinci fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre: Aşağıdaki durumların bir veya bir kaçının varlığı hâlinde evliliğin sırf ikamet izni alabilmek amacıyla yapıldığı yönünde makul şüphe olduğu kabul edilir ve araştırma yapılır: a) Eşlerin aynı konutta yaşamaması veya evliliğin aile birliği içinde devam etmediği yönünde ihbar ya da şikâyetin bulunması. b) Eşlerin konuştuğu ortak bir dilin olmaması. c) Eşler arasında makul olmayan yaş farkının olması. ç) Yabancınnın vize veya ikamet izni ihlâllerinde bulunması. d) Eşlerin evliliğin anlaşmalı olduğunu beyan etmesi. e) Eşlerden biri hakkında geçimini meşru olmayan yollardan sağlamaktan veya izinsiz çalışmaktan işlem yapılmış olması. f) Ailenin geliri ile yaşam standardının uygulanmaması.

YUKK m.37'de düzenlenmiş olan valiliklerce yapılacak araştırmanın nasıl yapılacağı ise Uygulama Yönetmeliği'nin 34. maddesinin ikinci fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre: Araştırma, aşağıda belirtilen hususlar dikkate alınarak gerçekleştirilir: a) Araştırmada insanları rahatsız edici ve onur kırıcı davranışlardan kaçınılır. b) Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığının ihlâl edilmemesi için gerekli tedbirler alınır. c) Eşlerle ayrı ayrı ve birlikte görüşülür. Eşler görüşme davetine uymakla yükümlüdür. ç) Paylaşılmış sorumlulukların olup olmadığı tespit edilir. d) Yakın komşu, adres çevresi veya aile üyelerinden bilgi alınır. e) Mahalli birimlerden bilgi alınır. Bu birimler, bilgi ve belge taleplerini derhal yerine getirir. f) Araştırma sırasında sosyolog, sosyal çalışmacı, psikolog veya diğer meslek mensuplarından faydalanılabilir. g) Araştırmaya kolluk personelinin refakat etmesi istenebilir. ğ) Bakanlıkça belirlenecek diğer hususlara dikkat edilir. Uygulama Yönetmeliği'nde, özellikle araştırmada insanları rahatsız edici ve onur kırıcı davranışlardan kaçınılacağı ve özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığının ihlâl edilmemesi için gerekli tedbirler alınacağı vurgulanmış olması son derece olumlu bir düzenlemedir ve yabancıların temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilmeden bir araştırma yapılmasının sağlanması bakımından önemlidir.

Uygulama Yönetmeliği'nin 34. maddesinin 3. fıkrasına göre, birinci fıkrada belirtilen araştırma sonucunda, evliliğin sırf ikamet izni almak amacıyla yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi ve tespiti için il müdürlüğü temsilcisi başkanlığında aile ve sosyal politikalar il müdürlüğü, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğü ve il emniyet müdürlüğünden birer temsilcinin katılımıyla en az bir kadın üyenin de bulunduğu komisyon oluşturulur. Komisyon, kararlarını salt çoğunlukla alır. Oyların eşitliği hâlinde komisyon başkanının kullandığı oy yönünde çoğunluk sağlanmış sayılır. Komisyona diğer kurumlardan temsilciler de davet edilebilir. YUKK'da bulunmayan bu düzenleme ile aile ikamet izni talebinin, evliliğin, ikamet izni almak amacıyla yapıldığının tespit edilmesi nedeniyle reddi, iptali ve uzatılmaması durumunda yetkili makam değiştirilmiştir. Diğer red, iptal ya da uzatmama nedenleri bakımından yetkili makam valilik iken evliliğin, ikamet izni almak amacıyla yapıldığının tespit

edilmesi nedeniyle reddi, iptali ve uzatılmaması durumunda yetkili makam Komisyon'dur. Yetkili makama ilişkin bu değişikliğin kanunla yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Aile ikamet izni verildikten sonra da evliliğin anlaşmalı olup olmadığı konusunda valiliklerce denetim yapılabilir (m.37/2, UY m.34/4). Anlaşmalı evlilik yoluyla alınan ve sonradan iptal edilen ikamet izinleri, bu Kanunda öngörülen ikamet izin sürelerinin toplanmasında hesaba katılmaz (m.37/3, UY m.34/5). Kanaatimizce, evliliğin sırf ikamet izni almak amacıyla yapıldığının tespit edilmesi hâlinde iptali ya da uzatılmaması ve buna ilişkin valiliklerce yapılacak denetim için makul bir süre şartı getirilmelidir. Aksi hâlde evliliğini gerçekten aile birliği kurmak amacıyla yapmış olan ve aile ikamet izniyle Türkiye'de kalmakta olan yabancıların her zaman denetime tâbi tutulmaları olasıdır.

Aile ikamet izinlerinin reddi, iptali ya da uzatılmamasının sonuçlarından biri kuşkusuz sınır dışı edilme olacaktır. YUKK m.54/1-c hükmünde, Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananların sınır dışı edilecekleri belirtilmiştir. Ayrıca ikamet izinleri iptal edilenlerin (m.54/1-f) ve ikamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlâl edenlerin (m.54/1-g) sınır dışı edilecekleri düzenlenmiştir. Son olarak, ikamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar sınır dışı edilecektir (m.54/1-j). İkamet izinlerine ilişkin hükümlere aykırılık nedeniyle hakkında sınır dışı edilme kararı verilmiş olan yabancı hakkında Türkiye giriş yasağı kararı alınacaktır. İkamet izinlerinin reddi, iptali ya da uzatılmaması nedeniyle yabancıların sınır dışı edilmesinde idareye takdir yetkisinin tanınmadığı görülmektedir. İkamet izinlerinin reddi, iptali ve uzatılmamasına ilişkin olarak bu noktada özellikle bu işlemler sırasında, yabancıların Türkiye'deki aile bağlarının, ikamet süresinin, menşe ülkedeki durumunun ve çocuğun yüksek yararı gibi hususların göz önünde bulundurulacağı ve ikamet iznine ilişkin kararın ertelenebileceğine ilişkin 25. maddenin birinci fıkrası özel bir öneme sahiptir. Söz konusu düzenlemeyle idareye sınır dışı etmede tanınmamış olan takdir yetkisi, sınır dışı edilme nedenlerinden biri olan ikamet izninin reddi, iptali ya da uzatılmaması sırasında tanınmıştır ve idarenin bu alanda takdir yetkisini kullanırken insan hakları açısından "meşruluğu" ölçüt alması Türkiye aleyhine verilebilecek olası ihlâl kararlarının önüne geçebilir.

Aile ikamet izinlerinin reddi, iptali ve uzatılmaması hâlinde ise hakkında sınır dışı etme kararı alınmayacak yabancılar bakımından 55. maddede aile birliğinin korunmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa AIHS madde 8'de, aile yaşamına saygı, sınır dışı edilme bakımından bir sınırlama ölçütü olarak karşımıza çıkmaktadır. Sınır dışı edilme nedenleri içinde aile

birliğinin korunmasına ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmayışı doktrinde eksiklik olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu eksikliğin, 25. maddenin uygulanmasında aile birliğinin korunmasının dikkate alınarak değerlendirilmesi, bu eksikliğin uygulamada giderilmesini sağlayabilir.

Genel olarak ikamet izni almanın çalışma konumuz açısından aile ikamet iznin hüküm ve sonuçlarından birincisi, yabancıya, vize ya da vize muafiyet süresinden daha fazla ancak ikamet izni süresi kadar Türkiye’de kalış hakkı sağlamasıdır. İkamet izni almanın ikinci sonucu, ikamet iznine sahip olan yabancınn, Türkiye’ye giriş için aranan diğer şartları taşıması kaydıyla vize almadan Türkiye’ye giriş yapabilmesidir (YUKK m.12/1-b). İkamet izni eşitleri, vize muafiyeti bakımından farklılık teşkil etmediğinden, aile ikamet izni almış olan yabancılar da vize muafiyeti kapsamında olacaklardır. Aile ikamet izninin bulunması çocuklara 18 yaşına kadar ilk ve orta ğretim kurumlarında ğrenci ikamet izni almaksızın eğitim hakkı sağlamaktadır (YUKK m.34/4). Son olarak 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’na dayanılarak ıkarılan Türkiye’de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre, Türkiye’de oturan yabancıların nüfus kayıtlarının tutulmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

\*\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

AYBAY, Rona/DARDAĞAN-KİBAR, Esra, Yabancılar Hukuku, B.3, İstanbül 2010.

AYBAY, Rona/ÖZBEK, Nimet, Vatandaşlık Hukuku, B.4, İstanbül 2015.

BARAN-ÇELİK, Neşe, Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, zel Sayı Cilt:1, Yıl:2015, s. 67-148.

BAYRAKTAROĞLU- ÖZÇELİK, Gülüm, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, TBB Dergisi, Yıl:2013, Sayı:108, s.211-258.

BERKİ, Osman Fazıl, Devletler Hususİ Hukuku, Cilt:I, Tbiiyet ve Yabancılar Hukuku, Ankara 1970.

CHOLEWINSKI, Ryszard, “Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right”, European Journal of Migration and Law, Vol.4, 2002, pp.271-290.

ÇELİKEL, Aysel/(ÖZTEKİN) GELGEL, Günseli, Yabancılar Hukuku, B.21, İstanbül 2015.

ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, B.6, Ankara 2016.

ÇİÇEKLi, Bülent, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Getirdiği Yenilikler”, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi, Editörler: Yrd. Doç. Dr. Ceyda Süral/Araş. Gör. Ekin Ömeroğlu, Ankara 2015, s. 19-31,(Yenilikler).

DARDAĞAN-KİBAR, Esra, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi”, Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt: 11, No.2, Yıl: 2012, s. 53-74.

DARDAĞAN-KİBAR, Esra, “An Overview and Discussion of the New Turkish law on Foreigners and International Law”, PERCEPTIONS, Autumn 2013, Vol.XVIII, No.3, s. 109-128, (The New Turkish Law).

DOĞAN, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, B.12, Ankara 2015.

EKŞİ, Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, B.2, İstanbul 2014.

EKŞİ, Nuray, “2014 Yılında Kabul Edilen İdari Yargıda İstinaf Müessesesinin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında Açılacak İdari Davalara Etkisi”, Göç Araştırmaları Dergisi, C.1, Sayı:1, Ocak-Haziran 2015, s. 12- 43, (İdari Yargı).

EKŞİ, Nuray/ÇİÇEKLi, Bülent, Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları, İstanbul 2012.

ELÇİN, Doğa, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:124, 2016, s. 9-80.

ERDEM, B.Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, B.4, İstanbul 2014.

ERGÜL, Ergin, “Avrupa Birliği Müktesebatında Yabancıların Aile ve Özel Hayat Hakkı Çerçevesinde Korunması”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s.195-206.

ERTEN, Rifat, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIX, Yıl:2015, Sayı.1, s. 3-51.

GÖÇMEN, İlke, “Avrupa Birliği Adalet Divanının Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Hukukuna (Yerleşme Serbestisi ve Aile Birleşimine) İlişkin Doğan Kararı”, Küresel Bakış, Çeviri Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:15, (Ekim 2014), s.1-12, (Doğan Kararı).

GÖÇMEN, İlke, “Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Avrupa Birliği’ndeki Türk Vatandaşları ve Aile Birleşimi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, sayı:1, 2014, s.73-121, (Aile Birleşimi).

GÖÇMEN, İlke, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku, Ankara 2015, (Göç Hukuku).

GROENENDIJK, Kees, "Family Reunification as a Right under Community Law", 8, European Journal of Migration and Law, 2006, s. 215-230.

GROENENDIJK, Kees/FERNHOUT, Roel/van DAM, Dominique/van OERS, Ricky/STRIK, Tineke, The Family Reunification Directive in EU Member States, the First Year of Implementation, Centre for Migration Law, Nijmegen 2007.

GÜNGÖR, Gülin, Tâbiyet Hukuku, B.3, Ankara 2015.

HADİMOĞLU-ÖZBEK, Nimet, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan İkamet İzni Türleri ile Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Olağan Telsik Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranılan İkamet Şartı", TBB Dergisi, 2012, S.102, s. 149-172.

HAJBANDEH, Roya, "France, Love It or Leave It: New French Law Restricts Family Reunification", 27, Wisconsin International Law Journal, 2009-2010, s.336-361.

HARDY, Julien, "The Objective of Directive 2003/86 Is to Promote the Family Reunification of Third Country Nationals", European Journal of Migration and Law, 14 (2012), 439-452.

IOM International Organization for Migration, Migration and Family, Section 2.5, International Law and Family Reunification, Family Reunification Issues, Essentials of Migration management, Volume Two: Developing Migration Policy, [www.rcmvs.org/documentos/IOM\\_EMM/v2/V2S05\\_CM .pdf](http://www.rcmvs.org/documentos/IOM_EMM/v2/V2S05_CM.pdf) (3.2.2016), (IOM Migration and Family).

İltica ve Göç Mevzuatı, Ankara 2005.

JAQUEMENT, S., Refugees in Armed Conflict: International Humanitarian Law and Refugee Protection, (UNHCR, Geneva, draft, 1999).

JASTRAM, Kate/NEULAND, Kathleen, "Family Unity and Refugee Protection", in Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, ed.by Erika FELLER/Volker TÜRK/Frances NICHOLSON, Cambridge University, 2003, s.555-603.

JOHN, Arturo, "Family Reunification for Migrants and Refugees: A Forgotten Human Right?", [www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/rturojohn.pdf](http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/rturojohn.pdf) (10.3.2016), s.1-66.

NOMER, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, B.21, İstanbul 2015.

ÖZKAN, Işıl, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Ankara 2013.

ÖZTÜRK, Neva Övünç, Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, Ankara 2015.

ROAGNA, Ivana, Protecting the Right to Respect for Private and family Life under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Human Rights Handbooks, Council of Europe Strasbourg 2012.

ROHAN, Mark, "Refugee Family Reunification Rights: A Basis in the European Court of Human Rights' Family Reunification Jurisprudence", Chicago Journal of International Law, Vol.15, No.1, 2014, s. 347-375.

SEVİĞ, Vedat Raşit, Türkiye'nin Yabancılar Hukuku, İstanbul 1981.

STAVER, Anne, "Free Movement and the Fragmentation of Family Reunification Rights", European Journal of Migration and Law, 2013, Vol.15, s.69-89.

STRIK, Tineke/ HART, Betty de/NISSEN, Ellen, Family Reunification: a Barrier of Facilitator of Intergration? A Comparative Study, European Commission, DG Home Affairs-Unit B1: Immigration and Integration, Brussels 2013.

TEKİNALP, Gülören, Türk Yabancılar Hukuku, B. 8, İstanbul 2003.

TEKSOY, Barış, "6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62/3, 2013, s.855-906.

THYM, Daniel, "Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?", ICLQ Vol.57, 2008, s.87-112.

UN Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights, Paper on Family Reunification, OHCHR Migration Papers, Family Reunification, November 2005, (OHCHR Migration Papers, Family Reunification).

WIESBROCK, Anja, "The Right to Family Reunification of Third Country Nationals under EU Law- Is Directive 2003/86/EC in Compliance with the ECHR?", 5, Human Rights and Int'l Legal Discourse, 2011, s.138-165.



# YARGILAMANIN YENİLENMESİ MUHAKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKARDIĞI HUKUKİ MESELELER

*Legal Problems Issued by the Procedure of the Renewal of Trial related to the Individual Application*

**Yrd. Doç. Dr. Mehmet Sinan ALTUNÇ<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 26.09.2016 Kabul Tarihi: 30.01.2017

## ÖZET

Yargılamanın yenilenmesi ve bireysel başvuru birbirlerinden farklı iki müessesedir. Ancak yargılamanın yenilenmesi talebi yapılmasından sonra verilecek kararın, bireysel başvuru bakımından birtakım hukuki meseleler yaratması mümkündür. Yargılamanın yenilenmesi talebinin bireysel başvuru ile ilgili 30 günlük süreye etkisinin yanı sıra, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesi halinde yapılmış bireysel başvuruların durumu inceleme konusu yapılmıştır. Özellikle yargılamanın yenilenmesi talebi ile bireysel başvurunun birlikte yapılması halinde, kabul edilen yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine bireysel başvurunun kabul edilip edilemeyeceği ele alınmıştır. Öte yandan yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi durumunda, bu ret kararına karşı bireysel başvuru yoluna gidilmesinin hangi hallerde mümkün olabileceği, içtihatlar ışığında değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Yargılamanın yenilenmesi, bireysel başvuru, silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesi, gerekçeli karar hakkı, hakimin tarafsızlığı ilkesi.

## GİRİŞ

Bireysel başvuru ve yargılamanın yenilenmesi kurumları son dönemde değişik sebeplerle sık sık gündeme gelmiştir. İki kurumun her ne kadar birbiriyle bağlantısı yok gibi görünse de, özellikle yargılamanın yenilenmesi muhakemesi sırasında ortaya çıkması muhtemel temel hak ihlallerinin, koşulları gerçekleştiğinde bireysel başvuruya konu olması mümkündür.

## ABSTRACT

The renewal of trial and the individual application are two different institutions. But the judgment given after the demand for the new trial can create some legal issues regarding the individual application. We have examined the effect of the demand for the new trial, on the time limit of 30 days requested for the individual application and the situation of the individual application in case of the acceptance of the new trial. Especially when the demand for a new trial and the individual application are done at the same time, we have asked whether the individual application can be accepted after the demand for a new trial has been accepted. On the other hand, in the case of the rejection of the demand of a new trial, this will be a new judgment and we can submit an individual application against it. We have discussed these questions in the light of the jurisprudence.

**Keywords:** The new trial, the individual application, the principle of the equality of arms, the principle of contradictory, the right to a reasoned decision, the principle of the impartiality of judge.

<sup>1</sup> Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, sinan.altunc@law.bau.edu.tr.

Bu bakımdan ilk bölümde önce bireysel başvuru hakkında bilgi verdikten sonra, yargılamanın yenilenmesi müessesesi ele alınacaktır. İkinci bölümde ise, yargılamanın yenilenmesi talebinin bireysel başvuru bakımından etkileri değerlendirilecektir. Bu yapılırken, yargılamanın yenilenmesi talebinin bireysel başvuru koşullarından 30 günlük süreye etkisi ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Bunun dışında, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesi ve reddedilmesi kararlarının bireysel başvuruya etkisi irdelenecektir. Özellikle yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi üzerine, bireysel başvuru yapılması değişik olasılıklar çerçevesinde tartışılacaktır.

## **I. BİREYSEL BAŞVURU VE YARGILAMANIN YENİLENMESİ KAVRAMLARI**

### **A. BİREYSEL BAŞVURU**

#### **1. GENEL OLARAK**

Herkesin hukuki güvenlik içinde yaşadığı, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı ve hukuk kurallarının denetiminde bulunduğu sistem olarak nitelendirilen hukuk devletinin sağlanmasının ilk koşulu, temel hak ve özgürlüklerin tanınması, korunması ve yaşatılmasıdır<sup>2</sup>. Temel hak ve özgürlükler, anayasalar tarafından düzenlenmekte ve güvence altına alınmaktadır. Bu anlamda temel hak ve özgürlüklerle ilgili anayasallık denetiminin bir sonucu olarak anayasa mahkemelerinin görev ve fonksiyonlarında meydana gelen değişme ve genişleme neticesinde bireysel başvuru yolu anayasa mahkemelerinin görev alanına dâhil olmuştur. Bunun sonucunda birçok devlet temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü işlemlerine karşı korunması amacıyla anayasa mahkemesine bireysel başvuru hakkını kabul etmiştir. Böylelikle bireyler kamu gücü işlemleri sonucunda temel hak ve özgürlükleri ihlal edildiğinde, anayasa mahkemelerine başvurarak koruma talebinde bulunabilmektedirler<sup>3</sup>. Dolayısıyla bireysel başvuruyu, temel hakları kamu gücü işlemlerine karşı korumak maksadıyla kabul edilen bir başvuru yolu şeklinde tanımlamamız mümkündür<sup>4</sup>.

Bireysel başvuru kurumu Türk hukukuna 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile girmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin görevlerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesine "bireysel başvuruları değerlendirmek" görevi de eklenmiştir. Anayasa'nın 148/3. fıkrasına göre, "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

---

<sup>2</sup> KAYA Köroğlu, Cezai Konularda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Ankara, 2014, s. 21.

<sup>3</sup> KAYA, s. 22.

<sup>4</sup> KAYA, s. 21; TSERETELI Nino, Mechanism of Individual Complaints – German, Spanish and Hungarian Constitutional Courts – Comparative Analysis, Central European University, Budapest, 2007, s. 3.

kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” AY m. 148/5’te “Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.” hükmünü takiben de 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45 vd. maddeleriyle de bireysel başvuru ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

Ceza hukuku bakımından bireysel başvuruyu bir kanun yolu olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu anlamda, adli yargı organlarının yargılamalarından sonra ortaya çıkan bir hukuksal çare olarak nitelendirilemez. Bireysel başvuru, sadece anayasa hukuku kapsamındaki temel hak ve özgürlük ihlallerinin denetlenebileceği istisnai bir hukuk yolu olarak tanımlanmıştır<sup>5</sup>.

## 2. BİREYSEL BAŞVURUNUN KABUL EDİLEBİLİRLİK KOŞULLARI

### a. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDEN AİHS ve EK PROTOKOLLERİ KAPSAMINDAKİ HERHANGİ BİRİNİN KAMU GÜCÜ TARAFINDAN İHLAL EDİLMİŞ OLMASI

AY m. 148/3 uyarınca, bireysel başvuru yapılabilmesi için, Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilmiş olması gerekir. Dolayısıyla bireysel başvuru yaparken, belirtilen kapsamdaki temel hak ve özgürlüklerin hangisi veya hangilerinin nasıl ihlal edildiğinin gösterilmesi gerekir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. maddesinin 1. fıkrasında ise, “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” denmektedir. Buna göre, her türlü hak ihlali bireysel başvuru yapılabilmesine imkân sağlamamaktadır. Bireysel başvuru ancak Anayasa’da güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve Ek protokolleri kapsamındakilerine ilişkin olanlar bakımından yapılabilir.

Bunun dışında, söz konusu hak ihlalinin kamu gücü tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir. Aslında kamu gücü denildiğinde söz konusu olan yasama, yürütme ve yargı organlarıdır, ancak 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin 3. fıkrasında açıkça “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz” demek suretiyle yasama organının işlemleri ile bir kısım yürütme işlemlerinin bireysel başvuru dışında kalacağı belirtilmiştir<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> KAYA, s. 24.

<sup>6</sup> ERGÜL Ergin, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Ankara, 2013, s. 18.

## **b. KANUNDA ÖNGÖRÜLMÜŞ İDARİ VE YARGISAL BAŞVURU YOLLARININ TÜKETİLMİŞ OLMASI**

Bireysel başvurunun yapılabilmesinin bir diğer koşulu da, ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerektiğidir<sup>7</sup>. Bu husus 6216 s. K. m. 45/2’de de belirtilmiştir. Burada sözü edilen yollar, aynı zamanda bireysel başvuru yapılabilmesi için gerekli 30 günlük sürenin de başlangıç tarihidir (6216 s. K. m. 47/5). Esasında başvuru yollarının tüketilmesi ve yukarıda bahsettiğimiz süre koşulları, insan hakları hukuku bakımından bireysel başvuru vb. yolların ikincil derecede olması ile ilgilidir<sup>8</sup>. Nitekim AİHS m. 35/1’de de iç hukuk yollarının tüketilmesi aranmaktadır<sup>9</sup>.

İdari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi koşulu, insan hakları ihlallerinin önlenmesinin, esas olarak idarenin ve mahkemelerin görevine girmesindedir. Dolayısıyla ancak bu mercilere yapılan başvurular sonuçsuz kaldığı vakit, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapılabilmektedir. Başvuru yolları tüketilmeden Anayasa Mahkemesi’ne başvurulması halinde, bir kabul edilemezlik nedeni ortaya çıkacak ve başvurunun, esası incelenmeksizin reddedilmesi gerekecektir<sup>10</sup>.

Bu koşul aynı zamanda bir başka sonuç daha doğurmaktadır. Ceza hukuku bakımından, başvuru yolları hükmün kesinleşmesi için gereken yollardır. Diğer bir deyişle, bireysel başvuru yapılabilmesi için hükmün kesinleşmiş olması gereklidir. Bu anlamda, hükmün kesinleşmesinden sonraki aşamada söz konusu olan ve olağanüstü olarak nitelendirilen kanun yolları, bireysel başvuru için tüketilmesi gerekli olan yollardan değildir<sup>11</sup>. Bu husus, aşağıda ele alacağımız bir başka koşul olan 30 günlük başvuru süresi bakımından da önem taşımaktadır.

---

<sup>7</sup> DOĞRU Osman, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul, 2013, s. 102.

<sup>8</sup> EKİNCİ Hüseyin, “Kabul Edilebilirlik Kriterleri”, in: Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Ankara, 2013, s. 123 vd.

<sup>9</sup> AİHS m. 35/1: “Mahkeme’ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir.”

<sup>10</sup> EKİNCİ Hüseyin, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Sorunu”, in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 11, s. 2-3.

<sup>11</sup> EKİNCİ, “Kabul Edilebilirlik”, s. 126.

### c. 30 GÜNLÜK BAŞVURU SÜRESİ

6216 sayılı Kanun'un 47/5. maddesi gereğince bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "bireysel başvurunun, başvuru yolu öngörülmesi halinde bu yolun tüketildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerektiği belirtilmekle beraber, 30 günlük başvuru süresinin başlangıç tarihinin belirlenmesi hususunda başvuru sahibinin nihai karardan yeterince bilgi sahibi olması aranacaktır. Diğer bir deyişle, nihai kararın tebliğinin öngörüldüğü hallerde tebliğ tarihinin, tebliğ şartı öngörülmemeyen hallerde ise başvuru sahibinin kararın içeriğini kesin olarak öğrenebildiği tarihin esas alınması gerekir."<sup>12</sup>

Bu anlamda, yukarıda belirttiğimiz üzere hükmün kesinleşmesinden sonraki aşamada söz konusu olan olağanüstü kanun yolları, bireysel başvuru için tüketilmesi gerekli olan yollardan değildir<sup>13</sup>. Dolayısıyla hüküm kesinleştikten sonra, yani olağan kanun yolları tüketildikten sonra başvuru yapılan olağanüstü kanun yolları, bireysel başvuru bakımından söz konusu olan sürenin başlangıç anını etkilemez. Örneğin, hüküm kesinleştikten sonra olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesine başvurulması durumunda, bu talep bireysel başvuru için öngörülen 30 günlük süreyi durdurmaz. Bu nedenle, kesin hükümle sonuçlanmış dosya ile ilgili yargılamanın yenilenmesi talep edilecekse, öte yandan da bahsedilen davada bireysel başvuruyu gerektiren birtakım hususlar varsa, her iki başvurunun da (hem yargılamanın yenilenmesi talebi hem de bireysel başvuru) beraber yapılması yerinde olacaktır. Aksi takdirde, Anayasa Mahkemesi'nin kabul edilemezlik kararı vermesi söz konusu olabilecektir.

### d. GÜNCEL VE KİŞİSEL BİR HAKKIN DOĞRUDAN ETKİLENMESİ

6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkileyenler tarafından yapılabilir." Dolayısıyla bireysel başvuru yapılabilmesinin koşullarından biri de, başvuru yapmak isteyen kişinin güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesidir. Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı, başvuru sahibinin "güncel bir hakkının ihlal edilmesi", bu ihalden dolayı "kişisel olarak" ve "doğrudan" etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvuru sahibinin kendisinin mağdur olduğunu ileri sürmesini, bireysel başvuru yapılabilmesi için önkoşul olarak görmektedir<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> AYM, 2013/6398 Başvuru Numarası, 03.04.2014 tarihli bireysel başvuru kararı, §29.

<sup>13</sup> EKİNCİ, "Kabul Edilebilirlik", s. 126.

<sup>14</sup> 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinde kimlerin bireysel başvuru yapabileceği sayılmış olup, anılan maddenin (1) numaralı fıkrasına göre, bir kişinin Anayasa Mahkemesine

Kişisellik ise, şikâyet konusu işlem, eylem veya yasadan başvuru kendisinin etkilenmesi anlamına gelmektedir<sup>15</sup>. Nitekim 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin 2. fıkrasında, "Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir." denilerek bu koşul açıkça ortaya konmuştur.

En nihayet, güncellik koşulu bakımından, başvurunun yapıldığı anda temel hak ihlaline neden olan bir yasa, işlem veya eylemin mevcut olması gerektiği söylenmelidir. Bir kimsenin kendisine hiçbir zaman uygulanmamış ve uygulanma ihtimali olmayan işlem veya normlar hakkında bireysel başvuruda bulunması mümkün değildir<sup>16</sup>.

#### e. HUKUKİ YARAR BULUNMASI

Bireysel başvuruda beklenen yarar, temel hak ihlalinin ortadan kaldırılmasıdır. Başvurucu başka bir idari veya adli mercie başvurarak ihlali giderme imkânına sahipse, bireysel başvuruda bulunmasında hukuki yararı yoktur. Esasında bu koşul daha önce ele aldığımız kanun yollarının tüketilmesi koşuluna benzemektedir. Ancak burada, diğerinden farklı olarak dikkat çekilmek istenen husus, bireysel başvuru neticesinde yapılacak muhakemenin sonucunda verilecek kararın, başvuru durumunda değişiklik yaratıp yaratmayacağını değerlendirilmesidir. Eğer verilecek karar başvuru durumunda esaslı bir değişiklik yaratmayacaksa, başvuru reddedilebilir<sup>17</sup>.

#### B. YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Yargılama makamının verdiği hüküm, uyuşmazlığı kesin bir sonuca bağlamak, diğer bir ifade ile kesinleşmek zorundadır. Bir noktada verdiği kesin hükümler uyuşmazlığı sonuca bağlamak durumundadır. Yargılama makamının verdiği karar hukuka aykırı veya yanlış olabilir. Diğer bir deyişle adaletin yapılması söz

---

bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşulun birlikte bulunması gerekmektedir. Bu önkoşullar, başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı, başvuru kendisinin "güncel bir hakkının ihlal edilmesi", bu ihalden dolayı "kişisel olarak" ve "doğrudan" etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvuru kendisinin mağdur olduğunu ileri sürmesi gerekir. (Atilla Kart ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, Başvuru No: 2014/13634)

<sup>15</sup> KILINÇ Bahadır, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", Anayasa Yargısı, Cilt: 25, Yıl: 2008, s. 32.

<sup>16</sup> KILINÇ, s. 33.

<sup>17</sup> Venice Commission, Study on Individual Access to Constitutional Justice, CDL-AD(2010)039rev., s.35.

konusu olabilir<sup>18</sup>. Kanun yolları, bu gibi hallerde yargılama makamınca verilen kararların bir başka makam tarafından denetlenmesini, gerekiyorsa hukuka aykırılığın giderilmesi veya yanlışlığın düzeltilmesini sağlayan hukuki çareler olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>19</sup>.

Kanun yolları olağan ve olağanüstü olarak ikiye ayrılır. Bu ayrımın temelinde, aleyhine kanun yoluna başvuru hükmün kesinleşip kesinleşmemesi yatmaktadır. Kesinleşen hükümlere karşı başvuru olağanüstü kanun yollarından biri de yargılamanın yenilenmesidir. Yargılamanın yenilenmesi hüküm kesinleştikten sonra infaz aşamasında, hatta infaz tamamlandıktan sonraki aşamada dahi hükümde bir hata olduğu ortaya çıkabilir. Yargılamanın yenilenmesi bu hatalı durumun, talep üzerine yeniden incelenmesi ve gerekiyorsa düzeltilmesine yöneliktir<sup>20</sup>.

Yargılamanın yenilenmesini istemek, bir mahkemenin asıl ceza mahkemesinde verdiği yargının hatalı olduğunu iddia etmek ve bu hususta bir karar verilmesi için yargılama makamlarını harekete geçirmektir<sup>21</sup>.

Yargılamanın yenilenmesi CMK m. 311 vd.'de düzenlenmiştir. CMK m. 311'de hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri, CMK m. 314'te ise sanık veya hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedenleri düzenlenmiştir<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> ÖZGEN Eralp, Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, Ankara, 1968, s. 1.

<sup>19</sup> ŞAHİN Cumhur / GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 5. Baskı, Ankara, 2016, s. 235.

<sup>20</sup> ÖZGEN, s. 14; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 297; AKYÜREK Güçlü, Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara, 2015, s. 32.

<sup>21</sup> YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2016, s. 964 vd; ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER Özge / SAYGILAR KIRIT Yasemin F. / ÖZAYDIN Özdem / ALAN AKCAN Esra / ERDEN TÜTÜNCÜ Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2016,, s. 751; CENTEL Nur / ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2016, s. 857.

<sup>22</sup> CMK m. 311'deki hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi sebepleri altı bent halinde sayılmıştır:

- a) Duruşmada kullanılan ve hükmü etkileyen bir belgenin sahteliğinin anlaşılması.
- b) Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılması.
- c) Hükme katılmış olan hâkimlerden birinin, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmesi.
- d) Ceza hükmünün hukuk mahkemesinin bir hükmüne dayandırılmış olup da bu hüküm kesinleşmiş diğer bir hüküm ile ortadan kaldırılması.
- e) Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunların yalnız başına veya önceden

Yargılamanın yenilenmesi ile ilgili kendisine başvurulmuş mahkeme öncelikli davanın kabule değer olup olmadığını inceler<sup>23</sup>. Bu inceleme şekle ve esasa ilişkin olarak yapılır. Şekle ilişkin inceleme delil toplanması veya değerlendirilmesi yapılmaz. Burada yargılamanın yenilenmesi talebinin yasal çerçevede yapıp yapılmadığına bakılır. Diğer bir deyişle, talebin CMK m. 319/1'deki unsurları taşıyıp taşımadığı, yani kanunda belirtilen şekle göre yapıp yapılmadığı veya yargılamanın yenilenmesini gerektirecek yasal nedenlerin gösterilip gösterilmediği veya bunu doğrulayacak delillerin açıklanıp açıklanmadığı incelenir. Bu karar duruşma yapılmaksızın verilir<sup>24</sup>.

Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığının, hükmü veren mahkemece ve fakat farklı hakimlerce verilmesi gereklidir<sup>25</sup>.

Mahkeme şekle ilişkin incelemesinin sonucunda ret kararı vermezse, esasa ilişkin inceleme safhasına geçer. Bu aşamada kesin hükümde adli hata olup olmadığı değerlendirilir. Bu amaçla delil toplanmasına başlanır<sup>26</sup>. Mahkeme yargılamanın yenilenmesi talebini yerinde bulursa, yargılamanın yenilenmesi davasının kabulüne karar verir (CMK m. 320/1). Bu karar yargılamanın yenilenmesi muhakemesinin soruşturma evresini başlatır<sup>27</sup>. Nitekim CMK m. 320/2'de de *“Delillerin mahkemece veya naip hâkim tarafından veya istinabe*

---

sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olması.

f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.

CMK m. 314'teki sanık veya hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesi ise şunlardır:

a) Duruşmada sanığın veya hükümlünün lehine ileri sürülen ve hükme etkili olan bir belgenin sahteliğinin anlaşılması.

b) Hükme katılmış olan hâkimlerden birinin, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek nitelikte olarak görevlerini yapmada sanık veya hükümlü lehine kusur etmesi.

c) Sanığın, beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hâkim önünde güvenilebilir nitelikte ikrarda bulunması.

<sup>23</sup> YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, “Yargılamanın Yenilenmesi Muhakemesi”, in: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 123-124, Kasım-Aralık 2014, s. 22; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 303; ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAĞIZ Pınar / TEPE İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2016, 892; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ÖZAYDIN / ALAN AKCAN / ERDEN TÛTÛNCÛ, s. 754.

<sup>24</sup> ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 303; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s. 892.

<sup>25</sup> ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 303.

<sup>26</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s. 893; AKYÛREK, s. 179.

<sup>27</sup> YENİSEY / NUHOĞLU, “Yargılamanın Yenilenmesi”, s. 24.



*suretiyle toplanması sırasında, soruşturmaya ilişkin hükümler uygulanır.”* hükmüne yer verilmektedir.

Bu aşamada yargılamanın yenilenmesi davasının kabulüne karar verilmesi halinde, bu karar eski muhakemedeki karşı tarafa tebliğ edilir. Yine bu aşamada delillerin toplanmasına da karar verilebilir. Delillerin toplanması sona erince, Cumhuriyet savcısı ve hakkında hüküm kurulmuş olan kişiden, yedi günlük süre içinde görüş ve düşüncelerini bildirmeleri istenir (CMK m. 320/3). Daha sonra mahkeme tarafından yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine veya yargılamanın yenilenmesine ve duruşma açılmasına karar verilir (CMK m. 321)<sup>28</sup>. CMK m. 321/3 uyarınca, yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine veya yargılamanın yenilenmesine dair kararlar itiraza tabidir<sup>29</sup>.

Yargılamanın yenilenmesi kararı bir başka evreye geçişi ifade eder. Bu karar Yenisey / Nuhoğlu tarafından esas muhakemedeki iddianamenin kabulü kararına benzetilmektedir<sup>30</sup>. Yargılamanın yenilenmesinde kovuşturma evresi yeniden yapılır. Kesin hükmün dayanağı olan iddianamenin yeniden sanığa tebliğ edilmesi gereklidir. Bu, yenilenen yargılamada yapılacak olan savunma için önemlidir<sup>31</sup>.

CMK m. 323'e bakıldığında, yeniden yapılacak duruşmadan bahsedildiği görülmektedir. Bu duruşma sonucunda mahkeme ya önceki hükmü onaylar ya da önceki hükmü iptali ile birlikte dava hakkında yeniden hüküm verir. Dolayısıyla yeniden hüküm verilmesinden bahsedildiği için, bu aşamada ilk muhakemeden bağımsız, yeni bir duruşma söz konusudur<sup>32</sup>.

Yeniden yapılan duruşmanın sonucunda mahkeme eski hükmü iptal edip dava hakkında yeniden hüküm vermek suretiyle, önceki kesin hükmü hukuk hayatından kaldırmış olur. Yapılan yeni yargılama ilkinden tamamen bağımsız ve yargılamanın yenilenmesi nedenleriyle de bağlı olmayan bir yargılamadır<sup>33</sup>. Yeniden yargılamada hüküm, ilk hükümdeki maddi tespitler ile bağlı kalınmaksızın verilir<sup>34</sup>. Bunun sonucunda ortaya ilkinden tamamen başka bir hüküm ortaya çıkar.

---

<sup>28</sup> YENİSEY / NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi, s. 977.

<sup>29</sup> ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 304.

<sup>30</sup> YENİSEY / NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi, s. 977.

<sup>31</sup> YENİSEY / NUHOĞLU, “Yargılamanın Yenilenmesi”, s. 29.

<sup>32</sup> YENİSEY / NUHOĞLU, “Yargılamanın Yenilenmesi”, s. 31.

<sup>33</sup> AKYÜREK, s. 202.

<sup>34</sup> YENİSEY / NUHOĞLU, “Yargılamanın Yenilenmesi”, s. 33.

## II. YARGILAMANIN YENİLENMESİ TALEBİNİN BİREYSEL BAŞVURU BAKIMINDAN ETKİLERİ

### A. YARGILAMANIN YENİLENMESİ TALEBİNİN 30 GÜNLÜK SÜREYE ETKİSİ

6216 sayılı Kanun'un 47/5. maddesi gereğince bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekmektedir. Buna göre, başvuru yollarının kullanılması ve tüketilmesi sonucunda verilen ceza mahkemesi hükmünün kesinleşmesi de gereklidir<sup>35</sup>. Hükmün kesinleşmesinden sonra 30 günlük sürenin başlayabilmesi için, başvuru yollarının bu hükümden haberdar olması gerekir.

*“Bireysel başvurunun, başvuru yolu öngörölmüş olması halinde bu yolun tüketildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerektiği belirtilmekle beraber, başvuru süresinin başlangıç tarihinin belirlenmesi hususunda başvuru yollarının nihai karardan yeterince bilgi sahibi olması aranacaktır. Diğer bir deyişle, nihai kararın tebliğinin öngöröldüğü hallerde tebliğ tarihinin, tebliğ şartı öngörölmeyen hallerde ise başvuru yollarının kararın içeriğini kesin olarak öğrenebildiği tarihin esas alınması gerekir.”<sup>36</sup>*

Bu anlamda, hükmün kesinleşmesinden sonraki aşamada söz konusu olan olağanüstü kanun yollarının, bireysel başvuru yapılabilmesi için tüketilmesi gerekli değildir<sup>37</sup>. Dolayısıyla hüküm kesinleştikten sonra, yani olağan kanun yolları tüketildikten sonra başvuru yollarının olağanüstü kanun yolları, bireysel başvuru bakımından söz konusu olan sürenin başlangıç anını etkilemez. Örneğin, hüküm kesinleştikten sonra olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesine başvurulması durumunda, bu talep bireysel başvuru için öngörülen 30 günlük sürenin başlamaması gibi bir sonucu doğurmaz. Bu nedenle, kesin hükümle sonuçlanmış dosya ile ilgili yargılamanın yenilenmesi talep edilecekse, öte yandan da bahsedilen davada bireysel başvuruyu gerektiren birtakım hususlar varsa, her iki başvurunun da (hem yargılamanın yenilenmesi talebi hem de bireysel başvuru) beraber yapılması yerinde olacaktır. Aksi takdirde, başvuru süresi içinde yapılmadığından ötürü Anayasa Mahkemesi kabul edilemezlik kararı verir.

Ancak burada bir hususa dikkat çekmek gerekir. Eğer yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilmişse, dava yeniden esastan incelenecektir. Bunun sonucunda da yukarıda belirttiğimiz yargılamanın yenilenmesine dair prosedür uyarınca, yeniden görülen dava bakımından yeni bir hüküm verilmesi gündeme gelecektir. Bu yeni hüküm ise, ilk hükümden bağımsız olarak bireysel

---

<sup>35</sup> TURAN Hüseyin, “Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi”, in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 17, s. 117.

<sup>36</sup> AYM, Başvuru No: 2013/6398, 03.04.2014, §29.

<sup>37</sup> EKİNCİ, “Kabul Edilebilirlik”, s. 126.

başvuruya konu olacaktır. Yani yargılamanın yenilenmesi davasına konu olan ve bu kapsamda incelenmiş olan meseleler bakımından bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir. Diğer bir deyişle, ilk muhakemeye konu olan fakat yargılamanın yenilenmesinden sonraki muhakemede tartışılmayan hususlar bireysel başvuruya konu olmayacağı gibi, yargılamanın yenilenmesi bireysel başvuruya ilişkin 30 günlük sürenin yeniden başlamasını da sağlamaz<sup>38</sup>.

Nitekim AİHM içtihadı da bu yöndedir. Atkın / Türkiye davasında<sup>39</sup>, AİHM olağanüstü kanun yoluna başvuran ve bu başvurusunun reddedilmesi üzerine başvuruçunun AİHM'e yaptığı başvuru ile ilgili olarak, AİHS m. 35/1'deki 6 aylık sürenin dolduğu gerekçesiyle kabul edilmezlik kararı vermiştir. Zira başvuruçunun hakkında verilen hükmün kesinleşme tarihi 25.12.1996 iken, başvuruçunun yaptığı olağanüstü kanun yolu başvurusunun reddedilmesi tarihi 21.05.1997, AİHM'e yaptığı başvurusunun tarihi ise 07.01.1998'dir. Görüldüğü üzere, olağanüstü kanun yoluna yapılan başvurusunun reddedilmesi ile AİHM'e başvuru arasında her ne kadar 6 aydan daha kısa bir süre olsa da, hükmün kesinleşmesinin üzerinden 6 aydan fazla bir süre geçmiştir. Nitekim AİHM'de bunu göz önünde tutarak kabul edilmezlik kararı vermiştir. Bu anlamda olağanüstü kanun yoluna başvurulması, tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu değildir.

## **B. YARGILAMANIN YENİLENMESİ TALEBİNİN KABUL EDİLMESİ**

Burada söz konusu olan husus, ilk evvela bir kimsenin bireysel başvuru için öngörülen 30 günlük süreyi kaçırmamak adına, yargılamanın yenilenmesi talebinin yanı sıra bireysel başvuruda bulunmasıdır.

Ayrıca yargılamanın yenilenmesi talebinin de kabul edilmesi ihtimalinde, bunun bireysel başvuruya etkisinin ne olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Ortada henüz akıbeti belli olmayan bir yargılamanın yenilenmesi talebi olduğundan dolayı başvuru yollarının tüketilmediğinden bahisle kabul edilmezlik kararı verilemeyecektir. Diğer taraftan kişi süresi içinde bireysel başvuruda bulunduğundan dolayı, sürenin geçtiği de ileri sürülemeyecektir. Dolayısıyla hem yargılamanın yenilenmesi hem de bireysel başvuruya ilişkin taleplerin işleme girmesi gerekecektir.

Esasen bu sorunun cevabını bireysel başvuru koşullarına bakarak vermek gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi bireysel başvuru koşullarından biri de başvuru yapılmasında hukuki yarar bulunmasıdır. Bu koşul uyarınca eğer başvuru başka bir idari veya adli mercie başvurularak ihlali giderme imkânına sahipse, bireysel başvuruda bulunmasında hukuki yarar olmadığı kabul edilmektedir.

---

<sup>38</sup> EKİNCİ, "Başvuru Yollarının Tüketilmesi", s. 14.

<sup>39</sup> Başvuru No: 39977/98, Karar Tarihi: 21.02.2006 (Kesinleşme Tarihi: 21.05.2006).

Yargılamanın yenilenmesinin kabul edilmesinin bireysel başvuruya etkisi, Anayasa Mahkemesi tarafından da ele alınmıştır:

*"57. Anılan bu maddelerden de görüleceği gibi "yargılamanın yenilenmesi" yolu her ne kadar bir olağanüstü kanun yolu olarak düzenlenmiş ise de, Mahkemece bu talebin kabul edilmesi halinde duruşmanın açılarak, yargılama sonucunda yeni bir hükmün verilmesi ve bu hükme karşı kanun yollarına başvurulması imkânının bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu süreçte, adil yargılanma ile ilgili hak ihlalleri iddialarının öncelikle derece mahkemelerince incelenmesinin beklenilmesi Anayasa Mahkemesinin ikincil nitelikteki rolüne uygun olacaktır.*

*58. Açıklanan gerekçelerle, ihlal iddiasına konu edilen dava ile ilgili yeniden yargılama yapılmasına karar verildiği ve bu usulde öngörülmüş yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmediği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının "başvuru yollarının tüketilmemesi" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir. (AYM, Aziz Yıldırım Başvurusu (3), Başvuru No: 2014/1957, 23.07.2014.)"*

Buna göre, Anayasa Mahkemesi, başvuru yapanın yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilmişse, yargılamanın yenilenmesi olağanüstü bir kanun yolu olsa bile yine de başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu kabul etmemektedir. Bunun gerekçesi olarak da, yapılacak yeni yargılamada hak ihlalinin incelenme imkânının ortaya çıktığını ve bu ihlalin yeni yargılamada giderilmesinin söz konusu olabileceğini göstermektedir. Her şeyden önce bu görüşün ceza muhakemesi hukuku bakımından usul ekonomisi ile bağdaştığı kabulü edilebilir. Zira zaten yeniden yapılacak yargılamada ele alınacak hak ihlallerinin, ayrıca bireysel başvuru üzerine de incelenmesinde herhangi bir yarar bulunmadığı ileri sürülebilir.

Ayrıca, olayın niteliği itibarıyla yargılamanın yenilenmesinin hak ihlalinin ortadan kaldırmak bakımından tek hukuki çare olduğu durumlarda da, yargılamanın yenilenmesinin tüketilmesi gereken başvuru yolu olduğu belirtilmektedir<sup>40</sup>.

Öte yandan bu düşünceye karşı olarak, ilk yargılama sonunda verilen kesin hüküm ile yeniden yapılan yargılama sonucunda verilecek hükmün birbirinden bağımsız iki hüküm olması nedeniyle, ilk yargılamada ortaya çıkan birtakım hak ihlallerinin yeni yargılamada ne ölçüde giderilebileceği sorusu sorulabilir. Hatta yeniden yapılan yargılamanın sonuna kadar ilk hükmün geçerli olması, bu hükmün verildiği yargılamadaki hak ihlallerini canlı tutacaktır.

Örneğin bir yargılama adil yargılama ilkesine aykırı bir şekilde yürütülmüş

---

<sup>40</sup> EKİNCİ, "Başvuru Yollarının Tüketilmesi", s. 14-15.

olsa ve yine bu yargılamanın sonunda verilen kesin hükme karşı yargılamanın yenilenmesi talebi yapılırsa, bu talebin kabul edilmesi durumunda başlayacak olan yeni yargılamada, adil yargılama ilkesine aykırılık görülmezse artık bu nedene dayanarak bireysel başvuru yapılması mümkün olmayacaktır. Görüldüğü üzere, ilk yargılamadaki hak ihlali yeni yargılamada giderilirse, artık Anayasa Mahkemesi tarafından ele alınmayacaktır. Burada hak ihlalinin tespitinin tek başına önemli olup olmadığı sorusu akla gelmektedir.

Bireysel başvuru yolunun esas amacı temel hak ihlallerinin tespitidir<sup>41</sup>. Nitekim 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin birinci fıkrasında da, "Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir." denmektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, hak ihlalinin var olup olmadığının tespiti asıl amaçtır. Bu nedenle sadece hak ihlalinin tespit edilmiş olması dahi yeterli sayılmaktadır<sup>42</sup>. Örneğin AİHM'in Jabari / Türkiye kararında, hak ihlalinin tespitinin tek başına hakkaniyete uygun tatmin olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir<sup>43</sup>.

Bu aşamada, yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilip de yeni yargılama safhasına geçilirse, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 80. maddesi uyarınca düşme kararı verilmesi ihtimali ortaya çıkacaktır. Zira İçtüzüğü'nün 80. maddesinde hangi hallerde düşme kararı verilebileceği yazılıdır. Buna göre, "başvurucunun davadan açıkça feragat etmesi, başvuru davasını takipsiz bıraktığının anlaşılması, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması ve bölümler ya da komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi" durumlarında mahkeme düşme kararı verebilir. O halde, bireysel başvuru yapıldıktan sonra yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilirse, düşme kararının hangi gerekçe ile verilebileceği sorusu akıllara gelmektedir. Ortada feragat veya davanın takipsiz bırakılması gibi bir durum olmadığından dolayı bu gerekçelere gidilemeyecektir. Diğer bir düşme nedeni olarak gösterilen "ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması" hususu ise, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen Aziz Yıldırım kararına baktığımızda kabul edilebilir gibi görünmektedir. Gerçi Anayasa Mahkemesi Aziz Yıldırım kararında, bireysel başvurudan önce kabul edilmiş bir yargılamanın yenilenmesi talebi olsa da, Mahkeme'nin talebin kabul edilmesi halinde tercih ettiği yol açıktır.

Öte yandan İçtüzük'ün 80. maddesindeki son düşme sebebi ise, "bölümler ya da komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun

---

<sup>41</sup> KANADOĞLU Korkut, "Anayasa Şikayetinin Hukuki Temelleri", in: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı, Panel Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2013, s. 61.

<sup>42</sup> ŞİRİN Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), Ankara, 2013, s. 651.

<sup>43</sup> Jabari / Türkiye, Başvuru No: 40035/98, Karar Tarihi: 11.07.2000 (Kesinleşme Tarihi: 11.10.2000).

incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi”dir. Daha ziyade torba hüküm niteliğinde bir görünüm arz eden bu neden, Anayasa Mahkemesi’nin verdiği düşme kararlarında da dayandığı bir gerekçedir.

*"Somut olayda başvuru Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulduktan sonra Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 12/5/2011 tarih ve E. 2011/36, K. 2011/111 sayılı sürücü belgesinin daimi olarak geri alınmasına ilişkin kararının, Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 10/3/2014 tarihli kararı ile kanun yararına bozulmasına karar verilmiştir. Böylece başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmadığından İçtüzük’ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendi uyarınca düşme kararı verilmesi gerekir. (AYM, Serkan Madsar Başvurusu, Başvuru No: 2012/751, 16.10.2014.)"*

Kararda da görüldüğü üzere, bir başka olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozma kararı verildikten sonra, Anayasa Mahkemesi düşme kararında bu son sebebe dayanmıştır.

Diğer taraftan akıllara gelebilecek bir başka husus, bireysel başvuru yargılamasına devam edilmesi ihtimalinde, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulünden sonraki aşamada, yeniden yargılamayı yapacak olan mahkemenin, bireysel başvuru kararını bekletici mesele saymasıdır. CMK m. 218/1’e göre, ceza mahkemesinin bekletici sorun kararı vermesi mümkündür. Bunun için, yüklenen suçun ispatının ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı olması gerekir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin vereceği karar, yeniden yapılacak yargılamada suçun ispatını sağlayacaksa, ceza mahkemesinin bekletici sorun kararı vermesi gerekecektir. Örneğin bireysel başvuru üzerine, Anayasa Mahkemesi tarafından bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği belirlense, bu karar yeniden yapılacak yargılamada yüklenen suçun ispatı bakımından önemli görülebilecektir.

Bireysel başvuruya ilişkin ihlal kararı verilmesi halinde, bu kararın yeni yargılamada kullanılabileceği ihtimali ile ilgili olarak bir hususa dikkat çekmekte fayda olduğu kanaatindeyiz. Bizim burada bahsettiğimiz yeniden yargılama ile 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinde ele alınan yeniden yargılamadan farklıdır. Her ne kadar CMK m. 311/1-f’de failin lehine yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında, ceza hükmünün AİHM’in ihlali suretiyle verilmesi ve hükmün bu aykırılığa dayanması yer alıyorsa da, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru üzerine verdiği ihlal kararının bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olduğu yer almamaktadır. Öte yandan 6216 sayılı Kanun’un 50/2. maddesinde, “Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.” denmektedir. Bu düzenleme doktrinde CMK’da yer almayan bir olağanüstü kanun yolu olarak nitelendirilmektedir. CMK m. 311 vd. hükümlerin 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinde belirtilen

halde uygulanması mümkün değildir. Zira özellikle CMK m. 311’de hükümlü lehine olan yargılamanın yenilenmesi sebepleri sınırlı sayıdadır. Dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi ile ilgili CMK’da yer verilen usuli işlemlerin, bireysel başvuru üzerine verilen ihlal kararı bakımından uygulama alanı bulması söz konusu olmayacaktır. Örneğin CMK m. 311 vd. hükümlere göre yargılamanın yenilenmesi için ilgilinin önce talepte bulunması, CMK m. 318 uyarınca kabul edilen talep üzerine yeni bir yargılama yapılması söz konusudur. Mahkeme, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü gerekçesinden tamamen bağımsız olarak yeni bir yargılama yapacaktır. Hâlbuki 6216 sayılı Kanun’u 50. maddesi uyarınca yeniden yargılama yapılabilmesi için, Anayasa Mahkemesi’nin kararı yeterlidir. Bireysel başvuruda bulunan kişinin talebine gerek yoktur. Bu anlamda 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesindeki bu düzenleme “davasız yargılama olmaz ilkesi”nin istisnasını oluşturmaktadır<sup>44</sup>.

### C. YARGILAMANIN YENİLENMESİ TALEBİNİN REDDEDİLMESİ

Yargılamanın yenilenmesi muhakemesinde, bireysel başvuru hakkı doğuracak birtakım temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi gündeme gelmektedir. Burada yargılamanın yenilenmesi muhakemesi sırasında oraya çıkması muhtemel birtakım temel hak ve özgürlük ihlallerinin bireysel başvuru açısından hangi hukuki sorunları ortaya çıkarabileceği incelenecektir.

#### 1. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ VE ÇELİŞMELİ YARGILAMA İLKESİ

Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi, adil yargılama ilkesinin kapsamında ele alınmaktadır. Silahların eşitliği ilkesi, daha geniş bir kavram olan ve yargılamanın çelişmeli olması yönündeki temel hakkı da kapsayan adil yargılama ilkesinin bir unsurudur<sup>45</sup>. Silahların eşitliği, yargılamanın her bir tarafına kendi davasını, diğer tarafa göre esaslı olarak dezavantajlı duruma düşmeyecek bir şekilde sunma imkanı verilmesi anlamına gelmektedir<sup>46</sup>.

Ancak bir olay bakımından çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi, aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin de ihlal edildiği anlamına gelmez. Örneğin AİHM Nideröst-Huber / İsviçre kararında, kanton mahkemesinin ulaştığı tespitler Federal Mahkeme’nin taraflarına iletilmemiştir. Dolayısıyla silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmesi söz konusu değildir. Öte yandan, adil yargılama ilkesi, tarafların, hakime sunulan her türlü belgeden ve bulgudan haberdar olmalarını ve bunları tartışabilmelerini de gerektirdiğinden, somut olayda

<sup>44</sup> YENİSEY / NUHOĞLU, “Yargılamanın Yenilenmesi”, s. 11.

<sup>45</sup> Ruiz-Mateos / İspanya, 23.06.1993, §63.

<sup>46</sup> Dombo Beheer / Hollanda, 27.10.1993, §33; Ankerl / İsviçre, 23.10.1996, §38.

çelişmeli yargılama ilkesinin ihlali söz konusudur<sup>47</sup>.

Bilindiği üzere yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yoludur. Yani yargılamanın yenilenmesi talebi, kesinleşmiş bir hükmün varlığını gerektirir. Yargılamanın yenilenmesi talebi hükmü veren mahkemeye sunulur (CMK m. 318/1). Bunun üzerine mahkeme, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul değer olup olmadığına, duruşma yapmaksızın karar verir (CMK m. 318/3).

Mahkeme bu aşamada, yargılamanın yenilenmesi talebinin kanunda gösterildiği şekilde yapıp yapılmadığını, yargılamanın yenilenmesini gerektirecek yasal nedenin gösterilip gösterilmediğini ve gösterilen nedeni doğrulayacak delillerin açıklanıp açıklanmadığını araştırır. Eğer bu hususlarda eksiklik varsa, talep kabule değer görülmez ve reddedilir (CMK m. 319/1).

Yargılamanın yenilenmesi talebi kabul değeri olup olmadığına duruşma yapılmaksızın karar verilir (CMK m. 318/3). Bu karar duruşma dışındaki bir karar olduğundan, hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi talebi söz konusu ise, CMK m. 33 uyarınca Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü görüşü, yani mütalaası alınır<sup>48</sup>. Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi talebinde, hükümlünün görüşünün alınması gerekmez.

Öte yandan yargılamanın yenilenmesi talebinin CMK m. 319/1 uyarınca reddilmesi söz konusu olduğunda, hükümlü bu karara karşı itiraz yoluna başvurursa, bu durumda Cumhuriyet savcısının mütalaasının diğer tarafa bildirilmesi ve kendi mütalaasını bildirmek imkânının tanınması gerekir. Buna aykırılık çelişmeli yargılama hakkının ihlal edilmesi anlamına gelir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair verilen kararda, savcının mütalaasına yer verilmemesini çelişmeli yargılama ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Nideröst-Huber / İsviçre, 18.02.1997, §23-24.

<sup>48</sup> YENİSEY / NUHOĞLU, "Yargılamanın Yenilenmesi", s. 22.

<sup>49</sup> "95. AİHM birçok kararında, bu tür hallerde, savcının görüşünün niteliğine başvurulara, buna cevaben yazılı görüş bildirme olanağının tanınmamasını göz önünde bulundurarak, başvuruların çelişmeli yargılama hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Yine AİHM, çelişmeli yargılama hakkının ilke olarak, ulusal hukuk sisteminin bağımsız bir üyesi tarafından -savcı gibi- mahkemenin kararını etkilemek üzere toplanan kanıtlar ve sunulan mütalaalarla ilgili olarak bir hukuk ya da ceza davasının taraflarına bilgi verilmesi ve bu taraflara da görüş bildirme olanağının tanınması anlamına geldiğini vurgulamıştır (bkz. Göç/Türkiye, B. No: 36590/97, 9/11/2000, § 34; Sağır/Türkiye, B. No: 37562/02, 19/10/2006, § 25-27; Miran/Türkiye, B. No: 43980/04, 21/4/2009; Kılıç ve Korkut/Türkiye, B. No: 25949/03 ve 25976/03, 12/2/2008). Dolayısıyla, Cumhuriyet Savcısı düşüncesinin önceden taraflara tebliğ edilerek incelemelerine sunulması ve karşı görüşlerini hazırlama imkânı verilmesi çelişmeli yargılama ilkesi ile ilişkili olarak adil yargılanma hakkının bir gereğidir (B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 33). Çelişmeli yargılama ilkesi, dosyada yer alan bilgi ve belgelerin taraflar açısından ulaşılabilir



## 2. GEREKÇELİ KARAR HAKKI

AY m. 141/3, “bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli yazılır” demektir. Aynı şekilde CMK m. 34’te de,

“(1) Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dâhil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir.

(2) Kararlarda, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir.”

denmektedir.

Yani hükümler yanında ara kararlar da gerekçeli olmalıdır<sup>50</sup>. Hâkim ve mahkemelerin kararlarının gerekçeli olması hususu AİHM ve AYM’nin bireysel başvuru çerçevesinde dikkat ettiği ve adil yargılanma hakkı kapsamında incelediği bir husustur.

Gerekçe, “psikolojik anlamdaki hükmün yani karar ile mütalaanın üçüncü unsuru olan ‘sonuç’un mantık yönünden dayanağıdır”<sup>51</sup>. Yargıtay’a göre, “Gerekçe, hükmün dayanaklarının, akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır. Bu nedenle, gerekçede hükme esas alınan veya reddedilen bilgi ve belgelerin belirtilmesi ve bunun dayanaklarının gösterilmesi, bu dayanakların da, geçerli, yeterli ve yasal olması gerekmektedir. Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi, yasa koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi, uygulamada da keyfiliğe yol açacaktır.”<sup>52</sup> Gerekçe, hakim veya mahkemenin verdiği kararı hukuki ve maddi açıdan somutlaştırmalıdır. Bunu sağlamanın yolu, sadece dosyaya yollama yapma veya genel ifadeler kullanma değil, karar verirken esas alınan hukuki ve maddi konuları açıkça ortaya koymaktır<sup>53</sup>.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hâkim veya mahkeme kararlarının gerekçeli

---

olmasını gerekli kılar. Belgelere ulaşamama çelişmeli yargılama ilkesi açısından sorun oluşturabilir (B. No: 2012/575, 8/5/2014, § 46).

96. Bu açıklamalara göre, yargılamanın yenilenmesi yönündeki talepleri reddedilen başvuru sahiplerinin itiraz mercii önündeki başarı şansını zedeleyen her türlü mütalaadan haberdar edilme hakkına sahip olduklarının kabulü gerekmektedir. Özellikle, hakkaniyet açısından, bu tür mütalaaların bildirilmesi, başvuru sahiplerinin itiraz mercii önünde duruşma hakkına sahip olmaması gerçeği karşısında daha da zorunlu olmaktadır (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Göç/Türkiye, B. No: 36590/97, 9/11/2000, § 35).” (AYM, Başvuru No: 2013/4186, 15.10.2014, RG t. 17.12.2014 s. 29208).

<sup>50</sup> ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 186.

<sup>51</sup> YENİSEY / NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi, s. 755.

<sup>52</sup> Yargıtay 12. CD, 10.09.2012, E. 2011/24154, K. 2012/18103.

<sup>53</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s. 776.

olması zorunluluğu AİHM kararlarında da ele alınmaktadır. Hadjianastassiou / Yunanistan kararında, hakimlerin kararlarını dayandırdıkları gerekçeleri yeterli bir açıklıkta ortaya koymaları gerektiğini ifade etmektedir. Bu gereklilik, örneğin, kişinin mevcut kanun yollarından faydalanması bakımından da etkili olmaktadır<sup>54</sup>.

Özellikle yargılamanın yenilenmesi talepleriyle ilgili olarak, mahkemelerin yetersiz gerekçelerle ret kararları verdikleri görülebilmektedir. AYM'nin 2013/4186 Başvuru No.'lu kararında da görüldüğü üzere, yapılan taleplerin gerekçeli kararda tartışıldığından bahsedilmek suretiyle reddedilmesi söz konusu olabilmektedir<sup>55</sup>. Halbuki yargılamanın yenilenmesi CMK m. 311/1-e'de belirtildiği üzere yeni olay veya yeni delilin varlığı nedeniyle talep edilmişse, ilk

---

<sup>54</sup> Hadjianastassiou / Yunanistan, Başvuru No: 12945/87, 16.12.1992, §33.

<sup>55</sup> "82. Başvurucular tarafından yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak ileri sürülen bu (§ 79, 80, 81) ve dilekçe ekindeki diğer konular, Mahkemece, "gerekçeli kararda tartışıldığı, bu sebeple yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilemeyeceği" şeklinde değerlendirilerek başvurucuların talepleri reddedilmiştir.

83. Bu tespitlere göre, başvurucularca ileri sürülen delillerin mahkûmiyet hükmünde ya hiç ya da yeterince tartışılmadığı, bu delillerin hükmün kurulmasında değerlendirmeye alınabilecek nitelikte olduğu ve yeni elde edildikleri görülmektedir. Mahkûmiyet kararının dayanağını oluşturması ya da mahkûmiyet sonucunu etkilemesi nedeniyle, yeni olduğu iddiası ile sunulan bu kanıtların reddi gerekçesinin Mahkemece şüpheye yer bırakmayacak ve ikna edici bir şekilde açıklanması gerekmektedir.

84. Yargılamanın yenilenmesi talebini inceleyen Bodrum 1. Asliye Ceza Mahkemesi, başvurucuların taleplerinin gerekçeli kararda tartışıldığını belirterek red kararı vermiş, ancak, hangi talebi gerekçeli kararın hangi kısmında tartıştığını açıklamamıştır. Diğer bir ifadeyle Mahkemece, yeni olduğu söylenerek sunulan delillerin önceki karar içerisinde ne şekilde tartışıldığı belirtilmeden, dosya içeriğine uygun olmayan nedenlerle talep reddedilmiştir. Dolayısıyla gerek hükmün dayanağını oluşturan gerekçeli kararın gerekse dosyanın incelenmesinde, anılan red gerekçesinin, adalet gereksinimini giderecek ölçü ve nitelikte, yeterli, makul ve ikna edici olmadığı anlaşılmaktadır.

85. Öte yandan, Mahkemenin red kararına ve bu Mahkemece Savcının görüşünün tebliğ edilmemiş olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği hususuna ilişkin olarak ayrıntılı itirazda bulunan başvurucuların bu itirazlarının da, İtiraz Mercii tarafından makul bir gerekçe gösterilmeden reddedildiği saptanmıştır.

86. İtirazı inceleyen Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesi, "karar usul ve yasaya uygun olduğundan" bahisle itirazı reddetmiştir. Bodrum 1. Asliye Ceza Mahkemesinin red kararında, hükme ulaşmayı sağlayan olay, bunların sebepleri ve sonuca götüren nedensellik kurgusu değerlendirmelerinin yeterli açıklıkta yapılmadığı kabul edildiğinden, itirazı inceleyen Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesinin kararında da detaylı bir açıklama bulunmadığı gözetildiğinde, Bodrum 1. Asliye Ceza Mahkemesinin kararına dayanak yapılan gerekçesinin yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, gerek yargılamanın yenilenmesi talebini reddeden Mahkeme kararının gerekse İtiraz Mercii kararının hakkaniyete uygun makul bir gerekçeyi içerdiğinden bahsedilemez." (AYM, Başvuru No: 2013/4186, 15.10.2014, RG t. 17.12.2014 s. 29208).

derece mahkemesinin gerekçeli kararının yargılamanın yenilenmesi talebinin reddi bakımından da geçerli olduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir. Yeni olay veya yeni delillerin ne şekilde tartışıldığına ayrıca gerekçelendirilmesi gerekir. Aynı husus, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine yapılan itiraz üzerine verilen karar bakımından da geçerlidir. Nitekim itiraz üzerine verilen ret kararlarında, sıklıkla “kararın usul ve yasaya uygun olduğu” belirtilmektedir. Bu şekilde verilen kararların da gerekçe hakkını ihlal ettiği açıktır.

### 3. HÂKİMİN TARAFSIZLIĞI İLKESİ

Yargılamanın yenilenmesinde görev yapacak olan hâkimin, önceki yargılamada görev almaması gerekmektedir. CMK m. 23/3 bu kuralı açıkça ortaya koymaktadır. Bu hükmü, önceki hükme katılan hâkimlerin hiçbir aşamada görev almaması olarak anlamak gerekir<sup>56</sup>. Dolayısıyla esas hakkında hükmü veren heyette görev yapmış olan hâkimin, yargılamanın yenilenmesi talebini inceleyen heyette yer alması da CMK m. 23/3'e aykırılık oluşturmaktadır<sup>57</sup>. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir<sup>58</sup>.

Yargılama faaliyetinin bağımsız ve tarafsız bir yargı merciince yapılması, adil yargılanma hakkının önemli bir boyutudur<sup>59</sup>. Hâkimin taraflar bakımından objektif olmasına hâkimin tarafsızlığı denmektedir<sup>60</sup>. Hâkimin tarafsızlığını sağlanabilmesi için kanunda birtakım yasaklılık halleri düzenlenmiştir. Bu yasaklılık haline rağmen hâkimin işlem yapması CMK m. 286/1-b uyarınca

<sup>56</sup> YENİSEY / NUHOĞLU, “Yargılamanın Yenilenmesi”, s. 22.

<sup>57</sup> ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 303.

<sup>58</sup> “5271 sayılı CMK’nun 23/3. maddesi uyarınca; yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hakim, aynı işte görev alamaz. Yargılamanın yenilenmesi isteminin kabüle değer olup olmadığına ilişkin kararın aynı mahkemece, fakat asıl kararı veren başkan ve üyeler dışındaki hakimlerden oluşturulan heyetçe verilmesi gerekir. Asıl kararı veren heyette başkan olarak görev yapan E.O. ( 34417 )’nun yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine karar veren heyette de görev alması CMK’nun 23/3. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle Yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine dair kararın ortadan kaldırılmasına ve talebin kabulüne karar vermesi gerekir iken, itirazın reddine karar vermesi usule aykırı olduğu saptanmıştır.” (1. CD, 13.01.2010, E. 2009/10007, K. 2010/4); “Somut olayda; Kadıköy İkinci Ağır Ceza Mahkemesi’nin 08.12.2005 gün ve 2005/211 Esas, 2005/541 sayılı kararının kesinleşmesini müteakip, yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine önceki yargılamada görev yapan (...) sicil sayılı mahkeme başkanının, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair aynı mahkemenin 04.12.2008 gün ve aynı sayılı müteferrik kararına 5271 sayılı CMK’nın 23. maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırı olarak iştirak ettiği anlaşılmakta; anılan karara vaki itirazın bu yönden kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir.” (11. CD, 29.01.2010, E. 2009/12102, K. 2010/287).

<sup>59</sup> ERGÜL, s. 255.

<sup>60</sup> YENİSEY / NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi, s. 237.

hukuka kesin aykırılık hallerinden birini oluşturmaktadır.

*“Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak, davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkından söz edilmiştir. Anayasa’nın 36. maddesinde mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle beraber, Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca, bu hak da adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur.”<sup>61</sup>*

AİHM hâkimin tarafsızlığını, demokratik bir toplumda yargıya duyulan güven bakımından önemli saymaktadır<sup>62</sup>. Bu anlamda örneğin AİHM Oberschlick / Avusturya davasında, ilk derece mahkemesinde görev yapan hâkimin istinaf yargılamasında da görev almasını, tarafsızlık ilkesini dolayısıyla da adil yargılanma ilkesini ihlal olarak değerlendirmiştir<sup>63</sup>.

Dolayısıyla bir davada, özellikle yasal yasaklılık halinin varlığına rağmen görev yapan bir hâkimin olması, yapılan yargılama faaliyetinin adil olması bakımından da sorun yaratabilecek niteliktedir. Bu faaliyetin yargılamanın yenilenmesi talebi aşamasında olması da fark yaratmaz. Netice olarak, yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine yapılacak yargılamanın ve verilecek kararın, esas hakkında karar vermiş mahkemede görev almamış hâkimler tarafından verilmesi gereklidir. Buna aykırılık hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin hem de Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarına göre adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

## SONUÇ

Bireysel başvuru ile yargılamanın yenilenmesini birlikte incelerken amacımız, bu iki kurumun birbirlerini etkileyebilecekleri durumları incelemektir. Bunu yaparken de en önemli aracımız AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları oldu.

Yargılamanın yenilenmesi ile bireysel başvuru arasındaki ilk etkileşim, süre bakımından ortaya çıkmaktadır. Burada en fazla irdelenen husus, yargılamanın yenilenmesine konu olan kesin hüküm ile ilgili bireysel başvuru yapılması aşamasında, 30 günlük sürenin ne zaman başlayacağı; diğer bir deyişle yargılamanın yenilenmesi kararının 30 günlük süreyi yeniden canlandırıp canlandıramayacağıdır. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, yargılamanın yenilenmesine konu olan kesin hüküm ile ilgili bireysel başvuru yapılacaksa, 30 günlük süre kesin hükmün verilmesiyle başlamakta, yargılamanın yenilenmesi bu sürenin baştan başlamasını sağlamamaktadır. Ancak bireysel başvuru

---

<sup>61</sup> AYM, Başvuru No: 2013/1780, 20.03.2014, §60.

<sup>62</sup> Pullar / Birleşik Krallık, Başvuru No: 22399/93, 10.06.1996, §38.

<sup>63</sup> Oberschlick / Avusturya, Başvuru No: 11662/85, 23.05.1991, §48 vd.

yargılamanın yenilenmesi muhakemesinin bizatihi kendisine karşı yapılmışsa o vakit 30 günlük sürenin başlangıcı elbette yargılamanın yenilenmesi ile ilgili kararın verildiği tarih olacaktır.

İncelediğimiz bir diğer husus ise, yargılamanın yenilenmesi taleplerinin kabul edilmesinin, yapılan bireysel başvuruları nasıl etkileyeceğidir. Bu kapsamda özellikle cevabını aradığımız soru, yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edildiği vakit, yapılmış olan bireysel başvuruların akıbetinin ne olacağıdır. Bu hususta Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda, kabul edilen yargılamanın yenilenmesi taleplerinden sonra bireysel başvuru yargılamalarının sona erdirildiği görülmektedir. Ancak bu uygulamanın bilhassa temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin tespit edilmesini önlediği kanaatindeyiz. Buna göre, eğer ortada bir temel hak ve özgürlük ihlali yapılmışsa, adli yargı bakımından yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilmiş olsa bile, bu ihlali tespit edilmesini engellememesi ve bireysel başvuru talebinin yine de değerlendirilmesi doğru olacaktır.

Son olarak yargılamanın yenilenmesi talebi reddedildiğinde, verilen ret kararı bakımından ayrıca bireysel başvuru yapılabileceği ele alınmıştır. Elbette bu ret kararlarıyla ilgili yapılacak bireysel başvurularda da temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğinin ortaya konması gerekir. Bu ihlallerin nasıl olabileceği de üç örnek verilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak bu bireysel başvuruların, yargılamanın yenilenmesi talebine esas teşkil eden karardan bağımsız olarak, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi kararıyla sınırlı olduğunun vurgulanması gerekir.

\*\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

AKYÜREK Güçlü, Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara, 2015.

CENTEL Nur / ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2016.

DOĞRU Osman, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul, 2013.

EKİNCİ Hüseyin, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Sorunu", in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 11, ss. 1-20.

EKİNCİ Hüseyin, "Kabul Edilebilirlik Kriterleri", in: Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Ankara, 2013, ss. 161-197.

ERGÜL Ergin, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Ankara, 2013.

KANADOĞLU Korkut, “Anayasa Şikâyetinin Hukuki Temelleri”, in: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı, Panel Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 49-70.

KAYA Köroğlu, Cezai Konularda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Ankara, 2014.

KILINÇ Bahadır, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı, Cilt: 25, Yıl: 2008, ss. 19-59.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAĞIZ Pınar / TEPE İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2016.

ÖZGEN Eralp, Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, Ankara, 1968.

ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SİRMA GEZER Özge / SAYGILAR KIRIT Yasemin F. / ÖZAYDIN Özdem / ALAN AKCAN Esra / ERDEN TÜTÜNCÜ Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2016.

ŞAHİN Cumhur / GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 5. Bası, Ankara, 2016.

ŞİRİN Tolga, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), Ankara, 2013.

TSERETELI Nino, Mechanism of Individual Complaints – German, Spanish and Hungarian Constitutional Courts – Comparative Analysis, Central European University, Budapest, 2007.

TURAN Hüseyin, “Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi”, in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 17, ss. 111-140.

Venice Commission, Study on Individual Access to Constitutional Justice, CDL-AD(2010)039rev.

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, “Yargılamanın Yenilenmesi Muhakemesi”, in: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 123-124, Kasım-Aralık 2014, ss. 7-35.

YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2016.

# ÖRTÜLÜ BİR BOŞLUK: TİCARİ SİMSARLIK ÜCRET ALACAĞININ TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI SÜRESİ

*An Implicit Gap: Statute of Limitations on Commercial Brokerage Fees*

**Yrd. Doç. Dr. Murat ORUÇ<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 24.08.2016 Kabul Tarihi: 20.01.2017

## ÖZET

Ticaret hayatının önemli aktörleri arasında yer alan simsar, taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânını hazırlamayı veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlenir ve ancak taraflar arasında bir sözleşmenin kurulmasıyla ücrete hak kazanır. Simsarın adı nitelikte bir iş gördüğü durumlarda, ücret alacağı beş yılda zamanaşımına uğramaktadır. Ancak yürürlükteki hukuk, simsarın ticari nitelikte bir iş gördüğü hâllerde ücret alacağının hangi sürede zamanaşımına uğrayacağı sorusuna açık bir cevap vermemektedir. İşte bu sebeple, ticari simsarlık ücret alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresi çalışma konusu olarak belirlenmiştir. İncelememizde, hükmün kronolojik gelişimi, kanunun hazırlık çalışmaları, hükmün konuluş amacı ve öğretide ileri sürülen görüşler de dikkate alınarak, anılan soruya yanıt aranmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Simsarlık Sözleşmesi, Ticari Simsar, Ücret, Zamanaşımı, Boşluk.

## ABSTRACT

Brokers, one of the most significant actors of the commercial life, undertake to prepare the opportunity of establishing a contract and mediate such establishment between the parties yet only entitle to receive the fee subject to the conclusion of a contract between the parties. In cases where brokers engage ordinary transaction, the statute of limitations period expire after five years. However, the law in force does not explicitly answer the question of when the statute of limitations expires in broker's commercial transactions. Hence, the title of "Statute of Limitations on Commercial Brokerage Fees" has been determined as the subject matter. In our research, chronological development of the provision, preparation period of the code, the reasoning and the doctrines are taken into consideration whilst searching the answer to the question in hand.

**Keywords:** Brokerage Agreement, Commercial Broker, Fee, Statute of Limitations, Legal Gap.

## GİRİŞ

Türk özel hukuk mevzuatının temel taşlarından olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun (MK) ayrılmaz parçaları olan bu iki Kanun'u, farklı komisyonlar hazırlamış ve ne yazık ki, bu komisyonlar arasında bir üst komisyon kurularak düzenlemeler arasında olması gereken

<sup>1</sup> Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. moruc@fsm.edu.tr

ahenk ve uyum temin edilememiştir<sup>2</sup>. Gerçekten de, iki Kanun arasında ne dil ve terim birliği ne de sistematik ve içerik uyumu sağlanabilmiştir<sup>3</sup>.

Bu çalışmada tetkik edeceğimiz ticari sımsarın ücret alacağına tabi olduğu zamanaşımı süresi de, komisyonlar arasındaki bu koordinasyonsuzluk nedeniyle meydana gelmiş bir sorundur. İncelememizde ilk olarak düzenlemenin tarihsel süreçte izlediği seyri ele alarak, sorunu ortaya koymaya çalışacağız. Bunun ardından muhtemel çözüm önerilerini inceleyeceğiz ve nihayet ulaşılan sonuçları değerlendirerek çalışmayı sonlandıracağız.

## I. Sorunun Ortaya Konulması

Bu makalenin konusu teşkil eden soruna geçmeden önce, bu sorunu yaratan zeminden bahsetmek istiyoruz. Zira bu zemin yalnızca sımsarlık sözleşmesinde değil ve fakat haksız rekabette olduğu gibi (TBK m.57; 6102 sayılı TTK m.54 ilâ 63) birçok konuda sorunlara yol açmaktadır. Bu nedenle, sorunun kaynağından soruna doğru ilerlemenin faydalı ve aynı zamanda zorunlu olduğu kanaatindeyiz.

Türk özel hukukunun kodifikasyon çalışmalarında, İsviçre'dekinden oldukça farklı bir usul izlenmiştir. 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi ve 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK) İsviçre'den iktibas edilmesine rağmen, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ticarete ilişkin hükümlerinin yer aldığı 3, 4, ve 5. kısımları, eBK'ya alınmamış; ticarete ilişkin hükümler, 865 sayılı Ticaret Kanunu'nda (eTK) düzenlenmiş ve her üç Kanun da, 17 Şubat 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

865 sayılı eTK hazırlanırken, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 3, 4, ve 5. kısımları iktibas edilmek yerine, birçok yabancı ülke hukukundan yararlanılarak derleme bir kanun meydana getirilmiştir. 818 sayılı eBK'da düzenlenmiş olan birçok meselenin, 865 sayılı eTK'da da ele alınmış olması ve bu düzenlemelerde bazen farklı bazen de benzer sonuçlara varılıyor olması, anılan kanunlar arasında

---

<sup>2</sup> Nitekim TBK Bilim Komisyonu üyesi olan *Prof. Dr. Nevzat Koç*, TBK'nın değerlendirildiği bir sempozyumda, haksız rekabette ikili düzenlemeye ilişkin yaptığı açıklamalarda, komisyonlar arasındaki koordinasyonsuzluğu şu şekilde ifade etmiştir: *"Sözün kısası, ileride yeni Kanunun 57. Maddesi ile Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin metinleri arasında doğabilecek bir uyum sorununun sorumlusu Komisyonumuz olmayacaktır. Çünkü Borçlar Kanunu Komisyonu olarak, Türk Ticaret Kanununu hazırlayan Komisyon ile ortak çalışma yaparak, uyum sorunlarını gidermeyi önerdik. Bu amaçla, toplantılar yapmaya hazır olduk. Ancak, her nedense, Türk Ticaret Kanununun, Türk Borçlar Kanunundan önce yasalaştırılması arzu ve hevesi, bunun gerçekleşmesini engellemiştir."* Bkz. **Nevzat Koç**, "Değerlendirmeler", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, İstanbul, 2012, s. 90.

<sup>3</sup> Bu hususta bkz. **Erdoğan Moroğlu**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, Ankara, 2006, s. 6-7.



olması gereken ahengin bir türlü sağlanamaması sonucunu da beraberinde getirmiştir<sup>4</sup>.

Hem bu uyumsuzluğun giderilmesi hem de TK'nın çağın gereklerine uyum sağlayabilmesi amacıyla bir tasarı hazırlanmıştır. Bu tasarı, bir kısım değişikliklerin ardından 6762 sayılı TTK olarak kabul edilmiş ve 1 Ocak 1957'de yürürlüğe girmiştir. 6762 sayılı TTK'da, 865 sayılı eTK'da düzenlenmiş olan bir takım hükümlere-örneğin satış sözleşmesine ilişkin hükümler- yer verilmemişse de, inceleme konumuz oluşturan ticaret işleri simsarlığına ilişkin hükümler, dilleri sadeleştirilmek suretiyle 6762 sayılı TTK'ya aktarılmıştır<sup>5</sup>.

Konunun hem Borçlar hem de Ticaret Kanunu'nda düzenlenmesi, genel hüküm-özel hüküm ayrımı uyarınca hareket edilmesi sonucunu doğurmuş ve 818 sayılı eBK m.404 ilâ 409. hükümleri adi simsarlığa, 6762 sayılı eTTK m. 100 ilâ 115 hükümleri ise, ticaret işleri simsarlığına uygulanmıştır. Anılan hükümler arasındaki farkın en belirginleştiği nokta ise, simsarın ücret alacağına tabi olduğu zamanaşımı süresi olmuştur. Gerçekten de, 6762 sayılı eTTK m.106/ II'de ticaret işleri simsarının ücret alacağına bir yıl içinde zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmiş iken; 6763 sayılı TTK'nın Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un 41. maddesiyle, "*ticarî tellâllik ücreti davası hariç tellâllik akdinden doğan bütün davalar*"ın beş yılda zamanaşımına uğrayacağı hükmü, 818 sayılı eBK m.126'ya 4. bent olarak eklenmiştir<sup>6</sup>. Böylelikle adi simsarın

---

<sup>4</sup> 6762 sayılı eTTK'nın genel gerekçesinde, konuyla ilgili daha ayrıntılı açıklamalara ve örneklere yer verilmektedir. Kanun'un genel gerekçesi için bkz. TBMM Zabıt Ceridesi, Dönem: 10, C. 12, İçtima: 2. 6762 sayılı eTTK'nın ve 6763 sayılı TTK'nın Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un genel gerekçeleri, madde gerekçeleri ve bu kanunlara ilişkin adliye encümeni mazbatalarına şu adresten ulaşmak mümkündür: <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf>, (Çevrimiçi), 18 Ağustos 2016.

<sup>5</sup> 865 sayılı eTK'da da ticari simsarlık kurumu düzenlenmiştir (eTK m.101 ilâ 118). Bu nedenle, adi simsar - ticari simsar ayrımını başlatan kanunun, 6762 sayılı eTTK olduğu söylenemez. Aynı şekilde, simsarın ücret alacağına tabi olduğu zamanaşımı konusunda ayırım yapan ilk kanun da 6762 sayılı eTTK değildir. Zira eTTK m.106/II, eTK m.110 hükmünün dilinin sadeleştirilmesi suretiyle elde edilmiş bir düzenlemedir. 865 sayılı eTK'nın metnine şu adresten ulaşmak mümkündür: [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400865.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400865.pdf), (Çevrimiçi), 18 Ağustos 2016.

<sup>6</sup> Konuya zamanaşımı meselesinden yaklaşıldığında, komisyoncu ile taşıma işleri komisyoncusu arasındaki ilişkinin, adi simsarlık ile ticari simsarlık arasındakine çok benzediği görülür. Gerçekten, komisyon sözleşmesinden doğan talepler beş yılda zamanaşımına uğrarken (818 sayılı eBK 126/b.4); taşıma komisyonculuğu akdinden doğan talepler bir yılda zamanaşımına uğramaktaydı (6762 sayılı eTTK m.815/I). Hâl böyleyken, 818 sayılı eBK 126/b.4'te yalnızca ticari simsarlıktan bahsedilmiş fakat taşıma işleri komisyoncusuna değinilmemiştir. Bu hareket tarzının gerekçesi, Adliye Encümeni Mazbatasında yer almamaktadır.

ücret alacağına beş yılda, ticari sımsarın ücret alacağına ise, çok daha kısa bir süre olan bir yılda zamanaşımına uğrayacağı bir sistem kabul edilmiştir. Şunu da ekleyelim ki, hükümetin teklif ettiği tasarıda ticari sımsarın ücret alacağı bir yıllık zamanaşımına bağlanmış ise de, 818 sayılı eBK m.126'ya bent eklenmesine ilişkin herhangi bir tasarruf bulunmamaktaydı<sup>7</sup>. Bu değişiklik, Adliye Encümeni tarafından tasarıya eklenmiştir<sup>8</sup>.

1 Temmuz 2012'den önceki hukuki durum bu olmakla birlikte, anılan tarihte yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'da, ticari sımsarlığa ilişkin hükümlere, eskimleri, uygulama olanaklarının kalmaması ve konunun BK'da zaten düzenleniyor olması gerekçe gösterilerek<sup>9</sup> yer verilmemiştir<sup>10</sup>. 6102 sayılı TTK'ya, ticari sımsarlığa ilişkin hükümler alınmamışsa da, ticari sımsarlığın mevzuatımızdan bütünüyle kaldırıldığını söylemek de mümkün değildir. Zira 6763 sayılı TTK'nın Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un 41. maddesiyle 818 sayılı eBK m.126'ya 4. bent olarak eklenen düzenleme, TBK m.147'ye 4, 5 ve 6. bent olarak aynen aktarılmıştır<sup>11</sup>. Gerçekten de, TBK m. 147/f.5'te "*ticari*

<sup>7</sup> Hükümetin teklif ettiği tasarinin, Prof. Dr. Ernst Hirsch tarafından hazırlandığını da burada belirtelim.

<sup>8</sup> İlginçtir ki, haksız rekabetteki ikili düzenleme de, hükümetin teklif ettiği tasarıya Adliye Encümeni'nin müdahalesi sonucu meydana gelmiştir. Gerçekten de, hükümetin teklif ettiği tasarıda, 818 sayılı eBK m.48'in İsviçre'de olduğu gibi yürürlükten kaldırılması planlanırken; Adliye Encümeni, bu değişikliği TK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin, ticari saha dışındaki ekonomik yaşamda uygulanamayacağı gerekçesiyle kabul etmemiş ve 818 sayılı eBK m.48'e, TK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin saklı tutulduğunu ifade eden bir fıkra eklemiştir. Mülga mevzuattaki bu ikili düzenleme, komisyonlar arasında bir koordinasyon kurulmadığı için mer'i mevzuata da taşınmıştır.

<sup>9</sup> 6102 sayılı TTK Genel Gerekçe, s. 37: "6762 sayılı Kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş bulunan ticaret işleri tellallığı (m. 100-115), eskimiş ve artık uygulama olanağı kalmamış hükümlere yer vermişti. Aynı konunun BK'da da düzenlenmiş bulunduğu dikkate alınarak ve BK'daki bu hükümler uygulama yönünden yeterli görülerek, ticari işler tellallığına ilişkin maddeler kanundan çıkarılmıştır." 6102 sayılı TTK'nın genel gerekçesi ve madde gerekçelerine şu adresten ulaşmak mümkündür: <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>, (Çevrimiçi), 18 Ağustos 2016.

<sup>10</sup> Kanun koyucunun bu hareket tarzı öğreti tarafından eleştirilmektedir. Eleştiriler için bkz. **Arslan Kaya** (Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/N. Füsün Nomer Ertan), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, N. 1540; **Abuzer Kendigelen**, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2012, s. 57-58; **Tolga Ayoğlu**, "Bağlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Bakımından Getirilen Yenilikler", Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, 25-26 Kasım 2011, İstanbul, 2012, s. 49-50; **Reha Poroy / Hamdi Yasaman**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, s. 300.

<sup>11</sup> Hüküm gerekçesi: "818 sayılı Borçlar Kanununun 126 ncı maddesinin (4) numaralı bendinde düzenlenen hâller, Tasarının 146 ncı maddesinin (4), (5) ve (6) numaralı bentlerinde ayrı ayrı düzenlenmiştir... 818 sayılı Borçlar Kanununun 126 ncı maddesinin (5) numaralı bendinde kullanılan "vekâlet akdinden, komisyon acentelik mukavelesinden, ticari tellallık ücreti davası hariç, tellallık akdinden doğan bütün davalar" şeklindeki ibare, Tasarının 146

*simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar*’ın beş yılda zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmiştir. Hükmün açıklığı karşısında, ticari nitelikte olmayan bir işin görüldüğü simsarlık sözleşmelerinde, simsarın ücret alacağının beş yılda zamanaşımına uğrayacağı aşikardır. Ne var ki, ticari simsarlık ücret alacağının zamanaşımını bir yıl olarak düzenleyen 6762 sayılı eTTK m.106/II hükmüne 6102 sayılı TTK’da yer verilmediğinden, ticari bir iş gören simsarın ücret alacağının hangi sürede zamanaşımına uğrayacağı sorusuna cevap vermek o kadar kolay değildir<sup>12</sup>.

Aşağıda öncelikle bu soruya verilebilecek muhtemel cevapları ele alacağız. Buna müteakip, gerekçeleriyle birlikte bu soruya hangi cevabı verdiğimizizi açıklayacağız.

## II. Muhtemel Cevaplar

### A. Bir Yıllık Zamanaşımı Süresi

TBK ve TTK’yı hazırlayan komisyonlar arasındaki koordinasyon eksikliği nedeniyle ortaya çıkan bu soruya verilebilecek ilk muhtemel yanıt, ticari işler simsarının ücret alacağının tabi olduğu zamanaşımı meselesinde bir kanun boşluğu bulunduğunu kabul etmek ve bu boşluğu, ticari simsarın ücret alacağı *“muamelenin yapıldığı günden itibaren bir yıl geçince müruruzamana uğrar.”* diyen 6762 sayılı eTTK m.106/II’ye paralel bir biçimde doldurmaktır.

Bu görüş, kanunun ruhuna ve hükmün *ratio legisine* uygun olduğu gerekçeleriyle savunulabilir. Ancak yine bu görüş, açık bir hüküm bulunmamasına rağmen ticari simsarın ücret alacağını talep etme imkânını süre bakımından sınırladığı gerekçesiyle de eleştirilebilir.

### B. Beş Yıllık Zamanaşımı Süresi

Yukarıdaki soruya verilebilecek ikinci muhtemel yanıt, ticari simsarın ücret alacağının beş yıllık zamanaşımına tabi olacağı yönündedir. Öğretideki<sup>13</sup> genel

---

*ncı maddesinin (5) numaralı bendinde “Vekâlet, komisyon ve acentelik sözleşmelerinden, ticarî simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar” şekline dönüştürülmüştür”.* 6098 sayılı TBK’nın genel gerekçesi ve madde gerekçelerine şu adresten ulaşmak mümkündür: <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf>, (Çevrimiçi), 18 Ağustos 2016.

<sup>12</sup> Karş. Ayoğlu, s. 50-51; Poroy / Yasaman, s. 300-301.

<sup>13</sup> Halûk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2015, s. 399; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2016, s. 201; Rıza Ayhan / Mehmet Özdamar / Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku - Genel Esaslar, Ankara, 2015, s. 472; Mehmet Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2013, s. 204; Mehmet Erdem, “Zamanaşımı”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II, İstanbul, 2014, s. 286; Gökhan Bakar, Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 2015, s. 90.

eğilimi de ifade eden bu görüş uyarınca, 6102 sayılı TTK'da ticari sımsarlık müessesesi düzenlenmemiş olduğundan, TBK m.147/b.5'teki "*ticari sımsarlık ücreti alacağı dışında*" ifadesinin de özel bir anlamı kalmamıştır. Bu nedenle, ister adi isterse de ticari bir işin görülmesini hedef tutsun, bütün sımsarlık sözleşmesinden doğan alacakların, TBK m.147/b.5 uyarınca beş yılda zamanaşımına uğrayacağı ileri sürülmektedir.

Öğretide ifade edilmemekle birlikte, beş yıllık zamanaşımı süresine şu şekilde de ulaşmak mümkündür: Ticari sımsarlık kurumuna 6102 sayılı TTK'da yer verilmemesi nedeniyle, TBK m.147/b.5'te ticari sımsarın ücret alacağına tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin bir kanun boşluğu meydana gelmiştir. Mülga mevzuat bakımından önem arz eden genel hüküm-özel hüküm ayrılığına mevcut düzenlemelerde yer verilmediğinden, sımsarlık sözleşmesi ister adi isterse de ticari bir işin görülmesini hedef tutsun, TBK m.520 ilâ 525 hükümleri uygulama alanı bulur. Vekâlet sözleşmesinin nitelikli bir hali olan<sup>14</sup> sımsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul eden TBK m.520/II karşısında, kanundaki bu boşluk, vekâlet sözleşmesine ilişkin zamanaşımı süresi olan beş yıl (TBK m.147/b.5) ile doldurulmalıdır.

Görüldüğü üzere, her iki yöntemle de aynı sonuca ulaşılmaktadır. Ancak ikinci olarak anılan yöntemin, ilkinde nazaran teorik açıdan daha sağlam bir temele oturduğu kanaatindeyiz.

Boşluğun beş yıllık zamanaşımı süresiyle doldurulması gerektiğini ileri süren bu görüş, genel hüküm-özel hüküm ayırımına yer veren mülga mevzuatta dahi, ticari sımsarın ücret alacağı dışındaki taleplerin beş yılda zamanaşımına uğradığı<sup>15</sup>; böyle bir ayırma yer vermeyen mer'i mevzuat bakımından, bütün taleplerin beş yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmasının isabetli olacağı gerekçesiyle savunulabilir. Ne var ki bu görüş, "*ticari sımsarlık ücreti alacağı dışında*" diyen hükmün açık lafzına rağmen, adi sımsarlık ile ticari sımsarlık ücret alacağını aynı potada eritmesi sebebiyle eleştiriye açıktır.

Tacir yardımcılarının alacaklarının beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu, bu nedenle de tacir yardımcısı olan ticari sımsarın ücret alacağına da bu zamanaşımı süresine bağlanmasının daha uygun bir çözüm olduğu

---

<sup>14</sup> BGE 106 II 224 E. 4; **Caterina Ammann**, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/ Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basel, 2011, Art.412 N.8 ve Art.415 N.2; **Claire Huguenin**, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich, 2012, N.3367; **Mustafa Alper Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, 2014, s. 208; **C. Salih Şahin**, Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu-Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi, İstanbul, 2002, s. 21. Aksi yönde: **Eugen Bucher**, Obligationenrecht - Besonderer Teil, Zürich, 1988, s. 236.

<sup>15</sup> Bu hususta bkz. **Mehmet Erdem**, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010, s. 84; **Tamer Bozkurt**, Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellallık, Ankara, 2007, s. 254.

da ileri sürülebilir. Ancak tüm tacir yardımcılarının alacaklarının beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu yönünde bir genelleme yapmak mümkün değildir. Zira tacir yardımcısı olan taşıma işleri komisyoncunun ücret alacağı bir yılda zamanaşımına uğramaktadır (6102 sayılı TTK m.930/1). Öte yandan, ticari temsilcinin ücret alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresini de, tacir ile ticari temsilci arasındaki iç ilişkinin hukuki niteliği belirler<sup>16</sup>. Dolayısıyla, boşluğun beş yıllık zamanaşımı süresiyle doldurulması gerektiğini ileri süren bu görüşün, tacir yardımcılara ilişkin bir genellemeyle desteklenemeyeceğini düşünüyorum.

### C. On Yıllık Zamanaşımı Süresi

Ticari bir iş gören simsarın ücret alacağının hangi sürede zamanaşımına uğrayacağı sorusuna verilebilecek üçüncü yanıt, on yıldır<sup>17</sup>. Beş yıllık zamanaşımı süresinde olduğu gibi, burada da iki farklı yöntemle aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Bunlardan ilki, kanun koyucunun özensizliği nedeniyle bir boşluğun meydana geldiği ve bu boşluğun, TBK m.146'daki genel hüküm uyarınca doldurulması gerektiğidir. TBK m.147/b.5'te herhangi bir boşluk bulunmadığı, bu nedenle TBK m.146'daki genel hüküm uyarınca hareket edilmesi gerektiği de, diğer yöntemdir. İki yöntemle de aynı sonuca ulaşıyorsa da, bunlar arasında çok önemli bir farklılık söz konusudur. Hakikaten, ilk yöntemde bir kanun boşluğunun varlığı kabul edilmekteyken; diğerinde boşluk bulunmadığı, yapılan işlemin genel hükme müracaat etmekten ibaret olduğu kabul edilmektedir.

Kanunun lafzı, bu görüşün hem desteklenmesine hem de eleştirilmesine sebebiyet verici niteliktedir. Gerçekten de, genel hüküm-özel hüküm ayrımı dikkate alınarak yapılacak lâfzî yorumda, bu görüş savunulabilir niteliktedir. Ancak, kanunun sözüne sıkı sıkıya bağlı kalarak, hükmün amacının görmezden gelinmesi de bu görüşü eleştiriye açık hâle getirmektedir<sup>18</sup>.

## III. Değerlendirme

### A. Boşluk Bulunup Bulunmadığı Meselesi

#### 1. Hükmün Lafzı (Sözü)

TBK m.146 ve 147/b.5 lâfzî olarak yorumlandığında, ister adi bir işin isterse de ticari bir işin görülmesini hedef tutsun, simsarlık sözleşmesinden doğan

---

<sup>16</sup> **Kaya** (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Nomer Ertan), N. 1454.

<sup>17</sup> **Cevdet Yavuz**, "Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantısı II", Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Ankara, 2008, s. 384-385; **Sami Karahan**, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2014, s. 385 dnp.1. Açık olmamakla birlikte bu yönde: **Kaya** (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Nomer Ertan), N. 1578.

<sup>18</sup> Nitekim bkz. ve karşı. **Nomer**, s. 399; **Bakar**, s. 89-90.

alacakların beş yılda zamanlaşımına uğrayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Şu kadar ki, TBK m.147/b.5 ticari sımsarın ücret alacağını açıkça hükmün dışında tuttuğundan, bu alacak için genel hüküm olan TBK m.146'ya müracaat edilir ve ticari sımsarın ücret alacağı on yıllık zamanlaşımı süresine tabi olur.

Hükümlerin lafzından ortaya çıkan anlam bu olmakla birlikte, MK m.1/I'de, "*Kanun, sözüyle ve özüyle deendiği bütün konularda uygulanır*" denilmektedir. Bunun anlamı şudur: Bir hükmün uygulanabilir olup olmadığı tespit edilirken, salt lafzının (söz) yorumlanmasıyla yetinilemez; aynı zamanda hükmün ruhunun (öz) da tespit edilmesi gerekir. Nitekim bu husus bir içtihadı Birleştirme kararında da, "*Her hükmün lafzı ruhu ile kontrol edilmek gerekir.*" şeklinde ifade edilmiştir<sup>19</sup>. Dolayısıyla, bir hükmün uygulanabilir olup olmadığı sorusuna cevap aranırken, hükmün lafzının yanı sıra ruhunun da araştırılması gerekir<sup>20</sup>. Kanunun lafzı ile ruhu bir uyum içerisindeyse, anılan hüküm MK m.1/I uyarınca somut olaya uygulanır ve uyuşmazlık çözüme kavuşturulur. Ancak kanunun sözü ve özü arasında olması gereken ahenk yerini bir uyumsuzluğa ve çatışmaya bırakmış ise, bir kanun boşluğu ile karşı karşıyayız demektir<sup>21</sup>. Bu hâlde hâkim, öncelikle MK m.1/II uyarınca bu boşluğu doldurur ve ardından ihtilaf hakkında bir karar verir.

## 2. Hükmün Ruhunu (Özü)

TBK m.146 ve 147/b.5'in lafzının, ticari sımsarın ücret alacağını on yıllık zamanlaşımına tabi tuttuğunu biraz evvel ifade etmiştik. Ancak bu anlamın kabul edilebilmesi için, hükmün ruhunun da bu anlamı doğrulaması / teyit etmesi gerekmektedir.

Kanunun ruhunun tespit edilmesi sırasında, kanunun sistematüğinden, kanunun hazırlık çalışmaları ve hükmün *ratio legis'inden* faydalanabileceği kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Biz de bu araçları kullanarak, inceleme konumuzu oluşturan hükmün ruhunu tespit etmeye çalışacağız.

<sup>19</sup> Yarg. İBK, 09.03.1955, E. 1954/22, K. 1955/2. Yayınlandığı yer: RG, 27.06.1955, S. 9039. Karar için ayrıca bkz. **Kazancı Bilişim İctihat Bankası**.

<sup>20</sup> Yarg. İBK, 27.03.1957, E. 1957/1, K. 1957/3: "*Kanun hükmünün manasını tayin etmekte ilk esas, metnin meydana geldiği sözlerden çıkan manadır ve ancak bu şekilde metne verilmesi gereken mana, hükmün kanuna konulmasıyla güdülen gayeye aykırı neticeler doğuracak olduğu takdirde, lafızdan çıkan mana yerine, kanunun ruhundan çıkan manaya göre hüküm verilmesi gerektir ki, bu durum, Medeni Kanunun birinci maddesinde kabul edilen, kanunun lafzıyla ve ruhuyla temas ettiği bütün meselelere tatbik olunacağı kaidenin neticelerindedir.*" Yayınlandığı yer: RG, 22.06.1957, S. 9640. Karar için ayrıca bkz. **Kazancı Bilişim İctihat Bankası**.

<sup>21</sup> **M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas**, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, 2008, s. 65; **Çiğdem Kırcı**, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", AÜHFHD, C. 50, S. 1, 2001, s. 96.

<sup>22</sup> **Oğuzman / Barlas**, s. 66 vd.

### a. Kanunun Sistematığı

TBK m.147/b.5, Kanun'da bulunduğu yer itibariyle incelendiğinde, hükmün özünün sözü ile uyumlu olduğu düşünülebilir. Gerçekten, TBK m.147/b.5'in genel hüküm niteliğindeki TBK m.146'dan hemen sonra düzenlenmesi ve birtakım alacakların zamanaşımı süresini özel olarak düzenlemesi, ticari simsarlık ücreti alacağını da dışında bırakması, bu alacağın genel hükme tabi olduğu gibi bir izlenim yaratmaktadır.

Ne var ki, bu görünüş aldattıcıdır. Zira mehz İsvBK'da ve 818 sayılı eBK'nın ilk halinde bulunmayan TBK m.147/b.5, 6763 sayılı Kanun ile eBK'ya eklenmiştir. Dolayısıyla TBK m.147/b.5'in özü araştırılırken, hükmün sonradan Kanun'a eklendiği hususu gözden uzak tutulmamalıdır.

### b. Kanunun Hazırlık Çalışmaları

Kanunun hazırlık çalışmaları da, hükmün ruhunun tespitinde yararlanılabilecek araçlar arasındadır. Meseleye inceleme konumuz açısından yaklaştığımızda, bu araç yönüyle şanslı olduğumuzu söylemek mümkündür. Zira TBK Bilim Komisyonu üyesi olan *Prof. Dr. Cevdet Yavuz*, TTK Tasarısı'nın değerlendirildiği bir bilimsel toplantıda, ticari simsarın ücret alacağını tabi olduğu zamanaşımı süresi ile ilgili olarak aynen şu ifadeleri kullanmıştır<sup>23</sup>:

*“Biz diyoruz ki, önce Borçlar Kanunu görüşülmeli ki, orada ne oluyor, ne bitiyor, ondan sonra Ticaret Kanunu'na sıra gelmeli. Biz orada, “ticari simsarlık ücreti hariç” demişsek, siz mecbursunuz ticaret işleri tellallığını düzenlemeye. Çünkü bakın, acentelik sözleşmesi bizim kanunun konusu değil, ama bu hüküm ne zaman geldi bizim 146. maddeye? 1956 Türk Ticaret Kanunu'nun Meriyeti Hakkındaki Kanun'la geldi. Orada da acentelik sözleşmesinden doğan alacakların on yıllık zamanaşımına uğramasını engellemek için demek ki Ticaret Kanunu unutuldu veya bir şey oldu. Gittiler, Borçlar Kanunu'nu değiştirmek suretiyle beş yıllık zamanaşımına tabi tuttular.”*

Bu izahat açık bir şekilde ortaya koymaktadır ki, TBK m.147/b.5'te yer alan *“ticari simsarlık ücreti alacağı dışında”* ifadesine, konunun 6102 sayılı TTK'da ayrıca ele alınacağı ve bu alacak bakımından, mülga mevzuatta olduğu gibi, daha kısa bir zamanaşımı süresi kabul edileceği gerekçesiyle yer verilmiştir; yoksa ticari simsarın ücret alacağı bakımından on yıllık genel zamanaşımı süresini kabul etmek için değil.

### c. Hükmün *ratio legis*'i

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, TBK m.147/b.5'e tekabül eden hüküm, 6763 sayılı TTK'nın Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un 41. maddesiyle

---

<sup>23</sup> Yavuz, s. 385.

818 sayılı eBK'ya eklenmiştir. Hükümetin teklif ettiği tasarıda da bulunmayan bu hüküm, Adliye Encümeni tarafından tasarıya eklenmiş ve şu şekilde gerekçelendirilmiştir<sup>24</sup>:

*“... iş hayatında çok geçen ve tarafların alacaklarını zamanında istememeleri yüzünden birçok karışık ve çözülmesi gayet zor dâvalara sebebiyet veren şirket akdinden, vekâlet akdinden, komüsyondan, acentelikten ve adî tellâllıktan, ıstısnâ akdinden doğan dâvalar hakkında on yıllık müruruzaman çok uzun ve bugünkü hayat ihtiyaçlarına aykırı görüldüğünden, bunların da beş senelik müruruzamana tâbi tutulması uygun bulunmuş ve bu bakımdan Borçlar Kanununun 126 ncı maddesine 4 ncü bent hükmü eklenmiştir.”*

Gerekçeden de anlaşılacağı üzere, TBK m.147/b.5, sımsarlık sözleşmesinden doğan alacakları genel hükmün (TBK m.146) dışına çıkarma amacıyla konulmuş bir hükümdür. Diğer bir söyleyişle hükmün *ratio legis'i*, sayılan sözleşmelerden doğan alacakların bir an önce talep edilmesini ve böylelikle hukuki ilişkinin ivedilikle tasfiyesini temin etmektir. Ancak kanun koyucu sımsarlık sözleşmesi bakımından bununla da yetinmeyerek, bir de adi iş – ticari iş ayırımına gitmiş ve ticari sımsarın ücret alacağı için, bir yıl gibi çok daha kısa bir zamanaşımı süresi kabul etmiştir (6762 sayılı eTTK m.106/II).

Kanun koyucunun adi sımsarlık sözleşmesinden doğan alacakları dahi genel hükmün dışına çıkarmak amacıyla vaz' ettiği bir hükümden hareketle, ticari sımsarın ücret alacağını genel hükme tabi kılmanın, hükmün *ratio legis'i* ile bağdaşmayacağı açıktır.

### 3. Ara Sonuç

TBK m.147/b.5'e tekabül eden hükmün eBK'ya sonradan eklenmesi, bu eklemenin ticari ihtilafların daha kısa sürede tasfiye edilmesi amacını güttüğü ve mülga mevzuattaki ayırımın mer'i mevzuatta da devam edeceği düşüncesi ile hareket edilmesi bulguları alt alta toplandığında, TBK m.147/b.5'in lafzı ile ruhunun çatıştığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bir hükmün sözü ile özünün örtüşmediği durumlarda da kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı sonucuna varıldığına göre, ticari sımsarın ücret alacağıın tabi olduğu zamanaşımı süresi hakkında da bir kanun boşluğu bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Görünüşte uygulanabilir bir hüküm bulunmasına karşın hükmün lafzı ile ruhu bağdaşmadığından, TBK m.147/b.5'teki boşluğun, örtülü bir boşluk olduğunu da bu başlık altındaki açıklamalarımıza ekleyelim<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> TBMM Zabıt Ceridesi, Dönem: 10, C. 12, İçtima: 2. TBMM Adliye Encümeni Mazbatası, 04.06.1956, E. 1/151, K. 51, s. 15.

<sup>25</sup> Karş. Ayoğlu, s. 51.



## B. Boşluğun Doldurulmasında İzlenecek Yöntem

Hâkim, kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle uyuşmazlığı çözmekten imtina edemez (AY m.36/II). Dolayısıyla, bir kanun boşluğu tespit eden hâkim, bu boşluğu MK m.1/II uyarınca doldurulmakla yetkili ve aynı zamanda görevlidir. Ticari simsarın ücret alacağına tabi olduğu zamanaşımı süresi meselesinde de bir kanun boşluğu bulunduğuna göre, hâkimin bu boşluğu MK m.1/II'de belirtilen yöntem ile doldurması gerekmektedir.

MK m.1/II, bir kanun boşluğu tespit eden hâkime, doğrudan hukuk yaratma yetkisi tanınmamış; bunun yerine, öncelikle somut olaya uygulanabilir bir örf ve adet hukuku kuralı bulunup bulunmadığının araştırılması ödevini yüklemiştir. Şayet örf ve adet hukukunda somut olaya uygulanabilir bir kural mevcut değil ise, hâkim ancak bu hâlde hukuk yaratarak boşluğu doldurma yetkisine sahiptir. İnceleme konumuzu oluşturan meselede bir örf ve adet hukuk kuralı bulunmadığından, hâkimin hukuk yaratarak ilgili boşluğu doldurması gerekir.

Şunu önemle vurgulayalım ki, MK m.1/II uyarınca hukuk yaratan hâkimin bütünüyle serbest olduğu söylenemez; o, kanun koyucu gibi hareket etmekle yükümlüdür (*modo legislatoris*). Kanun koyucu gibi davranmak kavramının içine, genel ve soyut nitelikte bir kural koymak girdiği gibi, kanun koyucunun genel eğilimini göz önünde bulundurmak da girer<sup>26</sup>. Zira hâkim sıfırdan bir hukuk düzeni inşa edecek değildir; onun yapacağı şey, hâlihazırda inşa edilmiş olan hukuk düzeni içerisindeki eksik kalan noktayı tamamlamaktan ibarettir<sup>27</sup>. Dolayısıyla bu işlem yapılırken, kanun koyucunun genel tutumu ve kanunun ruhu görmezden gelinemez<sup>28</sup>. Aksi yönde bir hareket tarzı, beyaz bir duvarın boyası kalkan kısmını, siyah ile boyamaya benzer. Böyle bir sonuçtan kaçınmak ise, ancak öncelikle duvarın rengini tespit edip, o renk ile tadilat işlemine girişmekle mümkün olabilir.

---

<sup>26</sup> BGE 126 III 138; **Susan Emmenegger / Axel Tschentscher**: in Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Hrsg.), Bern, 2012, Art.1 N.457-458; **Ivo Schwander**, in: ZGB Kommentar - Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Jolanta Kren Kostkiewicz / Peter Nobel / Ivo Schwander / Stephan Wolf (Hrsg.), Zürich, 2011, Art.1 N.8.

<sup>27</sup> **Oğuzman / Barlas**, s. 105.

<sup>28</sup> Yarg. 10. HD, 25.12.2012, E. 2012/10482, K. 2012/26913: “Hakim, kanun boşluğunu doldururken takip edeceği yol; Medeni Kanununun 1. maddesinde açıklandığı üzere kanun koyucu gibi hareket etmekten ibarettir. Bu aşamada hakim, kanun koyucunun yapacağı gibi, tarafların karşılıklı menfaatlerini tesbit ederek, bunları adalet süzgecinden geçirip hayat ihtiyaçlarını karşılayan ve **aynı zamanda mevcut hukuk düzeni ve hukuki güvenlikle bağdaşan bir kural bulacaktır** [vurgu eklenmiştir].” Karar için bkz. **Kazancı Bilişim İçtihat Bankası**.

Bu açıklamaların ardından, Türk kanun koyucusunun zamanaşımı konusundaki genel eğilimini ortaya koyan birkaç örnek vermek istiyoruz:

- Taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesinden doğan istem ve haklar bir yılda zamanaşımına uğrarken (6102 sayılı TTK m.930/I); komisyon sözleşmesinden doğan alacakların tabi olduğu zamanaşımı süresi beş yıldır (TBK m.147/b.5).
- Ticari haksız rekabetten doğan davalar bir yılda zamanaşımına uğrarken (6102 sayılı TTK m.60); adi haksız rekabetten doğan davaların tabi olduğu zamanaşımı süresi iki yıldır (TBK m.72/I).
- Kıymetli evrak kaynaklı sebepsiz zenginleşme talepleri bir yılda zamanaşımına uğrarken (6102 sayılı TTK m.732/IV); genel hükümlere dayanan sebepsiz zenginleşme taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süresi iki yıldır (TBK m.82/I).
- Gemi<sup>29</sup> mülkiyetinin zamanaşımı ile kazanılmasında olağan süre beş (6102 sayılı TTK m.999), olağanüstü süre on yıl iken (6102 sayılı TTK m.1000); taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımı ile kazanılmasında olağan süre on yıl (MK m.712), olağanüstü süre ise yirmi yıldır (MK m.713).

Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, Türk kanun koyucusu adi iş-ticari iş konusunda bir ayırım yapmış ve ticari işlerde çok daha kısa zamanaşımı süreleri kabul etmiştir. Hemen eklemek gerekir ki, kanun koyucunun bu yaklaşımı zamanaşımı sürelerine de özgü değildir. Nitekim adi satış sözleşmelerinde satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için gözden geçirme ve bildirim kesin bir süreye bağlanmamışken (TBK m.223/I); ticari satış sözleşmelerinde kısa ayıp ihbar süreleri (2 ve 8 gün) kabul edilmiştir (6102 sayılı TTK m.23/I-c).

Kanun koyucu, temerrüt meselesinde de ticaret hayatının hızlılık ilkesini gözetmiş ve adi satış-ticari satış ayırımı yaparak, ticari işlemlerin süratle tasfiyesini öngörmüştür. Gerçekten de, adi satış sözleşmelerinde satıcının temerrüdü halinde genel hükümlere müracaat edilmesini arayan (TBK m.212/I) kanun koyucu, ticari satış sözleşmelerinde taraflar arasındaki hukuki işlemin ivedilikle tasfiyesi yönünde inisiyatif kullanmıştır (TBK m.212/II). Aynı şekilde, adi satış sözleşmelerinde, alacaklı temerrüdü nedeniyle malın satışı için bir dizi prosedürün yerine getirilmesi aranırken; ticari satış sözleşmelerinde, TBK m.106-107'deki merasime ihtiyaç duyulmaksızın, doğrudan mahkemeye başvurarak malın satışını talep etme imkânı tanınmıştır (6102 sayılı TTK m.23/I-b).

---

<sup>29</sup> TTK m.936 uyarınca, gemiler taşınır eşyadandır. Bununla birlikte, zamanaşımı yoluyla iktisap kurumu gemi ve taşınmazlar için öngörüldüğünden, bu örneği vermekte herhangi bir sakınca görmüyoruz.

### C. Kanaatimiz

Yukarıdaki açıklamalar, Türk kanun koyucusunun ticaret hayatının ihtiyaçlarını ve özellikle de hız gereksinimini gözeterek, ticari nitelikteki ihtilafların çok daha kısa sürede halledilmesini arzu ettiğini göstermektedir. Türk özel hukukunun temel yapı taşları olan MK, TBK ve TTK'nın *ruhu* da, adi iş-ticari iş ayrımı yapılmasını ve ticari işlerin hızlı bir şekilde tasfiye edilmesini gerektirmektedir. Kanaatimizce, ticari simsarın ücret alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin kanun boşluğu doldurulurken, bu iki veri hareket noktası kabul edilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Şöyle ki:

**Boşluk doldurulurken adi iş-ticari iş ayrımı gözetilmelidir:** Hâkimin, hukuk yaratırken bütünüyle serbest olmadığı, kanun koyucunun genel eğilimini gözetmek zorunda olduğunu biraz evvel ifade etmiştik. Kanun koyucunun zamanaşımı konusundaki genel eğilimi, adi iş-ticari iş ayrımı yapmak olduğuna göre, ticari simsarın ücret alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin kanun boşluğu doldurulurken, bu hususun da dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla, adi iş-ticari iş ayrımı yapmaksızın, tüm alacakların beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu yönündeki görüşlere katılmıyoruz. Vurgulamakta fayda görüyoruz ki, TBK m.147/b.5'in lafzı da boşluğun bu şekilde doldurulmasını engeller mahiyettedir. Hakikaten, "*ticari simsarlık ücreti alacağı dışında*" ifadesi, kanun koyucunun bu alacak bakımından farklı bir sonuca gidilmesini arzu ettiğini açık bir biçimde göstermektedir. Zamanaşımına ilişkin hükümlerin emredici olduğunu kabul eden TBK m.148 de hesaba katıldığında, ticari simsarın ücret alacağının diğer taleplerden ayrı olarak ele alınmasının bir zorunluluk olduğunu düşünülüyor.

**Boşluk doldurulurken, ticari işlerin hızlıca tasfiye edilmesi gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır:** Mesele ticari bir iş olunca, kanun koyucunun bunun bir an önce çözüme kavuşturulmasını istediğini, zira ticaret hayatının, işlemlerin hızla tamamlanmasını ve aynı hızla ortadan kaldırılmasını gerekli kıldığını yukarıda örnekleriyle izah etmiş bulunuyoruz. Ticari simsarın ücret alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin kanun boşluğu doldurulurken, ticaret hayatının bu temel ihtiyacı ve kanun koyucunun bu konudaki eğilimi de dikkate alınmalı ve buna göre hareket edilmelidir. İşte bu sebeple, adi simsarın ücret alacağının beş yılda, ticari simsarinin ise on yılda zamanaşımına uğrayacağını savunan görüşlere de katılmıyoruz. Önemle belirtelim ki, boşluğu TBK m.146 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi ile doldurulan bu görüş, ticari simsarın ücret alacağını, adi simsarın ücret alacağından daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi tutarak, hükmün *ratio legisini* de görmezden gelmektedir.

Tüm bu açıklamalar, ticari simsarın ücret alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin kanun boşluğunun, 6762 sayılı eTTK m.106/II'ye paralel bir

şekilde doldurulmasının en isabetli hareket tarzı olacağını göstermektedir. İşte bu sebeple, ticari sımsarın ücret alacağına bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği fikrini savunuyoruz. Ticaret hayatının temel ilkesi olan hızlilik prensibi, kanunun ruhu ve hazırlık çalışmaları, kanun koyucunun genel eğilimi ve özellikle hükmün *ratio legisinin* vardığımız bu sonucu desteklediğini de belirtelim<sup>30</sup>.

## SONUÇ

TBK ve TTK'yı hazırlayan bilim komisyonları arasındaki koordinasyonsuzluk, ne yazık ki birçok soruna yol açmıştır. Ticari sımsarın ücret alacağına tabi olduğu zamanaşımı süresi de bu uyumsuzluğun ortaya çıkardığı bir problemidir. TBK m.146 ve 147/b.5 lâfzî olarak değerlendirildiğinde, ticari sımsarın ücret alacağına on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Ne var ki bu sonuç, hükmün konuluş gayesiyle çatışmakta ve TBK m.147/b.5'te örtülü bir boşluğa neden olmaktadır. Bu boşluk, hükmünün konuluş gayesine uygun olarak, 6762 sayılı eTTK m.106/II'ye paralel bir şekilde doldurulmalı ve ticari sımsarın ücret alacağına bir yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmelidir.

Şu aşamada kanun koyucudan beklenen şey, ivedilikle harekete geçerek özensizliği nedeniyle meydana gelen bu örtülü boşluğu ortadan kaldırmasıdır. Bu boşluğun bir yıllık süre ile mi yoksa beş yıllık süre ile mi doldurulacağı meselesi ise, tamamen hukuk politikası ile ilgilidir. Biz, kanunlarımızın ruhunu göz önünde bulundurarak, ticari sımsarın ücret alacağına tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin *de lege feranda* şöyle bir metin öneriyoruz: “Madde 147a – Ticari sımsarın ücret alacağı bir yıllık zamanaşımına tabidir.”

Şayet hukuk politikası uyarınca, sımsarlık sözleşmesinden doğan tüm alacakların beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olması isteniyorsa, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesinin 5. bendindeki ‘ticari sımsarlık ücreti alacağı dışında,’ ifadesi yürürlükten kaldırılmıştır.” şeklinde bir düzenleme, bu amacın gerçekleştirilmesi için yeterli olacaktır.

\*\*\*\*\*

---

<sup>30</sup> Tam bu noktada, Yarg. 13. HD'nin bir kararında geçen şu isabetli ifadeler de yer verilmelidir (15.06.1993, E. 1993/2112, K. 1993/5075): “Zamanaşımının, sadece borçlunun yararına hizmet eden bir müessese olmadığı, aynı zamanda hukuki güvenliği ve hukuki tatmini şart gördüğü toplumun huzuruna da hizmet ettiği dikkate alınırsa bir alacak hakkının çok uzun sürede zamanaşımına uğraması kamu düzenini ihlal edici nitelikte kabul edilmelidir.” Karar için bkz. **Kazancı Bilişim İçtihat Bankası**.

### KAYNAKÇA

- AMMANN, Caterina:** Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basel, 2011.
- ARKAN, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2016.
- AYHAN, Rıza / ÖZDAMAR, Mehmet / ÇAĞLAR, Hayrettin:** Ticari İşletme Hukuku – Genel Esaslar, Ankara, 2015.
- AYOĞLU, Tolga:** “Bağlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Bakımından Getirilen Yenilikler”, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, 25-26 Kasım 2011, İstanbul, 2012, s. 46 - 52.
- BAHTİYAR, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2013.
- BAKAR, Gökhan:** Taşınmaz Simsarlığı Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 2015.
- BOZKURT, Tamer:** Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellâlik, Ankara, 2007.
- BUCHER, Eugen:** Obligationenrecht - Besonderer Teil, Zürich, 1988.
- EMMENEGGER, Susan / TSCHECHER, Axel:** Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Hrsg.), Bern, 2012.
- ERDEM, Mehmet:** Özel Hukukta Zamaşımı, İstanbul, 2010.
- ERDEM, Mehmet:** “Zamaşımı”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II, İstanbul, 2014, s. 280 - 299.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, 2014.
- HUGUENIN, Claire:** Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich, 2012.
- KARAHAN, Sami:** Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2014.
- KAYA, Arslan (ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / NOMER ERTAN, N. Fusun),** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015.
- KENDİGELEN, Abuzer:** Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2012.
- KIRCA, Çiğdem:** “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 91 – 119.
- KOÇ, Nevzat:** “Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, İstanbul, 2012, s. 85 – 90.

**MOROĞLU, Erdoğan:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, Ankara, 2006.

**NOMER, Halûk N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2015.

**OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami:** Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, 2008.

**POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015.

**SCHWANDER, Ivo:** ZGB Kommentar - Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Jolanta Kren Kostkiewicz / Peter Nobel / Ivo Schwander / Stephan Wolf (Hrsg.), Zürich, 2011.

**ŞAHİNİZ, C. Salih:** Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı (Emlak Komisyonculuğu-Emlak Danışmanlığı) Sözleşmesi, İstanbul, 2002.

**YAVUZ, Cevdet:** “Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantısı II”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Ankara, 2008.

# İDARİ İŞLEM TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE İDARİ MERCİ TECAVÜZÜ KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*An Assessment on the Concept of Encroachment on Administrative Authority  
in the Framework of Administrative Acts Theory*

**Yrd. Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 19.10.2016 Kabul Tarihi: 06.03.2017

## ÖZET

İdari merci tecavüzü kavramı, İdari Yargılama Usulü Kanunu’muzda yer alan ve yargı yerlerince uygulanan kendine özgü bir idari yargılama usulü kavramıdır. İdari merci tecavüzü ve bu bağlamda zorunlu idari başvurularla ilgili olarak mevzuattaki belirsizlikler nedeniyle yargı yerlerince birbirinden farklı yönde kararlar verildiği görülmektedir. Bu noktada idari merci tecavüzü kavramının, idare hukukunun çıkış noktası olan idari işlemin sahip olduğu özellikler bakımından değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Çalışmada, ilgili kanuni düzenlemeler, öğretilerdeki görüşler ve idari yargı kararları eşliğinde, idari merci tecavüzünün etkileri ve sonuçları ele alınmıştır. Bu değerlendirme sonucunda, idari merci tecavüzü kurumuna ve onun dayanağını oluşturan zorunlu idari başvurulara ilişkin eleştirilerimiz ortaya konulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** İdari yargılama usulü, idari işlem, idari davalar, idari merci tecavüzü, zorunlu idari başvuru.

## ABSTRACT

Encroachment into administrative authority is a *sui generis* concept relevant to the administrative procedure, it takes place in the Administrative Procedure Act and it is applied by the courts. Due to encroachment into administrative authority and related ambiguities in legislation regarding compulsory administrative application, it appears that decisions differ from one court to another. At this point, it is important to evaluate the concept of encroachment into administrative authority in the context of properties of an administrative act, which constitutes the starting point of administrative law. In this study, the effects and the consequences of encroachment into administrative authority are discussed in the light of legal regulations, the views expressed in the doctrine and decisions of administrative courts. As the result of this evaluation, our criticisms regarding the institution of encroachment into administrative authority and compulsory administrative applications which form its judicial basis are submitted.

**Keywords:** The procedure of administrative justice, administrative act, administrative suits, encroachment on administrative authority, compulsory administrative application.

## GİRİŞ

İptal davasının konusunu oluşturması bakımından idari işlemler, hem idare hukukunun hem de idari yargının varlık nedenlerinin başında gelmektedir. İdari işlemin hukuki niteliği, idari işleme verilen anlam, idari işlemin terminolojik ifadesi ve türleri gibi çeşitli konular idari işlem teorisi (*le théorie des actes administratifs*) olarak idare hukuku öğretisinde ele alınmaktadır. İdari işlem

<sup>1</sup> İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, mutlukagitcioglu@gmail.com

teorisi ile idari işleme ilişkin yapılan saptamalar, idari yargıda iptal davasının konusunun belirlenmesini de sağlamaktadır. Tek yanlılık ve icrailik olarak belirleyebileceğimiz temel iki özelliği başta olmak üzere, idari işlemlere ilişkin karakteristik unsurlar, idari yargılama usulünde iptal davası için öngörülen çeşitli kuralların da varlık nedenini oluşturmaktadır. Bu noktada idari mercî tecavüzünün, idari işlem teorisi ve idari yargının görünümü çerçevesinde yeniden ele alınması gerekmektedir. Zira idari mercî tecavüzünün idari yargılama usulündeki varlığı kanaatimizce, gerek idari işlem teorisi gerekse idari yargılama mevzuatımıza ilişkin meseleler çerçevesinde tartışmaya açıktır. Çalışmamızın konusunu, idari yargılama usulü sistemimizde idari mercî tecavüzü kavramının varlığına gerek olup olmadığı sorusunun ortaya konulması ve bu sorunun yanıtının verilmesi oluşturmaktadır.

## I. GENEL OLARAK İDARİ MERCİ TECAVÜZÜ KAVRAMI

Mevzuatımızda idari mercî tecavüzüne ilişkin bir tarif yer almamakla birlikte, öğreti tarafından bu idari yargılama usulü kavramına ilişkin çeşitli açıklamalar ve tanımlar getirilmiştir. Bir açıklamaya göre; *“Bir idari işlemin, idari davaya konu olabilmesi için, eğer varsa yasalarda öngörülmüş olan idari başvuru yollarının tüketilmesi ve işlemin idari kesinlik kazanması gerekir. Bu koşula uyulmadan açılan idari davaya ait dosya idari mercii tecavüzü nedeni ile görevli idari mercie yargı yerince gönderilir.”*<sup>2</sup> Öğretide verilen bir tanım şu şekildedir; *“Bir idari işlemin tesisinden sonra, eğer ki kanun ilgiliye o işleme karşı başkaca bir makama başvuru veya itiraz yolu öngörmüş ise, ilgilinin o makama müracaatla tesis edilen işlemi oranın incelemesinden geçirmeden doğrudan dava konusu etmesi idari mercii tecavüzü olarak tanımlanır.”*<sup>3</sup> Bir başka açıklama ise, *“Yasaların zorunlu öngördüğü idari başvuru yolları tüketilmeden, idari başvuru süresi içinde zorunlu veya isteğe bağlı idari başvuru yollarına idari başvuru süresi içinde başvurup da idarenin cevabını veya kararını beklemeden idari yargıda dava açmak, idari mercii tecavüzüdür.”*<sup>4</sup> biçimindedir.

Yukarıda yer verdiğimiz son görüş, idari mercî tecavüzünü ihtiyari idari başvurular için de kabul etmekle birlikte; aşağıda ayrıntılı olarak değerlendireceğimiz üzere kanaatimizce, idari mercî tecavüzü ancak zorunlu idari başvuru (itiraz) yolları açısından gündeme gelmelidir. Ayrıca idari eylemden kaynaklı tam yargı davasında, idareye başvuru zorunluluğuna uyulmadan idari yargıda dava yoluna başvurulması da idari mercî tecavüzüne neden

---

<sup>2</sup> A. Şeref Gözübüyük/Güven Dinçer, **İdari Yargılama Usulü**, Ankara: Turhan, 2001, s.344.

<sup>3</sup> Celal Karavelioğlu, **Açıklamalı ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara: Karavelioğlu, 2009, s.495.

<sup>4</sup> Ramazan Yıldırım, **İdari Başvurular**, 2.Bs., Konya: Mimoza, 2006, s.202.



olacaktır. İhtiyari idari başvuru halinde, idarenin cevabını beklemeden idari yargıda dava açılması ise idari merci tecavüzü olarak değerlendirilmemelidir. Bu itibarla, İYUK'un sistemi doğrultusunda bir idari yargılama usulü kurumu olarak idari merci tecavüzünü, kanunda öngörülen zorunlu idari başvuru yolu tüketilmeksizin, bir idari işleme karşı doğrudan idari yargıda dava açılması şeklinde tanımlayabiliriz. Danıştay da bir kararında, "*İdari merci tecavüzü (nün), İdari Yargılama Usulü Hukukunda; bir idari işlemin, idari davaya konu edilmeden önce bir başka idari merciin incelemesinden geçmiş olması zorunluluğu bulunan hallerde, bu yapılmadan doğrudan doğruya idari davaya konu edilmesi hali olarak*" tanımlandığına işaret etmiş ve bir konuda, idari işlem tesis edilmesi için görevli idareye ilk defa yapılması gereken başvuru yapılmadan doğrudan doğruya dava açılması halinde, idari yargı yerince anılan hükme göre karar verilmesine olanak bulunmadığı şeklinde bir yorum getirmiştir<sup>5</sup>. Sonuç olarak kanun koyucu, kimi idari uyumsuzluklarda idari yargıda dava açma hakkını, ilgili idareye başvuru şartına bağlı kılmıştır. Bu şarta uyulmamasının sonucu ise idari yargılama usulümüzde idari merci tecavüzü kavramı ile karşılaşmaktadır. Çalışmamızda da idari merci tecavüzü; mevzuatımızda ele alınış biçimi, varlık nedeni, idari işlem teorisi karşısında anlamı, yargı kararlarında ortaya çıkan görüşler ve varlığının sorgulanmasına yönelik değerlendirmeler ile birlikte ele alınacaktır.

## II. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İDARİ MERCİ TECAVÜZÜ

İdari merci tecavüzü, bir idari yargılama kavramı olarak 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) öngörülmektedir. Kanun'un, "*Dilekçeler üzerine ilk inceleme*" başlıklı 14. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendinde, yargı merci tarafından incelenecek hususlar bağlamında idari merci tecavüzüne yer verilmiştir<sup>6</sup>. İdari merci tecavüzü ilk incelemeye konu olan hususlar sıralamasında, birinci sırada yer alan görev ve yetkiden sonra ikinci sırada incelenmektedir. İYUK'un ilk inceleme üzerine verilecek karar başlıklı 15. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde, idari merci tecavüzü halinde dilekçelerin görevli idare merciye tevdiine karar verileceği düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre; "*Dilekçelerin görevli mercie tevdi halinde,*

---

<sup>5</sup> D. 3.D., 13.03.1986, E.1986/44, K. 1986/851, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 01.07.2016).

<sup>6</sup> İdari yargılama usulümüzde ilk defa, 12.06.1959 tarihli ve 7354 sayılı, 3546 sayılı Şûrayı Devlet Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Madde Eklenmesi ve 28 inci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun'un 2. maddesi ile 3546 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu'na "*merci tecavüzü*" kurumu getirilmiş ve "*Merci tecavüz edilerek Şûrayı Devlete dâva açılmış bulunduğu takdirde, dâva evrakı, alâkalı mercie tevdi olunur; bu takdirde Şûrayı Devlete müracaat tarihi, alâkalı mercilere müracaat tarihi olarak kabul edilir.*" hükmüne yer verilmiştir.

*Danıştaya veya ilgili mahkemeye başvurma tarihi, merciine başvurma tarihi olarak kabul edilir.*" (m.15/2). Burada ilk inceleme, iptal davaları ile birlikte tam yargı davalarını da kapsadığından, İYUK madde 13 çerçevesinde bir ön karar (*demande préalable*) alınmadan idari yargıda dava açılmasının sonucunda da, dilekçe idari mercî tecavüzü nedeniyle görevli idareye tevdi edilecektir. Çalışmamızın devamında istisna durumlar belirtilmekle birlikte, Kanun'un 14. maddesinin 6. fıkrası gereğince kural olarak, idari mercî tecavüzünün ilk inceleme aşamasında sonra, yargılamanın herhangi bir safhasında tespit edilmesi halinde dahi, mahkemenin 15. madde hükmünü re'sen uygulayacağı ifade edilebilir. Mahkemenin, idari mercî tecavüzü nedeniyle vereceği dilekçenin görevli mercîye tevdi kararına karşı kanun yolları ise açık bulunmaktadır.

İdari mercî tecavüzü, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda da düzenlenmiş ve ilk inceleme hususları arasında sıralanmıştır (m. 44). Burada idari mercî tecavüzü, "*idari veya yargı mercii tecavüzü*" ifadesiyle, İYUK'tan farklı şekilde görev noktasından sonra ikinci inceleme noktası olarak sıralanmıştır. Bu Kanun'un, İYUK madde 13'e benzer bir düzenleme olan madde 43 uyarınca, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde dava açmadan önce ilgili idareye başvurması şartı getirilmiştir. Bu noktada, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 45. maddesinin 1. fıkrasının (C) bendinde, "*43 üncü maddede öngörülen şart yerine getirilmeden açılan tam yargı davaları ile (b) bendinde yazılı hallerde dilekçenin görevli mercie tevdiine karar verilir.*" düzenlemesi yer almaktadır. Burada İYUK'tan farklı olarak, tam yargı davasında ön karar alınmaksızın idari dava yoluna başvurulması halinin de, idari mercî tecavüzünün sonucuna bağlandığı açıkça belirtilmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 45. maddesinin 2. fıkrasında da, dilekçelerin görevli mercîye tevdi halinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne başvurma tarihinin, idari mercîye başvurma tarihi olarak kabul edileceği düzenlemesi yer almaktadır.

### **III. İDARİ MERCİ TECAVÜZÜNÜN VARLIK NEDENİ OLARAK ZORUNLU İDARİ BAŞVURULAR**

İdari mercî tecavüzü, kanun koyucu tarafından idareye başvuru yolunun zorunlu tutulmasının idari yargılama usulündeki bir sonucudur. Mevcut sistemimizde iptal davası bakımından dava açılmadan önce, kural olarak, idari başvuru (*recours administratif*) yollarının tüketilmesi mecburiyeti bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucu, kimi hallerde idari yargıda dava açılmadan önce idari başvurunun yapılmasını zorunlu kıldığından, bu başvuruyla ilgili uyuşmazlığın idari yargıya taşınması halinde, idari mercî tecavüzü devreye girmektedir. Bu şekilde zorunlu idari başvuru, idari işlemi yapan idareye olabileceği gibi, işlemi yapan iradenin üstü makama veya kanunda gösterilen bir diğer idari makama yapılmaktadır.

Kendilerine karşı zorunlu idari başvuru yolu ve yeri öngörölmüş olan işlemlere karşı yapılacak idari başvuruların, ihtiyari başvuruyu kapsayan İYUK madde 11 kapsamına girmeyeceği belirtilmektedir<sup>7</sup>. Gerçekten de, İYUK'un 11. maddesi uyarınca ihtiyari başvuruda dava açma süresi başvuruya konu işlemle başlarken; zorunlu idari başvuruda dava açma süresi, tesis edilen işlem karşı yapılan başvuru üzerine idarenin tesis edeceği işlemle işlemeye başlamaktadır. Danıştay 6. Dairesi'nin bir kararına göre; idari işlemin iptali istemiyle Danıştay'da dava açmadan önce, kanuna göre itiraz yoluyla başvurulması gereken bir idari merci varsa, işlemi tesis eden makama veya üst makama başvurma bu itiraz için konan kanuni süreyi durdurmaz<sup>8</sup>.

İYUK madde 13 uyarınca idareye başvurularak alınması gereken ve zorunlu idari başvurudan farklı bir çıkış noktasını barındıran “ön karar” yolunda, tam yargı davası açılabilmesi için idari eylemin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurulması gerekmektedir. Öğretide Erkut/Soybay, ön karar elde edebilmek için yapılan başvurunun teknik anlamda bir idari başvuru olmadığını, yargısal bir prosedürün parçası olduğunu belirtmektedir<sup>9</sup>. Öztürk tarafından, burada bir idari eylemin hak ihlaline yol açması halinde idareden bir hakkın yerine getirilmesi talep edildiği; ön kararın kendisi bir idari uyuşmazlık yaratırken, zorunlu idari başvuru yolunda ise başvurudan önce varlık kazanmış bir uyuşmazlığın, idareye başvuru yolu ile idare tarafından çözümlendiği ve yargısal başvurunun ötelendiği genel olarak ifade edilmektedir<sup>10</sup>. Fransa'da İdari Yargı Kanunu'nun (Code de Justice Administrative) R421-1 maddesi uyarınca da, bayındırlık işleri hariç olmak üzere, yargılama ancak bir idari karara (*décision*) karşı yapılacaktır<sup>11</sup>. İYUK da bu yaklaşımdan hareketle, idari yargıda idari eylemden kaynaklı uyuşmazlıklarda da dava açılabilmesini, bir idari işlemin varlığına bağlamıştır. Diğer taraftan İYUK madde 13'ün 2. fıkrasında ön karar şartına bir istisna getirilmiştir. Bu istisnaya göre; görevli olmayan adli ve askeri yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev

---

<sup>7</sup> Mithat Sancar, “İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 1, Mart 1990, s.81.

<sup>8</sup> D. 6.D., 06.11.1968, E.1967/1800, K.1968/2909, Kazım Yenice/Yüksel Esin, **Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usûlü**, Ankara: Arisan, 1983, s.215.

<sup>9</sup> Celal Erkut/Selçuk Soybay, **Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar**, İstanbul: Beta, 2001, s.297.

<sup>10</sup> Burak Öztürk, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Ankara: Yetkin, 2015, s.17-18. Serter de, ön karar talebinin, idari başvurunun aksine, önceden alınmış herhangi bir idari karar olmaksızın idareye yöneltildiğini belirtmektedir, Yusuf Sertaç Serter, **İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular**, Ankara: Adalet, 2015, s.71.

<sup>11</sup> Code de Justice Administrative, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933> (Erişim Tarihi: 11.07.2016)

yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, 1. fıkrada öngörülen idareye başvurma şartı aranmamaktadır. Bu halde, ilgili tazminat talebi için idareye başvurmadan İYUK'un 9. maddesine göre görevli ve yetkili idari yargı mercinde, idari mercî tecavüzü riski altında olmadan bir tam yargı davası açılabilecektir.

İYUK'taki anlayış bakımından ön karar yolu ile zorunlu başvuru yolunun ortak noktasını, Fransız İdari Yargı Kanunu'nda olduğu gibi, her iki halde de davaya konu olması gereken bir idari işlemin bulunması ile idareye başvurulmadan doğrudan idari yargıda dava açılmasının, idari mercî tecavüzü olarak değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Kanaatimizce, idare ile uyumsuzluk yaratmak için bir idari işlemin varlığı gerekmemekte, idarenin bir eyleminden hatta bir eylemsizliğinden dahi idare ile uyumsuzluk hali söz konusu olabilmektedir. Nitekim 26.09.2011 tarihli ve 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'de<sup>12</sup> "*sulh başvurusundan*" bahsedilmektedir; "*(...) idari dava açmadan önce 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir (...)*". Ön karar şartı, uyumsuzluğun yargı mercine nazaran idare tarafından daha kısa sürede çözüleceği mantığıyla işletilebilse de idareye başvuru süreleri değerlendirildiğinde ve de idari işlemlerden kaynaklı tam yargı davalarında ön karar usulüne yer verilmediği dikkate alındığında, bu şekildeki idareye başvurunun zorunlu değil ihtiyari olarak yapılabileceğinin İYUK madde 13'te kabulü daha uygun olacak idi. Zira idarenin özel hukuk kapsamındaki faaliyetlerinden, fiili yol şeklinde nitelendirilen ağır ve apaçık hukuka aykırı eylemlerinden dolayı adli yargı yerinde dava açıldığında ön karar şartı aranmıyorken, idari yargıda böyle bir zorunluluğa gidilmesi anlamlandırılmamaktadır<sup>13</sup>. Ayrıca 2004 tarihli ve 5233 sayılı Terör ve Terörle

---

<sup>12</sup> RG, 02.11.2011/28103.

<sup>13</sup> Öğretide de Gönen, idari eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında da, tıpkı özel hukuktaki tazminat davalarında olduğu gibi, hakkı ihlal edilen kişilerin, idareye başvuru şartı olmaksızın, haklarını doğrudan yargı organı önünde arayabilmeli gerektiğini ifade etmektedir, Yakup Gönen, "Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası İle Karşılaştırılması", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1, 2016, <https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/Yakup%20G%C3%96NEN%207-1.pdf> (Erişim Tarihi: 11.07.2016), s.18. Duran eski tarihli bir eserinde konuyla ilgili benzer bir yaklaşım vardır; "*521 sayılı kanunla getirilen 'mukaddem karar' usulü 'idari dava açmak için idari bir kararın bulunması yolunda İdare Hukukunda genel olarak kabul olunan esasa da uygun düşmekte' ise de; 'İdarenin tazminat isteğini yerine getirmesi... dâvaya mahal kalmama'sı yönünden maalesef, elverişli değildir. (...). Üstelik bu şart, idari işlemde dolayı açılan tam yargı dâvalarında aranmadığına göre; Danıştay Kanununun kabul ettiği 'mukaddem karar' usulü, tatbikat ve içtihadı işkal ve iğlak etmekten başka bir sonuç vermemektedir.*", Lütfi

Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun'a göre başvuru süresinin altmış gün ile sınırlandırılması, kanun koyucunun İYUK madde 13'teki sürelerle ilgililer aleyhine istisnalar getirme eğilimini de göstermektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere ihtiyari idari başvurular için idari merci tecavüzünün söz konusu olmaması gereklidir. Bu nedenle, dava açma süresi içinde isteğe bağlı olarak idareye itiraz edilmesi ve fakat idarenin cevabı beklenmeden idari yargıda dava açılması halinde, dava dilekçesinin görevli idari merciiye tevdi edilmemesi yerinde olacaktır. Ancak öğretilerde ve kanun koyucunun iradesinde farklı yaklaşıma rastlamak mümkündür<sup>14</sup>. 659 sayılı KHK'nın "İdari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri" başlıklı 12. maddesinde hem idari işlemde hem de idari eylemde kaynaklı hak ihlallerinde idareye başvuru usulü düzenlenmiştir. Bu maddenin 2. fıkrasına göre "Sulh istemine ilişkin başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur. Başvuru sonuçlanmadan dava açılmaz." Başvuru sonuçlanmadan dava açılmaması, yargısal bir prosedür gereğince zorunlu olarak alınması gereken ön karar ve dolayısıyla İYUK madde 13 kapsamında olağan bir sonuçtur. Ancak idari işlemde kaynaklı tam yargı davası için idareye başvuru zorunluluğu kural olarak yoktur ve bu durumda, idareye başvuru dahi idarenin cevabı beklenmeden yargı yoluna gidilmesi tercihinin sınırlanmaması gerekir idi. Nitekim aynı maddeye göre, sulh başvurusu altmış gün içinde sonuçlandırılmamışsa istek reddedilmiş sayılmaktadır. Dolayısıyla, idarenin başvuruyu bir süre içinde cevaplaması zorunluluğu kabul edilmemişken, belirli bir süre içinde idarenin vereceği cevapla bağlı kalınmasının ve yargı yoluna gidilemeyeceğinin kabul edilmesinin yerinde bir yaklaşım olmadığı belirtilmelidir.

---

Duran, "İdari İşlemlerden Sorumluluk, İptal Davası-Tam Yargı Davası", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXXIII, Sayı 3-4, s.24. Yine öğretilerde Akıncı da, İYUK madde 13'teki ön karar düzenlemesinin 'yurttaşları bir süreliğine oyalamaktan ileri gitmeyen' bir yol olduğunun, Türk idare hukuk uygulaması dikkate alındığında anlaşıldığını belirtmektedir. Müellif, idari yargı yerlerinin mevzuattaki ön karar zorunluluğuna uyulmadan yapılan başvuruları 'merciine tevdi' yerine, bekletici sorun yapmasının usul ekonomisi ve etkili adalet bakımından daha yararlı olacağını da eklemektedir, Müslüm Akıncı, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s.171.

<sup>14</sup> "(İsteğe bağlı idari başvurular yapıldıktan sonra idarenin vereceği cevap veya karar beklenmelidir. Eğer, idarenin vereceği cevap veya karar başvuru sahibinin haklarını veya çıkarlarını hukuksal açıdan korumaya yeterli değilse, bundan sonra yargı yoluna gidilmelidir. İsteğe bağlı idari başvuru yapıldıktan sonra, idarenin vereceği cevap veya karar beklenmeden idari yargı yoluna da başvurularda, aynı konu için aynı anda iki tane devlet organı meşgul edilmiş olacaktır. Ayrıca belki de idare, isteğe bağlı idari başvuru sahibinin bütün taleplerini karşılayacak bir idari karar verecektir. Böyle olunca da, açılacak dava konusuz kalacaktır. İşte, isteğe bağlı başvurular söz konusu olduğunda, idari mercii tecavüzü sadece bu olasılıkta gerçekleştirebilir.", Yıldırım, a.g.e., s.202.

Diğer taraftan, idareye başvuran kişinin idareyi kendisinin harekete geçirdiğini ve idareden gelecek cevabı beklemeye katlanması gerektiği de ifade edilebilir. Ancak, idarenin hareketsiz kaldığı süreçte, başvurunun aleyhe sonuçlanacağına ilişkin belirtiler (örneğin kamu görevlilerin resmi olmayan açıklamaları gibi) mevcut olduğunda, başvurunun neticesinin beklenmesinde bir menfaat olmadığı açıktır. Nitekim ihtiyari idari başvuruda, zorunlu idari başvuruda olduğu gibi idarenin iradesinin alınması bir dava açma şartı olarak karşımıza çıkmamaktadır. Bekleme süresi içerisinde gerek başvurucudan kaynaklı gerekse idareden kaynaklı sebepler, başvurucunun öngörülen süreyi beklemeden yargı yoluna gitmesini gerektirebilir. Bu durumda, başvurucunun bekleme süresine uyma zorunluluğunda bırakılması ve dava açtığı anda da idari mercî tecavüzü kararı ile karşılaşacak olması, adil yargılanma hakkını zedeleyecektir<sup>15</sup>. Nitekim Danıştay bir kararında, ihtiyari idari başvurunun söz konusu olduğu durumda, itiraz yoluna başvuran ilgilinin aynı zamanda dava açma hakkını da kullanabileceğine karar vermiştir; *“Yönetmeliğin 47. maddesinde belirtilen itiraz yoluna başvurulması zorunlu bir idari prosedür olmadığından bu yola başvurulmasının idari işlemin kesinlik kazanmasını engellemeyeceği, itiraz yoluna başvuran ilgilinin aynı zamanda dava açma hakkını da kullanabileceği açık olup buna göre davacının iki yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılması ve bu cezanın aylığından 1/4 oranında kesinti yapılması suretiyle uygulanması yolundaki dava konusu işlemin hukuki sonuçları gözönüne alındığında bu işlemin kesin bir işlem olduğu ve dolayısıyla iptal davasına konu edilebileceği anlaşıldığından, idare mahkemesince davanın esası incelenerek karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin kesin bir işlem olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.”*<sup>16</sup> Bozma kararına konu olan olayda idare mahkemesi, itirazın sonucu beklenmeden açılan dava konusu işlemin kesinleşmediği gerekçesiyle, idari mercî tecavüzü bulunduğu tespiti yapmadan, doğrudan davanın reddi yönünde karar vermiştir.

---

<sup>15</sup> Berk konuyla ilgili olarak, ihtiyari başvuru yapıldıktan sonra, idarenin açık veya zimni red işlemi beklenmeden açılan iptal davalarında idari mercî tecavüzü söz konusu olamayacağını söylemektedir; *“Çünkü, ilgili idare önünde itiraz sürecine ilişkin zorunlu olmayan başvurusunu gerçekleştirmiş ve bunun sonucunu beklemeden süresinden önce dava açmış olmaktadır. İtiraz eden ilgili, kendi istemi ile başlattığı sürecin sonucunu beklemelidir. Kaldı ki, İYUK 11. maddesinde, itiraz edilmesi halinde dava açılmayacağına ilişkin herhangi bir yasaklayıcı hüküm bulunmamakta, fakat, başvuru sahibi lehine, dava açma süresinin tatile uğrayacağı belirtilmektedir. İtiraz edilmesinin yaptırımının idari mercî tecavüzü olarak değerlendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir.”*, Kahraman Berk, “İdare Hukukuna ve İdari Yargıya İlişkin Değerlendirmeler I”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXV, Sayı 2, 2007, s.43.

<sup>16</sup> D. 12.D., 07.07.2003, E.2003/380, K.2003/2077, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 20.06.2016).

Mevzuatımızda zorunlu idari başvurunun açık olarak düzenlendiği kanuni düzenlemeler şu şekilde belirlenebilir:

15.05.1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun uyarınca afet bölgesi ile ilgili olarak; *“Gayrimenkulleri kesin bir şekilde hasarsız olarak tespit edilenlerin veya gayrimenkullerinin hasar tespiti hiç yapılmayanların, yargı yoluna gitmeden önce, mahalli ilân tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili idareye başvurmaları zorunludur.”*

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nda ihtiyari ve zorunlu başvuru yolları düzenlenmiş, *“Mecburi idari müracaat”* başlıklı 34. maddesinde zorunlu başvuru yolu hükme bağlanmıştır. Bu hüküm uyarınca, askeri kişilerin özlük işleri konusunda kesin karar almaya yetkili olmayanlar makamlarca tesis edilmiş idari işlemlerin kaldırılması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması idari dava açmak için belli olan süre içinde, mertebeler yoluyla ve bağlılığına göre yetkili üst makamlardan istenmedikçe Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nde iptal davası açılmaz. Bu takdirde yetkili makamlarca müracaat tarihinden itibaren nihayet altmış gün içinde cevap verilmez ise istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddi üzerine veya yazılı bildirim tarihinden itibaren dava açma süresi işlemeye başlar. Dolayısıyla askeri kişilerin özlük işleri konusunda kesin karar almaya yetkili olmayanlar makamlarca tesis edilmiş bir idari işlem aleyhine, idareye başvuru yapılmaksızın dava açılması halinde idari yargıç, merci tecavüzü kararı verecektir. Yine Kanun’un 43. maddesi nedeniyle, doğrudan doğruya tam yargı davası açılması bakımından, idareye başvurularak bir ön karar alınmaması halinde de idari yargıç, idari merci tecavüzü kararı verecektir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na göre; *“Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır.”* (m.54/2). Kanun’un 54. maddesinin 1. fıkrasında; ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, bu Kanun’da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri hükme bağlanmıştır. Yine Kanun’un 57. maddesinde ise şikâyetler ile ilgili Kamu İhale Kurumu tarafından verilen nihai kararların Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinde dava konusu edilebileceği belirtilmiştir.

04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun, *“Kamulaştırılmaksızın Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Bedel Tespiti”* başlıklı geçici 6. maddesi uyarınca; *“Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya*

*kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır.”* Bu durumda, uzlaşma usulüne başvurmadan idari yargıda dava açan taşınmaz malikin talebinde, idari mercî tecavüzünün tespiti söz konusu olacaktır.

Yukarıda yer verdiğimiz özel kanunlar dışındaki birtakım kanunlarda da idari başvurulara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Kanun metinlerinde bir zorunluluk ifadesine yer verilmemesine rağmen *“itiraz edilebilir”, “başvurulabilir”* gibi ifadelerin, ihtiyari başvuru yanında zorunlu başvuru olarak da değerlendirilebildiği yargı kararlarında ve öğretide görülebilmektedir. Belirtmek gerekir ki, kanunda öngörülen bir idari başvuru yolunun zorunlu olup olmadığı, idari yargıda dava açma hakkı bakımından önem taşımaktadır. Zira ihtiyari idari başvuru yolunda ilgilinin, idarenin bir işlemi dava yoluna taşıması halinde idari mercî tecavüzü söz konusu olmayacakken, zorunlu idari başvuru yolunda aksini söylemek gerekecektir. Bununla birlikte bir idari başvuru yolunun ihtiyari mi ya da zorunlu mu olduğunun tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Basit bir şekilde çözülebilecek bu husus, kanun koyucunun kanun metinlerinde kullandığı ifadeler ve tercih ettiği cümleler bağlamında güçleşmektedir. Çünkü bu tercihler, yargı kararlarında ve öğretide farklı yorumları beraberinde getirmektedir. Örneğin; 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 124. maddesine göre, *“Vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanlar şikayet yolu ile Maliye Bakanlığına müracaat edebilirler.”* 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 242. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“Yükümlüler kendilerine tebliğ edilen gümrük vergileri, cezalar ve idari kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir üst makama, üst makam yoksa aynı makama verecekleri bir dilekçe ile itiraz edebilir.”*

Gerek Vergi Usul Kanunu’nun *“müracaat edebilirler”*, gerekse Gümrük Kanunu’nun *“itiraz edebilir”* şeklindeki ifadelerden kanun koyucunun ihtiyari bir başvuru yolu öngördüğünü kolaylıkla söylemek gerekecektir. Zira kanun koyucu bu hükümlerde, bir işi yapabilme ve ihtimal anlamalarını içeren yeterlilik kipi kullanmayı tercih etmiştir. Dolayısıyla, *“edebilir, yapabilir, başvurulabilir”* gibi ifadeler bir kesinlik ve belirlilik içermemektedir. Diğer taraftan ilgili hüküm fıkralarının, kanunda öngörülen diğer düzenlemelerle değerlendirilmeleriyle birlikte farklı bir yoruma ulaşılabileceği de görülmektedir. Örneğin; 195 Sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun’a göre resmi ilanlarla ilgili verilecek kararların uygulanmasından dolayı valilikler ve Basın İlan Kurumu Genel Müdürlüğü ile mevkateler veya ilan verenler arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözüm mercî Basın İlan Kurumu Yönetim Kurulu olarak belirlenmiştir (m.38). Kanun’da zorunlu başvuru yolu ifadesi



geçmemekle birlikte, belirtilen uyuşmazlıklarda çözüm yeri olarak doğrudan idare gösterilmiştir. Nitekim Danıştay'ın buradaki başvuru tüketilmeden açılan davalarda, dilekçelerin mercie tevdi edilmesi gerektiği yönünde kararları mevcuttur<sup>17</sup>. Yine Danıştay bir kararında Gümrük Kanunu'ndaki söz konusu itirazı, “zorunlu olarak tüketilmesi gereken idari başvuru yolu” olarak değerlendirmiştir<sup>18</sup>. Ancak hukuk kurallarının yorumlanmasındaki farklı görüşler farklı sonuçlara da ulaştrabilecek, bu da hukuki belirsizliği arttıracaktır. Nitekim zorunlu bir başvuru yolu olduğu kanun koyucu tarafından açıkça kaleme alınmamakla birlikte öğretide, 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 7, 8, 20, 64, 70, 74, 142, 153 ve 157. maddeleri, Gümrük Kanunu'nun 242. maddesi, 04.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 54/(e). maddesi, 02.07.1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Malları Koruma Kanunu'nun 8/3. maddesi, 11.08.1941 tarihli ve 4109 sayılı Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım Hakkında Kanun'un 7. maddesi, 6491 30.05.2013 tarihli ve sayılı Türk Petrol Kanunu'nun 20. maddesi (mülga 6326 sayılı Petrol Kanunu'nun 25, 26, 27/1 ve 31. maddesine benzer idari itiraz yolu), 10.07.1953 tarihli ve 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun'un 4. maddesi, 29.06.2006 tarihli ve 5531 sayılı Orman Mühendisliği, Orman Endüstri Mühendisliği ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisliği Hakkında Kanun'un 12. maddesi, 15.05.1957 tarihli ve 6964 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu'nun 33. maddesi, 27.02.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 17. maddesi, 08.03.2011 tarihli ve 6172 sayılı Sulama Birlikleri Kanunu'nun 4. maddesi gibi zorunlu idari başvuru yolu olarak değerlendirilen kanuni düzenlemeler bulunmaktadır<sup>19</sup>.

#### IV. İDARİ İŞLEMİN İCRAİLİĞİ AÇISINDAN İDARİ MERCİ TECAVÜZÜ

Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde ayrıca başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler icrai niteliktedir<sup>20</sup>. İdari işlemin

---

<sup>17</sup> Konuyla ilgili emsal Danıştay kararları: “(Yönetim kuruluna itiraz etmeden doğrudan dava açılmıştır) (...) dosyanın Basın İlan Kurumu Genel müdürlüğü Yönetim Kuruluna tevdiine...”; D. 12.D., E.1965/51, K.1966/2765, Gözübüyük/Dinçer, a.g.e. s.346; “(...) İlanlarının (...) resmi ilan sayılıp sayılmayacağı hususunda uyuşmazlık doğuran ihtilafı birinci derecede inceleme yeri Basın İlan Kurumu Yönetim Kurulu olduğu cihetle dosyanın anılan kurula tevdiine...”, D.12. D.15.05.1973, E.1971/2503, K.1973/1499, **Danıştay Onikinci Daire Kararları**, Cilt I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:22, Ankara: Güneş, 1976, s.87.

<sup>18</sup> D. 7.D., 24.09.2008, E. 2007/787, K. 2008/3765, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 12.07.2016).

<sup>19</sup> Öztürk, a.g.e, s.31-33; Yıldırım, a.g.e., s.116 vd.; Gürsel Özkan, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru Yolları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 5, Sayı 17, Nisan 2014, s.72, dp.34.

<sup>20</sup> Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara: Danıştay Matbaası, 1990, s.119.

icrailiği (*caractère exécutoire*), tek yanlılık özelliği gibi idari işlemin kimliğini oluşturması bakımından önemli bir unsurdur. Öğretide, idari işlemin icrailik özelliğine ilişkin çeşitli açıklamalar getirilmiştir: İcrai işlemler (hukuksal durumu etkileyici karar/etkili işlem), bu işlemlerin ilgilendirdiği kişilerin rızaları olmadan, tek yanlı iradesiyle, idare edilenlere borç yükleyebilmekte, haklar tanımakta, böylece hukuk düzenini değiştirebilmektedir<sup>21</sup>. “(İ)crailik, idari işlemin muhatapları üzerinde (hukuki durumları yani hukuki statüleri), ayrıca başkaca bir işlem girmeye gerek kalmaksızın hukuki sonuçlar doğurması anlamına gelmektedir.”<sup>22</sup>

İdari işlemin icrailiğinin iptal davasına konu oluşturması bakımından İYUK’un 14. maddesinin 3. fıkrasının (c) “yürütülmesi gereken işlem” terimi ile ifade edildiği belirtilebilir. Bir idari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için, bu işlemin aynı zamanda “etkili”, “icrai”, İYUK’un deyiimiyle, “yürütülmesi gereken bir işlem” olması gerektiği belirtilmektedir<sup>23</sup>. Ancak etkililiğin, üçüncü kişiler üzerinde doğan hukuki sonuçlar açısından değer ifade ettiğinden, daha çok menfaat koşulunu etkilediği de belirtilmektedir<sup>24</sup>. Danıştay, kararlarının çoğunda icrailik kimliğinden ziyade İYUK bağlamında kesin ve yürütülebilir olma kriterinden hareket etmektedir; “İdari işlemlerin genel kabul görmüş temel nitelik ve özellikleri olarak tek yanlılık, kanunilik ve uygulanabilirlik olarak sıralanabilir. İdari yargı yerinde iptal davası açılabilmesi için idari işlemin kesin ve yürütülebilir olması zorunludur. Kesin ve yürütülebilir bir işlem deyimi; işlemin tamamlanması için gerekli idari usul kuralları uygulanarak yetkili kamu görevlisi veya görevlileri tarafından imzalanan, bu durumu ile uygulamaya konulan ve kendi başına hukuki sonuçlar doğuran, idarenin tek taraflı ve buyurucu gücüne dayanan işlemleri ifade etmektedir.”<sup>25</sup> Bir Danıştay kararında, icrai olma kavramının “yürütülmesi zorunlu olma” şeklinde anlamak gerektiği de ifade edilmiştir<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> İsmail Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, İstanbul: Der, 2013, s.1278.

<sup>22</sup> Dilşat Yılmaz, İdari İşlemin İcrailik Özelliği, Ankara: Astana, 2014, s.30-31.

<sup>23</sup> Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, İstanbul: Değişim, 2006, s.134.

<sup>24</sup> Erkut, **a.g.e.**, s.119.

<sup>25</sup> D. 12. D., 15.05.2006, E. 2005/6811, K. 2006/1959; “İdari işlemler, idari makamların kamu gücü ve kudreti ile hareket ederek kamu hukuku alanında yaptığı tek yanlı ve kesin, doğrudan uygulanabilir işlemlerdir. İdari işlemin en belirgin özelliği ilgilinin isteğine bağlı olmaksızın idarenin tek yanlı iradesi ile ilgililerin hukuksal durumunu etkileyebilmesidir. İdari işlemlerin iptal davasına konu olabilmesi için kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olması gerekmektedir. Bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi ise, hukuk düzeninde bir sonuç doğurabilmesi için gerekli olan bütün aşamaların gerçekleştirilmiş olmasına, başka bir makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirmesine bağlıdır.”, D. 6.D., 02.07.2013, E. 2010/13189, K. 2013/4608, <http://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 02.07.2016).

<sup>26</sup> D. 15.D., 23.01.2014, E. 2013/3732, K. 2014/137, <http://www.idariyargi.org/> (Erişim Tarihi: 01.07.2016).

Kimi zaman bir idari işlemin iptal davasına konu olabilmesi, kanunda öngörülen son bir idari başvurunun yapılmasına bağlıdır. Bu zorunlu idari başvuru yolu tüketildikten sonra idari işlem, İYUK açısından kesin ve yürütülebilir hale gelmektedir. Aslında zorunlu idari başvuru (itiraz) yolu öngörülen işlem doğduğu ilk anda icrailik özelliğine sahiptir. Zira Erkut'un da belirttiği üzere, idari işlemler icrailik özelliğini oluştukları andan itibaren bünyelerinde taşırlar<sup>27</sup>. İşlemin zorunlu idari başvuruya kadar muhatabı üzerinde hukuki sonuç doğurmasına ilişkin genel kabulümüze kanun koyucu tarafından istisna getirilebildiği de görülmektedir. Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinin son fıkrasına göre, *"İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazın şikayet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz."* Dolayısıyla, kural olarak, idari merci tecavüzü halinde, o işlemin icrailik özelliği etkilenmemekte, idari yargıcın dilekçeyi tevdi kararı vermesi durumunda da işlem ilgilisi için hukuki sonuç doğurmaya devam etmektedir.

## V. İDARİ İŞLEMİN KESİNLİĞİ AÇISINDAN İDARİ MERCİ TECAVÜZÜ

İdari işlemin kesin olmasının anlamı bizce, işlemin oluşumu ile ilgili tüm idari prosedürlerin yerine getirilerek, idarenin irade beyanının açık ve belirli bir şekilde ortaya konulması ile açıklanabilir. Tan'a göre idari işlemin kesin oluşu iki anlama gelir; bunlardan biri işlemin iptal davasına konu olabilmesi için gerekli bir koşul olarak kesin ve uygulanması zorunlu, diğeri ise işleme karşı denetim yollarının kaldırılması anlamında kesinliktir<sup>28</sup>. Bir başka görüşe göre, bir idari işlemleri yapan makam, o işlemle ilgili nihai iradesini açıklamış ve işlemle ilgili yapılacak herhangi bir şey yoksa, işlem kesindir<sup>29</sup>. Danıştay bir kararında, kesinlik ve icrailik özelliklerinin birbirleriyle özdeş anlamda olmadıklarını; kesinliğin, idari işlemin oluşması için öngörülen sürecin tüm aşamaları ile tamamlanıp yetkili idari makam veya organlarca imzalanarak uygulanabilir duruma gelmiş olması olduğunu ifade etmiştir<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Erkut, **a.g.e.**, s.119.

<sup>28</sup> Turgut Tan, "İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanunun Uygulanması", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 4, 1969, s.109. Erkut, kesinliği, idari karar alma sürecinin tamamlanarak nihai işlemin ortaya çıkmasını anlatmaktadır, Erkut, **a.g.e.**, s.112.

<sup>29</sup> Murat Sezginer, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara: Yetkin, 2000, s.46. Yılmaz, kesinliği, idari karar alma sürecinin tamamlanmasını, karar alan makamın iradesini nihai olarak açıklamış olmasını ifade ettiğini belirtmektedir, Yılmaz, **a.g.e.**, s.81.

<sup>30</sup> *"İptal davasının konusunu oluşturan idari işlemin diğer bir unsuru ise 'icrailik'tir. Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler*

Zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin olarak kanuni düzenlemelerde, “*İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.*” şeklinde bir ifade yer alabilmektedir. Öğretide Sarıca, bunu idari karar hakkında kat’i ve nihai başka itiraz ve tetkik mercî bulunmamalıdır şartıyla açıklamaktadır<sup>31</sup>. Özyörük’e göre kesin işlem, artık aleyhinde idari başvurma yolu kalmayan veya baştan böyle bir yol bulunmamış olan karar demektir<sup>32</sup>. Kanaatimizce kanunda öngörülen kesinlik, idari işlemin kesinliğinden (“*kesin ve yürütülebilir işlem*” kriterinde aranan kesinlik) farklı bir özelliğe işaret etmektedir. Öztürk’ün ifade ettiği gibi, kanun metninde itiraz mercinin kararına atfedilen kesinlik, yalnızca bu karara karşı artık idari başvuru yollarına gidilemeyeceğini göstermektedir<sup>33</sup>, ki bu kesinlik işlemin kesinliğinden farklı bir anlam içermektedir.

Danıştay kararlarında zorunlu idari başvuru ve dolayısıyla idari mercî tecavüzü bakımından yapılan değerlendirmede, zorunlu idari başvuru yolu öngörülen idari işlem için “*kesin ve yürütülebilir özellikte bulunmayan*”<sup>34</sup>, “*kararın buradan geçip kesinleşmesi*”<sup>35</sup> gibi ifadeler kullanılmaktadır. Buradaki “*kesinleşmiş*” ifadesinden, kanunda öngörülen zorunlu idari başvuru yolunun tüketilmesi sonucunda idari işlemin kesinleşmiş olacağının kastedildiği anlaşılmaktadır. Danıştay bir kararında, Gümrük Kanunu’nda gümrük vergilerine ait tahakkuklar dışında kalan idari kararlar ile düzeltme taleplerine ilişkin kararlara ve ceza kararlarına karşı öngörülen itiraz başvurusuyla (zorunlu

---

*icrai niteliktedir. Bununla birlikte bir işlemin ‘kesin olması’ ile ‘icrailik’ özellikleri birbirleriyle özdeş anlamda olmayıp, apayrı nitelermelerdir. Dava konusu olay açısından idari işlemin kesin oluşu, idari karar alma sürecinde nihai işlemin ortaya çıkması bakımından önem taşımaktadır. Bir başka anlatımla, bu anlamdaki kesinlik, idari işlemin iptal davasına konu yapılabilmesi için gerekli bir koşul olarak, kesin ve uygulanması zorunlu bir nitelik arzemesi yani ‘lazüm ül icra’ olması gereğini ortaya koymaktadır. (Dr. Celal Erkut, ‘İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği’ Ankara- 1990 Danıştay Matbaası, S. 2 ve 12-124.) Diğer bir anlatımla kesinlik, idari işlemin oluşması için öngörülen sürecin tüm aşamaları ile tamamlanıp yetkili idari makam veya organlarca imzalanarak uygulanabilir duruma gelmiş olmasıdır.” D. 5.D., 17.05.1996, E. 1995/4416, K. 1916/1911. Bir başka kararında Danıştay, “Bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlıdır.” şeklinde bir açıklama getirmiştir, D. 3. D., 17.10.1991, E.1989/4241, K.1991/26499, <http://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 01.07.2016).*

<sup>31</sup> Ragıp Sarıca, **İdari Kaza, C.1. İdari Davalar**, İstanbul: Kenan Matbaası, 1949, s.19.

<sup>32</sup> Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku İdari Yargı Ders Notları**, Ankara: 72 Teksir-Daktilo-Fotokopi, 1975, s.472.

<sup>33</sup> Öztürk, **a.g.e.**, s.55.

<sup>34</sup> DVDDGK, 26.11.1999, E.1999/166, K.1999/493, <http://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 15.07.2016).

<sup>35</sup> D. 8.D., 19.02.1997, E.1995/1883, K.1997/579, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 18.07.2016).

başvuru olarak değerlendirmektedir) ilgili olarak sürelerle uyulmaması veya bu yol tüketilmeden idari dava açılması hallerinde ortada idari davaya konu edilebilecek nitelikte idari işlem mevcut olmayacağını ifade etmiştir<sup>36</sup>. Öğretide de Candan mevzuattaki zorunlu idari başvuru yolları arasında ayırım yaparak, idari itiraz süresinin Vergi Usul Kanunu ve Gümrük Kanunu bakımından geçirilmesinin, idari işlemin tesisini engelleyeceğinden, dava açma hakkı veren bir idari işlem olmayacağından, davanın süre aşımı nedeniyle değil ortada idari davaya konu olabilecek işlem olmadığı gerekçesiyle reddinin uygun olacağı görüşündedir<sup>37</sup>. Zorunlu idari başvurular arasında kesin ve yürütülebilir olma ile ilgili olarak yapılan bu ayrıma kanaatimizce mesafeli yaklaşmak gerekmektedir.

Nitekim örnek verdiğimiz Danıştay kararında varılan sonuçtan farklı kararlar da verilebilmektedir<sup>38</sup>. Hatta Danıştay, kanunda ihtiyari başvuru olarak düzenlenen itiraz usulü uyarınca itiraz edilmesi durumunda, işlemin davalı idarece başvurunun sonuçlandırılması ile kesinleşeceğinin kabulü gerektiğini belirtmiştir<sup>39</sup>. Devamında ise *“Bu durumda, uyuşmazlıkta, itiraz tarihinden yaklaşık iki yıl sonra davalı idarece itirazın sonuçlandırılması ile idari işlem kesinleşmiş olup, dava açma süresi, kesin işlemin tebliğ edildiği tarihten itibaren başlatılacağından, bu tarihten itibaren altmış gün içinde açılan davada süre aşımı bulunmamaktadır.”* sonucuna varmıştır. Oysa bu yorum, ihtiyari idari başvuru yoluna konu olan idari işlemin icrai ve kesin olmadığını söylemek anlamına gelmektedir ki bu sonuç isabetli olarak görülmemektedir.

Zorunlu idari başvuru sonucunda ortaya çıkan idari işlemin, bu başvuruya konu işlemin yerine geçeceği ve Danıştay tarafından da iptal davasına, ilk işlemi ikame eden sonraki işlemin konu olabileceği kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Bu durumda başvuru sonucunda alınan işlemin, başvuruya konu işlemi geriye yürür şekilde ortadan kaldırılacağı da ileri sürülebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki zorunlu

---

<sup>36</sup> D. 7.D., 24.09.2008, E. 2007/787, K. 2008/3765, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 18.07.2016). Benzer yönde, D 7. D., 26.04.2006, E. 2005/3761, K. 2006/1374, <http://www.kazanci.com/>(Erişim Tarihi: 18.07.2016).

<sup>37</sup> Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Bs., Ankara: Adalet, 2012, s.599. Candan bu konuda zorunlu başvurular arasında örnek olarak kimi disiplin kararların getirilen idareye başvuru şartını vererek, bu halde başvuru üzerine verilen red kararının değil ilk disiplin kararının iptalinin isteneceğini belirtmektedir. Devamında ise Vergi Usul Kanunu ve Gümrük Kanunu’ndaki zorunlu başvuru yolunda durumun tersi olduğunu, her iki mevzuata göre iptali istenecek işlemin, şikayet başvurusu veya itirazın reddi işlemleri olduğunu söylemektedir, Candan, **a.g.e.**, s.597.

<sup>38</sup> Kararlar için bkz. Candan, **a.g.e.**, s.598, dp.851.

<sup>39</sup> DİDDK, 15.10.2012, E. 2008/94, K. 2012/1594, <http://legalbank.net/>(Erişim Tarihi: 02.07.2016).

<sup>40</sup> Zorunlu idari başvurudaki ikame konusuna ilişkin risklerin, Fransız idare hukukundaki değerlendirmeleri için bkz. Serter, **a.g.e.**, s.387 vd.

İdari başvuru yolu öngörülen idari işlem, idari işlem teorisi bakımından zaten kesin bir işlemdir. Bu itibarla kesin ve yürütülebilir işlem kriterinin, zorunlu idari başvuru yoluna tabi tutulan işlem için aranması anlamlı değildir. Burada, idari mercî tecavüzünün varlığının tespiti işlemin kesinliği ile değil, mevzuatta öngörülen idari başvuru yolunun tüketilmemesi yani, işlemin dava edilebilmesi için gerekli bir dava koşulunun<sup>41</sup> oluşmaması yönüyle değerlendirilmelidir. Bu yöndeki değerlendirmenin ise işlemin kesinliği/kesinleşmesi gibi terimlere atfedilerek yapılması, işlemin kesinliğine farklı anlamlar yüklenmesi, uygun düşmeyecektir. Zira idarenin irade beyanının nihai hale gelmesi ile ortaya çıkan bir işlemin, kanun gereğince başka bir idari makamın incelemesine konu olması, o işlemin kesin olmasını engellememektedir. Zorunlu idari başvuru sonucunda tesis edilen idari işlem, başvuruya konu işlemin bir mütemmim cüz'ü değildir.

Zorunlu idari başvuru sonucunda verilecek olan idari işlem, başvuruya konu işlemten farklı bir işlemdir. Bu konuda öğretide, zorunlu itiraz yolunun tüketilmesine kesinleştirici bir etki tanınmak suretiyle *“kesin ve yürütülmesi gereken işlem”* kavramı ile ilişkilendirilmesinin doğru olmadığı da ifade edilmektedir<sup>42</sup>. Başka bir görüşe göre ise, idari işlem için kanuni ve zorunlu bir idari başvuru yolu düzenlenmişse, söz konusu başvuru yolunun tüketilmemiş olmasının işlemin kesinleşmesine engel olacağı söylenebilecektir<sup>43</sup>. Bizce zorunlu idari başvuru yolundan geçmeyen bir işlemin, kesinleşmediği veya kesin olmadığı değerlendirmeleri, idari işlemlerin temel kurgusuyla çelişmektedir. Konuyla ilgili gerek öğretide gerekse yargı kararlarında bir terim ve kavram kargaşası yaşandığı ortadadır. Bunun nedenini de zorunlu idari başvurulara ilişkin getirilen mevzuat hükümleri oluşturmaktadır. Örneğin, Danıştay bir kararında, *“İdari işlemin kesinleşmesi iptal davasına konu olması için zorunlu şartlardan olup, işlemin kesin oluşu, idari karar alma sürecinde nihai işlemin ortaya çıkması bakımından önem taşımaktadır. ‘Kesinlik’ kavramı, işlemin uygulanmaya hazır, tamamlanmış bir işlem niteliğinde olduğunu göstermektedir.”* demekle<sup>44</sup> kesinlik ve kesinleşme sözcüklerini aynı anlama bağlamaktadır. Sözcüklerin seçimi ve anlamları üzerinde böylesi bir derin analiz eleştirilebilecek olsa da, sözcüklere bağlı yorum farklılıklarının apayrı sonuçlar doğurması konunun üzerinde ayrıntılı durmayı gerektirmektedir. Erkut, kesinlik terimin oldukça belirsiz, muğlak ve flu niteliğinin yanı sıra, yargı

---

<sup>41</sup> Candan, **a.g.e.**, s.597.

<sup>42</sup> Öztürk, **a.g.e.**, s.52. Candan, itiraza konu ilk işlemin, esasen kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olduğunu, yalnızca; idari davaya konu edilebilmesinin, bir ön idari itiraz veya başvuruya bağlı kılındığını belirtmektedir, Candan, **a.g.e.**, s.600.

<sup>43</sup> Sezginer, **a.g.e.**, s.47.

<sup>44</sup> D. 13.D., 21.09.2005, E.2005/7980, K. 2005/458, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 18.07.2016).

yerlerince de uniform bir model olarak benimsenmesinin çeşitli açılardan tartışılmaya hazır bir zemin yarattığını belirtmektedir<sup>45</sup>. Bu açıdan da, idari işlemin kesinliği bakımından ortaya çıkan karmaşa hali nedeniyle idari merci tecavüzü kurumunun varlığı sorgulanır hale gelmektedir. Bu karmaşa halinde bizim görüşümüz, zorunlu idari başvuru yolu söz konusu olduğunda, ilk işleme karşı da dava açılabilirliği ve bu noktada idari merci tecavüzünün gündeme gelmemesi gerektiği yönündedir. Diğer taraftan, idari usul yönünden özel kuralları haiz bir mevzuat uyarınca (örneğin vergi usul mevzuatı), zorunlu idari başvuru yolu öngörülen ilk işleme karşı doğrudan dava açılıp açılmayacağı, bu işlemin kesin olup olmadığı ve idari merci tecavüzüne ilişkin belirsizlikler, idari başvurunun zorunluluğun ortadan kaldırılmasıyla çözülebilecektir.

## VI. İDARİ YARGIDA DAVA AÇMA SÜRESİ BAKIMINDAN İDARİ MERCİ TECAVÜZÜ

İdari merci tecavüzü bakımından idari başvuru süresinin, “*hak düşürücü*” (*déchéance*) bir süre olup olmadığı konusu öğretilerde tartışmalıdır. Hak düşürücü sürede, kanunla belirlenen süre içinde hakkın korunmasına yarayan fiillerin yapılmaması halinde hakkın kendisi sona ermektedir. Esasen, idari yargıda dava açma süresinin genel olarak hak düşürücü bir süre olduğu kabul edilmektedir<sup>46</sup>. Bunun yanında dava açma süresinin hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerine benzerlik göstermekle beraber, her ikisinden de ayrılan yanları bulunan, yönetsel yargının “*sui generis*” bir kurumu olduğu görüşü de savunulmaktadır<sup>47</sup>. Uler, idari yargıda dava açma süresinin hak düşürücü nitelikte olmayıp yalnızca uyumsuzluğun yargı önüne getirilmesini için konulmuş “*düzenleyici*” nitelikte bir süre olduğunu ileri sürmektedir<sup>48</sup>. Kaplan ise, idari dava açma süresinin, hak düşürücü veya *sui generis* veya düzenleyici süre olarak adlandırılmasına rağmen, sonuçta bütün görüşlere göre dava açma süresinin sona ermesiyle hakkın kendisinin sona ermediğini ve öğretile ile uygulamada fikir ayrılığı bulunmadığını söylemektedir<sup>49</sup>. Danıştay’ın, idari yargılamada dava

---

<sup>45</sup> Erkut, **a.g.e.**, s.118.

<sup>46</sup> Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 3, Bs.3, İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık, 1966, s.1961; Sarıca, **a.g.m.**, s.49; A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku**, 4. Bs., Ankara, Turhan: 2010, s.922; Cem Ayaydın, **İdare Hukukuna Giriş (II)**, İstanbul: Yenilik, 2008, s.655; Neşet Ersoy, “İdari Davalarda Süre”, **Türk İdare Dergisi**, Sayı 326, Yıl 41, Eylül-Ekim 1970, s.21-22.

<sup>47</sup> Lütfi Duran, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XI, Sayı 1-2, s.249; Erol Çırakman, “İdari Davalarda Süre”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler**, Cilt 1, Ankara: Danıştay Yayını, 1976, s.193.

<sup>48</sup> Yıldırım Uler, **Yönetsel Yargıda Dava Açma Süresi, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı**, Ankara: Danıştay Yayını, 1990, s.258.

<sup>49</sup> Gürsel Kaplan, **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri**, 3. Bs., Ankara: Turhan, 2011, s.82.

açma sürelerinin hak düşürücü olduğu yönündeki kararları çoğaltılabilir<sup>50</sup>. Danıştay'a göre süre, kamu düzeni ile ilgili bulunduğu davanın her safhasında ileri sürülebileceği gibi, davanın süresi içinde açılıp açılmadığı mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınması, usul hukukunun zorunlu kıldığı bir kuraldır<sup>51</sup>. Conseil d'Etat da idari başvuru süresinin kamu düzeninden sayıldığı için re'sen nazara alınması gerektiği görüşündedir<sup>52</sup>.

Danıştay uzun bir süre zorunlu idari başvuru yolları tüketilmeden açılan iptal davalarının “*tecavüzü merci*” nedeniyle reddi yönünde kararlar vermiştir<sup>53</sup>. Daha sonra, 1959 yılında çıkarılan 7354 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle, mülga 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 74 ve 75. maddelerinde, idari merci yolu tüketilmeden açılan davada dosyanın yetkili idari mercie gönderilmesi esas kabul edilmiştir. Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu; “*Danıştayda dava açılmadan önce bir idari mercie başvurulmasının gerekli görüldüğü hallerde, bu zorunluluğa uyulmamış olmasını dava dilekçesinin ilgili idari mercie tevdi ile sonuçlanmasını yeğlemiştir. Bu husus, davanın hangi safhasında saptanmış olursa olsun, aynı yolda karar vermek, hem kanunun sözü geçen hükümlerinin bir gereği, hem de idare hukukunun yukarıda değinilen kurallarının icabı olacaktır.*” gerekçesiyle “*(i)dari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka*

<sup>50</sup> Danıştay'ın idari yargılamada dava açma sürelerinin hak düşürücü olduğu yönündeki kararlarına şu emsaller örnek verilebilir: Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu kararında, idari yargılama hukukunda dava açma sürelerinin kamu düzeniyle ilgili olduğunu ve hak düşürücü süre niteliği taşıdığını, ancak kanunda öngörülen hallerde uzayacağı, duracağı ve kesileceğini belirtmiştir, DVDDGK, 13.03.1998, E.1996/244, K. 1998/45, <http://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 02.07.2016). Danıştay 3. Dairesi; idari yargılamada dava açma ve kanun yoluna başvurma sürelerinin kendine özgü hak düşürücü süreler olup, kamu düzenini ilgilendirdiğinden taraflarca ileri sürülmesi bile davanın her aşamasında ilgili yargı merci tarafından re'sen dikkate alınması gereken bir husus olduğu gibi, bu sürelerin durması veya kesilmesini gerektiren durumların ancak kanuni bir düzenlemeyle yapılabileceğine işaret etmiştir, D. 3.D., 30.09.2009, E. 2009/4122, K.2009/2814, <http://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 02.07.2016). Danıştay 11. Dairesi, açılan bir davanın süresinde olup olmadığı değerlendirilirken, dava açma süresinin bir hak düşürücü süre olarak nitelendirilmesinin dayanağını oluşturan “*idari istikrar*” ilkesinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir, D. 12.D., 16.02.2007, E. 2006/6610, K. 2007/1246, <http://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 02.07.2016).

<sup>51</sup> Nitekim Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 24.02.1973, E.1970/1, K.1973/1 sayılı içtihadı birleştirme kararında: “*Bir davanın görülmesi sırasında olayda süre aşımı bulunduğu nazara alınmadan ihtilaf karara bağlandıktan sonra kararın düzeltilmesi talebi vesilesiyle, davanın yeniden incelenmesi sırasında süre aşımının nazara alınması gerekeceği cihetle içtihadın ... birleştirilmesine...*” karar verilmiştir, <http://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 10.07.2016).

<sup>52</sup> Kaplan, **a.g.e.**, s.334.

<sup>53</sup> Kararlar için bkz. Lütfi Duran, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XII, Sayı 1, 1946, s.157.



*suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde beş yıl içinde, ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeden doğrudan doğruya Danıştay`da dava açmaları halinde, bu hususun idari merci tecavüzü sayılarak, Danıştay Kanununun 74 üncü ve 75 nci maddeleri gereğince davanın her safhasında dava dilekçesinin ilgili idari mercie tevdiine karar verilmesi gerekeceğine” karar vermiştir<sup>54</sup>.*

İdareye başvuru süresinin de Danıştay tarafından hak düşürücü süre olarak ele alındığı görülmektedir. Danıştay 1971 tarihli bir kararında, bu sürenin hak düşürücü süre olduğunu belirtmiştir. Danıştay Dava Daireleri Kurulu kararında; kanun koyucunun dava konusu karar aleyhine dava açılabilmesini, bu kararlara karşı 30 gün içinde Maliye Bakanlığına itiraz etmek ön şartına bağladığını; bu bakımdan kanunla belli bir itiraz süresinin dava açma yönünden hak düşürücü bir süre olduğunu söylemiştir<sup>55</sup>. Yine bir diğer kararında; “Yasanın idari işlemlere karşı herhangi bir itiraz yeri ve süresi göstermesi durumda dava açılabilmesi için önce süresi içinde bu itiraz yerine başvurulması ve anılacak yanıtı göre dava açılması gerekir. Süresinde itiraz edilmeyen bu kararlara karşı dava açılmaz. Bu durumda yasada açık olarak belirtilen bu süre geçirildikten sonra yapılan itiraza Valilikçe verilen yanıt üzerine açılan davada artık Belediye

<sup>54</sup> DİBGK, 15.03.1979, E. 1971/9, K. 1979/5, <http://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 01.07.2016). Ancak karşı oy yazısında aşağıdaki gerekçelere yer verilmiştir; “ (...) 72 inci maddede öngörülen idareye önceden başvurma koşulu, Danıştay Kanununun 74 üncü maddesinde gösterilen, dilekçeler üzerinde yapılacak ilk incelemeler mevaddından değildir. Bu koşul yerine getirilmeden açılan bir dava hakkında karar verilebilmesi için dava dosyasının tekemmül etmesi, kanunsözcüsünden düşünce alınmış olması gerekir. Bu ise, aşağı yukarı bir yıllık bir zamanı gerektirir. 11 inci Dairenin görüşü benimsenecek olursa 72 nci maddede öngörülen bir yıllık dava açma süresi geçirildikten sonra dava reddedilmekte ve davacıya ilgili idareye başvurması gereği hatırlanmaktadır. Maddenin bu tarzda bir yorumu ile bir yandan büyük ölçüde hak ziyana yol açılacak diğer yandan idari yargı denetiminin kısıtlanmasına sebep olunacaktır. (...) Danıştay Kanununun 74 üncü maddesinin ( 2 ) numaralı bendinde tevdi kurumu “idari ve yargı mercii tecavüzü”, diye belirtilmekte, 75 inci maddenin ( C ) bendinde de “2 numaralı bendde yazılı halde dilekçelerin görevli mercie tevdiine karar verilir” denilmektedir..... Maddelerde açıkça, Danıştay’a gelmeden evvel uyumsuzluğu çözmekle veya uyumsuzluk hakkında karar vermekle görevli bir merciin varlığından sözedilmektedir. Bu merciin Danıştaydaki davada hasım mevkiinde bulunamayacağı tabiidir. Esasen Danıştaydaki davada hasım mevkiinde bulunan bir idareye dava dilekçesi ve eklerini tevdi etmenin bir anlamı da olamaz. Çünkü, hasım idareye dilekçe ve eklerini tebliğ ederek bu idarenin 30 gün zarfında cevap vermesini sağlamak Danıştay Kanununun 76 ncı maddesi gereğidir. Tevdi, tebliğ edilecek belgelerin dışında herhangi bir belgeyi içermediğine göre dilekçe ve eklerini tebliğ etmyerek tevdi yoluna başvurmak uyumsuzluğun çözümünü uzatmaktan başka bir anlam taşımayacaktır. Gerçekten dava dilekçesi ile eklerinin tebliği üzerine davalı idarenin 30 gün zarfında cevap vermesi kanun gereği olduğu halde, tevdi üzerine böyle bir süre öngörülmemiştir.”

<sup>55</sup> DDDK, 30.04.1971, E.1969/612, K.1970/2270, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 3, Eylül 1971, s.187.

*Encümeni kararının incelenme olanağı yoktur.” şeklinde benzer bir yaklaşımda bulunmuştur. Danıştay bir diğer kararında Gümrük Kanunu madde 242’deki itiraz başvuru yolundaki sürenin (onbeş gün) kamu düzeniyle ilgili olduğuna işaret etmiştir<sup>56</sup>.*

Danıştay’ın örnek verdiğimiz kararlarında görüleceği üzere zorunlu idari başvuru süresine uyulmadığında, dava açma yolu da kapanmış olmaktadır. Bu süreler hak düşürücü süre olarak yorumlandığından, mahkemeler de idareye başvuru süresini re’sen nazara alacak ve sürenin taraflarca def’i yoluyla ileri sürülmesine gerek kalmayacaktır<sup>57</sup>. Öğretide Gözübüyük, idareye başvuru süresinin de hak düşürücü süre olduğunu ifade etmektedir<sup>58</sup>. İdari başvuru süresinin hak düşürücü süre sayılmaması gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur: Uler, dava süresini hak düşürücü süre sayan zihniyetin, zorunlu başvuru süresini hak düşürücü süre saymayı başarırca, hak düşümünü bazen yalnızca üç-beş gün içinde sağlamış olacağı yorumunda bulunmuştur<sup>59</sup>. Çağlayan, idari başvuru süresinin, hak düşürücü süre olarak kabul edilmesinin hukuka uygun gözükmediğini, idari başvurunun dava hakkına etkisi olmaması gerektiğini, başvurunun olayın idare içinde tekrar gözden geçirilmesine yönelik bir durum olarak kabul edilmesi gerektiğini söylemektedir<sup>60</sup>. Kanaatimizce idari yargılama usulümüzde dava açma süresine ilişkin öğretilerdeki tartışmalar, zorunlu idari başvuru süreleri için de geçerlidir. Zorunlu idari başvurulara ilişkin sürelerin, idarenin gereği gibi çalışması, kimi idari faaliyetlerinde hızlı karar alması gibi nedenler için (ihale kararları gibi) getirildiği ileri sürülebilse de, otomatik bir şekilde belirlenen zorunlu idari başvurulardaki kısa sürelerin kamu düzenini sağladığını söylemek güçtür. Özellikle kanun koyucunun getirdiği sürelerin de kısalığı düşünüldüğünde, onuncu değil de on birinci günde

<sup>56</sup> D. 7.D., 24.09.2008, E. 2007/787, K. 2008/3765, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 18.07.2016).

<sup>57</sup> “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14 ve 15. maddeleri hükümlerine göre, idare merci tecavüzü bulunan hallerde dilekçelerin görevli mercie tevdiine karar verileceği yazılı olup, mahkemece, 2577 sayılı Kanunun 15. maddesinin 1/e bendinde göre, idari merci tecavüzü nedeniyle dilekçenin görevli idare merciine (Mersin Giriş Gümrük Müdürlüğü) tevdi gerekirken, işin esası hakkında karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”, D.7.D., 26.01.1988, E. 1987/3667, K. 1988/179, <http://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 01.07.2016).; “(G)eçici teminatının irat kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle, davalı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü’ne karşı açılan davada; idari merci tecavüzü nedeniyle, dosyanın merciine tevdi kararı verilmesi gerekirken, bu aşamada açılan davanın esasının incelenmesi suretiyle verilen İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.”, D.13. D., 10.04.2009, E. 2007/2037, K. 2009/4050, <http://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 01.07.2016).

<sup>58</sup> A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 12. Bs., Ankara: Turhan, 1998, s.181.

<sup>59</sup> Uler, a.g.m., s.234.

<sup>60</sup> Ramazan Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, 3. Bs., Ankara: Asil, 2004, s.53.

idareye itiraz edilmesinin, hukuka aykırı bir idari işlemi sonsuza kadar hukuka uygun hale getirmesinin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir. Zorunlu idari başvuruya konu bir işlemin ilgisine tebliğinde, hangi idari birime, hangi sürede başvurulacağına işlemde belirtilmemesi halinde, bu başvuru süresinin kaçırılması nedeniyle davanın reddi, hukuk güvenliği ilkesiyle de çelişecektir. Bu nedenle, çalışmamızın sonuç kısmında getireceğimiz eleştiriler çerçevesinde, zorunlu idari başvurulara ilişkin sürelerin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi eğilimi, zorunlu idari başvuruların temel dayanağını da şüphesiz sorgulatır hale gelecektir.

## VII. İDARİ YARGI KARARLARINDA İDARİ MERCİ TECAVÜZÜNE BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

Yukarıda zorunlu idari başvuru yolu ile idari merci tecavüzünün varlığına getirdiğimiz eleştiriler mevcut olmakla birlikte, pozitif hukuk bağlamında yargı mercilerince verilen kararların ele alınması gerekmektedir. İdari yargı kararlarında ortaya çıkan yorumlar eşliğinde, idari yargılama usulü bakımından idari merci tecavüzüne ilişkin hukuki sonuçlar ve değerlendirmelerimiz şöyle sıralanabilir:

a) Yargı kararlarına göre; kanunda yer alan zorunlu idari başvuru yoluna gidilmeksizin, idareye başvuru süresi içerisinde doğrudan dava açılması halinde görevli ve yetkili mahkeme; idari merci tecavüzü nedeniyle, “*dilekçenin görevli idare merciine tevdiine*” karar verir; dava dilekçesi ve eklerini, kanun tarafından uyumsuzluğu çözmekte yetkilendirilmiş idareye gönderir.

Danıştay zorunlu idari başvuru yolları tüketilmeden açılan davalarda, idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın merciye tevdi kararı verilmesi gerekirken, davanın esasın incelenmesinde hukuka uygunluk görmemektedir. Bu sonuca örnek Danıştay kararları şu şekilde verilebilir; Danıştay, davacının idareye şikayet konusu olan eksik belgeler hususunda, Kamu İhale Kurulu tarafından bir karar verilmiş olmakla birlikte, konu Kurulun gündemine Kurum Başkanının talebiyle geldiğinden, başka bir deyişle anılan konuda itirazın şikayet başvurusu bulunmadığından, davacı açısından idari itiraz yolunun tüketildiğinden söz edilemeyeceğine, idari başvuru yolu tüketilmeden açılan davada, idari merci tecavüzü nedeniyle, dosyanın “*merciine tevdi kararı*” verilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>61</sup>.

Yine, Danıştay, idari merci tecavüzü nedeniyle dilekçenin idareye tevdi kararı verilmesi gerekirken, davanın başka bir gerekçeyle reddi yolundaki mahkeme kararında isabet görmemektedir. Bu yaklaşım anlamlıdır, zira

---

<sup>61</sup> D. 13.D., 30.11.2005, E.2005/6393, K.2005/5716, <http://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 15.07.2016).

İYUK'ta ilk inceleme bakımından idari mercî tecavüzü, görev ve yetkiden sonra mahkemece incelenecek ikinci husus olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Dolayısıyla, idari mercî tecavüzünün varlığı halinde, kesin ve yürütülebilir işlem bulunmadığı veya süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle davanın reddi yönünde mahkemece bir karar tesis edilemeyecektir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, davacı kurumun, dava açma süresini geçirmeden düzeltme istemesine rağmen, bu istemin ilgili vergi dairesi müdürlüğüne reddedildiği, ancak, bu süreçte dava açma süresinin geçirildiği saptandığından, başvurunun dava açma süresinden sonra yapılmış bir başvuru olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, idari başvuru yolları tüketilmeksizin, kesin ve yürütülebilir özellikte bulunmayan düzeltme isteminin reddi üzerine vergi mahkemesine başvurulmasına olanak bulunmadığını belirtmiştir. Bu nedenle Kurul, dava dilekçesinin İYUK uyarınca, Maliye Bakanlığına tevdi edilmesi gerekirken davanın süre aşımı nedeniyle reddinde hukuka uygunluk görülmemiştir<sup>62</sup>.

İlk incelemeden sonra tespit edilmesi halinde de idari mercî tecavüzünün bulunup bulunmadığı hususu, davanın her safhasında mahkemece nazara alınacaktır (İYUK m.14/6). Dava dosyasının tekemmül etmesinden sonra, davanın esasın incelenmesi sırasında idari mercî tecavüzü olduğunun tespiti halinde mahkemenin, dava dilekçesini görevli idareye göndermesi iptal davası için mümkün olsa da tam yargı davası için anlamlı olmayacaktır. Zira İYUK madde 13 kapsamındaki ön karar için yapılan başvuruda esas olan, idarenin de iradesinin alınması sonrasında yargı yoluna gidilmesidir, ki İYUK'un mevcut felsefesine göre dava konusu uyuşmazlık da bu irade ile doğmaktadır. Davanın esas yönüyle incelenmesi aşamasında ise idare zaten mevcut iradesini cevap dilekçesinde ve dosyaya sunduğu diğer bilgi ve belgelerle yansıtmaktadır. Dolayısıyla, dava dosyasının esasın incelediği bir aşamada, dosyada idari mercî tecavüzü tespit edilse dahi, Anayasa madde 141 gereğince, dilekçenin idareye tevdi edilmeyerek karara bağlanması yerinde olacaktır. İptal davasında ise mahkemenin, yargılamanın her aşamasında davacının talebini (dava dilekçesini) yetkili makama, yani iradesi atlanılan dava dosyasında bulunmayan makama tevdi etmesi gerekmektedir<sup>63</sup>.

Mahkemenin idari mercî tecavüzü nedeniyle dilekçeyi görevli idare mercîye tevdi kararı, kanun yoluna götürülebilen nihai bir karardır. Dilekçe kendisine tevdi edilen idarenin başvuru reddetmesi halinde ise bu ret kararı için idari yargıda iptal davası açabilecektir. Danıştay açısından iptal davasının konusunu oluşturan işlem, idari mercî tecavüzü nedeniyle dilekçe kendisine gönderilen

---

<sup>62</sup> DVDDGK, 26.11.1999, E.1999/166, K.1999/493, <http://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 15.07.2016).

<sup>63</sup> Berk, **a.g.m.**, s.47.

idarenin vereceği başvurunun (itirazın) reddi kararı oluşturacaktır. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere, zorunlu başvuru yolu öngörülen icrai ve kesin nitelikteki ilk işlemin de iptal davasına konu olması mümkün olabilmelidir.

b) Yargı kararlarına göre; kanunda yer alan zorunlu idari başvuru yoluna gidilmeksizin ve idareye başvuru süresi sona erdikten sonra dava açıldığında, idari merci tecavüzü kararı verilmez. Bu halde dava, dava açma süresi içerisinde açılrsa dahi, zorunlu idari başvuru süresi geçirilmiş olduğundan davanın reddine karar verilir.

İYUK'un idari merci tecavüzü kurumuna olan yaklaşımı bakımından Danıştay'ın, zorunlu idari başvuru yolu süresi geçirilmekle birlikte, dava açma süresi geçirilmeden dava açılması halinde, konuyu idari merci tecavüzü olarak değerlendirmemesi ve davanın reddi yönünde karar vermesi söz konusudur. Ancak bu durum, zorunlu idari başvuru yolunu kullanmamakla birlikte, kanundaki dava açma süresini geçirmeden mahkemeye başvuru hakkını kullanan davacının, idari başvuru yoluna gitmemesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının kısıtlandığı sonucunu da ortaya çıkarmaktadır.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, mülga 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun yürürlüğü zamanında verdiği bir kararda, "(O)lumlu veya olumsuz kararlar aleyhine ilgiliye tebliğinden itibaren bir ay içinde itiraz yolu ile Maliye Bakanlığına gidilmemiş ve fakat 521 sayılı Kanunun 67 nci maddesi gereğince 90 günlük dava açma süresi içinde Danıştay'a başvurulmuş olması halinde davanın süresinde kabulü ile içtihadın bu yolda birleştirilmesi gerektiği hakkında ileri sürülen teklif, İçtihadları Birleştirme Kurulunun, İçtihadın Birleştirilmesi istemine esas olan konu ile ilgili olarak çözüm yolu bulacağı, Tevhidi İçtihat konusunun süre ile ilgili olmadığı" nı ifade etse de "(S)öz konusu kararlar aleyhine yapılacak itirazlar bakımından bu kararların olumlu veya olumsuz olarak bir ayırma tabi tutulmasına yer olmadığı ve kanun hükmünün olumlu veya olumsuz bütün işlemleri kapsadığı açık bulunduğu İçtihadın", malul aylığı talebi T.C. Emekli Sandığı Yönetim Kurulu tarafından ret edilmesi üzerine ret kararının ilgiliye tebliği tarihinden itibaren, bu olumsuz karara karşı kanuna göre otuz günlük süre içinde Maliye Bakanlığına itirazda bulunulmaksızın, Danıştay'da açılan davanın reddi hakkındaki Dairenin kararı ile birleştirilmesine oy çokluğuyla karar vermiştir<sup>64</sup>. Diğer Dairenin kararı ise, Yönetim Kurulu kararı eylemsiz olduğundan, bu kararlar aleyhine itiraz yoluna gidilmesinin icap etmediği, böylece başvurunun Danıştay Kanunu'nda yazılı doksan günlük dava açma süresinde bulunması itibarıyla verilen ve davanın esasının incelenmesi yönünde idi. Bir başka kararında Danıştay 7. Dairesi, Gümrük Kanunu'nda

---

<sup>64</sup> DİBK, 21.11.1970, E.1969/11, K.1970/30, RG, 31.03.1971/13795. Buradaki ayrışık oy da, kanundaki ilgili maddenin itiraz yoluna başvurma bakımından bir bütün olarak alınamayacağı ve olumlu-olumsuz işleri ayırma zorunluluğu gerekçeleriyle verilmiştir.

ceza kararları için öngörülen zorunlu itiraz süresinin geçirildiğinden bahisle, dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan ve açıklanan nedenle reddi gereken davanın, esasının incelenmesi suretiyle reddi yolunda verilen temyize konu kararda sonucu itibarıyla isabetsizlik görmemiştir<sup>65</sup>.

Danıştay kararlarından anlaşılacağı gibi, süresi içerisinde yapılmayan zorunlu idari başvuru, dava açma hakkının düşmesine de neden olmaktadır. Öğretide Öztürk'ün de ifade ettiği üzere Danıştay, idari itiraz süresi ile dava açma süresini özdeşleştirmektedir<sup>66</sup>. Müellifin de belirttiği gibi Danıştay'ın bu yaklaşımı esasen usul ekonomisi ilkesine uygun düşmektedir. Zira İYUK uyarınca, dilekçelerin görevli mercîye tevdi halinde, Danıştay'a veya ilgili mahkemeye başvurma tarihi, mercîye başvurma tarihi olarak kabul edilmektedir (m.15/2). Dolayısıyla dilekçenin gönderildiği idare, zorunlu idari başvuru süresi zaten geçmiş olacağından kendisine yapılan bu başvuruyu süre yönünden reddedecek ve bu ret kararına karşı dava yoluna gidildiğinde ise mahkeme de idarenin ret kararını bu yönde hukuka aykırı bulamayacağından davanın reddi yönünde karar tesis etmiş olacaktır. Bu nedenle Danıştay, burada gerek idare gerekse davacı yararına sürecin uzamaması bakımından, idari başvuru süresi geçirildikten sonra dava açma süresi içinde açılan davanın reddi yönünde karar vermektedir. Öğretide bir diğer görüşe göre, zorunlu idari başvuru süresi geçmiş olsa bile, tevdi ile idare bu süreçten haberdar edilmeli ve sonucun tayini idareye bırakılmalıdır; dava dilekçesinin mercîye tevdi edilmemesi durumunda yargı yeri, idarenin yerine geçerek onun iradesi üzerinde tasarrufta bulunmuş olmaktadır<sup>67</sup>. Bizce mahkemenin davanın reddine ilişkin kararı bağlamında idarenin yerine geçerek karar aldığını söylemek mümkün görünmemektedir. Buradaki temel sorun yargılama usulü bakımından, zorunlu idari başvuru süresinin geçirilmesinin, mahkeme tarafından ilk incelemedeki süre aşımı olarak değerlendirilmesi sorunudur. Zira bu halde aslında dava açma süresi geçirilmemiştir ve dava açma süresi içinde açılan bir dava söz konusudur. Bu nedenle, İYUK'taki ilk inceleme ve idari mercî tecavüzünün düzenleniş amacı bağlamında, zorunlu idari başvuru süresinin geçirilmesine rağmen süresi içinde açılan davada mahkemenin, davanın reddi değil dilekçenin idari mercîye tevdi kararı vermesi gerekmektedir. Sorunun diğer bir boyutu ise mevzuatımızda belirsizliklere gebe olan zorunlu idari başvuru yolunun düzenlenmesi mantığında yatmaktadır. İleride değerlendireceğimiz gibi zorunlu idari başvurulara ilişkin yetersiz hukuki güvencelerin bulunması, süresinde dava açsa dahi idare edilenin aleyhine bir sonuca bağlanmaktadır.

---

<sup>65</sup> D 7. D., 26.04.2006, E. 2005/3761, K. 2006/1374, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 18.07.2016).

<sup>66</sup> Öztürk, **a.g.e.**, s.69.

<sup>67</sup> Cengizhan Hatipoğlu, "İdari Mercî Tecavüzü ve Dört Gri Alan", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 21, Nisan 2015, s.374-375.

Zorunlu idari başvuru yoluna süresinde gidilmemesine, dava açma hakkının düşmesi gibi bir yorum getirilmesi hak arama özgürlüğünü ülkemizde geriye götüren bir görünümdür.

c) Yargı kararlarına göre; kanunda yer alan zorunlu idari başvuru süresi geçirildikten sonra, idareye yapılan başvurunun reddi halinde, bu ret kararının iptali için açılan davada mahkeme, davanın reddi yönünde karar verir.

Örneğin Danıştay 7. Dairesi kararında, Gümrük Kanunu'nda düzenlenen süre geçtikten sonra yapılan itiraza verilen cevabın, dava hakkı doğurması olanaklı bulunmadığından, itirazın süresinde yapılmaması nedeniyle davanın reddi gerekirken, işin esası incelenerek verilen kararın isabetli olmadığı sonucuna varmıştır<sup>68</sup>.

Danıştay'ın idari merci tecavüzüne ilişkin hukuki sonuçlardan görüldüğü üzere, zorunlu idari başvuru süresinin geçirilmesi, dava yoluna gitmede hak kaybına neden olmaktadır. Bu durumda, zorunlu idari başvuru süresi, en az dava açma süresi kadar önemli bir konuma gelmekte, Danıştay tarafından adeta dava açma süresi gibi kamu düzeni ile ilişkilendirilmektedir. İdari yargılama usulü bakımından böylesine ciddi sonuçlar doğuran zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin sürelerin ve usullerin, kanun koyucu tarafından açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi önem taşımaktadır.

### **VIII. KIRILMA NOKTASI: İDARİ MERCİ TECAVÜZÜ KAVRAMININ VARLIĞININ SORGULANMASI**

İdarenin yargısal denetimi, Anayasal düzeninin en temel unsurlarından biridir. Hukuk devletinin gereği olarak kamu gücü kudretine sahip idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabii olması esastır. İdarenin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka kanuna uygun olarak tesis edildiği prensibi bir yana, bu eylem ve işlemlerin yargı yerlerinin önüne getirilmesi idarenin karşısında daha güçsüz konumdaki bireylerin korunması bakımından gereklidir. İdari yargılama usulü bu noktada bireylerin idareye karşı başvuracağı yargı sürecini doğrudan düzenlemekte, davaların taraflarıyla birlikte yargı yerlerini de çeşitli kurullarla bağlamaktadır.

Bireyin ihlal edilen hakkının korunması için yargı yerlerine başvurması olarak tanımlanabilecek dava açma hakkı, idari yargılamanın en hassas unsurlarından biridir. Anayasa madde 125'te belirtildiği üzere "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*". Bireylerin idare aleyhine dava açma hakkı, kimi hallerde kamu yararı gereğince çeşitli şartlara tabi tutulmuştur. İdari merci

---

<sup>68</sup> D. 7.D., 28.03.2006, E. 2005/474, K. 2006/978, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 18.07.2016).

tecavüzü de bu şekilde dava konusu işlemin yargı önüne taşınması noktasında, varlığının daha ilk dava dilekçesinde incelendiği bir kurumdur. Zira bazı özel kanunlarda, dava açmadan önce zorunlu idari başvuru yolları öngörülmüştür. İdari başvuru yolunun idare ve yargı lehine çeşitli kolaylıklar sağladığı ileri sürülebilse de kanaatimizce yargı yolunu kısıtlaması bakımından eleştirilmesi kaçınılmazdır. Bu başvuru yollarının zorunlu mu ihtiyari mi olduğu tartışmaları yanında, başvuru usul ve sürelerinin kısalığı, ilgili hükümlerin vatandaşın dışında hukukçuların bile bilmekte güçlük çekeceği özel düzenlemelerde yer alması ve sürelerin birbirinden farklı ve kısa olmaları sorunları oldukça fazladır. Bu sorunlar uygulamada öyle karmaşık bir hal almaktadır ki, idare yargıcı tarafından da farklı değerlendirmelere tabi tutulabilmektedir. Örneğin aynı uyuşmazlık hakkında bir mahkeme zorunlu idari başvuru yolunu yok sayarak davayı esasta incelerken, bir diğeri idari mercî tecavüzü gerekçesiyle davayı reddetmektedir.

Danıştay bir kararında, kanunda zorunlu olarak düzenlenmemiş<sup>69</sup> idari başvuru halinde idari işleme karşı doğrudan dava açılabilirliğini söyleyerek, aksi yorumun Anayasa ile kişilere tanınan dava hakkını ortadan kaldırması sebebiyle hukuka aykırı olacağını ifade etmiştir<sup>70</sup>. Ancak kararın azlık oyunda, odalara yazılma konusunda verilen oda yönetim kurulu kararlarına karşı oda meclislerine itiraz edilmesinin, özel kanunda (mülga 5590 sayılı Kanun) düzenlenmesi nedeniyle zorunlu olduğu ve olayda idari mercî tecavüzünün olduğu görüşü verilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, aynı Kanun'dan doğan bir uyuşmazlıkta yine oy çokluğuyla, oda yönetim kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada idari mercî tecavüzü kararı verilemeyeceğini söylemiştir; *"Anılan 25 inci maddenin 4 üncü fıkrası 'Derecelerini durumlarına uygun bulmayanlar, yönetmelikte gösterilecek usullere göre ve 10 gün içinde oda meclislerine itiraz edebilirler' hükmünü taşımaktadır. Bu hüküm ilgililere, yönetim kurulunca bu konuda verilecek kararlara karşı istekleri halinde bir başka organa itiraz edebilme olanağı yaratmak için konulmuştur. Tümcenin sonundaki, itiraz edenler ifadesi yerine 'itiraz edebilirler' ifadesinin kullanılması da bu görüşü doğrulamaktadır. Amacı bu olan başvuru yolunu Anayasa ile kişilere tanınan dava hakkını ortadan kaldırır bir biçimde yorumlamak ve başvuru yoluna gidilmemesi halinde dava açılmayacağını düşünmek hukuka aykırı düşecektir."*

---

<sup>69</sup> Mülga 08.03.1950 tarihli ve 5590 sayılı "Ticaret ve Sanayi Odaları", "Ticaret Odaları", "Sanayi Odaları", "Deniz Ticaret Odaları", "Ticaret Borsaları" ve "Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği" Kanunu'nun 25. maddesinin ilgili düzenlemesine göre: *"Derecelerini durumlarına uygun bulmayanlar, Yönetmelikte gösterilecek usullere göre ve 10 gün içinde oda meclisine itiraz edebilirler. İtirazlar meclisce karara bağlanıncaya kadar kayıt ücreti ve yıllık aidatın ihtilaflı kısmı tahsil olunmaz."*

<sup>70</sup> D. 8.D., 29.04.1991, E. 1990/1493, K.1991/787, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 20.07.2016).



Danıştay'ın idari başvurular hakkında değişen kararlarına, Baro Disiplin Kurulu kararları hakkındaki değerlendirmeleri örnek verilebilir. Danıştay 8. Dairesi bir kararında, Baro kararına karşı ilgilinin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edilmesi ve kararın buradan geçip kesinleşmesi üzerine idari yargıya başvurulması gerektiğinden, davada idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın Türkiye Barolar Birliğine gönderilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>71</sup>. Ancak, Baro Disiplin Kurulu kararlarına karşı Cumhuriyet Savcısının ve ilgililerin Avukatlık Kanunu'nun 157. maddesi uyarınca yapmış olduğu itiraz, isteğe bağlı bir idari başvurudur. Kanun metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, burada gerek Cumhuriyet Savcısına gerekse ilgili kişiye isteğe bağlı bir idari başvuru yolu öngörülmüştür<sup>72</sup>. İlgili kişi dilerse, isteğe bağlı olarak Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edebilir ya da bu başvuru sonucunda her hangi bir sonuç elde edemeyeceğini düşünüyorsa doğrudan idari yargı yerinde dava açabilmelidir. Danıştay'ın bu kararı haklı bir şekilde öğretilmiş eleştirilmiştir<sup>73</sup>. Nitekim, aynı Danıştay Dairesi başka bir uyuşmazlıkta, Baro yönetim kurullarının baro levhasından silme kararları, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde olduğundan, dosyanın Türkiye Barolar Birliği'ne tevdiine karar veren idare mahkemesi kararında isabet görülmediğine karar vermiş ve idare mahkemesi kararını bozmuştur<sup>74</sup>.

Danıştay 12. Dairesi, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 47. maddesindeki itiraz yolunu, zorunlu idari bir prosedür olarak değerlendiren ilk derece mahkemesi kararında, söz konusu başvurunun zorunlu olmadığı ve itiraz yoluna başvuran ilgilinin dava

---

<sup>71</sup> D. 8.D., 19.02.1997, E.1995/1883, K.1997/579, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 18.07.2016); Benzer yönde, avukatlık stajının durdurulması ve adının listeden silinmesi işlemine ilişkin uyuşmazlıkta, 1136 sayılı yasanın 20 inci maddesine göre Barolar Birliğine başvurulması gerekirken, doğrudan Danıştay'a dava açıldığından, dava dosyasının Türkiye Barolar Birliği Başkanlığına tevdiine karar verilmiştir., D. 8.D., 25.12.1970, E.1970/2260, K.1970/2270, Yenice/Esin, a.g.e., s.445, dp.582.

<sup>72</sup> Avukatlık Kanunu, m.157/1: *"Disiplin kurulu kararlarına karşı, Cumhuriyet Savcısı ve ilgililer, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz edebilirler."*

<sup>73</sup> Serter, a.g.e., s.293; Yasin Sezer/Hüseyin Bilgin, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 4, 2008, s.358.

<sup>74</sup> *"Yasal düzenlemelerden, Avukat olan kişilerin, baro levhasından silinme konusunda karar verme yetkisinin Barolara ait olduğu, ilgililerin aleyhlerine olan kararlara karşı, Yasada bu kişilerin Birliğe 'itiraz edebilecekleri' belirtildiğinden, burada ilgiliye itiraz konusunda tercih hakkı tanındığı anlaşılmaktadır. ... Bu durumda, davacının levhadan silinmesine ve ruhsatnamesinin geri alınmasına ilişkin Baro Yönetim Kurulu kararının kesinleşmediğinden bahisle, dava dilekçesinin Türkiye Barolar Birliğine gönderilmesine ilişkin idare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir."*, D. 8.D., 13.10.2003, E. 2003/1961, K. 2003/3967, <http://www.kazanci.com/>(Erişim Tarihi: 18.07.2016).

yoluna da başvurma hakkının olduğu gerekçesiyle isabet görmemiştir<sup>75</sup>. Danıştay 6. Dairesi, belediye meclislerinin mülga 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 71. ve 72. maddelerinde belirtilen kararları dışında almış oldukları diğer kararların kesin olduğu, ancak bu kararlara karşı ilgililerin doğrudan yargı yoluna başvurabilecekleri gibi, itiraz yolunda kullanabilecekleri, olayda doğrudan yargı yoluna başvurulmuş olması karşısında, işlemin esasının incelenmesi suretiyle hukuka uygunluğunun denetlenmesi gerekirken mercî tecavüzü nedeniyle dosyanın valiliğe gönderilmesinde isabet görmemiştir<sup>76</sup>.

Örnekleri çoğaltılacak Danıştay kararlarında da açık olduğu üzere, idare hukukumuzda idari başvurular hakkında bir kargaşa hali söz konusudur. Kanun koyucu çok az düzenlemede idari başvurunun zorunluluğuna işaret etmiş, pek çoğunda ise yoruma açık sözcükler ve ifadeler kullanmıştır. Bunun sonucunda da gerek mahkemeler gerekse öğreti tarafından farklı yorum tercihleri getirilerek çözümler üretilmeye çalışılmaktadır. İdari mercî tecavüzünün varlığı noktasında getirilen farklı yorumların bireyler hakkında birçok zarara yol açtığı gibi hukuk devleti ilkesini zedelediği de ortadadır. Halbuki hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesine göre, *"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."* Bireylere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması yani mahkemeye erişim hakkı adil yargılamanın temel unsurlarından biridir.

Zorunlu idari başvuru, idare yargıcı tarafında re'sen nazara alınmakla birlikte, bu başvurunun zorunluluğunun kanunda açıkça düzenlenmesi ve başvuru süresinin de kanunda gösterilmiş olması gereklidir. Ancak hukukumuzda zorunlu idari başvuru yolunun çeşitli metinlerde dağınık olarak bulunması, bu yolların tam olarak bilinmesini olanaksız kılmaktadır. İlgili kanunlarda başvuru bakımından dava açma süresi ile mukayese edilemeyecek derecede kısa süreler getirilmektedir. Yukarıda yer verilen kararlarda da görüleceği üzere Danıştay'ın, içtihat yoluyla zorunlu idari başvurular ihdas etmesi de eleştirilebilecek bir

---

<sup>75</sup> "Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 46. maddesinde, disiplin cezalarının verildiği tarihten itibaren hüküm ifade edeceği ve derhal uygulanacağı, 47. maddesinde disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından verilen disiplin cezalarına karşı itirazın bir üst disiplin amirine veya disiplin kuruluna yapılabileceği, 2. fıkrasında, bu Yönetmelikte yer alan disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği belirtilmiş, 48. maddesinde de *"Disiplin amirleri ve disiplin kurulları tarafından verilen disiplin cezalarına karşı yapılacak itirazlarda süre kararının ilgiye tebliği tarihinden itibaren 7 gündür. Bu süre içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir."*, D. 12.D., 13.10.2003, E. 2003/380, K. 2003/2077, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 18.07.2016).

<sup>76</sup> D. 6.D., 14.11.1994, E.1994/2182, K.1994/4194, <http://www.kazanci.com/> (Erişim Tarihi: 18.07.2016).

diğer husustur. Kanunda isteğe bağlı olarak düzenlenen bir idari başvuru, mahkemeler tarafından zorunlu idari başvuru olarak yorumlanabilmektedir. Alman İdari Yargılama hukukunda kanun koyucu tarafından getirilen zorunlu bir idari başvuru yolu bulunmaktadır. Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun (VwGO) 68 ve 69. maddesi uyarınca, iptal davası açılmadan önce, idareye itiraz (Widerspruch) yolu ile başvurulması gerekmektedir<sup>77</sup>. Bu zorunlu başvuru yolu Almanya'da idari işlemin yürütmesini durdurduğu gibi, idari usul mevzuatı gereği idareye itiraz halinde, başvuru bu ayrıntılı usuli güvencelerden de yararlanmaktadır. Almanya'da Federal İdare Mahkemesi, zorunlu idari başvuru süresini hak düşürücü süre olarak kabul etmemektedir<sup>78</sup>.

Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrasına rağmen, uygulamada idari işlem metninde işleme karşı mevcut idari başvuru yolları gösterilmediği ve hak kayıplarına neden olduğu sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Anayasa madde 141 uyarınca, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir. Belirtmek gerekir ki, idari başvuru yolu, yargı yoluna gidilmeden idare ile taraf olunan uyuşmazlıkları daha kısa sürede çözümleme imkanı sağlarken, idari yargıya ilişkin son düzenlemelerin nedeni olarak yansıtılan yargı üzerindeki iş yükünün de azaltılmasında yararlı olabilecek bir etkiye sahip olmaktadır. Ancak, mevzuat belirsizliği yüzünden idareye başvuru yolunun zorunluluğunu ya da bu zorunlu başvurunun süresini bilemeyecek konumdaki davacının, dava açma süresi içinde bir idari işlemin iptali istemi ile açtığı davanın reddedilmesi, hakkının kaybına neden olacaktır<sup>79</sup>. Bu durumda idari merci tecavüzü dışında ilk inceleme neticesinde eksikliği görülmeyen dava dilekçesinin reddi, kanaatimizce idare edilenlerin dava açma hakkını idare lehine sınırlamaktadır. Konuyla ilgili Duran 1946 tarihli bir eserinde de, ilgilinin icrai mahiyette bir karara karşı dava açmadan önce, idari bir başvuru yapmaya zorunlu tutulamayacağını belirterek, "*(K)azaî olmayan merciler nezdinde müracaata bulunulmaması sebebiyle, resen açılan davanın tecavüzü merci noktasından reddolunması usul kaidelerine uygun olmasa gerektir.*" şeklinde bir sonuca varmıştır<sup>80</sup>. Bu noktada, hak arama özgürlüğünün sağlanmasının, idari uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla çözümlenmesi ve yargı üzerindeki iş yükünün azaltılmasından daha önemli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Ayrıca idari yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin kronik hale gelmiş olan

---

<sup>77</sup> Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)/ Code of Administrative Court Procedure, [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_vwgo/englisch\\_vwgo.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html) (Erişim Tarihi: 25.07.2016).

<sup>78</sup> Serter, **a.g.e.**, s.513.

<sup>79</sup> Kaplan, idari başvuruların gerekli ve yeterli bir ciddiyetle incelenmesi gerektiği; aksi takdirde, bu kabil başvuruların idareye yapılan başvuruların sayısının artmasından ve ilgilinin dava açabilmesinin önüne engel teşkil eden formaliteden öte bir anlamı ve işlevi olmayacağını belirtmektedir, Kaplan, **a.g.e.**, s.325.

<sup>80</sup> Duran, **İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi**, s.157.

sorunlar düşünüldüğünde, sadece zorunlu idari başvuruların değil ihtiyari idari başvuruların da mahkemeye ulaşım sürecini idare edilenler aleyhine uzattığı ayrıca ifade edilebilir<sup>81</sup>.

Yukarıda yer verdiğimiz tespitler, esasen iptal davalarına ilişkindir. İdari eylemlerden kaynaklı tam yargı davalarında zorunlu idari başvuru İYUK madde 13 ile açıkça düzenlendiğinden, bu tespitler tam yargı davası bakımından da ele alınabilir. İptal davasına ilişkin idari mercî tecavüzüne getirdiğimiz çekinceler, İYUK madde 13'ün 2. fıkrası ile pekişmektedir. İYUK madde 13'ün 2. fıkrasını "*Görevli olmayan adli ve askeri yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, birinci fıkroda öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz.*" şeklindeki düzenlemesi oluşturmaktadır. Bu halde, zorunlu idari başvuruya ilişkin açık kanun hükmüne rağmen, farklı bir görevli yargı yerinde dava açılması halinde bu başvuru zorunluluğu şartı kanun hükmü ile ortadan kaldırılmakta ve dolayısıyla da idari mercî tecavüzü kanun koyucunun iradesiyle bertaraf edilmektedir. Tam yargı davası, sadece bir tazminat davası ile sınırlı bir içerikten ibaret olmayıp, bireysel hakların iadesinin sağlanması noktasında da geniş bir içeriğe sahiptir. Bu anlamda, zorunlu idari başvuru yolunun, bu geniş kapsamlı dava bakımından dahi yumuşatılması, iptal davası bakımından idari mercî tecavüzü noktasında ortaya çıkan farklı yorumları sorgulatmaya neden olmaktadır.

Diğer taraftan, zorunlu idari başvuru yoluna konu edilen icrai ve kesin olan, yani İYUK bakımından kesin ve yürütülebilir işlemin, idari başvuru üzerine verilecek karar yanında veya dışında ayrıca iptal davasının konusunu oluşturması gerektiği de savunulabilir<sup>82</sup>. Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımı farklı olsa da, sadece zorunlu idari başvuru üzerine verilen kararın iptal davasına konu edilebilmesi, bu başvuruya konu olan işlemdeki hukuka aykırılıkların incelenmesini bertaraf edebilecektir ki bu durum da zorunlu idari başvurunun olumsuzluklarının başında gelmektedir. Örneğin, Kamu İhale Kanunu'nun 56. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*İdare tarafından şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikayet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.*"

---

<sup>81</sup> Öğretide Sancar'a göre, idari başvuruların tamamını, bireye tanınmış bir hak olarak kabul edip, idari başvuruyu iptal davasının zorunlu bir koşu olmaktan çıkarmak gerekir, Sancar, **a.g.m.**, s.82. Akyılmaz, kişilerin dava açma hakkını sınırladığı için eleştirilere konu olan dava açma süresinin adeta daha da kısaldığını; başvuru hakkından haberdar olmayan ilgili için bu durumun, Anayasal bir haktan mahrum olma sonucunu doğurduğunu ifade etmektedir, Bahtiyar Akyılmaz, "Bir İdari Usul İlkesi Daha: Anayasa m. 40/2 Başvuru Yollarının Gösterilmesi", **Yıldızhan Yayla'ya Armağan**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını, 2003, s.89.

<sup>82</sup> Aynı yönde, Öztürk, **a.g.e.**, s.56 vd.

Ekleme gerekir ki, zorunlu idari başvuru yoluna öngörülen idari işlemin, kazanılmış hak yarattığı durumda konu daha da karışmaktadır. Bu işlemin kesin olduğunu belirttiğimiz için, zorunlu başvuru yolunda bu işlemin yürürlükten kaldırılması halinde kazanılmış hakları da olumsuz etkileyebilecektir. Ayrıca zorunlu idari başvuruya konu olan bir idari işlemle ilgili, üçüncü kişilerin de bu başvuru yoluna gitmek istedikleri takdirde konu çetrefilli hale gelmektedir. Zorunlu idari başvuruya konu işlemin sadece bireysel işlem niteliğinde olması nedeniyle bu işlemin muhatabına bildirilmesi ile başlayacak zorunlu idari başvuru süresinin; bu işlemle ilgisi olmadığı düşünülen ancak bu işlemle ilgisi bulunduğunu iddia eden üçüncü kişi için nasıl işletileceği ve bu kişinin yargı yoluna gittiği takdirde konunun nasıl değerlendirileceğinin belirsizliği de ortadadır.

Bu itibarla, bir problem sarmalı haline gelen zorunlu idari başvuru yollarının kanun koyucu tarafından kaldırılması ve idari merci tecavüzünün İYUK'un 14. maddesinin 3. fıkrasının b) bendinde ilk incelenen hususlar arasından çıkarılması hukuk devleti lehine bir çözüm olarak görülmelidir. Zira idarenin işlemlerine karşı bireylere tanınan hak arama özgürlüğü hem hukuk devleti hem de adil yargılanma ilkesinin bir gereği olup, öğretide ve yargı kararlarında dahi netlik kazanmamış, fikir birliğine varılamamış hukuksal kurumların, vatandaşlar tarafından yorumlanmasının beklenmesi hukuk güvenliğine zarar vermektedir. Ekleme gerekir ki çalışmamızda idari merci tecavüzü, idari işlemler bakımından inceleme konusu yapılmıştır. Bununla birlikte, idari eylemlerden kaynaklı tam yargı davaları için de idari merci tecavüzü kavramına yer verilmemesi ve dolayısıyla İYUK madde 13'te ve sair düzenlemelerde yer alan ön karar elde etme zorunluluğunun kaldırılması ile bu kapsamdaki idareye başvurunun ancak ihtiyari başvuru olarak düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği gibi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Bu çerçevede, ülkemizdeki mevcut yaklaşımda idari merci tecavüzü, idare edilenlerin kendileri hakkında tesis edilen işlemlere karşı dava açma haklarını sınırlandıran idari yargılama kurumlarından biri haline gelmiştir.

## SONUÇ

İdari işlemlerin iptal davasına konu olabilmesi için bazı hallerde idari başvuru yolunun tüketilmesi yasal bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. İdari mercî tecavüzü de bu zorunlu idari başvuru, hatta kimi görüşler bakımından ihtiyari idari başvuru yoluna uyulmadığı takdirde dava yoluna başvurulması halinde gündeme gelmektedir. İdari mercî tecavüzü ve ona bağlı sonuçların bir kısmı, İYUK madde 14 ve 15 kapsamında düzenlenmekle birlikte, özel bir düzenlemeye konu olmamıştır. Danıştay ve öğretide idari mercî tecavüzüne konu olan zorunlu idari başvuru ile ilgili genel olarak, hak düşürücü süreden bahsedilmektedir ki kanaatimizce yerinde bir yorum görülmektedir. Diğer taraftan mevzuattaki kargaşa nedeniyle, idari yargı yerlerince idari başvuru yolu ve idari mercî tecavüzü değerlendirmeleri, birbirinden farklı yönde kararların tesisine neden olmaktadır. Bu şekilde uygulamada, idari mercî tecavüzü kavramının bireylerin hak kaybına ve hak arama özgürlüğüne zarar verecek şekilde yorumlandığı görülmektedir. Zorunlu idari başvuruya tabi tutulan idari işlemler, kural olarak icrai ve kesin işlemlerdir; bu işlemler icrai niteliğe doğdukları andan itibaren sahiptir ve hukuksal sonuçlarını da bu andan itibaren ilgililer üzerinde göstermektedirler. Farklı kaygılarla getirilen idareye başvuru zorunluluğunun, uygulamada bireysel yararı sağlamaktan uzaklaştığı belirtilebilir ki, makro ölçekte de kamu yararını sağladığını ifade etmek güçtür. Bir idari usul kanununun halen yürürlüğe konulamaması aslında konunun özünü de bağlantılıdır. Kanaatimizce, idarenin hukuka aykırı işlemleri ve eylemleri karşısında, idare edilenlerin biricik koruyucusu olan idari yargının çıkış noktasını sınırlayan, tamamen idare mekanizmasını güçlendiren, Anayasal dava açma hakkını ihlal eden bir kavramın varlığı hukuk devleti ilkesine zarar verici niteliktedir. Bu itibarla; zorunlu idari başvuru yollarının tamamen kaldırılması ve sonuçta idari mercî tecavüzünün, idari yargılama sistemimizde terk edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

Akıncı Müslüm, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

Akyılmaz Bahtiyar, “Bir İdari Usul İlkesi Daha: Anayasa m. 40/2 Başvuru Yollarının Gösterilmesi”, **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını, 2003, s.83-90.

**Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 3, Eylül 1971.

Ayaydın Cem, **İdare Hukukuna Giriş (II)**, İstanbul: Yenilik, 2008.

Akıncı Müslüm, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

Berk Kahraman, “İdare Hukukuna ve İdari Yargıya İlişkin Değerlendirmeler I”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXV, Sayı 2, 2007, s.35-48.

Candan Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Bs., Ankara: Adalet, 2012.

Code de Justice Administrative, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933>, (Erişim Tarihi: 11.07.2016)

Çağlayan Ramazan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, 3. Bs., Ankara: Asil, 2004.

Çırakman Erol, “İdari Davalarda Süre”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler**, Cilt 1, Ankara: Danıştay Yayını, 1976, s.190-217.

**Danıştay Onikinci Daire Kararları**, Cilt I, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No:22, Ankara: Güneş, 1976.

Duran Lütfi, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XI, Sayı 1-2, s.238-263.

Duran Lütfi, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XII, Sayı 1, 1946, s.130-199.

Duran Lütfi, “İdari İşlemden Sorumluluk, İptal Davası-Tam Yargı Davası”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXXIII, Sayı 3-4, s.3-26.

Erkut Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara: Danıştay Matbaası, 1990.

Erkut Celal/Soybay Selçuk, **Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar**, İstanbul: Beta, 2001.

Ersoy Neşet, “İdari Davalarda Süre”, **Türk İdare Dergisi**, Sayı 326, Yıl 41, Eylül-Ekim 1970, s.20-27.

Giritli İsmail/Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun/Berk Kahraman, **İdare Hukuku**, İstanbul: Der, 2013.

Gönen Yakup, “Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul Ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası İle Karşılaştırılması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1, 2016, <https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/Yakup%20G%C3%96NEN%207-1.pdf> (Erişim Tarihi: 11.07.2016).

Gözübüyük A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 12. Bs., Ankara: Turhan, 1998.

Gözübüyük A. Şeref/Dinçer Güven, **İdari Yargılama Usulü**, Ankara: Turhan, 2001.

Gözübüyük A. Şeref/Tan Turgut, **İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku**, 4. Bs., Ankara, Turhan: 2010.

Hatipoğlu Cengizhan, “İdari Mercî Tecavüzü ve Dört Gri Alan”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 21, Nisan 2015, s.359-384.

Kalabalık Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, İstanbul: Değişim, 2006.

Kaplan Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, 3.Bs., Ankara: Turhan, 2011.

Karavelioğlu Celal, **Açıklamalı ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara: Karavelioğlu, 2009.

Onar Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 3, Bs.3, İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık, 1966.

Özkan Gürsel, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru Yolları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 5, Sayı 17, Nisan 2014, s.63-110.

Öztürk Burak, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Ankara: Yetkin, 2015.

Özyörük Mukbil, **İdare Hukuku İdari Yargı Ders Notları**, Ankara: 72 Teksir-Daktilo-Fotokopi, 1975.

Sancar Mithat, “İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 1, Mart 1990, s.69-88.



- Sarıca Ragıp, **İdari Kaza, C.1. İdari Davalar**, İstanbul: Kenan Matbaası, 1949.
- Serter Yusuf Sertaç, **İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular**, Ankara: Adalet, 2015.
- Sezer Yasin/Bilgin Hüseyin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 4, 2008, s.337-366.
- Sezginer Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara: Yetkin, 2000.
- Tan Turgut, “İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanunun Uygulanması”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 4, 1969, s.99-115.
- Uler Yıldırım, **Yönetmelik Yargıda Dava Açma Süresi, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı**, Ankara: Danıştay Yayını, 1990, s.209-263.
- Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)/ Code of Administrative Court Procedure, [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_vwgo/englisch\\_vwgo.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html) (Erişim Tarihi: 25.07.2016).
- Yenice Kazım/Esin Yüksel, **Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdarî Yargılama Usûlü**, Ankara: Arisan, 1983.
- Yıldırım Ramazan, **İdari Başvurular**, 2.Bs., Konya: Mimoza, 2006.
- Yılmaz Dilşat, **İdari İşlemin İcraîlik Özelliği**, Ankara: Astana, 2014.
- <http://www.idariyargi.org/>
- <http://www.kazanci.com/>
- <http://legalbank.net/>



# ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜ'NDE “DOKUNULMAZLIK” DÜZENLEMESİ

*Immunity in the Statute of the International Criminal Court*

**Yrd. Doç. Dr. Ozan Ercan TAŞKIN<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 28.09.2016

Kabul Tarihi: 27.12.2016

## ÖZET

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, dokunulmazlık meselesini, gerek ulusal ceza hukuk düzenlemelerinden gerekse geleneksel uluslararası hukuktan farklı olarak ele almış ve büyük oranda kapsamını kesinliğe kavuşturmuştur. Statü, resmi görev ayrımı yapılmadan, herkese eşit şekilde uygulanır. Statü'nün, resmi unvan ile ilişki kurulmaması başlıklı 27. maddesinde içeriğini bulan husus, uluslararası ceza hukukunun genel kısmının oluşturulmasında önemli eşiklerden biridir. Bununla birlikte Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün dokunulmazlığı düzenleyen 27. maddesi kapsamının açıklığa kavuşturulması gerekir. Sanık lehine olmak üzere, hangi hallerde dokunulmazlık söz konusu olacaktır? Uluslararası Ceza Mahkemesi, dokunulmazlık koruması altında olan kişiler bakımından ceza yargılaması gerçekleştiremeyecek midir? Diğer taraftan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine dâhil olan uluslararası suçlar bakımından, temel meselelerden biri “kişisel dokunulmazlık, görevle ilgili dokunulmazlık” ayrımının nasıl yapılacağıdır? Statü'ye taraf olan devlet bakımından ilgili maddenin etkisi ne olacaktır? Zira maddede kullanılan kavramlar bir ölçüde tartışmaya açıktır. Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletler bakımından “*res inter alios acta non*” (iki kişi arasında anlaşma, üçüncü kişiyi bağlamaz) ilkesi geçerli olacaktır. Dolayısıyla Statü'ye taraf olmayan devletler bakımından ilgili maddenin geçerli olması söz konusu olamaz.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Ceza Mahkemesi, Uluslararası hukuk, Dokunulmazlık, Tamamlayıcılık ilkesi, Uluslararası ceza hukuku. Kişisel dokunulmazlık, işlevsel dokunulmazlık.

## ABSTRACT

The statute of international criminal court discusses the issue of immunity different from the national criminal law regulations and traditional international law, also defines the extent of inefficiency. The statute applies equally to all persons without any distinction based on official capacity. The subject, which is described in article 27(article title, irrelevance of official capacity) of Statute, is one of the important cores to form the general part of the international criminal law. However article 27, which defines the immunity from prosecution of international criminal court, has to be clarified. In which cases, immunity that is in favor of the accused, will be discussed? Isn't International Criminal Court going to procedure the criminal trial about the people who are under the protection of immunity? On the other hand, one of the issues of international crimes, which are under the judiciary power of International Criminal Court, is that how the personal immunity and functional immunity will be discriminated? What will be the effect of the mentioned article according to the contracting states? This is because the terms, which are used in the article, are controversial. “*res inter alios acta non*” (a contract done between others does not harm or benefit others) principle is valid for the states, which are not the part of Rome Statute. Therefore, the mentioned article is not binding for the states, which are not the part of Rome Statute.

**Keywords:** International Criminal Court, International law, Immunity, Principle of complementarity; International criminal law, Personal immunity, Functional immunity.

<sup>1</sup> Yrd. Doç. Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.(oetaskin@anadolu.edu.tr)

## 1. Giriş

Ceza hukukunda dokunulmazlık (bağışıklık) meselesi, gerek norm tekniği, gerekse ulusal ve uluslararası ceza siyasetinin içeriğinden kaynaklanan nedenlerle, ortaya çıkışından itibaren tartışmaları ve farklı uygulama örneklerini beraberinde getirmiştir. Konu, karşılaştırmalı hukukta; ilk olarak insan hakları, ikinci olarak da uluslararası ceza hukuk boyutunda ele alınmaktadır.<sup>2</sup> Tarihsel olarak egemenliğin temsilcisi olan kişilerin, devletin vücut bulmuş hali oldukları kabul edilir. Devletin temsilcilerinin dokunulmazlığı, bir anlamda egemenliğin de dokunulmazlığı anlamına gelir.<sup>3</sup> Bu durum ise tüm devletler ve onların temsilcileri arasında biçimsel bir eşitliğe işaret eder.<sup>4</sup>

Ulusal ceza hukuku açısından dokunulmazlık, genel ilkelere göre cezalandırılabilir olan bir davranışa yönelik olmak üzere, bağışıklık anlamında

<sup>2</sup> Atilla TANZI, "Su Immunita ed Evoluzione della Societa Internazionale", Le Immunita nel Diritto Internazionale, Temi Scelti (a cura di Alessandra Lanciotti-Atilla Tanzi), G. Giappichelli Editore, Torino 2006, s. 1. Uluslararası ceza hukuku, yerine "devletler ceza hukuku" terimi de kullanılmaktadır. Örnek olarak bkz. Nimet GÜLLER/Hamide ZAFER, *Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı*, Information and ratification campaign on the ICC in Turkey, Russia, Gustav-Stresemann Institut, Bonn 2006, s. 1.

<sup>3</sup> Dokunulmazlık kavramının tarihsel gelişimi/teorileri hakkında ve *par in parem non habet imperium* (kimse kendisiyle eşit olan kimse üzerinde kudret sahibi değildir) ilkesi hakkında (bkz. Jürgen BRÖHMER, *State Immunity and Violation of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, London 1997, s. 14 vd. Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/Ahmet Caner YENİDÜNYA. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara 2016, s. 183 vd. Ayrıca bkz, Bülent YÜCEL, "Westphalia Antlaşmasından Nice Antlaşmasına Egemenlik Kavramının Tarihsel Seyri ve Bir Prototip Olarak Avrupa Birliği", AÜEHFD, C, X, S. 1-2, 2006, s. 166 vd; Dapo AKENDE, "International Law Immunities and the International Criminal Court", The American Journal of International Law, Vol. 98, No. 3 (Jul., 2004), s. 407. Yayım, İstanbul 2007, s. 245-253., R. Murat ÖNOK, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 6 vd.

<sup>4</sup> Ersan ŞEN, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 115. "Ancak Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin kurulmasıyla, tarihsel olarak Vestfalya Antlaşması ile oluşturulmuş olan devletlerin eşit egemenliğinden kaynaklı temsilcilerinin dokunulmazlığı ilkesi mutlak olmaktan çıkmaya başlamıştır. Özel mülkiyeti, kişiler arası serbest ticareti kabul etmeyen Sovyetler Birliği, ticareti de devlet şirketleri aracılığıyla gerçekleştiriyordu. Bu noktadan itibaren, uluslararası hukukta şirket temsilcilerinin –ceza- dokunulmazlıklarının olup olamayacağı sorun haline gelmişti. Avrupa ülkelerinin bir kısmı (örneğin Belçika, İtalya) bir diplomatik görevlinin hukuki anlamda dokunulmazlıktan faydalanması için yapılan faaliyetin kamusal esaslı olmasını arayarak, doğası gereği özel hukuka tabi olacak işler/kişiler açısından dokunulmazlık ilkesini kabul etmediler." Bkz. TANZI, s. 5. Diplomasi dokunulmazlığının hukuki temeli hakkında kısa başlıklar için bkz. Nur CENTEL/Hamide ZAFER/Özlem ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Basım A.Ş., 9. Baskı, İstanbul 2016, s. 139. Bulunduğu yabancı ülkede suç işleyen ülke temsilcisi, o ülkede suç işlemesi durumunda, ceza kanunlarının muhatabı değildir. Bu kişi istenmeyen kişi sayılır ve ülkeyi terk etmesi istenir. Bkz. Zeki HAFIZOĞULLARI/Muharrem ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara 2011, s. 51.

bir istisna oluştururken, uluslararası hukuk bakımından genel bir düzenlemedir. Buna karşılık uluslararası ceza hukukunda<sup>5</sup> dokunulmazlığın kabul edilmediği örnekler mevcuttur. Nitekim Nürnberg Statüsü'nden başlayarak, *ad hoc* kurulmuş mahkemelerde, failin resmi sıfatının cezasızlık veya indirim nedeni olamayacağı kabul edilmiştir.<sup>6</sup> İkinci Dünya savaşından sonra yaşanan can ve mal kayıplarının büyüklüğü karşısında dokunulmazlık meselesinde farklı bir örnek olarak Nürnberg Statüsü'nün 7. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “*Sanığın, ister devlet başkanı veya isterse de hükümet dairelerinde resmi sorumlu olarak resmi pozisyonu, sorumluluktan kurtarıcı veya cezayı azaltıcı bir neden olarak değerlendirilmeyecektir.*” Tokyo Statüsü'nün 6. maddesinde, sanığın resmi pozisyonunun cezai sorumluluğu ortadan kaldırmadığı ancak adaletin gerektirmesi halinde Mahkeme'nin bu durumu cezada indirim nedeni olarak değerlendirilebileceği vurgulanmıştır. Soykırım Sözleşmesi, benzer bir şekilde 4. maddesinde resmi unvana dokunulmazlık imkânı vermemiş ve tıpkı diğer soykırım suçu faileri gibi, resmi sıfat sahibi failerin de yargılanıp cezalandırılacaklarını açıkça ifade etmiştir.<sup>7</sup> Tarihe *Eichmann Davası* (Eichmann: Yahudi halkına karşı farklı suçlar işlemekle itham edilen, üst düzey Nazi subayı) olarak geçen yargılamada, savunma makamı tezini fonksiyonel dokunulmazlık üzerine oluşturmuştu. *Eichmann*, devletin organı olarak iddia edilen eylemleri işlediğini ve uluslararası hukuk kurallarınca yargılanmasının mümkün olmadığını iddia etmişti. İsrail Temyiz Mahkemesi, fonksiyonel dokunulmazlığın, uluslararası suçlar bakımından bir koruma sağlayamayacağını vurgulamıştır. Aynı mahkemeye göre, bu suçlar devlet egemenliğiyle ilgili koruma sahasının alanının dışındadır.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Ceza hukuku çalışanların, uluslararası ceza hukuku konusunda yeteri kadar çalışmadıkları ve bu alanı “çetin ceviz” olarak gördükleri yönündeki değerlendirmeler için bkz. Mauro CATENACCI, “*Brevi note in Tema di Immunità Penale nell'ICC Statute*”, in Studi in Onore di Franco Coppi, Volume II, G. Giappichelli Editore, Torino 2011, s. 765-766.

<sup>6</sup> Bkz. Uğur, BAYILLIOĞLU, “*Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye*”, AÜHFD Yıl 2007, C.56 S.1, s. 88.

<sup>7</sup> Durmuş TEZCAN/Mustafa Ruhan ERDEM/R. Murat ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 419; Uğur BAYILLIOĞLU, “*Uluslararası Adalet Divanı'nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme*”, AÜHFD, Cilt: 55, Sayı: 4, 2006, s. 40. Alessandra LANCIOTTI, “*Limiti alle Immunità degli Organi nello Statuto della Corte Penale Internazionale*” Temi Scelti (a cura di Alessandra Lanciotti-Atilla Tanzi) G. Giappichelli Editore, Torino 2006, dpn. 7, s. 58-59. Bkz. R. Murat ÖNOK, *Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor*, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, Ankara 2010, s. 53. Dokunulmazlık genel kuralının diğer istisna örnekleri olan Ruanda ve Eski Yugoslavya Mahkeme Statü örnekleri için bkz. BAYILLIOĞLU, *Uluslararası Adalet Divanı*, s. 41 vd.

<sup>8</sup> CATENACCI, s. 768. Aksi yönde örnek için bkz. Yusuf AKSAR, “*Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku*” AÜHFD, Cilt: 52, Sayı:4, 2003, s. 131 vd.

Bu örnekler ayrıık olmak üzere, geleneksel ceza hukuku ve Uluslararası Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin egemenliklerinin eşit olduğu ilkesini esas alarak, bir devletin başka bir devlet üzerinde yargı yetkisinin olmadığını kabul etmektedir.<sup>9</sup> Bununla birlikte örneğin Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15. maddesinin 1. fıkrasında karşılığını bulan kanunilik ilkesinin sınırı, yine aynı maddenin 2. fıkrasında çizilmiştir: *"Bu maddenin hiçbir hükmü, işlendiği sırada uluslar topluluğunun kabul ettiği genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil ya da ihmal yüzünden bir kimsenin yargılanmasını ya da cezalandırılmasını engelleyemez."*<sup>10</sup> Aynı şekilde Uluslararası Adalet Divanı, dokunulmazlıkla, cezasızlık arasında ince bir çizgi olduğunu kabul eder.<sup>11</sup>

*Ad hoc* mahkeme örnekleriyle de uyumlu olarak, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, Mahkeme nezdinde ulusal veya uluslararası hukuktan kaynaklanan dokunulmazlığın etkisiz olacağını hükme bağlamıştır.<sup>12</sup> Bu çalışmada açıklanmaya çalışılacak olan UCMS'nin resmi unvan ile ilişki kurulmaması başlığını taşıyan, 27. maddesinin birinci fıkrasına göre: *"Bu Statü, resmi görev ayrımı yapılmadan, herkese eşit şekilde uygulanır. Özellikle devlet veya hükümet başkanı, hükümet veya parlamento üyesi, seçilmiş bir temsilci veya bir hükümet memuru hiçbir şekilde bu Statü altında cezai sorumluluktan muaf tutulamaz veya resmi unvan cezanın indirilmesi için bir neden teşkil etmez; 2. fıkrasına göreyse: Ulusal veya uluslararası hukuk çatısı altında olsun veya olmasın, bir şahsın resmi unvanıyla bağlantılı olan bağışıklık veya usul kuralları, Mahkeme'nin böyle bir şahıs üzerinde yargı yetkisini kullanmasına engel teşkil etmez."*

Ceza hukukunun temel ilkeleri başlığını taşıyan Statü'nün 3. bölümünün (m. 22-33) bir bütün olarak uluslararası ceza hukukunun genel kısmının oluşturulmasında önemli bir aşamaya işaret ettiği kabul edilir: *"UCM'nin kurulmasına kadar, maddi ceza hukuku boyutunda, uluslararası hukukta bir nevi "özel kısım" oluşturulmuştu. Adalet mekanizması, tek tek fiiller bakımından özellikle ad hoc mahkemeler ve statüleri marifetiyle işletilebilir hale gelmişti. Gerek öğretinin gerekse ad hoc mahkemelerin özel kısma ilişkin*

<sup>9</sup> AKSAR, s. 132; M. Cherif BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, s. 465; BAYILLIOĞLU, *Uluslararası Adalet Divanı*, s. 34; Alia YILMAZ, *Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı*, Beta, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 150-152.

<sup>10</sup> Bu konuda bkz. M. Cherif BASSIOUNI, *"Le Fonti e i Contenuti del Diritto Penale Internazionale"*, Giuffré Editore, Milano 1999, s. 62. *"Hulâsa, bugün müspet devletler hukuku, ferdin bu hukukun şahsı olduğunu ve netice olarak da milletlerarası suçun faili olabileceğini kabul etmiştir."* Bkz. Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, *Devletlerarası Ceza Hukuku*, Türk Hukuk Kurumu Telif ve Tercüme Serisi No: 22, Ankara 1959, s. 83.

<sup>11</sup> Bkz. Antonio PANETTA, *L'Immunità dalla Giurisdizione Penale degli Organi Costituzionali in Carica Accusati di Crimini Internazionali*, Università di Roma- Sapienza, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Roma 2012, s. 114 vd. ayrıca bkz. s. 139.

<sup>12</sup> AKENDE, s. 419.

*oluşturduğu zengin birikime nazaran, uluslararası ceza hukukunda genel kısmın eksik olduğu ve genel kısım konusunda oluşan kısmi içtihat birikiminin de, içeriği belirsiz ve kuşku bir zemine işaret ettiği kabul ediliyordu. Bu anlamda modern ceza hukuku tanımlamasına yol açan, suç ve cezada kanunilik, fil ceza hukuku, kişisel sorumluluk gibi bazı kazanımlara sadık kalmak mecburiyetiyle, uluslararası hukukun, kendine özgü yapısı arasındaki çatışma normal kabul edilmelidir. Nitekim uluslararası hukuk, gelenek ve akde dayalıdır. Diğer taraftan bu alana özgü suçlar, özel olarak ağır kabul edilir ve geniş alanları etkiler. Dolayısıyla yeni bir hukuksal sahanın tanımlanmasında, tek tek vakalar şeklinde ortaya çıkan suçlar, zamanla sosyo politik tercihleri etkiler ve sonuç olarak bu durumla ilgili suç siyasetine dair değerlendirmeler de farklılaşabilir. Roma Konferansına kadar uluslararası ceza hukuku 'kendine özgü' bir sistem gibi algılanmıyor ve bu nedenden dolayı sadece ender (biraz da keyfi) olarak ceza hukuku öğretisinin çalışmalarına konu oluyordu. Dolayısıyla ceza hukuku öğretisi tarafından odaklanılan, derinleştirilmek istenen bir alan değildi... Bu yüzden UCM'nin ceza hukukunun genel ilklerine özgülenmiş kısmı, uluslararası ceza hukukunun bu konudaki eksikliğini telafi eder niteliktedir. Tarihte ilk olarak uluslararası ceza mahkemesi, diğer ad hoc mahkemelerden farklı olarak, karmaşık ve titiz bir şekilde 'genel kısım' tartışması yapmak zorundadır. Statü ile ceza hukuku medeniyetinin genel olarak ulus ceza hukuku kavramlarıyla bağlantılı olmakla birlikte bir dizi bağ ve engelle sınırlandırılmış olan cezai sorumluluğu engelleyen bazı ilke ve kurumlarına (örneğin amirin emrini yerine getirme) devlet ceza hukuklarından farklı -ve en azından başlangıç olarak- içerik verilmiş; ortak bir uluslararası suç kavramlaştırmasına gidilmiştir. Genel kısma ilişkin boşluğun tam anlamıyla giderildiğini söylemek mümkün değildir. Buna yönelik zorluğun ve sorunların bir nedeni de UCM'nin hâlâ etkin faaliyet yürütememesidir. Roma Statüsü'yle kesin ve tanımlayıcı bir kodifikasyon yapıldığı da söylenemez. Nitekim 'uluslararası hukuka göre', 'Statü'den ayrı olarak' gibi ifadeler ve aynı fiili ifade etmek için kullanılan farklı terimlerin varlığı her biri kendi statüsüne sahip olan yeni ad hoc mahkemelerin oluşmasına da neden olabilir. Ayrıca Statü'ye taraf devletlere yönelik işbirliği çağrılarını, bu devletlerin iç hukukları bakımından uyum sorunlarına yol açacaktır. Ülkeler arası var olan politik farklılıklar veya düşmanlıklar da, iç hukuklarının Statü ile uyumlu olmasında belirleyici olacaktır. Tüm bu hususlar, taraf devletlerin Statü'ye dair kolektif bir bilinç oluşturmasını da sekteye uğratabilecektir. Bununla birlikte, tüm bu kayıtlar akıldan çıkarılmaksızın, UCM'nin ad hoc mahkemelerin gerek maddi gerekse muhakeme ceza hukuku boyutunda deneyimlerini aşmayı hedeflemiş olduğu inkâr edilemez. Bu yüzden Statü'nün dokunulmazlığın etkisizliğine/resmi unvan ile ilişki kurulmamasına ilişkin 27. maddesi, tam ve gerçek anlamda genel kısma dair fikir birliğinin oluşturulmasında önemli bir aşamayı temsil eder."<sup>13</sup>*

---

<sup>13</sup> CATENACCI, s. 699-772.

Dokunulmazlığın etkisizliğiyle ilgili düzenleme, Statü'nün dibace bölümünde ifade edilen, uluslararası barışı bozan, tüm uluslararası toplumu endişeye sevk eden ve neredeyse cezasız kalan uluslararası suçların faillerinin cezalandırılmalarının sağlanması amacıyla uyumlu olmanın yanı sıra, bu amacın gerçekleştirilmesinde de önemli bir işleve sahiptir. Öğretide yaygın olarak ifade edildiği üzere, uluslararası suçlarla, diğer suçlar arasında büyük farklar vardır. İç hukuk sistemlerinin müdahale sahasına ait olan suçlar, istisna örnekler hariç olmak üzere, genellikle sıradan bireylerin işledikleri ve kriminolojik açıdan da "sapma" olarak ele alınabilecek "mikro suç"; uluslararası suçlarsa, -en azından olayların pek çoğunda- "makro suç" kavramlaştırması kapsamında ele alınabilir. İkinci kategori suçlar, faillerinin gerek sosyal, gerekse kurumsal pozisyonları nedeniyle kolektif içerik taşırlar. Bu anlamda birçok somut örnekte, bir grup idari, siyasi veya askeri "elitin", strateji olarak, politik veya ekonomik bir amacı gerçekleştirmek üzere ve geniş bir coğrafyada etkili olan uluslararası suçları, "üstün emir gücünün de kötüye kullanılması"<sup>14</sup> yoluyla işledikleri açıktır. O halde, uluslararası suçlar, "devlet aklı" (*ragion di stato*) mekanizmasının bir sonucudur.<sup>15</sup>

## 2. Statü ve Resmi Unvanın Ceza Yargılamasında Etkisizliği İlkesi

Kişilerin işlediği suçların UCM'nin yargı yetkisine dâhil olduğu hallerde, şu sorun ortaya konulmaktadır:<sup>16</sup> Sanık lehine olmak üzere, hangi durumlarda dokunulmazlık söz konusu olacaktır? UCM, dokunulmazlık koruması altında olan kişiler bakımından ceza yargılaması gerçekleştiremeyecek midir?

<sup>14</sup> Öğreti görüşleri ve tamamı bakımından bkz. CATENACCI, s. 772. "Bu kişiler genellikle hükümet mensubudurlar; devrimler, etnik-politik içerikli çatışmalar ve savaşların yol açtığı buhranlardan siyasi/ekonomik avantajlar elde ederler veya daha basit bir şekilde yetkilerini keyfi olarak kullanırlar. Aslında uzlaşıyla çözülebilecek krizleri zincirleme etki mekanizmasıyla derinleştirirler." Bkz. CATENACCI, s. 772.

<sup>15</sup> "Çoğul devletli hukukun oluşturulmasında, tek devletli hukuktan farklı olarak, devlet aklı kavramlaştırmasında karşılığını bulan anlayışın tam tersi bir şekilde kültürel farklılıkları uyumlaştırmayı hedeflemiş bir hat çizilmelidir. Ancak bu hat sayesinde ve UCM vasıtasıyla verilecek ceza 'ortak insanlık bilinci'nin oluşturulmasına ve bir anlamda medeniyetin ortak kurallarının kuvvetlendirilmesine hizmet edebilir. Öyleyse uluslararası ceza hukukunun genel kısmına ilişkin bir tartışma, bir anlamda 'devlet aklı'nın oluşturduğu 'cezasızlık' kavramı eleştirisi yapmadan olanaklı değildir." Bkz. Luigi CORNACCHIA, *Funzione della Pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffré Editore, Milano 2009, s. 80 ve 117; CATENACCI, s. 772.

<sup>16</sup> Bu çalışma, Statü'nün 27. maddesi bağlamında dokunulmazlık meselesini ele almaktadır. UCM mevzuatı, kendi faaliyetlerini yürütenlere yönelik bir dizi dokunulmazlık ve ayrıcalık içeren hüküm barındırır. Örneğin, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ayrıcalıkları ve Bağışlıkları Hakkında Anlaşmaya (özellikle bkz. m.1) ve Statü'nün 48. maddesinin birinci fıkrasına göre: "Mahkeme, her Taraf Devletin ülkesinde, amaçlarını yerine getirebilmek için gerekli ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanır."



Esas itibarıyla insanlığa karşı suçların, ağırlıklı olarak resmi unvan sahibi olanların yönlendirilmesi veya katılımı olmadan gerçekleşmesi pek mümkün değildir. Aynı şekilde bu kişilerin, ceza yargılamasında dokunulmazlıktan faydalanarak cezasız kalmaları da çoklukla karşılaşılan bir durumdur. UCMS, söz konusu kişilerin cezasız kalmasını engellemek için dibace bölümünün 4. paragrafında: “*Uluslararası toplumu bir bütün olarak yakından ilgilendiren, en ciddi suçların cezasız kalmaması ve ulusal düzeyde ve uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesi suretiyle, bu suçların etkin bir şekilde kovuşturulmasının, güvence altına alınması gerektiğini teyit ederek* ve 5. paragrafında, “*bu suçların faillerinin, cezasız kalmasına son verme ve böylece bu tür suçları önleme konusunda kararlı olarak*”, ifadelerine yer vermiştir. UCMS 27. madde anlamında, resmi unvana sahip bir kişinin, Mahkemenin yetkisine giren bir suç işlediğinde, dokunulmazlık korumasından faydalanması söz konusu olamaz. Dokunulmazlığın iç kamu hukukundan veya uluslararası hukuktan kaynaklanmış olmasının önemi yoktur. Bu durum, geleneksel uluslararası ceza hukuku anlamında dokunulmazlık kavramıyla çelişir ve ciddi bir kopuşa işaret eder.<sup>17</sup> Statü, 27. madde düzenlemesiyle *ad hoc* mahkemelerinin statülerine uygun bir hat izlemiştir. Nitekim Statü'nün hazırlık çalışmalarında, özellikle eski Yugoslavya ve Ruanda için söz konusu olan mahkeme statülerine atıflarda bulunulmuştur.<sup>18</sup>

Mahkemenin yargı yetkisine dâhil olan uluslararası suçları işleyen kişi, unvanının ne olduğundan bağımsız olarak cezalandırılacaktır. Mahkeme, cezai sorumluluğu tayin ederken, suçlanan kişinin resmi pozisyonuyla bağlı değildir. Bu husus madde metninde geçen ‘*eşit şekilde*’ (*equally*) deyimıyla ifade edilmiştir. O halde suç ister özel bir kişi, isterse asker veya sivil organ tarafından işlenmiş olsun fail cezalandırılacaktır. Bu duruma devlet adına faaliyet yürüten en kıdemli kişiler de dâhildir. Ayrıca suçlanan kişinin unvanı, cezanın tayininde ve indirim nedenleri arasında dikkate alınmaz (UCMS m. 27/1, son cümle). Cezanın hesaplanmasında dikkate alınacak hususlara işaret etmesi nedeniyle bu kesinliğin<sup>19</sup> Statü'nün dibace bölümünde işaret edilen amaçları gerçekleştirmek bakımından önemli olduğu açıktır.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Ülkü HALATÇI, “*Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisini Kullanabilmesinin Önkoşulları*”, Uluslararası Hukuk&Politika (Uluslararası Ceza Mahkemesi Özel Sayısı), Yıl: 1, Sayı: 3, 2005, s. 70; GÜLLER/ZAFER, s. 32.

<sup>18</sup> Otto TRIFFTERER, “*Article 27. Irrelevance of Official Capacity*”, in TRIFFTERER O. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Baskı, Münster/Oxford/Baden-Baden 2008, s. 779 ve 783.

<sup>19</sup> LANCIOTTI, s. 57.

<sup>20</sup> PANETTA, s. 139. Mahkeme, Statü'nün 78. maddesine göre cezayı tespit ederken diğer nedenlerin yanında sanığın bireysel koşullarını da dikkate almak zorundadır. Aynı şekilde ‘Usul ve Delil Kuralları’nın 145 numaralı kuralında cezanın belirlenmesinde hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenlere işaret edilirken “hafifletici” nedenler örnek

Ulusal veya uluslararası hukuktan kaynaklanan dokunulmazlığın kimler için etkisiz olduğunun tespiti gerekir.<sup>21</sup> Statü'nün 27. maddesinin 1. fıkrasında ifade edildiği biçimiyle "resmi unvanın" dikkate alınmayacağı listeleme yapmak yoluyla da ifade edilmiştir. Buna göre; devlet veya hükümet başkanı, hükümet veya parlamento üyesi, seçilmiş bir temsilci veya bir hükümet memurunun UCM önünde dokunulmazlığından söz edilemez. Resmi unvanın yargılamada etkili olmayacağına yönelik ilke, bu liste marifetiyle daha açık/belirgin hale getirilmiştir. Mahkemenin yetkisine giren suçlardan dolayı hiç kimse cezai sorumluluktan muaf olamaz. Söz konusu liste öğretinin genel kabulüne göre sınırlandırıcı değil örnek kabilindedir.<sup>22</sup> Nitekim maddenin, ilk cümlesinde "bu Statü, resmi görev ayrımı yapılmadan, herkese eşit şekilde uygulanır" dendiğinden sonra, ikinci cümlede özellikle denilerek bazı görevliler sayılmış ve bunlar bakımından dokunulmazlığın geçersizliği vurgulanmıştır. Amaç, uluslararası hukuktan kaynaklı olarak dokunulmazlık hakkının UCM nezdinde geçerli olmadığına vurgu yapmak olmasa da, yol açtığı şüpheler nedeniyle maddenin tartışmalı bir norm yapma tekniğinin ürünü olduğu söylenebilir.<sup>23</sup>

Statü'nün 27. maddesinin ilk fıkrasında, doğrudan doğruya "dokunulmazlık" kavramına değinilmeden, kişinin resmi unvanına vurgu yapılmaktayken; ikinci fıkrada ulusal veya uluslararası hukuk çatısı altında var olabilecek dokunulmazlığın, UCM yargılamasında etkisinin olmadığı ifade edilmiştir.

### 3. Dokunulmazlığın Etkisizliğinin Kapsamı

Bilindiği üzere uluslararası ceza hukukunda iki tür dokunulmazlık vardır:<sup>24</sup> *Göreve ilişkin* (fonksiyonel) dokunulmazlık ve *kişisel* dokunulmazlık. Uluslararası hukukun geleneksel kurallarının uygulanması halinde ve kural olarak, şöyle bir sonucun ortaya çıkması mümkündür: Görevleriyle ilgili olmak kaydıyla, devlet veya hükümet başkanları, dışişleri bakanları, diplomatik ajanlar uluslararası suçlardan dolayı görevleri sona erdikten sonra dahi görevleriyle ilgili suçlardan dolayı yargılanamaz ve cezalandırılmazlar.<sup>25</sup>

---

kabilinden sayılmıştır. UCM, belirli koşulların varlığı halinde cezada indirim yapacaktır.

<sup>21</sup> AKENDE, s. 420. Çalışmada etkisizlik olarak ifade ettiğimiz husus, "resmi görevin mazeret teşkil etmemesi" şeklinde de ifade edilebilir. Bkz. ÖNOK, *Tarihi*, s. 251.

<sup>22</sup> Paola GAETA, "Official Capacity and Immunities in The Rome Statute of the International Criminal Court " A Commentary by A. Cassese, P. Gaeta and J. Jones (edit.), vol. 1, Oxford 2002, s. 990; LANCIOTTI, s. 60.

<sup>23</sup> Bkz. CATENACCI, s. 775.

<sup>24</sup> Zanetti VIVIANA, *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale Come Problema Costituzionale*, Università degli Studi di Ferrara, Yayınlanmamış doktora tezi, Roma 2009, s. 94; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 419.

<sup>25</sup> Alessandra VIVIANI, *Crimini Internazionali e Responsabilità dei Leader Politici e Militari*, A. Giuffrè Editore, Milano 2005, s. 75.

Fonksiyonel dokunulmazlıkla (*ratione materie*); devlet adına faaliyet yürüten organ/kişinin, görevi nedeniyle başka bir devlet mahkemesi önünde yargılanmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Bu dokunulmazlık, devlet adına 'resmi' faaliyet yürüten herkesi kapsar ve görev süresi sona erdikten sonra da devam eder, yani daimidir.<sup>26</sup> Faaliyeti yürütenin, fiili, temsilcisi olduğu devlet adına ve hesabına gerçekleştirdiği kabul edilir. Düzenlemeyle devletlerarası eşitlik ilkesinden hareketle; bir devletin, başka bir devletin müdahalesi olmaksızın faaliyet yürütmesinin güvence altına alınması amaçlanmıştır.<sup>27</sup> Statü, bu fıkra dokunulmazlıktan faydalanamayacak olanların listesini, geleneksel olarak dokunulmazlıktan faydalananları esas alarak oluşturmuştur.<sup>28</sup> Bu dokunulmazlık türü bakımından sorun, yapılan işin "resmi" nitelikte olup olmadığı yönünde tespitite yaşanan güçlüktür.

Kişisel dokunulmazlık (*ratione personae*) ise dar anlamda belirli bir grup kişi için söz konusudur. Devlet ve hükümet başkanı, dışişleri bakanı, diplomatik ajanların, gerek görevle ilgili dokunulmazlıklarının yanı sıra kişisel suçları bağlamında da dokunulmazlıkları vardır. Amaç cezalandırılma tehdidi olmaksızın bu kişilerin faaliyetlerini yerine getirebilmeleridir.<sup>29</sup> Fonksiyonel dokunulmazlığın maddi ceza hukuku boyutu varken, kişisel dokunulmazlığın ceza yargılamasında muhakeme şartı olma karşılığı vardır. Kişi, görevi sona ermiş olmasına rağmen, bulunduğu yabancı ülkeden ayrılmamışsa, kişisel dokunulmazlık hakkının olduğunu iddia edemez. Bu halde henüz görevliyken işlemiş olduğu kişisel suçtan ötürü yargılanması da mümkün olacaktır. Başka bir ifadeyle yabancı ülkede görev yapan kişi, görev süresi sona erdikten sonra o ülkede -sadece- kişisel suçlarından dolayı yargılanabilir.

Bir yoruma göre, Statü'nün 27. maddesinin birinci fıkrasında fonksiyonel, ikinci fıkrasında ise kişisel dokunulmazlığa işaret edilmektedir. Bir başka yaklaşıma göreyse sadece maddenin ikinci fıkrası gerek kişisel gerekse fonksiyonel anlamda dokunulmazlığa yönelik istisna getirmektedir.<sup>30</sup> Bize göre UCM Statüsü, bastırıcı işlevinin gereği olarak, söz konusu sınırları aşmak

---

<sup>26</sup> Bkz. ÖNOK, *Uluslararası*, s. 54; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 420; "Anayasada gerek cumhurbaşkanı gerek milletvekilleri için kabul edilmiş olan "mutlak dokunulmazlık" halinde şahsi cezasızlık sebebi söz konusudur. Bu sorumsuzluk daimi ve vazgeçilmezdir." Bkz. İZZET ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2016, s. 630-631

<sup>27</sup> LANCIOTTI, s. 61; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 184.

<sup>28</sup> AKENDE, s. 412 vd; M. Fatih ÇINAR, *Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi İşığında Uluslararası Ceza Divanı*, Kazancı Hukuku Yayınevi, İstanbul 2004, s. 48. Fonksiyonel dokunulmazlık bağlamında "Pinchet davası" olarak dikkat çeken süreç ve emsal değerinin zayıflığı hakkında bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 421 vd; iç hukukun, uluslararası hukuku uygulaması bağlamında örnek olarak aynı dava için bkz. Ezeli AZARKAN, *Nuremberg'ten La Haye'ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2003, s. 46 vd.

<sup>29</sup> GAETA, s. 976; AKENDE, s. 409; ÖNOK, *Uluslararası*, s. 54.

<sup>30</sup> Bkz. GAETA, s. 990.

istemmiş ve 27. maddesinin 2. fıkrasıyla bu durumu kural haline getirerek, ceza yargılamasının fonksiyonel dokunulmazlık ana kuralına istisna oluşturmuştur.<sup>31</sup> Daha önce de ifade ettiğimiz üzere Statü, bu anlamda bir ilk değildir; bununla birlikte 27. maddesinde yapmış olduğu vurguyla, gerek ulusal hukukların, gerekse geleneksel uluslararası hukukun önemli bir kurum olmaya devam eden dokunulmazlık kuralından mutlak bir şekilde ayrılmıştır.<sup>32</sup>

UCM'nin yargı yetkisine dâhil olan uluslararası suçlar bakımından, temel meselelerden biri "kişisel suç, görevle ilgili suç" ayrımının nasıl yapılacağı hususundadır. Bu durum öğretide "gri alan" (*zona grigia*) olarak adlandırılır. Zira bazı suçların görevle ilgisinin olması mümkün değildir veya bu ilginin kurulabilmesi için görev tanımının aşırı şekilde genişlemesi gerekir. Nitekim uluslararası suç faillerinin birçoğu, resmi sıfatı sayesinde/nedeniyle yaygın ve sistematik olarak bu suçu işlemektedirler. O halde organ temsilcisi kişinin, devletin organizasyonundan ve politikasından tamamen bağımsız olduğunu söylemek mümkün değildir.<sup>33</sup> Bu durumda kişisel suç, görev suçu ayrımı yapılması Statü'nün amaçlarıyla da bağdaşmaz. Yargılama bakımından suçun kişisel veya görevle ilgisinin olmasının önemi yoktur.<sup>34</sup> Etkili bir yargılamanın yapılabilmesi bakımından da UCM nezdinde kişisel suç, görev suçu ayrımı tartışmasının yapılması doğru değildir. Bu amaçla Statü'nün 27. maddesinin ikinci fıkrasıyla listeleme yoluna gidilmeksizin, UCM'nin kişisel dokunulmazlığı geçerli sayabilme ihtimali ortadan kaldırılmak istenmiştir. Nitekim Roma Statüsü ile kurulmak istenen adalet sistemi ve kapsadığı suçlar açısından, kişisel-fonksiyonel dokunulmazlık ayrımının doğru olmadığı kabul edilir.<sup>35</sup>

#### 4. Statü'ye Taraf Olan Devlet Bakımından Dokunulmazlığın Etkisizliğinin Kapsamı

Statü'nün, meseleyi, görev suçu kişisel suç ayrımı yapmaksızın çözdüğünün kabulü halinde başka bazı sorunlar ortaya çıkar. Teslimi veya tutuklanması talep edilen kişinin geçmişte veya talep anında bizzat istenen devlete bağlı

<sup>31</sup> GAETA, s. 990; LANCIOTTI, s. 62.

<sup>32</sup> GAETA, s. 990. 14 Şubat 2002'de Uluslararası Adalet Divanı, tarihinde ilk kez, Kongo Demokratik Cumhuriyeti ile Belçika arasındaki bir davada, uluslararası suçlar dolayısıyla üst düzey devlet görevlilerinin yargı dokunulmazlıklarının olup olmadığı konusunda verdiği kararında, dokunulmazlığı bulunan bir devlet organı temsilcisinin, görevi sona erdikten sonra ve sadece kişisel olarak sorumlu olduğu suçlardan dolayı yargılanabileceğine karar vermiştir. Kararın klasik uluslararası hukuk anlayışını yansıttığı kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKSAR, s. 131 vd. Ayrıca bkz. BAYILLIOĞLU, *Uluslararası Adalet Divanı*, s. 28 vd.

<sup>33</sup> LANCIOTTI, s. 63.

<sup>34</sup> Özellikle soykırım ya da savaş suçları, kişisel suç, görev suçu ayrımının zorlaştığı alanlardır. Bkz. Marina SPINEDI, "State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?", *European Journal of International Law*, Vol. 13, No 4, 2002, s. 897.

<sup>35</sup> TRIFFTERER, s. 791. CATENACCI, s. 774-775.

bir organizasyonda yer almasıyla, yabancı bir devlet görevlisinin talep edilen devletin topraklarında olması arasında önemli farklar vardır. UCM'nin, Statü'ye taraf olan bir devletten, görevle ilgili veya görev sırasında işlediği bir suçtan ötürü bir kişinin tutuklanmasını veya mahkemeye sevk edilmesini istemesi halinde çözümün şu olacağı kabul edilir: Taraf devlet, kendi iç maddi ceza hukukunda yapacağı düzenlemeyle, iç hukukunu uluslararası hukuka uygun hale getirecektir. Yani taraf devlet, Statü'ye taraf olmakla sadece 27. maddenin içeriğini değil, zimni olarak da olsa ulusal düzenlemesini Statü ile uyumlu hale getirmeyi kabul etmiş olacaktır. Bu anlamda iç hukukça kabul edilmiş olan dokunulmazlıktan, Roma Statüsü'nün imzalanmasıyla vazgeçtiği kabul edilir.<sup>36</sup>

Diğer olasılık da, UCM'nin Statü'ye taraf olan devletten, dokunulmazlık hakkı olan başka bir devletin görevlisinin tutuklanmasını veya mahkemeye sevk etmesini istemesi halidir. Acaba kendisinden talep edilen devletin emri icra etme zorunluluğu var mıdır? Bu durumda bir çeşit *"normlar çatışması"* durumunun ortaya çıkmış olduğu tespiti yapılabilir. Bir yandan geleneksel uluslararası hukuk kuralları, resmi unvana sahip yabancı devlet görevlisinin dokunulmazlığını kabul ederken, diğer yandan Statü'ye taraf olan devlet bakımından suçlunun tutuklanması ve teslimi zarureti vardır. Bir görüşe göre ceza hukukunun klasik ilkeleri takip edilmeli ve ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması kuralları esas alınmalıdır. Daha sonraki antlaşmaya konu olan yeni tarihli norm, daha öncekini yani geleneksel uluslararası hukuktaki normu zimni olarak ilga etmiştir.<sup>37</sup>

Ağırlıklı kabul gören bir başka yaklaşıma göreyse, tutuklanması veya Mahkeme'ye sevk istenilen kişinin bağlı olduğu devletin Statü'ye taraf olup olmadığına bakılmak suretiyle mesele ele alınmalıdır. Statü'nün *"dokunulmazlığın kaldırılması ve teslim etmeye rıza gösterme konusunda işbirliği"* başlığını taşıyan 98. maddesinin 1. fıkrasına göre: *"Mahkeme, teslim etme veya yardım etme talepleriyle ilgili işlemleri; talepte bulunulan devletin, üçüncü bir devlete ait bir mal veya üçüncü bir devlet vatandaşının diplomatik dokunulmazlığı konusunda, uluslararası hukuk uyarınca mevcut yükümlülüklerine aykırı hareket etmesini gerektiriyorsa ve Mahkeme, üçüncü devletten dokunulmazlığın kaldırılması konusunda işbirliği elde edememiş ise talebini sürdürmez."* Bu düzenleme şu duruma ilişkindir: Kural olarak, Statü'ye taraf olan devlet, işbirliği söz konusu olduğunda, iç hukukunu veya taraf olduğu

---

<sup>36</sup> PANETTA, s. 140; LANCIOTTI, s. 66. "Sivil ve askeri idarecilerin Statü hükümlerince talep edilmelerine yönelik rıza yokluğu ve bu kişiler bakımından imzacı devlete özgü ayrıcalık, dokunulmazlık veya ceza sorumluluğunu sınırlandıran hallerin bizzat Statü düzenlemesine göre işlevsiz kabul edilmeleri gerekir." Bkz. LANCIOTTI, s. 67.

<sup>37</sup> Bkz. LANCIOTTI, s. 68-69. "Elbette bu çözüm sadece Statü'ye taraf olan devletler ve belirli bir tarihsel silsile için geçerli olacaktır." Bkz. LANCIOTTI, s. 69.

uluslararası antlaşmaları dikkate almayacak ve UCM emrini yerine getirecektir. Ancak "üçüncü bir devlet" (*third state/terzo stato*) olduğunda, UCM emri ile emri yerine getirmesi istenilen taraf devletin uluslararası yükümlülüğü çatıştığında, kendisinden talepte bulunulan devlet emri yerine getirmek zorunda değildir<sup>38</sup>; UCM bu durumda, örneğin tutuklama talebini sürdürmez.

Öğretide, kullanılan terminolojinin sorunlu olduğu kabul edilir. Acaba "üçüncü devlet" ifadesiyle anlatılmak istenen nedir?<sup>39</sup> "Üçüncü devlet" kavramıyla talep edilen devletten farklı olan (Statü'ye taraf olup olmamasına bakılmaksızın) her devlet mi, yoksa Statü'ye taraf olmayan devlet mi ifade edilmek istenmiştir? Bu şüphenin, tamamen Statü'de kullanılan terminolojiden kaynaklandığı açıktır. Nitekim Statü, "üçüncü devlet" teriminin geçtiği bazı maddelerde, ilgili devlet dışında kalan bütün yabancı devletlere karşılık olarak bu terimi tercih etmişken<sup>40</sup>, sadece Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletleri ifade etmek istediğinde, tartışmaya kapalı kesin ifadeler kullanmıştır: "Taraf olmayan devlet"<sup>41</sup> gibi. Kullanılan terminolojide söz konusu olan farklılığın, farklı alt komisyonlar arasındaki redaksiyon ve koordinasyon sorunlarından kaynaklandığı kabul edilir.<sup>42</sup> Bu yüzden, "üçüncü devlet" terimine yeni bir anlam vermek yerine "Statü'nün genel içeriğine uygun anlam verme" esası izlenmiş ve diğer tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulmuştur. Buna göre: Benzer terminolojiyi kullanan 22 Mayıs 1969 tarihli "*Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi*"nin terimleri açıklayan 2. maddesinin (h) bendindeki açıklamaya göre, "üçüncü devlet", antlaşmaya taraf olmayan bir devlet demektir. Bu esastan hareketle, bir kabule göre, Statü'nün 98. maddesindeki ifade, Statü'ye taraf olmayan devletler için geçerlidir. O halde, Statü'nün konusu ve amacı dikkate alındığında, maddede geçen "üçüncü devlet" ifadesinin sınırlandırıcı ve engelleyici olarak yorumlanmaması doğru olacaktır; yani Statü'ye taraf devletler bakımından bir engel söz konusu değildir. Buna göre, Statü'ye taraf

<sup>38</sup> ŞEN, s. 116. UCMS 98. maddesinin dokunulmazlığın etkisizliği düzenlemesinin uygulamasını zorlaştırdığı tespiti için bkz. AKENDE, s. 419.

<sup>39</sup> Marco ROSCINI, "*La Giurisdizione della Corte Penale Internazionale tra Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza e Accordi Bilaterali di Esenzione*", Temi Scelti (a cura di Alessandra Lanciotti-Atilla Tanzi) G. Giappichelli Editore, Torino 2006, s. 83.

<sup>40</sup> Diğer işbirliği şekilleri başlığını taşıyan 93. maddenin, 9. paragrafının, (b) bendi: "Ancak, Mahkeme'nin talebi, **üçüncü bir devlet** veya uluslararası bir anlaşma uyarınca uluslararası bir örgütün kontrolü altındaki bilgi, mal veya şahısları ilgilendiriyorsa, talepte bulunulan devlet bu haliyle Mahkemeyi bilgilendirir ve Mahkeme, talebini üçüncü bir devlete veya uluslararası bir örgüte yönlendirir." (metin için koyulaştırma –bold- tarafımdan yapılmıştır)

<sup>41</sup> Yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin ön koşullar başlığını taşıyan 12. maddenin 3. fıkrasında: "Bu Statü'ye **taraf olmayan devletin...**" İşbirliği talepleri: Genel hükümler başlığını taşıyan 87. maddenin 5. fıkrasının (c) bendinde: Bu Statü'ye **taraf olmayan**, ancak Mahkeme ile geçici bir düzenleme veya anlaşma yaparak yürürlüğe koymuş olan bir **devlet...**" (metin için koyulaştırma –bold- tarafımdan yapılmıştır).

<sup>42</sup> Bkz. PANETTA, s. 142.

olan devlet, imzacı olmakla, ister kendi ülkesinde isterse başka bir taraf ülkede resmi unvan sahibi kişinin dokunulmazlığından UCM önünde feragat etmiştir. Bu dokunulmazlığın iç veya uluslararası hukuktan kaynaklanmış olması önemli değildir.<sup>43</sup> O halde, talep edilen devlet ve örneğin tutuklanması<sup>44</sup> talep edilen resmi görevlinin mensubu olduğu devlet Statü'ye tarafsa, talep edilen devlet çağrıya uymak zorundadır.<sup>45</sup> Statü'nün bu düzenlemesinin iradi bir tercihe işaret ettiği savunulmaktadır. Ancak talep edilen devletin veya hakkında işlem yapılması istenen kişinin mensubu olduğu devletin Statü'ye taraf olmaması halinde, UCM'nin yaptığı çağrı bakımından bir uyma zarureti yoktur. Şen'e göre bu düzenleme, "UCM'nin yargı yetkisi karşısında vatandaşını ve sorumluluğunu korumak, gizlemek isteyen özellikle güçlü devletlerin lehinedir. Statü'ye taraf olmayan 3. devletlerin, Statü'ye taraf devletlerde bulunan vatandaşlarına ve icra ettikleri fiillere dokunulmazlık sağlamak ve bu yolla Statü'yü etkisiz kılmak ve Statü'nün 98. maddesinden yararlanmak amacıyla çok sayıda ikili dokunulmazlık sözleşmeleri imzaladığı bilinmektedir."<sup>46</sup>

Dokunulmazlık konusunda Statü'ye taraf olan devletlerin iç hukuklarını, Statü'yle uyumlu hale getirmeleri önerilir.<sup>47</sup> Statü'ye taraf olan her bir devlet, UCM ile gerek maddi ceza hukuku gerekse ceza muhakemesi hukuku boyutunda "tam işbirliği" yapmak zorundadır.<sup>48</sup> Aksi durumun kabulü UCMS m. 17 anlamında yargılama bakımından kabul edilemezlik durumu ve dolayısıyla UCM'nin olayla ilgilenmesi bakımından meşruiyet sorunu ortaya çıkarabilir. Nitekim Statü'ye göre, ulusal devletlerin iç hukuklarında yapacakları ceza kovuşturması bakımından UCM sadece tamamlayıcı nitelikte olmalıdır. Bu husus, tamamlayıcılık ilkesinin düzenlendiği Statü'nün 17. maddesinde karşılığını bulmaktadır.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> LANCIOTTI, s. 72; PANETTA, s. 142; Kutlay TELLİ, *Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 54.

<sup>44</sup> Şahısların Mahkeme'ye teslim edilmesi başlığını taşıyan 89. madde: "Mahkeme, 91. maddede belirtilen şekilde, bir şahsın tutuklanmasını veya Mahkeme'ye teslim edilmesini, talebini destekleyici malzemeyle birlikte, söz konusu şahsın bulunabileceği yerdeki ilgili Devletin isteyebilir ve bu Devletin söz konusu şahsı tutuklaması ve teslim etmesi için Devlete işbirliği talebinde bulunabilir. **Bu bölümün hükümleri ve ulusal mevzuatları gereğince taraf devletler tutuklama ve teslim etme taleplerine uyarlar.**" (metin için koyulaştırma –bold- tarafımdan yapılmıştır). Bu konuda ayrıca Statü'nün "tutuklama emri" ile ilgili maddelerine bakılabilir.

<sup>45</sup> LANCIOTTI, s. 64 ve s. 73.

<sup>46</sup> ŞEN, s. 116. Şen, özellikle ABD'yi bu duruma örnek olarak vermektedir. Bkz. Şen, s. 116.

<sup>47</sup> LANCIOTTI, s. 67-68.

<sup>48</sup> Yargılama işlemlerinin ulusal hukuk uyarınca geçerliliği başlığını taşıyan 88. maddeye göre: Taraf Devletler bu bölümde bahis konusu tüm işbirliği biçimlerinin kendi ulusal mevzuatlarında uygulanabilir olmasını sağlarlar.

<sup>49</sup> Tamamlayıcılık veya 'ikincillik ilkesi hakkında bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 318 vd; Helmut KREICKER (çeviri: Faruk Turhan), "Devletlerarası Ceza Hukukunun Ulusal Hukuk Düzenlerince

Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletler bakımından "*res inter alios acta non*" (iki kişi arasında anlaşma, üçüncü kişiyi bağlamaz) ilkesi geçerli olacaktır. O halde UCM, tutuklama veya diğer güvenlik tedbirleri hakkındaki emirlerin yerine getirilmesi konusunda, taraf olan devletlerden talepte bulunabilecektir. Taraf olmayan devlet mensubu söz konusu olduğunda, geleneksel uluslararası hukukun dokunulmazlık konusundaki kuralları geçerli olacaktır. Bu konuda UCM, taraf olmayan devlete, geleneksel uluslararası hukukun dokunulmazlık hakkındaki kurallarının uygulanmaması şeklinde talimat veremez.<sup>50</sup> Bu durumun iki istisnası vardır: Bunlardan ilki, örneğin tutuklanması istenen kişinin mensubu olduğu devletin, talebe bağlı olarak ilgili kişi bakımından dokunulmazlığı kaldırması halidir. Diğer olasılıkta ise suçların uluslararası barış ve güvenliği tehdit veya ihlal etmesi ve BM Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı Bölüm 7'ye uygun şekilde ilgili ülkeden suçluyu Mahkemeye göndermesi hususunu talep etmesi halinde, suçu işlediği iddia olunan kişinin, Roma Statüsü'ne taraf bir devletin vatandaşı olup olmadığına bakılmaz ve yargılanması yapılır.<sup>51</sup>

## 5. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler Bağlamında Dokunulmazlığın Kapsamı Sorunu

UCM bağlamında, cezai sorumluluk ve bunu kaldıran haller<sup>52</sup> söz konusu olduğunda, meselenin Statü'nün 27. maddesi dikkate alınmaksızın çözüme kavuşturulması mümkün olmaz. Daha önceden de ifade edildiği üzere, dokunulmazlığın etkisiz kabul edilmesinin en önemli gerekçesi, bazı ağır suçların cezasız kalmasının engellenmesidir.<sup>53</sup> Ulusal hukukta öngörülmüş olan

---

*İktibas Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Durum Tespiti ve Eleştirel Değerlendirme*" Uluslararası Ceza Divanı (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 355; Faruk TURHAN, "*Uluslararası Ceza Mahkemesinin Yargı Yetkisi*", Uluslararası Ceza Divanı (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 131.

<sup>50</sup> Bkz. PANETTA, s. 143; LANCIOTTI, s. 69.

<sup>51</sup> "BM Güvenlik Konseyi, Eski Yugoslavya ve Ruanda'daki iki örnek durum haricinde, pek çok olayda geçici (*ad hoc*) nitelikte uluslararası ceza mahkemeleri kurulmasına sıcak bakmamaktadır." Bkz. Günel KURŞUN, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2011, s. 10. "*Ruanda Mahkemesi, 'Kambandan' kararında, devlet görevlilerinin, görevlerini kötüye kullanmak suretiyle, belirtilen suçların işlenmesinde öncülük etmeleri halinin ağırlatıcı neden olarak kabul edileceğini belirtmiştir.* Bkz. Ayşe NUHOĞLU, "*Uluslararası Ceza Mahkemesi Tarafından Uygulanabilecek Yaptırımlar*", Uluslararası Ceza Divanı (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 251.

<sup>52</sup> Statü, cezai sorumluluğu ortadan kaldıran haller başlığında gerek mazeret gerekse hukuka uygunluk nedenlerini ele almıştır. Bu konuda kısa eleştirel bir değerlendirme için bkz. Albin ESER, (çeviri: Faruk Turhan), "*Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü'nün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri*", Uluslararası Ceza Divanı (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 28.

<sup>53</sup> AKENDE, s. 421.



özel soruşturma usulleri karşısında, örneğin soruşturma izni verilmediği için yargılanmanın yapılamaması durumunda, tamamlayıcılık ilkesi gereği UCM'nin yargılama yapabilmesi mümkündür.<sup>54</sup>

Bu konuda, dokunulmazlık kurumunun “*dar anlamda dokunulmazlık*” ve “*geniş anlamda dokunulmazlık*” şeklinde ayrımını esas alan yaklaşıma bakılabilir. Ceza hukukunu ilgilendiren bir husus olarak iç hukuktan kaynaklanan dokunulmazlığın, ceza sorumluluğu kaldıran halleri, örneğin hukuka uygunluk nedenlerini kapsaması halinde “*geniş anlamda dokunulmazlık*” söz konusudur ve dolayısıyla UCM nezdinde ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler, “geniş anlamda dokunulmazlık” kapsamındadır. Geniş anlamda dokunulmazlık kavramı içerisinde sayılan ve dogmatik hukuk bağlamında ulusal hukuklara göre farklı kategorileştirmeye tabi tutulan kişilerin sahip olduğu resmi unvanla bağlantılı olabilecek hukuka uygunluk nedenleri, örneğin kanun hükmünü yerine getirme bağlamında silah kullanma veya kışkırtıcı ajanın suç işlemesi durumlarında ne olacaktır? UCM, hukuka uygunluk nedeni bağlamında failin resmi sıfatına atıfta bulunan ulusal ceza hukukunu mu referans alacaktır? Dogmatik ceza hukukunun en tartışmalı konularından olan kışkırtıcı ajanın kullanılması örneğinde, ulusal hukuk, resmi görevli kışkırtıcı ajanın soykırım suçuyla ilgili uluslararası bir suç şebekesine sızmasına müsaade ediyorsa, bu hal UCM tarafından da, hukuka uygun mu kabul edilecektir? Kural olarak geleneksel uluslararası ceza hukuku bu örneklerde iç hukuk düzenlemelerini geçerli kabul etmektedir. *Catnacci*'ye göre, aynı örneklerin UCM nezdinde cezasızlık nedeni olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Dar anlamda dokunulmazlık kavramının bir parçası olarak görülemeyecek hukuka uygunluk nedeni söz konusu olduğunda da, *Catnacci*'ye göre Statü'nün 27. maddesi, geniş anlamda dokunulmazlık perspektifinden hareketle resmi sıfatın etkisizliğini hüküm altına almıştır.<sup>55</sup>

## 6. Sonuç

Ulusal ceza hukuklarında istisna, geleneksel uluslararası ceza hukukunda kural olan dokunulmazlık kurumu ve bu kurumun ancak istisnai olarak dikkate alınmayacağı hususları, Roma Statüsü'nde farklı bir içeriğe dönüşmüştür. Roma Statüsü, 27. maddesi marifetiyle, geleneksel uluslararası hukukun karmaşık dokunulmazlık düzenlemesini, özellikle görev suçu, kişisel suç ayrımına özgü zorlukları ortadan kaldırmış ve dokunulmazlık kurumunu tek başlık altında ele almıştır. Roma Statüsü'ne taraf devletler; UCM nezdinde gerçekleşecek yargılamalar bakımından kendi vatandaşlarının sahip oldukları kişisel dokunulmazlıklardan feragat etmiş sayılacaklardır.

---

<sup>54</sup> ÖNOK, *Uluslararası*, s. 55.

<sup>55</sup> CATENACCI, s. 776.

Maddenin ilk fıkrasında sadece geleneksel olarak "dokunulmazlık" kapsamında ele alınan bazı özel görevliler sayılmaktayken, ikinci fıkradaki ifadeyle birlikte bir bütün olarak madde değerlendirildiğinde, söz konusu listelemenin örnek kabilinden olduğu kabul edilir. Bu anlamda Statü'nün 27. maddesinin kaleme alınış biçimi sorunludur.<sup>56</sup> Statü'nün 21. maddesine göre UCM, öncelikle Statü'yü, suçun unsurlarını, usul ve delil kurallarını uygular. Statü'nün 22. maddesinin 2. fıkrasıysa Mahkeme'nin faaliyetlerinin sınırı bakımından önemlidir. Öyleyse suçun tanımı dar anlamda yorumlanır ve kıyasa konu olamaz. Kanunilik ilkesi gereği madde, sadece uluslararası suç başlığında takibi mümkün olan konular bakımından geçerli kabul edilmelidir. Diğer taraftan Statü'ye taraf olan devlet, UCM yargılaması söz konusu olduğunda, kendi yargılama yetkisinden vazgeçme durumundaysa, 27. madde içeriğinin, geniş anlamda dokunulmazlığı etkisiz kılacak şekilde yorumlanması ve ceza sorumluluğunu kaldıran nedenleri de kapsamı doğru olacaktır.<sup>57</sup> Statü'nün ortaya çıkış amacı dikkate alındığında, söz konusu yaklaşımın dikkate değer olduğu açıktır.

Madde içeriği, kendisinden önceki benzer örnekler nedeniyle bir devrim olarak anılamıyorsa da, uluslararası suçların cezazsız kalmasının engellenmesinde, kural olarak ileri bir adımdır. Dokunulmazlığın etkisiz olmasının 27. madde başlığında, "*resmi unvan ile ilişki kurulmaması*" şeklinde açık ve kesin ifadelerle yazılmış olması nedeniyle UCM, ceza hukukunun kesinlik ve belirlilik ilkelerine uygun olarak faaliyetlerini uluslararası hukukun gelenekselleşmiş kurallarına bağlı olmaksızın gerçekleştirmek suretiyle, uluslararası ceza hukuku anlamında gerçek bir dönüşüme neden olabilecektir. Statü'nün kapsamındaki suçlar bakımından, gerek iç hukuk düzenlemelerinden gerekse uluslararası sözleşmelerden (örneğin 1961 tarihli Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi)<sup>58</sup> kaynaklı ayrıcalık ve dokunulmazlıkların, Statü'nün 27. ve tamamlayıcılık ilkesini düzenleyen 17. maddeleri uyarınca Statü'ye taraf devletler bakımından uygulanması olanaklı değildir. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu Statü'ye taraf olmayan devletler bakımındansa geleneksel uluslararası ceza hukukunun "dokunulmazlık" kuralları geçerli olmaya devam edecektir.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> CATENACCI, s. 777.

<sup>57</sup> CATENACCI, s. 778.

<sup>58</sup> Bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 142-144.

<sup>59</sup> Türkiye, Statü ile uyumu gerçekleştirmek amacıyla, anayasal ve yasal değişiklik yapma yoluna gitmeli önerisi için bkz. BAYILLIOĞLU, "*Uluslararası Ceza Mahkemesi*", s. 70. Türkiye'nin Statü'ye taraf olması halinde incelenen konu bakımından ortaya çıkabilecek sorunlar açısından örnek için bkz. BAYILLIOĞLU, "*Uluslararası Ceza Mahkemesi*", s. 89-90.

\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

AKENDE, Dapo. “*International Law Immunities and the International Criminal Court*”, The American Journal of International Law, Vol. 98, No. 3 (Jul., 2004), s. 407-433.

AKSAR, Yusuf. “*Uluslararası Adalet Divanı’nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku*”, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s. 131-146.

ARTUK, Mehmet Emin /Ahmet GÖKÇEN/Ahmet Caner YENİDÜNYA. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara 2016.

AZARKAN, Ezeli. *Nuremberg’ten La Haye’ye: Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 1992.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Le Fonti e i Contenuti del Diritto Penale Internazionale*, Giuffré Editore, Milano 1999.

BAYILLIOĞLU, Uğur. “*Uluslararası Adalet Divanı’nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme*”, AÜHFD, Cilt: 55, Sayı: 4, 2006, s. 27-63.

BAYILLIOĞLU, Uğur. “*Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye*”, AÜHFD Yıl 2007, C.56 S.1, s. 51-121.

BRÖHMER, Jürgen. *State Immunity and Violation of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, London 1997.

CATENACCI, Mauro. “*Brevi note in Tema di Immunità Penale nell’ICC Statute*”, Studi in Onore di Franco Coppi, Volume II, G. Giappichelli Editore, Torino 2011, s. 765- 779.

CENDEL, Nur /Hamide ZAFER/Özlem ÇAKMUT. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Basım A.Ş., 9. Baskı, İstanbul 2016.

CORNACCHIA, Luigi. *Funzione della Pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffré Editore, Milano 2009.

ÇINAR, M. Fatih. *Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı*, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul 2004.

ESER, Albin. (çeviri: Faruk Turhan), “*Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri*”, Uluslararası Ceza Divanı (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 3-35.

GAETA, Paola. *"Official Capacity and Immunities in The Rome Statute of the International Criminal Court"* A Commentary by A. Cassese, P. Gaeta and J. Jones (edit.), vol. 1, Oxford 2002.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat. *Devletlerarası Ceza Hukuku*, Türk Hukuk Kurumu Telif ve Tercüme Serisi No: 22, Ankara 1959.

GÜLLER, Nimet /Hamide ZAFER. *Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı*, Information and ratification campaing on the ICC in Turkey- Russia, Gustav-Stresemann Institut, Bonn 2006.

HAFIZOĞULLARI. Zeki/Muharrem ÖZEN. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara 2011.

HALATÇI, Ülkü. *"Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisini Kullanabilmesinin Önkoşulları"*, Uluslararası Hukuk&Politika (Uluslararası Ceza Mahkemesi Özel Sayısı), Yıl:1, Sayı:3, 2005, s. 57-76.

KREICKER, Helmut. (çeviri: Faruk Turhan), *"Devletlerarası Ceza Hukukunun Ulusal Hukuk Düzenlerince İktibası, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Durum Tespiti ve Eleştirisel Değerlendirme"*, Uluslararası Ceza Divanı (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 335-337.

KURŞUN, Günel. *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2011.

LANCIOTTI, Alessandra. *"Limiti alle Immunita degli Organi nello Statuto della Corte Penale Internazionale"* Temi Scelti (a cura di Alessandra Lanciotti-Atilla Tanzi) G. Giappichelli Editore, Torino 2006, s. 55-81.

NUHOĞLU, Ayşe. *"Uluslararası Ceza Mahkemesi Tarafından Uygulanabilecek Yaptırımlar"*, Uluslararası Ceza Divanı (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 245-253.

ÖNOK, R. Murat. *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

ÖNOK, R. Murat. *Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor*, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, Ankara 2010.

ÖZGENÇ, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2016.

PANETTA, Antonio. *L'Immunità dalla Giurisdizione Penale degli Organi Costituzionali in Carica Accusati di Crimini Internazionali*, Università di Roma-Sapienza, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Roma 2012.

ROSCINI, Marco. *“La Giurisdizione della Corte Penale Internazionale tra Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza e Accordi Bilaterali di Esenzione”*, Temi Scelti (a cura di Alessandra Lanciotti-Atilla Tanzi) G. Giappichelli Editore, Torino 2006, s. 83-115.

SPINEDI, Marina. *“State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?”*, European Journal of International Law, Vol. 13, No 4, 2002, s. 895-899.

ŞEN, Ersan. *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

TANZI, Atilla. *“Su Immunita ed Evoluzione della Societa Internazionale”*, Le Immunita nel Diritto Internazionale, Temi Scelti (a cura di Alessandra Lanciotti-Atilla Tanzi) G. Giappichelli Editore, Torino 2006, s. 1-22.

TELLİ, Kutlay. *Cezasızlık Olgusuna Karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

TEZCAN, Durmuş./Mustafa Ruhan ERDEM/R. Murat ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2015.

TRIFFTERER, Otto. *“Article 27. Irrelevance of Official Capacity”*, in TRIFFTERER O. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Baskı, Münster/Oxford/Baden-Baden 2008, s. 779-793.

TURHAN, Faruk. *“Uluslararası Ceza Mahkemesinin Yargı Yetkisi*, Uluslararası Ceza Divanı (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2007, s. 123-134.

VIVIANA, Zanetti. *Lo Statuto della Corte Penale Internazionale Come Problema Costituzionale*, Università degli Studi di Ferrara, Yayınlanmamış doktora tezi, Roma 2009.

VIVIANI, Alessandra. *Crimini Internazionali e Responsabilità dei Leader Politici e Militari*, A. Giuffrè editore, Milano 2005.

YILMAZ, Alia. *Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı*, Beta, 2. Baskı, İstanbul 2001.

YÜCEL, Bülent. *“Westphalia Antlaşmasından Nice Antlaşmasına Egemenlik Kavramının Tarihsel Seyri ve Bir Prototip Olarak Avrupa Birliği”*, AÜEHFD, C, X, S. 1-2, 2006, s. 165-202.



# TÜKETİCİ SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE KARARLAŞTIRILAN SÜREDE MALIN TESLİM EDİLMEMESİ DURUMUNDA 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN AYIPLI MALLARA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

*Enforcement of the Provisions Regarding Defective Goods Under The Law On Protection Of Consumers No. 6502 In Case Of Not Delivering The Goods At The Time Fixed By The Consumer Sale Contracts*

**Yrd. Doç. Dr. Vehbi Umut ERKAN<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 23.01.2017 Kabul Tarihi: 24.02.2017

## ÖZET

Tüketici satış sözleşmelerinde malın ayıplı olmasının hüküm ve sonuçları 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 8 ve devamında düzenlenmiştir. Tüketici satış sözleşmelerinde kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesine Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Ayıplı Mal" başlıklı 8. maddesinde yer verilmiştir. Düzenlemeyle tüketiciye, ayıplı mallara ilişkin hükümlerden yararlanma imkanı tanınmıştır. Bu çalışmada, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da sözleşmede kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesinin "Ayıplı Mal" başlığı altında düzenlenmesinin sistematik açıdan değerlendirilmesi yapılmış ve bu düzenlemenin uygulanabilirliği ile hüküm ve sonuçları incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Tüketici Satış Sözleşmesi; Ayıplı Mallar; Temerrüt; Sözleşmeden Dönme, Tazminat ve Zamanaşımı

## ABSTRACT

The provisions and the effect of defective goods in a consumer sales contract are regulated by Art. 8 ff of the Law on Protection of Consumers No 6502. Art. 8 of the Law on Protection of Consumers enumerates the circumstances under which goods are considered defective and accepted goods that are not delivered at the time fixed by a consumer sales contract as a type of defective goods. With this provision it is enable for consumers to benefit from the provisions on defective goods in case of not delivering the goods at the time fixed in the consumer sale contracts. In this study, the systematic of the placing of the goods that are not delivered at the time fixed by consumer sales contract under the heading "Defective Goods" in the the Law on Protection of Consumers (No 6502) was evaluated and applicability and the results of the aforementioned regulation were examined.

**Keywords:** Consumer Sale Contract; Defective Goods; Default; Rescission of Contract, Compensation and Statute of Limitations

## GİRİŞ

Gelişen iktisadi hayatın bir gerekliliği olarak satıcılar ve sağlayıcılar karşısında tüketicilerin korunması önem arz etmektedir. Bu kapsamda 1982 Anayasasının 172. maddesinde, devletin tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alması ve onları koruyucu girişimleri teşvik etmesi ifade edilerek, tüketicilerin

<sup>1</sup> Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (erkan@law.ankara.edu.tr).

korunması anayasal teminat altına alınmıştır. Anayasadaki bu düzenlemeye uygun şekilde, ilk olarak 4077 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun”<sup>2</sup> kabul edilmiştir. 4077 sayılı Kanun, 4822 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”<sup>3</sup> ile değiştirilmiştir. Nihayet 6502 sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun”<sup>4</sup>’un kabul edilmesiyle, 4077 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

6502 sayılı Kanun ile Avrupa Birliği’nce tüketicilerin korunması amacıyla çıkarılan Direktifler ve Tavsiyeler, iç hukukumuza aktarılmış<sup>5</sup>; tüketiciler lehine birçok değişikliklere gidilmiştir.

Değişikliklerden bir kısmı, ayıplı malları düzenleyen hükümlere ilişkindir. Buna göre, tüketici satışlarında malın kararlaştırılan sürede teslim edilmemesi, Kanun’un “Ayıplı Mallar” Bölümü, “Ayıplı Mal” başlıklı 8. maddesinde ifade edilmiştir. Bu, eski 4077 sayılı Kanun’da yer almayan, yeni bir düzenlemedir. Böylelikle tüketiciye, ayıplı mallara ilişkin hükümlerden yararlanma imkanı getirilmiştir<sup>6</sup>. Söz konusu değişiklik, Türk Borçlar Kanunu’nun sözleşmeye aykırılık (borca aykırılık/ ifa engelleri) hallerini düzenleme biçimiyle çelişmektedir ve sistem karmaşası yaratmaktadır.

Bu kapsamda, çalışma konumuzu tüketici satış sözleşmelerinde kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesi durumunda ayıplı mallara ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi oluşturmaktadır.

## **I. TÜRK BORÇLAR KANUNU’NA TABİ SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE KARARLAŞTIRILAN SÜREDE MALIN TESLİM EDİLMEMESİ**

### **A. Genel Olarak Satış Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği**

Satış sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 207/1’de, “*satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde ifade edilmektedir. Kanun koyucu, satış sözleşmesini sözleşen tarafların asli edim yükümlülüklerinden hareketle tanımlamaktadır. Tanımda “*satılan*” ifadesinin kullanılmasıyla, satış sözleşmesinin konusu maddesellikten uzaklaştırılmakta;

---

<sup>2</sup> Kabul Tarihi: 23.02.1995 (RG.: T. 08.03.1995 S. 22221).

<sup>3</sup> Kabul Tarihi: 06.03.2003 (RG.: T. 14.03.2003 S. 25048).

<sup>4</sup> Kabul Tarihi: 07.11.2013 (RG.: T. 28.11.2013 S. 28835). 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 87. madde uyarınca 28.05.2014 tarihinden itibaren yürürlüktedir.

<sup>5</sup> Bkz.:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gerekçesi, s. 5 ve 6 (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 490).

<sup>6</sup> Bkz.:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gerekçesi, s. 16 (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 490).



nitelikleri elverdiği ölçüde gayri maddi malların da satış sözleşmesinin kapsamına girebileceği vurgulanmaktadır<sup>7</sup>.

Satış sözleşmesi, sözleşen tarafların (alıcı ve satıcı) karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur (TBK md. 1/1). Buna göre satış sözleşmesinin kurulabilmesi için TBK md. 207/1 uyarınca tarafların, satış konusu mal, bedel ve bunların mübadelesi konusunda anlaşmaları gerekmektedir.

Hukuki niteliği itibariyle satış sözleşmesi, karşılıklı borç doğuran ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Zira satıcının ve alıcının asli edimleri, tam bir karşılıklılık ilişkisi (*synallagma*) içerisindedir. Söz konusu karşılıklılık ilişkisi hem doğuş yönünden hem de fonksiyonel yöndendir. Taraflardan her birinin ediminin doğumu, diğerinin ediminin geçerli bir biçimde doğmasına bağlıdır. Edimlerin ifası ile devamı yönünden de aralarında sıkı bir bağ bulunmaktadır<sup>8</sup>.

Satış sözleşmesinin karşılıklı borç doğurması, sözleşme konusu malın zamanında teslim edilmemesi neticesinde kullanılabilir haklar bakımından önemlidir. Çünkü bu durumda alıcıya, temerrüdün genel sonuçlarının yanı sıra, karşılıklı borç doğuran sözleşmelere özgü imkanlar (TBK md. 123 vd.) tanınmaktadır.

## B. Satış Sözleşmesinde Satıcının Temerrüdü

Satış sözleşmesinde satıcının temerrüdünün hüküm ve sonuçları, TBK md. 212 ve md. 213'te düzenlenmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 212'de satıcının temerrüde düşmesi durumunda uygulanacak kural ve ticari satırlara ilişkin ayrıksı durum; TBK md. 213'te temerrüt durumunda satıcının tazminat borcu ve kapsamı hüküm altına alınmaktadır. Satıcının temerrüdünde borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler (TBK md. 117 vd.) uygulanır. Nitekim kanun koyucu TBK md. 212/1'de, "*satıcının temerrüdü halinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır*" diyerek, bu hususu ifade etmektedir.

Borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler TBK md. 117. ve devamında düzenlenmektedir. Borçlu temerrüdü, borçlunun sözleşmede borçlandığı, henüz ifası mümkün olan ve muaccel hale gelmiş edimi, kendisine yapılan ihtara rağmen sözleşmeye aykırı bir biçimde zamanında ifa etmemesidir<sup>9</sup>. Bir

---

<sup>7</sup> Aral, F./Ayrancı, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı Ankara 2015, s. 73; Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı Ankara 2016, s. 27; Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A.: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 69 vd.; Gümüş, A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt: I, İstanbul 2013 s. 16 ve 23.

<sup>8</sup> Aral/ Ayrancı, s. 70; Eren, s. 28; Gümüş, Borçlar Özel, s. 16; Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1, İstanbul 1988, s. 78; Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007, s. 46.

<sup>9</sup> Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı Ankara 2012, s. 1089 ve dipnot:

başka ifade ile borçlu temerrüdü, borçlunun ifası mümkün, muaccel olmuş borcunu zamanında ifa etmemesi sonucunda içerisine düştüğü durumu ifade etmektedir<sup>10</sup>. Temerrüt halinin oluşmasıyla borçlu, edimini ifa etmeye yanaşmazsa, temerrüt faizi, gecikme tazminatı, sözleşmeden dönme, müspet veya menfi zararın tazmini şeklindeki hukuki sonuçlarla karşı karşıya kalır<sup>11</sup>.

Satış sözleşmesinde satıcının temerrüde düşmesi için TBK md. 117'de yer alan şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre sözleşmede kararlaştırılan edimin ifası mümkün olmalı; borç muaccel olmalı; satıcının edimin ifasından kaçınma hakkı bulunmamalı; zamanında ifa etmeme borca aykırı bir davranış olmalı ve satıcıya ihtar yapılmalı veya ihtarın yerine geçen bir durum olmalıdır. Buna karşın kusur, satıcının temerrüdünün bir şartı değildir. Satıcı, kusuru olmasa dahi anılan şartların gerçekleşmesiyle temerrüde düşer. Ancak kusur, temerrüt neticesinde ileri sürülebilecek tazminat talepleri bakımından etkilidir<sup>12</sup>.

Satış, karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olduğu için, satıcının temerrüdünde, temerrüdün karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere özgü hüküm ve sonuçları (TBK md. 123-125) uygulanır. Bu durumda alıcı, kendisine tanınan seçimlik hakları (TBK md. 125) kullanabilir. Ancak bunların kullanılabilmesi için alıcı tarafından satıcıya, süre verilmesi (TBK md. 123) veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durumun (TBK md. 124) olması gerekmektedir. Alıcı, kendisine tanınan seçimlik haklar çerçevesinde satıcıdan, her zaman aynen ifa ve gecikme tazminatı (TBK md. 125/I) isteyebileceği gibi, aynen ifadan vazgeçtiğini hemen bildirerek müspet zararının tazminini (TBK md. 125/II) veya sözleşmeden dönüp menfi zararın tazminini (TBK md. 125/III) talep edebilir. Müspet ve menfi zararların tazmini bakımından satıcının kusuruyla temerrüde düşmesi aranmaktadır. Kusurun ispatında, satıcı aleyhine kusur karinesi mevcuttur. Buna göre satıcı, TBK md. 112 ve md. 125/III uyarınca temerrüde düşmekte kusurunun olmadığını ispat edemezse, alıcının zararını gidermekle yükümlüdür<sup>13</sup>.

Temerrüt neticesinde doğan talepler, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, TBK md. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu süre, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlamaktadır (TBK md. 149/I).

---

250'deki yazarlar; *Kılıçoğlu, M. A.*: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası Ankara 2015, s. 688; *Serozan, R.*: İfa- İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998, s. 159; *Buz, V.*: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 100.

<sup>10</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 1090; Serozan, s. 41 vd; Buz, s. 100.

<sup>11</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 1099 vd.; Kılıçoğlu, s. 691 vd.; Serozan, s. 161 vd.; Buz, s. 104 vd.

<sup>12</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 1098 ve dipnot: 291'deki yazarlar; Serozan, s. 160; Buz, s. 105; Türk- İsviçre Hukuku'nun aksine, Alman Hukuku'nda kusur, BGB §285 uyarınca temerrüdün bir şartıdır.

<sup>13</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 1119 ve 1126; Serozan, s. 167; Buz, s. 105 ve 106.

## II. TÜKETİCİ SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE KARARLAŞTIRILAN SÜREDE MALIN TESLİM EDİLMEMESİ

### A. Tüketici Satış Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Satış sözleşmesini kendisine uygulanacak hükümlere göre, adi satış, ticari satış ve tüketici satışı olmak üzere üçe ayırmak mümkündür. Hatta 01.08.2011 tarihi itibarıyla, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (CISG) ülkemizde yürürlüğe girmesiyle, milletlerarası mal satışı bu sözleşmeler arasına eklenmiştir<sup>14</sup>.

Tüketici satış sözleşmesi, uygulamada sıklıkla karşılaşılan tüketici sözleşmelerindendir<sup>15</sup>. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketici satış sözleşmesini tanımlamamış; sadece, taksitle satış (TKHK md. 17) veya ön ödemeli konut satışı (TKHK md. 40) gibi bazı tüketici satış sözleşmesi türlerinin tanıma yer vermiştir. Tüketici satış sözleşmesinin tanımını, TKHK md. 3/l'deki tüketici işlemi ve TBK md. 207'deki genel satış sözleşmesi tanımlarından faydalanarak yapmak mümkündür. Buna göre tüketici satış sözleşmesi, *“satıcı ile tüketici arasında akdedilen, satıcının satış konusu malın zilyetlik ve mülkiyetinin tüketiciye devredilmesini, buna karşılık tüketicinin bir bedel ödemeği taahhüt ettiği sözleşmedir”*<sup>16</sup>.

Bu tanıma göre tüketici satış sözleşmesinin unsurlarını, “tüketici”, “satıcı” ve “mal” oluşturmaktadır. Satıcı, *“kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunan adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi”* (TKHK md. 3/i); Tüketici *“ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel*

<sup>14</sup> Aral/ Ayrancı, s. 66; Ozanoğlu, H. S.: “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, AÜHFD. C.: 50 S.: 1 Y.: 2001, s. 82; Atamer, M. Y.: “Tasınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, s. 188; Demir, M.: “Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme”, AÜHFD. C.: 54 S.: 3 Y.: 2005, s. 24; Kara, İ.: Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara 2015, s. 720.

<sup>15</sup> Tüketici sözleşmesi, TKHK md. 3/l'deki “tüketici işlemi” tanımından hareketle, *“mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında akdedilen her türlü sözleşmeyi”* ifade etmektedir. Tüketici sözleşmeleri konusunda doktrinde yapılan benzer tanımlar için bkz.: Ozanoğlu, Tüketici Sözleşmeleri, s. 65; Kara, s. 59, Gümüş, A.: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1, İstanbul 2014, s. 9; Zevkliler, A.: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun: Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, İzmir 1996, s. 17; Özel, Ç.: Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, s. 28; Ozanoğlu, H. S.: Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 14; Gezder, Ü.: Tüketici Kredi Sözleşmeleri, İstanbul 1998 s. 13; Tiryaki, B.: Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayrıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007, s. 34 vd.

<sup>16</sup> Doktrinde yapılan diğer tanımlar için bkz: Aral/ Ayrancı, s. 66; Ozanoğlu, Tüketici Sözleşmeleri, s. 83; Zevkliler, s. 50; Kara, s. 269; Tiryaki, s. 36 vd.; Demir, s. 24 dipnot: 14.

*kişiyi*”(TKHK md. 3/k); Mal ise *“alışverişe konu olan, taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmazlar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları”*(TKHK md. 3/h) ifade etmektedir.

Tüketici satışı sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla, taraflarını satıcı ve tüketicinin oluşturduğu, mal tedarikine yönelik, ivazlı, karşılıklı borç doğuran ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>17</sup>. Çalışma konumuzla ilgili olarak, tüketici satış sözleşmesinin karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olması, borçlu temerrüdünün karşılıklı borç doğuran sözleşmelere özgü hükümlerinin kendisine uygulanmasını mümkün kılmaktadır.

## **B. Genel Olarak Tüketici Satış Sözleşmelerinde Malın Ayıplı Sayılacağı Haller (TKHK md. 8)**

Tüketici satış sözleşmelerinde, malın ayıplı olması ile hüküm ve sonuçları Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Üçüncü Kısımının Birinci Bölümünde 8 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Ayıplı mallara ilişkin düzenlemenin temelini, 25.05.1999 tarih ve 1999/44 sayılı “Tüketici Malları Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında Avrupa Birliği Direktifi”<sup>18</sup> oluşturmaktadır. Nitekim hem kanunun genel gerekçesinde hem de ilgili madde gerekçelerinde ilgili Direktif’in iç hukuka aktarılmasının amaçlandığı ifade edilmektedir<sup>19</sup>.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un “*Ayıplı Mal*” başlıklı 8. maddesi, malın ayıplı sayılacağı halleri düzenlemektedir. Buna göre:

İlk olarak TKHK md. 8/1’de, *“tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış örnek ya da modele uygun olmayan ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıması nedeniyle sözleşmeye aykırı malın”* ayıplı

<sup>17</sup> Ozanoğlu, Tüketici Sözleşmeleri, s. 66 vd; Kara, s. 269 vd.; Tiryaki, s. 36.

<sup>18</sup> Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, T.: 07.07.1999 L 171/12 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0044&from=EN> Erişim Tarihi: 18.05.2016). 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Direktif’inin 1. maddesinde Kapsam ve Tanımlar, 2. maddesinde Sözleşmeye Uygunluk, 3. maddesinde Tüketicinin Sahip Olduğu Haklar, 4. maddesinde Düzeltme Hakkı, 5. maddesinde Süreler ve 6. maddesinde Garantiler hükme bağlanmıştır (Direktif hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Demir, s. 26 vd.; Atamer, M. Y./ İnceoğlu, M. M.: Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku İle Uyum Sorunu, İstanbul 2012, s. 8 vd. ([http://www.bilgi.edu.tr/site\\_media/uploads/files/2013/03/26/20.pdf](http://www.bilgi.edu.tr/site_media/uploads/files/2013/03/26/20.pdf) Erişim Tarihi: 08.04.2016); Atamer, M. Y./ Baş, E.: “Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, İBD. Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C.: 88, Y.:2014, Özel S.: 1, s. 20).

<sup>19</sup> Bkz.:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gerekçesi, s. 6 ve 16 (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 490).

olduğu kabul edilmektedir<sup>20</sup>.

İkinci olarak TKHK md. 8/II'de, *“Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde<sup>21</sup> tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren”* malların ayıplı olduğu ifade edilmektedir<sup>22</sup>.

Üçüncü olarak TKHK md. 8/III'de, *“montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hâllerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur”* denilerek, montajın hatalı veya gereği gibi yapılmaması ayıplı ifa olarak değerlendirilmektedir<sup>23</sup>.

Nihayet TKHK md.8/III-1. cümlede *“sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir”* denilerek, malın zamanında teslim edilmemesi de *“Ayıplı Mal”* başlığı altında düzenlenmektedir<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 2/II/a maddesinde, satıcı tarafından verilen tarife uygun olmayan ve satıcının tüketiciye sunduğu örnek ya da modele aykırı malların ayıplı (sözleşmeye aykırı) olduğu düzenlenmektedir. Yine Avrupa Birliği Direktifi'nin 2/II/c maddesinde sözleşme konusu malın, aynı tür malların olağan kullanım amacına aykırı olması durumunda, ayıplı (sözleşmeye aykırı) olduğu ifade edilmektedir.

<sup>21</sup> Maddede yer alan teknik düzenlemeden amaç, TKHK md. 3/j'de yapılan yollama gereğince, 26.06.2001 tarih ve 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına dair Kanun'un (R.G: T. 11.07.2001 S. 24459) 3/j maddesi uyarınca, bir ürünün, ilgili idarî hükümler de dahil olmak üzere, özellikleri, işleme ve üretim yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri hususlarından biri veya birkaçını belirten ve uyulması zorunlu olan her türlü düzenlemedir.

<sup>22</sup> 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 2/II/b ve d maddelerinde, satıcı tarafından tüketiciye veya sözleşme konusu malın özelliklerine ilişkin ilan, etiket veya reklam yoluyla kamuya bildirilen nitelikleri taşımayan malların ayıplı (sözleşmeye aykırı) olduğu kabul edilmektedir.

<sup>23</sup> 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 2/V maddesinde eğer montaj satış sözleşmesinin bir parçasını oluşturmuş ve satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında meydana getirilmişse, malın yanlış monte edilmesinin ayıp (sözleşmeye aykırılık) olduğu düzenlenmektedir. Yine aynı maddede, montajın tüketici tarafından meydana getirildiği hallerde, montajdaki yanlışlığın montaj talimatındaki kusurdan kaynaklanmasının da ayıp (sözleşmeye aykırılık) sayılacağı ifade edilmektedir.

<sup>24</sup> Söz konusu düzenleme çalışma konumuzu oluşturduğu için, bu başlık altında insicamı sağlamak amacıyla sadece düzenlemenin yerinin belirtilmesiyle yetinilmiştir.

### C. Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesine “Ayıplı Mal” Başlığı Altında Yer Verilmesinin Sistematiik Açından Değerlendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu’nda sözleşmeye aykırılık (borca aykırılık/ ifa engelleri) halleri borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkansızlık, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ve temerrüttür<sup>25</sup>. Sözleşmeye aykırılık halleri TBK 112 vd. maddelerinde, ayrı başlıklarda düzenlenmektedir ve farklı hüküm ve sonuçlara sahiptir. Buna göre, sözleşmede kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesi temerrüt halini oluşturmaktadır ve esas itibariyle TBK md. 117 vd. yer almaktadır. Temerrüt, ifa zamanına duyulan menfaatin korunmasına ilişkin sözleşmeye aykırılık halidir ve kendisine has hüküm ve sonuçlara sahiptir<sup>26</sup>. Malın ayıplı olması ise, TBK md. 219 vd. uyarınca ayıptan sorumluluğu meydana getirmektedir. Ayıptan sorumluluk, sözleşme konusu malın niteliğine veya ondan beklenen kullanım faydasına ilişkin menfaatin korunmasıyla ilgili sözleşmeye aykırılık halidir. Ayıptan sorumluluk, temerrütten farklı, kendisine özgü hüküm ve sonuçlara (TBK md. 219 vd.) tabidir.

Türk Borçlar Kanunu’nun sözleşmeye aykırılık sisteminin aksine TKHK md.8/ III’de, kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesi “Ayıplı Mal” başlığı altında düzenlenmektedir. Böylece malın zamanında teslim edilmemesi (temerrüt) ile ayıplı olması tek başlık altında toplanmakta; aynı hüküm ve sonuçlara bağlanmaktadır. Bir başka ifadeyle, temerrüt ile ayıplı ifa özdeş kılınmaktadır. Ancak ayıp başlığı altında temerrüde yer verilmesi, ilgili düzenlemeyi adeta “*sapkın kayaya*”<sup>27</sup> dönüştürmektedir. Çünkü temerrüt neticesinde ihlal edilen menfaat ile buna bağlı sonuçlar, malın ayıplı olmasından farklıdır. Bir başka ifade ile temerrüt, ayıplı ifanın ruhuna uymamaktadır. Bu itibarla kanun koyucunun söz konusu düzenlemesi, Türk Borçlar Kanunu’nun sözleşmeye (borca) aykırılık halleri sistematiğine aykırıdır<sup>28</sup> ve onunla çatışmaktadır.

<sup>25</sup> Doktrinde ayıplı ifa, borcun gereği gibi ifa edilmemesi kapsamında değerlendirilmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, Borçlar Hukuku, s. 1046; Aral, F.: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 106 vd.).

<sup>26</sup> Bkz.: I/B.

<sup>27</sup> “Sapkın Kaya”, jeoloji bilimine ait bir kavramdır. Çeşitli dış faktörlerle (buzul kaymaları gibi) gerçekte ait olması yerden sürüklenerek gelen ve bu nedenle yapısı gereği bulunduğu yere ait olmayan kayaya “sapkın kaya” denilmektedir (<http://www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi: 11.11.2016). Anılan benzetme için bkz.: Ayrancı, H.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Ders Notları, Ankara 2015, s. 67 vd.

<sup>28</sup> Kırca, Ç.: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıplı Mal”, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Konferansı, 5- 6 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler, Ankara 2016, s. 172; Öz, T.: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanmasında Borçlar Kanunu Hükümlerinin Yeri ve Rolü”, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Konferansı, 5- 6 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler, Ankara 2016, s. 176; Kahveci, N.: Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara 2014, s. 233.

Bu durum kanun koyucunun maddeyi düzenlerken gerekli özeni göstermediğini, temel sistematığı göz ardı ettiğini ve yanılığa düştüğünü göstermektedir. Her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu'na nazaran sonraki özel kanun niteliğinde olsa da, Türk Borçlar Kanunu'ndan bağımsız değildir. Türk Borçlar Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tamamlayıcı fonksiyona sahiptir. Nitekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun birden çok maddesinde (md. 11, 15, 21 vs.) Türk Borçlar Kanunu'na atıf yapmakta; hatta TKHK md. 83/1'de kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağını ifade etmektedir. Bu nedenle özel kanunun, kendisine atıf yaptığı ve tamamlayıcı fonksiyona sahip genel kanunun yapısına aykırı olmamalıdır. Ayrıca, amaç tüketici satışlarında temerrüt halini düzenlemekse, bunun ayıplı maldan sorumluluk hükümleri içerisinde değil, Türk Borçlar Kanunu'nun sistematığına uygun şekilde ayrı bir başlık altında yapılması ve kendine özgü hüküm ve sonuçlara bağlanması gerekir. Kaldı ki, Kanun'daki ayıplı mallara ilişkin düzenlemenin temelini oluşturan 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde de, sözleşmede kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesi, ayıp (sözleşmeye aykırılık) halleri arasında yer almamaktadır. Böylelikle düzenlemenin, Direktif'in kabul ettiği sisteme de aykırı olduğu söylenebilir. Dolayısıyla mevcut düzenleme kanaatimizce son derece isabetsiz olup, sistem karmaşası meydana getirmektedir.

Diğer taraftan TKHK md. 8'de temerrüdün ayıp maldan sorumluluk başlığı altında düzenlenmesi, kiralananın teslim anındaki ayıplarından sorumluluğu düzenleyen TBK md. 304/1 hükmü ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) ve Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) ifa engellerini düzenleme biçimini aklı getirmektedir.

Türk Borçlar Kanunu md. 304/1'e göre, kiralananın önemli ayıplarla teslimi halinde kiracı, borçlunun temerrüdüne veya kiraya verenin kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesinden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurabilir. Düzenleme ilk bakışta TKHK md. 8 düzenlemesiyle benzer gözükmektedir. Ancak TBK md. 304/1 hükmünü, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki (OR Art. 258/I-II) düzenlemeye uygun olarak anlamak gerekmektedir. OR Art. 258/1 uyarınca, "eğer kiralayan kira konusu şeyi kararlaştırılan zamanda teslim etmemişse veya ayıplı şekilde teslim etmişse kiracı, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin OR Art. 107-109 hükümlerine başvurabilir". OR Art. 258/II uyarınca, "kiracı ayıbın varlığına rağmen kira konusu şeyi kabul eder ve sözleşmenin gereği gibi ifasını talep ederse, bu durumda sadece kiranın devamı sırasında ortaya çıkan ayıplara ilişkin talepleri (OR Art. 259a-259i) ileri sürebilir". Buna göre TBK md.304/1 uyarınca kiralananın önemli ayıplarla teslimi halinde kiracı, temerrüt hükümlerine başvurabilmesi için, kiralananı kabul etmemelidir. Buna karşılık kiracı bu şekilde davranmayıp, ayıplı ifayı

kabul etmişse, kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesinden doğan sorumluluk hükümlerine (TBK md. 305 vd) gidebilir<sup>29</sup>. Bu itibarla TBK md. 304/1 düzenlemesi temerrüt ile ayıplı ifadan sorumluluğu özdeş kılmamaktadır. Kiracı, ancak ayıplı ifayı kabul etmeyip, reddetmesi durumunda temerrüde ilişkin hükümlere başvurulabilir. Yoksa temerrüt neticesinde ayıplı ifaya ilişkin hükümlere başvurusu söz konusu değildir. Bu itibarla TKHK md. 8 ile TBK md. 304/1 düzenlemeleri birbirinden farklıdır.

Aynı şekilde TKHK md. 8 düzenlemesi CISG ile Alman Medeni Kanunu'nun ifa engelleri sistemi ile de uyumlu değildir. Çünkü CISG'da sözleşmeye aykırılık hallerine ilişkin imkansızlık, gereği gibi ifa etmeme veya temerrüt şeklinde bir ayırma gidilmemekte; tek bir sözleşmeye aykırılık kurumu benimsenmektedir. Sözleşmeye aykırılık durumuna bağlanan sonuçlar ise, aykırılığın esaslı olup olmamasına göre birbirinden ayrılmaktadır<sup>30</sup>. Aynı şekilde Alman Medeni Kanunu'nda (BGB), 01 Ocak 2002 yürürlük tarihli "Borçlar Hukukunu Modernleştirme Kanunu (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*)" ile sözleşmeye aykırılık sistemi bir bütün olarak değerlendirilmektedir. Buna göre BGB § 280 ve devamında "borcun ihlali (*Pflichtverletzung*)" ile hüküm ve sonuçları düzenlenmekte, sonraki bölümlerde BGB § 280 vd. atıf yapılmaktadır. Hatta tüketici tanımı da Kanun kapsamına alınarak (BGB § 13), tüketici işlemlerinin hüküm ve sonuçları aynı kanunda (BGB § 312 vd.) yer almaktadır. Dolayısıyla hem CISG hem de BGB'de tüm ifa engelleri tek başlık altında toparlanmaktadır. Hâlbuki TKHK md.8'de, sadece temerrüt ile ayıplı ifa aynı başlık altındadır. Diğer ifa engelleri madde kapsamına dahil değildir. Bu itibarla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un CISG ve BGB ile Türk- İsviçre Borçlar Kanunu arasında bir sistem benimsediğini söylemek mümkündür. Ancak bu durumun sistem karmaşasına sebebiyet verdiği açıktır.

#### **D. Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Ayıplı Mallara İlişkin Hükümlerinin Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi**

Tüketici satış sözleşmelerinde kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesi neticesinde, TKHK md. 8 vd. yer alan ayıplı mallara ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

---

<sup>29</sup> Aral/ Ayrancı, s. 278 ve orada anılan yazarlar; Gümüş, Borçlar Özel, s. 266 vd.

<sup>30</sup> Mesela sözleşmeye aykırılıktan etkilenen taraf, CISG md. 49, 51, 64 veya 72 uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeye veya md. 46 uyarınca ikame mal isteme hakkına sahiptir. Ancak bu hakların kullanılabilmesi için sözleşmeye aykırılığın esaslı olması gerekmektedir. Buna karşın sözleşmeye aykırılık neticesinde aynen ifanın talep edilebilmesi için, aykırılığın esaslı olmasına gerek yoktur.



Doktrinde yer alan bir görüşe göre<sup>31</sup>, Kanun'da ayıplı mal başlığı altında düzenlense de, kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesi durumunda ayıplı mallara ilişkin hükümlerin (TKHK md. 8 vd.) uygulanması mümkün değildir. Çünkü bir malın ayıplı olarak kabul edilebilmesi için, ifanın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Hâlbuki malın süresinde teslim edilmemesi durumunda henüz mal ifa edilmemiştir. Diğer taraftan, kanunda bir konuyla ilgili düzenlemenin yapılmış sayılması için, şartlarının ve sonuçlarının düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak ayıplı mala ilişkin hükümlerde, malın süresinde teslim edilmemesine uygun bir seçimlik hak veya sonuç bulunmamaktadır. Bu itibarla TKHK md. 8/III'de malın kararlaştırılan sürede teslim edilmemesine yer verilmesinin, TBK md. 112 vd. düzenlenen sözleşmeye aykırılık hallerinden olduğunu tekrarlamaktan başka bir anlamı bulunmamaktadır.

Doktrinde yer alan diğer görüşe<sup>32</sup> ise, Kanun'da bu şekilde bir düzenlemeye gidilmesi sistematik açıdan isabetsiz olsa da, malın süresinde teslim edilmemesi neticesinde ayıplı mallara ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini savunmaktadır. Hatta *Gümüş*<sup>33</sup> bir adım daha ileri giderek, kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesinin ifayı ayıplı hale getirdiğini ifade etmektedir.

Kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesi neticesinde Kanun'daki ayıplı mallara ilişkin hükümlerin uygulanabilirliğinin tespitinde, kanaatimizce, hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacı ve kanun boşluğundan hareket edilmek suretiyle bir sonuca ulaşılmalıdır. Buna göre:

a- Kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesi temerrüt halini oluşturmakta ve temerrüt esas itibarıyla Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmektedir. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun temerrüde, ayıplı mal başlığı altında yer vermektedir. Bu noktada kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesinin hüküm ve sonuçları bakımından birbiriyle çatışan iki farklı düzenleme karşımıza çıkmaktadır. Bunlar genel satış sözleşmesinde temerrüdü düzenleyen TBK md. 212 vd. ve TBK md. 117 vd. hükümleri ile tüketici satışlarında ayıplı malı düzenleyen TKHK md. 8 vd. hükümleridir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na nazaran yeni tarihlidir ve özel kanun niteliğindedir. Yürürlükteki

---

<sup>31</sup> Kırca, Bildiri, s. 171 vd.

<sup>32</sup> Gümüş, s. 91 ve 92; Kahveci, s. 234, Öz, s. 176 vd; Şahin, T./ Kızır, M.: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler", Terazi Hukuk Dergisi- Tüketici Hukuku Özel Sayısı, C.: 9 S. 89 Y.: Ocak 2014, s.74. Bu görüş taraftarları, malın süresinde teslim edilmemesi neticesinde tüketicinin kullanabileceği seçimlik haklar konusunda birbirlerinden ayrılmaktadırlar (Bkz.: II/E).

<sup>33</sup> Gümüş, s. 91.

hukuk kurallarının uygulanmasında yeni tarihli özel kanun ile eski tarihli genel kanun çatıştığında, “özel hüküm genel hükümden önce gelir (*lex specialis derogat generali*)” ilkesi gereği, yeni tarihli özel kanuna öncelik tanınmalıdır. Çünkü genel nitelikte bir kanun yürürlükteyken aynı konunun özel nitelikte yeni bir kanunla düzenlenmesi, kanun koyucunun ilgili konuyu yeni bir bakış açısıyla, öncelikle ve özellikle ele almak istediği anlamına gelir<sup>34</sup>. Buna göre, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan düzenlemenin, bununla çatışan genel kanun düzenlemesini bertaraf ederek uygulanması gerekir.

Ancak bu sonuca, genel-özel hüküm çatışmasına gitmeden dahi ulaşabilmek mümkündür. Çünkü Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un sözleşmelere ilişkin düzenlemelerinin çoğunluğu emredici niteliktedir<sup>35</sup>. Bunun nedeni, sözleşme özgürlüğünün yaratabileceği olumsuz koşullar karşısında, sosyal bakımdan zayıf konumdaki tüketicinin korunarak kamu menfaatinin sağlanmasıdır<sup>36</sup>. Aynı zamanda söz konusu düzenlemeler, tüketiciyi genel kanunlara nazaran daha fazla koruma amacıyla getirilmiştir<sup>37</sup>. Bunların

<sup>34</sup> Edis, S.: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Bası Ankara 1989, s. 182; Oğuzman, M. K./ Barlas, N.: Medeni Hukuk, 13. Bası İstanbul 2006, s. 66; Dural, M./ Sarı, S.: Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004, s. 93; Zevkililer, A./ Acarbay, M. B./ Gökyayla, K. E.: Medeni Hukuk, Ankara 1999, s. 91; Altaş, H.: Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara 2014, s. 194. Ancak bu durumda eski tarihli genel kanunun uygulanmayacağı mutlak değildir. Buna göre, yürürlükte bulunan özel kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde, genel kanun özel kanunun tamamlayıcısı vazifesi görür. Genel kanunun düzenlemesinin yanında, özel kanun ayrı bir düzenleme yapmamışsa veya bir konuyu açık bırakmışsa, o konuda genel kanunun düzenlemesi dikkate alınır. Aynı şekilde yeni tarihli özel kanunun açıkça eski tarihli genel kanuna atfı yapıldığı durumlarda da eski tarihli genel kanunun uygulama alanı bulur (Edis, Medeni Hukuk, s. 182; Oğuzman/ Barlas, s. 66; Zevkililer/ Acarbay/ Gökyayla, s. 91; Altaş, s. 195).

<sup>35</sup> Kara, s. 105; Sirmen, L.: “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, E, Journal of Yaşar University, Özel Sayı (Armağan), Vol 8, s. 2468 (<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/8-Lale-S%4%BORMEN.pdf> adresinden erişilmiştir. Erişim Tarihi: 15.11.2017); Ozanoğlu, H. S.: “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 671; Demir, M.: “4282 Sayılı Kanun İle Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler”, BATİDER C.: 22(1) Y.: 2003, s. 204; Bunların bir kısmı tüketici lehine nispi emredici, bir kısmı ise mutlak emredici niteliktedir (Sirmen, s. 2469).

<sup>36</sup> Sirmen, s. 2468. Nitekim tüketicinin korunmasında kamu menfaati olduğundan, Anayasa md. 172’de devlete, tüketici koruyucu tedbirler alma görevi verilmiştir. Aynı şekilde TKHK md. 1’de kamu menfaatine vurgu yapılarak, Kanunun amacının, tüketicinin ekonomik çıkarlarını korumak olduğu ifade edilmektedir.

<sup>37</sup> Öz, s. 177 vd.; Aslan, İ. Y.: Bankacılar İçin Tüketici Hukuku, İstanbul 2016, s. 33 vd. ve 38; Ayrıca bkz.:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gerekeşi, s. 8 ve 15 vd. (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 490).

kaynağını sosyal hukuk devleti oluşturmaktadır. Nitekim *Ozanoğlu'na*<sup>38</sup> göre bu düzenlemeler, genel nitelikli kanunlardan farklı olarak, uyumsuzlukları eşitlik veya adalet ilkelerinden hareketle çözmeye çalışmaz. Tüketiciyi koruyan düzenlemelerde önemli olan, tüketicinin menfaatlerinin ön planda tutulması ve bu bakış açısıyla uyumsuzlukların çözülmesidir. Böylece, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun düzenlemelerinin, genel kanunlara kıyasen tüketiciyi daha fazla koruma amacı taşıdığı<sup>39</sup> ve kamu menfaatini ilgilendirdiği söylenebilir. Bu nedenle, kamu menfaatini ilgilendiren ve tüketici lehine olan bir düzenlemenin, genel-özel kanun çatışmasına bakılmaksızın<sup>40</sup>, doğrudan uygulanması gerekmektedir<sup>41</sup>.

Böylelikle, tüketici satış sözleşmelerinde malın zamanında teslim edilmemesi neticesinde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki ayıplı mallara ilişkin hükümlerin, uygulanabilir olduğu sonucuna varılabilir. Ancak aşağıda açıklandığı üzere<sup>42</sup> bu durum, tüketiciye, süre verilmeksizin sözleşmeden dönme imkanı dışında bir fayda sağlamamaktadır. Çünkü TKHK md. 8 vd. hükümleri, ayıplı mal teslimi dikkate alınarak getirilmiş hükümlerdir ve ayıplı ifa sebebiyle bozulan menfaat dengesini düzeltmeyi hedeflemektedir. Halbuki malın zamanında teslim edilmemesi ayıplı ifa değildir<sup>43</sup>. Bu nedenle ifa zamanına aykırılık sebebiyle bozulan menfaat dengesinin, ayıba ilişkin araçlarla telafisi düşünülemez. Bu itibarla ayıplı mala ilişkin hükümler her ne kadar yeni tarihli ve özel nitelikli olsa da, süre verilmeye gerek olmaksızın sözleşmeden dönebilme imkanı dışında, malın zamanında teslim edilmemesinin bünyesine uygun değildir.

b- Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin yorumlanmasında, tüketici lehine yorum esastır. Ancak bu mutlak olmayıp, hükmün amacıyla

---

<sup>38</sup> Ozanoğlu, Oğuzman'a Armağan, s. 690; *Ozanoğlu, H. S.*: "Yargıtay Uygulamasında TKHK'nun Uygulanma Alanı Bakımından İsimsiz Sözleşmeler", ABD. Y.: 2000-3, s. 55, dipnot: 3. Aynı yönde bkz.: Demir, Yenilikler, s. 204 dipnot: 3.

<sup>39</sup> Öz, s. 178; Ozanoğlu, Oğuzman'a Armağan, s. 671.

<sup>40</sup> Özel nitelikli tüketici kanununda yer alan bir hüküm, uyumsuzlukların çözümünde tüketicinin menfaati noktasında her zaman yeterli olmayabilir. Bir başka ifade ile genel kanunda yer alan bir düzenleme, tüketici kanununda yer alan düzenlemeye nazaran, uyumsuzlukların çözümünde tüketicinin daha çok menfaatine olabilir. Bu itibarla Tüketici Hukuku ve Kanununun amacı doğrultusunda tüketicinin menfaatlerinin ön planda tutulması, uyumsuzlukların çözümünde uygulanacak kanun hükümlerinin seçiminde de önem arz etmektedir. İster genel ister özel hüküm niteliğinde olsun, her zaman tüketicinin lehine olan hüküm uygulanmalıdır (Öz, s. 178; Ayrancı, s. 68; Kara, s. 121 vd.). Bu nedenle de, uyumsuzluğun çözümünde uygulanacak hükümlerin seçiminde genel-özel hüküm çatışmasına bakılmamalıdır.

<sup>41</sup> Ayrancı, s. 68; Kara, s. 121; Öz, s. 178.

<sup>42</sup> Bkz.: II/E/2.

<sup>43</sup> Bkz.: II/E.

sınırlıdır. Buna göre ilk önce hükmün düzenlenme amacı (*ratio legis*) dikkate alınmalı; amacın tüketicinin korunması veya menfaatinin gözetilmesi olduğu sonucuna varıldığı takdirde tüketici lehine yorum yapılmalıdır<sup>44</sup>. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 8/III'deki hükmün düzenlenme amacı, malın zamanında teslim edilmemesi durumunda ayıplı mallara ilişkin hükümlerden tüketicinin faydalanmasıdır. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de belirtilmektedir<sup>45</sup>. O halde düzenlenme amacı göz önüne alındığında, hükmün tüketici lehine yorumlanabileceği ve bunun sonucu malın zamanında teslim edilmemesi durumunda uygulanabileceği düşünülebilir. Ancak Kanun'da bu amacı yerine getirecek bir hüküm bulunmamaktadır. Bir başka ifade ile kanun koyucu amacı belirtmiş fakat bu amacı gerçekleştirecek bir düzenleme getirmemiştir. Söz konusu amaca yönelik uygulanabilir tek imkan, aşağıda belirtildiği üzere<sup>46</sup>, süre verilmeksizin sözleşmeden dönülebilmesidir. Bu itibarla süre verilmeksizin sözleşmeden dönme imkanı dışında, malın zamanında teslim edilmemesi durumunda ayıplı mallara ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı sonucuna varılmalıdır.

c. Nihayet TKHK md. 8/III düzenlemesi dikkate alındığında kanaatimizce, malın zamanında teslim edilmemesine ilişkin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da gerçek olmayan boşluğun<sup>47</sup> varlığı düşünülebilir.

Gerçek olmayan boşluk, içerisinde örtülü boşlukla<sup>48</sup> birlikte başkaca halleri de barındıran, geniş bir kavramdır<sup>49</sup>. Buna göre örtülü boşluğu ortaya

<sup>44</sup> Sirmen, s. 2473.

<sup>45</sup> Bkz.:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gerekçesi, s. 16 (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 490).

<sup>46</sup> Bkz.: II/E/2.

<sup>47</sup> Boşluk türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Edis, Medeni Hukuk, s. 132 vd.; Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s. 107 vd.; Dural/ Sarı, s. 110 vd.; Oğuzman/ Barlas, s. 79 vd.; Altaş, s. 246 vd.; Akipek, J. G./ Akıntürk, T.: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s. 134; Hatemi, H.: Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Bası İstanbul 2004, s. 94 vd.; Kıca, Ç.: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", AÜHFD. C.: 50 S.: 1 Y.: 2001, s. 93 vd.; Karayalçın, Y./ Yongalık, A.: Hukukda Öğretim- Kaynaklar- Metod, 7. Bası Ankara 2008, s. 139 vd.; Güneş, M. A.: Hukuk Metodolojisi, Ankara 2016, s. 206 vd.).

<sup>48</sup> Örtülü boşlukta, kanunda uygulanabilir bir hüküm olmasına rağmen, hükmün özü ile sözü birbirine uymamakta veya mevcut hüküm kendisiyle aynı değerde başka bir hükümle çatışmakta yahut hükmün uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Bir başka ifade ile hükmün kapsamı çok geniş olup, hükümde belirli hallerde amaca veya anlama uygun sınırlamayı gerektiren bir eksiklik bulunmaktadır (Edis, Medeni Hukuk, s. 134; Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s. 110; Dural/ Sarı, s. 112; Oğuzman/ Barlas, s. 81; Altaş, s. 253; Kıca, Boşluk, s. 94 ve 96). Örtülü boşluk, amaca uygun sınırlama (*Teleologische Reduktion*) yöntemiyle doldurulur. Amaca uygun sınırlama yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Kıca, Boşluk, s. 98 vd.

<sup>49</sup> Aksi fikirde olan Kırcı ve Hatemi örtülü boşluğun gerçek boşluk olduğunu savunmaktadırlar

çıkaran bir hal bulunmamasına rağmen, hükmün hukuki meseleyi çözüm şekli beğenilmiyorsa, hüküm tatmin edici değilse veya kanun koyucunun yanlış sebebiyle hükmün pozitif hukuk tekniği içerisinde mantığı bulunmuyorsa, gerçek olmayan boşluk vardır. Bir başka ifade ile gerçek olmayan boşlukta, kanunun yetersizliği, sakatlığı veya yanlışlığı söz konusudur. Bu durumda hükmün düzeltilmesi gerekmektedir. Hakimin kural olarak hükmü düzeltme yetkisi bulunmamaktadır. Bu, kanun koyucuya ait bir görevdir. Ancak yetersiz, sakat veya yanlış hükmün uygulanması açık şekilde hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacaksa, bu takdirde hakim TMK md. 2/II'ye başvurarak hükmü düzeltebilir<sup>50</sup>.

Yukarıda anlatıldığı üzere<sup>51</sup> malın zamanında teslim edilmemesinin TKHK md. 8'de "Ayıplı Mal" başlığı altında yer alması, borca aykırılık hallerine ilişkin genel sistematığe aykırıdır ve onunla çatışmaktadır. Çünkü malın zamanında teslim edilmemesi neticesinde ihlal edilen menfaat ile buna bağlı sonuçlar, malın ayıplı olmasından farklıdır. Bir başka ifade ile malın zamanında teslim edilmemesi, ayıplı ifanın ruhuna uymamaktadır. Halbuki kanun koyucu TKHK md. 8/III düzenlemesiyle iki kurumu özdeş düşünmüş; ancak sonraki maddelerde, malın zamanında teslim edilmemesi neticesinde uygulanabilecek nitelikte hükümler getirmemiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 8/III düzenlemesinin tüketici lehine yarattığı tek sonuç, süre verilmeksizin sözleşmeden dönülebilmesidir. Bu durum kanun koyucunun maddeyi düzenlerken gerekli özeni göstermediğini, temel sistematığı göz ardı ettiğini ve yanılığa düştüğünü göstermektedir. Bu itibarla mevcut hükmün kanun koyucu tarafından düzeltilmesi gerekmektedir. Bu düzeltme yapıncaya kadar, bünyesine uygun düştüğü için, malın zamanında teslim edilmemesi durumunda süre verilmesine gerek olmaksızın dönme hakkının kullanılabilmesi kabul edilebilir.

### **E. Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda Tüketicinin Ayıplı Mala İlişkin Hükümlerden Faydalanması**

Ayıplı maldan sorumluluk sebebiyle tüketicinin kullanabileceği seçimlik haklar ile hüküm ve sonuçları TKHK md. 11 ve devamında yer almaktadır. Malın zamanında teslim edilmemesi neticesinde tüketicinin söz konusu seçimlik

---

(Kırca, Boşluk, s. 98 ve 114; Hatemi, s. 100).

<sup>50</sup> Hatemi, s. 105; Edis, Medeni Hukuk, s. 134; Zevkililer/ Acarbey/ Gökyayla, s. 110; Dural/ Sarı, s. 112; Oğuzman/ Barlas, s. 82; Altaş, s. 255; Karayalçın/ Yongalık, s. 140; Güneş, s. 216. Doktrinde gerçek olmayan boşluğu, kanun boşluğu olarak kabul etmeyen görüşler de mevcuttur (Dural/ Sarı, s. 112; Oğuzman/ Barlas, s. 82; Altaş, s. 255); hatta vazgeçilmesi gereken bir kavram olarak değerlendirilmektedir (Kırca, Boşluk, s. 96 ve orada anılan yazarlar).

<sup>51</sup> Bkz.: II/C.

hakların hangisini kullanabileceği ile kullanılmasının hüküm ve sonuçlarının değerlendirilmesinden önce bir hususun vurgulanması gerekmektedir. Buna göre, zamanında teslim edilmeme olgusu -“Ayıplı Mal” başlığı altında yer alsa da- malı ayıplı hale getirmemektedir. Çünkü TKHK md. 8 ayıp için, malın teslimini ve maldaki nitelik eksikliğinin varlığını aramaktadır<sup>52</sup>. Halbuki malın teslim edilmemesi durumunda hem malın niteliğinde bir eksiklik bulunmamakta hem de malın teslimi gerçekleşmemektedir. Bu itibarla düzenlemenin tüketiciye, bünyesine uygun düştüğü ölçüde, ayıplı mala ilişkin hükümlerden faydalanma olanağı tanıdığı kabul edilmelidir. Nitekim bu husus, maddenin gerekçesinde “...Ayrıca tüketicilerin sıklıkla karşılaştıkları bir sorun olan sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde teslim edilmemesi durumunda da sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur. Bu durumda tüketici ayıplı mala ilişkin hükümlerden yararlanacaktır.” şeklinde ifade edilmektedir<sup>53</sup>.

Kaldı ki TKHK md. 13/I hükmünden yola çıkarak da, bu sonuca ulaşılabilme mümkün. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 13/I’de ayıplı hizmetin tanımı yapılmaktadır. Tanıma göre ayıplı hizmet, “sözleşmede belirlenen sürede başlamaması... sebebiyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir”. Bu tanımda kanun koyucu açıkça, süresinde başlamama olgusunun hizmeti ayıplı hale getireceğini ifade etmektedir. Halbuki bu şekilde bir ifade TKHK md. 8/III’de yer almamaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 8/III’de, sözleşmede kararlaştırılan sürede malın teslim edilmemesinin sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirileceği ifade edilmektedir. Bu itibarla kanun koyucunun TKHK md. 8/III’deki iradesinin, ayıplı mallara ilişkin hükümlerden tüketiciyi faydalandırmak olduğu kabul edilmelidir. Yoksa kanun koyunun iradesi, teslim edilmemesinin malı ayıplı hale getireceği yönünde değildir. Çünkü eğer kanun koyucunun amacı, teslim edilmemesinin malı ayıplı hale getireceği olsaydı, TKHK md. 13/I’deki gibi bir düzenlemeye giderdi.

### **1. Tüketicinin Ayıplı Mala İlişkin Hükümlerden Faydalanabilmesinin Şartları**

Malın zamanında teslim edilmemesi sebebiyle tüketicinin ayıplı mala ilişkin hükümlerden faydalanabilmesi için aşağıdaki şartlar birlikte (kümülatif) gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre:

- **Sözleşmede malın teslimi için bir sürenin kararlaştırılmış olması:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 8/III’de, “sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde teslim edilmemesi” ifadesi kullanılarak, ifa zamanının

---

<sup>52</sup> Kırca, Bildiri, s. 172; Aksi yönde bkz.: Gümüş, s. 91.

<sup>53</sup> Bkz.: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereği, s. 16 (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 490).

belirlenmiş olmasına vurgu yapılmaktadır. Buna göre malın teslim edilmemesi neticesinde tüketicinin ayıplı mallara ilişkin hükümlerden faydalanabilmesi için teslim süresinin sözleşmede kararlaştırılması gerekmektedir. Böylelikle mülkiyeti devir ve teslim borcu sözleşmenin kurulduğu anda muaccel oluyorsa, zamansal gecikme sebebiyle tüketici ayıplı mallara ilişkin hükümlerden faydalanamayacaktır<sup>54</sup>. Düzenlemede yer alan “süre” ifadesini, vade olarak anlamak gerekmektedir. Bu itibarla kararlaştırılan vade, belirli veya kesin vade şeklinde olabilir.

- **Malın sözleşmede kararlaştırılan sürede teslim edilmemesi:** İkinci şart, malın kararlaştırılan sürede teslim edilmemesidir. Doktrinde bir görüşe<sup>55</sup> göre, TKHK md. 8/III'deki teslim edilmemeden kasıt, malın geç teslimidir. Çünkü ayıptan doğan sorumluluğun varlığı için malın teslimi gereklidir. Eğer mal hiç teslim edilmemişse, tüketicinin ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerden faydalanma imkanı bulunmamaktadır. Bu durumda tüketici, temerrüde ilişkin genel hükümlere başvurabilir. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Çünkü ifade edildiği üzere, teslim edilmeme olgusu malı ayıplı hale getirmemekte; sadece ayıplı mala ilişkin hükümlerin uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle maddedeki teslim edilmeme ifadesini, geç teslimin yanı sıra hiç teslim edilmemeyi de kapsayacak biçimde anlamak gerekmektedir. Diğer taraftan malın geç teslimi kadar, hiç teslim edilmemesi de tüketicilerin sıklıkla karşılaştığı bir sorundur. Her iki durumda da tüketicinin ifa zamanına olan menfaati zedelenmektedir. Kaldı ki, ifa zamanına aykırılık sebebiyle ifaya olan menfaatin ortadan kalktığı durumlarda<sup>56</sup>, malın geç teslimi ile hiç teslim edilmemesi arasındaki fark ortadan kaybolmaktadır. Böylelikle malın hem geç teslim edilmesinin hem de hiç teslim edilmemesinin madde kapsamına dahil olduğu düşünülmektedir.

- **Malın sözleşmede kararlaştırılan sürede teslim edilmemesine tüketicinin sebep olmaması:** Üçüncü şart, malın hiç veya geç teslimine tüketicinin sebebiyet vermemesidir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bu durum ifade edilmemektedir<sup>57</sup>. Ancak dürüstlük kuralından (TMK md. 2) yola çıkarak bu sonuca ulaşmak mümkündür. Çünkü tüketicinin, kendi davranışlarıyla

---

<sup>54</sup> Gümüş, s. 91.

<sup>55</sup> Şahin/ Kızır, s.74.

<sup>56</sup> Mesela tüketicinin evlilik töreninde giymek için satın aldığı gelinliğin, evlilik töreninden bir hafta sonra kendisine teslim edilmesi gibi veya yüz yılda bir gerçekleşen gökyüzü hareketliliğinin izlenebilmesi amacıyla sipariş edilen bir teleskopun, ilgili gökyüzü hareketliliği gerçekleşikten sonra tüketiciye teslim edilmesi gibi.

<sup>57</sup> Kanunda sadece, tüketicinin ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği durumlarda, sözleşmeye aykırılığın ortadan kalkacağı düzenlenmektedir (TKHK md. 10/II). 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Direktifi md. 2/III'de de tüketicinin ayıbın varlığını bildiği veya makul şartlarda bilmemesinin mümkün olmadığı durumlarda, sözleşmeye aykırılığın meydana gelmeyeceği belirtilmektedir.

malın zamanında teslim edilememesine sebep olduğu durumlarda ayıplı mallara ilişkin hükümlerden faydalanması, dürüstlük kuralının ihlali sonucunu doğurur<sup>58</sup>. Bu itibarla mesela tüketicinin ifayı kabulden kaçınması, yanlış adres bildirmesi, malın teslimi zamanında ifa yerinde tüketicinin veya yetkili temsilcisinin bulunmaması gibi tüketiciden kaynaklanan bir nedenle teslim zamanında gerçekleşmezse, tüketici ayıplı mallara ilişkin hükümlerden faydalanamaz. Malın zamanında teslim edilmemesine tüketicinin sebebiyet verdiği konusunda ispat yükü satıcıdadır<sup>59</sup>.

- **İhbarın ve kusurun gerekli olmaması:** Tüketicinin, ayıplı mallara ilişkin hükümlerden faydalanabilmesi için, TBK md. 223/1'in<sup>60</sup> aksine, satıcıya ihbarda bulunması gerekmemektedir<sup>61</sup>. Nitekim TKHK md. 10'un gerekçesinde, "*Ayıplı malda tüketicinin seçimlik haklarından faydalanabilmesi için ayıplı belirli bir süre içinde ihbar etmesi yükümlülüğü kaldırılmıştır.*" denilerek, bu husus ifade edilmiştir<sup>62</sup>. Kaldı ki, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ayıplı mallara ilişkin kısmının hazırlanmasında esas alınan, 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde de ihbardan söz edilmemektedir<sup>63</sup>. Diğer taraftan malın zamanında teslim edilmemesi sebebiyle ayıplı mallara ilişkin hükümlerin

<sup>58</sup> Kaldı ki, tüketiciden kaynaklı bir nedenle malın teslim edilmemesi aynı zamanda alacaklı temerrüdü meydana getirir. Alacaklı temerrüdü, alacaklının kendisine sunulan ifayı haksız olarak kabulden kaçınması veya ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmemesidir. Alacaklı temerrüdünün gerçekleştiği durumlarda, borçlu temerrüdünden söz edilemez (Eren, Borçlar Hukuku, s. 1097).

<sup>59</sup> Atamer/ Baş, s. 29; Gümüş, s. 97; Şahin/ Kizir, s. 74; Atamer, M. Y.: "Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK. M. 4- Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri", BATİDER. C.:XXIV S.: 1 Y.:2007, s. 88; Yıldırım, A.: "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler", GÜHFD. C.: XVII, Y.: 2013, S.: 1-2, s. 1037 vd.

<sup>60</sup> TBK md. 223/1: "*Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır.*" Aynı şekilde 4077 sayılı eski Kanun'un 4. maddesinde, tüketicinin malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbın bildirilmesi külfeti yüklenmekteydi.

<sup>61</sup> Aral/ Ayrancı, s. 132; Gümüş, s. 96; Kahveci, s. 231; Atamer/ Baş, s. 32 vd.; Yıldırım, s. 1039; Kara, s. 747. Doktrinde, tüketicinin ihbar külfeti getirilmemesinin, satıcıyı mağdur etmeyeceği; zira tüketicinin ayıbın ortaya çıkmasından sonra bunu bildirmeyerek zararın artmasına sebebiyet vermesi veya satıcı aleyhine spekülasyonlarda bulunması ihtimallerinde satıcının, TKHK md. 11/VI ve TKHK md. 83/1'de yapılan atıf gereği TBK md. 52 uyarınca tazminattan indirim talep edebileceği savunulmaktadır (Atamer/ Baş, s. 33; Baysal, B.: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012, s. 40 vd.).

<sup>62</sup> Bkz.:Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gerekçesi, s. 10 (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 490).

<sup>63</sup> Ancak 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 5/II maddesinde, üye ülkelerin isterlerse tüketicinin ayıplı tespit ettiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak iki aylık bir ihbar süresi getirebilecekleri düzenlenmektedir.



uygulanabilmesi için satıcının kusurlu olmasına da gerek yoktur<sup>64</sup>. Çünkü satıcının malın ayıplı olmasından doğan sorumluluğu, kusurdan bağımsızdır. Her ne kadar Kanun'da bu yönde açık bir düzenleme bulunmasa da, TKHK md. 9/I ve TBK md. 219/II hükümlerinden bu sonuca ulaşmak mümkündür. Zira TKHK md. 9/I, satıcının malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmek zorunda olduğunu; TBK md. 219/II, satıcının ayıpların varlığını bilmese dahi sorumlu olacağını ifade etmektedir<sup>65</sup>. Bu itibarla tüketici, satıcının kusuru bulunmasa dahi, diğer şartların gerçekleşmesiyle ayıplı mallara ilişkin seçimlik hakları kullanabilir. Ancak kusur, TKHK md. 11/VI uyarınca tüketicinin seçimlik haklarla birlikte satıcıdan tazminat talep ettiği durumlarda önemlidir<sup>66</sup>.

## 2. Tüketicinin Kullanabileceği Seçimlik Hak: Sözleşmeden Dönme Hakkı

Tüketici satış sözleşmelerinde, malın ayıplı olması neticesinde tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklar TKHK md. 11'de düzenlenmektedir. Buna göre malın ayıplı olması halinde tüketici, "Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme (TKHK md. 11/I-a)"; "Satılanı alıkoymuş ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme (TKHK md. 11/I-b)"; "Aşırı masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme (TKHK md. 11/I-c)" ve "İmkani varsa satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesi isteme (TKHK md. 11/I-ç)" seçimlik haklarından birini kullanabilir. Tüketici, bu seçimlik hakların birisiyle birlikte TKHK md. 11/IV'ye göre, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca satıcıdan tazminat da talep edebilir<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Atamer/ Baş, s. 36

<sup>65</sup> Tandoğan, s. 163; Aral/ Ayrancı, s. 125; Eren, s. 100; Yavuz, s. 98; Kahveci, s. 38; Gümüş, Borçlar Özel, s. 76; Gümüş, s. 93; Atamer/ Baş, s. 36; Atamer, Taşınır Satımı, s. 199 vd.; Kara, s. 754; *Bucher, E.*: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage Zürich 1988, s. 87; *Giger, H.*: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch- die Schenkung OR. Art. 184- 215, Bern 1980, Vorbem. OR. Art. 197-210, N. 7; Müller- Chen, M.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, 2. Auflage Zürich 2012, OR Art. 197, N. 2; Müller- Chen, M./ Girsberger, D./ Furrer, A.: Obligationenrecht- Besonderer Teil, Basel 2011, s. 57 vd.; *Honsell, H.*: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I OR. Art. 1- 529, 5. Auflage Basel 2011, Vorbem. OR Art. 197-210, N. 1 vd.; *Edis, S.*: Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s. 22 vd.; *Arbek, Ö.*: Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005, s. 21; *Kırca, Ç.*: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 16; Yarg. 13. HD, 28.12.2004, E. 10603, K. 19015 (www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim Tarihi: 26.09.2016). 4077 sayılı eski TKHK md. 4/III'de de satıcının ayıbı bilmese dahi sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı ifade edilerek, satıcının sorumlu tutulabilmesi açısından kusurun gerekli olmadığı açık bir biçimde hüküm altına alınmıştır.

<sup>66</sup> Aral/ Ayrancı, s. 146 vd.; Eren, s. 141 vd.; Gümüş, Borçlar Özel, s. 102 vd.; Gümüş, s. 104 vd.; Kahveci, s. 286 vd.; Atamer/ Baş, s. 51.

<sup>67</sup> 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin "Tüketicinin Hakları" başlıklı 3. maddesinde

Malın vaad edilen veya objektif olarak sahip olması gereken nitelikleri taşınamaması (TKHK md. 8/I ve II) yahut montajının gereği gibi yapılmaması (TKHK md. 8/III) neticesinde TKHK md. 11'deki seçimlik hakların hepsinin kullanılabilmesi mümkündür. Buna karşın, malın zamanında teslim edilmemesi bakımından aynı sonuca varılamamaktadır. Kanaatimizce bu durumda tüketicinin, ayıp oranında bedelden indirim, ücretsiz onarım veya ayıpsız misli ile değiştirme seçimlik haklarını kullanması söz konusu değildir. Çünkü ortada, bedelden indirim, onarım veya değiştirme ile telafi edilebilecek bir sözleşmeye aykırılık hali bulunmamaktadır. Bir başka ifade ile ifa zamanına aykırılık, ayıp oranında bedelden indirim, onarım veya misli ile değiştirmeye telafi edilebilecek nitelikte değildir. Söz konusu seçimlik hakların hepsi, malın ayıplı teslimine özgüdür. Halbuki malın zamanında teslim edilmemesi malın niteliğini etkileyerek ayıplı hale getirmemekte, sadece bünyesine uygun düştüğü ölçüde ayıplı mala ilişkin hükümlerden faydalanma olanağı yaratmaktadır. Böylelikle tüketicinin, malın teslim edilmemesi sebebiyle sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği sonucuna varılmalıdır<sup>68</sup>. Çünkü dönme hakkının kullanılması ve bununla birlikte istenecek tazminat, ifa zamanına aykırılık sebebiyle tüketicinin kaybolan ifa menfaatini telafi edebilecek niteliktedir.

---

tüketicinin, bedelsiz olarak onarım ya da yenileme yoluyla malı sözleşmeye uygun hale getirme, bedelden uygun bir indirim yaptırma veya sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan farklı olarak Direktif, söz konusu hakların seçimi konusunda tüketiciye bir serbestlik tanımamaktadır. Nitekim Direktif'in 3/III. maddesi uyarınca tüketici, ilk olarak, imkansızlık ya da orantsızlık olmadıkça malın onarılmasını ya da yenilenmesini talep edebilir. Direktif'in 3/V. maddesi uyarınca bu hakkın kullanılması mümkün değilse tüketici, bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarını kullanabilir. Direktif'te tüketiciye hakların kademeli olarak sunulmasının sebebi, sözleşmeyi ayakta tutma düşüncesidir (Atamer/ Baş, s. 36 ve 45; Atamer, Eleştiri, s. 90; Atamer/ İnceoğlu, s. 14; Kahveci, s. 102; Demir, s. 30 dipnot: 28 ve s. 31; Yıldırım, s. 1039; ; Akçaal, M./ Uyumaz, A.: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme", İÜHFD. C.: 4 S.: 2 Y.: 2013, s. 263).

<sup>68</sup> Aynı yönde bkz.: Gümüş, s. 91; Kahveci, s. 233; Aksi yönde olan Öz bu durumda sözleşmeden dönme hakkının yanı sıra ayıp oranında bedelden indirim hakkının da kullanılabileceğini savunmaktadır (Öz, s. 177). Kırca ise, dönme hakkı da dahil hiçbir seçimlik hakkın bu durumda uygulanamayacağını savunmaktadır (Kırca, Bildiri, s. 172). Diğer aynen ifadan vazgeçip müspet zararının karşılanmasını isteyen tüketicinin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan şartlar çerçevesinde temerrüt hükümlerine başvurması gerekmektedir (Gümüş, s. 92; Kahveci, s. 234; Şahin/ Kızır, s. 74; Selçuk, E.: "Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi", Güncel Hukuk Dergisi Mayıs 2016/ 5-149, s. 55). Buna göre, sözleşmede ifa günü taraflarca belirlendiğinden temerrüt için ihtara gerek olmasa da (TBK md. 117/II); eğer sözleşmede kararlaştırılan ifa günü kesin vade niteliğinde değilse (TBK md. 124), tüketicinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararının karşılanmasını talep edebilmesi için satıcıya süre vermesi (TBK md. 123) şarttır.

### a. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Şartları

Tüketici satışlarında malın kararlaştırılan sürede teslim edilmemesi sebebiyle dönme hakkının kullanılabilmesi için, TBK md. 123'ün aksine, satıcıya süre verilmesine gerek yoktur. Çünkü Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılması için süre verilmesi şartını aramamaktadır<sup>69</sup>. Hatta kararlaştırılan süre, belirli vade niteliğinde olsa bile bu sonuç değişmemektedir. Hâlbuki Türk Borçlar Kanunu'na göre borçlu temerrüdü sebebiyle alıcının sözleşmeden dönebilmesi için, satıcıya süre verilmeli (TBK md. 123) veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum (TBK md. 124) olmalıdır. Süre verilmesini gerektirmeyen durumlardan birini kesin vade oluşturmaktadır. Sözleşmede kararlaştırılan süre kesin vade niteliğindeyse, borçluya süre verilmesine gerek olmaksızın alacaklı dönme hakkını kullanabilir (TBK md. 124/III). Buna karşın, kararlaştırılan süre belirli vade niteliğindeyse, vadenin dolmasıyla borçlu ihtara gerek olmaksızın kendiliğinden mütemerrit olur (TBK md. 117/II); ancak dönme hakkının kullanılması için borçluya süre verilmesi gerekir<sup>70</sup>. Bu itibarla, dönme hakkının TKHK md. 11/I-a uyarınca kullanılmasının, TBK md. 125/II uyarınca dönme hakkının kullanılmasına göre tüketici lehine yarattığı pratik fark, kararlaştırılan sürenin belirli vade olması durumunda TBK md. 123'deki süre verilme külfetinden tüketicinin kurtulmasıdır. Böylelikle tüketici, kararlaştırılan süre belirli vade olsa bile, satıcıya süre vermeye gerek olmaksızın sözleşmeden dönebilecektir.

Diğer taraftan TKHK md. 11/I-a'da dönme hakkının kullanılması için ayıbın ağırlığına ilişkin herhangi bir şart aramamaktadır. Buna karşın, 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Direktifi md. 3/VI'da eğer ayıp önemsizse, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkının bulunmadığı ifade edilmektedir. Direktif'e kıyasen, sözleşmeden dönmek için ayıbın önemli olması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir<sup>71</sup>. Ancak malın zamanında edilmemesi durumunda sözleşmeden dönmek için bunun önemli olmasının araştırılmasına gerek yoktur. Çünkü malın zamanında teslim edilmemesi, her durumda maldan ve ifa zamanından beklenen faydayı ortadan kaldıran önemli bir durumdur.

Nihayet TKHK md. 11/I-a'da, *"tüketicinin satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme"* ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifadeden, tüketicinin dönme hakkını kullanılırken malı iadeye hazır olduğunu satıcıya bildirmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır. Ancak dönme hakkının kullanılabilmesi için bu şekilde bir bildirim şart değildir. Çünkü dönme beyanın kullanılması ve

---

<sup>69</sup> Gümüüş, s. 91; Öz, s. 177; Kahveci, s. 233.

<sup>70</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 1114.

<sup>71</sup> Atamer/ Baş, s. 47; Atamer, Eleştiri, s. 90; Kahveci, s. 214; Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD, 18.04.2013, E. 8695, K. 10214 (www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim Tarihi: 29.09.2016); Aksi yönde bkz.: Kara, s. 730 ve 750; Öz, s. 183 vd.

bunun satıcıya bildirilmesi, zaten bünyesinde iadeye hazır bulunduğu iradesini de taşımaktadır<sup>72</sup>. Kaldı ki malın zamanında teslim edilmemesi durumunda, ifa zamanında gerçekleşmediği için, bu yönde bir bildirim aramanın pratik faydası da yoktur. Bu itibarla dönme hakkının kullanılabilmesi için dönme iradesinin satıcıya bildirilmesi yeterlidir.

### **bb. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları**

Dönme hakkının kullanılmasıyla, taraflar arasındaki satış sözleşmesi geçmişe etkili biçimde ortadan kalkar ve bir tasfiye ilişkisi meydana gelir<sup>73</sup>. Buna göre satıcı, faiziyle birlikte<sup>74</sup> bedelin tamamını tüketiciye iade etmek (TKHK md. 11/V) ve ortaya çıkan tüm masrafları<sup>75</sup> karşılamakla (TKHK md. 11/VI-1.cümle) yükümlüdür.

Tüketici, TKHK md. 11/VI-2.cümle uyarınca dönme hakkıyla birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca satıcıdan tazminat talep etme hakkına da sahiptir. Dönme hakkının kullanılması sebebiyle ortaya çıkan masraflar bu tazminata dahil değildir. Çünkü satıcı, dönme hakkının kullanılması sebebiyle ortaya çıkan masrafları, tazminat talebinden bağımsız olarak, TKHK md. 11/VI-1.cümle uyarınca karşılamakla yükümlüdür<sup>76</sup>.

Diğer taraftan tüketicinin söz konusu tazminatı, Türk Borçlar Kanunu'nun hangi hükümlerine dayanarak talep edebileceğinin tespiti gerekmektedir. Çünkü TKHK md. 11/VI'da tazminat konusunda sadece Türk Borçlar Kanunu'na atıf yapılmış; ancak Türk Borçlar Kanunu'nun hangi hükümlerine dayanılarak tazminat talep edileceği ifade edilmemiştir. Bu durumda tüketici sözleşmeden döndüğü için talep edilecek tazminat, menfi zararın karşılığıdır. Menfi zararın içerisine fiili zararlar (*damnum emergens*) ile kaçırılan fırsatlar (*lucrum cessans*) dahildir. Zamanında teslim edilmeme olgusu malı ayıplı hale getirmediği için, tüketicinin ayıp sebebiyle ortaya çıkan bir zararı (ayıp veya ayıby takip eden zararı) bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmeden dönen tüketicinin talep edebileceği tazminatın kapsamının belirlenmesinde

---

<sup>72</sup> Gümüş, s. 111.

<sup>73</sup> Müller-Cehen/ Girsberger/ Furrer, s. 63 vd.; Aral/ Ayrancı, s. 143; Atamer/ Baş, s. 48; Gümüş, s. 111- 112; Kahveci, s. 245 vd.; Cavin, P.: Scweizwerisches Privatrecht Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse VII/1, Basel und Stuttgart 1977, s. 96.

<sup>74</sup> Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, tüketicinin satış konusu malı kullandığı sürece satıcıdan faiz isteyemeyeceği; faiz isteminin ancak malın iade tarihinden başlayarak söz konusu olabileceği yönündedir (Yarg. HGK, 28.09.2011, E. 19-498, K. 572; Yarg. 13. HD, 09.09.2013, E. 10704, K. 21403; Yarg. 13. HD, 12.03.2007, E. 14902, K. 3442 -Kararlara www.kazanci.com.tr adresinden erişilmiştir. Erişim Tarihi: 28.09.2016); Yarg. 13. HD, 04.06.2009, E. 1552, K. 7751 (Kahveci, s. 250 dipnot: 602); Yarg. 13. HD, 22.03.2012, E. 6393, K. 7883 (Kara, s. 765).

<sup>75</sup> Mahkeme veya iade masrafları gibi.

<sup>76</sup> Aral/ Ayrancı, s. 146.

doğrudan- dolaylı (diğer) zarar ayırımı yapan TBK md. 229/I-b.3 ile TBK md. 229/II hükümlerinin<sup>77</sup> uygulanamayacağı sonucuna varılabilir. Çünkü bu hükümler, ayıplı mal teslimi sebebiyle sözleşmeden dönülmesi durumunda uygulanabilir nitelikteki, istisnai hükümlerdir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta doğrudan- dolaylı (diğer) zarar ayırımına sadece Türk Borçlar Kanunu'nun zapttan ve ayıptan doğan sorumluğa ilişkin maddelerinde (TBK md. 217 ve TBK md. 229) yer verilmektedir. Bu iki maddenin dışında, Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmeden doğan sorumlulukta, kusura dayanan sorumluluk esastır. Gerçekten de sözleşmeye aykırılık durumunda meydana gelen zararların tazminini düzenleyen TBK 112 vd. maddelerinde, borçlunun meydana gelen zararlardan kusurlu olması şartıyla sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Böylelikle, sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin bu istisnai düzenlemenin uygulama alanının genişletilmemesi ve dar yorumlanması gerekmektedir<sup>78</sup>. Bu sebeple, doğrudan- dolaylı (diğer) zarar ilişkin TBK md. 229 hükmünün, sadece malın ayıplı teslimi halinde uygulanma alanı bulacağı; bunun dışında kıyasen uygulanamayacağı düşünülmektedir. Bu itibarla malın zamanında teslim edilmemesi sebebiyle sözleşmeden dönen tüketicinin zararlarının tazmininde Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulur. Bu kapsamda tüketici TBK md. 125'e dayanarak menfi zararlarını satıcıdan talep edebilir. Türk Borçlar Kanunu md. 125, menfi zararın tazmini açısından kusurlu sorumluluk esasını benimsemektedir. Buna göre satıcı, malın zamanında teslim edilmemesinde kusuru olmadığını ispatlayarak tazminat sorumluluğundan kurtulabilecektir.

---

<sup>77</sup> Türk Borçlar Kanunu md. 229'da malın ayıplı olması sebebiyle sözleşmeden dönen alıcının, doğrudan ve dolaylı (diğer) zararlarını satıcıdan isteyebileceği düzenlenmektedir. Doğrudan zararların tazmininde TBK md. 229/I-b.3 uyarınca satıcının kusursuz sorumluluğu (sebeup sorumluluğu); dolaylı (diğer) zararların tazmininde TBK md. 229/II uyarınca satıcının kusura dayanan sorumluluğu söz konusudur. Her iki zarar kategorisi arasındaki sınırı tespiti konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır (Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Giger, OR. Art. 208, N. 32 vd.; Honsell, OR Art. 208, N. 6 vd.; Müller- Chen, OR Art. 208, N. 9 vd.; Müller- Cehen/ Girsberger/ Furrer, s. 64 vd.; Aral, s. 165 vd.; Aral/ Ayrancı, s. 146 ve 147; Tandoğan, s. 193 ve 194; Eren, s. 141 vd.; Yavuz, s. 148 vd.; Gümüş, Borçlar Özel, s. 102 vd.; Kahveci, s. 271 vd.; Kırca, s. 17 vd.; Kırca, Ç.: "Kaldırılması Gereken Bir Ayırım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar Ayırımı", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 438 vd.; Yıldırım, F./ Başpınar, V.: Doktrin ve Uygulama Açısından Türk- İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayırımı", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 1105 vd.; BGE 133 II 257 vd.). Hatta doktrinde Kırca, söz konusu ayırımın isabetsiz olduğunu ve ayıp sebebiyle tüm zararlar bakımından kusura dayalı sorumluluk esasının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır (Kırca; Zarar, s. 455).

<sup>78</sup> Aral, s. 166; Eren, s. 142; Kırca, Zarar, s. 432; Kahveci, s. 283; Yıldırım/ Başpınar, s. 1102 vd.

### c. Zamanaşımı

Tüketicinin malın zamanında teslim edilmemesi sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını kullanması ve buna bağlı tazminat taleplerini ileri sürmesi zamanaşımı süresiyle sınırlıdır.

Ayıplı maldan sorumlulukta zamanaşımı süresi TKHK md. 12'de düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonradan ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Konut veya tatil amaçlı taşınmazlarda ise, taşınmazın tesliminden itibaren beş yıldır (TKHK md. 12/1)<sup>79</sup>.

Söz konusu süreler, malın ayıplı olduğu dikkate alınarak getirilmiş, teslimle başlayan sürelerdir. Bu nedenle malın zamanında teslim edilmemesi olgusuyla uyuşmamaktadır. Kaldı ki, teslimle başlayan zamanaşımı süresinin, malın zamanında teslim edilmemesi durumunda uygulanması izahı güç bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu itibarla, malın zamanında teslim edilmemesi sebebiyle dönme hakkının kullanılması bakımından TKHK md. 12 hükmünün uygulanması kanaatimizce mümkün değildir<sup>80</sup>.

Bu durumda uygulanacak zamanaşımı süresinin belirlenmesinde TKHK md. 83/1'de<sup>81</sup> yapılan atf gereği, genel hükümlere gidilmesi gerekmektedir. Buna göre TBK md. 146'daki on yıllık genel zamanaşımı süresinin burada da uygulanacağı düşünülmektedir<sup>82</sup>.

## SONUÇ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Ayıplı Mal" başlıklı 8. maddesinde, "sözleşmeye konu olan malın sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde teslim edilmemesi" ayıplı ifa halleri arasında sayılmıştır. Bu, 4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alamayan yeni bir hükümdür. Ancak bu hüküm, Türk Borçlar Kanunu'nun borca aykırılık hallerini düzenleme biçimine aykırıdır. Çünkü düzenlemede temerrüt ile malın ayıplı olması tek başlık altında toplanarak, aynı hüküm ve sonuçlara bağlanmaktadır. Halbuki Türk Borçlar Kanunu'nda temerrüt ile ayıplı maldan sorumluluk ayrı başlıklarda düzenlenmiş; farklı hüküm ve sonuçlara bağlanmıştır. Bu itibarla söz konusu düzenleme sistem karmaşasına sebebiyet vermektedir.

---

<sup>79</sup> 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 5/1 maddesinde, satıcının ayıp (sözleşmeye aykırılık) sebebiyle sorumluluğunun teslim tarihinden başlamak üzere iki yıllık süre ile sınırlı olduğu düzenlenmektedir.

<sup>80</sup> Aksi fikirde olan Gümüş ve Kahveci, bu durumda TKHK md. 12'de yer alan kısa zamanaşımı sürelerinin uygulanacağını savunmaktadır (Gümüş, s. 92; Kahveci, s. 233).

<sup>81</sup> TKHK md. 83/1: "Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır".

<sup>82</sup> Ayrancı, s. 68.

Düzenlemeyle, tüketici satışlarında malın zamanında teslim edilmemesi durumunda tüketiciye ayıplı mallara ilişkin hükümlerden yararlanma imkanı tanınmıştır. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de ifade edilmiştir. Ancak ayıplı mallara ilişkin hükümler içerisinde, malın zamanında teslim edilmemesi neticesinde uygulanabilecek bir düzenleme yer almamaktadır. Tüketicinin kullanabileceği tek imkan, süre verilmesine gerek olmaksızın sözleşmeden dönebilmedir. Sözleşmeden dönmeye birlikte istenecek tazminat konusunda TBK md. 125 uygulama alanı bulacaktır. Bu itibarla malın teslim edilmemesi durumunda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Türk Borçlar Kanunu arasındaki tüketici lehine tek fark, sözleşmeden dönmek için süre verilmesine gerek olmamasıdır.

\*\*\*\*\*

#### KAYNAKÇA

**Akçaal, M./ Uyumaz, A.:** “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme”, İÜHFD. C.: 4 S.: 2 Y.: 2013, s. 241 vd.

**Akipek, J. G./ Akıntürk, T.:** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.

**Altaş, H.:** Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara 2014.

**Aral, F./ Ayrancı, H.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı Ankara 2015.

**Aral, F.:** Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.

**Arbek, Ö.:** Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005.

**Aslan, İ. Y.:** Bankacılar İçin Tüketici Hukuku, İstanbul 2016

**Atamer, M. Y./ Baş, E.:** “Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, İBD Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C.: 88, Y.:2014, Özel S.: 1, s. 19 vd.

**Atamer, M. Y./ İnceoğlu, M. M.:** Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku İle Uyum Sorunu, İstanbul 2012.

**Atamer, M. Y.:** “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler, İstanbul 20012, s. 187 vd. (Taşınır Satımı).

**Atamer, M. Y.:** “Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK. M. 4- Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri”, BATİDER C.:XXIV S.: 1 Y.:2007, s. 81 vd. (Eleştiri).

**Ayrancı, H.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler Ders Notları, Ankara 2015.

**Baysal, B.:** Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012.

**Bucher, E.:** Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage Zürich 1988.

**Buz, V.:** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

**Cavin, P.:** Schweizerisches Privatrecht Obligationenrecht- Besondere Vertragsverhältnisse VII/1, Basel und Stuttgart 1977.

**Demir, M.:** "Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Yasal Düzenleme", AÜHFCD C: 54 S.: 3 Y.: 2005, s. 23 vd.

**Demir, M.:** "4282 Sayılı Kanun İle Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler", BATİDER C.: 22(1) Y.: 2003, s. 201 vd. (Yenilikler).

**Dural, M./ Sarı, S.:** Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004.

**Edis, S.:** Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.

**Edis, S.:** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Bası Ankara 1989 (Medeni Hukuk).

**Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı Ankara 2012 (Borçlar Hukuku).

**Eren, F.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı Ankara 2016.

**Gezder, Ü.:** Tüketici Kredi Sözleşmeleri, İstanbul 1998.

**Giger, H.:** Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch-die Schenkung OR. Art. 184- 215, Bern 1980.

**Gümüş, A.:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1, İstanbul 2014.

**Gümüş, A.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt: I, İstanbul 2013 (Borçlar Özel).

**Güneş, M. A.:** Hukuk Metodolojisi, Ankara 2016,

**Hatemi, H.:** Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Bası İstanbul 2004,

**Hatemi, H./ Serozan, R./ Arpacı, A.:** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

**Honsell, H.:** Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I OR. Art. 1- 529, 5. Auflage Basel 2011.

**Kahveci, N.:** Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara 2014.

**Kara, İ.:** Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara 2015.



**Karayalçın, Y./ Yongalık, A.:** Hukukda Öğretim- Kaynaklar- Metod, 7. Bası Ankara 2008,

**Kılıçoğlu, M. A.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası Ankara 2015.

**Kırca, Ç.:** Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.

**Kırca, Ç.:** “Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar Ayrımı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, 432 vd. (Zarar).

**Kırca, Ç.:** “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıplı Mal”, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Konferansı, 5- 6 Aralık 2015 Makaleler- Tebliğler, Ankara 2016, s. 149 vd. (Bildiri).

**Kırca, Ç.:** “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, C.: 50 S.: 1 Y.: 2001, s. 91 vd. (Boşluk).

**Müller- Chen, M./ Girsberger, D./ Furrer, A.:** Obligationenrecht- Besonderer Teil, Basel 2011.

**Müller- Chen, M.:** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, 2. Auflage Zürich 2012.

**Oğuzman, M. K./ Barlas, N.:** Medeni Hukuk, 13. Bası İstanbul 2006.

**Ozanoğlu, H. S.:** “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, AÜHFD C.: 50 S.: 1 Y.: 2001, s. 55 vd. (Tüketici Sözleşmeleri).

**Ozanoğlu, H. S.:** “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 663 vd. (Oğuzman’a Armağan).

**Ozanoğlu, H. S.:** “Yargıtay Uygulamasında TKHK’nun Uygulanma Alanı Bakımından İsimli Sözleşmeler”, ABD, Y.: 2000- 3, s. 53 vd.

**Ozanoğlu, H. S.:** Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999.

**Öz, T.:** “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanmasında Borçlar Kanunu Hükümlerinin Yeri ve Rolü”, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüketici Hukuku Konferansı, 5- 6 Aralık 2015 Makaleler- Tebliğler, Ankara 2016, s. 175 vd.

**Özel, Ç.:** Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999.

**Selçuk, E.:** "Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi", Güncel Hukuk Dergisi Mayıs 2016/ 5-149, s. 54 vd.

**Serozan, R.:** İfa- İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998.

**Sirmen, L.:** "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", E, Journal of Yaşar University, Özel Sayı (Armağan), Vol 8, s. 2468 (<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/8-Lale-S%C4%B0RMEN.pdf>).

**Şahin, T./ Kizir, M.:** "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler", Terazi Hukuk Dergisi- Tüketici Hukuku Özel Sayısı, C.: 9 S. 89 Y.: Ocak 2014, 68 vd.

**Tandoğan, H.:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: I/1, İstanbul 1988.

**Tiryaki, B.:** Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007.

**Yavuz, C.:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2007.

**Yıldırım, A.:** "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler", GÜHFD. C.: XVII, Y.: 2013, S.: 1-2 s. 1015 vd.

**Yıldırım, F./ Başpınar, V.:** Doktrin ve Uygulama Açısından Türk- İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 1093 vd.

**Zevkililer, A.:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun: Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, İzmir 1996.

**Zevkililer, A./ Acarbey, M. B./ Gökyayla, K. E.:** Medeni Hukuk, Ankara 1999.

# İŞYERLERİNDE UYGULANAN PARMAK İZLİ GİRİŞ KONTROL SİSTEMİNE HUKUKİ BAKIŞ

*The Legal View for Fingerprint Access Control System at Workplaces*

**Dr. Alptekin Burak BOYDAK<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 03.01.2017

Kabul Tarihi: 14.02.2017

## ÖZET

Gelişen teknoloji, çalışma yaşamının denetimi açısından birçok kolaylığı sağladığı kadar birçok hukuki sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu durumun çalışma yaşamında en sık karşılaşılan ve en çok tartışılan örneklerinden birini de çalışanların mesai saatlerine riayet edip etmedikleri kontrol amacıyla uygulanan parmak izli geçiş kontrol sistemi oluşturmaktadır. Zira bu husus içerisinde işverenin yönetim ve denetim hakkı, işçiyi gözetme borcu, kişisel verilerin korunması ilkesi gibi birbiriyle iç içe girmiş menfaatler kümesini barındırmaktadır. Bu kapsamda, çalışmamızda İş Hukuku açısından parmak izli giriş kontrol sisteminin ulusal ve uluslararası mevzuat ile yargı kararları çerçevesinde hukuka uygun olup olmadığı sorunu üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Parmak izi uygulaması, yönetim hakkı, kişisel verilerin korunması.

## ABSTRACT

Advances in technology provide a lot of convenience in terms of operation as well as the supervision of life raises many legal problems. This is the most common form of the working life and also one of the most controversial examples of employees who applied in order to check whether they comply with the working hours of fingerprint access control system. Because in this respect the right to control the management and employers, workers regardless of the debt, such as the principle of the protection of personal data contains a set of benefits that are intertwined with each other.. In our study should Business Law in terms of fingerprint access control system within the framework of national and international legislation and judicial decisions will focus on the issue of whether compliance with the law.

**Keywords:** Fingerprint application, management rights, the protection of personal data.

## GİRİŞ:

Çalışma yaşamında işverenin işçiden en büyük beklentisi, işçinin iş görme edimini gereğince yapmasıdır. İş hukukunda işçinin iş görme borcu kapsamında bu hususun denetimi noktasında gelişen teknolojiyle birlikte yeni sistemlerden yararlanılma yoluna gidildiği bilinmektedir. Bununla birlikte hukuk devletinde kişi güvenliğinin sağlanabilmesi için bu teknolojik uygulamalarının, kişi güvenliğine ve dolayısıyla hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda, çalışanların mesai saatlerine riayet edip etmediklerini denetlemek amacıyla birçok işyerinde hayata geçirilen parmak iziyle kontrol uygulaması hukuki açıdan incelenmeye değerdir.

---

<sup>1</sup> Öğretim Görevlisi Dr.-Avukat, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Hukuk Müşavirliği, alptekin\_burakb@hotmail.com

Parmak iziyle kontrol yöntemi, mürekkep ya da dijital bir tarayıcı vasıtasıyla bir kişiye ait parmak dokunuşunun görüntüsünün alınması ve özelliklerinin kaydedilmesini ihtiva eden bir kontrol yöntemi olarak bilinmektedir.<sup>2</sup> Bireyin parmak dokunuşu bir okuyucu vasıtasıyla veritabanına gönderilir ve veritabanı bir bilgisayar algoritması şeklinde daha önce işlenmiş ve kaydedilmiş diğer veriler ile kişinin parmak izinden gelen verileri karşılaştırır.<sup>3</sup> Bu durumda parmak izimiz ve ona ait bilgilerin hukuki anlamda kişisel veri kategorisine girip hukuki korumadan faydalanıp faydalanmayacağının tetkiki gerekmektedir.

Kişisel veri kavramı hukuki metinlerde “Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler”<sup>4</sup> ya da “kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgiler”<sup>5</sup> olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda, kişisel verinin unsurları olarak, “bilgi”, “ kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi” ve “bilginin kişiye ait olması” ölçütlerini sayabiliriz.<sup>6</sup> İş hukukunda kişisel veri denilince, bilgisayar ortamında veya özlük dosyalarında saklanan, işçinin özel ve mesleki yaşamını kapsayan, işçiyi doğrudan veya dolaylı ilgilendiren tüm bilgiler, işaretler veya notlar akla gelmektedir.<sup>7</sup>

Bilindiği üzere parmak izi bireyi diğer bireylerden ayırt etmeye yönelik en önemli verilerden birini oluşturmaktadır. Nitekim parmak izi konusunda yapılan çalışmalar tek yumurta ikizleri de dâhil olmak üzere her insandaki parmak izinin diğer insanlardan farklı olduğu ve yaşam boyu değişmediğini göstermektedir.<sup>8</sup> Dolayısıyla, bir “kişisel veri” olarak bireye ait parmak izinin kişisel verilere ait hukuki korumadan yararlanma gereksinimi duyduğunda kuşkuya yer yoktur.<sup>9</sup> Hatta içinde bulunduğumuz teknoloji çağında parmak izi, göz bebeği tanımlamaları ve dijital fotoğraflar gibi biyometrik bilgilerin bireyi ayırt eden ve onu kimliklendiren bir kişisel veri olarak gitgide önem kazandığı bilinmektedir.<sup>10</sup> Diğer taraftan işveren açısından bakıldığında da işverenin, işçinin iş görme borcuna, emir ve talimatlara uyma borcuna riayet

---

<sup>2</sup> Keser Berber L., Lostar M. , Bilişimde Biyometrik Yöntemler, Yetkin, Ankara 2006, s. 36.

<sup>3</sup> Keser Berber L., Lostar M. , s. 37.

<sup>4</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Madde 3. [www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407-8.pdf](http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407-8.pdf) (Çevrimiçi: 24.05.2015).

<sup>5</sup> Avrupa Konseyi tarafından “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme Madde 2. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf> (Çevrimiçi:30.07.2015).

<sup>6</sup> Aksoy H. C. , Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, s. 13

<sup>7</sup> Manav E., İş İlişkinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, Sa. 2, s.99 dipnot 19’da belirtilen kaynaklar.

<sup>8</sup> Keser Berber L., Lostar M. , s. 37 dipnot 40’da belirtilen kaynaklar.

<sup>9</sup> Küzeci E. , Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, s. 313.

<sup>10</sup> Handbook On European data Protection Law, s. 40; Uncular S., İş İlişkinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara 2014, s.47.

edip etmediğini kontrol etme hakkı olduğunda da kuşkuyla yer yoktur. İşte bu noktada çalışmamamızın özünü işveren ve işçiye ait birçok menfaatin iç içe girdiği parmak iziyle kontrol sistemi uygulamasının ulusal ve uluslararası normatif hükümler ve yargı kararları bağlamında değerlendirerek menfaatleri arası dengenin nasıl sağlanabileceği hususunda değerlendirmelerde bulunmak oluşturmaktadır.

## I. Yasal Düzenlemeler

### 1. Uluslararası Hukuk Bakımından

Giriş bölümünde yapılan açıklamalar çerçevesinde, bir “kişisel veri” olarak değer gören parmak izi bilgileri, aynı zamanda özel hayatın gizliliği hakkına dayandığından, gerek geniş anlamda özel hayatın gizliliğini düzenleyen uluslararası hükümlerde gerekse kişisel verilerin korunmasını düzenleyen hükümlerle koruma altına alınmaya çalışılmıştır.

“Özel hayatın korunması ilkesi” bağlamında öncelikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. Maddesi hükmü anılmaya değerdir. Söz konusu maddede,

“1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin 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.” hükmüne yer verilerek özel hayatın gizliliğine saygı göstermek temel ilke olarak düzenlenmiştir.<sup>11</sup>

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının sekizinci maddesinde, herkesin kendisi hakkındaki kişisel verilerin korunması hakkına sahip olduğu ifade edilerek; bu tür verilerin açıkça belirtilmiş amaçlarla dürüst biçimde ve ilgili olduğu kişinin rızası temelinde ya da yasalarca öngörülen diğer meşru temellerle işlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Kişisel verilerin işlenmesi; kişisel veriler üzerinde tasarruf edilen, biriktirme, kaydetme, organize etme, depolama, değiştirme, kurtarma, kullanma, açıklama, dağıtma veya başka şekilde elde etme, birleştirme veya sıralama, engelleme, silme veya imha etme gibi süreçleri içerebilen faaliyetler olarak nitelenmektedir.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Fuster G. G. , The Emergence of Personal Data Protection as A Fundamental Right of The EU, Springer, 2014, s. 2.

<sup>12</sup> Handbook On European data Protection Law, s. 49.

Konuyu spesifik olarak düzenleyen en önemli uluslararası sözleşmelerden birini ise Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 Sayılı Sözleşme<sup>13</sup> oluşturmaktadır. Sözleşmeyle amaçlanan husus, akit devletlerin bireylerin uyruğuna ve vatandaşlık durumuna bakmaksızın, kişisel bilgilerinin otomatik işleme tabi tutulması konusunda gerekli güvenceleri sağlayarak, başta özel yaşam hakkı olmak üzere, tüm temel hak ve özgürlüklerini korumak noktasında gerekli tedbirleri almasıdır.<sup>14</sup>

Sözleşmenin 6. maddesinde ırksal köken, siyasi düşünce, inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık ve cinsel hayatla ilgili verilerin “özel veri” kategorisi olarak değerlendirilerek otomatik işleme tabi tutulamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, hırsızlığa teşebbüs suçundan yakalanan ve yakalandıkları dönemde kendilerinden alınmış olan parmak izlerinin, hücre örneklerinin ve DNA profillerinin ulusal veritabanında saklanıyor olmasından şikayetçi olunması üzerine baktığı S. ve Marper v. Birleşik Krallık davasında verdiği kararda; Sözleşmenin söz konusu 6. maddesinden destek alarak, beraat eden ya da haklarındaki ceza davası düşen kişilere ait parmak izi, hücre örneği ve DNA profillerinin saklanması durumunda, yarışan kamusal ve özel menfaatler arasında dengenin bozulacağı ve devlete tanınmış olan takdir hakkının sınırları aşılabileceğini belirterek; söz konusu verilerin saklanması başvurucuların özel yaşamına saygı hakkına yönelik orantısız ve demokratik bir toplumda gereksiz bir müdahale olduğuna bir başka deyişle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesine aykırılık olduğuna hükmetmiştir.<sup>15</sup>

Yine bu hususta önemli metinlerden birini de “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Verilerin Transferi Konusunda Bireylerin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi” oluşturmaktadır. Direktifin ile kişisel verilerin hangi hallerde istisnai olarak işlenebileceği ve bununla ilgili usul ve esaslar düzenlemeye çalışılmış; 8. Maddesinde bir kısım verilerin niteliği itibarıyla daha özel bir koruma gerektirdiğinden bahisle hassas veri kavramı ve korunması hukukuna yer verilmiştir. Buna göre kural olarak, hassas verilerin işlenmesi yasak olmakla birlikte ancak istisnai olarak işlenebilirler.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf> (Çevrimiçi: 30.07.2015)

<sup>14</sup> Atak S., Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler, TBB Dergisi, Sayı 87, 2010.

<sup>15</sup> S. and Marper v. the United Kingdom, 30562/04 and 30566/04, 04.12.2008 (Atak S., Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler, TBB Dergisi, Sayı 87, 2010, s. 118); Handbook On European data Protection Law, s. 145.

<sup>16</sup> Kaya, C., Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler Ve İşlenmesi, İÜHFMC. LXIX, S.I -2, s. 317-334, 2011, s. 323.

İstisnai haller ise; veri sahibinin özgür iradesi ile sunduğu açık muvafakatı, çalışma hukukunun yükümlülüklerine uyma, veri sahibinin hayati çıkarları, özel hukuk tüzel kişilerinin meşru faaliyetleri, veri sahibi tarafından daha önceden kamuya açıklanmış bilgiler, hukuki iddiaları usul hukuku çerçevesinde kanıtlama amacı, suçlar, ceza ve ceza usul hukukundan kaynaklı zorunluluklar, ulusal kimlik numarasının işlenmesi halleridir.<sup>17</sup> Kaya'ya göre, "ulusal hukuk uyarınca veri işleyene görev olarak verilen hukuki bir yükümlülüğe uymak için hassas verileri işlemenin zorunlu olduğu durumlar bulunabilir. O nedenle çalışma hukukundan kaynaklı yükümlülükler uyma istisnası ulusal mevzuatın veri işleme konusunda işverenler üzerine açık bir hukuki yükümlülük getirmesi halinde uygulanabilir."<sup>18</sup>

Birleşmiş Milletler metinlerine bakıldığında, 1990 tarihli "Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyaları Hakkında Yönlendirici İlkeler"in zikredilmesi gerekmektedir. Söz konusu ilkeler tetkik edildiğinde, kişisel verilerin kanuna aykırı ve dürüst olmayan yollarla toplanmaması; toplanan verilerin doğruluğu kontrol edilmesi; kişisel verilerin hangi haklı amaçla toplandığının açık ve kesin olarak belirlenmesi ile ilgililerin bu bilgilere erişim hakkı ile bilgilerin güvenlik ve denetimlerinin sağlanması gibi temel prensiplere yer verildiği müşahede edilmektedir.<sup>19</sup>

Ayrıca, UÇÖ tarafından oluşturulan İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkındaki Uygulama Kodu ve Avrupa Konseyi'nin İstihdam Amacıyla Kullanılan Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin R(89)2 sayılı Tavsiye Kararı da, spesifik olarak konuyu düzenleyen metinler olarak anılmaya değerlerdir.<sup>20</sup> Manav'ın da aktardığı üzere "Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kabul ettiği bu belge çerçevesinde çalışanların özel hayatına ilişkin bilgilerin korunması yöntemleri geliştirilmeli ve kişisel bilgilerle ilgili bilgisayar kayıtları en aza indirilmeli, elde edilen kişisel verilerle, işçilerin işe alımında ve iş sözleşmesinin devamında ayrımcılık yapılmamalı, bu verilerin gizliliğinin korunması sağlanmalı, işçinin izni olmadan elde edilen bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalı, işverenin işçiye cinsel hayatı, siyasi, dini düşüncesi, inancı konusunda soru sormaması sağlanmalı, sağlıkla ilgili olarak ancak iş için önemli ise ve iş sağlığı ve güvenliği için gerekli ise soru sorulmalıdır."<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya C. , Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler Ve İşlenmesi, İÜHFMC. LXIX, S.I -2, s. 317-334, 2011

<sup>18</sup> Kaya, s. 327.

<sup>19</sup> Kılınc D., Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması, AÜHFD, 61 (3) 2012:1089-1169, s. 1111.

<sup>20</sup> Sevimli A. , İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, s. 134.

<sup>21</sup> Manav, s. 103 dipnot 30'da belirtilen kaynaklar.

BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesinde hiç kimsenin özel hayatına, ailesin, evine ve haberleşmesine keyfi olarak ya da yasadışı müdahalede bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu madde kapsamında değerlendirmede bulunan İnsan Hakları Komitesi'nin, 16 Nolu Genel Yorumunda da; "kamu otoritelerinin, özel kişi veya kurumların bilgisayarlarında, data bankalarında veya benzeri cihazlarda kişisel bilgileri toplaması veya saklaması hukuki düzenlemeye tabi tutulmalıdır. Devletler, bir kimsenin özel hayatına dair bilgilerin hukuken bu bilgilere sahip olma ve kullanma yetkisine sahip olmayanların eline geçmesini ve bu bilgilerin Sözleşme'nin amaçlarına aykırılık teşkil edecek şekilde kullanılmasını engellemek için etkili tedbirler almalıdır. Özel hayatın gizliliğinin en etkili şekilde korunabilmesi için, her birey otomatik data dosyalarında kendisiyle ilgili bilgiler saklanmışsa bu bilgilerin ne tür bilgiler olduğunu ve ne amaçla saklandığını öğrenme hakkına sahiptir.

Ayrıca her birey hangi kamu otoritelerinin veya özel kişilerin veya kurumların bu dosyaları kontrol altında tuttuğunu veya tutabileceğini öğrenebilmelidir. Söz konusu dosyaların, yanlış kişisel bilgilere yer vermesi halinde veya bu bilgilerin hukuka aykırı şekilde toplanması veya kullanılması halinde her birey düzeltme veya bilgilerin ortadan kaldırılmasını talep etme hakkına sahiptir" ifadeleriyle bir kimsenin özel hayatına dair bilgilerin hukuken bu bilgilere sahip olma ve kullanma yetkisine sahip olmayanların eline geçmesini ve bu bilgilerin Sözleşme'nin amaçlarına aykırılık teşkil edecek şekilde kullanılmasını engellemek için etkili tedbirler alma yükümlülüğünün ilgililere yüklendiği görülmektedir.<sup>22</sup>

## **2. Ulusal Hukuk Bakımından**

### **A. Kamu Hukuku Bakımından:**

Anayasanın 20. maddesinde, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme binaen Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek 26.12.2014 tarihinde TBMM sevk edilmiş bulunan "Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı", 6698 Kanun numarası ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

---

<sup>22</sup> Keser Berber L., Lostar M. , s. 113.



ismiyle 7 Nisan 2016 tarihli ve 29677 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anayasal düzenleme tetkik edildiğinde kişisel verilerin paylaşılması noktasında temel ilkenin, bireylerin kendilerine ait bilgileri ancak rızaları alınmak suretiyle paylaşılması olduğu açıktır. Anayasanın bağlayıcılığını düzenleyen Anayasanın 11. maddesi kapsamında temel hak ve özgürlükler devlete karşı korunmuş olduğu gibi, Anayasada yer bulan temel hak ve özgürlüklerin ve bu çerçevede kişisel verilerin korunması hakkının da özel hukuk ilişkilerinde doğrudan etki edeceği öğretide kabul görmüştür.<sup>23</sup>

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda, kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği ancak, kanunlarda açıkça öngörülmesi, fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmesinin zorunlu olması ile ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması hallerinde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkün olduğu düzenlenmiştir.

Son yıllarda kabul edilen veri koruma kanunlarında “genetik bilgiler” ve “biometrik bilgiler”in, hassas veriler arasında sayıldığı gözlemlenmektedir.<sup>24</sup> Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü madde 9'da gerçek bir kişinin kimliğini özgün bir biçimde tespit etmeye yönelik biyometrik ve genetik veri işleme faaliyetleri hassas veriler katalogu içerisinde yer bulmuştur.<sup>25</sup> Bunun bir yansıması olarak Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 6. Maddesinde, “Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.” ifadesine yer verilmiş olduğundan en önemli biyometrik verilerden olan parmak izi bilgisinin de “özel nitelikte bir kişisel veri olarak” yasal korumadan yararlanacağı görülmektedir.

---

<sup>23</sup> Okur Z., Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut CENTEL'e Armağan, s. 378 ve dipnot 44'de belirtilen kaynaklar.

<sup>24</sup> Kaya C., Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler Ve İşlenmesi, İÜHFMC. LXIX, S.I -2, s. 317-334, 2011, s. 320.

<sup>25</sup> Gürsel İ., İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Ankara 2016, s. 193.

Nitekim bahsi geçen 6. maddenin 2. fıkrasında, “Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.” hükmüne, takip eden 3. fıkrada, “Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.” hükmüne, 4. fıkrada ise, “Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.” hükümlerine yer verilerek parmak izi gibi hassas niteliği haiz verilerin güvenliği bakımından koruma amaçlı tedbirler alınmaya çalışılmıştır. Görüleceği üzere parmak izine ilişkin veriler kanunlarda öngörülen haller dışında ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca yine Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda temel ilkeler arasında, kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak işlenmesi, doğru ve gerektiğinde güncel olması belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanması ve bu amaçlara aykırı olarak yeniden işlenmemesi ve bu verilerin toplandıkları amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmasına yer verildiği görülmektedir.<sup>26</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da kişisel verilerin korunması ilkesine aykırı fiilleri suç olarak düzenlediği görülmektedir. Bu çerçevede, TCK.m.135’de “ Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.” hükmüne takip eden TCK.m.136. maddede ise, “ Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca aynı Kanununun 138. Maddesinde de, “Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.” ifadelerine yer vererek kişisel verilerin korunması noktasında cezai bir koruma sağlanmaya çalışılmıştır.

## B. Özel Hukuk Bakımından

Kişisel veri kavramını genel olarak özel hukuk ve spesifik olarak İş Hukuku alanında incelediğimizde; bilgisayar ortamında veya özlük dosyalarında saklanan, işçinin özel ve mesleki yaşamını kapsayan, işçiyi doğrudan veya dolaylı ilgilendiren tüm bilgiler, işaretler veya notları iş hukukunda kişisel veri olarak niteleyebiliriz.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Manav E., s. 109.

<sup>27</sup> Mollamahmutoğlu H. /Astarlı M. /Baysal U. , İş Hukuku, Ankara 2014, s.718

Bilindiği üzere iş hukuku temel olarak işçi ve işveren arasındaki özel hukuk ilişkisini düzenleyen bununla birlikte tarafların eşit olmadığı bu özel hukuk ilişkisine devletin de müdahale etmesiyle kısmen kamu hukuku etkilerini gösteren karma bir hukuk dalıdır. İş Hukuku'nun bu karma yapısı kısmen kamu hukuku etkileri içeren özel hayatın gizliliği veya kişisel verilerin gizliliği gibi ilkeler bakımından iş hukuku uygulamasında farklı menfaatlerin çatışmasına yol açtığı görülmektedir. Nitekim bir tarafta işçinin iş görme edimine yönelik yönetim hakkına sahip işverene ait menfaatler diğer tarafta ise gözetilme ve bir birey olarak özel hayatının gizliliğin ve kişisel verilerinin korunması talebinde bulunan işçiye ait menfaatler söz konusudur. Bu menfaatler arası dengenin adilane bir biçimde sağlanması noktasında öncelikle işçi ve işverene ait bazı hak ve borçların tetkiki gerekmektedir.

İşin hangi usul ve içerik dâhilinde yürüyeceği işverenin vereceği talimatlar ile belirlenmektedir. İşverene tanınan bu yönetim hakkı, verilen talimatlara ve işyerinde hakim olan diğer kurallara işçinin uyup uymadığının denetlenmesi yetkisini de doğal olarak beraberinde getirir.<sup>28</sup> İşverene tanınan yönetim hakkı aynı zamanda işçi açısından işverence verilen talimatlara uyma borcunu da doğurmaktadır.<sup>29</sup>

Yönetim hakkı ve talimatlara uyma borcu beraberinde işverenin işçiyi denetim hakkı ve bunun karşısında işçinin de denetime katılma borcunu da getirmektedir.<sup>30</sup> Bu çerçevede işçilerin mesai saatlerini düzenlemek ve işçilerin belirlenen bu mesai saatlerine riayet edip etmediklerini denetlemek işverenin yönetim ve denetim hakkının bir gereğidir. Bununla birlikte her hakkın bir sınırı olduğu gibi bu hakkın da başta dürüstlük kuralı olmak üzere<sup>31</sup> hukuk düzeninin koyduğu sınırlar içerisinde olması gerektiği şüphesizdir.

TBK'nın 417. maddesinde "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür."<sup>32</sup> hükmüne yerilmiş aynı Kanunun 419. maddesinde de " İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe

---

<sup>28</sup> Sevimli A. , s. 96.

<sup>29</sup> Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, İş Hukuku, İstanbul 2016, s. 198.

<sup>30</sup> Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, s. 167 dipnot 35'te bahsedilen kaynaklar.

<sup>31</sup> Yönetim yetkisinin sınırlanmasında dürüstlük kuralının işlevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Güzel-Ugan Çatalkaya, İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında (Objektif İyiniyet) Dürüstlük kuralının İşlevi Üzerine MÜHFAD Prof. Dr. Ali Rıza OKUR'a Armağan, C. 20, S.1 2014.

<sup>32</sup> Madde hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. , Sevimli A., Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum, 2013/1, S. 107-147.

yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanılabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır.” hükmüne yer verilmiştir.<sup>33</sup> Bununla birlikte veri koruma hukuku ilkeleri ve 6698 sayılı Kanun gereğince işveren işçiye ait bilgileri hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak işlenmesi, doğru ve gerektiğinde güncel olması belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanması ve bu amaçlara aykırı olarak yeniden işlenmemesi, belirli bir zaman dilimi içinde işlenmesi ile bu verilerin toplandıkları amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması şartıyla kullanabilmektedir.<sup>34</sup>

Görüldüğü üzere işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında işçinin kişiliğini koruma borcunun bir gereği olarak işçinin kişisel verilerinin, özel yaşam alanının, maddi ve manevi bütünlüğünün korunması işverene yüklenmiş bir mükellefiyettir. Bu nedenle işverenin emir, talimat ve diğer tasarruflarının işçinin kişilik haklarına ve özel yaşamına aykırı olmaması gerekmektedir.<sup>35</sup> Ayrıca işverenin işçiye ait kişisel bilgileri kullanması işçinin işe yatkınlığı veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olması bakımından bir sınırlamaya tabi tutulmuştur.<sup>36</sup>

Öğretide de işçinin kişiliğinin korunmasının kişilik değerlerine dâhil olan her türlü hakkının korunmasını da gerektirdiği belirtilmektedir.<sup>37</sup> Nitekim Kaplan’a göre, koruma ve gözetme borcu ile korunan hukuki değerlerin, özellikle işçinin canı ve hayatı, ruhi ve fiziki vücut bütünlüğü, malları üzerindeki mülkiyet hakkı, şahsi, cinsi ve mesleki şerefi, işletmedeki yeri ve itibarı, özel hayatı, düşüncelerini açıklama hürriyeti ile sendikalara üye olabilmek serbestisi olduğu belirtilmiştir.<sup>38</sup> Bu çerçevede işveren bu yükümlülüğü gereğince işçiye ait kişisel verilerin kullanılmasında işçinin kişilik haklarına riayet etmesi elzemdir.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> Madde gerekçesinde de, “Tasarının iki fıkradan oluşan 418inci maddesinde, işçinin korunması amacıyla kişisel verilerin kullanılması düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, teknolojik gelişmeler sonucu günlük yaşamın bir parçası hâline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin kullanılması konusunda işçinin korunması amacıyla bazı sınırlamalar yapılmıştır. Buna göre, işveren, işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanılabilir.” ifadelerine yer verilmiştir. (Petek H. , Yeni Türk Borçlar Kanununun Bilişimle İlgili Yönleri <http://bilisimdergisi.org>)

<sup>34</sup> Okur Z. , Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut CENTEL’e Armağan, s. 388-390.

<sup>35</sup> Korkmaz-Alp, s. 169.

<sup>36</sup> Süzek S. , İş Hukuku 2016, s. 447; Korkmaz-Alp, Bireysel İş Hukuku, 2014, s. 170.

<sup>37</sup> Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, s. 244 ve a.e. s. 244, dipnot 134’te belirtilen kaynaklar; Uncular S., s.72

<sup>38</sup> Kaplan E.T., İşverenin Koruma Ve Gözetme Borcunun Kapsamı, Kamu-İş; C: 7, S: 2/2003, s. 3.

<sup>39</sup> Tunçomağ-Centel, İş Hukuku’nun Esasları, İstanbul 2015, s. 135; Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, s. 283; Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. ; Beytar E. , İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması, İstanbul 2017

Kıta Avrupası ülkelerinde de kişisel verilerin hukuki niteliğinin kişilik hakkı olduğu görüşü kabul edilmektedir.<sup>40</sup> Bu noktada Medeni Kanunun 24. maddesinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu maddeye göre kişilik haklarına halel gelen kişinin rızası yahut üstün nitelikteki özel ya da kamusal yarar yahut Kanunun verdiği yetki halleri söz konusu olmaksızın kişilik haklarına yönelik müdahaleler hukuka aykırı nitelik arz etmektedir. İşçinin rızası veya Kanunun tanıdığı bir yetki somut olayda söz konusu değilse ancak işverenin üstün bir yararı işçinin kişilik haklarına kısmen müdahale edilebilmektedir.<sup>41</sup>

4857 sayılı İş Kanununun 75/2. maddesinde de, “İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür.” hükmüne yer verildiği görülmektedir. Madde metni tetkik edildiğinde de işverenin işçiye ait bir bilgiyi kullanması için bu bilgiyi kullanmasının dürüstlük kurallarına ve hukuka uygun olması ile bilginin gizli kalmasında işçinin haklı çıkarının bulunmaması şartlarına tabi tutulduğu gözlemlenmektedir. Bu madde ile aynı zamanda işverene kişisel verilerin güvenliğini sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir.<sup>42</sup> Her ne kadar 4857 sayılı Kanununda bu hükme aykırı davranılması bakımından bir cezai hüküm öngörülmemişse de bu hükme aykırı bir davranışa maruz kalan işçinin 4857 sayılı Kanununun 24/2. maddesi uyarınca haklı nedenlerle fesih imkânı ile işverenden tazminat istemesi önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır.<sup>43</sup>

Yine, 6698 sayılı Kanunun “veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü” taşıyan 11. maddesindeki “Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere; veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi ile 11 inci maddede sayılan diğer hakları, konusunda bilgi vermekle yükümlüdür” hükmüne binaen bu maddenin aynı zamanda işverenin işçiyi aydınlatma yükümlülüğünü düzenliğini söyleyebiliriz.<sup>44</sup> Bu hüküm gereğince işveren işçiye ait kişisel verilerin hangi amaçla alındığı ve üçüncü kişilere hangi amaçlarla aktarılacağı hususunda işçiyi bilgilendirmelidir.

6698 sayılı Kanununun takip eden 11. maddesi de herkese ve dolayısıyla işçilere veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; kişisel veri işlenip

---

<sup>40</sup> Aksoy H. C. , s. 56.

<sup>41</sup> Süzek, s. 449.

<sup>42</sup> Okur, s. 380.

<sup>43</sup> Çil Ş. , İş Kanunu Şerhi C. 3, Ankara 2007, s. 3062; Okur Z. , Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut CENTEL'e Armağan, s. 396.

<sup>44</sup> Süzek S., s. 447.

işlenmediğini öğrenme, kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, Kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme ile kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahip olduğu hüküm altına almıştır. İşçi, 6698 sayılı Kanunda öngörülen usule riayet edilmemesi nedeniyle bir zarara uğraması halinde 6698 sayılı Kanunun 11/ğ maddesi kapsamında kişisel verilerin Kanuna aykırı olarak işlenmesi nedeniyle uğradığı zararın karşılanmasını isteyebileceği gibi genel hükümlere göre tazminat talebinde de bulunabilecektir.<sup>45</sup>

Bu çerçevede mesai saatlerine işçinin uyup uymadığının tespiti amacıyla işçiye ait parmak izi alınacaksa ya iş sözleşmesinde ya da iş ilişkisinin devamında işçi bilgilendirilmesi suretiyle işçinin rızasının alınması yoluna gidilmesi gerekmektedir. Sevimli'nin de belirttiği üzere, özel yaşama müdahale niteliğini taşıyan tüm uygulamalardan işçinin haberdar edilmesi ve bu konuda bilgilendirilmesi gereği unutulmamalıdır; ancak bu şekilde verilen rızanın, özel yaşamın hangi noktalarına ve ne dereceye kadar müdahaleye izin verdiği kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık ve anlaşılabilir kabul edilebilecektir.<sup>46</sup>

Okur'a göre de işçinin kişisel verilerinin işlenmesi ile ilgili vereceği onayın geçerli olabilmesi için; onay verecek kişinin bizzat işçinin kendisi olması (temsilci vasıtasıyla da verilebilmesi mümkündür) ve onay verecek kişinin karar verecek ehliyet ve yeteneğe sahip olması ile işverenin baskısı altında kalmadan serbest irade ile verilmesi gerekmektedir.<sup>47</sup> Manav'a göre de, "öncelikle işçinin özel hayatına müdahaleye verdiği rızaya kuşkuyla yaklaşılmalı, bu rızanın iş sözleşmesinin kurulmaması ya da iş ilişkisinin sonlandırılması tehdidi altında verilmemiş olması gerekmektedir."<sup>48</sup>

Yüksek yargı kararlarına bakıldığında ise inceleme konumuzla emsal teşkil edecek en önemli karar, kimi kamu idarelerinde çalışanların işe giriş çıkışlarının parmak izi sistemiyle kontrol edilmesine ilişkin uygulama hakkında verilen karardır. Söz konusu olayda yüksek mahkeme; "Personelin parmak izi tarama sistemi ile mesai kontrolünün yapılması durumunun, temel hak ve hürriyetler

---

<sup>45</sup> Süzek, s. 448.

<sup>46</sup> Sevimli A. , s. 114; Gürsel, s. 194.

<sup>47</sup> Okur, s. 385-386.

<sup>48</sup> Manav, s. 111.

içerisinde sayılan özel hayatın gizliliği ilkesi kapsamında kişisel bilgi veya kişisel verilerin alınması kavramları içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Mesai kontrol sisteminin şekli ve içeriği dikkate alındığında, sözü edilen uygulama ile kurumca amaçlanan kamu yararı arasında orantılılık bulunmadığından bu uygulama, anayasal ilke olan ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği, değişik 20/3 maddesinde de, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceğinin belirtildiği, ancak konuyla ilgili bu aşamada yasal bir düzenlemenin yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Olayda, personelden kişisel veri alınması kapsamında olan "parmak izi tarama sistemi" ile mesai takibi uygulamasının, kamusal alanda da olsa "özel hayatın gizliliği" ilkesi kapsamında bulunduğu anlaşılması karşısında; uygulamanın sınırlarını usul ve esaslarını gösteren bir yasal dayanağının bulunmaması, toplanan verilerin ileride başka bir şekilde kullanılmayacağına dair bir güvencenin mevcut olmaması göz önüne alındığında, yukarıda belirtilen temel haklar ve Anayasal ilkelerle bağdaşmayan dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı anlaşılmıştır.<sup>49</sup> ifadeleriyle uygulamanın mevcut haliyle hukuka uygun olmadığına hükmetmiştir.

Kararın ulusal ve uluslararası veri koruma hukukuna uygun olduğu açıktır. Nitekim gerek Anayasamız gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında kişisel verilerin gizliliği hakkına yapılacak müdahale ile ulaşılmak istenilen meşru amaç arasında ölçülülük ve orantı bulunması elzemdir. Öğretide de belirtildiği üzere sözleşmesel bir hakkın sınırlandırılması yolundaki ihtiyaç baskısı tek başına o hakkın sınırlandırılmasını meşru kılmaz.<sup>50</sup>

Keser Berber-Lostar'a göre de çalışanların iş yerine giriş çıkış anlarında geçmek zorunda oldukları bir sistem tesis edilmek isteniyorsa yüz veya ses tanıma sistemini tercih edilmesi mümkündür; buna karşılık insanların vücut bütünlüğünü doğrudan ilgilendirmesi ve işyerlerini doğrudan alakadar etmemesi sebebiyle parmak izi, iris ve retina bilgileri kullanılarak mesai takip etmeye kalkmak özel hayatın gizliliğinin ihlali anlamına gelmektedir.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Danıştay 5. Dairesi 10/12/2013 gün, Esas No: 2013/5342 Karar No : 2013/952 (Danıştay Dergisi Yıl : 2014 Sayı : 135, s. 32.)

<sup>50</sup> Arslan Öncü G. , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul 2011, s. 374.

<sup>51</sup> Keser Berber L., Lostar M. , s. 106.

## SONUÇ

İşverenin yönetim hakkı ve bu hakkın doğurduğu denetim hakkı ile işçinin kişiliğini gözetme borcunun iç içe girdiği alanlardan biri de mesai saatlerine uyulup uyulmadığını kontrol amacıyla çalışma hayatında kullanılan parmak izli kontrol sistemidir. İşverenin, yönetim ve denetim hakkı kapsamında işçilerin mesai saatlerine riayet edip etmediklerine yönelik birtakım uygulamalar getirebileceği kuşkusuzdur. Bununla birlikte işveren bu denetimi yaparken ulaşmak istediği amaca uygun bir araç seçmek zorundadır. Seçeceği bu aracın ise işçinin kişilik haklarına hanel getirmemesi esastır. Bu bağlamda işe giriş ve çıkışları kontrol amacıyla işçinin parmak izinlerinin alınmasına yönelik uygulamanın, parmak izinin kişisel veri olarak hukuken korunması nedeniyle titizlikle değerlendirilmesi elzemdir.

Her bireydeki parmak izinin diğer insanlardan farklı olması, yaşam boyu değişmemesi ile bireyi ayırt eden ve onu kimliklendiren yapısı karşısında, bir “kişisel veri” olarak bireye ait parmak izinin kişisel verilere ait hukuki korumadan yararlanacağı açıktır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 6. maddesinin, “Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veri” olarak sayması ve dolayısıyla en önemli biyometrik verilerden olan parmak izi bilgisinin de “özel nitelikte bir kişisel veri olarak” olması karşısında bu verinin 6698 sayılı Kanunun 6. maddenin 2. fıkrası gereği ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

Bu noktada işçilerin açık rızası alınmadan, işçilere ait parmak izi verilerini saklama noktasında yeterli teknik donanıma sahip olunmadan yapılacak parmak izli kontrol uygulaması fikrimizce işverenin yönetim ve denetim hakkının sınırları içerisinde değerlendirilemeyecektir. İşveren hukuki ya da cezai açıdan herhangi bir yaptırımla karşı karşıya kalmama adına parmak izli mesai kontrol sistemi uygulamasına geçmeden önce işçileri bilgilendirmeli, parmak izi gibi işçiye ait kişisel verilerin korunması için gerekli teknik alt yapıyı sağlamalı ve işçinin iş sözleşmesiyle veya iş ilişkisinin devamı sırasında muvafakatini almalıdır.



\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

- Aksoy H. C.; Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010
- Arslan Öncü G.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul 2011
- Beytar E. ; İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması İstanbul 2017
- Çelik N./Caniklioğlu N./Canbolat T.; İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.
- Çil Ş.; İş Kanunu Şerhi C. 3, Ankara 2007
- Danıştay Dergisi; Yıl: 2014 Sayı : 135
- Fuster G. G.; The Emergence of Personel Data Protection as A Fundememtal Right of The EU, Springer, 2014
- Gürsel İ.; İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Ankara 2016
- Güzel-Ugan Çatalkaya.; İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin sınırlanmasında (Objektif iyiniyet) Dürüstlük Kuralının İşlevi Üzerine MÜHFAD Prof. Dr. Ali Rıza OKUR'A Armağan, C. 20, S.1 2014
- Handbook On European Data Protection Law: Publications Office of the European Union 2014
- Kılıçoğlu A.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012
- Kaplan E. T.: İşverenin Koruma Ve Gözetme Borcunun Kapsamı, Kamu-İş C: 7, S: 2/2003
- Keser Berber L.; Lostar M.; Bilişimde Biyometrik Yöntemler, Yetkin, Ankara 2006
- Kılınç D.; Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması, AÜHFD, 61 (3) 2012:1089-1169
- Kaya C. ; Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler Ve İşlenmesi, İÜHFMC. LXIX, S.I -2, s. 317-334, 2011
- Korkmaz F./Alp N. S.; Bireysel İş Hukuku, 2014
- Küzeci E.; Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010
- Mollamahmutoğlu H. /Astarlı M. /Baysal U.; İş Hukuku, Ankara 2014
- Okur Z. ; Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut CENTEL'e Armağan, 368-409, İstanbul 2011

Petek H.;Yeni Türk Borçlar Kanununun Bilişimle İlgili Yönleri <http://bilisimdergisi.org>

Sevimli A.; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006.

Sevimli A.; Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşliğinde Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum, 2013/1, S. 107-147.

Süzek S.; İş Hukuku, İstanbul 2016

Tunçomağ K./Centel T.; İş Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2015

Uncular S. ; İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara 2014

# AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU'NUN 31 MAYIS 2016 TARİHLİ ÇERÇEVE KARARININ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINDA KANUNİLİK ÖLÇÜTÜ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Assessment of the Framework Decision of the European Union Commission Dated 31 May 2016 in Accordance with the Criteria of Lawfulness in Restricting Freedom of Expression*

**Dr. Cengiz SARI\***

Geliş Tarihi: 22.09.2016

Kabul Tarihi: 21.12.2016

## ÖZET

Temel insan haklarından birisi olarak kabul edilen ifade özgürlüğü Avrupa Birliği'nin de en önemli değerlerinden birisi olarak görülmektedir. Bu sebeple demokratik toplumlarda ifade özgürlüğünün kullanılması asıl, kısıtlanması ise istisnadır. Bununla birlikte diğer tüm özgürlüklerin olduğu gibi ifade özgürlüğünün de bazı sınırları bulunmaktadır. Ancak ifade özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için sınırlandırmanın kanuna dayanması, meşru bir amacının olması ve bunun demokratik toplum düzeni ile bağdaşması gerekmektedir. Avrupa Birliği Komisyonu, nefret suçları ve terörle mücadele amacıyla bazı büyük bilişim teknolojisi şirketleri ile bir araya gelerek 31 Mayıs 2016 tarihli çerçeve kararını yayınlamıştır. Bu çerçeve kararı ile bilişim teknolojisi şirketlerine yasa dışı içerikleri derhal kaldırma konusunda yetki ve sorumluluklar verilmiştir. Her ne kadar çerçeve kararında bunun ifade özgürlüğünün korunmasına hizmet edeceği belirtilmiş ise de, başta ifade özgürlüğü alanında faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları tarafından olmak üzere kabul edilen çerçeve kararı, şiddetle eleştirilmiştir. İleri sürülen bu eleştirilerin büyük ölçüde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında kanunilik ilkesinin ihlal edildiği noktada toplandığı görülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İfade Özgürlüğü, Sivil Toplum Kuruluşları, Kanunilik, Sınırlama, Avrupa Birliği Komisyonu'nun Çerçeve Kararı.

## ABSTRACT

The freedom of expression is considered to be one of the fundamental human rights also the European Union is seen as one of the most important values.

Therefore, the freedom of expression in a democratic society is base, whereas the exception is its restriction. In addition to this there are some limits on freedom of expression as well as in all other freedoms. However expression based on the law limiting to restrict the freedom to have a legitimate purpose and it must be incompatible with a democratic society.

European Union Commission, dated May 31, 2016, in order to fight hate crimes and terrorism, met with some of the biggest IT companies introduced, a framework decision.

Information technology company with this framework decision is given authority and responsibilities for immediate removal illegal content.

Although it is said framework decision stated that it will serve as the protection of freedom of expression.

Firstly adopted the framework decision has been strongly criticized by operating in the field of freedom of expression NGOs. The restriction of the freedom of expression of these criticisms put forward largely is concentrated at the point of a violation of the principle of legality.

**Keywords:** Freedom of Expression, NGOs, Lawfulness, Restricting, Framework Decision of European Union Commission

\* Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi, cengizsaru0131@yahoo.com

## I. GİRİŞ

En geniş anlamıyla insanların düşüncelerini özgürce açıklayabilmeleri olarak tanımlanan ifade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10/1. maddesinde, “Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Düşüncenin açıklanması her hangi bir yolla gerçekleştirilebilir. İfade, söz, yazı, resim, bedensel bir hareket, suskun kalma, oyun, sinema şeklinde olabilir. Ancak hangi şekilde yapılırsa yapılsın demokratik toplumlarda ifade özgürlüğü özel bir öneme sahiptir. Hemen belirtelim ki, Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin birinci fıkraları, ifade özgürlüğüne içerik bakımından da bir sınırlama getirmemiştir. Başka bir deyişle hem gerçek hem de tüzel kişiler için geçerli olan ifade özgürlüğü siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır. Açıklanan ve yayılan bir düşüncenin, içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından “değerli-değersiz” veya “yararlı-yararsız” biçiminde ayrıştırılması sübjektif unsurlar ihtiva eder. Bu değerlendirmelerden hareketle ifade özgürlüğünün alanının belirlenmeye çalışılması bu özgürlüğün keyfi biçimde sınırlandırılması sonucunu doğurabilecektir. İfade özgürlüğü, başkaları açısından “değerli” veya “yararsız” görülen düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü de içermektedir.<sup>1</sup>

İfade özgürlüğüne yönelik bu yaklaşım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Handyside kararında, “İfade özgürlüğü, demokratik toplumun vazgeçilmez temel taşlarından birini, bu toplumun ilerlemesinin ve her insanın gelişmesinin temel şartlarından birini oluşturur. İkinci fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla ifade özgürlüğü, sadece hoş giden ya da insanları incitmeyen veya önemsenmeyen ‘bilgi’ ve düşünceler için değil, aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarını oluşturan, çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük bunu gerektirir”<sup>2</sup> şeklinde ortaya konulmuştur. Handyside Kararının aktarılan kısmının birinci cümlesinde ifade özgürlüğünün önemi faydacı bir yaklaşımla ortaya konulmaktadır. Ancak Demokratik bir toplum olmanın başlıca şartlarından birisini oluşturan ifade özgürlüğü, günümüzde, bir çok faydasından öte, insanlık onurunun bir gereği olarak kabul edilmektedir. Böylece ifade özgürlüğü sadece başka özgürlüklerin

---

<sup>1</sup> Anayasa Mahkemesi 04.06.2015 Tarihli 2014/12151 sayılı Bekir Coşkun kararı

<sup>2</sup> *Handyside-Birleşik Krallık*, 1976.

gerçekleştirilmesinin aracı değil, kendisi başlı başına bir gerçekleştirilmesi gereken bir değer olarak görülmektedir.<sup>3</sup>

Bu sebeple özgürlükçü demokrasilerde, geniş bir çerçevede düşünceyi açıklama özgürlüğü korunmakta ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmek suretiyle özgürlüğün sağladığı haklardan en geniş şekilde yararlandırılmaktadır.

Bununla birlikte iftira, galiz küfür, eleştirel bir niteliği bulunmayan şeref ve saygınlığı zedeleyici beyanlar, müstehcen içerikli yazı, resim ve açıklamalar, savaş kışkırtıcılığı, nefret söylemi, ayrımcılık, düşmanlık ve şiddet çıkarmaya yönelik ifadeler ise ifade özgürlüğü bağlamında hukuki koruma görmemekte, suç sayılmak suretiyle cezai yaptırımlara bağlanmaktadır. Bu konuda Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerin mevzuatları büyük ölçüde uyumluluk göstermektedir.

## II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

Her hakkın sınırı olduğu gibi ifade özgürlüğünün de elbette sınırlarının olması olağan bir durumdur. AİHS'nin 10/2. maddesinde ifade özgürlüğünün sınırları belirtilmiştir. Buna göre, *"Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."*

İfade özgürlüğün kural sınırlamaların istisna olması ilkesi temelinde sınırlandırmaların keyfi bir şekilde yapılması mümkün değildir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında TC Anayasa'sının 13. maddesinde belirtilen ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri kapsamında yapılması zorunludur. Burada önemli olan husus kısıtlama nedeni ile asıl hakkın zarara uğramaması ve kısıtlamaların başkalarının haklarının ve bazı kamusal mülahazaların korunması için gerekli olandan fazla olmamasıdır.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Aslan Zühtü, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/abd-yuksek-mahkemesi-kararlarinda-ifade-ozgurlugu.pdf>

<sup>4</sup> Benedik, Wolfgang, İnsan Haklarını Anlamak, (Çeviri Mehveş Bingöllü Kılıcı) Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014 s. 411

AİHS'nin 10. maddesinde belirtilen sınırlandırma kıstasları TC Anayasası'nın düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti için öngördüğü sınırlama sebepleri ile büyük ölçüde uyumluluk göstermektedir.<sup>5</sup>

AİHM'si ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda oldukça hassas davranmaktadır. Bu konuda yapılan sınırlandırmaların sözleşmenin ihlali sayılmaması için bazı şartlar öngörülmüştür. Gerek Anayasa Mahkemesi tarafından gerekse AİHM tarafından bu şartların yerine getirilip getirilmediği noktasında oldukça sıkı bir denetim uygulanmaktadır.

Tüm düzeydeki mahkemelerin uygulamalarına esas almaları beklenen bu şartlar üç başlık altında toplanmaktadır:

Kanunilik, İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasının kanuna dayanması gerekmektedir. Bunun temel amacı keyfiliğe karşı hukuk güvencesinin sağlanmasıdır.

Meşru amaç, Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için Anayasada hak veya özgürlüğün düzenlendiği ilgili maddede sayılmış olan kamu düzeni, genel sağlık, milli güvenlik gibi sebeplerden en az birisine dayalı olarak sınırlandırmanın yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde müdahale Anayasaya aykırı olacaktır.<sup>6</sup>

Demokratik toplum düzeni, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak şartıyla demokratik toplum düzeninin devamı için ancak kanunla sınırlandırılabilir.<sup>7</sup>

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasına yönelik yapılan bir düzenleme ya da uygulamanın hukuki kabul edilebilmesi için bu üç şartı taşıması zorunludur. Mahkemelerin bu üç kritere göre yaptıkları değerlendirmeye uygulamada kısaca üçlü test denilmektedir. Üçlü testin ilk aşaması yapılan işlemin kanunilik açısından değerlendirilmesidir. Başka bir deyimle yapılan işlem kanuni değil ise diğer ölçütlerin değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır.

### III. KANUNİLİK İLKESİ

İfade özgürlüğü hakkının, hukukun üstünlüğü ile yakın bir ilişkisi bulunmaktadır.<sup>8</sup> İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasının hukuki olması gerekmektedir. Burada hukukilikten kasıt sınırlandırmanın kanunla öngörülmesidir. İdari bir kararla ifade özgürlüğünün kısıtlanması mümkün değildir.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Özbey Özcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, 2. Bası Ankara, 2008, s. 346.

<sup>6</sup> İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 2013, Şen Matbaa. Ankara s. 29

<sup>7</sup> AYM Kararı 24.09.2008 Tarihli E. 2006/142, K. 2008/148.

<sup>8</sup> Verpeaux Michel, Freedom of Expression in Constitutional, Council Of Europe, 2010, Strasbourg s.51

<sup>9</sup> Benedik, s. 412

Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması ölçütü anayasa hukukunda önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır.<sup>10</sup> Bu sebeple, Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanunilik ilkesinin gerektirdiği nitelikleri taşıyan bir kanunla öngörülmesi gerekmektedir. Kanunilik unsuruna sahip olmayan bir müdahalenin, öze dokunmama, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük gibi diğer güvencelere uygun olup olmadığı incelenmeden, bir anayasal hakkı veya özgürlüğü ihlal ettiği sonucuna ulaşılabacaktır.<sup>11</sup>

Kanunilik ilkesinin maddi bir içeriğinin de bulunması gerekmektedir. Kanunla sınırlandırmanın kriteri, sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini sağlamaktadır. Böylece uygulayıcıların keyfi davranışlarının önüne geçilmekte ve hukuk güvencesi sağlanmaktadır.<sup>12</sup> Kanunla sınırlandırma ölçütünü şekli açıdan yorumlamamak gerekmektedir. AİHM'nin, yazılı bir hukuk sistemine sahip olmayan İngiltere hakkındaki bir kararında bu durum açıkça ifade edilmiştir. Anılan karara göre, *"ilk olarak kanun erişilebilir olmalıdır: vatandaşlar belirli şartlar altında hangi kuralların uygulanacağı konusunda yeterli bilgilere sahip olabilmelidir. İkinci olarak, vatandaşların davranışlarını düzenlemede belirli bir kesinliğe sahip olmayan kural kanun sayılamaz. Vatandaş makul şartlar altında bir öngörüye sahip olabilmelidir."*<sup>13</sup> Kısacası hukuki dayanağın, keyfilığe neden olmayacak açıklıkta olması gerekmektedir.<sup>14</sup> İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında keyfilğin engellenmesi için bağımsız yargısal denetim oldukça önemlidir. Hukuk sistemi keyfi sınırlandırma tedbirlerine karşı bağımsız mahkemeler veya bağımsız idari otoriteler eliyle etkili bir kontrol mekanizması oluşturmalıdır.<sup>15</sup>

Bir konunun kanunla belirlenmiş olması, kanunun öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliği ile doğrudan ilgilidir.<sup>16</sup> Vatandaşın kendisi hakkında uygulanan hukuk kurallarının neler olduğunu bilmesi önem arz etmektedir. Öngörülebilirlik ise, kuralların vatandaşların davranışlarını düzenlemesine imkan tanıyacak ölçüde açık bir şekilde belirtilmesidir. Böylece insanlar yaptıkları veya yapmadıkları eylemler karşılığında ne ile karşılaşacaklarını öngörebileceklerdir.<sup>17</sup>

---

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi (B.No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36).

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi (B. No: 2014/4705, 29/05/2014)

<sup>12</sup> İnceoğlu s.29.

<sup>13</sup> AİHM, 02.08.1984 tarihli 8691/79 sayılı kararı 66 nolu paragraf.

<sup>14</sup> İnceoğlu s.30.

<sup>15</sup> Buffa Francesco, Expression In The Internet Society, Vicalvi, 2016, s.12

<sup>16</sup> Özbey Özcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, AÜHFD, 62 (1) 2013: 93-146, .s.102

<sup>17</sup> Bıçak Vahit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, s. 272.

AİHM, içtihat yolu ile oluşan hukukun da öngörülebilirlik şartını taşıdığını belirtmiştir. AİHM Türkiye'de Üniversitelerde başörtüsü konusunda yasaklayıcı açık bir düzenleme olmadığı halde bu konudaki Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararını yasal dayanak olarak görmüştür.<sup>18</sup> Böylece kanun ifadesine AİHM'nce şekli bir anlamdan öte içeriksel bir anlam yüklediği anlaşılmaktadır. İfade özgürlüğü konusunda yapılan düzenlemeler, AİHS'nin standartlarına ve AİHM'nin yerleşik içtihatlarına uygun olmalıdır. Öte yandan iletişim kurma, görüş açıklama, bilgi edinme haklarına yapılacak herhangi bir müdahale anlaşılır, belirli, şeffaf ve erişilebilir kurallara bağlı olmalıdır. İfade özgürlüğü'nün önemi dikkate alındığında, bu sınırlandırıcı kuralların, kolayca ve hızlı bir şekilde değiştirilemeyen yazılı hukuk kuralları olması gerekmektedir.<sup>19</sup>

#### **IV. AVRUPA KOMİSYONU VE BİLİŞİM TEKNOLOJİLERİ ŞİRKETLERİNİN YASADIŞI ÇEVİRİMİÇİ NEFRET SÖYLEMİ HAKKINDAKİ DAVRANIŞ KODLARI<sup>20</sup>**

Avrupa Komisyonu ve bazı bilişim teknolojisi şirketleri 31 Mayıs 2016 tarihinde birlikte oluşturdukları yasadışı çevrimiçi nefret söylemi hakkında davranış kodlarını açıklamışlardır. Avrupa Birliği Komisyonu'nun Facebook, Twitter, Youtube ve Microsoft şirketleri ile birlikte kabul ettiği bu davranış kodları Avrupa'da yasadışı çevrimiçi nefret söyleminin yayılması ile mücadele amacıyla bazı taahhütler içermektedir.<sup>21</sup> Kararda *"Bilişim teknolojileri şirketleri, çevrimiçi platformlarda çevrimiçi yasa dışı nefret söyleminin yayılmasının engellenmesi çabasında Avrupa Komisyonu'nu ve Avrupa Birliği'ni destekliyor. Onlar diğer platformlar ve sosyal medya şirketleri ile birlikte kolektif bir sorumluluğu paylaşıyor ve çevrimiçi dünyada ifade özgürlüğü'nün yaşatılması ve geliştirilmesinin onurunu taşıyorlar. Komisyon ve bilişim teknolojisi şirketlerinin hedefi sadece yasadışı nefret suçlarının yayılarak kişiler ve toplumun olumsuz etkilenmesi değil; bunların ifade özgürlüğü ve toplumdaki hoşgörü ve ayrımcılık yapmamaya da zarar vermesini engellemektir. Bu söylemler, çevrimiçi platformda demokratik bir söylem üzerinde soğutma*

<sup>18</sup> AİHM Leyla Şahin v. Türkiye (Büyük Daire, Başvuru No: 44774/98, 10.11.2005,

<sup>19</sup> Hammarberg Thomas, Avrupa'da Medya Özgürlüğü ve İnsan Hakları, Avrupa Konseyi Yayını, 2012, Ankara, s.49.

<sup>20</sup> Avrupa Komisyonu'nun 31 Mayıs 2016 Tarihli Çerçeve Kararı [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-1937\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_en.htm) 20.09.2016

<sup>21</sup> Avrupa Komisyonu'nun kabul ettiği 31 Mayıs 2016 Tarihli Çerçeve Kararı "Bu davranış kodunun imzalanmasıyla çevrim içi alanda yasadışı nefret söylemi ile mücadelede çaba sarf etmeye devam etmek taahhüt edilmektedir. Bu yasadışı nefret söylemi içeriklerinin 24 saatten daha az sürede gerekli görülürse kaldırılması veya erişime engellenmesi için iç süreçlerin geliştirilmesinin sürdürülmesi ve personelin eğitimini içermektedir. Bilişim teknolojisi şirketleri nefret ve şiddeti tahrik eden içerikleri bildirmede yardımcı olacak sivil toplum kuruluşları ile olan ilişkilerini güçlendirecektir."



*etkisi yapar.*<sup>22</sup> Denilmek sureti ile bu kararın ifade özgürlüğünü koruma amacı da bulunduğu belirtilmiştir.

Mutabakat metni niteliği taşıyan 31 Mayıs 2016 tarihli çerçeve kararında yer alan Avrupa Birliği Adalet, Tüketici ve Cinsel Eşitlik Komiseri Vera Jourova'nın beyanında "son terör saldırıları çevrimiçi alanda yasadışı nefret söylemi ile derhal mücadele edilmesi konusunda bir uyarıdır. Maalesef, sosyal medya terörist grupların insanları radikalleştirmekte ve ırkçıların şiddeti ve nefreti yaymak için kullandıkları araçlardan birisi haline gelmiştir. Bu anlaşma, internetin demokratik ve özgür ifadenin var olduğu hukuka saygı ve Avrupa değerlerinin bulunduğu bir yer olmasını temin etmek adına önemli bir adımdır. Ben, dünya çapındaki bilişim teknolojisi şirketleri nefret söylemi tespit etmesi durumunda bunları kaldırmak amacıyla 24 saatten daha kısa bir süre içerisinde geçerli bildirimlerin büyük çoğunluğunu inceleyerek böyle içeriklerin gerekmesi durumunda erişime engellenmesi ve kaldırılmasının taahhüt etmelerinden memnunum" denilmek sureti ile ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda bilişim teknolojisi şirketlerine verilen önemli inisiyatif ve yükümlülükler vurgu yapılmıştır. 31 Mayıs 2016 tarihli davranış kodunun imzalanmasıyla bilişim teknolojisi şirketleri çevrim içi alanda yasadışı nefret söylemi ile mücadelede çaba sarf etmeye devam etmeyi taahhüt etmektedirler. Söz konusu taahhüt yasadışı nefret söylemi içeriklerinin 24 saatten daha az sürede gerekli görülürse kaldırılması veya erişime engellenmesi için iç süreçlerin geliştirilmesinin sürdürülmesi ve personelin eğitimini de içermektedir. Ayrıca çerçeve kararına göre bilişim teknolojisi şirketlerinin nefret ve şiddeti tahrik eden içerikleri bildirmede yardımcı olacak sivil toplum kuruluşları ile olan ilişkilerini güçlendirmesi beklenmektedir. Avrupa Komisyonu ve bazı bilişim teknolojisi şirketlerinin 31 Mayıs 2016 tarihli çerçeve kararı uyarınca;

*"- Bilişim teknolojisi şirketleri bildirim şartlarının oluşturulması ve nefret davranışı ve şiddetin teşvikinin zayıflatılmasını teşvik etmede uzmanlarla ve özellikle sivil toplum kuruluşları ile belirli paydaşlarla bireysel şirketlerdeki Kurallar ve Topluluk Rehberi ve raporlama ve bildirim süreçleri üzerindeki kurallarla birlikte açık bilgiyi destekler. Bilişim teknolojisi şirketleri böyle ortaklıkların coğrafi olarak yayılmasını genişleterek sivil toplum kuruluşları ile olan ortaklığın güçlendirilmesini destekler. Elverişli olduğu ölçüde destek sağlar eşdeğer veya güvenilir bir bildirimci rolünü yerine getirmelerinde sivil toplum kuruluşu ortaklarını destekler ve eğitir. Güvenilirlik ve bağımsızlıklarını sürdürme ihtiyaçlarına saygı duyar.*

---

<sup>22</sup> Avrupa Komisyonu'nun 31 Mayıs 2016 Tarihli Çerçeve Kararı

*Bilişim teknolojisi şirketleri sivil toplum kuruluşları paydaşları ve yüksek kalitede bildirimlerin temininde tüm üye ülkelere yardım edecek olan raporörlerin aç temsilcilerine erişimin sağlanmasında Avrupa Komisyonu ve üye devletlerin desteğine ihtiyacı vardır. Bilişim teknolojisi şirketleri WEB sitelerinde güvenilir raporörler hakkında bilgi verirler.”* Şeklinde düzenleme yapılmıştır. Sivil toplum kuruluşları ile yakın işbirliğini öngören bu düzenlemelere rağmen anılan mutabakata yönelik en ciddi eleştiriler Acces Now, Article 19, CDT ve EDRI gibi etkili sivil toplum kuruluşlarından gelmiştir.

## **V. 31 MAYIS 2016 TARİHLİ ÇERÇEVE KARARININ KANUNİLİK İLKESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Öngörülebilirlik, kanunilik ilkesinin en önemli unsurlarından birisidir. Herhangi bir yaptırımın öngörülebilir olması, eylemin objektif bir değerlendirmeye tabi tutulması ile yakından ilgilidir. Bunun tersi ise keyfilikten başka bir şey değildir. 31.05.2016 tarihli çerçeve kararı ile bilişim teknolojisi şirketlerine, onların kendi düşünce ve yayın ilkeleri doğrultusunda ifade özgürlüğünü kısıtlama imkanı bahşedilmiştir. He ne kadar Avrupa Komisyonu ve bazı bilişim teknolojileri şirketlerinin aldıkları 31 Mayıs 2016 tarihli kararları ile temel amaçlarından birisinin de ifade özgürlüğü üzerinde soğutucu etki yapılmasının önlenmesi olarak belirtilmiş ise de, anılan karar bazı basın organları ve sivil toplum kuruluşlarının şiddetli eleştirilerine neden olmuştur. Bu eleştirilerin odak noktasının 31 Mayıs 2016 tarihli karar ile internet alanında faaliyet gösteren bilişim teknolojisi şirketlerine bazı inisiyatifler ve yükümlülükler vermesi olduğu görülmektedir.<sup>23</sup>

Avrupa Komisyonu ve bazı bilişim teknolojisi şirketinin 31 Mayıs 2016 tarihli çerçeve kararına karşı, uluslar arası alanda ifade özgürlüğü konusunda etkin olarak faaliyette bulunan EDRI, Access Now, Article 19 ve CDT gibi bazı sivil toplum kuruluşları tarafından bazı raporlar ve bildirimler yayınlanmıştır. Çerçeve kararının şeffaflıktan uzak bir şekilde oluşturulduğunu ifade eden<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Avrupa Komisyonu ve Bazı Bilişim Teknolojisi Şirketini 31 Mayıs 2016 Tarihli Mutabakatı “Ulusal mevzuatların çevrim dışı alanda olduğu kadar çevrim içi alanda da yasadışı nefret söyleminin yayılmasını önlemek amacıyla, üye ülkeler tarafından tam olarak uygulanan ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadele hakkındaki konsey çerçeve kararı ile uyumlu olması temin edilmelidir. Nefret söylemi üzerinde cezai konularda etkili bir başvuru kurulması nefret söylemi suçlularının bireysel faillerine karşı güçlü bir ceza yaptırımını sistemi oluşturulmasına bağlıdır. Yasadışı nefret söyleminin oluşturulması ile mücadelede aksiyonları içermesi gereken bu çalışmada çevrimiçi araçları ve sosyal medya platformları geçerli bir bildirim alındısı üzerine ve uygun bir zaman çerçevesinde derhal gözden geçirilmelidir.”

<sup>24</sup> <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38430/EU-Code-of-conduct-analysis-FINAL.pdf>, Erişim tarihi 08.09.2016, s. 16

EDRİ ve Access Now adlı sivil toplum kuruluşları 3 Haziran 2016 tarihinde internet adreslerinde ortak bir bildiri yayınlamışlardır.<sup>25</sup> Bu bildiri'nin Türkçe çevirisi "*Nefret Suçları Hakkında Davranış Kodları 31 Mayıs tarihinde Avrupa Komisyonu Facebook, Youtube, (Google), Twitter ve Microsoft ile birlikte nefret suçlarıyla mücadele konusunda bir davranış kodu kabul etti.*

*Biz bu davranış kodunun nefret söylemi hakkındaki kanunun uygulanmasına zarar vereceğine ve temel hakları baltalayacağına inanıyoruz. Access Now ve EDRİ olarak, ortak basın duyurumuzda bu yüzden internet forumunu terk etme kararımızı duyuruyoruz. Bu blog yazısında değerlendirmemizi açıklıyoruz. Kalite, etkililik, öngörülebilirlik ve mevzuatın değerlendirme süreçleri farklı ve önemli bir konu olup bu hususa yazımızda değinmeyeceğiz.*

*Avrupa Komisyonu'nun perspektifinden davranış kodlarının kabul edilmesi kapsamında, nefret söylemi içeren mesajlar derhal silinecek. Nefret söylemi Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı hakkındaki 2008 tarihli Çerçeve Kararında tanımlanmıştır. AB üye ülkeleri kasıtlı olarak halkın ırk, renk, köken, veya ulusal veya etnik geçmişine göre belirlenen bir grubun üyeleri veya gruba karşı tahrik edilmesini suç olarak düzenlemeyi garanti altına almalıdır.*

*Böylece, "gönüllü" davranış kodları altında yasa dışı çevrimiçi materyal ne olacak?*

*İlk olarak, kod, şirketlere çevrim içi yasa dışı nefret söyleminin yayılmasını önlemek konusunda öncü bir rol vermektedir. Burada Avrupa Komisyonu veya AB üye ülkelerinin öncülük etme ayrıcalığı olmadığı görülüyor.*

*Hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir toplumda, özel şirketler kanun icra etmede öncü rol almamalıdır, onlarınki yalnızca destekleyici olmalı – aksi takdirde bu iletişimimize keyfi bir sansüre yol açar.*

*İkinci olarak, şirketler "şiddet ve nefret davranışının" teşvikinin reklam edilmesinin yasaklanmasını kabul eder. Buna ek olarak genellikle çok geniş, öngörülemez ve belirsiz yasaklar onların topluluk standartları olur. Örneğin Facebook "parçalanmış kol ve bacaklar" görüntüsüne müsaade eder. Ama bebek emzirme fotoğrafına izin vermez. Önemli bir not Kod burada yasa dışı bir aktivite düzenlemez.*

*Bu durum bir probleme neden olabilir çünkü iç hukuk kuralları yasal zorunluluklar ile karıştırılabilir. Onlar arasında açık bir ayırım olmaması yanında, yasa dışı olmak belirsiz olur. Meşru söylem nedir? Meşru olmayan söylem nedir?*

---

<sup>25</sup> Joe McNamee tarafından hazırlanan 03 Haziran 2016 tarihli bildiri sivil toplum kuruluşları olan Access Now ile EDRİ tarafından kabul edilerek internet adreslerinde yayımlanmıştır. 07.09.2016

*Üçüncüsü, şirketler “geçerli bir kaldır komutu”(yasa dışı bir suçlama değildir) aldıkları zaman onu hukuk yönünden değil kendi hizmet şartlarına göre değerlendireceklerdir. Ancak bir bildirim olması durumunda ulusal hukuk yönünden bakılacaktır. Uygulamada yasa dışı aktivite hizmet şartları ile yasaklanacak, hukuk yönünden bir değerlendirme yapılmasına gerek olmayacaktır.*

*Bu yüzden “nefret söyleminin” topluluk rehberi temelinde silineceği hususu problemlidir. Şirketler ceza hukuku veya özel hukuk yönünden sakıncalı olarak kabul edilen bir şeyin delilini elinde bulundurmayacaktır. Bu da demektir ki üye ülkelerin kuruluşlarına hiçbir şey gönderilmeyecek. Sonuçta, bu da özel hukuk ya da ceza hukuku yönünden yasa dışı yazı yazan kişi cezalandırılmak konusunda kaygı taşımayacak ve bunu işlemeye devam edecek.*

*Öte yandan, davranış kodları sivil toplum örgütlerini hizmet şartlarını ihlal eden içerikleri bildirmeye teşvik edecektir. Yine sivil toplum kuruluşları ile sözleşmeyi imzalayan bu dört şirket, hukuk ihlallerini bildirme konusunda bir eğitime sahip değildir.*

*Bu büyük ölçüde şirketlerin hizmet şartlarına güven temeli üzerinde durmaktadır (bakınız örneğin Europol'ün bilişim teknolojisi şirketleri ile çalışmalarına).*

*Davranış kodunda, bizim demokratik toplumumuzda hakimın temel rolü hakkında tek yönlü bir tekrar yoktur. Kamu kuruluşlarının kanunu icra etmeleri hakkında bir tekrar yoktur. Her birinde önemli olan nokta, ondan değil, hukuktan söz edilmelidir.*

*Sonuç olarak, Avrupa Birliği insan hakları prensipleri üzerinde kurulmuştur. Sınırlandırmalar kanun tarafından yapılmalıdır. Bu konuda özel şirketlere öncü rol verilmesi ciddi sosyal problemlere yol açabilir. Hukuk yerine hizmet şartlarının keyfi uygulamaları yasa dışı nefret söylemine karşı sağlam bir cevap olmayacaktır. Ters tepecek etkiler riskini göz ardı etmek umursamazlıktır. Aynı zamanda bu kodun belirttiği problemler çözülüyor aksine o temel hakları baltalamaktadır.” şeklindedir.*

Yayımlanan bildirimde temel olarak kanunilik ilkesi üzerinde önemle durulduğu görölmektedir. Gerçekten alınan kararın kanunilik ilkesi ile onun bir unsuru olan öngörülebilirlik ilkesini açıkça ihlal ettiği görölmektedir. Bazı yazarlar bu durumda Avrupa Komisyonu'nun açıkça ifade özgürlüğünün kısıtlanması konusunda temsilci atadığını ve bunun da melez bir duruma sebep olduğunu belirtmişlerdir.<sup>26</sup> Kısıtlayıcı yasal düzenlemeler bağımsız bir

---

<sup>26</sup> Aleksandra Kuczerawy, <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-code-of-conduct-on-online-hate-speech-an-example-of-state-interference-by-proxy/> Erişim Tarihi 07.09.2016

organ tarafından keyfi ve ayrımcı olmayan bir usulle uygulanmak zorundadır ve bu düzenlemelerin kötüye kullanılmasına karşı uygun çözüm yolları oluşturulmalıdır.<sup>27</sup>

Her şirketin yayın ilkelerinin ve hassasiyet gösterdiği hususların birbirinden farklı olması ifade özgürlüğünün kullanılmasında öngörülebilirlik ilkesini ciddi bir şekilde tehdit etmektedir. Bu alanda objektif standartların ise oluşturulup ilgili şirketlere benimsetilmesi ise başlı başına açılması güç bir engeldir. Kaldı ki Acrupa Birliği Adalet Divanı'nın bazı kararlarında da vurgulandığı gibi Avrupa Birliği ülkelerinin dahi bu konuda ortak standartlarının bulunduğunu söylemek zordur.<sup>28</sup>

Kabul edilen çerçeve kararının neden olduğun belirsizliğin ifade özgürlüğüne yapılacak olan müdahalenin sınırı aşma tehlikesini de artırdığı bir gerçektir. Bu bakımdan müdahale yargı denetimiyle kontrol altına alına bile sınırların aşılması ile ifade ve basın özgürlüğünün demokratik bir toplumda olması gerektiğinden daha fazla sınırlanması riski varlığını sürdürmektedir.<sup>29</sup> Öte yandan bazı ülkelerde özel sektör tarafından ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalar yargı denetimine tabi bulunmamaktadır. Bu ülkelerde ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği iddiası ile hukuki bir talepte bulunulabilmesi için yapılan müdahalenin kamu otoriteleri tarafından yapılmış olması gerekmektedir.<sup>30</sup> Bu durum ise özel sektör şirketlerinin ifade özgürlüğüne yaptıkları müdahalelere karşı bireyleri başlı başına savunmasız bir hale sokmaktadır.

---

*“Avrupa Komisyonu tarafından kabul edilen davranış kodu melez bir durum oluşturmaktadır. Sert bir söylemle doğrudan AB Komisyonuna isnat edilemeyen bir Kodun uygulanması sonucu ifade özgürlüğüne bir müdahale söz konusudur (Bilişim teknolojisi şirketleri tarafından yönetilecek sınırlamalar gibi). Yine de AB Komisyonu'nun rolü bir kolaylaştırıcı olmanın ötesindedir. Bireylerin ifade özgürlüğünü sınırlandırma işinin özel şirketlere verilmesi ile AB Komisyonu öncü bir rol almaktadır. Bu bir taşeron yolu ile devlet müdahalesidir.”*

<sup>27</sup> La Rue F., Report of the Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, 69. Paragraf, 16 Mayıs 2011.

<sup>28</sup> ABAD C-244/10 ve C-245/10 sayılı Kararı 33. ve 34. paragraf “97/36 sayılı Direktifin giriş kısmında yer alan 15. gerekçenin lafzından, AB Antlaşmasının F (2) maddesinin (şimdiki AB Antlaşmasının 6 (2) maddesi) yayın alma özgürlüğünün ve/veya televizyon yayınlarının durdurulmasını amaçlayan her türlü önlemin yukarıda belirtilen ilkelerle uyumlu olması gerektiği için Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında belirtilen haklara, özgürlüklere ve ilkelere saygı göstereceği sonucu çıkmaktadır. Direktifin uygulandığı alanlarla ilgili kuralları tam olarak uyumlaştırmadığı ancak Avrupa Birliğinden kaynaklanan ve bu birlik içerisinde alınması amaçlanan yayınlara yönelik asgari kuralları ortaya koyduğu hatırlatılmalıdır.”

<sup>29</sup> Kemal Şahin, Kitle İletişim Hukukunda Editöryal Denetim Sorunu ve Harici Müdahale, Gazi Üniversitesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, sa.3 s.281

<sup>30</sup> Fatih Halil Kaplan, Amerika Birleşik Devletleri Hukuk Uygulamasında İfade Özgürlüğü ve Sınırları, TC Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Yayınlanmamış Karşılaştırmalı Hukuk Araştırma Raporu, 2016 Ankara.

31 Mayıs 2016 tarihli çerçeve kararının, çevrim içi iletişime ilişkin getirdiği yaptırımların yorumlanması ve uygulanmasına yönelik hüküm içermemesi nedeniyle bir üniversite bünyesinde ifade özgürlüğü alanında faaliyet gösteren "Article 19" adlı sivil toplum kuruluşunun hazırladığı raporda da eleştirildiği görölmektedir. Haziran 2016 tarihli sözü geçen raporda ifade özgürlüğünü de içeren temel hakların ne şekilde korunacağı hususunda devletlere bir rehber sunulmadığı belirtilmektedir.<sup>31</sup> Article 19 tarafından hazırlanan anılan raporda bu durumun ötesinde 31 Mayıs 2016 tarihli çerçeve kararı ile devletlere suç teşkil eden ifadeler dışındaki ifadeleri de sınırlayabilmek konusunda bir esneklik tanındığı ve bu yetkinin de şirketlere verilmesi ile tüm Avrupa'da ifade özgürlüğünü sınırlandırılması hususunda farklı bir yaklaşımın benimsenmesine ve kullanıcılar açısından bunun tam bir hukuki belirsizliğe neden olacağı belirtilmiştir.<sup>32</sup> Çerçeve kararına yönelik önemli eleştirilerden bir tanesi de Youtube ve Facebook gibi şirketlerin "güvenilir raportörler" ile çalıştıklarını belirtmelerine rağmen bunların kim olduklarının bildirilmemesi olduğu görölmektedir.<sup>33</sup>

Çerçeve kararının bilişim teknolojisi şirketlerine mahkemelerden ve kamu otoritelerinden daha güçlü yetkiler tanıdığı görölmektedir. Hatta karar vermenin ötesinde bunu infaz ve icra etme işinin de ilgili şirketlere verildiği anlaşılmaktadır.<sup>34</sup> "Article 19" adlı sivil toplum kuruluşunun söz konusu çerçeve kararına ilişkin toplam 19 sayfalık raporunun sonuç kısmında, kodun bağlayıcı olmamakla beraber özel şirketlerin daha çok sansür uygulamasına yol açacağı ve böylece ifade özgürlüğü üzerinde soğutucu etki yapacağı belirtilmiştir. Bu konuda bir rehberin bulunmamasının ifade özgürlüğünü daha da kısıtlayacağı vurgulanmıştır. Bu sebeple anılan raporda çerçeve kararının yeniden gözden geçirilmesi istenilmiştir.<sup>35</sup> Öyle ki, ifade özgürlüğünü sınırlandıran kararı veren bir mahkeme olsa idi, onun dahi bağımsız olması, kararının gerekçeli olması ve verilen bu kararın da denetime tabi olması beklenecekti.<sup>36</sup> Çerçeve kararı ile bu yetki bir internet şirketine verildiğinden elbette bu şartların hiçbirisinin aranması imkanı kalmamaktadır.

---

<sup>31</sup> <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38430/EU-Code-of-conduct-analysis-FINAL.pdf>, Erişim tarihi 08.09.2016, s. 12

<sup>32</sup> <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38430/EU-Code-of-conduct-analysis-FINAL.pdf>, Erişim tarihi 08.09.2016, s. 13

<sup>33</sup> <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38430/EU-Code-of-conduct-analysis-FINAL.pdf>, Erişim tarihi 08.09.2016, s. 14

<sup>34</sup> <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38430/EU-Code-of-conduct-analysis-FINAL.pdf>, Erişim tarihi 08.09.2016, s. 16

<sup>35</sup> <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38430/EU-Code-of-conduct-analysis-FINAL.pdf>, Erişim tarihi 08.09.2016, s. 18

<sup>36</sup> Hammarberg, s. 49.

CDT adlı sivil toplum kuruluşu internet adresinde Avrupa Komisyonuna yönelik yazdığı açık mektubunda<sup>37</sup> 31 Mayıs 2016 tarihli çerçeve kararına karşı benzer eleştirilerde bulunmuştur. Sözü geçen 3 Haziran 2016 tarihli bu mektupta tereddütlerle karşılanan hususlar maddeler halinde sıralanmıştır. Bu mektupta öne çıkan soruların Türkçe çevirisi şu şekildedir.

*“Bu rejim altında geçerli bildirim için kriter nedir? Kod geçerli bildirimini “kesinliği tam olmayan veya yeteri kadar doğrulanmamış olanlar dışında” şeklinde tanımlar. E- Ticaret Direktifinin Üye ülkeler uygulaması altındaki bildirimlerle bu bildirimler nasıl kıyaslanacak? Bu bildirimler hangi bilgileri içerecek?”*

*İçeriğin incelenmesinde ve dayanak yapılmasında rehber veya kriter nedir? Bunlar nasıl bilişim teknolojileri şirketleri, sivil toplum kuruluşları ve başkalarının katılımı ile kullanılacak rehberle kıyaslanacak, rehber halkın erişimine açık olacak mı?, Kod sadece yasadışı içeriğe mi odaklanacak? Yoksa sadece bilişim teknolojisi şirketlerinin içerik politikalarının ihlali iddiası ile daha genişletilmiş bir kategoriye yakalamak için kod altında faaliyetler mi yürütecek?”*

*Etkilenen konuşmacılar için ne gibi çareler vardır? Kod altında ifadeleri sınırlandırılanlar nasıl bilgilendirilecek? Onların buna karşı başvurabilecekleri yasal bir otorite olacak mı? Bilişim teknolojisi şirketleri ne şekilde desteklenecek?”*

*Üye devletler ve Komisyonun bu kodun uygulanması ile ifadesi sınırlananlar ve ifadeler hakkında onların raporlama planı nedir? Bu raporlama konusunda bilişim teknolojisi şirketlerinin taahhüdü nedir? Muhtemel soruşturmalara ve kaldırılan içeriklere esas teşkil eden bildirimler kaydedilecek mi? Bu konuda farklı hukuki anlayışı olan devletlerde bu kod nasıl uygulanacak?”*

İfade özgürlüğü alanında faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları ve bilim adamlarının 31 Mayıs 2016 tarihli çerçeve kararına ilişkin tereddütleri ve sorularının oldukça önemli olduğu görülmektedir. Öte yandan internet şirketlerinin sansür ilkelerinin farklı olması yanında terör örgütlerine yönelik tavırlarının da birbirinden çok farklı olduğu görülmektedir. Gerçekten ifade özgürlüğü standartlarının belirlenmesi işini, başlıca amacı ifade özgürlüğünü sağlamak olmayan özel şirketlere bırakmak sorunsuz bir durum değildir.<sup>38</sup> Örneğin bazı internet şirketleri DEAŞ terör örgütüne karşı oldukça katı bir tutum sergilerken PYD gibi bazı terör örgütlerinin propaganda içeriklerine karşı oldukça müsamahakar davranabilmektedir. AB Komisyonu tarafından internet şirketlerinin bütün terör örgütlerine karşı aynı mesafede bulunmaları,

---

<sup>37</sup> <https://cdt.org/insight/letter-to-european-commissioner-on-code-of-conduct-for-illegal-hate-speech-online/> 08.09.2016

<sup>38</sup> Wolfgang Benedek ve Matthias C. Kettmann, İfade Özgürlüğü ve İnternet, Avrupa Konseyi Yayını, 2013, Ankara, s. 101.

onların propaganda faaliyetlerinin engellenmesi için aynı kriterlerle mücadele edilmesi konusunda çerçeve kararına bir kayıt konulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum ise ileride daha ciddi sonuçların doğmasına öncülük edecek bir sorundur.

## VI. SONUÇ

Avrupa Birliği'nin insan hakları temeli üzerinde kurulduğu belirtilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ile Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesinde ifade özgürlüğü en temel insan haklarından birisi olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple ifade özgürlüğü'nün asıl sınırlandırmaların ise istisna olduğu her fırsatta vurgulanmakta, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divanı'nda bu temel esasında kararlar verilmektedir. İstisna olan sınırlandırmaların ise ancak kanunla yapılması mümkündür. AİHM gibi Avrupa Birliği üye ülkelerinin bağımsız mahkemeleri ve diğer kamu otoriteleri de ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların ancak kanunla olması ön şartıyla meşru olabileceğini kabul etmektedir.

İfade özgürlüğü'nün sınırlandırılmasında kanunilik ilkesi objektifliğin sağlanması ve keyfilik önlenmesi amacını taşımaktadır. Ayrıca kanunilik ilkesi ile bireylerin sınırlandırmalar konusunda bir öngörüye sahip olması da sağlanmaktadır. Avrupa Birliği Komisyonu'nun bazı bilişim teknolojisi şirketleri ile birlikte hazırlayarak kabul ettiği 31 Mayıs 2016 tarihli çerçeve kararı kanunilik ilkesini ve özellikle öngörülebilirlik unsurunu ihlal ettiği gerekçesi ile ciddi eleştirilere uğramıştır. Sözü geçen çerçeve kararı terör ve nefret suçları ile mücadele amacı taşımaktadır. Ancak bu konuda özel sektör kuruluşlarına mahkemelerde ve kamu otoritelerinde bulunmayan yetkilerin verilmesi kabul edilebilir bir durum değildir. Terörle ve nefret suçları ile mücadele saiki elbette hukukun temel ilkelerinden ayrılma gerekçesi olarak kabul edilemez.

Şüphesiz her bilişim teknolojisi şirketinin kendi yayın ilkesi ve yayın politikası bulunmaktadır. Bu yayın ilkelerinin Avrupa Birliği Komisyonu ve üye ülkelerin kuralları ile aynı olmasını beklemek mümkün değildir. Bazı sivil toplum kuruluşlarının bildiri ve raporlarında belirtildiği gibi bu konuda bir yetki devri yapılması ya da özel sektör kuruluşlarının bir ajan olarak atanması Avrupa Birliği'nin temel felsefesi açısından anlaşılabilir bir durum değildir. AB Komisyonu'nun 31 Mayıs 2016 tarihli çerçeve kararı ile ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin tamamen keyfi bir hal almasına neden olunmuştur. Böylece ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların kanuni olması ilkesinin ihlali yanında bu sınırlandırmaların meşru amaç ve demokratik bir toplumda gerekli olması ölçütlerinin de aranması imkanı ortadan kaldırılmış bulunmaktadır.



AB ülkelerinde ifade özgürlüğünün güçlendirilmesi ve keyfi sınırlandırmalardan korunmasının sağlanması için 31 Mayıs 2016 tarihli çerçeve kararının yeniden baştan sona gözden geçirilmesi, gerekirse tünden iptal edilmesi gerekmektedir. İfade özgürlüğü alanında çalışan bilim adamları ve sivil toplum kuruluşları ile ifadelerinin internet ortamında özgürce yayınlanmasını isteyen ve bu konuda öngörülebilir sınırlandırmaların olmasını bekleyen kişilerin endişe ve tereddütlerinin giderilmesi ancak bu şekilde sağlanabilecektir.

\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

**Article 19 Raporu**, <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38430/EU-Code-of-conduct-analysis-FINAL.pdf>, 08.09.2016.

**Aslan Zühtü**, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/abd-yukse-mahkemesi-karalarinda-ifade-ozgurlugu.pdf> 20.09.2016.

**Benedik Wolfgang**, İnsan Haklarını Anlamak, (Çeviri Mehveş Bingöllü Kılıcı) Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014.

**Benedek Wolfgang ve Matthias C. Kettemann**, İfade Özgürlüğü ve İnternet, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2013.

**Bıçak Vahit**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/aihm-kararlarinda-ifade-ozgurlugu.pdf> 20.09.2016.

**Buffa Francesco**, Expression In The Internet Society, Vivalvi, 2016.

**CDT'nin Mektubu**, <https://cdt.org/insight/letter-to-european-commissioner-on-code-of-conduct-for-illegal-hate-speech-online/> 08.09.2016.

**İnceoğlu Sibel**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Şen Matbaa, Ankara, 2013.

**Kaplan Fatih Halil**, Amerika Birleşik Devletleri Hukuk Uygulamasında İfade Özgürlüğü ve Sınırları, TC Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Yayınlanmamış Karşılaştırmalı Hukuk Araştırma Raporu, 2016, Ankara.

**Kuczerawy Aleksandra**, <https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-code-of-conduct-on-online-hate-speech-an-example-of-state-interference-by-proxy/> 07.09.2016

**La Rue F.**, Report of the Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, 69. Paragraf, 16 Mayıs 2011.

**Mcnamee Joe**, 3 June 2016 Guide to the Code of Conduct on Hate Speech, <https://edri.org/>, 07.09.2016.

**Özbey Özcan**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, 2. Bası Ankara, 2008.

**Özbey Özcan**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, AÜHFD, 62 (1), Ankara, 2013.

**Kemal Şahin**, Kitle İletişim Hukukunda Editoryal Denetim Sorunu ve Harici Müdahale, Gazi Üniversitesi Dergisi C. XVII, Y. sa.3, Ankara, 2013.

**Thomas Hammarberg**, Avrupa'da Medya Özgürlüğü ve İnsan Hakları, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2012.

**Verpeaux Michel**, Freedom of Expression in Constitutional, Council Of Europe, Strasbourg, 2010.

# HUKUKTA ZİHİN HARİTALAMA

*Mind Mapping in Law*

**Furkan Güven TAŞTAN<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 16.11.2016

Kabul Tarihi: 13.02.2017

## ÖZET

Zihin haritalama yöntemi, iş ve eğitim dünyasında giderek yaygınlaşan bir not alma ve not oluşturma metodudur. Yöntemin yaygınlaşmasının temelinde, bolca görsel öge barındırması, bütüncül bir bakış açısı sunması, hatırlamayı kolaylaştırması ve zamandan kazandırması gibi özellikleri etkili olmuştur.

Bu özelliklerinden hareketle çalışmamız, hukuk disiplinine görsellik kazandırıp çok yönlü kolaylık sağlayacak olan zihin haritalama yönteminin, hukukta bir metod olarak yer alması gerektiği tezi üzerine kurulmuştur. Çalışmamızda zihin haritalama yönteminin diğer yöntemlerle mukayesesi yapılmış ve araştırma yapma, bilgi toplama ve hukukî yazım gibi çeşitli konularda, hukukçular tarafından bu 'renkli' yöntemin nasıl uygulanacağına yönelik önerilere yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** şema, zihin haritalama, hukukta yöntembilim

## GİRİŞ

Yaşadığımız çağda, insanlığın bilgi birikimi emsalsiz bir hızla katlanarak çoğalmaktadır. Hukuk alanındaki teorik bilgiler de genel bilgi birikimiyle uyumlu olarak sistemsiz bir şekilde her geçen gün artmakta ve devasa boyutlara ulaşmaktadır. Hukukçunun ödevi, devasa boyuttaki düzensiz bilgiyi somut olayın eleğinden geçirerek harç hâline dönüştürmektir.<sup>2</sup> Hukukçu, sistemsiz bilginin somut olaya uyarlamasıyla elde ettiği harcı, çözümün inşasında kullanır. Temelleri sağlam bir çözüm inşa edilmek isteniyorsa elbette belirli bir yöntemin izlenmesi şarttır. Çalışmamızda, hukukî çözüme ulaşmaya yönelik bilgi edinme ve yeni bilgi oluşturma işlemleri için, klasik metotlar dışında zihin

## ABSTRACT

Mind mapping is note taking and note making method which gradually spreads in business and educational world. The features of this method, such as including visual elements, providing holistic view, simplifying remembrance and saving time, have effect on this method to be universal.

With the above mentioned features, this article has been established on the base of the thesis which mind mapping, that bring visuality and provide versatile easiness, have to be legal method in law. In this article, mind mapping method has compared with corresponding methods and gives advices on how will apply this colorful method by the lawyers on the various areas such as legal research, collect information and legal writing.

**Keywords:** diagram, mind mapping, legal methodology

<sup>1</sup> Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi. fgtastan@ybu.edu.tr

<sup>2</sup> Bir başka deyişle hukukçu, düzensiz bilgiyi sistematize ederek hukukî sorunu çözmekle yükümlüdür.

haritalama yönteminin uygulanabilirliği, temel mesele olarak ele alınmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, zihin haritalama yönteminin anlamı, tarihi, yararları ve nasıl uygulanacağı incelenmiş; ardından diğer yöntemlerle karşılaştırılması yapılmıştır. Takip eden bölümde zihin haritalama yönteminin hukukta yöntembilim içerisinde nerede yer aldığı sorusu cevaplanmaya çalışılmıştır. Meselenin özünü oluşturan son bölümde ise, hukukçunun zihin haritalama yönteminden çeşitli beceriler altında nasıl faydalanabileceği ele alınmış; her bir beceri altında çeşitli mesleklere yönelik önerilere yer verilmiştir. Sonuç bölümünde ise, zihin haritalama yönteminin hukuk disiplini içinde niçin bir metod olarak yer alması gerektiği izah edilmiştir.

## I. ZİHİN HARİTALAMA (MIND MAPPING) YÖNTEMİ

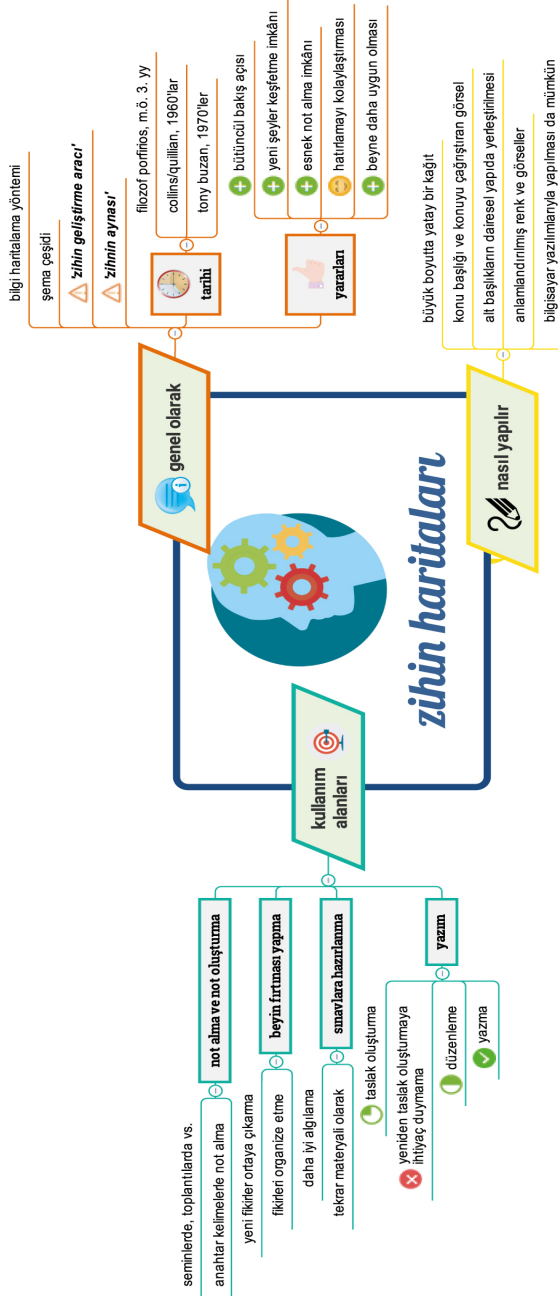
### A. GENEL OLARAK

Zihin haritalama (*mind mapping*), bilginin görsel şekilde sunulmasını ve düzenlenmesini ifade eden bir bilgi haritalama (*information mapping*) yöntemi ve şema (*diagram*) türüdür.<sup>3</sup> Diğerlerinden farklı olarak bu yöntem, karmaşık bilginin sistematize edilmesi konusunda; bütüncül bir bakış açısı sunma, görsel öge, farklı renk ve boyutlar kullanma, konu başlıkları arasında ilişki kurma ve benzeri karakteristik özellikler taşır.<sup>4</sup> Söz konusu karakteristik özellikleri itibarıyla yöntem hakkında ‘zihni geliştirme aracı’, ‘zihnin aynası’ ve ‘zihnin İsviçre çakısı’ gibi nitelendirmelerde bulunulmuştur.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Yaygın şekilde yapılan bir başka tanıma göre zihin haritalama, karmaşık bilgi ve fikirlerin doğrusal (*linear*) olmayan şekilde, görsel gösterimidir. **Ernest N. Biktimirov/Linda B. Nilson**; “*Show Them the Money: Using Mind Mapping in the Introductory Finance Course*”, *Journal of Financial Education*, 2006, Cilt 32, Sayı 3, s. 72; **Tony Buzan/Barry Buzan**; *The Mind Map Book: How to Use Radiant Thinking to Maximize Your Brain’s Untapped Potential*, Londra 1993, s. 59; **Martin J. Eppler**; “*A Comparison Between Concept Maps, Mind Maps, Conceptual Diagrams and Visual Metaphors As Complementary Tools for Knowledge Construction and Sharing*”, *Information Visualization*, 2006, Cilt 5, Sayı 3, s. 203; **Stacey B. Lee**; “*Using Mind Mapping to Bridge The Gap In Teaching Health Law to Non-Law Students*”, *Annals of Health Law*, 2012, Cilt 21, Sayı 1, s. 3; **Maxfield, Dave/Serpe, Richard**; “*Becoming a Mind-Mapping Jedi*”, *Law Practice Today*, 2012, Sayı 2, s. 2; **Diane Murley**; “*Technology for Everyone: Mind Mapping Complex Information*”, *Law Library Journal*, 2007, Cilt 99, Sayı 1, s. 175.

<sup>4</sup> Bu yönüyle yöntem, beynin tabiatına daha uygun bir not alma yöntemidir. **Buzan/Buzan**, s. 59; **Martin Davies**; “*Concept Mapping, Mind Mapping and Argument Mapping: What Are The Differences and Do They Matter?*”, *Higher Education*, 2011, Cilt 62, Sayı 3, s. 281; **Joseph Kim-Keung Ho**; “*An Exploratory Study on What The Mind Mapping Literature Offers to Managerial Intellectual Learning Study*”, 2016, <http://josephho33.blogspot.hk/2016/07/what-mindmapping-literature-offers-to.html> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016); **Lee**, s. 3; **Nerino J. Petro**; “*Hate Taking Notes? Try Mind Mapping*”, *GPSolo*, 2010, Sayı 27, s. 22. İnsanların büyük bir kısmı resimler, diyagramlar ve diğer modelleri yazılı metinlere göre daha hızlı öğrenmeye yatkındır. **M. H. Jacobson**; “*Learning Styles and Lawyering: Using Learning Theory to Organize Thinking and Writing*”, *J. Ass’n Legal Writing Directors*, 2004, Cilt 2, s. 34.

<sup>5</sup> **Buzan/Buzan**, s. 60; **Murley**, s. 176.



Figür 1: İşbu çalışmanın birinci başlığında anlatılanları ihtiva eden zihin haritası.

Bu adla ve bugünkü gelişmiş şekliyle olmasa da benzer konseptlerle çok eski zamanlarda da zihin haritalama yöntemi kullanılmıştır.<sup>6</sup> Yöntemin bugünkü anlam ve kapsamına dönüşmesi ise 1960'lı yıllarda öğrenme yetenekleri üzerine yapılan çalışmalarla gerçekleşmiş; yöntem İngiliz psikolog Tony Buzan'ın yaygınlaştırmasıyla dünyada popüler hale gelmeye başlamıştır.<sup>7</sup> Zihin üzerine deneysel çalışmalar yapan Buzan'a göre bu yöntem, görsellik temelli olması itibarıyla beynin iki lobunun kullanılması suretiyle yaratıcılık ve hatırlama kabiliyetlerinin gelişmesini sağlamaktadır.<sup>8</sup>

Yapılan çalışmalar neticesinde zihin haritalama yönteminin birçok faydasının olduğu ortaya çıkmıştır.<sup>9</sup> Öncelikle zihin haritaları, meseleye kuş bakışı bakma imkânı sunmakta; bu sayede ayrıntılarda boğulmayı önlemektedir. Konunun alt başlıklarını ve bağlantılarını göstermesi itibarıyla yeni şeyler keşfetme imkânı sağlamakta ve problemlere daha iyi odaklanmayı temin etmektedir.

Bu yöntem, kullanıcıya esnek not alma imkânı sağlar.<sup>10</sup> Zirâ bir zihin haritası tamamlansa dâhi, haritanın dairesel yapısı nedeniyle yeni notların haritaya işlenmesi mümkündür. Dairesel yapısı ve anahtar kelimelerle geliştirilmesi sayesinde zihin haritalama yöntemi, hatırlamayı kolaylaştırır.<sup>11</sup> Ayrıca, görsel öğeler ihtiva etmesi itibarıyla notların oluşturulmasında, gözden geçirilmesinde ve okunmasında harcanan mesai süresini azaltır, yani zamandan kazandırır.<sup>12</sup>

## B. NASIL YAPILIR?

Zihin haritalama yönteminin hukuk alanındaki kullanımına geçmeden önce, nasıl uygulanacağına ilişkin genel açıklamalarda bulunmak elzemdir.<sup>13</sup> Yöntemin uygulanması için öncelikle -A3 *gibi*- büyük boyutta bir kağıt

<sup>6</sup> Bilindiği kadarıyla M.Ö. 3. yüzyılda ilk kez Filozof Porfirios tarafından buna benzer bir yöntem kullanılmıştır. Yöntemin tarihi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.mind-mapping.org/blog/mapping-history/roots-of-visual-mapping/> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016); **Mark M. H. Goode**; "*Mind Mapping in Lectures*", s. 1, <http://www.swansea.ac.uk/media/media,32275,en.pdf> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016).

<sup>7</sup> Görsel düşünme ve öğrenme üzerine yapılan çalışmalar için bkz. **Alan M. Collins/M. Ross Quillian**; "*Retrieval From Semantic Memory*", *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, 1969, Sayı 8, s. 242. Bu çalışmalar, yöntemin şekillenmesinde önemli bir rol oynamıştır. Bkz. **Goode**, s. 1.

<sup>8</sup> **Buzan/Buzan**, s. 84.

<sup>9</sup> Yöntemin yararlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Buzan/Buzan**, s. 102; **Ho**, s. 3; **Maxfield/Serpe**, s. 3; **Murley**, s. 176; **Petro**, s. 22.

<sup>10</sup> **Buzan/Buzan**, s. 89; **Ho**, s. 3; **Petro**, s. 23.

<sup>11</sup> **Buzan/Buzan**, s. 89; **Ho**, s. 4; **Maxfield/Serpe**, s. 3.

<sup>12</sup> **Murley**, s. 176.

<sup>13</sup> Zihin haritalama yönteminin nasıl uygulanacağına ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. **Buzan/Buzan**, s. 93-114; **Davies**, s. 281; **Ho**, s. 2-3; **Murley**, s. 176; **Petro**, s. 23.

seçilmelidir. Yatay pozisyona getirilmiş bu kağıdın ortasına konuyu çağrıştıran bir görsel yerleştirilmeli ve konu başlığı yazılmalıdır. Konu başlığının çevresine dairesel bir sırayla farklı renklerdeki kalemlerle ana başlıklar yerleştirilmelidir. Ana başlıklar konu başlığına kalın çizgilerle bağlanmalıdır. Ana başlıklara bağlı olan alt başlıklar için daha ince çizgiler kullanılmalıdır. Alt başlıklar, bağlı olduğu ana başlığın rengiyle aynı, fakat diğer ana başlıkların renginden farklı olmalıdır. Böylelikle başlıklar arasında görsel bir ayırım sağlanmış olur. Ana başlıkların her biri görsel, sembol ve anlam yüklenmiş renkler içermeli, bu başlıklarla diğer başlıklar arasında bağlantılar kurulmalı ve önemli kısımlar yine anlam yüklenmiş renklerle vurgulanmalıdır. Esnekliğin sağlanması için ana başlıkların arasında mutlaka boşluk bırakılmalıdır. Boşluklar, sonradan zihin haritasına yeni başlıkların eklenmesini kolaylaştıracaktır.

Zihin haritalama yönteminin bilgisayar yazılımları aracılığıyla uygulanması da mümkündür.<sup>14</sup> Düzenleme konusundaki esnekliği nedeniyle, günümüzde artık yoğun biçimde bu yazılımlar tercih edilmektedir. Dolayısıyla zihin haritalama yönteminin bilgisayar yazılımlarıyla kullanılması gerektiği düşüncesindeyiz.

### C. BENZER YÖNTEMLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

#### 1. Standart Not Alma (Standart Note Taking) Yöntemiyle Karşılaştırılması

ŞEKİL	AMAÇLAR	ARAÇLAR
1 =====	hafıza iletişim ve sunum yenilik ve yaratıcılık planlama analiz karar verme vs.	kelimeler numaralar diziler çizgiler listeler mantık analiz tek renk
2 =====		
3 I a ===== b ===== II a ===== b ===== c ===== III a ===== b =====		

Figür 2: Tony Buzan'a göre standart not alma yöntemindeki şekil, amaç ve araçlar<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Bilgisayar ortamında zihin haritalama yönteminden Xmind, Mindjet Mindmanager, Mindmup, Freemind ve benzeri yazılımlar kullanılarak faydalanılabilir.

<sup>15</sup> Bkz. **Buzan/Buzan**, s. 44.

Dünya'nın farklı ülkelerindeki üniversite ve işyerlerinde yapılan bir araştırmaya göre insanların yüzde doksan beşi standart not alma yöntemini kullanmaktadır.<sup>16</sup> Bu sebeple görsel not alma metodu olan zihin haritalama yönteminin öncelikle standart not alma usulüyle karşılaştırılması gerekir.<sup>17</sup>

İki yöntem arasındaki en temel fark, konu başlığının nerede yer aldığına ilişkindir. Standart not alma yönteminde konu başlığı en üstte yer alır ve konuya ilişkin bilgiler; paragraflar, numerik/alfabetik değeri olan veya olmayan listeler şeklinde birbiri ardınca sıralanır. Zihin haritalama yönteminde ise konu başlığı, çağrışım gücü olan bir görselle birlikte tam ortada yer alır ve konuya ilişkin bilgiler, alt başlıklar hâlinde ana başlığın etrafında kümelenir.

Bir diğer farklılık, bilgilerin nasıl sıralandığına dairdir. Standart not alma yönteminde bilgiler, doğrusal (*linear*) bir yapıda yukarıdan aşağıya doğru, genellikle anlamlı bir bütünlük sağlanmaksızın sıralanır. Zihin haritalama yönteminde ise, bilgiler dairesel (*radial*) bir şekilde yerleştirilir. Bu, bilgilerin bütünlüğünün sağlanarak daha kolay hatırlanmasını temin eder.

Standart not alma yönteminde genellikle tek renk kullanılır. Notların tamamı genellikle aynı puntodadır ve bilgiler arasında ilişkiyel bağlar kurulmaz. Zihin haritalamada ise farklı renk ve puntolara sahip metinler ile görsel öğeler kullanılır. Ayrıca başlıklar arasında ilişkiyel bağlar kurulmak suretiyle bütünlük sağlanır.

Standart not alma yöntemiyle oluşturulmuş notlar, anahtar kelime ve görsellerden yoksundur. Birbirine benzeyen notlar, hatırlamayı zorlaştırır.<sup>18</sup> Zihin haritalama yönteminde ise, bilgilerin kolayca birbirinden ayırt edilmesini sağlayan ve hatırlamayı kolaylaştıran anahtar kelime ve görseller kullanılır. Netice itibarıyla, zihin haritalama yöntemiyle göreceli olarak daha yüksek oranda verim alınması mümkündür.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Buzan/Buzan, s. 44.

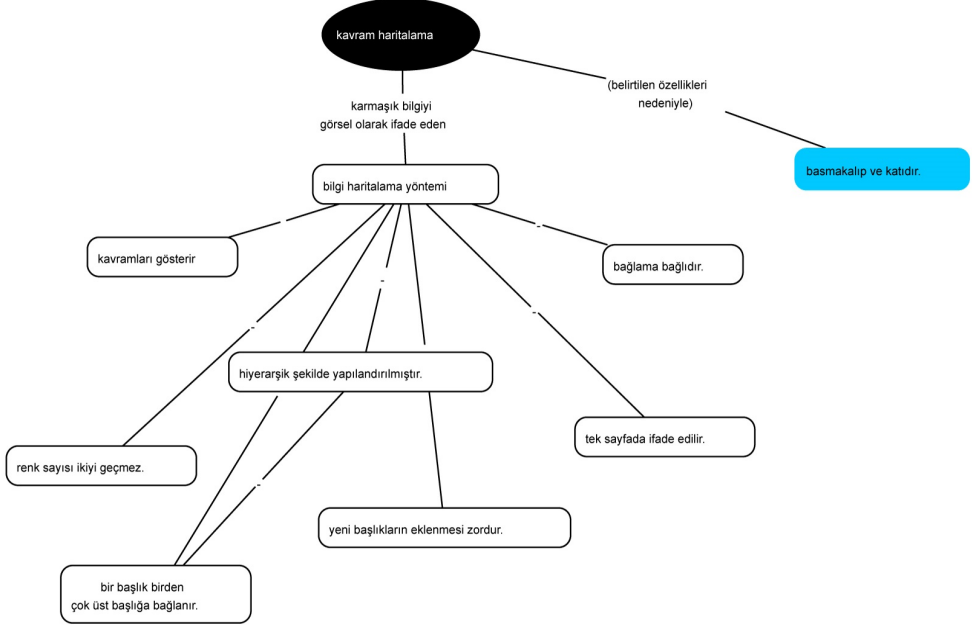
<sup>17</sup> İki yönteminin karşılaştırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Buzan/Buzan, s. 43–52, 89–90; Jacobson, s. 50–55; Yan-lei Zhang/Shuang-jiu, Xiao/Xu-bo Yang/Lei Ding; “Mind Mapping Based Human Memory Management System”, International Conference on Computational Intelligence and Software Engineering (CISE), 2010, s. 1–2.

<sup>18</sup> Buzan/Buzan, s. 49–50.

<sup>19</sup> Buzan/Buzan, s. 89; Michael Crowe/Lorraine Sheppard; “Mind Mapping Research Methods”, Quality & Quantity, 2012, Cilt 46, Sayı 5, s. 1494. Öğrenme ve çalışma konusunda zihin haritalama yönteminin, klasik not alma yöntemlerine oranla %15 verim artırdığı kabul edilmektedir. Peter Baofu; The Future of Post-Human Meta-Data: Towards a New Theory of Structure and Process in Information Science, Brisbane 2015, s. 256.



## 2. Kavram Haritalama (Concept Mapping) Yöntemiyle Karşılaştırılması



Figür 3: Örnek bir kavram haritası.

Zihin haritalamanın, kavram haritalama yöntemiyle de karşılaştırılması gerekir. Zirâ kavram haritalama da, zihin haritalama gibi karmaşık bilginin görsel olarak ifade edilmesine hizmet eden bir bilgi haritalama yöntemi ve şema türüdür.<sup>20</sup> Her iki yöntemde de hiyerarşik bir düzen bulunmakta; ilgili konu başlığıyla alakalı bilgiler tek sayfaya yerleştirilmekte (*one page method*), böylelikle bütüncül bir bakış açısı sağlanmaktadır. Her iki yöntemde de bilgiler, harita içerisinde bulunan bağlamla (*context*) anlam kazanmaktadır.

Zikredilen yönleriyle benzeşiyor olsalar da, iki yöntem arasında önemli farklar bulunur.<sup>21</sup> Öncelikle kavram haritalarında, çoğu zaman kullanılan renk sayısı ikiye (kırmızı-siyah, mavi-siyah şeklinde) geçmemekte; genellikle tüm başlıklarda (yuvarlatılmış dikdörtgen, elips, daire gibi) aynı şekil ve aynı puntolu yazılar kullanılmaktadır. Zihin haritalarında ise farklı renk, büyüklük ve

<sup>20</sup> Kavram haritalama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Joseph D. Novak/Alberto J. Canas**; "The Theory Underlying Concept Maps and How to Construct and Use Them", s. 2 vd. <http://eprint.ihmc.us/5/2/TheoryUnderlyingConceptMaps.pdf> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016).

<sup>21</sup> **P. S. Meier**; "Mind-mapping: a tool for eliciting and representing knowledge held by diverse informants", Social Research Update, 2007, Sayı 52, s. 2. İki yöntemin farklılıklarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Eppler**, s. 203 vd.

şekiller kullanılır. Bunun doğal sonucu olarak daha fazla görsel öge içeren zihin haritaları, kavram haritalarına göre kolay hatırlanır.

Kavram haritalarında konu başlığı en üste yerleştirilir ve boşluk olmayacak şekilde ana başlıklar birbiri ardınca aşağı doğru sıralanır. Bu yapısı sebebiyle kavram haritalarına yeni başlıkların eklenmesi zordur. Buna karşılık dairesel yapısı ve esnekliği sayesinde zihin haritalarında yeni başlıkların eklenmesi daha basittir.

Kavram haritalarında alt başlıklar, birden çok üst başlığa bağlanmakta (*cross linking*), bu da karmaşık bir yapının ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.<sup>22</sup> Zihin haritalarında ise, genellikle her alt başlık, yalnızca tek üst başlığa bağlanmaktadır. Bu özelliği sebebiyle zihin haritaları daha kolay okunmaktadır.

Neticede zikredilen farklarından hareketle, zihin haritalarının daha esnek ve kişiselleştirmeye müsait olduğu;<sup>23</sup> kavram haritalarının ise daha kemikleşmiş olduğu söylenebilecektir.<sup>24</sup>

## II. HUKUKTA YÖNTEMBİLİM ve ŞEMA KULLANIMI

### A. GENEL OLARAK HUKUKTA YÖNTEMBİLİM

Belirli bir hedefe ulaşmak için izlenen yol anlamına gelen yöntem kelimesi,<sup>25</sup> Yunanca metodos kelimesinin karşılığı olarak dilimize girmiştir. Bilimde yöntem, bilimin amaçları doğrultusunda sistematik bir şekilde bilgi edinmenin, bilgi üretmenin ve akıl yürütmenin yolu olarak tanımlanmaktadır.<sup>26</sup> Bir bilim dalını diğerlerinden ayıran, o bilim dalının amacı ve bu amaç doğrultusunda kullandığı yöntemlerdir.<sup>27</sup> Eş deyişle bilim dallarının kullandığı yöntemler, onların sınıflandırılmasında önemli bir yer teşkil eder. Bilim dallarında uygulanan yöntemleri araştırın ve yeni yöntemler ortaya koymak üzere ilkeler geliştiren bilim dalına yöntembilim denir.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> “*Concept Maps vs. Mind Maps*”, <http://mindmappingsoftwareblog.com/concept-maps-vs-mind-maps/> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016)

<sup>23</sup> Zihin haritalama yönteminin katı kurallar içermemesi nedeniyle daha doğal bir yöntemdir. **Crowe/Sheppard**, s. 1494. Ayrıca konuyla ilgili bkz. **Davies**, s. 281–286; **Eppler**, s. 206.

<sup>24</sup> Zihin haritalama yöntemiyle karşılaştırması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. “*Concept Maps are not Mind Maps*”, <http://www.owenkelly.net/691/concept-maps-are-not-mind-maps/> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016); “*Concept Maps vs. Mind Maps*”, <http://mindmappingsoftwareblog.com/concept-maps-vs-mind-maps/> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016).

<sup>25</sup> Türk Dil Kurumu, “Yöntem”, Güncel Türkçe Sözlük [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016)

<sup>26</sup> **Rona Serozan**; *Hukuk'ta Yöntem*, İstanbul 2015, s. 2.

<sup>27</sup> **Ernst Hirsch**; “*Hukuk Bir Bilim Kolu mudur?*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1944, Cilt 2, Sayı 1, s. 19–61 (Kısaltılmışı *Bilim*), s. 23.

<sup>28</sup> Türk Dil Kurumu, “Yöntembilim”, Güncel Türkçe Sözlük [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (Son Erişim Tarihi:

Hukukun bir bilim dalı olup olmadığı, tartışmalıdır.<sup>29</sup> Ancak söz konusu tartışmadan bağımsız olarak hukukta yöntembilimin varlığı doktrinde kabul edilmiştir.<sup>30</sup> Hukukun amacı, bu alandaki problemleri tespit ederek bunlara çözüm üretmek, problem ve çözümleri sistematik bir düzene koymaktır.<sup>31</sup> Bilimin yöntemlerinden farklı olarak hukukun, kendi alanındaki problemleri tespit edip bunlara çözüm üretirken hukukî düşünme tarzını esas alması gerekir. Hukukî düşünme tarzının esas alınabilmesi ise ancak akıl yürütme araçlarından faydalanılarak sağlanır. Zirâ yalnızca akıl yürütme araçlarının kullanılmasıyla hukukî düşünme tarzına uygun şekilde akılcı ve adaletli çözümler üretilebilir.<sup>32</sup> Bahsi geçen hususlar doğrultusunda, hukukta yöntembilimin, hukukun amaçları doğrultusunda kullanılacak metotları araştıran ve yeni yöntemler ortaya koymak üzere ilkeler geliştiren bir disiplin olduğu söylenebilir. Bir başka deyişle, hukukta yöntembilimin konusunun, “*hukukî düşünme tarzını sağlamaya yönelik akıl yürütme araçları ve bu araçların işleyişi olduğu*” sonucu çıkarılabilecektir.

## B. HIRSCH'İN ŞEMA DÜSTURU ve ZİHİN HARİTALAMA YÖNTEMİ

Hukuk disipliniyle ilgilenenler, hukukta yöntembilimi esas alarak genellikle analiz, karşılaştırma, analogi, sınıflandırma, tümdengelim, tümevarım, varsayım üretme gibi akıl yürütme araçlarından faydalanmaktadır.<sup>33</sup> Ancak sayılan akıl yürütme araçlarının mecazî (*nonfigurativ*) olması nedeniyle bu araçlar, çoğu hukukçuya itici gelmektedir.<sup>34</sup> Ayrıca soyut kavramlarla uğraşan bir disiplin olan hukukun, yöntem olarak da soyut akıl yürütme araçlarını kullanması algılamayı hayli zorlaştırmaktadır.

---

07.11.2016) “*Metodoloji*” ve “*usuliyat*” kelimeleri de yöntembilimle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

<sup>29</sup> Hukuk'un bir bilim vasfı taşıyıp taşımadığına ilişkin tartışmalar hakkında farklı görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Vecdi Aral**; Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 2010, s. 6 vd.; **Turhan Esener**; Hukuk Başlangıcı, 7. Baskı, İstanbul 2004, s. 101 vd.; **Hasan Tahsin Fendoğlu**; Hukuka Giriş, Konya 1995, s. 15 vd.; **Ahmet Güneş**; Hukuk Metodolojisi, Ankara 2016, s. 4; **Adnan Güriz**; Hukuk Başlangıcı, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 33; **Hirsch**, Bilim, s. 59; **Serozan**, s. 5 vd. Hukukun bilimselliğine ilişkin tartışmalar nedeniyle çalışmamızda hukuk kavramından bahsederken “hukuk bilimi” değil; “hukuk disiplini” kavramı tercih edilecektir.

<sup>30</sup> Nitekim birçok müellif hukukun bilimselliği tartışmasına yer vermeksizin hukukta yöntembilimle ilgili eserler vermiştir. Bkz. **Abdullah Demir/Yahya Deryal**; Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi, Ankara 2013, **Güneş**, s. 4; **Yasemin Işıktaç/Sevtap Metin**; Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2016, **Yaşar Karayalçın/Aynur Yongalık**; Hukukta Öğretim - Kaynaklar - Metod; Problem Çözme, 7. Baskı, Ankara 2008.

<sup>31</sup> **Hirsch**, Bilim, s. 53.

<sup>32</sup> **Serozan**, s. 2.

<sup>33</sup> **Demir/Deryal**, s. 311–312; **Güriz**, s. 102; **Serozan**, s. 10.

<sup>34</sup> **Serozan**, s. iii.

Burada hukukta yöntembilimin önemli unsurlarından biri olan şema yöntemi devreye girmektedir. Hem hukuka ilişkin soyut kavramların hem de akıl yürütme araçlarının daha iyi anlaşılabilmesi ve kullanılabilmesi için şema kullanımı faydalı olacaktır. Hirsch'e göre, hukukta yöntembilimin konusu olan problem tespiti ve çözümüne yönelik ihtimallerin araştırılması, çözüm açısından yalnızca hazırlayıcı muamelelerdir. Bu ihtimallerden hangisinin somut olaya uygulanacağına tespiti ise sonraki işittir. Ona göre ihtimallerin değerlendirmesinde ve bunlara somut bir görünüm kazandırılmasında, şema çizmek her zaman faydalıdır.<sup>35</sup>

Bir şema türü olan zihin haritalama yönteminin, Hirsch'in "şema" düsturu içerisinde değerlendirilmesi mümkündür. Ancak esasında zihin haritalama yönteminin sınırları, Hirsch'in şema kaidesinin sınırlarından daha geniştir. Öyle ki Hirsch, şema kullanımını, olayın nitelenmesi ve buna uygun bir hukukî çözümün araştırılmasıyla sınırlamıştır.<sup>36</sup> Zihin haritalama yöntemi ise yalnız iki hususla sınırlanmamalıdır.

Bütüncül yaklaşım imkânı sunan zihin haritalama yöntemi, hukukta yöntembilimin kullandığı mecazî (*nonfigurative*) akıl yürütme araçlarının tamamından daha etkin bir şekilde istifade imkânı sunar. Eş deyişle, hukukî düşünme tarzının sağlanmasına yönelik tüm aşamalarda, zihin haritalama yönteminden faydalanmak mümkündür. Dolayısıyla zihin haritalama yöntemi, şema kullanımının aksine hukukta yöntembilimin tüm aşamalarına yayılabilir. Burada ise akıl yürütme araçlarından ziyade, hukukla ilgili meslekî faaliyetler bazında zihin haritalama yönteminin kullanımı incelenecektir.<sup>37</sup>

### III. ZİHİN HARİTALAMA YÖNTEMİNİN HUKUKTA KULLANIMI

Zihin haritalama yönteminin bir kez de hukukta yöntembilim çerçevesinde tanımlanması faydalı olacaktır. Buna göre zihin haritalama yöntemi, hukukun metodolojik olarak uygulanmasına hizmet eden; hukukun teorik kısımlarının algılanmasını kolaylaştıran bir bilgi haritalama yöntemi ve şema türüdür. Yapılan tanım doğrultusunda, yöntemin hukuk alanında nasıl kullanılabileceğine ilişkin birtakım değerlendirmelerde bulunulacaktır. Yapılacak değerlendirmeler, öncelikle çeşitli beceriler altında beşe ayrılmış ve her bir başlık altında becerilere ilişkin genel açıklamalarda bulunularak hukuk teorisyenleri ve pratisyenlerine yönelik önerilere yer verilmiştir.

---

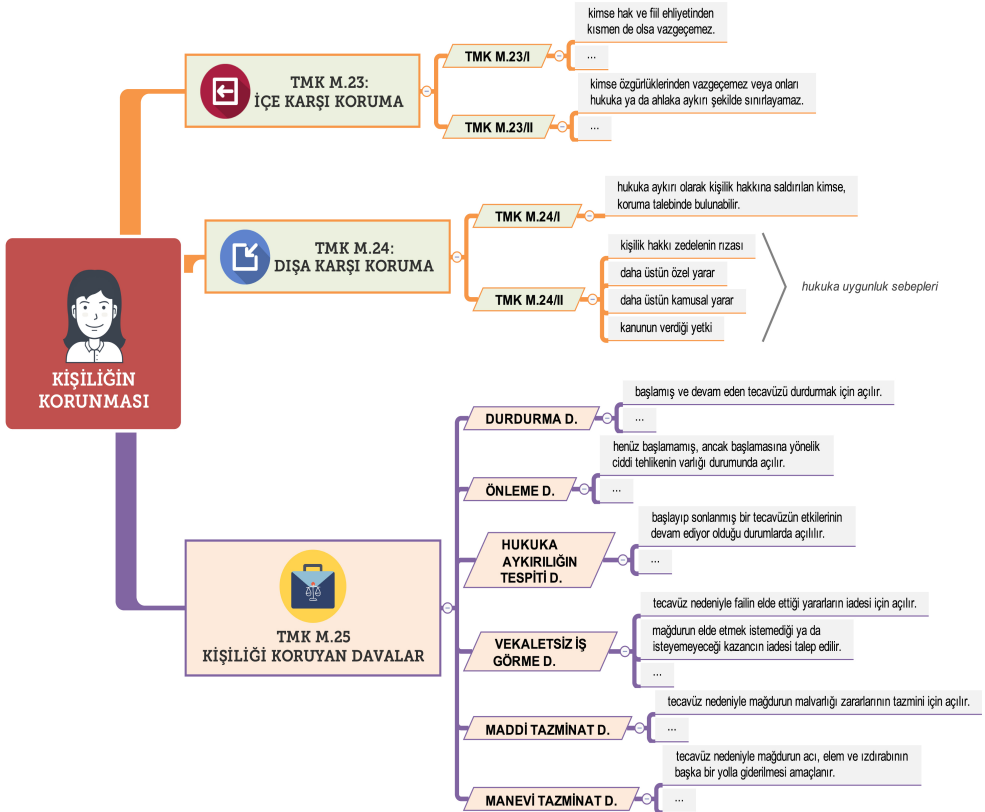
<sup>35</sup> Hirsch, Metot, s. 30.

<sup>36</sup> Hirsch, Metot, s. 29.

<sup>37</sup> Kanaatimizce akıl yürütme araçlarının daha etkin bir şekilde kullanılabilmesi, geniş kapsamlı ayrı bir makalenin konusu olması gerekir.

## A. Öğretim Faaliyetlerinde

Hukuk bilgilerini berrak biçimde öğrencinin zihnine aktarabilmek için zihin haritalama yönteminden yararlanılması kanaatimizce faydalı olacaktır. Örneğin akademisyen tarafından özellikle çok sayıda alt başlık içeren konuların anlatımında, o konuya ilişkin temel ayrımları gösteren bir zihin haritası iskeletinin öğrencilerle paylaşılması yararlı olacaktır.<sup>38</sup> Böylelikle öğrenci, konuya ilişkin karmaşık bilgiyle doğrudan muhatap olmak yerine, öncelikle ana başlıkları görsel figürlerle algılayacak; belki de ardından ders esnasında, kendisiyle paylaşılan iskelet haritayı gerçek bir zihin haritasına dönüştürecektir. Öğrenci, klasik yöntemlerin aksine bu yöntemle, bir yandan meseleler arasındaki bağlantıların nasıl kurulacağını görebilecek; diğer yandan bütüncül bakış açısını yakalayarak konunun derinliklerinde kaybolmayacaktır.<sup>39</sup>



Figür 4: Kişiliğin korunmasına ilişkin ana başlıkları gösteren zihin haritası.

<sup>38</sup> Bkz. Figür 4. Ayrıca öğrencinin bu hususta en yüksek faydayı sağlayabilmesi için kanaatimizce, zihin haritalama yönteminin temel prensiplerini öğrenmesi gerekmektedir.

<sup>39</sup> Murley, s. 178.

Teknolojik imkânların yaygınlaşmasıyla hukuk öğretiminde Powerpoint, Keynote gibi sunum yazılımları önem kazanmıştır. Bu yazılımlar aracılığıyla oluşturulan sunumlar, genellikle standart not alma yöntemiyle oluşturulmuş, bağlantıları gösterme kabiliyetinden yoksun doğrusal (*linear*) metinlerden meydana gelmektedir. Bunun yerine, konunun temel başlıklarını ve bağlantılarını görsel öğelerle gösterme kabiliyetine sahip zihin haritaları üzerinden sunum yapmak, konunun takibi ve anlaşılabilirliği açısından kanaatimizce yararlı olacaktır.

Öğretim faaliyetlerinde sıkça yer verilen ve ilgili disiplinin anlaşılmasında önemli bir yere sahip olan pratik kurlarda da zihin haritalarından yararlanmak mümkündür. Dünya’da bunun çeşitli örnekleri bulunmaktadır. Bu noktada, Kaliforniya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Profesörü Jerry Kang’ın dava çözümlene derslerinde zihin haritalama yöntemini nasıl kullandığını kısaca ifade etmekte fayda vardır.<sup>40</sup> Kang, öncelikle o gün işleyeceği davaya dair temel başlıkları, bir zihin haritasının iskeleti olarak öğrencilere göstermektedir. Yani Kang, ilk aşamada davanın yalnızca temel başlıklarını haritaya işlemektedir; haritanın alt başlıklarının ve ayrıntılarının belirlenmesini ise öğrencilere bırakmaktadır. Böylelikle öğrenciler tarafından derste yapılan tartışmalar, haritaya işlenerek zihin haritası adım adım genişletilmektedir. Öğrencinin bir sorusu üzerine doğrudan haritaya yeni bir alt başlık eklenmekte veya mevcut başlıklar arasında ilişki kurulmakta yahut bir başlık diğerinin altına sürüklenmektedir. Son olarak Kang, o zihin haritasını dijital ortamda öğrencilerle paylaşarak onlara zihin haritasını kendi tarzlarına göre özelleştirme imkânı sunmaktadır. Hukukî meseleyi algılamayı kolaylaştıran bu yöntem, Kang’a göre aynı zamanda öğrencilerin tartışmaya katılımını da sağlamaktadır.

Benzer şekilde Sağlık Hukuku alanında dersler veren Stacey B. Lee de zihin haritalama yöntemini dava çözümlene derslerinde aktif bir şekilde kullanmaktadır.<sup>41</sup> İki öğretim üyesi tarafından kullanılan bu yöntem, öğrencileri tarafından da yoğun bir şekilde desteklenmiştir.<sup>42</sup> Kang’ın ve Lee’nin yöntemi

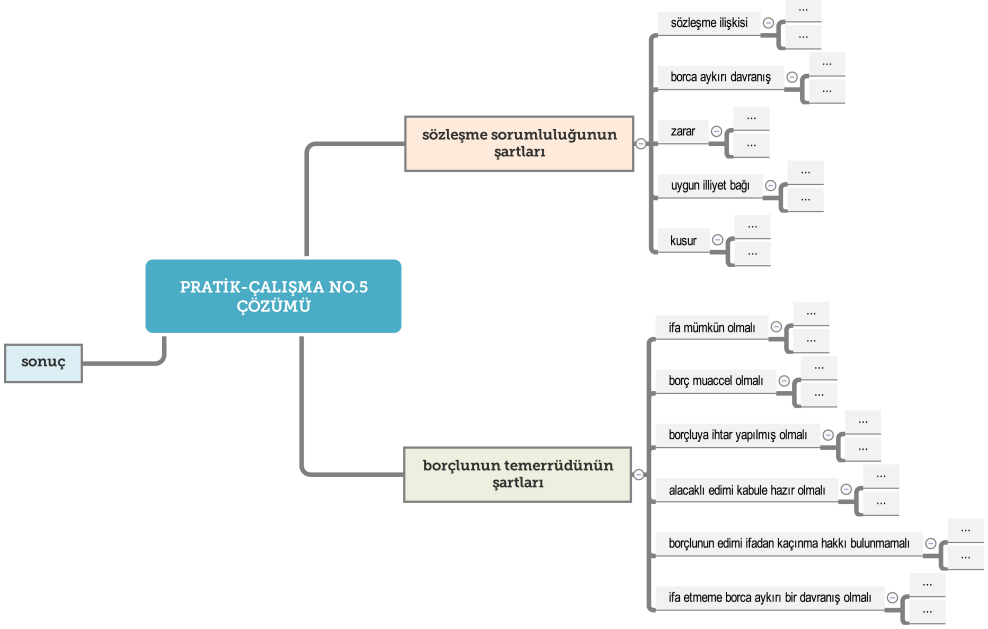
---

<sup>40</sup> Kang’ın bu tekniği nasıl uyguladığına ilişkin ayrıntılar için bkz. “*Mindjet Case Study: Professor Jerry Kang*”; [http://schematisation.espaceweb.usherbrooke.ca/cartes\\_mentales/LinkedDocuments/Mindjet\\_UCLA\\_US.pdf](http://schematisation.espaceweb.usherbrooke.ca/cartes_mentales/LinkedDocuments/Mindjet_UCLA_US.pdf) (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016).

<sup>41</sup> Lee’nin yöntemi nasıl kullandığına ilişkin ayrıntılar için bkz. **Lee**, s. 284 vd. Bundan başka Oregon Sağlık ve Teknik Üniversitesi öğretim üyesi Profesör Ron Sagakuchi de zihin haritalama yöntemini sınavlardan önce yapılan genel tekrar derslerinde kullanmaktadır. **Murley**, s. 178.

<sup>42</sup> Lee, dokuz dönem boyunca öğrencilerine yaptığı ankette zihin haritalama yönteminin hukuki kavramların anlaşılmasına ve davaların çözümlenmesine katkı sağlayıp sağlamadığını sormuştur. Anket sonuçlarına göre öğrencilerin %91’i, bu yöntemin derse olumlu katkı sağladığını düşünmektedir. **Lee**, s. 289. Kang ise, öğrencilerinin uyguladığı yöntemle “*inanılmaz derecede olumlu*” baktığını, yöntemle ilk kez karşılaşan öğrencilerin “*ağızlarının açık kaldığını*” ve yöntemin konuya ilişkin en büyük katkısının “*berraklık ve kesinlik*”

kullanış tarzı kanaatimizce benzer şekilde Türkiye'deki pratik kurların çözümünde de uygulanabilecektir.<sup>43</sup> Öyle ki, zihin haritalama yönteminin pratik kur derslerine dâhil edilmesi, Kang'in belirttiği faydaların yanında kanaatimizce öğrenciyi pratik kurun çözümünde motive edecek ve onun çözümü daha iyi anlamasını temin edecektir.



**Figür 5:** Bir pratik kur dersinde zihin haritasından nasıl faydalanılabileceğine ilişkin örnek çalışma.

Öğretim faaliyetlerinin yürütülmesi amacıyla hazırlanan ders kitaplarında da zihin haritalama yönteminden faydalanmak mümkündür. Özellikle konunun anlaşılmasını kolaylaştırması açısından lisans düzeyindeki ders kitaplarında renkli zihin haritalarına yer vermenin yararlı olacağı kanaatindeyiz. Öyle ki, konuyu özetleyen zihin haritalarının, konunun başında veya sonunda kullanılması, uzun hukukî metinlerin daha iyi anlaşılabilmesi açısından özellikle önemlidir.

Bu yöntemin uygulanmaya başlanmasıyla birlikte, kanaatimizce hukuk fakültelerindeki öğretim faaliyetlerinin daha açık, daha anlaşılır ve teşvik edici olması kuvvetle muhtemeldir.

sağladığını ifade etmiştir. “*Mindjet Case Study: Professor Jerry Kang*”; [http://schematisation.espaceweb.usherbrooke.ca/cartes\\_mentales/LinkedDocuments/Mindjet\\_UCLA\\_US.pdf](http://schematisation.espaceweb.usherbrooke.ca/cartes_mentales/LinkedDocuments/Mindjet_UCLA_US.pdf) (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016).

<sup>43</sup> Yöntemin derslerindeki kullanımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Lee**, s. 287.

## B. Araştırma Yaparken ve Bilgi Toplarken

Birçok disiplinden farklı olarak hukukta araştırma yapma süreci, içerisinde birden fazla mecra ve türü içerir. Hukuk alanındaki araştırma süreci, internet ve kütüphane ortamlarındaki mevzuat ve içtihat metinlerinin yanı sıra; konuyla ilgili yazılmış bilimsel eserlerin de incelenmesini gerektirir. Birbirinin içine geçmiş bu karmaşık süreçte hukukçular, kaynaklardan genellikle standart not alma yöntemiyle yararlanmaktadırlar. Ancak onların bu şekilde not alması, bilgileri hatırlamayı ve farklı kaynaklardaki bilgiler arasında bağlantı kurmayı güçleştirmekte, metni tekrar okuma ihtiyacını gündeme getirerek zaman kaybına neden olmaktadır.

Kanaatimizce, zihin haritalama yönteminin araştırma sürecinde kullanılmasıyla, farklı mecra ve türleri içeren araştırma süreci çok daha verimli bir şekilde gerçekleştirilebilecektir.<sup>44</sup> Şöyle ki, yöntemin esnekliği sayesinde yeni notların kolaylıkla haritaya eklenebilmesi, araştırma konusuna ilişkin farklı mecralardaki bilgilerin büyük bir zihin haritasında gösterilmesini sağlar.<sup>45</sup> Yöntemin araştırma aşamasında kullanılmasıyla, metinlerin yeniden gözden geçirilme ihtiyacı ortadan kalkarak zamandan kazanılacaktır.<sup>46</sup>

Bazı mesleklerdeki araştırma süreci, olay ve olgularla daha da karmaşık hâle gelmektedir. Öyle ki, somut olayın çözümünü amaçlayan avukatlık, hâkimlik, savcılık, uzmanlık ve benzer mesleklerde, olay ve olguların aydınlatılması, yazılı kaynakların araştırılması kadar önemlidir. Zirâ, yazılı kaynakların somut olaya doğru bir şekilde uyarlanabilmesi için öncelikle somut olayın şartlarının aydınlatılması, ardından o olaya özgü hukukî müesseselerin araştırılması gerekir. Bir başka deyişle, somut olayın şartlarına uymayan teorik bir bilgi, bu meslekler için hiçbir anlam ifade etmez. Dolayısıyla bu mesleklerde zihin haritalama yönteminin kullanımı, araştırma sürecinin etkin bir şekilde yürütülmesine hizmet eder. Yapboz parçalarının birleşerek büyük resmi meydana getirmesinde olduğu gibi, bu yöntem de, teorik bilgilerle somut olayı uyumlu bir biçimde bir araya getirerek hukukî çözüme ulaşılmasını temin eder.

Avukatlar için hukukî çözüme ilişkin önemli bilgi kaynaklarından biri de müvekkilleridir. Onlar için müvekkiller, hukukî disipline sahip olmamaları itibarıyla tabii olarak dağınık birer bilgi kaynağıdır. Ancak olayın çözülmesi

---

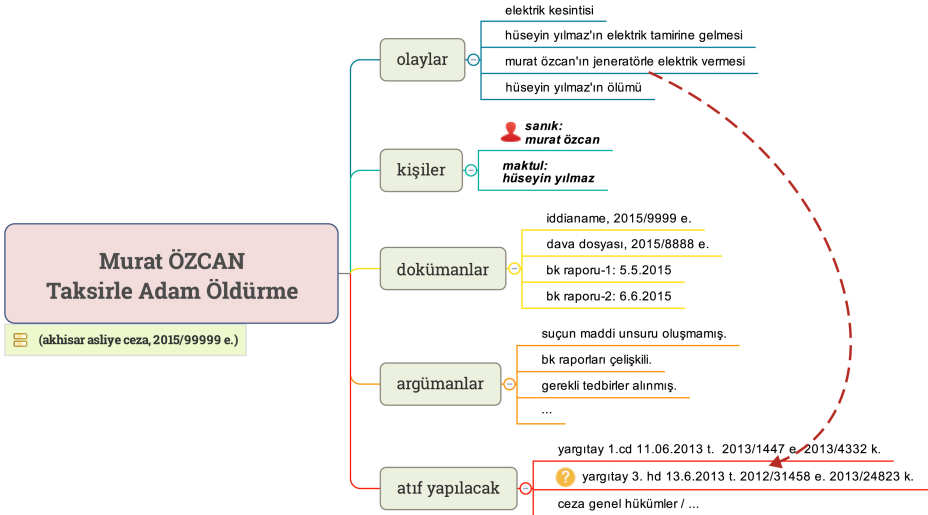
<sup>44</sup> Zihin haritalama yönteminden hukukun alt dallarına özgü araştırma yöntemlerinin tasarlanması (*research design*) aşamasında da faydalanılması mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Crowe/Sheppard**, s. 1494 vd. Ayrıca Southern Illinois Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Profesör Murley'in hazırladığı zihin haritaları için bkz. "*Legal Research Mind Maps*"; <http://www.law.siu.edu/lawlib/mindmaps/legalresearch.htm> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016)

<sup>45</sup> **Murley**, s. 179.

<sup>46</sup> **Maxfield/Serpe**, s. 3–4.



açısından, değerli bir bilgi kaynağı olan müvekkillerden alınan bilgilerin, doğru sıralamaya tâbi tutularak sistematize edilmesi gerekir. Avukatların sistematize etme işini yerine getirirken zihin haritalama yöntemini kullanmaları; onların hem daha hızlı not almalarını, hem de müvekkillerini konsantre bir şekilde dinlemelerini sağlar. Yöntemin esnekliği sayesinde, müvekkilden alınan bilgiler, davanın çözümündeki araştırma sürecinin diğer parçaları olan mevzuat, içtihat ve bilimsel eserlerden elde edilen bilgilerle de kolaylıkla harmanlanabilir. Böylelikle örneğin 'müvekkilden alınan bilgiler', 'bilimsel eserler' ve 'ilgili içtihatlar' adlı üç dosya oluşturulması yerine, tek bir zihin haritasında tüm bilgilerin işlenmesi mümkün olur.



Figür 6: Avukatların zihin haritalama yönteminden nasıl faydalanabileceğine ilişkin örnek çalışma.

Neticede yöntemin araştırma süreciyle bütünleşmiş bir hâle getirilmesi, kanaatimizce bu evrede işleri kolaylaştırmakta ve yapılan araştırmanın kalitesini artırmaktadır.

### C. Akademik ve Akademik Olmayan Hukukî Yazımda

Hukukçunun sürekli yaptığı önemli faaliyetleri arasında yer alan hukukî yazım konusunda da zihin haritalama yönteminden faydalanmak mümkündür. Örneğin, planlama aşamasında yöntemden yararlanılarak metne ilişkin fikirlerin toparlanması; alt başlıklar hâlinde sistematik bir düzene sokulması ve bu başlıklar arasındaki ilişkilerin gösterilmesi sağlanır.<sup>47</sup> Yöntem, böylelikle yazara metnin yazımını daha kısa bir sürede tamamlama; okuyana da o metni daha kolay bir şekilde tarayıp anlama imkânı sunar.

<sup>47</sup> Murley, s. 179–180.

Bu noktadan itibaren hukukî yazımda, zihin haritalama yönteminden nasıl faydalanılacağı konusunda bazı meslekler açısından daha özgün yaklaşımlar getirilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda hukukî metin yazımı, akademik yazım ve akademik olmayan yazım şeklinde ikiye ayrılmıştır.

Hukuk öğrencileri ve akademisyenlerin, makaleden teze, yüksek lisans ödevlerinden doktora sonrası çalışmalarına kadar her seviye ve türdeki akademik yazımı planlamak amacıyla zihin haritalama yöntemini kullanması mümkündür.<sup>48</sup> Bilindiği üzere akademik çalışmalarda öncelikle konuya ilişkin okumalar yapılmakta, ardından konunun kapsam ve sınırlarını çizmek amacıyla alt başlıkları belirten ‘içindekiler tablosu’ çıkarılmaktadır. Bunun yerine, zihin haritalama yönteminin kullanılması, yönleme ilişkin mezkur yararların akademik yazım sürecine entegre edilmesini sağlayacaktır.

Zihin haritalama, akademik yazımda aynı zamanda konuya ilişkin yeni ayrıntıların ortaya çıkarılmasını temin eder. Bu aşamada yöntemin akademik yazıma etkisine dair Mahmud, Rawshon ve Rahman tarafından yapılan deneysel bir çalışmadan söz etmek yerinde olacaktır.<sup>49</sup> Üçlü, otuz lisans öğrencisine “*tarım sektöründe bilgi ve iletişim teknolojisinin kullanımı*” konulu bir “*essay*” ödevi vermiş; otuz öğrencinin yalnızca bir kısmına zihin haritalama yönteminden yararlanma serbestisi tanımıştır. Yani bir kısım öğrenci zihin haritalama yönteminden yararlanacak, kalan öğrenciler ise yöntemden faydalanmaksızın söz konusu ödevi hazırlayacaktır. Sonuçta yöntemden yararlanmayanlar yalnızca ortalama yedi alt başlıkta meseleyi ifade ederken, zihin haritalama yöntemini kullanarak ödevi hazırlayan öğrenciler ise meseleyi ortalama on dokuz alt başlıkta değerlendirmiştir. Söz konusu deneysel çalışma da akademik yazımda bu yöntemin konuya ilişkin yeni ayrıntıların ortaya çıkardığını göstermektedir.

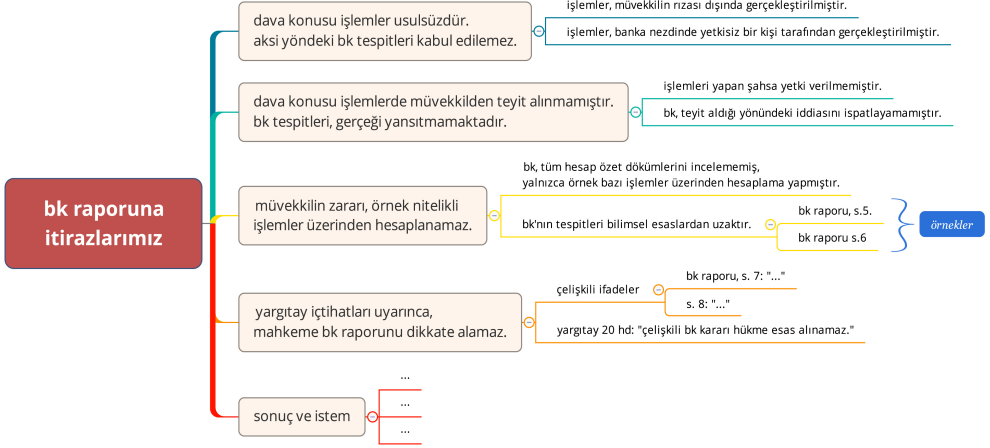
Akademik olmayan hukukî yazım bakımından örneğin, avukatların dilekçelerini, bu yöntemle planlayarak yazması mümkündür. Hatta, karmaşık bir davanın olay örgüsü ile lehteki ve aleyhteki argümanlarının zihin haritasına işlenerek dilekçede bir figür olarak gösterilmesi de tercih edilebilir<sup>50</sup>. Böylelikle, konuyu özetleyen bir zihin haritasının yer aldığı dilekçe, daha etkili olabilecektir.

---

<sup>48</sup> Nitekim okumakta olduğunuz bu makale de bir zihin haritası üzerinden planlanmıştır. Bu makaleye ilişkin zihin haritası için bkz. s. 17.

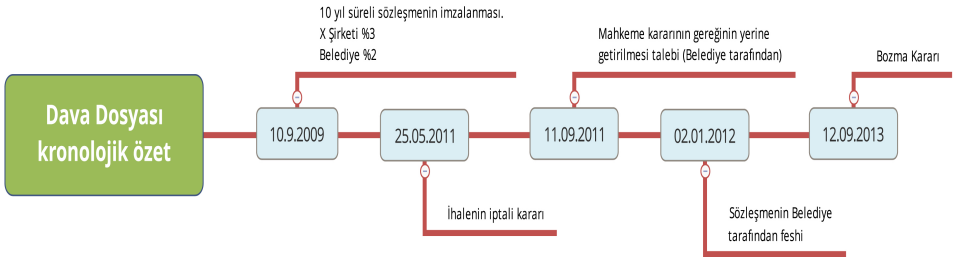
<sup>49</sup> **Imran Mahmud/Shahriar Rawshon/Jahidur Rahman**; “*Mind Map for Academic Writing: A Tool to Facilitate University Level Students*”, International Journal of Educational Science and Research, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 24 vd.

<sup>50</sup> Figürden kasıt, dilekçe metnine doğrudan bir zihin haritasının görsel olarak yerleştirilmesidir.



Figür 7: Zihin haritalamadan dilekçelerde nasıl yararlanılacağına ilişkin örnek çalışma.

Avukatlık bürolarında, ofis içi bilgi akışının ve müvekkillere yönelik bilgilendirmenin sağlanmasında da zihin haritalama yönteminden faydalanmak mümkündür. Özellikle çok sayıda avukatın çalıştığı bürolarda dava veya danışmanlık işlerine ilişkin bilgi notları hazırlanmaktadır. Standart not alma yöntemiyle doğrusal (*linear*) şekilde hazırlanmış bu bilgi notlarında genellikle işin hangi aşamalardan geçtiği özetlenmekte; problemin çözümüne dair hukukî meseleler kısaca anlatılmaktadır. Bürolarda doğrusal usulle hazırlanmış bilgi notları yerine zihin haritalama yönteminin kullanılması, o işle ilgili öz bilgi sunması ve meseleler arasındaki ilişkileri görsel olarak ifade etmesi açısından kanaatimizce çok daha verimli olacaktır. Öyle ki, doğrusal yöntemle (*linear*) hazırlanmış bilgi notları yerine, tek sayfalık zihin haritalarının oluşturulması, bilgi notunu okuyacak olanların meseleler arasındaki ilişkiyi daha iyi kavrayabilmesine hizmet edecektir.



Figür 8: Zihin haritalamanın bilgi notları yerine nasıl kullanılabileceğine yönelik örnek çalışma.

Neticede hukukî yazım sürecinde zihin haritalama yönteminin kullanılmasıyla, meselenin sistematik ve eksiksiz bir şekilde yazıya aktarımı sağlanmış olur.

#### D. Sunumlarda

Bir sunumun zihin haritalama yöntemiyle planlanması ve anlatımın bu zihin haritası üzerinden gerçekleştirilmesi mümkündür. Böylelikle bilgi ve fikirler sistematik hale getirilerek daha kolay şekilde sunulabilecektir. Bunların yanı sıra, yöntem, sunumu hazırlayan açısından da hızlı bir çözüm sunar. Öyle ki, bu yöntemle kısa bir süre içinde alt başlıkların belirlenmesi; anlatımın – *slayt gösterisiyle desteklenmese dâhi, yalnızca sözlü anlatımla*– sistematik bir şekilde zihin haritasındaki başlıklar üzerinden yapılması mümkündür.

Sözlü anlatımın slayt gösterisiyle desteklendiği sunumlarda, konuyla ilgili zihin haritasının özetleyici bir görsel olarak başta veya sonda gösterilmesi, dinleyicilerin konunun bütünü görmesi açısından yararlı olacaktır. Bundan başka sunumun, baştan sona büyük bir zihin haritası üzerinden yapılması da mümkündür.<sup>51</sup> Böylelikle konunun alt başlıkları anlatılırken de dinleyicilerin büyük resmi görmesi ve meseleler arasında bağlantılar kurması kolaylaşır. Tamamıyla bir zihin haritası üzerinden yapılan sunum, dinleyicilerin konuya daha kolay odaklanabilmesine, anlatılanlardan kopmamasına ve anlatılanların konunun hangi alt başlığında yer aldığını kolaylıkla fark etmesine de hizmet eder.<sup>52</sup>

Zihin haritaları, avukatlar tarafından davaya ilişkin argümanların mahkemelere sunulması esnasında da kullanılabilir.<sup>53</sup> Kanaatimizce bir zihin haritasıyla planlanarak sistematize edilmiş sözlü beyan, bu aşamadan geçmemiş bir anlatıma göre daha çok etkilidir. Özellikle duruşmalarda avukatları dinleme konusunda sabırsız davranan Türk hâkimlerine, sayfalarca bilgiyi aktarmaya çalışmak yerine, bir zihin haritası üzerinden konunun kilit kısımlarını anlatmanın verimi artıracığı kanaatindeyiz.<sup>54</sup> Ayrıca, ilgili davaya özel olarak hazırlanmış bir zihin haritası, iki duruşma tarihi arasındaki uzun zaman diliminde unutulması muhtemel önemli bilgilerin kolayca hatırlanması için de kullanılabilir.

#### E. Diğer alanlarda

Zihin haritalama yöntemi, hukukçunun iş planlamasında da kullanılabileceği bir araçtır. Örneğin avukatlar açısından danışmanlık işlerinin planlanmasında

---

<sup>51</sup> Prezi gibi bazı gelişmiş yazılımlar, zihin haritaları üzerinden sunumların oluşturulma imkânı sunmaktadır.

<sup>52</sup> **Murley**, s. 177.

<sup>53</sup> **Maxfield/Serpe**, s. 4.

<sup>54</sup> Amerika'lı Avukat Dave Maxfield'e göre sözlü savunma esnasında zihin haritalarının mahkeme heyetine görsel bir unsur olarak sunulması, son derece faydalı. **Amber Nimocks**; "Bringing "Mind-Mapping" Into The Courtroom", South Carolina Lawyers Weekly, 2013, s. 2.

ve dava stratejilerinin oluşturulmasında; bilişim suçları, anayasal suçlar gibi uzmanlaşmış bürolarda görev yapan hâkim ve savcılar açısından hangi durumda hangi emsâl karara başvurulabileceği hususunda bu yöneme başvurulabilir.

Zihin haritalama yöntemi, beyin fırtınası yapma konusunda da hukukçuların başvurabileceği bir araçtır. Yöntem; genel olarak fikirleri kayda geçirme aracı olarak, akademisyenler tarafından öğrencilere beyin fırtınası yaptırılması esnasında ve avukatlar için problemlerin çözümünde de kullanılabilir.

## **SONUÇ**

Zihin haritalama yöntemi, hukukun soyutluğunun ve anlaşılmazlığının aşılabilmesinde kapsayıcı ve kolaylaştırıcı bir etkiye sahiptir. Bu özelliği sebebiyle denilebilir ki; hukukçunun dâhlinin bulunduğu her alanda bu yöntemin kullanılması, hukukî meselenin daha berrak şekilde anlaşılmasını sağlar. Yöntem, aynı zamanda meseleye ilişkin yeni ayrıntıların ortaya çıkarılmasına da hizmet eder. Bunlardan başka zamandan tasarruf ettirir ve hukukî çözümün kalitesini artırır. Netice itibarıyla, sözü edilen tüm işlev ve yararlarından hareketle zihin haritalama yönteminin hukuk disiplinde bir metot olarak yer alması gerekmektedir.



\*\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

- ARAL, Vecdi;** Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 2010.
- BAOFU, Peter;** The Future of Post-Human Meta-Data: Towards a New Theory of Structure and Process in Information Science, Brisbane 2015.
- BIKTIMIROV, Ernest N. /NILSON, Linda B.;** “Show Them the Money: Using Mind Mapping in the Introductory Finance Course”, Journal of Financial Education, 2006, Cilt 32, Sayı 3, s. 72–86.
- BOUKOBZA, Philippe;** “Visual Mapping: Mind or Concept Mapping: Differences and Similarities”, 2013, <http://www.visual-mapping.com/2013/04/mind-or-concept-mapping-differences-and.html> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016).
- BUZAN, Tony/BUZAN, Barry;** The Mind Map Book: How to Use Radiant Thinking to Maximize Your Brain’s Untapped Potential, Londra 1993.
- CROWE, Michael/SHEPPARD, Lorraine;** “Mind Mapping Research Methods”, Quality & Quantity, 2012, Cilt 46, Sayı 5, s. 1493–1504.
- DAVIES, Martin;** “Concept Mapping, Mind Mapping and Argument Mapping: What Are The Differences and Do They Matter?”, Higher Education, 2011, Cilt 62, Sayı 3, s. 279–301.
- DEMİR, Abdullah/DERYAL Yahya;** Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi, Ankara 2013.
- EPPLER, Martin J.;** “A Comparison Between Concept Maps, Mind Maps, Conceptual Diagrams and Visual Metaphors As Complementary Tools for Knowledge Construction and Sharing”, Information Visualization, 2006, Cilt 5, Sayı 3, s. 202–210.
- ESENER, Turhan;** Hukuk Başlangıcı, 7. Baskı, İstanbul 2004.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin;** Hukuka Giriş, Konya 1995.
- FREY, Chuck;** “Concept Maps versus Mind Maps”, Mind Mapping Software Blog, <http://mindmappingsoftwareblog.com/concept-maps-vs-mind-maps/> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016).
- GOODE, Mark M. H.;** “Mind Mapping in Lectures”, <http://www.swansea.ac.uk/media/media,32275,en.pdf> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016).
- GÜNEŞ, Ahmet;** Hukuk Metodolojisi, Ankara 2016.
- GÜRİZ, Adnan;** Hukuk Başlangıcı, 15. Baskı, Ankara 2013.

**HIRSCH, Ernst;** *“Hukuk Bir Bilim Kolu mudur?”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1944, Cilt 2, Sayı 1, s. 19–61 (Kısaltılmışı *Bilim*).

**HIRSCH, Ernst;** *Pratik Hukukta Metot*, 6. Tıpkı Basım, Ankara 2010 (Kısaltılmışı *Metot*).

**HO, Joseph Kim-Keung;** *“An Exploratory Study on What The Mind Mapping Literature Offers to Managerial Intellectual Learning Study”*, 2016,

**İŞIKTAÇ, Yasemin/METİN, Sevtap;** *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul.

**JACOBSON, M. H.;** *“Learning Styles and Lawyering: Using Learning Theory to Organize Thinking and Writing”*, J. Ass’n Legal Writing Directors, 2004, Cilt 2, s. 27.

**KARAYALÇIN, Yaşar/YONGALIK, Aynur;** *Hukukda Öğretim - Kaynaklar - Metod; Problem Çözme*, 7. Baskı, Ankara 2008.

**KELLY, Owen;** *“Concept Maps Are Not Mind Maps”*, 2006, <http://www.owenkelly.net/691/concept-maps-are-not-mind-maps/> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016).

**LEE, Stacey B.;** *“Using Mind Mapping to Bridge The Gap In Teaching Health Law to Non-Law Students”*, *Annals of Health Law*, 2012, Cilt 21, Sayı 1, s. 281–290.

**M. COLLINS, Alan/QUILLIAN, M. Ross;** *“Retrieval From Semantic Memory”*, *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, 1969, Sayı 8, s. 240–247.

**MAHMUD, Imran/RAWSHON, Shahriar/RAHMAN, Jahidur;** *“Mind Map for Academic Writing: A Tool to Facilitate University Level Students”*, *International Journal of Educational Science and Research*, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 21–30.

**MAXFIELD, Dave/MICHAEL, Deutch;** *“Mind Mapping for Lawyers”*, 2009, s. 18.

**MAXFIELD, Dave/SERPE, Richard;** *“Becoming a Mind-Mapping Jedi”*, *Law Practice Today*, 2012, Sayı 2.

**MEIER, P. S.;** *“Mind-mapping: a tool for eliciting and representing knowledge held by diverse informants”*, *Social Research Update*, 2007, Sayı 52.

**MURLEY, Diane;** *“Technology for Everyone: Mind Mapping Complex Information”*, *Law Library Journal*, 2007, Cilt 99, Sayı 1, s. 175–183.

**NIMOCKS, Amber;** *“Bringing “Mind-Mapping” Into The Courtroom”*, *South Carolina Lawyers Weekly*, 2013, Sayı 43.



**NOVAK, Joseph D./CANAS, Alberto J.;** *“The Theory Underlying Concept Maps and How to Construct and Use Them”*, 2008, <http://eprint.ihmc.us/5/2/TheoryUnderlyingConceptMaps.pdf> (Son Erişim Tarihi: 07.11.2016).

**PETRO, Nerino J.;** *“Hate Taking Notes? Try Mind Mapping”*, GPSolo, 2010, Sayı 27, s. 21–23.

**SEROZAN, Rona;** Hukuk'ta Yöntem, İstanbul 2015.

**ZHANG, Yan-Lei/SHUANG-JIU, Xiao/YANG, Xu-Bo/DING, Lei;** *“Mind Mapping Based Human Memory Management System”*, International Conference on Computational Intelligence and Software Engineering (CiSE), 2010.



# İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ

## *Mobbing At Workplace*

Salim Yunus LOKMANOĞLU<sup>1</sup>

Geliş Tarihi: 09.01.2017

Kabul Tarihi: 20.02.2017

### ÖZET

Kişi, çalışma hayatına adım atması ile bir takım sorunlar ve sıkıntıları yaşamaya başlar. Günümüzün rekabet dolu, fazla çalışmaya dayalı iş hayatı insanların gündelik hayatını olumsuz etkileyen en önemli faktörlerden biri olup, çalışma hayatında gerek işverenle işçi arasında gerekse de işçiler arasında sıkıntılar ortaya çıkmasına neden olmuştur. İşte bu sıkıntıların yaşandığı süreç, hem bireyleri hem de toplumu olumsuz etkiler. Aslında eskiden beri var olan, işyerindeki çalışanlara yönelik psikolojik taciz kavramı, son yıllarda kapsamlı bir şekilde tanımlamaya kavuşmuş ve çok tartışılan kavramlardan biri haline gelmiştir.

Uluslararası Hukukta daha evvelden tartışılmaya başlanan psikolojik taciz kavramı, Ulusal Hukukta son zamanlarda yargı kararlarına konu olmakla birlikte ilk defa mevzuatımızda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi ile düzenleme altına alınmıştır.

Bu çalışma ile işyerinde psikolojik taciz kavramının genel tanımı yapılarak tarihsel gelişimi hakkında bilgiler verilecek, benzer kavramlarla ilişkisi anlatılacak ve psikolojik tacize mağdur olan kişinin mevzuatımıza göre başvurabileceği yasal yollar açıklanacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Psikolojik Taciz, İşyerinde Psikolojik Taciz, İşçinin Haklı Sebepi olarak Psikolojik Taciz

### ABSTRACT

Human, with the starting to working life, has begin to face some problems and difficulties. Working life is any time, based on overworking and full competitive, is one of the most important factor that negatively affect human's daily life and for this reason, cause some troubles emerge between employe and worker, ever between workers. With this kind of process containing frombles and inconueniences in it, naturally affects badly both individuals and society. The concept of psychological harassment that there has actually been from old times, has been defined comprehensively in recent years and has become one of the most discussed concepts.

The concept of psychological harassment that begun to discuss earlier, in international law, in national law, although being the subject of the judicial decision lately, it was taken under order with the article 417 of numbered 6098 The Turkish Code of Obligations for the first time.

With this study, being done the general definition of the concept of the psychological harassment in the workplace will be provided informations about it's historical development, will be expressed relationship with the other parallel concepts and will be expressed legal ways to be consulted in accordance with our laws if one exposed to psychological harassment.

**Keywords:** Mobbing, psychological harassment, mobbing as being right reason of worker.

<sup>1</sup> Van 1. İş Mahkemesi Hakimi, yunuslokmanoglu@hotmail.com.

## 1. GİRİŞ

Çalışma yaşamı, işçi, işveren ve üçüncü kimselerin bir araya gelmesine neden olan ve çeşitli toplumsal riskleri beraberinde getiren sosyal ortamlardır. Çalışma yaşamının getirdiği riskler sonucu işçiler bazen fiziksel bazen psikolojik olarak rahatsızlıklar yaşarlar. Çalışma hayatını biçimleyen hukuki düzenlemeler işçinin iş kazasına uğramasını ve mesleki hastalıklara yakalanmasını önlemek üzerine kurulmuştur. Ancak son yıllarda bu sayılanların yanı sıra çalışanların psikolojik sağlığını olumsuz yönde etkileyen risklerin de ortaya çıktığı anlaşılmıştır. Bu farkındalığın artması ile bu konu son zamanlarda çeşitli araştırmalara konu edilmeye başlanılmıştır. Aslında işyerinde psikolojik taciz, toplumsal hayatta ve iş hayatında her zaman var olan; ancak yakın zamana kadar ön plana çıkmamış ve adlandırılmamış bir olgudur.

Ülkemizde diğer ülkelere nazaran daha geç şekilde tanışılan psikolojik taciz hakkında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü girmesi ile hukukumuzda bu konuya ilişkin yeni bir döneme geçilmiştir.

Türkiye'de konu ile ilgili bugüne kadar yapılan hukuki çalışmalar incelendiğinde, konunun genel olarak İş Hukuku boyutu ile ele alındığı; yine, kişilik haklarının korunması bakımından Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku boyutlarının belirli bir kapsamda ortaya konulmaya çalışıldığı görülür. Bu durum, psikolojik tacizin bireylerin kişilik haklarına, sağlık haklarına ve çalışma haklarına olan müdahalesinden kaynaklanır.

Psikolojik taciz konusu derinlemesine incelendiğinde bu konunun çeşitli boyutlara sahip, karmaşık bir yapıda olduğu, farklı bilim alanlarının ilgisini çektiği görülür. Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, inceleme yapılırken özel sektör çalışanları üzerinde durulacak, hukuki yöntemi çok farklı olan kamu sektöründe karşılaşılan davranışlar ve hukuki sonuçları konumuz dışında bırakılacaktır.

Bu çalışmada, işyerinde psikolojik taciz konusunun incelenmesiyle amaçlanan, bu olgunun hukuksal zeminini ortaya koymak ve bununla yetinmeyerek bağlantılı hükümler incelenerek psikolojik taciz ile mücadelede izlenebilecek mevzuatımızdaki hukuki yolları tespit etmektir.

## 2. Psikolojik Tacizin Tarihsel Gelişimi ve Kavram

### I. Psikolojik Tacizin Tarihsel Gelişimi

Son yıllarda çalışma yaşamının beraberinde getirdiği riskler olarak görülen iş kazası ve meslek hastalıklarının meydana gelmesi dışında çalışanların psikolojik sağlığının da tehdit edilmeye başlandığını fark edilmiştir. Bu farkındalık ile birlikte aslında çalışma hayatında her zaman var olan ancak yakın zamana kadar adlandırılmayan psikolojik taciz konusu çeşitli Avrupa ülkelerinin

yanında Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya’da bilimsel çalışmalara konu olmuştur<sup>2</sup>. Söz konusu olan bu çalışmalar neticesinde çalışma hayatındaki psikolojik tacizin kayda değer bir problem olduğu sonucu ortaya çıkmıştır<sup>3</sup>.

Psikolojik taciz (Mobbing) kavramı ilk önce 1960’lı yıllarda Avusturya’lı bilim adamı Konrad Lorenz tarafından hayvanlar arasında görülen baskı ve yıldırma hareketlerini tanımlamak için kullanılmıştır<sup>4</sup>. Bu kavramı sonradan insanlar arasında bir davranış biçimi olarak kullanan ise İsveçli bilim adamı Peter Paul Heinemanndır<sup>5</sup>. İşyerinde psikolojik tacizden ise ilk kez, Amerikalı psikiyatrist Carroll M. Brodsky 1976 yılında “Taciz Edilen İşçi” kitabında bahsedilmiştir<sup>6</sup>.

1982 yılında işyerinde psikolojik taciz konusundaki çalışmalarına başlayan Dr. Heinz Leymann, işyerinde psikolojik taciz konulu 1986 yılında “Mobbing-Psychological Violence at Work” adlı ilk kitabını yayınlamıştır. Psikolojik taciz kavramı, bir endüstri psikoloğu olan Leymann tarafından çalışma hayatındaki baskı ve yıldırma davranışlarını ifade etmek amacıyla kullanılmıştır<sup>7</sup>.

1980’li yıllarda uluslararası akademik çalışmalarda artan bir hızla incelenmeye başlanan işyerinde psikolojik taciz olgusu, 1990’lı yılların başından itibaren yasal düzenlemelerde de yer almaya başlamıştır. Bir çok ülke hukukunda işyerinde psikolojik taciz olgusu kendini göstermektedir. Bazı ülkeler tarafından işyerinde psikolojik taciz hakkında Kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Kimi ülkelerde ise konu ile ilgili olarak açıkça yasal düzenleme bulunmamakla birlikte psikolojik taciz olgusunu tanıyıp konuya ilişkin çok sayıda araştırma yaptıkları ve bu türde bir tacize uğrayanları, mevcut hukuki düzenlemelerle korumaya çalıştıkları görülür<sup>8</sup>.

## II. Kavram

Latince “kararsız kalabalık” anlamına gelen “mobile vurgus” sözcüklerinden türeyen “mob” sözcüğü, İngilizce kanundışı şiddet uygulayan düzensiz kalabalık

---

<sup>2</sup> GÜNGÖR Meltem, Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz, İstanbul 2008, s. 1; TINAZ Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2008, s. 1.

<sup>3</sup> KARATUNA Işıl/TINAZ Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz, Sağlık Sektöründe Kesitsel Bir Araştırma, Ankara 2010, s. 1-3.

<sup>4</sup> ÇOBANOĞLU Şaban, Mobbing- İşyerinde Duygusal Saldırı ve Mücadele Yöntemleri, İstanbul 2005, s. 20.

<sup>5</sup> TINAZ Pınar/BAYRAM Fuat/ERGİN Hediye, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz, İstanbul 2008, s. 4.

<sup>6</sup> BAYAT İrep/BAYKAL Beril, “Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusu ve Hukuki Sonuçları”, <http://iibfdergisi.gazi.edu.tr/index.php/iibfdergisi/article/viewFile/910/635>, s. 200, (ET: 03.03. 2016).

<sup>7</sup> TINAZ, s. 12.

<sup>8</sup> TINAZ/BAYRAM/ERGİN,s. 177 vd.

veya çete anlamına gelmektedir. “Mob” sözcüğünün kökünün İngilizce eylem biçimi olan “mobbing” ise; şiddet, kuşatma, taciz, rahatsız etme veya sıkıntı verme anlamına gelir<sup>9</sup>.

1960’lı yıllarda hayvan davranışlarını inceleyen bilim adamı Konrad Lorenz tarafından psikolojik taciz (mobbing) kavramı, küçük hayvan gruplarının daha güçlü ve yalnız bir hayvanı toplu şekilde hücum ederek uzaklaştırması ya da aynı kuluçkalarından çıkan kuşlar arasında yaşanan ve diğer kuşların aralarında en zayıf kuşu yiyecek ve sudan uzak tutarak dışlaması, iyice güçsüz bir hale getirmesi ve en sonunda da fiziksel saldırılarla öldürerek grubun dışına atmasını ifade etmek amacıyla kullanılmıştır<sup>10</sup>.

Dr. Heinz Leymann’a göre işyerinde psikolojik taciz, *“bir veya birkaç kişi tarafından, bir diğer kişiye yönelik (nedeni, düşünce ve inanç ayrılığından kıskançlık ve cinsiyet ayrımına kadar çok çeşitli olabilen), sistematik bir biçimde düşmanca ve ahlak dışı bir iletişim yöneltmesi şeklinde ortaya çıkan bir çeşit psikolojik terör”* olarak tanımlanmıştır<sup>11</sup>.

Amerikalı psikiyatrist Carroll M. Brodsky’in yazmış olduğu “Taciz Edilen İşçi” adlı kitapta psikolojik taciz, çalışanların hiyerarşik statüsünden bağımsız olarak, işyerinde meslektaşları ve üstleri tarafından sürekli olarak taciz edilmesi ve kötü davranışa uğraması olarak ifade edilir. Brodsky’e göre işyerinde psikolojik taciz; birine eziyet etmek, yıpratmak ve engel olmak amacıyla tekrarlı ve sürekli olarak yapılan ve sonucunda kişinin kızması, tahrik olması, korkması ya da sinmesi ve yılması ile sonuçlanan davranışların tümüdür<sup>12</sup>.

ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) tarafından ise, *“intikamcı, acımasız, şeytanca ve onur kırıcı eylemler aracılığıyla bir işçiye veya bir grup işçiye zarar vermeyi amaçlayan saldırgan davranış”* olarak belirtilir<sup>13</sup>. ILO diğer bir tanımlamasında, *“bir grup çalışanını ya da bir kişiyi kindarca, acımasızca ve kötüniyetli olarak küçük düşürme ve utandırmaya yönelik saldırgan davranışlara teşebbüs etmeyi”* işyerinde psikolojik taciz şeklinde değerlendirir<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> TINAZ, s. 7; SAVAŞ Fatma Burcu, İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul 2007, s. 5.

<sup>10</sup> TINAZ, s. 10-11; BİLGİLİ Abbas, İş Hukukunda Mobbing, Adana 2015, s. 2.

<sup>11</sup> TINAZ, s. 12.

<sup>12</sup> TOKER GÖKÇE Asiye, Mobbing: İşyerinde Yıldırma Eğitim Örneği, Pegem Akademi, Ankara 2008, s. 14-15.

<sup>13</sup> OLSEN Lene, “Services sectors: ILO code of practice combats workplace violence”, s. 61, www.ilo.org ; GÜZEL Ali/ERTAN, Emre, “AB Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Psikolojik Taciz”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 11. Yıl Toplantısı 2008, s. 163, dph. 181; Bkz. İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 2006/54/EC sayılı Direktifin Tanımlar başlığının 2/1-c maddesi.

<sup>14</sup> KARACA GÖKÇEK Nuray, “AB Ülkelerinde İşyerinde Psikolojik Tacizin Boyutları, Psikolojik Tacizle Mücadele ve BM Mücadelede Sendikaların Rolü”, Çimento İşveren, C. 23, S. 5, Eylül 2009, s. 27.

Psikolojik taciz (mobbing) literatüre yeni giren bir kavram olduğu için, Türkçe karşılığı konusunda henüz bir netlik yoktur. Türkçe karşılık olarak “işyerinde psikolojik şiddet”, “işyerinde psikolojik taciz”, “işyerinde manevi taciz”, “duygusal şiddet”, “yıldırma” gibi kavramlar kullanılır. Ancak psikolojik taciz olgusunun birinci değişmez özelliği işyerinde gerçekleşmesidir. Ülkemizde yaygın olarak “işyerinde psikolojik taciz” (mobbing) ifadesi kullanıldığından çalışmamızda bu tabiri kullanmak tercih edilmiştir.

Psikolojik taciz kavramını karşılayacak bir tabir belirlemesi için TBMM Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, Türk Dil Kurumunun görüşüne başvurmuştur. Türk Dil Kurumunun kavramı karşılayacak önerisi ise “bezdiri” tabiridir<sup>15</sup>.

İşyerinde psikolojik taciz, Türk İş Hukuku doktrininde ise farklı şekillerde tanımlanmıştır. Nitekim, Tınaz’a göre psikolojik taciz, “*işyerinde duygusal taciz ya da bireyi işyerinden etme amacıyla uygulanan psikolojik baskılardır*”<sup>16</sup>.

Savaş’a göre, “çok genel olarak amaç ne olursa olsun işyerinde bir çalışana uygulanan psiko-sosyal bir saldırıdır”<sup>17</sup>.

Güzel ve Ertan’a göre, işyerinde psikolojik taciz, “*bir topluluk içinde (işyeri, işletme, kamu kurumu) aynı yazgıyı paylaşan iki insandan birinin diğerine uyguladığı psikolojik şiddet ya da psikolojik terördür*”<sup>18</sup>.

Türkiye’de yargı kararları incelendiğinde ise bu kavramın ilk kez Ankara 8. İş Mahkemesi’nin 20.12.2006 tarih 2006/19 E. ve 2006/625 K. sayılı ilamında yer aldığı görülecektir. Buna göre; “*Mobbing kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışan ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışları içermektedir*”. Yargıtay bir kararında<sup>19</sup>; “*Mobbingi, bir veya bir grup işçinin aynı işyerindeki bir başka işçiye zarar vermek amacıyla sistemli ve süreklilik arzedecek biçimde küçümseyici, aşağılayıcı, dışlayıcı ve korkutucu hareketler bütünü olarak tanımlamak mümkündür...*” demiştir<sup>20</sup>.

Anlaşılacağı üzere, psikolojik tacizi oluşturan unsurların farklılığı ve yapısı bu kavramın mutlak bir tanımının yapılmasına yahut genel bir çerçeve çizilmesine imkan vermez. Kanımızca işyerinde psikolojik taciz (mobbing) kavramı, işyerinde çalışan bir veya bir grup işçi tarafından diğer işçilere zarar vermek amacıyla sistematik ve süreklilik arzedecek şekilde ortaya çıkan her tür menfi muamele, tehdit, şiddet, küçük düşürme vb. hareketler bütünüdür.

---

<sup>15</sup> TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu”, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayınları, Ankara 2010, No:6, s. 6.

<sup>16</sup> TINAZ, s. 10.

<sup>17</sup> SAVAŞ, s. 132.

<sup>18</sup> GÜZEL/ERTAN, s. 551.

<sup>19</sup> Y9HD, 14.3.2008, 3122 /4922, (www.kazanci.com, ET: 27.10.2015).

<sup>20</sup> Y9HD, 12.2.2013, 38293/5390, (www.kazanci.com, ET: 27.10.2015).

### 3. Psikolojik Tacizin Benzer Kavramlardan Farkı

#### I. Cinsel Taciz

İşyerinde gerçekleşen psikolojik taciz, belli yönlerden benzer kavramlardan farklılık arz eder. Bunlardan ilki, işyerinde cinsel tacizdir. Cinsel taciz, cinsel amaçlı olarak yapılan tacizdir<sup>21</sup>. Doktrinde cinsel taciz, “çocuklara, kadınlara veya erkeklere aile içi veya dışı, tanıdık veya yabancı bir kimse tarafından yöneltilen cinsel şiddet içeren her türlü istismar”<sup>22</sup>, “cinsel anlam taşıyan ya da cinsel temele dayalı ve istenmeyen davranışlar”<sup>23</sup>, “kişinin onurunu çığnemeyi amaçlayan özellikle yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan ve kişinin isteği dışında gerçekleşen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavırdır”<sup>24</sup> şeklinde tanımlanmıştır<sup>25</sup>.

Mağdurun vücut dokunulmazlığına karşı yöneltilen cinsel saldırı ve vücut dokunulmazlığını ihlal etmeksizin gerçekleştirilen cinsel taciz 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na göre suç teşkil eder.

Diğer yandan, işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin bir düzenleme olan Türk Borçlar Kanunu’nun 417. maddesinde, işverenin işyerinde ahlaka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu belirtilir. Yapılan bir araştırmanın ortaya koyduğu sonuçlara göre her üç erkekten birinin kadınlara yönelik işyerinde psikolojik taciz uyguladığını ve bunun da kadınların erkeklere nazaran yüksek oranda psikolojik taciz mağduru olduklarını gösterir<sup>26</sup>.

Belirtmek gerekir ki, cinsel taciz ile psikolojik tacizi ayıran en önemli fark, faildeki amaçtır. Psikolojik taciz eylemini yapan failin amacı iş ilişkisi içinde bulunduğu mağdurdan kurtulmak veya ona zarar vermek iken, cinsel tacizde cinsel nitelikli bir amaç hedeflenir<sup>27</sup>. Cinsel tacizde mağdur tarafından

---

<sup>21</sup> BAKIRCI Kadriye, İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000, s. 35; ŞEN Sabahattin, “ Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu”, Çimento İşveren, Eylül 2009, s.59.

<sup>22</sup> OKUR Ali Rıza, İşyerinde Cinsel Taciz , Argumentum, Ocak-Mart 1994, S.42, s. 1.

<sup>23</sup> AYDIN Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002, s.88.

<sup>24</sup> ERTÜRK Şükran, “Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatında Kadın Erkek Eşitliği”, Belediye İş Yayınları, Ankara 2008, s. 193.

<sup>25</sup> Avrupa Parlamentosu ve Konseyi cinsel tacizin önlenmesi konusunda 2002/73 sayılı Direktifte cinsel tacizi insan onurunu ihlal etme amacına yönelen veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış olarak tanımlamıştır. (Y9HD, 4.11.2010, 37500/31544, www.kazancı.com, ET: 01.11.2015).

<sup>26</sup> ÇOBANOĞLU, s. 30.

<sup>27</sup> BİLGİLİ, s. 12.



istenmeyen hareket, failin anlık bir hareketi şeklinde olabilirken; psikolojik tacizde ise davranışlar sistemli ve süreklilik arz eder<sup>28</sup>. Diğer taraftan kabul edildiği üzere cinsel tacizin mağdurları genelde kadınlardır. Psikolojik tacize maruz kalanlar bakımından ise bu derece cinsiyet farklılığı ön planda değildir, herkes mağduru durumunda kalabilir. Bütün bu farklılıklar dışında cinsel taciz ile işyerinde psikolojik taciz kavramları birbirleriyle örtüşür. Bazı cinsel taciz davranışları aynı zamanda psikolojik taciz eylemi kabul edilebilecektir<sup>29</sup>.

## II. Bullying (Zorbalık)

Psikolojik taciz ile birlikte anılan ve birbirleri yerine kullanılan kavramlardan bir diğeri, “bullying”dir. Birleşik Krallık ve Avusturalya’da, genellikle askeri örgütlerde, okullarda ve işyerlerinde zarar veren eylemlere yönelik olan ve psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek davranışlar için zorbalık yani “bullying” tabiri kullanılır<sup>30</sup>. “Bullying”, fiziksel saldırı ve tehdit anlamına da gelir. Buna karşılık işyerlerinde gerçekleşen “psikolojik taciz” eylemlerinde fiziksel şiddet çok nadir olarak gözükürken; duygusal ve psikolojik şiddet daha fazla görülür<sup>31</sup>. Merkezi Amerika’da bulunan İşyeri Zorbalığı Enstitüsü’ne (Workplace Bullying Institute) göre zorbalık, bir veya birden fazla kimseye yönelik, sözlü taciz, tehdit, aşağılama, gözdağı verme, işe müdahale etme, işi önleme veya işin yapılmasını engelleme şeklindeki sağlığa zarar veren saldırgan davranışlardır<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> EVREN ÖCAL Kemal, “İş Hukukunda Cinsel Taciz”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S. 28, Aralık 2008, s. 23.

<sup>29</sup> “...Dosya içerisinde mevcut delillerin ve tanık anlatımlarının bütünlük içinde değerlendirilmesi neticesinde; davacının olayları yer ve zaman belirterek ayrıntılı biçimde anlatarak kendi iffetini herhangi bir sebep yokken ortaya koyması yaşamın olağan akışına aykırıdır. Öte yandan özellikle işçinin işyerinde ve işyeri dışında amiri tarafından tacize uğradığını belirtip ihtarname göndererek tüm detayları belirtmesi ve tacizde bulunanın amiri konumunda olan genel müdür olması karşısında taraflar arasındaki iş ilişkisinin varlığı işverenin konumunu daha da ağırlaştırmaktadır. Davacının arkadaşı olan tanıklar davacı gibi işyerinde çalışırken tacize uğrayıp performans notu düşük gösterilen başka bir işçinin ismini de bildirmişlerdir. Taciz olayının etki ve sonuçları temadi etmekte olup davacının olayların vahameti neticesinde psikolojik bunalıma girmesi, daha evvel performansına ilişkin olumsuz bir değerlendirme bulunmamasına rağmen bu olaylardan sonra performans notunun düşürülmesi, 21.7.2006 tarihinde işyerine ihtarname çekerek işverenden amiri hakkında soruşturma başlatılarak gerekli tedbirlerin alınmasını istemesi ve akabinde 1.8.2006 tarihinde de iş akdini bu olaylar nedeniyle feshetmesi nedeniyle temadi eden ve sonuçları itibarıyla bir nevi mobbinge dönüşen eylemler karşısında 6 günlük hak düşürücü sürenin geçtiğinden de bahsedilemez. Akdin davacı kadın işçi tarafından feshi haklı olup kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekirken hatalı değerlendirme ve gerekçe ile reddi bozmayı gerektirmiştir...”, Y9HD, 04.11.2010, 37500/31544, (www.kazancı.com, ET: 04.11.2015).

<sup>30</sup> TINAZ/BAYRAM/ERGIN, s. 4.

<sup>31</sup> BRIDGE Berna, Zorbalık-Mobbing: Bilinmeyen Çeşitleri ve Çözümleri, 2. B., Beyaz Yayınları, İstanbul, 2010, s. 14.

<sup>32</sup> TAŞKIN Ahmet, İş Hukuku Açısından İşyeri ve İşletmelerde Mobbing, İstanbul 2016, s. 38 vd.

“Bullying” daha çok kaba sözler ve davranışlar vasıtasıyla uygulanırken; “psikolojik taciz”, her türlü incitici ve küçük düşürücü tutum ve davranış biçimleri olarak daha dolaylı ve uzun süreli, hem fiziksel hem de psikolojik sonuçları olacak şekilde meydana gelir<sup>33</sup>. Diğer taraftan “psikolojik taciz”, bir grup insan tarafından, “bullying” ise bireysel saldırılar şeklinde gerçekleşir<sup>34</sup>.

### III. İşyerinde Stres

İşyerinde yaşanan stres ile psikolojik taciz kavramı arasında da farklılıklar bulunur. Stres kavramı ilk olarak Selye tarafından 1977 yılında kullanılmış ve “vücudun herhangi bir dış talebe verdiği özel olmayan tepki” olarak tanımlanmıştır<sup>35</sup>. İşyerindeki stres, yapılan iş ve çalışma ortamı ile iç içedir. Bazen işten kaynaklanan, bazen de dışarıdan kaynaklanan stres iş yaşamına yansır. İşyerindeki stres, çalışanın psikolojik ve fiziksel davranışlarını değiştirir, işyerinde işin gerekleri ile işçinin davranışları arasında uyumsuzluk yaratabilir<sup>36</sup>. Nitekim, stresin yoğun olduğu bir işyerinde, işçilerin psikolojik tacize maruz kalma ihtimalleri yüksektir<sup>37</sup>. Çalışma hayatında görülen stres ile psikolojik taciz arasında bir bağlantı bulunmakla beraber mağdurda ilk görülen belirtilerden biri streştir<sup>38</sup>. Dolayısıyla stres, psikolojik tacizin nedeni veya sonucu olarak karşımıza çıkar.

### IV. Stalking (Haksız Takip)

Kökeni İngilizceden gelen Stalking kelimesi, bir kişinin sistematik olarak belli bir süre takip edilmesi ve gözlenmesi anlamına gelir<sup>39</sup>. Kavram ilk olarak, 1993 yılında bir adli tıpcı tarafından “bir kimsenin izni olmadığı halde obsessiv ve normal olmayan bir biçimde tehdit veya taciz edilmesi” olarak tanımlanmıştır<sup>40</sup>. Doktrinde bir kişinin, bir başka kişiyi, belli bir süre ve tekrarlanan davranışlarla hukuka aykırı olarak ısrarla takip ve taciz etmesi stalking olarak belirtilmiştir<sup>41</sup>. Sürekli telefon etme, mektup yazma, e-posta gönderme, not bırakma, izleme, takip etme, kontrol etme, eve veya ofiste çalışma odasına girme, çiçek veya

---

<sup>33</sup> YÜCETÜRK E. Elif, “Örgütlerde Durdurulamayan Yıldırma Uygulamaları: Düş mü? Gerçek mi?”, [http://www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkl\\_gos.php?nt=226](http://www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkl_gos.php?nt=226), (ET: 25.10.2015).

<sup>34</sup> TINAZ, s. 15-16.

<sup>35</sup> SOYSAL Abdullah, “İş Yaşamında Stres”, Çimento İşveren, C. 23, S.3, Mayıs 2009, s. 18.

<sup>36</sup> SOYSAL, s. 19.

<sup>37</sup> ÇOBANOĞLU, s. 40-41.

<sup>38</sup> SAVAŞ, s. 42.

<sup>39</sup> TAŞKIN, s. 55.

<sup>40</sup> ÜNVER Yener, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, CHD, Yıl: 4, Sayı: 11, Aralık 2009, s.10.

<sup>41</sup> TÜRKMEN Ahmet, “Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak İsrarlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, s. 1387.

benzeri hediyeler gönderme, iş girişinde ya da çıkışında bekleme, asılsız dedikodular yayma ve hatta şiddet uygulamaları birer stalking olarak ortaya çıkmaktadır<sup>42</sup>. Bu tarz davranışların, işyerinde mağdurun iş arkadaşları ya da işveren tarafından gerçekleştirilmesi halinde ısrarlı takibin, işyerinde psikolojik tacize dönüşebileceği unutulmamalıdır.

#### 4. İşyerinde Psikolojik Tacizin Unsurları

Psikolojik taciz tipi davranış olarak adlandırılan saldırıların hepsinin tek bir vakıda toplanmasına gerek yoktur. Literatürde, gerçek bir psikolojik taciz olgusunun tanımlanabilmesi için, bazı “parametrelerden” yararlanıldığı görülmektedir. Söz konusu parametreler, “iş ortamı”, “sıklık”, “süre”, “davranış tarzları”, “tarafar arasındaki düzeysel eşitsizlik”, “birbirini izleyen evrelerde gelişme” ve “zalimce niyet” olmak üzere yedi kategori halinde ele alınır<sup>43</sup>. Bu sebeple belli bir psikolojik taciz süreci tanımlanırken, bazı noktalar üzerinde özellikle durulmalıdır;

##### I. İşyeri Unsuru

Bir psikolojik baskı veya yıldırmanın psikolojik taciz olarak tanımlanabilmesi için, bu davranışların bir işyerinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. İş Kanunu’nun 2. maddesine göre, “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir”. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, “İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağılı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.”denilmektedir. Yine maddenin 3. fıkrasına göre, “İşyeri, işyerine bağılı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.”<sup>44</sup>.

Dolayısıyla, işyerinde psikolojik tacizin gerçekleşebilmesi için Kanunda belirtilen tanıma uygun bir işyerinin söz konusu olması gerekmektedir<sup>45</sup>. Yargıtay, verdiği bir kararında kadın bir çalışanın işyeri içinde ve dışında amiri tarafından tacize uğradığını belirtip ihtarname göndermesi, devam eden tacizin etki ve sonuçlarının temadi ederekdavacının psikolojik bunalıma girmesi, daha evvel çalışma verimi açısından düşük notu bulunmayan

---

<sup>42</sup> TÜRKMEN, s. 1390.

<sup>43</sup> TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s. 63 vd.

<sup>44</sup> İşyeri tanımı konusunda geniş bilgi için bkz. SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 10. B., İstanbul 2015, s. 174 vd; NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2015, s. 136 vd.; SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku, 20. B., Konya 2015, s. 22 vd

<sup>45</sup> TINAZ, s. 17.

davacıya bu olaylardan sonra düşük not verilmesi, işçinin işyerine ihtarname çekerek işverenden amiri hakkında soruşturma başlatılarak gerekli tedbirlerin alınmasını istemesi ve akabinde iş akdini bu olaylar nedeniyle feshetmesi şeklinde temadi eden olayların sonuçları itibarıyla işyerinde psikolojik tacize dönüştüğünü belirtmiştir <sup>46</sup>.

## II. Düşmanca ve Ahlak Dışı Davranışlar

Psikolojik tacizin meydana gelebilmesi için bir işçinin hedef alınarak, uzun bir süre ve belli aralıklarla sistematik biçimde tekrarlanan, mağdurun karşı koymasına rağmen yapılan aşağılayıcı, küçük düşürücü ve psikolojik olarak acı veren, işteki performansı engelleyen veyahut olumsuz bir çalışma ortamına sebep olan tehdit, şiddet, aşağılama, hakaret, ayrımcılık, ağır eleştiri, taciz ve çalışma şartlarını ağırlaştırma gibi eylem, tutum ve davranışların uygulanması gerekir <sup>47</sup>. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere davranışların, taraflar arasında çatışmaya neden olabilecek nitelikte, haksız ve düşmanca olması şarttır. Eylemlerin sürekliliği psikolojik tacizi hakaret, tehdit ve cinsel taciz gibi suç teşkil eden fiillerden; kabalık, emeklilik, ikale veya istifaya zorlamak gibi davranışlardan ayırır. Süreklilik göstermeyen haksız, kaba ve hukuk dışı eylemler haksız, etik ve hukuk dışı olsa da ve mağdura ağır zarar verse de psikolojik taciz olarak değerlendirilemeyecektir <sup>48</sup>.

## III. Süreklilik Unsuru

Psikolojik taciz türü davranışların ne kadar süre devam edeceği veya yoğunluğunun ne kadar olması gerektiği hususunda ise kesin bir ölçü ortaya koymak mümkün değildir. Literatürde “en az altı ay devam eden tacizlerden” veya “üç ay ile üç yıl arası devam eden tacizlerden” bahsedildiği görülmekte ise de<sup>49</sup>, psikolojik tacizin teşhisi için taciz eylemlerinin süresinden ziyade, sonuçları üzerinde durulmalıdır. Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında bir eylemin psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için, bir işçinin hedef alınarak gerçekleştirilmesi, belli bir süreye yayılması ve bu durumun sistematik bir hal alması gerektiğine işaret etmiştir<sup>50</sup>. Dolayısıyla anlık, süreklilik arz etmeyen, tesadüfi nitelikteki, tartışmadan öteye geçmeyen davranışlar psikolojik tacize esas oluşturan davranışlardan sayılmamalıdır<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Y9HD, 04.11.2010, 37500/31544, (www.kazanci.com, ET: 03.01.2016).

<sup>47</sup> Y22HD, 26.06.2014, 15971/19538, (www.kazanci.com, ET:03.01.2016).

<sup>48</sup> TAŞKIN, s. 521 vd.; Y9HD, 11.10.2016, 17859/17644, (www.kazanci.com, ET:03.01.2017)

<sup>49</sup> Leymann bir olgunun psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için en az 6 ay sürmesi gerektiğini ileri sürmesine karşın, psikolojik tacizin yaklaşık 16 ay sürebileceğini savunan görüşlerde vardır. Bkz. ŞEN, s. 53; Hareketin sürekliliğinin en az altı ay olması gerektiği hakkında bkz. DULAY Dilek, “İş Hukuku Çerçevesinde Mobbing Kavramı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi”, Şubat 2010, S. 42, s. 16.

<sup>50</sup> Y9HD, 14.10.2014, 25934/29487, (www.kazanci.com, ET: 03.01.2016).

<sup>51</sup> ÇELİK Nuri/ CANIKOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, 28. B., İstanbul

#### IV. Kast Unsuru

Psikolojik taciz türü eylemlerde amaç, hedefteki kişinin kendisine olan güvenini sarsmak, karşılaştığı tacizlerden yılarak iş ortamından uzaklaşmasını sağlamaktır. Psikolojik taciz davranışlarının amacı, bu davranışları yapanların menfaatlerinin temininden ziyade rakibin zayıflatılması, 'rakibin' dışlanması, izole edilmesidir<sup>52</sup>. Bu sebeple, psikolojik tacizin hedefinde, mağdur kimsenin, belli bir davranışı veya belli bir olay karşısındaki tutumu değil, bizzat kendisi yer alır<sup>53</sup>. İşyerinde psikolojik taciz kavramında önemli olan, uygulayıcının bu davranışlarının ardındaki kasıttır. Doğrudan belli kişi yada kişileri hedefleyen, önceden hesaplanmış ve sistematik olarak uygulanan davranışlar, psikolojik tacizin varlığına işaret olacaktır<sup>54</sup>. Dolayısıyla, hareketin taksirle (kusurla) işlenmesi halinde psikolojik taciz söz konusu olmayacaktır. Kasten hareket etme, sadece yapılan davranışların şuurunda olmayı değil, bu davranışların ne amaçla yapıldığının da bilinmesini gerektirmektedir<sup>55</sup>. Yargıtay verdiği bir kararında, davacı işçiye sürekli bağırın ve birkaç kez bayılmasına neden olan ve davacı işçinin hastaneye kaldırılmasını engelleyen amir konumundaki işçinin eylemini işyerinde psikolojik taciz olarak kabul etmiştir<sup>56</sup>.

#### 5. Türk Hukukunda İşyerinde Psikolojik Tacize İlişkin Düzenlemeler

İşyerinde psikolojik taciz, işçinin kişilik haklarına bir saldırı olup, işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında ele alınması gerekmektedir. Günümüzde akıl sağlığına ve psişik dengeye yönelik saldırılardan en önemlisini psikolojik taciz oluşturur<sup>57</sup>. Ayrıca, konunun eşitlik ve ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Tacize mağdurlarının bu ilkeler çerçevesindeki yasal başvuru yolları ve hakları çalışma mevzuatında ve Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu gibi genel hükümlerde düzenlenmiştir.

Mevzuatımızda psikolojik taciz tanımından hareket ederek konu incelendiğinde, psikolojik tacizin önlenmesinin ve yargıya başvurunun hukuksal dayanakları bulunduğu görülmekte olup hukuksal analiz yapılması mümkündür. Psikolojik taciz eyleminin kişilik haklarına saldırı niteliğinde bir hareket olması nedeniyle, mağdurların Türk Medeni Kanun ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümler çerçevesinde kişilik hakları ihlaline dayanarak

---

2014, s. 210; Y9HD, 04.02.2014, 2473/2959, (www.kazanci.com, ET: 03.01.2016).

<sup>52</sup> BOZBEL Savaş / PALAZ Serap, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları", TISK Akademi, 2007/1, s. 69.

<sup>53</sup> DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: "Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/11\\_6.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/11_6.pdf), s. 117, (ET: 28.10.2015).

<sup>54</sup> İŞKİN Gülay, İşyerinde Psikolojik Taciz, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010, s. 20.

<sup>55</sup> TAŞKIN, s. 524 vd.

<sup>56</sup> Y9HD, 01.04.2011, 8046/9717, (www.kazanci.com, ET: 21.11.2015).

<sup>57</sup> HELVACI Serap, Gerçek Kişiler, 5. B., İstanbul 2013, s. 114.

koruma davaları ve maddi/manevi tazminat davaları yoluyla hak aramalarının önünde engel yoktur. Ayrıca, psikolojik tacizin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/2. ve 25/2. maddelerindeki ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri kapsamında bir eylem olduğunda kuşku yoktur<sup>58</sup>.

Mevzuatımızda ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 417 ile işverenin işçiyi psikolojik tacize uğramaması bakımından korumak zorunda olduğu düzenleme altına alınmıştır. Anılan maddenin 1. fıkrası uyarınca, "işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin, psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür."; aynı maddenin 3. fıkrasına göre ise, "ilk fıkradaki hükme aykırılık nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir". Böylece işveren artık bu tür davranışları yapamayacağı gibi çalışanını diğer çalışanlarına karşı da her türlü psikolojik tacizden korumak zorunda kalacaktır.

Türk Hukukunda yargı çevrelerinin işyerinde psikolojik taciz (mobbing) konusunda yasama organından önce harekete geçtikleri ve önlerine gelen bazı somut olayları, psikolojik taciz olgusunu dikkate alarak hakkaniyete uygun bir biçimde karara bağladıkları görülmektedir<sup>59</sup>. Ankara 8. İş Mahkemesinin 20.12.2006 tarih ve 2006/19E. ve 2006/625 K. sayılı ilamı, psikolojik taciz kavramının tanımlanıp, hukuki açıdan değerlendirmesinin yapıldığı ilk karar olarak göze çarpar<sup>60</sup>. Mahkemenin kararı Yargıtay tarafından da onanarak kesinleşmiştir<sup>61</sup>. Söz konusu karar, tanımı, unsurları, hatta amaç ve tipolojisi ile psikolojik taciz kavramını Türk yargısına kazandırması açısından son derece önemli ve değerlidir. Kararın Yargıtay tarafından da onanmasının ardından, psikolojik taciz, iş psikolojisi alanında tanınıp kullanılan bir kavram olmanın yanında, "hukuki bir olguyu ifade eden bir kavram" olarak da değerlendirilmeye başlanmıştır<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> BİLGİLİ s. 48.

<sup>59</sup> DEMİRCİOĞLU, s. 121.

<sup>60</sup> "... ( Mobbing ) kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb., davranışları içermektedir. Toplanan delillerden davacıya üstleri tarafından kötü muamele yapıp aşağılanarak psikolojik taciz uygulandığı, verilen haksız disiplin cezaları sonucu TİS'de yapılan düzenlemeye göre de iş akdinin feshi sonucuna kadar varıldığı dolayısıyla geçimini emeğiyle çalışarak kazanan davacı işçinin maddi ve manevi kayba uğratıldığı kanaatine varılmıştır. Davacının üzüntüsünü bir ölçüde hafifletebilmek amacı ile davacı lehine 1000,00 YTL manevi tazminata hükmedilerek aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.", (www.kazancı.com, ET: 28.12.2015).

<sup>61</sup> Y9HD, 30.05.2008, 3154/13307, (www.kazancı.com, ET: 28.12.2015).

<sup>62</sup> DEMİRCİOĞLU, s. 123.

Mevzuatımızda işyerinde psikolojik taciz terimine açıkça yer veren ilk düzenleme ise işyerinde psikolojik tacizin önlenmesi amacıyla çıkarılan 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesidir<sup>63</sup>. Genelge çerçevesinde 26 Nisan 2011 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çalışma Genel Müdürlüğü bünyesinde, ilgili kamu kurumları ve sosyal taraflarla yapılan ilk toplantıyla Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu hazırlık çalışmaları başlamıştır. 21.5.2012 tarihli Bakanlık Oluru ile “Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu” oluşturulmuştur<sup>64</sup>.

## 6. İşyerinde Psikolojik Tacizin Hukuki Boyutları

### I. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu

#### a) Genel Olarak

İş sözleşmesi gereğince işçinin işverene olan sadakat borcunun karşılığında işverenin de işçiyi koruma borcu bulunur<sup>65</sup>. İşveren, aralarındaki kurulan kişisel ilişki gereği işçinin kişiliğini korumak ve kişisel haklarına saygı göstermekle yükümlüdür<sup>66</sup>.

Doktrinde “gözetme borcu<sup>67</sup>”, “koruma borcu<sup>68</sup>”, “özen borcu<sup>69</sup>” olarak adlandırılan bu yükümlülüğün kökeni tarafların aralarındaki iş ilişkisinden kaynaklanır. İşçiliğin kişiliğinin korunması ile işverenin işçiyi gözetme borcu iç içe geçmiş hukuki konulardır.

İş sözleşmesinin işverene yüklediği gözetme borcunu ele alan bir Yargıtay kararına göre, “İşçinin iyiliği ve çıkarları doğrultusunda davranmak, işçiyi zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak, tehlikeleri önlemek borçlarını yükler. İşyerinde iş güvenliği önlemlerinin alınması, işverenin gözetme borcu kapsamında yer alan yükümlülüklerinin sadece bir bölümünü ifade etmektedir...İşverenin işyerinde çalışanları gözetme ve koruma borcunun kapsamında, işçilerin maddî ve manevî vücut bütünlüğünün, şeref, haysiyet ve özel yaşam gibi kişisel değerlerinin korunması da bulunmaktadır”<sup>70</sup>.

---

<sup>63</sup> 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi 19.03.2011 tarihinde ve 27879 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>64</sup> KARSLIOĞLU Y. Güldane: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), <http://webservice.turkmetal.org.tr/AsyaWebXmlService/file.do?id=46523>, (ET : 28.10.2015), s..83.

<sup>65</sup> HELVACI, s. 114.

<sup>66</sup> SÜZEK, s. 400; DEMİR Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 8. B., İzmir 2014, s.89.

<sup>67</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş, İş Hukuku, 6. B., Ankara 2014, s. 704; ERTÜRK Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, İstanbul 2002, s. 89; ÇELEBİ, Özgün, İş İlişkisinde Manevi Taciz, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, İstanbul 2004, C.I,s. 712; BAKIRCI, s. 154.

<sup>68</sup> SÜZEK, s. 400; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 206;NARMANLIOĞLU s. 320;AYDINLI İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, s. 106.

<sup>69</sup> ONARAN Yüksel Melek, Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s. 273.

<sup>70</sup> Y9HD, 20.12.2010, 15688 /38732, (www.kazanci.com, ET:03.02.2016).

İşverenin işçiyi gözetme borcu geniş kapsamlı bir borçtur. İşçinin kişiliği içerisinde yer alan yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi her türlü kişilik haklarının ne şekilde olursa olsun hukuka aykırı olarak iş organizasyonu içinde zarar görmesi halinde işveren sorumludur<sup>71</sup>. İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu hem işverenin kendi davranışlarına hem de işyerinde çalışan başka işçilerin ya da üçüncü kişilerin davranışlarına karşıdır<sup>72</sup>. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü, Kanunda ayrıca belirtilmemiş olsa dahi, psikolojik tacizi önleme yükümlülüğünü de içermektedir. İşverenin gözetme borcu bağlamında, işyerinde bu konuda iletişim kanallarının açık tutulması, işveren tarafından bu konuda hassasiyet gösterilmesi bakımından bir şikayet mekanizması kurulması, işçilere eğitim verilmesi, işyeri iç yönetmelikleri ve disiplin yönetmeliklerinde bu konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmesi, işyerinde bu konuda bir bilinç yaratılması, bir psikolojik taciz olgusunun gerçekleşme ihtimalini ya da var olup olmadığını ortaya koymaya yönelik memnuniyet anketleri ile araştırma yapılması, bu araştırma sonuçlarının uzman kişilerden destek alınarak yorumlanması işveren tarafından alınması gerekli tedbirler olarak sıralanabilir<sup>73</sup>. Olaydan haberdar olması işverenin psikolojik taciz fail veya faillerini ikaz yahut ihtar etmesi, fail ya da mağdur işçilerin işyerinde görev veya yerini değiştirmesi, hatta tüm önlemler sonuç vermezse fail işçinin iş sözleşmesini feshetmesi söz konusu olabilecektir<sup>74</sup>.

### **b) İşverenin Gözetme Borcuna İlişkin Hukuki Düzenlemeler**

İşçinin kişiliğinin gözetme borcu, dayanağını öncelikle Anayasa'dan alır<sup>75</sup>. Anayasa'da herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, yine herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının bulunduğu, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu gibi özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir.

Anayasa'nın yanı sıra işverenin işçiyi gözetme borcu yasal dayanağını hem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hem 4857 sayılı İş Kanunu hem de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndan alır<sup>76</sup>. Ayrıca, Anayasal bir yükümlülük olan işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında işverenin gerekli önlemleri

<sup>71</sup> AYDIN, s. 61-62; AYDINLI, s. 113-114.

<sup>72</sup> AKI Erol, Ferdi İlişkilerin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1993 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1995, s. 77; CENTEL Tankut, İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s.179.

<sup>73</sup> ÇELİK/ CANİKOĞLU/CANBOLAT, s. 211.

<sup>74</sup> ERTÜRK ARSLAN, s. 303 ; ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s. 211.

<sup>75</sup> SÜZEK, s. 401; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 706.

<sup>76</sup> LİMONCUOĞLU,S. Alp: İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2013, S. 105, s. 58.



almaması sonucu iş kazası veya meslek hastalıkları gibi durumlarla karşı karşıya kalınması halinde hukuki ve cezai sorumluluk doğacaktır.

Mülga Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi işçinin kişiliğinin korunmasını işverenin gözetme borcu kapsamında değerlendirmiştir. Anılan maddenin 1. fıkrasına göre, "İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaza ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur". BK. md. 332'de oldukça sınırlı olarak öngörülen gözetme borcu, gerek doktrin tarafından gerekse yargı kararlarında<sup>77</sup> geniş biçimde yorumlanmıştır.

Yine bu konuda İş Kanunu'nun yürürlükten kaldırılmış bulunan 77/1. maddesindeki, "işverenler işyerinde iş sağlığının ve iş güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler" hükmü de işyerinde gözetim borcu kapsamında koruyucu bir hükümdü. Anılan hüküm, İş Kanunu kapsamından çıkartılarak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamına alınmıştır<sup>78</sup>.

6331 sayılı Kanunun 4.maddesinde işverenin çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu, mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için işveren tarafından çalışmalar yapılması gerektiği, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığının izlenmesi, denetlenmesi ve uygunsuzlukların giderilmesinden işverenin sorumlu olduğu, keza risk değerlendirmesi yapılması ve yaptırılması, çalışana görev verilirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunun göz önüne alınması ve yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirlerin işveren tarafından alınması gerektiği düzenlenmiştir.

Kanunda yer alan bu yükümlülüklerin, açıkça düzenlenmemekle birlikte, işyerinde psikolojik taciz dahil olmak üzere tüm mesleki riskleri kapsadığı açıktır. İşverenin veya işveren vekillerinin işçiye psikolojik taciz uygulaması veya başka bir işçinin psikolojik taciz uygulamasına göz yumması işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık teşkil edecektir.Bu durumda işçi sözleşmeye

---

<sup>77</sup> Y9HD, 27.06.2005, 19436 /22753; Y9HD, 12.02.2008, 31462/108; Y9HD, 13.02.2012, 42452/3132, (www.kazancı.com, ET: 10.02.2016).

<sup>78</sup> Bkz. 30 Haziran 2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazete.

aykırılık nedeniyle genel hükümlere dayalı olarak maddi ve manevi tazminat isteminde bulunabilir<sup>79</sup>.

Burada değinmek gerekir ki, eski Borçlar Kanunu ile İş Kanunu'ndaki bahse konu sorumlulukların türü farklılık teşkil etmektedir. Eski Borçlar Kanunu'ndaki sorumluluk bir kusur sorumluluğu olduğu halde; İş Kanunu'ndaki sorumluluk kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmekteydi<sup>80</sup>. Nitekim, Yargıtay bir kararında bu hususu konu edinmiştir<sup>81</sup>.

Sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi için öncelikle dikkate alınması gereken hüküm ise Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesidir. Anılan Kanun'un 417/2 maddesi hükmünün gerekçesindeki "işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü söz konusudur. Buna göre, işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür.." ifadesi dikkate alındığında sorumluluk türünün kusur sorumluluğu olduğu anlaşılabilir<sup>82</sup>. Ancak 417. maddenin taslaktaki ilk halinden bugünkü halini almasını sağlayan Adalet Komisyonu değişikliğinin gerekçesinde ise "Tasarının 416 ncı maddesinin tamamını kapsayan değişiklikle,...sorumluluğun hukuki niteliği konusunda yaşanan tartışmalar, düzenleme ile sona erdirilmiş, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüme ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk hukuku hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılmış... Kabul edilen madde ile hizmet sözleşmesine aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğun hakkaniyet veya kusursuz sorumluluk olduğu tartışmasına son verilmiştir." ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla, Kanun koyucunun amacının kusur sorumluluğunu esas almak olduğu açık bir şekilde

<sup>79</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 712; SAVAŞ, s. 100 vd.; ÜNAL Canan, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2013, C. 10, S. 37, s.56.

<sup>80</sup> TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. B., İstanbul 2013, s.133.

<sup>81</sup> Yargıtay, kararında işverenin kusursuz sorumluluğunu şu şekilde vurgulamıştır: "İşveren işçinin iş nedeniyle karşılaşılabileceği tehlikeyi önlemek üzere işin kapsamı ve hakkaniyet bakımından kendisinden beklenebilecek önlemleri almakla yükümlüdür. İş süresi içinde oluşan zararlandırıcı olaylar iş kazası sayıldıklarından, işveren açısından kusursuz sorumluluk getirirler. Ancak, risk (tehlike) teorisine dayanan sorumluluklarda, tehlike, işyeri ve işin niteliği ile ilgili olmasıyla sınırlı tutulur.", Y9HD, 4.7.1985, 4294/7382, (www.kazanci.com, ET: 10.02.2016).

<sup>82</sup> Gerekçedeki bu anlatımın kusur sorumluluğunun varlığı anlamını taşıdığı ancak gerekçe ile madde metninin uyumsuz olduğu yönünde bkz. CENTEL Tankut, "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, Aralık 2011, s.16.

ortadadır<sup>83</sup>.

Önemle belirtmek gerekir ki, TBK. md. 417/3 uyarınca işverenin Kanuna ve akde aykırı eylemi ve fiilindendolayı işçinin ölümüne bağlı olarak destekten yoksun kalanların zararlarının giderimi, akde aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir<sup>84</sup>. Söz konusu üçüncü fıkra hükmü sorumluluğun hukuki niteliğini değil; borcun kaynağını belirler niteliktedir.

Yukarıda sayılan Türk Borçlar Kanunu ile İş mevzuatındaki koruyucu hükümlerin işçinin sadece yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığını, işletme tehlikelerine karşı korumaktan ibaret şekilde anlaşılmaya müsait olsa da, işçinin gözetilmesi borcunun salt bunlardan ibaret olmadığından, işverenin iş ilişkisi içinde bulunduğu işçiyi koruması ve ona yardımcı olabilmesi için çaba göstermesi, işçinin çıkarlarına zarar verici tüm davranışlardan kaçınması yükümlülüğü olarak daha geniş kapsamlı düşünülmesi gerekmektedir<sup>85</sup>. Doktrin, Türk Borçlar Kanunu yürürlüğü girmeden öncegözetme borcunun sınırını ve kapsamının belirlenmesinde dürüstlük kuralına (TMK. md.2) başvurmak gerektiğini belirtmekteydi<sup>86</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin yürürlüğe girmesiyle madde metninde belirtildiği üzere işverene yüklenen bu yükümlülüğünün sınırının artık dürüstlük ilkesi olduğu açıkça belirgindir<sup>87</sup>.

### **c) İşverenin Gözetme Borcunun İhlali Halinde Hukuki Sorumluluğu**

İşyerindeki psikolojik taciz davranışları işverenin gözetme borcuna aykırılık oluşturacağı için işverenin bu husustaki sorumluluğunun hukukî dayanağı, Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi olacaktır. Psikolojik tacize neden olacak davranış sonucu işveren akde aykırılıktan dolayı sorumlu tutulabilecektir. Aynı zamanda bu türden bir davranış haksız fiil hükümlerine de aykırılık teşkil edeceğinden işverenin haksız fiil hükümlerine göre de sorumluluğuna gidilebilecektir<sup>88</sup>.

Mağdur işçinin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurması daha lehine bir durum yaratacaktır. Zira, TBK. md. 50/1 uyarınca, psikolojik taciz mağduru işçi gördüğü zararı ve buna ilişkin olarak işverenin kusurunu kanıtlamak durumunda kalacaktır. Buna karşılık,

---

<sup>83</sup> SEVİMLİ Kamil Ahmet , Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güve liği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, <http://calismatoplum.org/sayi36/sevimli.pdf>, (ET: 16.01.2016), s. 129.

<sup>84</sup> SÜZEK, s. 440.

<sup>85</sup> NARMANLIOĞLU, s. 320 vd.; BAKIRCI, s. 155.

<sup>86</sup> ÜNAL, s.46; ERTÜRK ARSLAN, s. 306 vd.

<sup>87</sup> ÇELİK/ CANIKOĞLU/CANBOLAT, s. 207.

<sup>88</sup> BAKIRCI, s. 161; SÜZEK, s. 406.

sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlere dayanılması halinde aynı Kanununun 112. maddesi gereği kusursuzluğu ispat külfeti işverene düşecektir. Ayrıca, haksız fiil sorumluluğunun zamanaşımı süresi, Kanunda failin öğrenilmesinden itibaren 2 yıl ve her halde haksız fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yıl iken; sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta zamanaşımı süresi 10 yıldır<sup>89</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nda daha önce belirtildiği üzere bu konuda sözleşmeden doğan sorumluluk kabul edilmiştir. Diğer yandan, öğretide tartışmalı olmakla beraber gözetme borcu hukuki niteliğinin kusurlu sorumluluk olduğu yönündeki görüş baskındır<sup>90</sup>.

Gözetme borcu dolayısıyla işveren kendisinin yanı sıra, diğer işçileri ve müşterileri gibi 3. kişilerin de zarar verici davranışına karşı işçilerini korumak durumundadır<sup>91</sup>. Bundan dolayı, mağdur işçi faili haksız fiil hükümlerine dayanarak sorumlu tutmasının yanı sıra işvereni de sorumlu tutacaktır. Ayrıca, taciz davranışında bulunan işçi aynı zamanda işveren vekili ise, İş Kanununun 2. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “...işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur” hükmüne dayanarak bu türden davranışlardan doğrudan işveren sorumlu tutulabilecektir.

#### **d)Mağdur İşçinin Başvurabileceği Hukuki Yollar**

Psikolojik taciz eyleminin mağduru olan çalışanın işverene karşı kullanabileceği iş görme borcunu ifadan kaçınma ve tazminat talep etmek üzere iki temel hukuki yola başvurma hakkı bulunur<sup>92</sup>. İşverenin karşı karşıya kalabileceği tazminat maddi, manevi veya destekten yoksun kalma tazminatıdır. Diğer taraftan, işverenin İş Kanunu'nun 105., 106. ve 107. madde hükümlerine aykırı davranması idari cezayı gerektiren durumlar olarak mevzuat çerçevesinde düzenleme alanı bulmuştur.

#### **aa) İş Görme Borcunu İfadan Kaçınma**

Bir çok ülke hukukunda da kabul edilmiş bir hak olmakla beraber 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinde düzenlenmiş olan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, 2013 yılı Ocak ayında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13.maddesinde aynen uygulama alanı bulmuştur. Söz konusu hakkı düzenleyen 155 sayılı ILO sözleşmesinin 13. maddesine göre, “Sağlığı

---

<sup>89</sup> TINAZ/BAYRAM/ERGİN, s. 101.

<sup>90</sup> TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 133; ULUSAN İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990, s. 43.

<sup>91</sup> ONARAN, s. 274; ÇOBANOĞLU, s. 207; BAKIRCI, s. 155.

<sup>92</sup> BAKIRCI, s. 165; ÇELEBİ, s. 712-713.

ve hayatı için ciddi ve yakında vaki olmasından korktuğu tehlike nedeniyle, haklı bir gerekçeyle, işinden uzaklaşan bir işçi, işinden uzaklaşması nedeniyle olabilecek uygunsuz sonuçlara karşı ulusal koşullar ve uygulama uygun bir şekilde korunacaktır”<sup>93</sup>.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13. maddesi uyarınca, ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı halinde çalışanların aşağıda izah edilecek koşullarla çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi söz konusu olur<sup>94</sup>. Tehlikenin ciddi olması ölçütü, tehlikenin önemli ölçüde zarar veya hasar verme potansiyelini ifade etmek için; tehlikenin yakın olması ölçütü ise tehlikenin henüz gerçekleşmemiş, ancak çok yakında gerçekleşebileceğini anlatmak için kullanılır<sup>95</sup>. Anılan maddenin 1. fıkrasında, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanların kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebileceği, bu halde kurulun acilen toplanarak<sup>96</sup>, kurulun bulunmadığı durumlarda ise işveren tarafından derhal kararın verilerek durumun tutanakla tespit edileceği, kararın işçi veya işçi temsilcisine yazılı bir şekilde bildirileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla çalışanın iş görmekten kaçınma hakkının kullanılabilmesi için ilk şart ciddi ve yakın bir tehlikedir<sup>97</sup>. Diğer yandan, Kurulun ciddi ve yakın bir tehlikeyi saptaması yeterli olup, ayrıca işverenin bu kapsamda gerekli ve yeterli önlemleri alıp almadığının beklenmesi gerekmez<sup>98</sup>. Yakın ve ciddi tehlikenin varlığı belirlenirken çalışan işçinin subjektif durumu diğer bir deyişle, mesleği, yaşı, kıdemi, sağlığı gibi kişisel özellikleri de göz önüne alınmalıdır<sup>99</sup>. Çalışanların da Kanundan doğan haklarını kötüye kullanmamaları gerekir<sup>100</sup>. Öğretide, kaçınma hakkının aralarında manevi taciz durumunda da söz konusu olabileceği, bahse konu tehlike söz konusu ise Kanundaki usulün işletilebileceği belirtilir<sup>101</sup>.

---

<sup>93</sup> Düzenleme için bkz. [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası\\_belgeler/kadin\\_istihdami/ilo\\_belgeleri/sozlesmeler/155.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası_belgeler/kadin_istihdami/ilo_belgeleri/sozlesmeler/155.pdf), (ET: 28/05/2016).

<sup>94</sup> Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği konusunda bkz. SARIBAY ÖZTÜRK Gizem, İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezaî Sorumlulukları, İstanbul 2015, s. 69 vd.

<sup>95</sup> ÖZDEMİR Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014, s. 415.

<sup>96</sup> Kurulun karar süresi ile ilgili olarak ise 4857 sayılı yasada “aynı gün” karar vermesi öngörülmüşken, bu yeni Kanunda aynı gün ibaresi çıkarılmış ve acilen karar vermesi öngörülmüştür.

<sup>97</sup> Kavramın açıklanması ve buna ilişkin Fransız yüksek mahkemesi kararları için bkz. SUR Melda, İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005 s. 408-410.

<sup>98</sup> SÜZEK, s. 916.

<sup>99</sup> ÖZDEMİR, s. 422.

<sup>100</sup> MAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1380.

<sup>101</sup> SAVAŞ, s. 98

Maddenin 2. fıkrasında ise kurulun veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi halinde çalışanın, gerekli tedbirler alınincaya kadar çalışmaktan kaçınabileceği, bu süre zarfında çalışanların ücreti ile Kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer haklarının saklı olduğu belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu önlemler alınana kadar işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı herhangi bir süre ile sınırlı değildir<sup>102</sup>. Psikolojik tacize uğrayan işçinin ücret ve çalışma koşullarında aleyhe bir değişiklik olmamak kaydıyla çalışmaktan kaçınması halinde çalışana benzer bir işte çalışması önerilebilir, işçinin bu öneriyi kabul etmemesi halinde ise dürüstlük kuralına aykırılık oluşacağından işveren sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir<sup>103</sup>.

Maddenin 3. fıkrasında, çalışanların ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki belirtilen usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gidebileceği, çalışanların bu hareketlerinden dolayı haklarının kısıtlanamayacağı düzenlenmiştir<sup>104</sup>. Öğretide, işverenin temerrüdü düzenleyen TBK'nun 408. maddesinin aynı konuda düzenleme getiren yeni Kanun olan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alan anılan hüküm karşısında geçerliliğini yitirdiği ve dolayısıyla şartları oluştuğunda işçinin kurula başvurmaksızın çalışmaktan kaçınabileceği belirtilir<sup>105</sup>.

İş Hukukunda temel ilke olan iş kazası ve meslek hastalığını önleme amacıyla öngörülen ve işvereni iş güvenliğini almaya iten yukarıdaki hükümden hareketle iş görme borcundan kaçınılabilmesi için işçinin karşılaştığı tehlikenin niteliği itibarıyla ciddi ve önlenemez nitelikte olması, talebin haklılığı yönünde kurul veya işveren, işveren vekilinin kararı ve işyerinin durdurulması veya kapatılması yoluna başvurulmamış olması gerekmektedir. Kanun'un 3. fıkrasında belirtildiği üzere ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda bu prosedüre uyma zorunluluğu ortadan kalkmakta olup işyerinde psikolojik tacizin önlenemez mahiyette tezahür ettiği hallerde de çalışanın bu yola başvurma zorunluluğu bulunmaz.

Sonuç olarak, çalışmama kararı alan işçi, maruz kaldığı psikolojik taciz şeklindeki eylemin sona ermesini amaçlayan ve bu amaç doğrultusunda

---

<sup>102</sup> SARIBAY ÖZTÜRK, s. 133-135.

<sup>103</sup> SOYER M. Polat, İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I., İstanbul 2011, s. 683.

<sup>104</sup> 4857 sayılı yasa kapsamında işçinin işverene müracaat hakkı ve dolaylı olarak çalışmaktan kaçınma hakkı "işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin" varlığına bağlanmışken, 6331 sayılı Kanunda yumuşamaya gidilmiş ve "ciddi ve yakın bir tehlikenin" varlığı halinde işçinin müracaat edebileceği öngörülmüştür.

<sup>105</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 227; SÜZEK, s. 918; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1376.

alınan tedbirlerin alınmasına kadar çalışmaktan kaçınabilecektir. Çalışmaktan kaçınanın çalışmadığı dönemdeki ücreti ile Kanundan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır. Ancak, gerekli tedbirlerin alınması halinde işçi çalışmakla yükümlüdür. İş görme borcunu ifadan kaçınmanın olmazsa olmazı varsa kurul kararıdır, olmadığı yerde işveren veya vekili kararıdır. İşçi yine Kurul kararı akabinde İş Kanunu md.24/1 uyarınca altı iş günü içinde iş sözleşmesini haklı olarak derhal feshedebilir. Kurul kararı olmaksızın sözleşmeyi fesih ise haksız yere feshetme anlamına gelir<sup>106</sup>.

İşyerinde psikolojik tacizin ciddi ve yakın bir tehlike oluşturduğu hallerde çalışanın iş görmekten kaçınma hakkı konusunda, çalışanın hangi Kanun kapsamında olduğuna bakılmaksızın 6331 sayılı Kanununun 13. maddesinin uygulanacağını belirtmek gerekir<sup>107</sup>.

## **bb) Tazminat Davaları**

### **aaa) Maddi Tazminat**

Tazminat davaları, saldırıya uğrayan kişinin saldırıyı gerçekleştirene karşı saldırıdan önceki durumuna getirilmesini sağlamak üzere başvurabileceği hukukî yoldur<sup>108</sup>. Bu dava ile elde edilmek istenen, saldırı nedeniyle kişinin uhdesinde bulunan ve malvarlığında oluşan zararın telafi edilmesidir<sup>109</sup>.

Maddi tazminat davasının dayanağı, Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesinin 3. fıkrası ile Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesidir. Türk Medeni Kanunu düzenlemesine göre, "Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır."

Türk Borçlar Kanunu bakımından değerlendirildiğinde, Kanunun 417. maddesinin 3. fıkrasında, işverenin gözetim borcunu ihlal etmesi sonucu işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini bakımından açılacak davaların sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat davasının sorumluluk hükümlerine tabi olacağı düzenlenmektedir. Aynı Kanunun 114/2. maddesinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacağı belirtilmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" başlığı altında düzenlenen 49. maddesinde ise haksız bir zarara sebep olan kimsenin

---

<sup>106</sup> SAVAŞ, s. 99.

<sup>107</sup> ERTÜRK, s. 309; LIMONCUOĞLU, s. 57.

<sup>108</sup> BİLGİLİ, s. 32; OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Kişiler Hukuku, 15. B, Ankara 2015, s. 231; HELVACI, s. 159.

<sup>109</sup> SÜZEK, s.427.

zararı giderme yükümlülüğünün bulunduğu, 50. maddesinde ise zarar görenin, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altında olacağı belirtilmektedir.

Buna göre, işverenin sorumluluğuna gidilmesi bakımından psikolojik tacize maruz kaldığını iddia eden işçinin davasında zarar ile fiil arasındaki illiyet bağına ispatlamak durumunda olacağı kuşkusuzdur. İşveren ise buna karşılık kusurlu bulunmadığını ispat etmekle mükelleftir. İşveren bu durumu ispat ettiğinde sorumluluktan kurtulacaktır. Mücbir sebep, zarar görenin rızasının bulunması, zarar görenin kusuru ile 3. kişinin kusurunun bulunması gibi illiyet bağına kesen sebeplerin varlığı halinde de işverenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır<sup>110</sup>.

Tazminat isteminin haksız file dayandırılması halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde belirtildiği üzere tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. Sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan tazminat isteminde ise zamanaşımı süresi 10 yıl olmakla birlikte (TBK. md. 146), sorumluluğun başlangıcı alacağı muaccel olmasıyla başlayacaktır (TBK. md. 149).

İşçinin maruz kaldığı psikolojik tacizden kaynaklı talep edebileceği maddi tazminat somut olayın özelliklerine göre farklılık gösterebilecektir. Bunlar, işçinin psikolojik taciz nedeniyle beden ve ruh bütünlüğünün ihlali nedeniyle yaptığı tedavi masrafları<sup>111</sup>, çalışma gücünün yitirilmesi ve iktisadi geleceğin sarsılmasına ilişkin zararlar olabileceği gibi (Bkz. TBK. md. 54) ; psikolojik taciz sonucu hakkında çıkartılan dedikodular veya kendisine yönelik çeşitli isnatlar nedeniyle iş bulamaması sonucu uğradığı zararlar, psikolojik tacize gösterdiği tepki nedeniyle veya ayrımcı işleme tabi tutulmasından ötürü uğradığı (örneğin

---

<sup>110</sup> SÜZEK, s. 430 vd.

<sup>111</sup> "...Davacı, kendisi ile ilgili problem çıkmasını önlemek adına bir alt görevde çalışmayı kabul ederek görevini yerine getirirken, tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere işyerinde amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak, iş yapmasını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırılmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağrılarak "sen bu işi beceremiyorsun" gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalmıştır. Kişilik hakları çiğnenmiş, çalışma arkadaşları arasında küçük düşürülmüştür. Bu davranışlar mahkememizce işçiyi yıldırmaya, psikolojik baskı uygulayıp genellikle de işten ayrılmasını sağlamaya yönelik davranışlar olarak değerlendirilmiştir. Yine tanık beyanıyla doğrulanan, davacının mesai sonrasında ağlama krizine girmesi, psikolojik tedavi görmesi, rapor alması da bu kanaati kuvvetlendirmektedir. ( Mobbing ) kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da asları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışları içermektedir. Toplanan delillerden davacıya üstleri tarafından kötü muamele yapıp aşağılanarak psikolojik taciz uygulandığı, verilen haksız disiplin cezaları sonucu TİS'de yapılan düzenlemeye göre de iş akdinin feshi sonucuna kadar varıldığı dolayısıyla geçimini emeğiyle çalışarak kazanan davacı işçinin maddi ve manevi kayba uğratıldığı kanaatine varılmıştır..." , Y9HD., 30.5.2008, 9154/13307, (www.kazancı.com, ET: 21.03.2016).



terfisinin, ücret artışının yapılmaması, fazla çalışmalar dışında tutulması vs.) zararlar<sup>112</sup> biçiminde olabilir<sup>113</sup>.

### **bbb)Manevi Tazminat**

Manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde, bedensel bütünlüğünün iradesi dışında ihlâli hallerinde meydana gelen eksilmenin (manevi zararın) giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesidir <sup>114</sup>. Psikolojik taciz mağduru kişi, Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesindeki şartlar gerçekleştiğinde manevi tazminat davası açabilecektir<sup>115</sup>. TBK. md. 56 uyarınca, "Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir". İfade etmek gerekir ki, anılan madde ölüm ve cismani zarar durumunda uygulama alanı bulacaktır <sup>116</sup>.Tabii olarak psikolojik tacizden nedeniyle oluşan iş hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklarda maddi tazminattan daha fazla miktarda manevi tazminat davası uyuşmazlıklara konu olabilecektir. Önemle ifade etmek gerekir ki, Psikolojik Taciz iddiası ve buna bağlı olarak manevi tazminat istemiyle açılan davaların büyük çoğunluğu mahkemelerce reddedilmektedir. Aynı durum Yargıtay için de söz konusudur. Örneğin, 2010-2015 yılları arasında Psikolojik Taciz iddiası içeren 221 davadan sadece 54'ünde manevi tazminat talebinde bulunulmuş, bunlardan da yalnızca 11'i manevi tazminat talebinin kabulü ile sonuçlanmıştır<sup>117</sup>.

Manevi tazminat davası açılabilmesi için, öncelikle hukuka aykırı saldırı, saldırı sonucu uğranılan zarar ve zararlı saldırı arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir. Yeni Borçlar Kanunu'nda psikolojik tacize yer verilen düzenlemede (TBK. md. 417) psikolojik tacizin "sözleşmeye aykırılık" olduğu vurgulanmıştır. Bu durumda eski kanun döneminde "haksız fiil" başlığı altında düzenlenmiş (BK. md. 49) olduğundan kusurun aranması gerektiği yönündeki tartışmalara gerek kalmadığı düşünülmelidir<sup>118</sup>.

---

<sup>112</sup> "...davacının yer değiştirmelere bağlı olarak ulaşım, iletişim, konaklama ve yemek giderleri adı altında talep ettiği maddi tazminat yönünden dosya ekindeki klasör içindeki belgeler değerlendirilmeli, psikolojik taciz uygulamalarının doğrudan bir sonucu olan ve varsayımaya dayanmayan gerçek bir zarar olup olmadığı belirlenmeli, davacının görevlendirmelerle ilgili olarak harcırah alıp almadığı da tespit olunarak, bu doğrultuda maddi tazminat yönünden de bir karar verilmelidir..." YHGK., 25.9.2013, 9-1925/1407, (www.kazancı.com, ET: 21.03.2016).

<sup>113</sup> ERTÜRK, s. 317.

<sup>114</sup> SÜZEK, s. 446 vd.; BİLGİLİ, s. 34; YHGK., 14.11.2001, 21-993/1019, (www.kazancı.com, ET: 21.03.2016).

<sup>115</sup> SÜZEK, s. 446; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 927.

<sup>116</sup> YİBK, 22.06.1966, 7/7, (www.kazancı.com, ET: 21.03.2016).

<sup>117</sup> TAŞKIN, s. 512.

<sup>118</sup> BİLGİLİ, s. 36.

İş Hukuku açısından psikolojik taciz, manevi zarara sebep olan hallerden biri olarak kabul edilmektedir<sup>119</sup>. İşverenin işçilere veya aile üyelerinin onur ve namusuna gölge düşürecek şekilde fiil ve eylemler içine girmesi veya taciz boyutuna varacak şekilde rahatsız etmesi durumlarında işçinin iş sözleşmesini haklı olarak derhal feshetmesi veanılan eylemler nedeniyle manevi tazminatistemesi mümkün olacaktır<sup>120</sup>.

İşyerinde psikolojik tacize uğrayan kimsenin uğradığı zararlar, öncelikle, manevi zarar kapsamında değerlendirilmelidir. Kişiyे yönelik hakaret, küfür, iftira, aleni aşağılama, özel hayatına dair asılsız iddialarda bulunma gibi şeref ve haysiyetini ihlâl edici eylemlerin, her koşulda hukuka aykırı olduğu ve -şüphesiz haksız fiilin diğer unsurlarının da gerçekleşmesi ile birlikte- doğrudan bir haksız fiil teşkil ettiği kabul edilebilir. Bununla birlikte, psikolojik tacizde önemli olan husus, aslında çoğu zaman ele alındığında manevî değerleri ihlâl niteliği taşımayan davranışların sürekli ve sistemli olarak bir bütün içinde değerlendirildiğinde manevi değerleri ihlal eden davranışlar olarak kabul edilmesidir<sup>121</sup>. Bu sistemli ve süreklilik olgusu yanı sıra psikolojik tacizin manevi tazminata sebep olduğu bazı mahkeme kararlarına da yansımıştır<sup>122</sup>. Yargıtay, vermiş olduğu kararlarında manevi tazminat istenebilmesi için psikolojik tacizi oluşturan fiil ve eylemlerin aynı zamanda kişilik haklarına zararlı olması gerektiğini belirtmiştir<sup>123</sup>.

### **ccc) Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**

Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatı, madde metninde ölüm halinde uğranılan zararlardan ölen kimsenin ekonomik olarak desteğinden mahrum kalan kimselerin maruz kaldığı kayıplar olarak düzenlenmiştir.

Görülmektedir ki, destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi sebebiyle yoksun kalınan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesidir<sup>124</sup>.

---

<sup>119</sup> BAL Özlem, Türk Hukuk İş Hukukunda Manevi Tazminat, Ankara 2010, s. 105 vd.

<sup>120</sup> BİLGİLİ, s. 35.

<sup>121</sup> DEMİRCİOĞLU, s. 129-130.

<sup>122</sup> Schleswig-Holstein Bölge İş Mahkemesi 19.03.2002, E.3 Sa 1/02, Rheinland-Plafz Bölge İş Mahkemesi 26.01.2005, E.9 Sa 597/04 (Kararlar için bkz. BİLGİLİ, s. 39); Y9HD, 12.2.2013, 38293/5390, Y22HD., 21.02.2014, 2157/3434, (www.kazanci.com, ET: 21.03.2016).

<sup>123</sup> Y9HD, 5.4.2012, 1911/11638, (www.kazanci.com, ET:24.03.2016).

<sup>124</sup> Y17HD, 28.5.2015, 1043/7948, (www.kazanci.com, ET: 26.03.2016).

Dolayısıyla, psikolojik tacize maruz kalan işçinin intihar etmesi gibi bir nedenle ölüm hali ortaya çıktığında mağdurun desteğinden yoksun kalanlar için destekten yoksun kalmaya ilişkin tazminat hakkı doğacaktır. Aynı şekilde işçinin ölümüne işverenin gözetim borcunun ihlali sebep olduğu takdirde de bu yola başvurulabilecektir<sup>125</sup>.

### e) Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Sonuçları

İş kazası ve meslek hastalıkları konusunda gerekli tedbirleri almak işverenin gözetim borcu kapsamında bulunduğundan, işyerinde uygulanan psikolojik tacizle işçi üzerinde meydana gelen psikolojik veya bedensel zararların meslek hastalığı ya da iş kazası sayılıp sayılmayacağı hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>126</sup>.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca iş kazası; *"...sigortalının işyerinde bulunduğu sırada; işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle; bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda; (...) emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda; sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olay..."* şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde ise iş kazası, *"Sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan gelen bir etkenle onu bedenen veya ruhen zarara uğratan olay"* şeklinde tanımlanmıştır<sup>127</sup>. Yargıtay, iş kazasına değindiği bir kararında, *"...iş kazası yasada tanımlanmamış; ancak bir kazanın hangi hal ve durumlarda iş kazası sayılacağı yer ve zaman koşullarıyla sınırlanarak belirtilmiştir. ...bu madde hükmüne göre iş kazası maddede sayılı olarak belirtilmiş hal ve durumlardan herhangi birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır. Sayılan haller örnekleme niteliğinde değil, sınırlayıcı niteliktedir. Bu hallerin herhangi birinin gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir..."* demiştir<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> IŞKIN, s. 63.

<sup>126</sup> AKGEYİK Tekin/DELEN Gungör Meltem/UŞEN Şelale: Çalışma Yaşamında Psikolojik Taciz, <http://www.casgem.gov.tr/Casgem/content/conn/casgem/path/Contribution%20Folders/csgb/Dosyalar/Kitap/10.pdf>, s. 74, (ET: 30.10.2015).

<sup>127</sup> TUNCAY A. Can/ EKMEKÇİ Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. B., İstanbul 2013, s. 333; GÜZEL Ali/OKUR Ali Rıza/CANIKLİOĞLU Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. B., İstanbul 2014, s. 416; ŞAKAR Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 10. B., İstanbul 2011, s. 217.

<sup>128</sup> YHGK, 13.10.2004, 21-529/527, (www.kazancı.com, ET: 15.02.2016).

Aynı Kanununun 14. maddesi uyarınca meslek hastalığı, “sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal özürllük halleri” olarak tanımlanmıştır. Doktrinde ise, işçinin işverenin emir ve talimatları altında çalışmakta iken işin niteliğine göre yinelenen bir nedenle veya işi yürütüm koşulları nedeniyle maruz kaldığı bedeni veya ruhi arıza şeklinde tanımlanmıştır<sup>129</sup>. Madde hükümden anlaşılacağı üzere, bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilmesi için o hastalığın sigortalının gördüğü iş ve çalıştığı işyeri ile ilgili olması (meslekî nitelik taşıması) yani hastalık ile sigortalının yaptığı iş arasında uygun illiyet bağının bulunması, ayrıca meslek hastalığı için ayrıca SSGSSK. gereği çıkarılan Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği’nde<sup>130</sup> belirtilen Meslek Hastalıkları Listesinde yer alması ve listede belirtilen sürede ortaya çıkmış olması şartı aranır<sup>131</sup>.

Meslek hastalığına yakalanmış kimselerin yukarıda belirtilen şartlar dışında 5510 sayılı Kanununun 14. maddesi 2. fıkrasına göre, kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları tarafından usulüne uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi ile kurumca gerekli görüldüğü hallerde, işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbî sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgelerin incelenmesi sonucu Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi gerekir.

Doktrinde ani ve dıştan gelen bir eylem sonucu iş kazasının oluştuğu kabul edildiği takdirde, bir işyerinde uzun süreli uygulanan psikolojik tacizin, iş kazası olarak değerlendirilmesinin zor olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenlerle süreklilik kavramı psikolojik tacizi meslek hastalığı kavramına yakınlaştırır. Ancak psikolojik taciz mağdurunun maruz kaldığı taciz edici davranışların işten kaynaklanan, mesleğin ifası nedeniyle oluşan rahatsızlık olmadığı ayrıca belirtilmektedir<sup>132</sup>.

5510 sayılı Kanununun 14. maddesinde belirtilen meslek hastalığı kavramının psikolojik taciz dahil tüm taciz eylemlerini de kapsayacak hale getirilmesi ile mağdurların hukuki korumasının sağlanması söz konusu olabilecektir. Bu bakımdan anılan maddenin son fıkrası ve ilgili Yönetmeliğin 17/2. maddesinde listede yer almayan hastalıkların da meslek hastalığı sayılıp sayılmayacağına Sosyal Sigorta Yüksek Kurulu tarafından karara bağlanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, meslek hastalığı listesinde yer almayan bir hastalığının

---

<sup>129</sup> TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 349; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 436; ŞAKAR, 221.

<sup>130</sup> 11.10.2008 tarihli 27012 sayılı Resmi Gazetede yürürlüğe girmiştir.(bkz. www.basbakanlik.gov.tr).

<sup>131</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s 438.

<sup>132</sup> SAVAŞ, s. 135.

bulduğunu iddia eden sigortalı, öncelikle Kuruma başvuracak, Kurum tarafından talebi reddedilirse başvurulması sonrası Sosyal Sigortalar Yüksek Sağlık Kurulu uyuşmazlık hakkında karar verecek, sigortalının talebi yine reddedilirse sigortalı, YİBK'na göre, davaya bakmakla yükümlü mahkemede dava açabilecektir <sup>133</sup>.

Psikolojik taciz davranışlarına maruz kalanların uğradığı hastalık hallerinin meslek hastalığı sayılması durumunda işçinin Kanunda sayılan yardımlardan faydalanabilmesi söz konusu olacaktır. 5510 sayılı Kanunun 16. ve 63. maddelerinde sayılan haklar arasında iş kazası veya meslek hastalığına tutulan sigortalıya sağlık yardımlarının yapılması; geçici iş göremezlik süresince günlük ödenek verilmesi; sürekli iş göremezlik hallerinde gelir bağlanması; gerektiğinde sigortalının yurt içinde başka yere gönderilmesi; iş kazasına uğrayan ve meslek hastalığına tutulan sigortalının tedavi için yabancı ülkeye gönderilmesi sayılabilir <sup>134</sup>. Dolayısıyla doktrinde, psikolojik taciz nedeniyle uğranılan rahatsızlığın meslek hastalığı olarak kabul edilmemesi şeklindeki görüşe <sup>135</sup> kanaatimizce katılmak mümkün olmayacaktır, zira işyerindeki özen yükümünün yerine getirilmemesinden ve işyerinde çalışanlar arasında eşitlik ilkesinin uygulanmamasından kaynaklanan, mağdurda meydana gelen psikolojik ya da fiziksel rahatsızlıkların da meslek hastalığı sayılması mümkün olacaktır <sup>136137</sup>.

## II. İşçinin Kişilik Hakları ve Korunması

### a) Genel Olarak

Kişilik hakkı, kişinin maddi, manevi ve iktisadi haklarının tamamını kapsayan mutlak haklardandır <sup>138</sup>. Yargıtay kişilik haklarını, kişinin kendi hür ve bağımsız

---

<sup>133</sup> YİBK, 28.06.1976, 6/4, (www.kazancı.com, ET: 27.05.2016).

<sup>134</sup> AKGEYİK/DELEN/UŞEN, s. 75;

<sup>135</sup> SAVAŞ, s. 127.

<sup>136</sup> ERDOĞAN Gülnur, Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz) <http://www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-83-535, s. 334> (ET : 26.10.2015).

<sup>137</sup> "...meslek hastalığında "yükümlülük" ten bahsedilebilmek için, hastalığın bu süre içerisinde meydana çıkması zorunludur. Ve bu yön, meslek hastalığı ile işyeri arasında bulunması gereken illiyet bağının doğal sonucu olmak da gerekir. Ayrıca, meslek hastalığının meydana çıkmasının tespit edildiği andan çok öncelere ait olabileceği de kuşkusuzdur..." ,Y10HD, 21.03.2006, 760/3090; "...iş kazası ve meslek hastalığının oluşumuna, "...kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi..." ile etkide bulunan işverenin kusura dayalı sorumluluğu...", Y10HD, 16.02.1982, 444/903, (www.kazancı.com, ET: 28.05.2016).

<sup>138</sup> AYDINLI İbrahim, İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi, TÜHİS, C. 19, S. 6, Kasım 2005, s. 22; HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Haklarını Düzenleyen Davalar, İstanbul 2001, s. 40 vd.

varlığının bütünlüğünü sağlayan, herkese karşı ileri sürülebilin ve kaynağını Anayasa'dan alan; yani Anayasa'nın teminatı altında bulunan mutlak bir hak olarak nitelendirmiştir<sup>139</sup>.

Kişilik hakkı niteliği itibarı ile herkese karşı ileri sürülebilin mutlak, şahıs varlığı ve kişiye sıkı sıkıya bağlı, teklici niteliği haiz bir haktr. İcra takibine konu olamadığından haciz edilemez, iflas masasına giremez<sup>140</sup>. Kişinin medeni haklara sahip olabilme ve bunu kullanabilme hakları, hayatı, vücut bütünlüğü, adı, görüntüsü, ailesi, özel hayatı, şeref ve haysiyeti kişilik haklarından sadece birkaçıdır<sup>141</sup>.

İş Hukukunda öncelikle işçinin, yaşamına, vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelen tehlikelerden koruma düşüncesi ön plandayken daha sonra işçinin kişiliğinin tanınarak manevi çıkarlarının da korunması yönünde bir ihtiyaç belirmiştir<sup>142</sup>.

Ayrıca, İş Hukukunda işçinin kişilik haklarına saygı, işverene düşen bir yükümlülük olup, işveren işçinin kişiliğine saygı göstermek zorundadır<sup>143</sup>. İşveren gözetim borcu çerçevesinde işçinin maddi bedensel bütünlüğünün korunması yanında işçinin şeref ve onurunu, kişisel ve mesleki saygınlığını, ahlaki değerlerini, özel yaşam alanının korunmasını da içerir<sup>144</sup>.

## **b. Kişilik Hakkına İlişkin Düzenlemeler**

İş Kanunu'nda işçinin kişilik hakkının korunmasına ilişkin açıkça bir düzenleme bulunmamakla birlikte genel Kanun niteliğinde bulunan Anayasa, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanun'daki düzenlemelere başvurulabilir. Başvurulacaklar arasında herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz ve devredilemez hak ve özgürlüklere sahip olduğunu belirten Anayasa'nın 12. maddesi, yine Anayasanın, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlığı taşıyan 17. maddesi, zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 18. maddesi, bu maddeleri takip eden kişi hürriyeti ve güvenliği ile özel hayatın gizliliği ve korunması gibi kişilik hakkı kapsamında yer alan muhtelif düzenlemeler bulunur.

---

<sup>139</sup> YHGK, 09.04.1982, 4-56/348, (www.kazancı.com, ET: 27.03.2016).

<sup>140</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 155 vd.

<sup>141</sup> "Kişisel değerler, Medenî Kanununun 24. maddesinde genel olarak şahsî menfaatler sözcükleri ile anlatılmış ancak bunların neler olduğu teker teker sayılmamıştır. Hukuk öğretisinde ve uygulamada kişinin yaşam ve sağlığı gibi maddî değerleri ile onur, saygınlık, özgürlükler, özel yaşam, isim, resim gibi manevî değerleri kişisel değerler olarak kabul edilmektedir.", YHGK, 03.10.1990, 4-275/459 ; "Kişisel değerler, bir kişiye bireysellik kazandıran ve koruma bakımından özel duygular dâhil olmak üzere bireyler arasındaki ilişki gereksinimlerinde korumaya değer her şeyi ifade eder", Y9HD, 27.02.2002, 17762/3061, (www.kazancı.com, ET: 27.03.2016).

<sup>142</sup> AYDIN, s. 54.

<sup>143</sup> SÜZEK, s. 401; MOLLAMAHHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 707.

<sup>144</sup> SÜZEK, s. 401; AYDIN, s. 22.

Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda da kişilik haklarının korunmasına yönelik önemli düzenlemeler bulunur<sup>145</sup>. Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinde kişinin hak ve fiil ehliyetinden kısmen dahi olsa vazgeçmeyeceği düzenlenirken, Kanunun 24. maddesinde kişilik hakkına hukuka aykırı olarak saldıran kişiye karşı mahkemeye başvurabileceği ve hangi hallerin hukuka aykırı olduğu düzenlenmiştir. Bu sayılan düzenlemelerin yanı sıra Kanunun 25. maddesinde kişiliğin korunması için açılacak davalar, talep hakları, manevi tazminata ilişkin esaslar ve yetkili mahkeme belirtilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun genel olarak 56. ve 58. maddelerindeki kişilik hakkının başkalarının tecavüzlerine karşı korunması düzenleme altına alınmıştır.

İşçinin kişiliğini doğrudan korumayı amaçlayan hüküm ise Türk Borçlar Kanunu md. 417'de düzenlenmiştir<sup>146</sup>. Anılan maddede, işverenin hizmet ilişkisi içinde işçinin kişiliğini korumak, saygı göstermek, işyerinde dürüstlük ilkesine dayalı bir düzeni sağlamak, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize maruz kalmamalarını sağlamak ve bu tür tacize uğrayanların daha fazla zarar görmemesi için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu konuda İş Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamasının sonucu olarak genel mahiyeti itibarı ile Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu düzenlemeler tüm iş ilişkilerinde uygulama alanı bulacaktır<sup>147</sup>.

### **c. Kişilik Hakkının İhlali Halinde Başvurulabilecek Hukuki Yollar**

Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, kişilik haklarını koruyan davalar kişilik hakkı ihlal edilen ya da ihlal tehlikesi bulunan mağdurun yargısal yollarla koruma talep ettiği davalardır.

Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesine göre, "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldıran kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir"; aynı Kanunun 25. maddesine göre, "Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir". Bu hükümlerden çıkan sonuca göre, kişilik haklarından herhangi birisi saldırıya uğrayan kişi, saldırının önlenmesi davası, saldırının durdurulması davası ve hukuka aykırı saldırının tespiti davası açabilecektir<sup>148</sup>.

Yukarıda belirtilenlerle birlikte kişilik hakları saldırıya uğrayan işçi, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir (TMK. md. 25/2). Ayrıca, davacının, maddi ve manevi

---

<sup>145</sup> DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku, C. 2, Kişiler Hukuku, İstanbul 2015, s. 152.

<sup>146</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 209; SÜZEK, s. 402, MOLLAMAHMMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 707.

<sup>147</sup> SÜZEK, s. 402.

<sup>148</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 219 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s. 152 vd.

tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkının olduğu Kanunda düzenleme altına alınmıştır (TMK. md. 25/3). Bunun sebebi, Medeni Kanunda öngörülen koruyucu davalar ile Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen tazminat davalarının niteliğinin birbirinden farklı olmasıdır<sup>149</sup>.

Ancak buradaki en önemli unsur, ihlal niteliğindeki davranışların hukuka aykırı nitelikte olmasıdır. TMK. md. 24/2 uyarınca, “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”. Bu sayılan hukuka uygunluk halleri gerçekleştiği takdirde yapılan saldırılar hukuka uygun olacaktır.

Kişilik haklarını koruyan davalar, saldırıyı önlemek, yok etmek veya etkisizleştirmek amacıyla açılır<sup>150</sup>. Davanın açılabilmesi için failin kusurlu olması ve saldırı sonucu bir zararın doğmuş olması şart değildir. Mağdur maddi ya da manevi zarar doğmamış olsa dahi koruyucu davaları açabilir<sup>151</sup>. Dolayısıyla, işyerinde psikolojik tacize maruz kalan işçi, işverenin kusuru bulunmaksızın ve bir zarar olmaksızın kişilik haklarının ihlali halinde koruyucu davaları açabilecektir.

Bu davaları tecavüz (saldırıya) uğrayanlar açabilir. Miras bırakanın sağlığında açılmış bulunan davalara mirasçılar devam edebilirler. Davalı taraf ise saldırıyı yapan şahıs veya mirasçılardır. Mirasçılar zorunlu dava arkadaşı değil, ihtiyari dava arkadaşlarıdır<sup>152</sup>.

Koruyucu davaların işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisi nedeniyle görevli iş mahkemelerinde açılması gerektiği kuşkusuzdur. Yetkili mahkemenin tespiti bakımından İş Mahkemeleri Kanunu md. 5'e bakıldığında davalının ikametgahı yer mahkemesi ile yapılan işin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Diğer yandan TMK'nun 25/5. maddesine göre ayrıca davacının yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olduğu unutulmamalıdır.

### III. İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu

Eşit işlem yapma borcu Anayasa'da ifade edilen kanun önünde eşitlik ilkesi başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”

---

<sup>149</sup> SAVAŞ, s. 105.

<sup>150</sup> HELVACI, s. 155.

<sup>151</sup> HELVACI, s. 162.

<sup>152</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 221.



Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, işçiler açısından aynı zamanda bir hak olan bu ilkeye göre, işveren, çalıştırdığı işçilere karşı akla uygun, makul ve haksız olmayan nedenlere dayalı olmak hali dışında farklı davranmama yükümü altındadır<sup>153</sup>. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasının önüne geçer. Yani işverenlere, işçiler arasında gerekçesiz bir şekilde ayırım yapılmasının önüne geçen ve işçilere eşit davranma borcu yükleyen bir niteliğe sahiptir<sup>154</sup>.

Eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Dolayısıyla işveren ancak haklı ve makul gerekçelerle işçiler arasında ayırma gidebilecektir. Buradaki eşitlik mutlak bir eşitlik olmayıp, kişiler arasındaki belirli farklılıkları dikkate alarak sağlanan bir eşitlikten bahsedilir<sup>155</sup>. Eşit davranma borcu, mutlak değil nispi özelliktedir<sup>156</sup>. Bu nedenle işveren, tarafından işçinin yaptığı iş, işçinin uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlerle işçinin çalışkanlığı, yeteneği, liyakatı gibi subjektif nedenlere dayanılarak farklı işlem yapılabilir<sup>157</sup>.

Anayasadaki eşitlik ilkesinin İş Hukukuna yansması ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde "eşit davranma ilkesi" ilkesi başlığında yer bulmuştur. Kanunun 5. maddesinin ilk fıkrasında dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı getirilmiş, 2. fıkrasında tam süreli-kısmi süreli işçi ile belirli süreli-belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüş, 3. fıkrasında ise cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayırım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit

---

<sup>153</sup> EKİN Ali , Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması, Ankara 2013, s. 104.

<sup>154</sup> UŞAN Fatih, İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?, Legal İSGHD, S. 8, 2005, s. 1625; TUNCAY A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 5.

<sup>155</sup> SÜZEK, s. 453; EKONOMİMünir, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s.156-157; NARMANLIOĞLU, s. 323; TUNCAY, s. 5.

<sup>156</sup> İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2006/54/EC Sayılı Yönergesinin "Analık Doğum İzninden Dönüş" başlıklı 15. maddesinde, "doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır" şeklinde kurala yer verilerek, doğum iznini kullanan kadın işçi yönünden işverenin eşit davranma borcuna vurgu yapılmıştır. (Y9HD, 29.11.2011, 19835/46440, www.kazancı.com, ET: 02.04.2016).

<sup>157</sup> ERTÜRKŞükran/ GÜRSELİlke, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s. 429.

davranma borcu olduğu vurgulanmıştır. Bununla birlikte, işverenin işin niteliği ile biyolojik sebeplerle farklı davranabileceği bahsi geçen hükümden açıklanmıştır. Yine değinilen maddenin 4. ve 5. fıkralarında, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayırım yapılamayacağından söz edilir.

İşverenin eşit işlem borcuna aykırı davranmasının yaptırımı ise, yine aynı Kanunun 5. maddesinin 6 ve 7. fıkralarında düzenlenmiş olup, buna göre işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir. Aynı maddede mağdur işçinin, eşit işlem borcuna aykırı davranıldığını ispat etmek yükümlülüğü olduğu, bir ihlalin varlığını somut ve belirgin biçimde gösteren durumların meydana gelmesi halinde işverenin bu ihlal içinde bulunmadığını ispatlamak zorunda olduğu düzenlenmiştir.

İşyerinde gerçekleşen eşit davranma borcuna aykırılığın ve ayrımcılık yasağının en tipik örneklerinden birini, işyerinde psikolojik taciz davranışları teşkil eder. Zira, işverenin gerçekleştirdiği psikolojik taciz davranışları yoluyla ihlal edilen eşitlik ilkesi sadece bir temel hak olması yanı sıra hukuk düzeninde tüm alanlara hakim olan genel bir ilkedir<sup>158</sup>. Örneğin, tipik işyerinde psikolojik taciz davranışlarından olan işçiye diğer işçilerden farklı olarak hiç iş verilmemesi, yapabileceğinin çok üstünde iş verilmesi, işçinin yaptığı işlerin ciddiye alınmaması ve bu nedenle kendisine farklı davranılması durumunda eşit davranma borcu ihlal edilecektir. Aynı şekilde, farklı işlem yapılması gerekirken diğer işçilerle birlikte aynı şekilde işlem yapılması halinde de eşit işlem borcuna aykırılık oluşacağı unutulmamalıdır<sup>159</sup>. Çalışanın maruz kaldığı psikolojik taciz davranışları ne şekilde olursa olsun eşitlik ilkesine aykırılık ve ayrımcılık söz konusudur. Bu ayrımcılığın işveren, yöneticiler veya diğer çalışanlar tarafından gerçekleştirilmesi sonucu etkilememektedir. Psikolojik taciz faileri başka çalışanlar olsa bile, işveren, çalışanlarını gözetme borcu gereği bunu önlemekle yükümlüdür<sup>160</sup>.

İşyerinde psikolojik tacizin ayrımcılık biçiminde ortaya çıkması halinde “ayrımcılık tazminatı” olarak da adlandırılan tazminat gündeme gelecektir<sup>161</sup>. Buradaki eşit davranma borcunun ihlali anlamındaki tazminat teknik anlamda bir tazminat olmadığı için, işçinin herhangi bir zararı ya da işverenin kusuru aranması söz konusu olmayacaktır<sup>162</sup>. Bu tazminat çiplak ücret üzerinden

---

<sup>158</sup> TUNCA, s. 23.

<sup>159</sup> DEMİRCİOĞLU, s. 138.

<sup>160</sup> DOĞAN Yenisey Kübra, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y. 2006, S. 11, s. 63-82.

<sup>161</sup> KÖSEOĞLU Ali Cengiz, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul 2011, s. 248.

<sup>162</sup> SAVAŞ, s.111; SÜZEK, s. 467.

hesaplanacağından, ücretin ekleri olan ikramiye ve sosyal yardımlar gibi ödemeler bu tazminatın hesabında dikkate alınmayacaktır<sup>163</sup>. Ayrımcılık tazminatı ile ilgili hüküm nispi emredici nitelikte olduğundan toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş sözleşmeleri ile arttırılabilecektir<sup>164</sup>. Son fıkrada belirtildiği üzere eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır. Bu fıkraya dayanarak mağdur işçi, işverenin bir ihlalinin varlığını güçlü bir şekilde gösteren durumu ortaya koyması yeterli olacak, ihlalin olmadığını ispat yükümlülüğü ise işverende olacaktır. İşyerinde psikolojik tacizin ispatının çok zor olmasından ötürü bu fıkra ile mağduru çaresizliğinin önüne geçilmektedir.

İşverenin ayrımcılık yapma saiki ile psikolojik taciz uygulaması, bir diğer ifade ile psikolojik tacizi ayrımcılığı gerçekleştirmenin bir aracı olarak kullanılması durumunda, eşit davranma borcunun ihlali söz konusu olacağından mağdur işçi, İş Kanunu'nun 5. maddesindeki düzenlemesine başvurabilecek ve 4 aya kadar ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatı ile yoksun bırakıldığı haklarını isteyebilecektir<sup>165</sup>. Kadın bir işçinin doğum izninden dönmesi sonrası yerine bir başkasının alınması, kendisine doğum iznine dönüşte eski görevi yerine daha düşük bir görev önerilmesi ve bu durumu kabul etmemesi üzerine işine son verilmesi ve açtığı işe iade davasının lehine sonuçlanması üzerine dosya önüne gelen Yargıtay, verdiği kararında<sup>166</sup>, bu durumun aynı zamanda cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul edilmesi gerektiğine ve davacının ayrımcılık tazminatına hak kazanması gerektiğine karar vermiştir.

#### **IV. İşyerinde Psikolojik Taciz Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi**

##### **a) İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Derhal Feshi**

İş sözleşmesinin haklı nedenle derhal fesih hakkı, iş ilişkisinin devamının dürüstlük kuralı gereği beklenemeyeceği bir durumda, bu ilişkinin devamının kendisi için çekilmez hale gelen tarafa, belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim öneline uymaksızın, derhal feshetme hakkı veren bozucu yenilik doğuran haktır<sup>167</sup>. Haklı feshin söz konusu olabilmesi için, bir olayın sözleşmenin sürdürülmesini taraflardan birisi için çekilmez kılması gerekir<sup>168</sup>. Taraflar açısından iş sözleşmesinin devamını çekilmez kılan hallerin neler

---

<sup>163</sup> LİMONCUOĞLU, s. 58.

<sup>164</sup> SÜZEK, s. 467.

<sup>165</sup> ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 211 ; ERTÜRK ARSLAN, s. 304 -305, 313.

<sup>166</sup> Y9HD., 29.11.2011, 19835/46440, (www.kazancı.com, ET: 06.04.2016).

<sup>167</sup> SÜZEK, s. 687 vd.; LİMON Resul, İş Kanunu Açısından İşçinin ve İşverenin Bildirimsiz Fesih Hakkı ve İşyeri Sendika Temsilciği, Ankara 1998, s. 1-8.

<sup>168</sup> NARMANLIOĞLU, s. 405 vd.

olduğu Kanunda sınırlı sayılmayacak şekilde belirtilmiştir. Dolayısıyla, hangi davranışların bu maddelerin uygulama alanına tekabül ettiği hakim tarafından Kanunun gerekleri ve toplumun değer yargıları dikkate alınarak, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir<sup>169</sup>.

Psikolojik taciz davranışları, iş sözleşmesinin taraflarından birisi olan işverenin davranışları nedeniyle iş ilişkisinde bulunması gereken güven temelini sarsmalı ve ilişkiye devamı çekilmez hale getirmelidir. Bu nedenle işçinin, psikolojik taciz davranışlarına dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlara konu olmuştur<sup>170</sup>.

İş sözleşmesinin psikolojik taciz nedeniyle işçi tarafından haklı nedenle derhal feshi bizzat işverenin kendisinin psikolojik taciz davranışları ya da işverenin başka bir işçisinin<sup>171</sup> taciz davranışları olmak üzere iki sebepten kaynaklanabilir.

#### **aa) İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi**

İşçinin hangi durumlarda haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabileceği, İş Kanunu'nun 24. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Kanunda işçiye tanınan bu hak, "sağlık sebepleri", "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri", "zorlayıcı sebepler" olarak üç grupta düzenlenmiştir. Bu sayılanlar arasında psikolojik tacizden açıkça bahsedilmemekle birlikte, bu hükümlerin psikolojik tacizi de içerdiğini rahatlıkla söylemek mümkündür<sup>172</sup>.

İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden kaynaklanan bir sebepten dolayı işçinin sağlığı veya yaşamı için tehlike arz ederse işçi açısından İş Kanunu'nun 24/1-a maddesi gereği sağlık sebebine bağlı olarak işçinin iş akdini fesih için derhal fesih hakkı oluşturur. Buradaki tehlikeden kasıt, giderilmesi mümkün olmayan zararların ortaya çıkacağı haller, ölüm veya büyük zarar ihtimali olarak belirtilir<sup>173</sup>. Yargıtay, işyerinde amiri olan ustabaşı ile tartışması sonrası hastaneden depresyon ve anksiyete teşhisi ile rapor alarak ayrılan işçi bakımından, psikolojik taciz nedenine bağlı bu hastalığın işçinin yaşamı için tehlikeli bir durum olduğuna ve Kanun gereği sağlık sebebine bağlı işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkının oluştuğuna karar vermiştir<sup>174</sup>.

---

<sup>169</sup> ÇALIK Şefik, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul 2005, s. 285.

<sup>170</sup> Y9HD, 18.3.2010, 22535/7225, Y9HD, 5.4.2012, 1911/11638, (www.kazancı.com, ET: 12.04.2016).

<sup>171</sup> "...Davacı tanıklarının anlatımlarından, davalı tarafından davacı üzerinde diğer işçiler tarafından yalnızlaştırmaya dair psikolojik taciz yapıldığı da göz önüne alındığında, iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından haklı sebeple feshedildiği anlaşılmaktadır.", Y9HD., 22.03.2010, 10905/7511, (www.kazancı.com, ET: 12.04.2016).

<sup>172</sup> BİLGİLİ, s. 49.

<sup>173</sup> NARMANLIOĞLU, s. 419.

<sup>174</sup> Y9HD, 21.04.2010, 24724/11684, (www.kazancı.com, ET: 21/04/2016). Öğretide, Yargıtay'ın

İş Kanunu md. 24/2-b uyarınca“ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlığı altında “Süresi belirli olsun veya olmasın işçi, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir...İşveren, işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa”şeklinde belirtilen düzenlemenin gerçekleşmesi halinde psikolojik tacizin varlığı kabul edilmelidir<sup>175</sup>. Buradaki aile üyeleri kavramını işçinin kendisi ile birlikte otursun ya da oturmasın yakın akrabalar olarak düşünmek gerekir<sup>176</sup>. İşçinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde söylenen sözlerin mutlaka işçinin yüzüne karşı söylenmesi gerekmez, gıyabında söylenmesi halinde de işçi bakımından haksız fesih koşulları oluşmuş sayılacaktır<sup>177</sup>.

Söz konusu düzenlemede belirtilmemekle birlikte, işyerinde psikolojik tacizin failinin işveren vekili olduğu durumlarda, işveren vekili de işverenin işlevlerine sahip, işvereni temsil eden, yönetimde söz sahibi kişi olduğundan ve gözetme borcu kapsamındaki işçilerin kişiliğini koruma ve saygı gösterme, ahlak ve iyi niyet kurallarına uygun davranmanın tüm işveren vekillerinin görev ve yetkileri dahilinde olması nedeniyle işçinin haklı nedenle fesih hakkı doğacaktır<sup>178</sup>. Nitekim, Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, önceden pantolon bölümünde çalışan işçinin şefi tarafından hakarete uğraması ve psikolojik tacize maruz kalması sonucu işyerindeki başka bir bölüme naklinin yapılması, daha sonra ise işçinin önceki çalıştığı bölüme tekrar verilmesi şeklinde gelişen olayda mağdur işçi tarafından yapılan feshin haklı ve geçerli olacağını belirtmiştir<sup>179</sup>.

İş Kanunu'nun 24/2-d maddesinde belirtildiği üzere“İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmaması” işçi açısından haklı fesih sebebi oluşturacaktır. Bu fıkra işverenin gözetme borcu gereği işçinin diğer işçilere karşı koruma yükümlülüğü düzenlendiğinden<sup>180</sup> bahse konu düzenlemenin işyerinde psikolojik taciz durumunda kıyasen uygulanması

---

bu kararının, psikolojik taciz unsurları oluşmadan somut hadisenin, işçi bakımından derhal feshine imkan veren bir haklı nedene dönüştürme tehlikesi taşıdığından eleştirisi için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 817.

<sup>175</sup> SAVAŞ, s. 113.

<sup>176</sup> NARMANLIOĞLU, s. 425; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 823.

<sup>177</sup> ÇENBERCİ Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 5 B., İstanbul 1984, s. 366; ERCAN Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2006, s. 921-922; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 823.

<sup>178</sup> SÜZEK, s. 690 vd.; ÇALIK, s. 226.

<sup>179</sup> Y9HD, 02.06.2009, 375/15531, (www.kazancı.com, ET: 15.04.2016).

<sup>180</sup> SÜZEK, s. 704.

gerekir. Cinsel tacize sebebiyet veren fiil ve eylemlerin Ceza Hukuku anlamında bir suç konusu oluşturmaması işçi açısından oluşacak haklı fesih sebebinin gerçekleşmesine engel değildir<sup>181</sup>. Aynı zamanda, bu fıkraya göre cinsel tacizin varlığı fesih için yeterli olmaz. Cinsel tacize maruz kalan işçinin durumu işverene bildirmesi sonrası işverenin tacizi önlemek amaçlı tedbirlere başvurmaması halinde yukarıda belirtilen maddenin uygulama koşulları oluşacaktır<sup>182</sup>. Bu nedenle psikolojik taciz mağduru işçinin durumu işverene bildirmemesi yahut bildirmesi halinde işveren tarafından gerekli önlemlerin alınmış olması halinde işçinin bu fıkraya dayanarak haklı nedenle fesih hakkı söz konusu olmaz<sup>183</sup>.

İşverene durumun bildirilmesi halinde maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, işveren, hadisenin tekrarlanmaması konusunda gayret göstermeli, örneğin işçinin işyerinde bulunduğu çalışma ortamını değiştirmeli yahut meydana gelen hadisenin boyutuna göre tacizci işçinin işine son vermelidir<sup>184</sup>. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararına göre, "İşçinin diğer bir işçi ya da üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğradığı yasa gereği işverene bildirilmeli ve gerekli önlemleri alması istenmelidir. İşverence cinsel taciz olayı bilinmekte veya bilinebilecek durumda ise işçinin durumu ayrıca bildirmesine gerek yoktur....İşverenin önlemi, işçinin maruz kaldığı olayın tekrarlanmasını engellemeye yönelik olmalıdır. ...tacizin ağırlığına göre tacizcinin işine son verilmesi de işverence alınması gereken önlemler arasında sayılmıştır... Cinsel tacizin işyerinde çalışan bir işçi yerine bir üçüncü kişi tarafından ifa edilmiş olmasında ise işverenin önlem olarak, müşteriye uyarma, müşteri ile ilgilenecek bir başka işçi görevlendirme ve eylemin ağırlığına göre müşteri ile ilişkisini kesme gibi yollara başvurusu gerekir"<sup>185</sup>. Karardan anlaşılacağı üzere işyerinde söz konusu olabilecek tacizleri önlemek ve bu konuda tedbirleri almak işverenin yükümlülüğü altındadır<sup>186</sup>.

Önemle ifade edilmelidir ki, Kanunda belirtilen "bir başka işçi" kavramı içerisine işveren vekilleri yanı sıra ödünç alınan işçi ve asil işveren ile alt işveren işçisi de dahildir<sup>187</sup>. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında, işyerinde cinsel tacizde bulunulmasının İş Kanunu'nun 24/2-b maddesinde işçinin haklı olarak iş sözleşmesinin feshine imkan veren nedenler arasında gösterildiği, işveren vekilinin bu tür davranışlarının da aynı bent kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, işyerinde cinsel taciz eyleminin bir başka işçi ya da üçüncü bir kişi

---

<sup>181</sup> NARMANLIOĞLU, s. 426.

<sup>182</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 825.

<sup>183</sup> SÜZEK, s. 704; EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2014, s. 211; NARMANLIOĞLU, s. 430.

<sup>184</sup> DEMİR, s. 151.

<sup>185</sup> Y9HD, 28.1.2010, 14529/1463, (www.kazancı.com, ET: 16.04.2016).

<sup>186</sup> CENTEL, "İşçinin Kişiliğinin Korunması", s. 15.

<sup>187</sup> BİLGİLİ, s. 51.

(örneğin müşteri) tarafından gerçekleştirilmesinin imkan dahilinde olduğu, işyerinin işverenin hakimiyet alanını oluşturacağı ve işverenin cinsel saldırı kimden gelirse gelsin işçiyi gözetim borcu kapsamında koruması gerektiği belirtilmiştir<sup>188</sup>.

İşçiyi taciz eden “üçüncü kişi” kavramından ise işyeriyle ilgili olan kişileri anlamak gerekecektir. Nitekim, Yargıtay bir kararında, işverenin oğlunun cinsel tacizine maruz kalması sonucu işyerini terk eden işçinin feshini haklı bulmuştur<sup>189</sup>.

İş Kanunu’nun 26. maddesi uyarınca psikolojik taciz mağduru işçinin haklı nedenle iş sözleşmesinin feshetmesi halinde genel hükümlere göre koşulların varlığı halinde maddi ve manevi tazminata hak kazanacaktır. Ayrıca işçinin, işyerinde bir seneden fazla çalıştığı takdirde kıdem tazminatı alma hakkı vardır. Nitekim Yargıtay, son yıllarda vermiş olduğu kararlarda bu hususa işaret etmiştir<sup>190</sup>.

İş Kanunu’nun 26. maddesine göre manevi taciz mağduru işçi, bu tür eylemler ve davranışları öğrendiği günden başlayarak altı iş günü ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde iş sözleşmesini derhal feshedebilme hakkını kullanabilecektir. Fesih bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan, bahse konu süreler hak düşürücü niteliktedir<sup>191</sup>. Süreler hak düşürücü nitelikte olup, hakim tarafından re’sen dikkate alınması gerekir. Bu nedenle sürelerin geçirilmesi halinde fesih süre şartına uyulmadığından haksız fesih haline gelecektir.

### **bb) İşverenin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi**

İş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilebileceği haller İş Kanunu md.25’de düzenlenmiştir. Bu haller, “sağlık sebepleri”, “ahlak ve iyinyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri”, “zorlayıcı sebepler” ve “işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığı” olarak dört grup halinde sayılmıştır<sup>192</sup>. Önemle ifade etmek gerekir ki, Kanunda açıkça psikolojik taciz olgusu düzenlenmemiştir.

“Ahlak ve iyinyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlığı altında Kanunun 25/2-b maddesinde “İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda

---

<sup>188</sup> Y9HD, 28.01.2010, 14529/1463, (www.kazanci.com, ET: 16.04.2016).

<sup>189</sup> Y9HD, 19.02.1998, 21644/2236, (www.kazanci.com, ET: 16.04.2016).

<sup>190</sup> Y9HD., 01.04.2011, 8046/9717, Y9HD, 14.03.2008, 1322/4922, Y7HD, 26.04.2016, 8164/9309 (www.kazanci.com, ET: 12.05.2016).

<sup>191</sup> SÜZEK, s. 711; ÇALIK, s. 211.

<sup>192</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 835 vd.; SÜZEK, s. 687 vd.; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 338 vd.; NARMANLIOĞLU, s. 436 vd..

bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması” şeklinde belirtilen eylemin gerçekleşmesi halinde psikolojik tacizin varlığı kabul edilmelidir. Yargıtay, verdiği bir kararında işçi tarafından edilen hakaret ve küfürler sonucu işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin haklı görülmesi gerektiği, meydana gelen küfür ve hakaret nedeniyle oluşan durumun geçerli bir fesih nedeni olduğunu vurgulamıştır<sup>193</sup>.

Aynı Kanunun 25/2-c maddesi uyarınca, işverenin yanında çalışmış bulunan işçisine bir başka işçi tarafından cinsel tacizde bulunulduğu takdirde sözleşmeyi feshetme hakkının vardır. Nitekim, Yargıtay vermiş olduğu bir kararında işçinin yanında çalıştığı işverenin başka bir işçisini rahatsız etmesi sonucu iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle derhal sona erdirilebileceğini belirtmiştir<sup>194</sup>.

İşveren vekilinin işveren adına yönetim ve temsil yetkisi bulunduğu gözetildiğinde kendisinin işçi tarafından psikolojik tacize maruz kaldığında da işverenin sözleşmeyi fesih yetkisinin olduğu düşünülmelidir<sup>195</sup>. Bunun yanı sıra işçinin psikolojik tacizinin ödünç iş ilişkisi ile çalışan işçiye veya asıl işverenin işçisinin alt işverenin işçisine ya da alt işverenin işçisini asıl işverenin işçisine yönelik olarak gerçekleştirilmesi hali de haklı fesih sebebi olacaktır<sup>196</sup>. Yargıtay, bir kararında asıl işveren konumunda olan işverenin işçisinin, alt işveren işçisi konumunda olan işçiye karşı cinsel taciz eylemini gerçekleştirdiği olayda işverenin feshini haklı bularak yerel mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir<sup>197</sup>.

Psikolojik taciz mağduru işçinin, uğradığı psikolojik taciz eylemi nedeniyle Kanunun 25/1. maddesi uyarınca sağlık sebepleri ve aynı Kanunun 25/2-g maddesinde belirtilen sürelerde işe devamsızlık yapması hallerinde işverenin taciz eylemini gerçekleştiren fail işçinin sözleşmesini feshetme imkanı vardır. Ancak bu olguların gerçekleşmesi nedeninin psikolojik tacize dayalı olması gerekir. Bu nedenle mağdur işçinin devamsızlık yapmasından ötürü işverenin psikolojik tacizi uygulayan işçiye karşı sözleşmeyi fesih hakkı bulunur.

Yukarıda işçi açısından bahsedilen haksız feshe ilişkin süreler işverenin sözleşmeyi derhal feshinde de geçerlidir. İş Kanunu'nun 26. maddesine göre işverenin yahut işveren vekilinin psikolojik taciz içeren bu tür eylemler ve davranışlarda bulunduğunu öğrenmesinden başlayarak altı iş günü ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde iş sözleşmesini derhal

---

<sup>193</sup> Y9HD, 02.02.2015, 32049/2901, (www.kazanci.com, ET: 18.04.2016).

<sup>194</sup> Y9HD, 01.07.2008, 22753/18639, (www.kazanci.com, ET: 18.04.2016).

<sup>195</sup> BAKIRCI, s. 179-180; ÇALIK, s. 279; Y9HD, 08.03.2005, 13286/7706, Y9HD, 25.10.2004, 5937/24160, (www.kazanci.com, ET: 18.04.2016).

<sup>196</sup> BİLGİLİ, s. 61.

<sup>197</sup> Y9HD, 10.11.2005, 6471/35463, (www.kazanci.com, ET: 18.04.2016).



feshedebilme hakkını kullanması gerekecektir. Süreler hak düşürücü nitelikte olup, hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir.

Dolayısıyla, iş güvencesi kapsamında olan işçiler, iş güvencesi hükümlerinden yararlanarak işe iade davası açabilecek; iş güvencesi kapsamında olmayanlar ise, fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin hukuki sonuçlardan yararlanabileceklerdir<sup>198</sup>.

## SONUÇ

“Psikolojik taciz (Mobbing)” deyimi, 19. yüzyılda İngiliz biyologlar tarafından yuvalarını korumak için saldırgan etrafında uçan kuşların davranışlarını açıklamak üzere ilk defa kullanılmıştır<sup>199</sup>. Psikolojik Taciz (Mobbing), kavramı çalışma hayatında ise ilk olarak 1980’li yıllarda Heinz Leymann tarafından kullanılmıştır. Günümüzde ise psikolojik taciz, gerek hedefteki kişinin bu tür saldırılardan hukuki bir zeminde korunması ihtiyacı, gerek ekonomik açıdan yol açtığı zararların büyüklüğü dolayısıyla görmezden gelinemeyecek derecede önemli bir taciz türü olarak karşımıza çıkar.

Cinsiyet ve hiyerarşi farkı gözetmeksizin, tüm kültürlerde ve tüm işyerlerinde gerçekleşen bir olgu olan psikolojik tacize maruz kalma riski, herkes için bulunur. Dolayısıyla çalışma yaşamının en ciddi sorunlarından birisi olan psikolojik tacizin mağdurunu belirlemek, mağdurların sorunlarına hukuki çözümler bulabilmek için bu olgunun benzer kavramlardan ayrıştırılması ve tanımlanması önem teşkil eder. Uygulamada “psikolojik taciz” ile “bullying” kavramlarının birbiri yerine kullanıldığı görülür. “Psikolojik taciz” olgusundan farklı olan “bullying”, daha çok okullarda yaşanan psikolojik şiddeti açıklamak üzere kullanılır. Kanaatimizce psikolojik şiddeti açıklamak üzere kullanılan bu iki terim dışında başka terimler kullanılsa da “işyerinde psikolojik taciz” kavramının olgunun içeriği tam olarak yansıttığından dolayı kullanımının daha uygun olduğu düşüncesindeyiz.

İşyerinde psikolojik tacizi açıklayan çok çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Bunlardan Leymann bu deyimi, “işyerinde bir veya birden çok kişi tarafından, başka kişiye yönelik, çalışanı mağdur etmek üzere uzun süre devam eden, sürekli tekrarlanan düşmanca davranışlar sergilemeye yönelik durumları göstermek üzere kullanılan bir kavramdır” şeklinde tanımlamıştır. Kanımızca psikolojik taciz kavramı, işyerinde çalışan bir veya birden çok ast-üst ya da üçüncü bir kişi tarafından diğer işçilere zarar vermek amacıyla sistematik ve

---

<sup>198</sup> Haksız fesih ile fesih hakkının kötüye kullanılması hakkında ayrıntılı bilgi için SÜZEK, s. 558 vd.

<sup>199</sup> TINAZ Pınar, “Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuku Dergisi, İstanbul 2006/3, s. 12.

süreklilik arz edecek biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. eylemler bütünüdür.

Tanımda sayılan unsurlardan hareketle işyerinde astlar ya da üstler veya diğer kimseler tarafından gerçekleştirilen olumsuz davranışların psikolojik taciz olarak adlandırılabilmesi için, özellikle, tacizkar, düşmanca ve eziyet edici davranışlar olması ve belirli bir zaman diliminde sistematik olarak tekrarlanması gerekir.

Öğretide genel olarak psikolojik taciz kapsamına giren durumlar; kendini göstermeyi engellemek; sözünü kesmek, yüksek sesle azarlamak, sürekli eleştiri, çalışanın iş ortamında yokmuş gibi davranılması, çalışanların ve işverenlerin işçiyle konuşmaması, iletişimin kesilmesi, asılsız söylenti, hoş olmayan imalar, nitelikli iş verilmemesi, anlamsız işler verilip sürekli yer değiştirilmesi, ağır işler verilmesi, fiziksel şiddet tehdidi, cinsel taciz, mağduru çalışma yaşamında yalnızlaştırma, alaya alınma gibi davranışlar olarak gösterilir.

Türk mevzuatında psikolojik taciz ile ilgili ilk düzenleme ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesidir. Ayrıca 19.3.2011 gün ve 27879 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan işyerlerinde Psikolojik Tacizin ( Mobbing ) Önlenmesi konulu 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesinde çalışanların psikolojik tacizden korunması amacıyla birtakım tedbirler alınmıştır. Ancak kanaatimizce psikolojik taciz ile ilgili esaslı bir düzenlemenin 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve ayrıca 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alması gerekir. Her ne kadar İş mevzuatında psikolojik tacize ilişkin bir düzenleme bulunmasa da yargı kararları ile hangi davranışların psikolojik taciz teşkil edip etmediği ve mağdurların haklarının kapsamı tespit edilebilir. Nitekim, Ankara 8. İş Mahkemesi'nin 20.12.2006 tarih 2006/19 E. ve 2006/625 K. sayılı ilamı ile ilk kez bir yargı kararına konu olan psikolojik taciz "işyerinde çalışanlara üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışlar" olarak tanımlanmıştır.

Mağdurun psikolojik taciz mağdurunun zararlarının telafisi ve sorunun önlenmesi büyük önem taşır. Bu doğrultuda psikolojik taciz sonucu ortaya çıkan hastalıkların iş kazası ve meslek hastalığı kapsamına girip girmediği konusu tartışmaya muhtaç durumdadır. Psikolojik tacizin işyerinde çalışma ortamından kaynaklanan bir mesleki risk olduğunun kabulü gerekir. Zira çalışanların "çalışma hakkının korunması", psikolojik taciz sonucunda oluşan rahatsızlıkların meslek hastalığı sayılması ile mümkün olabilecektir. Nitekim Türk Hukukunda da, işyerinde meydana gelen psikolojik taciz olayları sonucu çalışanlarda ortaya çıkan fiziksel ve ruhsal sorunların 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu uyarınca meslek hastalığı kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır. Ancak, işyerinde psikolojik taciz

nedeniyle oluşacak rahatsızlıkların süresi hakkında genelleme yapılmasının mümkün olmaması ve ilgili yönetmelik hükümlerinin hastalık konusunda belirli sürelerle yer vermesi karşısında hali hazırdaki mevzuatta değişiklik yapılması gerektiği unutulmamalıdır.

6098 sayılı Kanun dışında doğrudan mevzuatımızda psikolojik taciz konusuna değinen bir hüküm olmamakla birlikte taciz eyleminin aynı zamanda kişilik haklarının ihlali sonucunu doğurması sebebiyle Türk Medeni Kanunu'nda sayılan genel hükümler çerçevesinde psikolojik tacize karşı, kişilik haklarına dayalı koruma davaları ve maddi-manevi tazminat davalarına ilişkin hükümlerden yararlanılabileceğine şüphe yoktur.

Psikolojik tacizin gerekçesi ne olursa olsun söz konusu eylem temel insan haklarının ihlali niteliğindedir. Türkiye'de ilerleyen yıllar içinde psikolojik taciz konusunda epeyce yol alınmış olmasına karşın, halen daha gerek olgunun tanımlanması ve boyutlarının ortaya konması, gerekse mücadele yöntemlerinin ve hukuki korumanın geliştirilmesi açısından eksiklikler mevcuttur. Psikolojik tacizle mücadele; bireysel, kurumsal, meslek ve sivil toplum örgütleri gibi birçok düzeyde yürütülmesi gerektiği gibi öncelikle vazife devlet aygıtına düşer. Zira, Anayasamız insan haklarının ve insan onurunun korunmasını düzenleme altına almış ve devlete bu görevi yüklemiştir. Dolayısıyla TBK. md. 417. haricinde mevzuatımızda bir hüküm bulunmayan psikolojik taciz hakkında öncelikle uğranılan mağduriyetlerin tazmini ve hukuksal korumanın temini için İş Kanunu'nda ilgili değişikliklerin yapılması gerekmekte ayrıca faillerin cezalandırılması bakımından psikolojik tacizin açık ve net olarak suç haline getirilmesi düşünülmelidir. Bu düzenlemeler yapılırken sadece ortaya çıkan mağduriyetlerin giderilmesi amaçlanmamalı, işyerleri ve sendikaların da rol aldığı belli gruplara bazı yükümlülükler yükleyerek önleme çalışmalarının yapılması da sağlanmalıdır. Bunun dışında, Türk yargı kararları ile failere karşı caydırıcılığın sağlanması ve mağdurların zararların karşılanması bakımından hükmedilecek tazminatların insan haklarına ve onuruna yakışır bir şekilde olmasının işyerinde psikolojik tacizin önlenmesi açısından önemli olduğu unutulmamalıdır. Diğer yandan ise kurumlar, yetkilileri eliyle kurum içinde psikolojik taciz konusundaki olası tehlikeleri için analiz yapmalı, tespit edilen tehlike düzeyi ve alanlarına uygun tedbirler geliştirmeli, sivil toplum kuruluşları ile başta sendikalar yoluyla toplum nazarında konunun önemi ve mahiyeti konusunda duyarlılık ve bilinçlendirme sağlanmalı ve yaygınlaştırılmalıdır.

\*\*\*\*

### KAYNAKÇA

- AKGEYİK** Tekin/**DELEN** Güngör Meltem/**UŞEN** Şelale: Çalışma Yaşamında Psikolojik Taciz, <http://www.casgem.gov.tr/Casgem/content/conn/casgem/path/Contribution%20Folders/csgb/Dosyalar/Kitap/10.pdf>, (ET: 30.10.2015),
- AKI** Erol:Ferdi İlişkilerin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1993 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1995,
- AYDIN** Ufuk: İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002,
- AYDINLI** İbrahim: İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004,
- AYDINLI** İbrahim: İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi, TÜHİS, C. 19, S. 6, Kasım 2005,
- BAKIRCI** Kadriye: İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000,
- BAL** Özlem: Türk Hukuk İş Hukukunda Manevi Tazminat, Ankara 2010,
- BAYAT** İrep/**BAYKAL** Beril: Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde İşyerindePsikolojikTaciz(Mobbing)OlgusuveHukukiSonuçları,<http://iibfdergisi.gazi.edu.tr/index.php/iibfdergisi/article/viewFile/910/635>,(ET:03.03.2016),
- BİLGİLİ** Abbas:İş Hukukunda Mobbing, Adana 2015,
- BOZBEL** Savaş / **PALAZ** Serap: “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları”, TISK Akademi, 2007/1,
- BRİDGE** Berna: Zorbalık-Mobbing: Bilinmeyen Çeşitleri ve Çözümleri, 2. B., Beyaz Yayınları, İstanbul, 2010,
- CENTEL** Tankut : “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, Aralık 2011,
- CENTEL** Tankut : “Yeni Türk Ceza Kanununda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler”, Çimento İşveren Dergisi, C. 19, S. 5, Eylül 2005,
- CENTEL** Tankut: İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994,
- ÇALIK** Şefik : İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul 2005,
- ÇELEBİ** Özgün : İş İlişkisinde Manevi Taciz, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan,İstanbul 2004, C.1,
- ÇELİK** Nuri/ **CANİKOĞLU** Nurşen/**CANBOLAT** Talat: İş Hukuku Dersleri, 28. B., İstanbul 2014,

**ÇENBERCİ** Mustafa : İş Kanunu Şerhi, 5 B., İstanbul 1984,

**ÇOBANOĞLU** Şaban: Mobbing- İşyerinde Duygusal Saldırı ve Mücadele Yöntemleri, İstanbul 2005,

**DEMİR** Fevzi: Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 8. B., İzmir 2014,

**DEMİRCİOĞLU** Huriye Reyhan: “Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/11\\_6.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/11_6.pdf), (ET: 28.10.2015),

**DULAY** Dilek : “İş Hukuku Çerçevesinde Mobbing Kavramı, Terazi Aylık Hukuk Dergisi”, Şubat 2010, S. 42,

**DURAL** Mustafa/ÖĞÜZ Tufan: Türk Özel Hukuku, C. 2, Kişiler Hukuku, İstanbul 2015,

**DOĞAN** Yenisey Kübra : “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y. 2006, S. 11,

**EKİN** Ali :Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması, Ankara 2013,

**EKONOMİ** Münir: İş Hukuku, C-I, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984,

**ERDOĞAN** Gülnur : Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz), <http://www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-83-535>, (ET : 26.10.2015),

**ERTÜRK** Arslan Arzu: İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyada Örnekler, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, İstanbul 2014,

**ERTÜRK** Şükran/ **GÜRSEL** İlke: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Prof. Dr.Sarper Süzek’e Armağan, C. 1, İstanbul 2011,

**ERTÜRK** Şükran: Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatında Kadın Erkek Eşitliği, Belediye İş Yayınları, Ankara 2008,

**ERTÜRK** Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, İstanbul 2002,

**EYRENCİ** Öner/**TAŞKENT** Savaş/**ULUCAN** Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2014,

**EVREN ÖCAL** Kemal: “İş Hukukunda Cinsel Taciz”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S. 28,

**GÜNGÖR** Meltem :Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz, İstanbul 2008,

**GÜZEL Ali/OKUR Ali Rıza/CANIKLIOĞLU Nurşen:** Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. B., İstanbul 2014,

**GÜZEL Ali/ERTAN Emre :**AB Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Psikolojik Taciz, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 11. Yıl Toplantısı 2008,

**HELVACI Serap:** Gerçek Kişiler, 5. Baskı, İstanbul 2013,

**HELVACI Serap:** Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Haklarını Düzenleyen Davalar, İstanbul 2001,

**İŞKIN Gülay :**İşyerinde Psikolojik Taciz, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010,

**KARACA GÖKÇEK Nuray:**AB Ülkelerinde İşyerinde Psikolojik Tacizin Boyutları, Psikolojik Tacizle Mücadele ve BM Mücadelede Sendikaların Rolü, Çimento İşveren, C. 23, S. 5, Eylül 2009,

**KARATUNA Işıl/TINAZ Pınar:** İşyerinde Psikolojik Taciz, Sağlık Sektöründe Kesitsel Bir Araştırma, Ankara 2010,

**KARSLIOĞLU Y. Güldane:** İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing),<http://webservice.turkmetal.org.tr/AsyaWebXmlService/file.do?id=46523>, (ET : 28.10.2015),

**KÖSEOĞLU Ali Cengiz:** İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul 2011,

**LİMON Resul:** İş Kanunu Açısından İşçinin ve İşverenin Bildirimsiz Fesih Hakkı ve İşyeri Sendika Temsilciği, Ankara 1998,

**LİMONCUOĞLU S. Alp:** İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2013, S. 105,

**MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/ BAYSAL Ulaş:** İş Hukuku, 6. B., Ankara 2014,

**NARMANLIOĞLU Ünal :** İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2015,

**OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe:** Kişiler Hukuku, 15. B, Ankara 2015,

**OKUR Ali Rıza :** İşyerinde Cinsel Taciz , Argumentum, Ocak-Mart 1994,S.42,

**OLSEN Lene :** Services sectors: ILO code of practice combats workplace violence, [www.ilo.org](http://www.ilo.org),

- ONARAN** Yüksel Melek: Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000,
- ÖZDEMİR** Erdem : İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014,
- SARIBAY ÖZTÜRK** Gizem: İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sorumlulukları, İstanbul 2015,
- SAVAŞ** Fatma Burcu:İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul 2007,
- SEVİMLİ** Kamil Ahmet : Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin KişiliğininKorunması,<http://calismatoplum.org/sayi36/sevimli.pdf>, (ET: 16.01.2016),
- SOYER M.** Polat: İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I., İstanbul 2011,
- SOYSAL** Abdullah : İş Yaşamında Stres, Çimento İşveren, C. 23, S.3, Mayıs 2009,
- SUR** Melda: İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı , A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005,
- SÜMER** Haluk Hadi: İş Hukuku, 20. B., Konya 2015,
- SÜZEK** Sarper: İş Hukuku, 10. B., İstanbul 2015,
- ŞAKAR** Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, 10. B., İstanbul 2011,
- ŞEN** Sabahattin: Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu, Çimentoİşveren, Eylül 2009,
- TAŞKIN** Ahmet: İş Hukuku Açısından İşyeri ve İşletmelerde Mobbing, İstanbul 2016,
- TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu:**İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayınları, Ankara 2010,
- TINAZ** Pınar : İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2008,
- TINAZ** Pınar:Çalışma Yaşamında Psikolojik Bir Dram: Mobbing, “Çalışma Yaşamı”,<http://www.toprakisveren.org.tr/2006-71-pinartinaz.pdf>,(ET: 26.10.2015),
- TINAZ** Pınar/**BAYRAM** Fuat/**ERGİN** Hediye: Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz, İstanbul2008,
- TOKER GÖKÇE** Asiye : Mobbing: İşyerinde Yıldırma Eğitim Örneği, Pegem Akademi, Ankara 2008,
- TUNCAY A.** Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982,

**TUNCAY A.** Can/ **EKMEKÇİ** Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. B., İstanbul 2013,

**TUNÇOMAĞ** Kenan/**CENTEL** Tankut: İş Hukukunun Esasları, 6. B., İstanbul 2013,

**TÜRKMEN** Ahmet : “Yeni Bir Hukuki Olgusu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009,

**ULUSAN** İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990,

**UŞAN** Fatih: İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?, Legal İSGHD, S. 8, 2005,

**ÜNAL** Canan: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2013, C. 10, S. 37,

**ÜNVER** Yener: Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri, Ceza Hukuku Dergisi, S.11, Aralık 2009,

**YÜCETÜRK** E. Elif: Örgütlerde Durdurulamayan Yıldırma Uygulamaları: Düş mü? Gerçek mi?, [http://www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkl\\_gos.php?nt=226](http://www.bilgiyonetimi.org/cm/pages/mkl_gos.php?nt=226), (ET: 25.10.2015),

Kazancı İçtihat Programı.



# VİYANA SATIM ANTLAŞMASI HÜKÜMLERİNE GÖRE KABUL

*Acceptance According to Vienna Sales Contract Provisions*

**Yasemin YÜCESOY YILMAZ<sup>1</sup>**

Geliş Tarihi: 26.05.2016 Kabul Tarihi: 05.01.2017

## ÖZET

Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, milletlerarası unsurlu satım sözleşmelerine uygulanacak maddi hukuk kuralları içeren bir antlaşmadır. Bu Antlaşma'nın ikinci kısmında, sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Sözleşmenin kurulması için gerekli ikinci irade beyanını teşkil eden kabul ise m. 18 ve devamında düzenlenmiştir.

Antlaşma m. 18/f.'de, muhatabın öneriye onay verdiğini ifade eden herhangi bir beyanının veya diğer davranışının kabul hükmünde olduğu belirtilerek, kabul beyanının tanımı yapılmıştır. Kabul iradesinin beyan edilmesi herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Antlaşmanın kabule ilişkin düzenlemeleri içinde kendisine en çok önem atfedilen, doktrinde kayda değer bir ilgi çeken ve mahkeme kararlarında da yaygın olarak tartışılan m. 19'da ise, öneriye yapılan eklemeler, sınırlandırmalar ve değişikliklerin hukukî sonuçları düzenlenmiştir. Tarafların kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etme isteği ile ortaya çıkan çatışma durumu kavramı da bu madde üzerinden tartışılmış ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır. Antlaşma m. 20'de kabulde süre, m. 21'de gecikmiş kabul ve hukukî sonuçları, m. 22'de kabul beyanının geri alınması ve m. 23'te ise sözleşmenin kurulması anı düzenlenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, kabul, genel işlem şartları, çatışma durumu, sözleşmenin kurulması

## ABSTRACT

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods is a convention that contains the material laws to be implemented in the sales contracts that have international elements. The second part of this convention deals with principles on drawing up the contract. Acceptance of a second declaration that is needed in order to draw up the contract is regulated in Article 18 and thereafter.

The convention states in Article 18/I that any declaration or other action that expresses the consent of the acceptor is deemed as acceptance, and makes the definition of the statement of acceptance. The declaration of the will of acceptance is not bound under any condition. Article 19, which is seen as the most important regulation regarding acceptance in the convention, which draws serious attention within the doctrine and which is widely discussed in courts; regulates the legal outcomes for the additions, limitations and amendments to the proposition. The state of conflict (battle of the forms) which arises from each party demanding to implement their own general transaction conditions in the contract is also discussed on the basis of this article, and solutions are tried to be proposed accordingly. In the convention, Article 20 deals with the duration, Article 21 deals with the late acceptance and legal outcomes, Article 22 deals with revoking the declaration of acceptance and Article 23 deals with the time of drawing up of the contract.

**Keywords:** United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, acceptance, general transaction conditions, battle of the forms, drawing up the contract.

<sup>1</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, yaseyuce30@gmail.com

## I. GİRİŞ

Küreselleşme olgusunun 19. yüzyılın sonlarına kadar hâkim kalmış olan “ulus devlet” ve “ulusal hukuk” paradigmasını temelinden sarsması<sup>2</sup>, siyasi ve ekonomik hakların ulusal ve ulusal üstü düzeyde güvence altına alınması, iletişim ve ulaşım olanaklarının artması, özellikle milletlerarası unsurlu<sup>3</sup> ticari satım sözleşmelerinin önemini ve uygulamasını artırmıştır. Zamanla bu sözleşmenin kurulması, ifa edilmesi, sona ermesi aşamalarına yönelik çok sayıda hukukî uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. Bu hukukî uyumsuzlukların hangi ülkenin ulusal hukukuna göre çözümleneceği yolundaki belirsizlik, milletlerarası satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla bir takım antlaşmaların yapılmasını sağlamıştır<sup>4</sup>. Bu antlaşmalardan en önemlisi ise Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), uygulamada kullanılan ismiyle Viyana Satım Antlaşması’dır<sup>5</sup>.

Viyana Satım Antlaşması 11 Nisan 1980 tarihinde Birleşmiş Milletler bünyesinde Viyana’da toplanan diplomatik konferansta kabul edilmiştir<sup>6</sup>. Bu antlaşma, milletlerarası taşınır malların satımına ilişkin sözleşmelerin kurulması, ifa edilmesi ve sona ermesi ile ilgili düzenlemeler içermektedir<sup>7</sup>. Antlaşma, 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren Türk Hukuku’nda da doğrudan uygulanabilir hale gelmiştir<sup>8</sup>. Antlaşmaya taraf olan bir ülke, milletlerarası unsurlu satım sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara antlaşma hükümlerini uygulamayı kabul ve taahhüt etmiş olmaktadır<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> ATAMER, Yeşim M.; “Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye”, HPD, S. 8, Eylül 2006, s. 159.

<sup>3</sup> Milletlerarası unsurlu sözleşme kavramı hakkında ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz. ALİBABA, Arzu; Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Milletlerarası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2005, s. 6 vd., (<http://www.acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1528/2156.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 19.06.2016, 18:10).

<sup>4</sup> TRUNG NAM, Nguyen; “Future of Harmonisation and Unification in Contract Law Regarding “Battle of Forms””, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nam.html>), (Erişim tarihi ve saati: 19.06.2016, 18:18).

<sup>5</sup> VEYTIA, Hernany (Edi.:ŞİPKA, Şükran/YILDIRIM, Ahmet Cemil); “Driving Forces Behind Trade Usages in International Trade”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, s. 184.

<sup>6</sup> ERDEM, H. Ercüment (Edi.:ŞİPKA, Şükran/YILDIRIM, Ahmet Cemil); “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, s. 117.

<sup>7</sup> YILDIRIM, Zeynep; “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı”, GÜHFD, Y. 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 1061, ([http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17\\_1-2\\_36.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_36.pdf)) (Erişim tarihi ve saati: 19.06.2016, 18:25).

<sup>8</sup> YILMAZ, Süleyman; Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara 2013, s. 80-81.

<sup>9</sup> ATAMER, Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru, s. 161.

Milletlerarası satım hukuku alanında oldukça önemli hükümler içeren ve yaygın uygulaması olan Viyana Satım Antlaşması'nı bütün yönleri ile bir makale çalışmasında incelemenin zorluğu değerlendirilerek, bu çalışmada, satış sözleşmesinin kurulması için gereken ikinci irade beyanı kabul, Viyana Satım Antlaşması hükümlerine göre incelenmiştir.

## II. KABUL BEYANININ VİYANA SATIM ANTLAŞMASI HÜKÜMLERİNE GÖRE İNCELENMESİ

### A. Kabul Beyanı (m. 18)

#### 1) Kabul Beyanının Tanımı ve Hukukî Niteliği (m. 18/f.1)

Kabul beyanı, önerene yöneltilen, öneriyi değiştirmeyen ve sözleşmeyi öneriye uygun olarak meydana getirme isteğini kesin olarak ifade eden irade açıklaması olarak tanımlanabilir<sup>10</sup>. Bu tanımda, kabulün kendisine önerinin yöneltildiği şahıs tarafından yapılan bir irade beyanı olduğu, bu irade beyanının öneriye uygun olarak sözleşmeyi meydana getirme isteğini kesin olarak ifade etmesi gerektiği ile önerene yöneltilmesi gerekliliği vurgulanmıştır<sup>11</sup>.

Öneriye uygun nitelikte bir kabul beyanı ya da bu yönde bir irade faaliyeti<sup>12</sup> sözleşmeyi doğrudan doğruya meydana getirmektedir<sup>13</sup>.

Kabul, kural olarak öneriden sonra açıklanan bir irade beyanıdır. Ancak, öneri ve kabul beyanları bir sözleşmenin kurulması sırasında aynı anda da açıklanabilir. Yazılı sözleşme metninin sözleşen taraflarca aynı anda imzalanması bu duruma örnek olarak verilebilir<sup>14</sup>.

Hukukî niteliği itibariyle kabulün, tek taraflı, yenilik doğuran bir hak olduğu söylenebilir. Öneriye uygun olan kabul beyanı ise, doğrudan sözleşmeyi kurma nitelik ve özelliğine sahip olduğundan, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olarak değerlendirilmektedir<sup>15</sup>.

Kabul, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 3-11 arasında düzenlenmiştir. Anılan bu maddelerde kabule ilişkin doğrudan ya da dolaylı düzenlemeler bulunmaktadır. CISG m. 18-24 arasında da kabule ilişkin düzenlemeler yer

---

<sup>10</sup> EREN, Fikret; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 254; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-1, 12. Bası, İstanbul 2014, s. 65; KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013, s. 67; ANTALYA, O. Gökhan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 190.

<sup>11</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 66.

<sup>12</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 254, dn. 97.

<sup>13</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 254.

<sup>14</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 66.

<sup>15</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 254-255.

almaktadır. TBK’da kabulün tanımı yapılmamasına rağmen, CISG m. 18/f.1’de, muhatabın öneriye onay verdiğini ifade eden herhangi bir beyanın veya diğer davranışının kabul hükmünde olduğu belirtilerek, kabul beyanının tanımı yapılmıştır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere kabul iradesinin beyanı için, herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir<sup>16</sup>. Buna göre kabul, öneriye onay verildiğini ifade eden yazılı ya da sözlü bir beyanla yapılabileceği gibi, kabul olarak yorumlanabilecek diğer davranışlarla da ifade edilebilmektedir<sup>17</sup>.

CISG m.18/f.1, c.2’de, susma veya eylemsizliğin tek başına kabul sayılmayacağı düzenlenmiştir. Türk Hukuku’nda da susma ya da eylemsizlik kural olarak kabul şeklinde yorumlanamaz. Ancak, TBK m. 6’ya göre, “öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.” Buna göre Türk Hukuku açısından susma ve eylemsizlik belirli durumlarda örtülü kabul olarak yorumlanabilmektedir<sup>18</sup>. Her ne kadar CISG m. 18/f.1, c.2’de, susma ve eylemsizliğin tek başına kabul sayılmayacağı düzenlenmiş ise de, ticari teamüller ya da taraflar arasındaki uygulamalar gereği önerinin açıkça reddedilmesi gereken hallerde susma ve eylemsizlik CISG m. 8/f.III<sup>19</sup> uyarınca kabul olarak yorumlanabilir<sup>20</sup>. Bu düzenleme, ticari teamüller ile taraflar arasındaki geçmiş uygulamaların irade beyanlarının yorumlanmasında CISG’de bir değerlendirme ölçütü olarak benimsendiğini göstermektedir. Örneğin satıcının, alıcının siparişi üzerine herhangi bir beyanda bulunmaksızın teslimatı yapması ve bu davranışını belirli bir süre tekrar etmesi halinde, daha sonra susmasının kabul olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki iddia veya savunması dinlenmez<sup>21</sup>. Türk Hukuku’nda da ticari teamüller ile taraflar arasındaki geçmiş uygulamaların zaman zaman bir değerlendirme ölçütü olarak kullanıldığı yargıya yansıyan uyuşmazlıklardan anlaşılmaktadır<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> SAĞLAM, İpek; Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14-24), İstanbul 2013, s. 151; ORAL, Tuğçe; Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmenin Kurulması, Ankara 2014, s. 78.

<sup>17</sup> SAĞLAM, s. 151.

<sup>18</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 256.

<sup>19</sup> “...Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır...”

<sup>20</sup> ZEYTİN, Zafer; Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 108.

<sup>21</sup> ATAMER, Yeşim M.; Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 75.

<sup>22</sup> “...Uyuşmazlık, vade farkı alacağına ilişkindir. Vade farkı talep edilebilmesi için bu konuda taraflar arasında bir sözleşme bulunması veya vade farkı ile ilgili geçmiş uygulamaların bir başka deyişle oluşmuş teamülün bulunması gerekir...” Yarg. 19. HD., 16.01.2012 tarih, E. 2011/6575, K. 2012/184 sayılı kararı (T.C. Yargıtay Başkanlığı İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

CISG'nin yukarıda anılan kabule ilişkin düzenlemeleri ile genel olarak sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde, Türk-İsviçre hukuk sisteminin de içinde bulunduğu kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsenmiş olduğu görülmektedir<sup>23</sup>. Gerçekten de CISG'nin sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümleri ile TBK'nun aynı yöndeki hükümleri karşılaştırıldığında bu durum daha somut olarak görülmektedir. Ancak, CISG'de sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlerin kıta Avrupası hukuk sistemi benimsenerek düzenlenmiş olması, özellikle gelişen teknoloji ile uyumlu olmadığı noktasında eleştirilere uğramıştır<sup>24</sup>.

CISG'nin sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemelerinde ve özelde çalışma konumuz olan kabule ilişkin düzenlemelerinde kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsenmesi, konunun açıklanmasında ve anlaşılmasında bir artı olarak değerlendirilmelidir.

## 2) Kabul Beyanının Hüküm Doğurduğu An (m. 18/f.II)

Kabul beyanının ne zaman hüküm doğuracağı CISG m. 18/f.II'de düzenlenmiştir. Yazılı, sözlü vb. bir beyanla ya da bir davranışla ifade edilebilen kabul beyanının hüküm doğurması kural olarak önerene varması ile mümkündür<sup>25</sup>. Bu düzenleme ile CISG'nin Common Law sisteminde çoğunlukla uygulanan ve kabulün gönderildiği anda hüküm doğurmasına imkân tanıyan "posta kutusu" teorisini benimsemediği anlaşılmaktadır<sup>26</sup>. Varma kavramının çerçevesi ise CISG m. 24'de şu şekilde ifade edilmiştir; *"Antlaşmanın bu kısmının amacı çerçevesinde; icap, kabul beyanı ve diğer tüm irade açıklamaları muhataba sözlü olarak yapıldıkları veya diğer herhangi bir yoldan şahsen kendisine veya işyerine veya posta adresine, bunlar da yoksa, mutad meskenine teslim edildiklerinde "varmış" sayılırlar."*

---

<sup>23</sup> SCHWENZER, Ingeborg/MOHS, Florian (Edi.: ATAMER, Yeşim M.); "Sözleşmenin Kurulması", Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), İstanbul 2008, s. 85; SCHWENZER, Ingeborg/MOHS, Florian; "Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World", s. 239, ([www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/scwenzer-mohs.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/scwenzer-mohs.html)) (Erişim tarihi ve saati: 26.06.2016, 23:24).

<sup>24</sup> SCHWENZER/MOHS, Old Habits Die Hard, s. 246.

<sup>25</sup> SCHLECHTRIEM, Peter; Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 1986, s. 54, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>), (Erişim tarihi ve saati: 27.06.2016, 00:06); ZEYİN, s. 108; SAĞLAM, s. 175.

<sup>26</sup> SAĞLAM, s. 175.

### a) Kabul İçin Kesin Bir Süre Belirlenmiş Olması

Öneren, öneride bulunurken kabul için bir süre belirlemişse, kabul beyanının belirlenen süre içinde önerene ulaşması gerekir<sup>27</sup>. Öneride belirtilen süre içinde ulaşmayan kabul beyanı hüküm doğurmaz<sup>28</sup>. Önerenin kabul beyanından haberdar olma imkânının bulunması halinde, kabul beyanı önerene ulaşmış sayılmalıdır<sup>29</sup>. Belirlenen süre içinde önerene ulaşan kabul beyanı ulaştığı andan itibaren hüküm doğurur. Öneren tarafından süre belirlendiği hallerde, ayrıca kesin bir tarih belirlenmesi gerekmez<sup>30</sup>. Süreler gün ya da ay olarak belirlenebilir. Belirlenen sürelerin başlangıcının veya bitişinin nasıl hesaplanacağı konusunda CISG m. 20'ye atıfta bulunulabileceği gibi, tarihleri tespit edilebilen ya da edilemeyen olaylara da atf yapılabilir<sup>31</sup>. Süresinde kabul beyanında bulunulduğuna dair ispat yükü<sup>32</sup>, sözleşmenin kurulduğunu iddia eden tarafa, gecikme halinde ise gecikmenin yasal sonuçlarına dayanan tarafa aittir<sup>33</sup>.

### b) Kabul İçin Kesin Bir Süre Belirlenmemiş Olması

Öneren, öneride bulunurken kabul için kesin bir süre belirlememişse, dürüstlük kuralı gereği kabul beyanının makul süre içinde önerene ulaşması gerekir<sup>34</sup>. Makul sürenin nasıl belirleneceği CISG m. 18/f.II, c.2'de şu şekilde ifade edilmiştir; *“Bir kabul, kabul açıklamasının icapta bulunana, tespit ettiği süre içinde veya süre tespit edilmemesi halinde, icapta bulunan tarafından kullanılan iletişim araçlarının hızı da dahil olmak üzere işlemin koşulları dikkate alındığında, makul bir süre içinde ulaşmazsa, hüküm doğurmaz.”* Bu düzenlemeden, makul süre belirlenirken önerinin muhataba ulaşması için geçen süre (burada kullanılan iletişim araçlarının hızı da dikkate alınacaktır),

<sup>27</sup> ZEYTİN, s. 108; SAĞLAM, s. 178; ORAL, s. 86.

<sup>28</sup> ZEYTİN, s. 108.

<sup>29</sup> ORAL, s. 87.

<sup>30</sup> SAĞLAM, s. 179.

<sup>31</sup> SAĞLAM, s. 179.

<sup>32</sup> İspat hakkı ve yükü konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami; Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), 20. Bası, İstanbul 2014, s.318 vd.; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 354 vd.; TANRIVER, Süha; Medenî Usûl Hukuku C.I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s. 741 vd.

<sup>33</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER (Edi: SCHWENZER, Ingeborg/ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar); Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, İstanbul 2015, s. 474.

<sup>34</sup> ÖZSUNAY, Ergun; “1980 Tarihli “Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması” (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları”, İBD, C. 78, S. 2004/3, ISSN 1304-737X, s. 919.

öneriye konu olan malların niteliği<sup>35</sup>, durumu, ödeme koşulları, muhatabın düşünme süresi ile kabul beyanının önerene ulaşması için geçen sürenin (burada kullanılan iletişim araçlarının hızı da dikkate alınacaktır) hesaba katılacağı anlaşılmaktadır<sup>36</sup>. Kural olarak muhatap öneride bu yönde bir düzenleme olmadığında, öneren tarafından kullanılan iletişim araçlarını kullanmak zorunda değildir. Ancak, bu hususta taraflar arasındaki geçmiş uygulamaların ve teamüllerin de değerlendirilmesi gerekir<sup>37</sup>. Yine, belirli bir sektördeki uluslararası sözleşmeler söz konusu olduğunda, bu sektöre ilişkin teamüller de makul sürenin belirlenmesinde etkin rol oynayabilir<sup>38</sup>.

### c) Sözlü Yapılan Önerinin Kabulü

CISG m. 18/f.II, c.3'e göre, "Aksi hal ve şartlardan anlaşılmadıkça sözlü öneri derhal kabul edilmelidir." Eğer öneren, önerisini muhataba sözlü olarak iletmış, kabul için de bir süre belirlememişse, aksi hal ve şartlardan anlaşılmadığı sürece, sözleşmenin kurulması için önerinin derhal kabul edilmesi gerekir<sup>39</sup>. Taraflar arasındaki ön görüşmeler, muhatabın konu ile ilgili bilgi veya onaya ihtiyaç duyması, muhatabın kabul beyanında bulunmak için tek başına yetkili olmaması, önerinin derhal kabul edilmesi gerekliliğinin aksini gerektirecek durumlara örnek olarak gösterilebilir<sup>40</sup>.

### 3) Önerene Ulaşması Gerekmeyen Kabul Beyanının Hüküm Doğurduğu An (m. 18/f. III)

CISG m. 18/f.III uyarınca, önerinin niteliği, taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar veya teamüller gereği muhatap, öneride bulunana başkaca bir bildirimde bulunmaksızın, malların gönderilmesi veya semenin ödenmesi gibi bir takım davranışlarda bulunarak onayını ifade etmişse kabul, CISG m. 18/f. II'de öngörülen süre içinde gerçekleştirilmiş olmak şartıyla, davranış anından itibaren hüküm doğurur. Bu düzenleme, kabul beyanının önerene ulaşma anında hüküm doğuracağına ilişkin genel kuralın istisnasıdır<sup>41</sup>.

CISG m. 18/f.III'te kabul iradesini ifade eden davranışlara örnek olarak malların gönderilmesi veya semenin ödenmesi gösterilmiş ise de, başka

---

<sup>35</sup> Önerinin (domuz pastırması) alınmasından iki hafta sonra verilen kabule ilişkin cevap makullük sınırı içindedir (LG Bielefeld, 18 Ocak 1991); taş satımına ilişkin öneride iki ay gereğinden fazla uzundur (LG Hamburg, 21 Aralık 2001) (SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 476, dn. 118).

<sup>36</sup> ZEYTİN, s. 109; SAĞLAM, s. 181-183.

<sup>37</sup> SAĞLAM, s. 181-182.

<sup>38</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 475.

<sup>39</sup> ZEYTİN, s. 109; SAĞLAM, s. 184.

<sup>40</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 476.

<sup>41</sup> SCHWENZER/MOHS, Sözleşmenin Kurulması, s.92; ZEYTİN, s. 109; SAĞLAM, s. 186.

davranışlarla da kabul iradesi ifade edilebilmektedir<sup>42</sup>. Örneğin fatura gönderilmesi, teslimat tarihi ile ilgili bilgilendirme yapılması gibi birtakım davranışlar da kabul iradesi olarak yorumlanmalıdır<sup>43</sup>. Malın gönderildiği, fakat ayıplı çıktığı hallerde de gönderme, kabul iradesi olarak değerlendirilmektedir. Ancak, istenilen şeyden farklı şey gönderilmesi, başka bir deyişle aliud ifade<sup>44</sup> bulunması halinde ikili bir ayırım yapmak gerekir. Eğer aliud ifa yanılma ile olmuşsa, gönderim hala kabul iradesini ifade eder; kasten aliud ifade bulunmuşsa, bu durum CISG m. 8/f.II'ye göre kabul iradesi olarak değerlendirilebileceği gibi, açıkça karşı öneri olduğunun belirtilmesi şartıyla, karşı öneri olarak da kabul edilebilir<sup>45</sup>. Aliud ifanın, kabul iradesi olarak, başka bir deyişle ifa olarak değerlendirilmesi halinde, ayıplı mal teslimine ilişkin hükümler uygulanır<sup>46</sup>. Bu nedenle, istenilen şeyden farklı şey gönderilmesi halinde, yapılan teslimin ifa (kabul iradesi) olarak kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi gerekir<sup>47</sup>.

## B. Öneriye Yapılan Eklemeler, Sınırlandırmalar ve Değişiklikler (m. 19)

CISG m. 19, önerinin içeriğinden esaslı nitelikte farklılaşan kabul ile esaslı olmayan nitelikte farklılaşan kabul arasında bir ayırım gözetilerek düzenlenmiştir. Böyle bir ayırımın benimsenmesinin sebebi, öneri ile kabul arasında esaslı nitelikte farklılıkların bulunmadığı hallerde, içtihat hukukundaki ayna görüntüsü kuralı (mirror image rule<sup>48</sup>) öne sürülerek sözleşmenin kurulmadığının iddia edilmesinin önüne geçmektir<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> ÖZSUNAY, s. 919.

<sup>43</sup> SCHWENZER/MOHS, Sözleşmenin Kurulması, s.93.

<sup>44</sup> "...Her ne kadar mahkemece aracın arkasında klima bulunmaması açık ayıp olarak kabul edilmiş ise de; taşınır satımında sözleşmede öngörülen vasıflardan biri teslim edilen şeyde bulunmazsa artık ayıplı teslimden değil, satılardan başka bir şeyin teslimi (aliud teslimi) söz konusu olup; 818 sayılı Borçlar Kanunu 96. (TBK 112) maddesi uyarınca borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür...." Yarg. 19. HD., T. 22.05.2014, 2014/5653 E., 2014/9696 K. (T.C. Yargıtay Başkanlığı İtranet Sitesi-Kişisel Arşiv).

<sup>45</sup> SAĞLAM, s. 165.

<sup>46</sup> ATAMER, Yeşim M., Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s.190-191.

<sup>47</sup> AYHAN, Hilal Lale; "Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", GÜHFD, C. XV, Y. 2011, S. 2, s. 9.

<sup>48</sup> Ayna görüntüsü kuralı (mirror-image rule), ortak hukukta öneri ile kabulün bire bir uyuşmasını gerektiren bir sözleşme prensibi olarak ifade edilebilir. Bkz. case Poel v. Brunswick-Balke-Collender Co. (FEJÖS, Andrea; "Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of the Forms under the CISG and the UCC", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejoes.html>) (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:49).

<sup>49</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 483.



### 1) Karşı Öneri (m. 19/f.I)

CISG m. 19/f.I'e göre, sözleşmenin kurulabilmesi için önerinin içeriği ile kabul beyanının içeriği bire bir aynı olmalıdır. Aksi halde, öneriye yapılan eklemeler, kısıtlamalar veya başka değişiklikler içeren bir cevap, önerinin reddi ve karşı öneri olarak değerlendirilir<sup>50</sup>. Bu halde CISG m. 17 uyarınca, öneri hükümden düşer.

Kabul beyanı, öneri ile ifade olarak örtüşmemesine rağmen içerik olarak örtüşüyorsa, önerinin reddi ve karşı öneri olarak değerlendirilemez<sup>51</sup>. Öneri ile kabule ilişkin beyan arasında esaslı farklılıklar olması durumunda CISG m. 19/f.I uygulanır<sup>52</sup>.

### 2) Öneriyi Esaslı Olarak Değiştirmeyen Eklemeler (m. 19/f.II)

CISG m. 19/f.II, “..., kabul beyanı oluşturması düşünülen, fakat icabın şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen eklemeler veya sapmalar içeren icaba yönelik cevap, kabul sayılır; meğer ki icapta bulunan, haklı bir gecikme olmaksızın bu uyumsuzluklara sözlü olarak itiraz etmiş veya bu yönde bir bildirim göndermiş olsun. Bunu yapmadığı takdirde icabın şartları kabul beyanındaki değişikliklerle birlikte sözleşmenin içeriğini oluşturur.” düzenlemesini içermektedir. Bu hükme göre, kabul amacı taşıyan ve önerinin şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen irade beyanına öneren itiraz etmemişse, sözleşme kabul beyanında yer alan şartlarla kurulmuş olur. Bu halde öneren kabul beyanı ile bağlı olmak istemiyorsa, haklı bir gecikme olmaksızın itirazını sözlü ya da yazılı olarak muhataba bildirmelidir. Maddenin lafzi yorumundan önerenin itiraz beyanının muhataba ulaşmasının gerekli olmadığı yönünde bir sonuca ulaşmak mümkün değil ise de, kanaatimizce dürüstlük kuralı gereği bu beyan muhatabına varmalıdır. Aksi halde sözleşmenin kurulup kurulmadığı noktasında oluşan bu belirsizlik, taraflar arasında uyumsuzluğa yol açabilir. Madde metninde yer alan “haklı bir gecikme olmaksızın bu uyumsuzluklara sözlü olarak itiraz etmiş veya bu yönde bir bildirim göndermiş” olma gerekliliği de bu görüşümüzü desteklemektedir<sup>53</sup>. “Haklı bir gecikme olmaksızın” ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiği ise her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

---

<sup>50</sup> BLODGETT, Paul C.; “The U.N. Convention on the Sale of Goods and the ‘Battle of the Forms’”, s. 424 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/blodgett.html>) (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:55); WILDNER, Kaia; “Art. 19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002”, Pace International Law Review (Spring 2008), s. 2, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/wildner.html>) (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:56).

<sup>51</sup> ORAL, s. 100.

<sup>52</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 487.

<sup>53</sup> Aksi yöndeki görüş için bkz. ORAL, s. 103.

Öneride yapılan değişikliğin esaslı olup olmadığı CISG m. 8'e göre değerlendirilecektir<sup>54</sup>. Yine, CISG m. 19/f.III'de öneride yapılan hangi değişikliklerin esaslı olduğu örnek olarak sayıldığından, yorum yapılırken bu hükümden de yararlanmak yerinde olacaktır.

Öneride yapılan değişikliklerin (eklemelerin) esaslı nitelikte olmadığını ispat yükü, sözleşmenin kurulduğunu iddia eden tarafa aittir<sup>55</sup>.

### **3) Öneriyi Esaslı Olarak Değiştiren Eklemeler (m. 19/f.III)**

CISG m. 19/f.III'de, öneride yapılan esaslı değişikliklerin neler olabileceği örnek olarak sayılmıştır. Bu hükme göre, *“Özellikle, semene, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğerine karşı sorumluluğunun kapsamına veya uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tamamlayıcı veya farklı hükümler icabın şartlarını esaslı şekilde değiştirmiş sayılır.”*

CISG m. 19/f.III'e göre, satış bedeline, ödemenin niteliğine ve türüne, malların kalitesine, miktarına, sorumluluğun kapsamına, teslim yerine ve zamanına, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin öneriden farklı hükümler içeren bir beyan, önerinin şartlarını esaslı şekilde değiştiren bir beyan olarak değerlendirilir. Esasen önerinin şartlarında esaslı değişiklikler öngören bu beyan CISG m. 19/f.I uyarınca bir karşı öneri olarak değerlendirilmelidir. İlk öneride bulunan, bu karşı öneriyi açıkça kabul ederse, sözleşme kurulmuş olur<sup>56</sup>.

CISG m. 19/f.III'de sıralanan durumların, önerinin şartlarını esaslı şekilde değiştirdiği yönünde oluşan karinenin aksi ispat edilebilir<sup>57</sup>.

### **4) Genel İşlem Şartları Açısından Değerlendirme**

#### **a) Genel Olarak Genel İşlem Şartları**

Taraflardan birinin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla tek taraflı olarak hazırladığı, sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa sunduğu, sözleşmenin içeriğine ilişkin standartlaştırılmış hükümlere, genel işlem şartları denilmektedir<sup>58</sup>. Bu şartlar sözleşme metninde yer alabildikleri gibi, sözleşmenin ekinde de bulunabilirler<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> ORAL, s. 101.

<sup>55</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 493.

<sup>56</sup> ZEYİN, s. 112.

<sup>57</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 489.

<sup>58</sup> AKİPEK, Şebnem; Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, s. 224; EREN, Genel Hükümler, s. 215.

<sup>59</sup> EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 4.

Genel işlem şartları, sanayi devrimi ile birlikte ortaya çıkmış olup<sup>60</sup>, sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinden biri olan irade serbestisi ilkesinin istisnasını teşkil eder.

Genel işlem şartları, sözleşme içeriğine dâhil olmakla hukukî anlam ve değer kazanır. Sözleşme içeriği haline gelmeden önce, sözleşme hükmü tasarısı olarak değerlendirilebilir<sup>61</sup>.

Bir sözleşme hükmünün genel işlem şartı olarak değerlendirilmesi için, tek taraflı olarak sözleşmenin kurulmasından önce, birden çok benzer sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanması, sözleşmeye dâhil edilme isteği ile karşı tarafa sunulması gerekmektedir<sup>62</sup>.

Genel işlem şartlarının nasıl denetleneceği, TBK m. 21-25 arasında düzenlenmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 21, 22 ve 24 genel işlem şartlarının yürürlük denetimine ilişkin düzenlemeler içermektedir. TBK m. 21/f.1'e göre, *"Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır."* TBK m. 21/f.11'de de, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartlarının yazılmamış sayılacağı ayrıca düzenlenmiştir<sup>63</sup>. TBK m. 22'de ise yazılmamış

---

<sup>60</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 215.

<sup>61</sup> YELMEN, Adem; Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, s. 50.

<sup>62</sup> Bkz. SARAÇ, Şükrü; Yargıtay Kararları Işığında Factoring, Ankara 2013, s. 127-130.

<sup>63</sup> *"...Somut olayda davalı avukat 29.7.2002 tarihli vekaletnameye istinaden davacının iş mahkemesinde açtığı ihbar ve kıdem tazminatı ile ilgili davada avukatlık hizmeti vermeyi üstlenmiş ve bu dava ile ilgili olarak 7.000,00 TL avukatlık ücreti kararlaştırılmıştır. Görülen bu davada davacı lehine 16.000 TL işçi alacağı talep edilmiş dosya ise işleminden kaldırılmıştır. Oysa, kararlaştırılan avukatlık ücreti davacının talep edilen işçilik tazminatına nazaran fahiştir. Böyle bir ücret sözleşmesi gerek Avukatlık Kanunu gerekse genel işlem şartları yönünden geçersizdir..."* Yarg. 13. HD., T. 14.04.2014, 2013/32950 E., 2014/11783 K. (Yargıtay Başkanlığı İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

*"İpotek akit tablosunda ipotek verenin ipotek limiti kadar müşterek borçlu ve kefil olduğu belirtilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 21/son maddesine göre sözleşmenin niteliğine ve özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. İpotek akit tablosunda ipotek verenin ayrıca müteselsil kefil olduğuna ilişkin kayıt ipotek sözleşmesinin niteliğine ve özelliğine uygun değildir. Ancak ipotek 26.03.2008 tarihinde tesis edilmiş olup tesis edildiği tarih itibarıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlükte değildir. 6101 sayılı Yürürlük Kanununun 1. maddesi ve 7. maddesinin olayda uygulanma yeri bulunmadığından davacı bankanın ipotek akit tablosunda ipotek limiti kadar müteselsil kefil olduğu belirtilen davalı aleyhine takip tarihinde yürürlükte bulunan hükümlere göre takip yapabilir..."* Yarg. 19. HD., T. 13.02.2013, 2012/14777 E., 2013/2711 K. (Yargıtay Başkanlığı İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

sayılmanın sözleşmeye etkisi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki diğer hükümleri geçerliliğini korumaktadır. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan genel işlem şartları olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez<sup>64</sup>. Ancak, yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmenin esaslı unsurları olup olmadığı, bu anlamda TBK m. 1'e göre sözleşmenin kurulup, kurulmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>65</sup>. TBK m. 24'te ise bir adım daha öteye gidilerek, genel işlem şartlarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede bulunan, şartları düzenleyen tarafa tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların yazılmamış sayılacağı ayrıca düzenlenmiştir.

Genel işlem şartlarının yorum denetimi, TBK m. 23'te düzenlenmiştir. Buna göre, *"Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır."* Madde hükmü, açık ve anlaşılır olmayan genel işlem şartlarının nasıl yorumlanacağına ilişkin genel bir kural koymaktadır<sup>66</sup>. Yorum denetimi yapılabilmesi, genel işlem şartlarının öncelikle sözleşme hükmü haline gelmesine bağlıdır. Sözleşme hükmü olarak değerlendirilmeyen bir genel işlem şartının yorum denetiminin yapılmasına da gerek yoktur.

Genel işlem şartlarının içerik denetimi ise, TBK m. 25'te düzenlenmiştir. Yorum denetiminde olduğu gibi, içerik denetiminin de yapılabilmesi, genel işlem şartlarının öncelikle sözleşme hükmü haline gelmesine bağlıdır. Bu maddeye göre, *"Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz."*

<sup>64</sup> Karşılaştırma için bkz. TBK m. 27/f.II.

<sup>65</sup> ORAL, s. 114.

<sup>66</sup> *"...standart sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarından haksız olanlarının tüketici için bağlayıcı olmadığı kuşkusuzdur.*

*Şu halde hükmün uygulanması alanı, diğer bir ifadeyle haksız şartın tüketiciyi bağlamamasının koşulları, standart bir sözleşmede genel işlem şartının bulunması ve bunun tüketici aleyhine haksız şart içermesidir.*

*Genel işlem şartlarının unsurları ise, ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafça önceden tek yanlı olarak hazırlanıp belirlenerek tüketiciyle müzakere edilmemesi, genel ve soyut nitelikte olması ve çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanmasıdır.*

*Bu noktada, genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmaması durumunda, ilke olarak tüketici aleyhine haksız şart olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Tüketici aleyhine haksız şart içeren böyle bir genel işlem şartının da, tüketiciyi bağlamayacağı her türlü duraksamadan uzaktır (Hukuk Genel Kurulu'nun 22.09.2010 gün ve E:2010/13-466, K:410 sayılı ilamı)..."* HGK, T. 28.03.2012, 2012/13-23 E. , 2012/255 K. (Yargıtay Başkanlığı İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

## **b) Genel İşlem Şartlarında Uyuşmazlık (Battle of the Forms) ve Çözüm Yolları**

Sözleşen tarafların kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etme isteği, başka bir deyişle bu şartların sadece öneride, kabulde ya da karşı öneride bulunması durumunda, bir tarafın kendi genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası olup olmadığı noktasında karşımıza iki yaklaşım çıkmaktadır. Birinci yaklaşımda, karşı tarafın açıkça karşı çıkmaması durumunda, genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası olduğu benimsenirken, ikinci yaklaşımda, bu genel işlem şartlarının sözleşmenin bir parçası olması için, karşı tarafın sözleşmeye katılmak istenen bu şartların varlığının farkında olması aranır<sup>67</sup>.

Sözleşme görüşmelerinde, her iki tarafın kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etme isteği ile ortaya çıkan çatışma durumu ise, “*battle of the forms*” olarak nitelendirilmektedir<sup>68</sup>.

Bir tarafın kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etmek istemesi ve bu isteğin karşı tarafça kabul edilmesi halinde herhangi bir çatışma ortaya çıkmaz. Çatışmanın ortaya çıkması için, bir tarafın kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etmek istemesi ve bu isteğin de karşı tarafça kabul edilmemesi gerekir<sup>69</sup>. Böyle bir çatışma durumunun ortaya çıkması halinde nasıl bir çözüm bulunacağı noktasında değişik görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşlerden birincisi, bu çatışma halinin CISG’ye göre çözümlenebileceğini, ikincisi çatışma halinin CISG’ye göre çözümlenmesinin mümkün olmadığını ve iç hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bir diğer görüş ise, CISG m. 4 uyarınca bu çatışmanın sözleşmenin geçerliliği ile ilgili olması nedeniyle iç hukuka göre çözümlenmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>70</sup>.

Her ne kadar çatışmanın nasıl çözümleneceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüş olsa da, uygulamada bu çatışmanın bir takım teoriler uygulanmak suretiyle çözülmeye çalışıldığı, CISG’de bu çatışma halinin çözümüne ilişkin özel bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> DIMATTEO, Larry A.; “Critical Issues in the Formation of Contracts Under the CISG”, Belgrade Law Review, Year LIX (2011) no. 3, s. 78-79, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dimatteo6.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 17:58).

<sup>68</sup> FEJÖS, Formation of Contracts, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejoes.html>) (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:49).

<sup>69</sup> MOCCIA, Christine; “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and ‘Battle of the Forms’”, Fordham International Law Journal, Vol. 13, Iss. 4 1989, Art. 8, s. 659, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/moccia.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:05).

<sup>70</sup> MOCCIA, s. 666-667.

<sup>71</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 496.

### aa) Son Vuruş Teorisi (Last-shot Doctrine)

Son vuruş teorisi, karşı tarafın herhangi bir itirazı olmaksızın genel işlem şartlarını sözleşmeye en son ekleyen tarafı üstün tutma eğiliminin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşım esasen, CISG m. 19/f.I'in lafzi yorumu ile de uyumludur. Ancak tutarsız sonuçlara yol açması ve taraflarca öngörülebilmemesinin zor olması, bu teorinin eksi yönlerini oluşturmaktadır<sup>72</sup>. Bu teoride, İngiliz Hukuku'nda uygulandığı şekli ile öneri ve kabulün tamamen birbiriyle uyuşması aranmakta, tarafların kendi şartlarını öne sürmeleri, karşı taraf açısından bir karşı öneri olarak değerlendirilmektedir<sup>73</sup>. Son vuruş teorisinin CISG uygulamasında ise, m. 19/f.II ile uyumlu olarak İngiliz Hukukundan farklı şekilde değerlendirildiği, öneriyi esaslı şekilde değiştirmeyen eklemeler içeren kabul beyanının bir karşı öneri olarak kabul edilmediği görülmektedir<sup>74</sup>. Akademisyenlerin çoğu, son vuruş teorisinin CISG uygulamasını benimsemektedir<sup>75</sup>.

Son vuruş teorisinin uygulandığı *Magellan International v. Salzgitter Handel* davasında, Amerikalı distribütör *Magellan* ile bir Alman şirketi olan *Salzgitter*'in motor alım-satımı için yaptıkları görüşmelerde, son olarak kendi genel işlem şartlarını gönderen ve karşı taraf *Magellan* şirketinin muhalefeti ile karşılaşmayan *Salzgitter*'in şartlarına göre sözleşmenin kurulduğu kabul edilmiştir<sup>76</sup>. Yine bir Alman Mahkemesi (Appellate Court München) tarafından 11 Mart 1998 tarihinde karara bağlanan bir davada, tarafların Alman Tekstil Sektörü şartlarında anlaştıkları, ancak satıcının bu şartlardan farklılaşan ek genel işlem şartlarının gönderilen malların kabulü ile alıcı tarafından benimsendiği, bu hale göre alıcı tarafından benimsenen bu ek şartların Alman Tekstil Sektörü şartlarını tamamlayıcı hükümler olarak kullanılacağına karar verilmiştir<sup>77</sup>.

### bb) Nakavt Teorisi (Knock-out Rule)

Nakavt teorisi, son vuruş teorisinin eleştirilen yönlerini ortadan kaldırmak amacı ile geliştirilmiş olup, bu teoride tarafların birbiriyle çatışan genel işlem

<sup>72</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 497.

<sup>73</sup> RIIHL, Giesela; "The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations", *Journal of International Law*, Vol. 24, Iss. 1, Art. 3, s. 191-192, (<http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1250&context=jil>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:21).

<sup>74</sup> RIIHL, s. 196.

<sup>75</sup> RIIHL, s. 197.

<sup>76</sup> FEJÖS, Andrea; "Battle of Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Uniform Solution?", *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (1/2007), s. 119-120, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fej0s2.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:39); Ayrıntılı karar için bkz. (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991207u1.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:40).

<sup>77</sup> FEJÖS, *Battle of Forms*, s. 120.

şartları dikkate alınmamaktadır. Bu teoride, tarafların birbiriyle çatışmayan genel işlem şartları varlığını korumakta, ancak çatışan şartlar birbirlerini yok etmektedir. Çatışan genel işlem şartlarının sözleşme hükmü olmaktan çıkarılması ile oluşan boşluk CISG m. 7/f.II<sup>78</sup>'ye göre doldurulmaktadır<sup>79</sup>. Bu teori, önceleri Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından kullanılmış, daha sonra Alman Federal Mahkemesi tarafından CISG kapsamına giren önemli bir davanın çözümünde gözönünde bulundurulmuş ve ardından birçok mahkeme tarafından benimsenmiştir<sup>80</sup>.

Nakavt teorisini uygulayan iki Alman Mahkemesi (Supreme Court, 9 Ocak 2002, Appellate Court in Düsseldorf, 25 Temmuz 2003), tarafların birbiriyle çatışan genel işlem şartlarına rağmen, sözleşmenin geçerliliğini koruduğuna, çatışan genel işlem şartlarının birbirlerini yok ettiklerine, tarafların yok olan genel işlem şartlarının yerine CISG hükümlerinin uygulanacağına karar vermiştir<sup>81</sup>.

Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından ard arda verilen iki kararda ise, tarafların çatışan şartları nedeniyle uygulanacak hukuk konusunda taraflar arasında bir anlaşmanın olmadığı ve CISG hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir<sup>82</sup>.

Nakavt teorisi, günümüzde CISG kapsamında kalan davalarda birçok mahkeme tarafından uygulanmakta ve kayda değer sayıda akademisyen tarafından da savunulmaktadır. Ancak, bu teorinin CISG m. 7/f.I anlamında yeknesak yorumlanması ve uygulanması için, Antlaşma'nın sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeleri ile uygunluğunun netleştirilmesi gerekmektedir<sup>83</sup>.

Kanaatimizce, bu teoride, sözleşmenin devamını isteyen taraflardan çatışan genel işlem şartlarından feragat etmeleri beklenmekte, menfaatler dengesi sağlanmaya çalışılmaktadır.

### **C. Kabulde Süre (m. 20)**

Kabul süresinin ne zaman başlayacağı, ne zaman sona ereceği ve bu sürenin nasıl hesaplanacağı CISG m. 20'de düzenlenmiştir. CISG m. 20/f.I'de, sürenin başlayacağı ana ilişkin düzenlemeler, f.II'de ise, sürenin hesaplanmasına ilişkin

---

<sup>78</sup> “Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.”

<sup>79</sup> SAĞLAM, s. 249-250.

<sup>80</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 498.

<sup>81</sup> FEJÖS, Battle of Forms, s. 121.

<sup>82</sup> FEJÖS, Battle of Forms, s. 122.

<sup>83</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 499.

düzenlemeler yer almaktadır. Kabul süresinin ne zaman başlayacağı ya da sona ereceği öneren tarafından ayrıca belirlenebilir. Önerenin bu yönde bir süre belirlememesi halinde, CISG m. 20 hükmü uygulanır<sup>84</sup>.

### 1) Sürenin Başlaması (m. 20/f.I)

CISG m. 20/f.I, “Bir telgraf veya mektupta icapta bulunan kimse tarafından belirlenmiş olan kabul süresi, telgrafın gönderilmek üzere verildiği tarihten veya mektupta gösterilen tarihten veya bu yoksa zarf üzerindeki tarihten itibaren işlemeye başlar. Telefon, teleks veya eşzamanlı diğer haberleşme araçları yoluyla icapta bulunan tarafından belirtilen kabul süresi icabın muhataba vardığı andan itibaren işlemeye başlar.” düzenlemesini içermektedir.

Bu düzenlemeye göre, kabul süresi kural olarak önerinin muhataba gönderildiği andan itibaren işlemeye başlar<sup>85</sup>. Öneri telgrafla yapılmışsa, telgrafın gönderilmek üzere verildiği tarihten, mektupla yapılmışsa, mektupta gösterilen tarihten veya bu yoksa zarf üzerindeki tarihten itibaren işlemeye başlar. Eğer öneri, telefon, teleks, video konferans, skype gibi eşzamanlı diğer haberleşme araçlarıyla yapılmışsa, kabul süresi önerinin muhataba vardığı andan itibaren işlemeye başlamaktadır.

CISG'nin hazırlandığı dönemde teknolojinin bugünkü seviyede gelişmemiş olması nedeniyle, elektronik iletişim kavramı antlaşmada yer bulmamıştır. Ancak günümüzde, birçok işlemin e-posta yoluyla yapılması, bu kavramın bu başlık altında değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır. E-postalar, hemen her zaman eşzamanlı iletişim aracı olarak değerlendirilemezler. Ancak, gönderildikleri zamanı tam olarak göstermeleri nedeni ile, bunlara mektup veya telgraflara ilişkin CISG m. 20/f.I, c.1 düzenlemesinin uygulanması doğru görünmektedir<sup>86</sup>.

Kabul için bir tarih belirlenmişse, CISG m. 18/f.II'de düzenlenen makul süre kavramına gönderme yapılmışsa veya taraflar arasında yerleşmiş farklı bir uygulama varsa CISG m. 20/f.I hükmü uygulanmaz<sup>87</sup>.

### 2) Sürenin Hesaplanması (m. 20/f.II)

Sürenin nasıl hesaplanacağı ise CISG m. 20/f.II'de düzenlenmiştir. Buna göre, “Kabul süresi içine düşen resmi tatil veya iş günü dışındaki günler bu sürenin hesabına dâhil edilir. Ancak, kabul bildirimini, sürenin son gününün icapta bulunanın işyerinin bulunduğu yerde resmi tatil veya işgünü dışındaki günlerden birine rastlaması nedeniyle, icapta bulunanın adresine teslim edilmezse süre, takip eden ilk iş gününe uzar.”

---

<sup>84</sup> ZEYTİN, s. 112.

<sup>85</sup> ZEYTİN, s. 112.

<sup>86</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 507.

<sup>87</sup> SAĞLAM, s. 275.



CISG m. 20/f.II, c.1'de, kabul için belirlenen sürenin ne şekilde hesaplanacağı konusunda temel kural belirlenerek, antlaşmanın bu konudaki tutumu netleştirilmiştir. Bu düzenleme ulusal hukuka başvuruyu olanak dışı bırakmaktadır. Hükümde kabul süresi içine düşen resmi tatil veya iş günü dışındaki günlerin bu sürenin hesabına dâhil edileceği belirtilerek, resmi tatil ve iş günü kavramlarının ülkeden ülkeye farklılaşmasının işlemlerde sorun yaratmasının önüne geçilmek istenmiştir. Antlaşma'da, resmi tatil ve iş günü dışındaki diğer günler sürenin işlemesi bakımından normal günler olarak değerlendirilmektedir. Ancak, sözleşen tarafların sürenin hesaplanması konusunda farklı bir yöntem üzerinde anlaşmaları mümkündür<sup>88</sup>.

CISG m. 20/f.II, c.1'deki kural, kabul beyanının önerene zamanında vardığı hallerde geçerlidir. Kabul beyanının, sürenin son gününün öneride bulunanın işyerinin bulunduğu yerde resmi tatil veya işgünü dışındaki günlerden birine rastlaması halinde durumun ne olacağı CISG m. 20/f.II, c.2'de düzenlenmiştir. Bu kuralın uygulanması için sürenin son gününün resmi tatile ya da iş günü sayılmayan bir güne rastlaması gerekmektedir. İş gezisine çıkılması, o gün işyerinde grev ya da lokavt olması gibi fiili durumlar bu kapsamda değerlendirilmez. Öneride bulunanın işyeri ya da kabul beyanının kendisine varacağı yerde uygulanan ulusal hukuk, resmi tatil ya da iş günü dışındaki gün kavramının tespitinde belirleyicidir<sup>89</sup>.

Her ne kadar CISG m. 20/f.II münhasıran kabul süresinin ne şekilde hesaplanacağını göstermekteyse de, Antlaşma kapsamında yer alan ve aksine bir düzenleme bulunmayan diğer süre hesaplamalarında da uygulanabilmektedir<sup>90</sup>.

#### **D. Gecikmiş Kabul (m. 21)**

CISG m. 21, kabul beyanında gecikmenin iki sebebi arasında bir ayrıştırma yapılarak düzenlenmiştir<sup>91</sup>.

CISG m. 21/f.1'de, kabul beyanının gecikmiş olarak gönderilmesi hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, *"Gecikmiş bir kabul ancak icapta bulunanın gecikmeksizin muhatabı bu yönde sözlü olarak haberdar etmesi veya bu içerikli bir bildirim göndermesi halinde kabul gibi hüküm doğurur."* Kural olarak, CISG m. 18/f.II'ye göre, süresi içinde önerene ulaşmayan kabul beyanı hüküm ve sonuç doğurmaz; ancak, m. 21/f.I uyarınca istisna olarak, gecikmiş kabul beyanı bazı durumlarda hüküm ve sonuç doğurmaktadır.

---

<sup>88</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 508.

<sup>89</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 508.

<sup>90</sup> SAĞLAM, s. 282; SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 509.

<sup>91</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 511.

Gecikmiş kabul beyanının hüküm ve sonuç doğurması için, öneride bulunanın muhatabı bu yönde sözlü olarak haberdar etmesi veya bu içerikli bir bildirim göndermesi gerekmektedir. CISG m. 21/f.I'ın uygulanabilmesi için, öneride bulunanın gecikmiş kabul beyanına rağmen sözleşmeyi kurma iradesinin bulunması ve en kısa sürede (derhal) bu iradesini karşı tarafa açıklaması gerekmektedir<sup>92</sup>. Bunun için de esasen, gecikmiş kabul beyanının öneride bulunana ulaşması gerekir. Ancak, gecikmiş kabul beyanına karşı açıklanan bu iradenin, kabul beyanında bulunana varması gerekip gerekmediği tartışmalıdır<sup>93</sup>. CISG m. 21/f.I'de, “*sözlü olarak haberdar etme veya bu içerikli bir bildirim gönderme*” ifadeleri kullanılmış olup, bu ifadelerden kesin bir sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir.

Öneride bulunanın gecikmiş kabul beyanına karşı olumlu cevabı yeni ve ek hükümler içeriyorsa, bu olumlu cevabın gecikmiş kabul beyanına verilen çekincesiz, net bir onay olup, sadece sözleşmenin değiştirilmesine yönelik teklifler mi içerdiği, yoksa öneride bulunanın gecikmiş kabul beyanını reddedip yeni bir öneride mi bulunduğu tespit edilmelidir<sup>94</sup>.

Öneren gecikmiş kabul beyanının hüküm doğuracağını sözlü ya da yazılı olarak muhataba bildirmişse, sözleşme geriye dönük olarak, gecikmiş kabul beyanının önerene ulaştığı andan itibaren kurulmuş olur<sup>95</sup>. Kabule eşdeğer bir davranışın varlığı halinde (CISG m. 18/f.III), sözleşme davranışın gerçekleştirildiği anda kurulmuş olur<sup>96</sup>.

Gecikmiş kabul beyanına karşı açıklanan onay iradesinin geri alınıp alınamayacağı ise tartışmalıdır<sup>97</sup>. Kanaatimizce, burada çözüm önerisi getirmek adına ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Sözleşmenin kurulması için, gecikmiş kabul beyanına karşı gönderilen onay iradesinin kabul beyanında bulunana varması gerektiği savunulursa, bu halde onay iradesinin de varmadan önce geri alınabileceği kabul edilmelidir. Ancak, sözleşmenin kurulması için, gecikmiş kabul beyanına karşı gönderilen onay iradesinin kabul beyanında bulunana varmasının gerekli olmadığı savunulursa, irade beyanının geri alınması mümkün görünmemektedir. Çünkü irade beyanı varlığı değil, gönderildiği anda hüküm ve sonuç doğurmaktadır<sup>98</sup>.

CISG m. 21/f.I hükmü emredici nitelikte değildir. Bazı durumlarda gecikmiş kabul beyanına karşı herhangi bir bildirimde bulunulmaması, başka bir deyişle

---

<sup>92</sup> ORAL, s. 95.

<sup>93</sup> ORAL, s.95-96.

<sup>94</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 515.

<sup>95</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 515; SAĞLAM, s. 294.

<sup>96</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 515.

<sup>97</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 515; ORAL, s. 96.

<sup>98</sup> ORAL, s. 96-97.

susulması gecikmiş kabul beyanına onay olarak yorumlanabilmektedir<sup>99</sup>.

CISG m. 21/f.II'de ise, iletişim araçlarından kaynaklanan gecikme hali düzenlenmiştir. Buna göre, *“Gecikmiş bir kabul içeren mektup veya başkaca yazılı belgeden, gereğince iletilmiş olsaydı, icapta bulunana zamanında ulaşacak koşullarda yollanmış olduğu anlaşılıyorsa, gecikmiş kabul de geçerli bir kabul gibi hüküm doğurur; meğer ki, icapta bulunan, icabını düşmüş addettiğini muhataba gecikmeksizin sözlü olarak bildirmiş veya bu içerikli bir bildirim göndermiş olsun.”* Bu düzenleme, TBK m. 5/f.III<sup>100</sup>'ün karşılığını oluşturmaktadır<sup>101</sup>.

Bu halde, kabul beyanında bulunan bu yöndeki iradesini zamanında önerene göndermesine rağmen, kabul beyanı iletişim araçlarından kaynaklanan gecikme nedeni ile önerene geç ulaşmaktadır. CISG m. 21/f. II'nin uygulanabilmesi için iletimden kaynaklandığı anlaşılabilir bir gecikmenin olması gerekmektedir. İletimden kaynaklandığı anlaşılabilir bir gecikme yoksa m. 21/f.II hükmü uygulanmaz, m. 21/f.I hükmü uygulanır. CISG m. 21/f.I'in uygulandığı durumlarda, önerenin geç kabul beyanına karşı sözleşmenin kurulmasını önlemek için ayrıca itiraz etmesi gerekmemektedir. Ancak, m. 21/f. II'nin uygulandığı durumlarda sözleşmenin kurulmasını istemeyen öneren, önerisi ile bağlı olmadığını muhataba gecikmeksizin sözlü olarak bildirmeli veya bu içerikli bir bildirim göndermelidir<sup>102</sup>.

### **E. Kabul Beyanının Geri Alınması (m. 22)**

CISG m. 22'de kabul beyanının geri alınması düzenlenmiştir. Bu hükme göre, *“Geri alma beyanı, icapta bulunana, kabulün hüküm doğurma anından önce veya aynı anda varmışsa kabul beyanı geri alınabilir.”* Kabul beyanının gönderilmesi ile muhataba varması arasında geçen zaman diliminde, muhatap göndermiş olduğu kabul beyanı ile bağlıdır. Eğer muhatap gönderdiği kabul beyanı ile bağlı olmak istemiyorsa, kabul beyanı hüküm doğurmadan önce veya aynı anda kabul beyanını geri almalıdır<sup>103</sup>. Kabul beyanı, hüküm doğurma anından sonra geri alınamaz.

Kabul beyanının geri alınması ile önerenin geri alınması, uygulanan prensipler bakımından benzerlik gösterir<sup>104</sup>. Ancak, öneriden cayılması

---

<sup>99</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 516.

<sup>100</sup> *“Zamanında gönderilen kabul, önerene geç ulaşır ve öneren onunla bağlı olmak istemezse, durumu derhal kabul edene bildirmek zorundadır.”*

<sup>101</sup> ORAL, s. 97.

<sup>102</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 517-518.

<sup>103</sup> LOOKOFKY, Joseph; *“The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”*, s. 76, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 22:44); SAĞLAM, s. 309; ZEYİN, s. 114.

<sup>104</sup> SONO, Kazuaki; *“Formation of International Contracts under the Vienna Convention: A*

mümkün iken, kabul beyanından cayılması kural olarak mümkün değildir. Çünkü kabul beyanı önerene varmakla hüküm doğurur ve sözleşme kurulmuş olur<sup>105</sup>. Ancak, taraflar sözleşme özgürlüğü bağlamında kendi aralarında kabul beyanından cayılabileceğini<sup>106</sup> ve bunun hukukî sonuçlarını düzenleyebilirler. Aksi halde, kabul beyanının önerene ulaşmasından sonra gönderilen caymaya ilişkin beyan sözleşmenin ihlali olarak değerlendirilmektedir<sup>107</sup>.

Geri alma beyanı, önerene ulaşmakla hüküm doğurur. Önerenin, ayrıca bu beyanı öğrenmiş olması gerekmez<sup>108</sup>. Geri alma beyanı, kabul beyanını bütün hüküm ve sonuçları ile ortadan kaldırır<sup>109</sup>.

Hazırlar arasında, sözlü olarak yapılan kabul beyanı, beyanda bulunma anında önerene ulaşacağından ve hüküm doğuracağından geri alınamaz<sup>110</sup>. Örneğin muhatap, kabul beyanını telefonla önerene ulaştırmışsa, artık kabul beyanı geri alınamaz.

Kabul iradesi CISG m. 18/f.III'e göre varması gereken bir davranışla gösterilmişse, kabul iradesini gösteren bu davranış konusunda öneren bilgi sahibi olmadan, kabule yönelik irade beyanı geri alınabilir<sup>111</sup>. Örneğin muhatap, öneriye yönelik bir kabul beyanı göndermeden kendisinden talep edilen malları gemiye yükletir. Malları gemiye yüklettiği yönündeki bilgi ve belgeler önerene ulaşmadan önce muhatap malları gemiden çeker ve malların gemiden çekildiğine yönelik bilgi ve belgeler önerene daha önce veya gemiye yüklemeye yönelik bilgi ve belgelerle aynı anda ulaşırsa geri almaya yönelik irade beyanı hüküm doğurur. Ancak kabul beyanı varması gerekmeyen davranış şeklinde gerçekleştirilmişse, geri alınamaz<sup>112</sup>.

CISG m. 15/f.II ve 22'ye göre geri alma beyanının geri alınması da mümkündür<sup>113</sup>.

## **F. Sözleşmenin Kurulduğu An (m. 23)**

CISG m. 23'te, kabul beyanının, Antlaşmaya uygun olarak hüküm doğurduğu anda sözleşmenin kurulmuş sayılacağı düzenlenmiştir.

---

Shift above the Comparative Law", Petar Sarcevic & Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana (1986) Ch. 4, s. 116, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono2.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 22:48).

<sup>105</sup> SONO, s. 117.

<sup>106</sup> ORAL, s. 124-125.

<sup>107</sup> LOOKOFSKY, s. 76.

<sup>108</sup> SAĞLAM, s. 311-312.

<sup>109</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 259.

<sup>110</sup> ZEYTİN, s. 115.

<sup>111</sup> ZEYTİN, s. 115.

<sup>112</sup> ZEYTİN, s. 115.

<sup>113</sup> ORAL, s. 124.

Buna göre tekrar olmaması açısından kısaca değerlendirmek gerekirse; CISG m. 18 anlamında sözleşme, kabul beyanının önerene varmasıyla veya bu anlama gelen davranışta bulunmasıyla kurulur<sup>114</sup>.

Kabul beyanının gecikmesi halinde, öneren gecikmiş kabul beyanının hüküm doğuracağını sözlü ya da yazılı olarak muhataba bildirmişse, sözleşme geriye dönük olarak, gecikmiş kabul beyanının önerene ulaştığı anda kurulur<sup>115</sup>. Kabule eşdeğer bir davranışın varlığı halinde ise sözleşme CISG m. 18/f.III uyarınca davranışın gerçekleştirildiği anda kurulmuş olur<sup>116</sup>.

İletişim araçlarındaki aksama nedeniyle kabul beyanı geç ulaşmışsa ve bu husus anlaşılabilirse, öneride bulunan önerisinin düşmüş olduğunu muhataba gecikmeksizin bildirmezse, bu halde sözleşme kabul beyanının önerene ulaştığı anda kurulmuş olur.

Susma ve eylemsizliğin kabul olarak değerlendirildiği hallerde, sözleşmenin ne zaman kurulmuş sayılacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmasına rağmen, susma ve eylemsizliğin öneren tarafından kabul olarak algılandığı anda sözleşmenin kurulduğunu kabul etmek doğru bir yaklaşım olarak görünmektedir<sup>117</sup>.

Sözleşmenin kurulması için geleneksel araçlar olan öneri ve kabulün kullanılmadığı hallerde, CISG m. 23 uygulama alanı bulmaz. Taraflar başka bir yöntemle anlaşmışlarsa, anlaşmalarının ne zaman hüküm ve sonuç doğuracağını, başka bir deyişle sözleşmenin ne zaman bağlayıcı hale geleceğini kararlaştırmaları gerekmektedir. Bu kararlaştırma, CISG anlamında sözleşmenin kurulma anı olarak değerlendirilir<sup>118</sup>.

CISG'de sözleşmenin ne zaman kurulacağı düzenlenmesine rağmen, hüküm ve sonuçlarını ne zaman doğurmaya başlayacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır<sup>119</sup>. Bu nedenle bu yönde bir ihtilaf ortaya çıktığında, kanunlar ihtilafı kuralları yardımıyla sorunun çözülmesi gerekmektedir<sup>120</sup>. Ayrıca, tarafların bu yöne ilişkin kendi aralarında bir belirleme yapmalarına da hukukî bir engel bulunmamaktadır<sup>121</sup>.

---

<sup>114</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 524.

<sup>115</sup> SAĞLAM, s. 294.

<sup>116</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 515.

<sup>117</sup> ORAL, s. 126.

<sup>118</sup> SCHLECHTRIEM&SCHWENZER, s. 526.

<sup>119</sup> ORAL, s. 127.

<sup>120</sup> TARMAN, Zeynep Derya; "Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşması'nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi", s. 186 ([http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Yrd.Do\\_.Dr.ZeynepDeryaTARMAN.pdf](http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Yrd.Do_.Dr.ZeynepDeryaTARMAN.pdf)) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 23:44); ORAL, s. 128.

<sup>121</sup> ORAL, s. 128.

### III. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Viyana Satım Antlaşması, 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Bu nedenle önüne milletlerarası unsurlu bir satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık gelen Türk hâkiminin, uyuşmazlığın CISG kapsamına girip girmediğini belirlemesi gerekmektedir. CISG kapsamına girdiğinin anlaşılması ve Antlaşma hükümlerinin uygulanmasını engeller bir durumun da bulunmaması halinde, uyuşmazlık CISG hükümlerine göre çözümlenmelidir. CISG’de hüküm bulunmayan hallerde ise, kanunlar ihtilafı kuralları yardımı ile uygulanacak hukuk belirlenmelidir.

CISG, milletlerarası unsurlu satım sözleşmelerine uygulanacak maddi hukuk kuralları içeren bir antlaşmadır. Bu Antlaşma’nın ikinci kısmında, sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. CISG’nin sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemelerinde ve özelde çalışma konumuz olan kabule ilişkin düzenlemelerinde kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği görülmektedir.

CISG’nin 18 vd. maddelerinde kabul beyanı düzenlenmiştir.

CISG m. 18/f.I’de, muhatabın öneriye onay verdiğini ifade eden herhangi bir beyanın veya diğer davranışının kabul hükmünde olduğu belirtilerek, kabul beyanının tanımı yapılmıştır. Kabul iradesinin beyan edilmesi, CISG’de herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Kabul beyanının ne zaman hüküm doğuracağı ise m. 18/f.II ve III’te düzenlenmiştir.

CISG’nin kabule ilişkin düzenlemeleri içinde kendisine en çok önem atfedilen, doktrinde kayda değer bir ilgi çeken ve mahkeme kararlarında da yaygın olarak tartışılan m. 19’da ise, öneriye yapılan eklemeler, sınırlandırmalar ve değişikliklerin hukukî sonuçları düzenlenmiştir. Tarafların kendi genel işlem şartlarını sözleşmeye dâhil etme isteği ile ortaya çıkan çatışma durumu (battle of the forms) kavramı da bu madde üzerinden tartışılmış ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır. Bazı akademisyenler ve yazarlar, genel işlem şartlarının çatışması durumunda nasıl bir çözüm yolu izleneceğinin sözleşmede düzenlenmediğini savunurken, bir kısım akademisyen ve yazarlar ise uyuşmazlığın m. 19’a göre çözümlenebileceğini ifade etmişlerdir. Mahkeme kararlarında ise çatışmanın, başka bir deyişle uyuşmazlığın çalışmada da değerlendirilen son vuruş veya nakavt teorileri uygulanmak sureti ile çözülmeye çalışıldığı görülmüştür. Kanaatimizce, böyle bir çatışmada taraf iradelerinin ve somut olayın özelliklerinin ayrıntılı analizi ile varılacak uygun sonuca göre bir çözüme ulaşılması gerekmektedir.

CISG m. 20’de kabulde süre, m. 21’de gecikmiş kabul ve hukukî sonuçları, m. 22’de kabul beyanının geri alınması ve m. 23’te ise sözleşmenin kurulması anı düzenlenmiştir.

CISG'nin kabule ilişkin düzenlemelerinin ortak yorumu, bu anlamda istikrarlı ve hakkaniyete uygun yargısal uygulamalar uluslararası ticaretin gelişmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Uluslararası ticari alanda önemli bir oyuncu olmak isteyen ülkemiz açısından da, Antlaşma hükümlerinin yargısal merciler tarafından doğru ve yerinde uygulanması oldukça önemlidir. Bu farkındalık doğrultusunda, gerekli adımların atılması, akademik çalışmaların yapılması, yabancı mahkeme kararlarının tartışılması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

\*\*\*\*\*

### BİBLİYOGRAFYA\*

ALİBABA, Arzu: Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Milletlerarası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2005, (<http://www.acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1528/2156.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 19.06.2016, 18:10).

AKİPEK, Şebnem: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999.

ANTALYA, O. Gökhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.

ATAMER, Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 (Kısaltılmışı: Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları).

ATAMER, Yeşim M.: "Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye", HPD, S. 8, Eylül 2006, (s. 158-163), (Kısaltılmışı: Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru).

AYHAN, Hilal Lale: "Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu", GÜHFD, C. XV, Y. 2011, S. 2, (s. 1-58).

BLODGETT, Paul C.: "The U.N. Convention on the Sale of Goods and the 'Battle of the Forms'", (s. 423-430), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/blodgett.html>) (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:55).

---

\* Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar, parantez içinde gösterilmiştir

DIMATTEO, Larry A.: “Critical Issues in the Formation of Contracts Under the CISG”, *Belgrade Law Review*, Year LIX (2011) no. 3, (s. 67-83), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dimatteo6.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 17:58).

ERDEM, H. Ercüment (Edi.: ŞIPKA, Şükran/YILDIRIM, Ahmet Cemil): “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri*, İstanbul 2012, (s.117-156).

EREN, Fikret: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, (Kısaltılmışı: Genel Hükümler).

EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2014.

FEJÖS, Andrea: “Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of the Forms under the CISG and the UCC” (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos.html>) (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:49), (Kısaltılmışı: Formation of Contracts).

FEJÖS, Andrea: “Battle of Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Uniform Solution?”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (1/2007), (s. 113-129), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos2.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:39), (Kısaltılmışı: Battle of Forms).

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Ankara 2013.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 25. Baskı, Ankara 2014.

LOOKOFSKY, Joseph: “The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>) (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 22:44).

MOCCIA, Christine: “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and ‘Battle of the Forms’”, *Fordham International Law Journal*, V. 13, Iss. 4 1989, Art. 8, (s.649-679), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/moccia.html>), (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:05).

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, TURGUT: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.-1, 12. Bası, İstanbul 2014.

OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: *Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar)*, 20. Bası, İstanbul 2014.

ORAL, Tuğçe: *Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmenin Kurulması*, Ankara 2014.



ÖZSUNAY, Ergun: “1980 Tarihli “Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması” (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları”, İBD, C. 78, S. 2004/3, ISSN 1304-737X (s. 906-959).

RIIHL, Giesela: “The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations”, Journal of International Law, Vol. 24, Iss. 1, Art. 3, (s.188-224), (<http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1250&context=jil>), (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 18:21).

SAĞLAM, İpek: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14-24), İstanbul 2013.

SARAÇ, Şükrü: Yargıtay Kararları Işığında Factoring, Ankara 2013.

SCHLECHTRIEM&SCHWENZER (Edi: SCHWENZER, Ingeborg/ ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar): Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, İstanbul 2015.

SCHLECHTRIEM, Peter: Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 1986, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>), (Erişim tarihi ve saati: 27.06.2016, 00:06).

SCHWENZER, Ingeborg/MOHS, Florian (Edi.: ATAMER, Yeşim M.): “Sözleşmenin Kurulması”, Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), İstanbul 2008, (s. 83-105), (Kısaltılmışı: Sözleşmenin Kurulması).

SCHWENZER, Ingeborg/MOHS, Florian: “Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World”, (s. 239-246), ([www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/scwenzer-mohs.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/scwenzer-mohs.html)), (Erişim tarihi ve saati: 26.06.2016, 23:24), (Kısaltılmışı: Old Habits Die Hard).

SONO, Kazuaki: “Formation of International Contracts under the Vienna Convention: A Shift above the Comparative Law”, Petar Sarcevic & Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana (1986) Ch. 4, (s. 111-131), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono2.html>), (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 22:48).

TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku C.I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016.

TARMAN, Zeynep Derya: “Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşması’nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi”, (s. 169-186), ([http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Yrd.Do\\_.Dr.ZeynepDeryaTARMAN.pdf](http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/ipekyolucanlan%C4%B1yor/Yrd.Do_.Dr.ZeynepDeryaTARMAN.pdf)), (Erişim tarihi ve saati: 02.07.2016, 23:44).

TRUNG NAM, Nguyen: “Future of Harmonisation and Unification in Contract Law Regarding “Battle of Forms””, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nam.html>), (Erişim tarihi ve saati: 19.06.2016, 18:18).

WILDNER, Kaia: “Art. 19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002”, Pace International Law Review (Spring 2008), (s. 1-18), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/wildner.html>), (Erişim tarihi ve saati: 01.07.2016, 09:56).

VEYTIA, Hernany (Edi.:ŞİPKA, Şükran /YILDIRIM, Ahmet Cemil): “Driving Forces Behind Trade Usages in International Trade”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, İstanbul 2012, (s.157-188).

YELMEN, Adem: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.

YILDIRIM, Zeynep: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı”, GÜHFD., Y.:2013, C.: XVII, S.: 1-2, (s.1061-1094) ([http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17\\_1-2\\_36.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_36.pdf)), (Erişim tarihi ve saati: 19.06.2016, 18:25).

YILMAZ, Süleyman: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara 2013.

ZEYTİN, Zafer: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG, 2. Baskı, Ankara 2015.

### KISALTMALAR CETVELİ

Art.	: Article
Bkz./bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods
dn.	: Dipnot
E/e-posta	: Elektronik posta
E.	: Esas
Edi.	: Editör
f.	: Fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
Iss.	: Issue
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
N.	: Number (Sayı)
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Yarg.	: Yargıtay
Y.	: Yıl



## ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜNDE AMİRİN EMRİ VE KAVRAMIN TARİHİ GELİŞİMİ

### THE PLEA OF SUPERIOR ORDERS IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT STATUS AND ITS HISTORICAL DEVELOPMENT

Av. Barış KÖŞÜRGELİ<sup>1</sup>

Geliş Tarihi: 24.08.2016

Kabul Tarihi: 05.12.2016

#### ÖZET

Amirin emri savunması uluslararası ceza hukukunda en yaygın olarak üzerinde konuşulan ve tartışmalı savunmalardan biridir. Bu durum özellikle amirin emrinin bir uluslararası suç teşkil ettiği anda probleme dönüşmektedir. Uluslararası ceza hukuku bakımından bu kavramın önemi açıktır; çünkü, birçok uluslararası suç, katı bir hiyerarşi altında hareket eden astlarca işlenen suçlar şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda askeri emrin yerine getirilmesi görevi ile hukukun üstünlüğünün muhafaza edilmesi gereği çatışmaktadır. Bu noktada astın karşısına bir ikilem çıkmaktadır. Suç işleme riskini alarak emre itaat etmeli midir, yoksa askeri emre itaatsizlik nedeniyle cezalandırılma riskini görmezden mi gelmelidir? Bu ikileme ilişkin olarak tarihi süreçte mutlak sorumsuzluk prensibi, mutlak sorumluluk yaklaşımı ve şartlı muafiyet yaklaşımı; ulusal ve uluslararası düzeyde ortaya çıkmış ilkelerdir. Bu konu Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde de yer almıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ise açık hukuka aykırılık kavramını mündemiç şartlı muafiyet yaklaşımını esas almıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Amirin emri savunması, mutlak sorumluluk yaklaşımı, mutlak sorumsuzluk yaklaşımı, şartlı muafiyet yaklaşımı, açık hukuka aykırılık, Uluslararası Ceza Mahkemesi.

#### ABSTRACT

The plea of obedience to superior orders is certainly one of the most widely debated and controversial defences in international criminal law. This situation, especially, becomes problematic when a superior order constitutes an international crime. The importance of this concept in terms of international criminal law is clear; because many international crimes is emerging as crimes processed by soldiers acting under a strict hierarchy. In this case, the duty of military obedience clashes with the need to preserve the supremacy of the rule of law. At this point, a dilemma stands out against soldiers. With regard to this dilemma in the historical process, the absolute liability approach, the absolute irresponsibility and conditional liability approach emerged at the national and international levels. This subject was also included in the Statute of the International Criminal Court. Statute of the International Criminal Court is based on the conditional exemption approach.

**Keywords:** The plea of superior orders, the absolute liability approach, the absolute irresponsibility, conditional liability approach, manifest illegality, The International Criminal Court.

<sup>1</sup> Serbest Avukat, İstanbul, e-posta: b.kosurgeli@gmail.com.

**“I am aware now that at the time I was a tool in the hands of others, and this I deeply regret. I express regret and remorse for . . . my acts in situations when I could have done more and didn’t.”<sup>2</sup>**

**“I know that if I ever go to war again, the first person I’m taking is my lawyer.”<sup>3</sup>**

## GİRİŞ

Uluslararası ceza hukukunda kişisel ceza sorumluluğu ilk olarak Nuremberg Şartı’nda öngörülmüş olup, sorumluluğun ortadan kaldırılması ya da azaltılmasına yönelik birçok sebep yargılamalar sırasında savunma olarak ileri sürülmüştür. Bunlardan birisi amirin emri savunmasıdır. Uluslararası ceza hukuku bakımından bu kurumun önemi büyüktür; çünkü, birçok uluslararası suç, katı bir hiyerarşi altında hareket eden astlarca işlenen suçlar şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>4</sup>. Özellikle düzenli orduların yapısı incelendiğinde emre mutlak itaatin temel bir unsur olduğu ve bu unsurun kurumsal düzen ve disiplin için elzem olduğu gözlenmektedir. Ancak bir taraftan emre mutlak itaat etme zorunluluğu, bir taraftan da emrin suç teşkil ettiği durumlarda, hukuka aykırı fiili işlemeden kaçınma yükümlülüğünün varlığı astın yüzyüze kaldığı korkunç bir ikilemdir. Ast konumunda emre muhatap olan kişinin önünde iki yol vardır<sup>5</sup>:

a) askeri hiyerarşiye boyun eğerek emrin hukuka uygunluğunu sorgulamaksızın emri yerine getirmek, bu durumda suç teşkil eden bir fiil söz konusuysa bir mahkeme tarafından cezalandırılacaktır;

b) hukuka uygun hareket etme yükümlülüğüne uygun olarak suç teşkil eden emri yerine getirmeyi reddetmek ve bu duruma askeri mahkeme tarafından emre itaatsizlik dolayısıyla cezalandırılacaktır.

Savaşın kaotik ortamında bu ikilem içinde karar vermek oldukça zor görünmektedir; bir taraftan insani değerler ve hukukun üstünlüğüne riayet etme yükü bir taraftan da emre giydirilmiş apoletin ağırlığının yönlendirmesi astın iradesini hırpalayan dışsal unsurlardır. Dışsal unsurlar yanında içsel yani manevi unsurun varlığı da gözden kaçırılmamalıdır.

---

<sup>2</sup> Dragan Kolundžija, Statement of Guilt Before the International Tribunal for the Former Yugoslavia, Oct. 9, 2001, <http://www.icty.org/sid/214> (Erişim Tarihi:19.11.2015)

<sup>3</sup> Colonel Patrick Finnegan, “Operational Law: Plan and Execute” (1996) 76:2 Military Review 29 at 32.

<sup>4</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 399.

<sup>5</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2003, s.231.

Emre itaate ilişkin yapılan bir takım deneyler mevcuttur. Bunlardan birisi olan Milgram Deneyi'ne göre şiddet eylemlerini onaylamayan sıradan insanlar, belli bir yetki pozisyonundan gelen emirler neticesinde, itaatsizlikleri halinde kendileri için herhangi bir disipliner veya cezai bir yaptırım tehdidi olmamasına rağmen, normal şartlar altında onaylamayacakları eylemleri gerçekleştirmişlerdir. Bu deneyde bir durum tespiti var olup kişilerin neden bu şekilde davrandıkları açıklanmamaktadır. Kolberg'in Ahlaki Gelişim Safhaları Kuramı'na bakılacak olursa; toplumun önemli bir kısmı, içinde yaşanılan toplumun kurallara uyma yönündeki gelenekleri ve beklentileri ile o toplum içinde iktidar sahibi olan şahısların talimatlarına uymaları halinde, ahlaki davranış sergileyeceklerine ilişkin bir alışkanlık geliştirmiş durumdadır<sup>6</sup>. "İyi bir asker" olmak isteyen personel daha ziyade itaat yönünde tavır geliştirecek ve diğer silah arkadaşlarının da sosyal baskısından böylece korunmuş olacaktır. Güvenlik bürokrasisindeki bu eğilimin gözlendiği somut örneklerden birisi Adolf Einchmann örneğidir. Einchmann Kudüs'te yapılan yargılamada işlediği insanlık dışı fiilleri emre itaat kapsamında yaptığını ve hatta uyguladığı emirlerin kanunlarda yer aldığını ileri sürmüştür. Hukuka sadık bir vatandaşın bu şekilde hareket etmesi gerektiğini savlamıştır.

Görüldüğü gibi astın emirler karşısında kaldığı ikilemin dışında, astın kendisinin sahip olduğu manevi unsur (mens rea) da amirin emri kurumunun değerlendirilmesinde bir sac ayağı olmak durumundadır.

Bu çalışmada cevaplanmaya çalışılacak olan problem, amirin emri kurumunun uluslararası ceza hukukunda bir savunma teşkil edip etmediğine ilişkin bir teamülün gelişip gelişmediğinin tespiti ve buna mukabil Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Statüsü'ndeki düzenlemenin teamül hukuku uygulamasından bir sapma teşkil edip etmediğinin belirlenmesidir. Bu amaca yönelik olarak çalışmada tarihsel analiz yöntemi ile beraber dava analizi yöntemi de kullanılmak suretiyle uluslararası ceza hukukunda maddi düzenlemeler ve içtihat hukuku bağlamında teamülün tespiti yapılacaktır. Problemin çözümünde esaslı noktalar olarak belirlenen mutlak sorumsuzluk prensibi, mutlak sorumluluk yaklaşımı ve şartlı muafiyet yaklaşımından oluşan kategorik yaklaşımlarla beraber, bu yaklaşımların esas aldığı hukuka açık aykırılık kavramı ve emrin niteliği tarihi ve içtihadi perspektifte incelenecektir.

---

<sup>6</sup> Martha Minow, "Living Up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defence." *Mcgill Law Journal* 52, 2007, no. 1: s.27, *Business Source Complete*, EBSCOhost (Erişim Tarihi:14.11.2015)

## 1. AMİRİN EMRİ KAVRAMININ TARİHİ GELİŞİMİ

### 1.1 ANGLO-AMERİKAN YAKLAŞIMI

Anglo-Amerikan yaklaşımında amirin emri savunmasının mahkemelerde kabul görebilmesi için çift katlı bir kriter kullanılmıştır. Birincisi, emir altında hareket edenin emrin hukuka aykırılığının farkında olmaması; ikincisi ise emrin, emri yerine getirme durumundaki akli başında bir kişinin emrin hukuksuzluğunu bilemeyecek nitelikte olmasıdır<sup>7</sup>. Yani hukuka aykırı bir emrin bu niteliği akli başında biri tarafından bilinmeyecek durumda olsa dahi somut olayda emri uygulayan bu hukuka aykırılığı biliyorsa, amirin emri savunmasına dayanamayacaktır. Böylece “hukuka açık aykırılık” kriteri amirin emri savunmasında temel alınan ölçüt olmaktadır. Lassa Oppenheim’in 1906’da yazdığı eserin etkisiyle Anglo-Amerikan yaklaşımında amirinin emri mutlak bir hukuka uygunluk nedeni olarak görüldüğü 1944 yılına kadar devam eden bir dönem olmuşsa da 1944 yılında Alman savaş suçlularının yargılanabilmesi için bu anlayış terk edilmiştir<sup>8</sup>.

### 1.2 OPPENHEIM ETKİSİ

Lassa Oppenheim, 1906 yılında yazdığı eserinde (International Law, A Treatise: Disputes, War and Neutrality), amirden gelen emirler için *respondeat superior* ilkesini kabul etmiş ve emrin hukuka aykırılığından yalnızca emri veren amirin sorumlu olacağı tezini savunmuştur. Bununla birlikte Oppenheim’a göre ortada bir hükümet emri varsa zaten savaş suçundan bahsedilemeyecektir. Bu görüşü ile Oppenheim “Act of State” doktrini ile “*respondeat superior*” ilkesini birlikte uygulamaktadır. Bu bakış açısı ile sadece devlet başkanının sorumlu olacağı bir durumla karşı karşıya kalılabilecektir. Oppenheim’in bu yaklaşımının etkisi kitabın 6. basısının hazırlanması sırasında mutlak dokunulmazlığı öngören kuralın kitaptan çıkarılmasına kadar devam etmiştir<sup>9</sup>.

### 1.3 ALMAN YAKLAŞIMI

Alman hukukunda bir asker amirin emrinin hukuka aykırı olduğunu biliyorsa ya da onun nazarında emir hukuksuzsa emrin yerine getirilmesinden dolayı hukuken sorumludur. Alman yaklaşımı, amirin emri savunmasının kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi için emrin açıkça hukuka aykırı olması ve askerin hukuka aykırılık bilincinin göz önüne alınması suretiyle objektif ve subjektif

---

<sup>7</sup> Lydia Ansermet. 2014. “Manifest Illegality and the ICC Superior Orders Defense: Schuldtheorie Mistake of Law Doctrine as an Article 33(1)(c) Panacea.” *Vanderbilt Journal Of Transnational Law* 47, no. 5: s.1443. *Academic Search Complete*, EBSCOhost (accessed October 30, 2015).

<sup>8</sup> Gökhan Güneysu, *Uluslararası Hukukta Amirin Emri*, 1. Bası, On İki Levha Yayınevi, 2015, s.31.

<sup>9</sup> Lydia Ansermet, a.g.m., s. 1443.



kriter getirmiştir. Anglo-Amerikan yaklaşımından farklı olarak Alman yaklaşımı emri uygulayanın hukuka aykırılık bilincinin olmadığını **ve** akli başında bir bireyin hukuka aykırılığı bilmesinin beklenmemesi halini aynı anda göstermesini istememiştir. Alman yaklaşımına göre emri uygulayan hukuka aykırılığı bilmediğini **ya da** akli başında bir bireyin hukuka aykırılığı bilemeyeceğini ispatlaması halinde amirin emri savunmasına dayanabilecektir<sup>10</sup>.

I. Dünya savaşı'nın sona ermesinin akabinde imzalanan Versailles Andlaşması ile başta Alman İmparatoru II. Wilhelm olmak üzere üst düzey askeri yetkililer dahil birçok Alman vatandaşının uluslararası ahlak ve andlaşmalara aykırı hareket ettiğinden bahisle yargılanması düzenlenmiştir<sup>11</sup>. Alman makamlarının, isnat altındaki vatandaşlarını iade etmekten kaçınması sonucu yargılamanın Leibzig'de Alman Yüksek Mahkemesi'nde yapılmasına karar verilmiştir. Leibzig yargılamalarında bazı sanıklar tarafından amirin emri savunması ileri sürülmüştür. Dönemin Alman Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesi amirin emrine ilişkin olarak bir düzenleme içermektedir. Buna göre emrin ifası sırasında bir ceza kanunu ihlal edilirse bundan emri veren sorumlu olup; emri uygulayan emrin sınırlarını aştıysa ya da emrin suç teşkil ettiğini biliyorsa emri uygulayan şahıs cezalandırılır<sup>12</sup>. Leibzig yargılamalarında esas alınan bu düzenleme Oppenheim etkisindeki Anglo-Amerikan yaklaşımından daha ilerici görünmektedir.

*Dover Castle ve Llandoverly Castle Davaları*, Leibzig yargılaması içtihatlarının ortaya konulması için yol gösterici olacaktır. *Dover Castle Davası*'nda Kaptan Karl Neumann'ın bir İngiliz hastane gemisi olan Dover Castle'a yaptığı saldırı yargılama konusu yapılmıştır. Zamanın uluslararası hukukunun öngördüğü tüm işaretleri taşıyan hastane gemisi Alman hükümetinin emri ile savaşa katkıda bulunduğu gerekçesiyle Neumann'ın kaptanı olduğu denizaltının torpido atışıyla batırılmıştır. Neumann'a isnat edilen suç geminin altı mürettebatını kasten öldürme suçudur. Mahkeme yazılı olarak da mevcut olan hükümet emrine dayanarak, ast konumunda bulunanların üstlerinin emrini yerine getirme yükümü altında olduğunu belirtmiş ve hükümet makamlarının emrine uyan Neumann'ın cezai sorumluluğunun olmadığına hükmetmiştir. Ayrıca mahkeme tespitlerine göre Neumann fiili işlerken acımasız şekilde de davranmamış, ilk torpidoyu gönderdikten sonra gemi personelinin eskort savaş gemilerince tahliyelerini bir süre beklemiş ve akabinde ikinci ve nihai atışı gerçekleştirmiştir.

---

<sup>10</sup> Lydia Ansermet, a.g.m., s. 1444-1445.

<sup>11</sup> İlhan Lütem, "Some Controversial Aspects of War Crimes", *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 1953, C.2, s.3, ss. 148, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iaufdi/article/view/1023007051/1023006573> (Erişim Tarihi: 10.11.2015)

<sup>12</sup> Gökhan Güneysu, a.g.e., s. 41-42.

*Llandovery Castle Davası*'nda ise 18 Ekim 1907 tarihli 10. Lahey Sözleşmesi gereği hastane gemisi olduğunu belirtmek için gerekli tüm işaretleri taşıyan Llandovery Castle gemisi Alman denizaltısı kaptanı Patzig'in emriyle batırılmış akabinde gemiden kaçmayı başaran üç kurtarma filikasından ikisi Patzig'in emriyle batırılmıştır. Mahkeme bu davada Patzig'in emrini uygulayan askerler hakkında değerlendirmede bulunurken hukuka aykırı niteliği herkes tarafından bilinen kurallar hakkında amirin emrinin ifa edildiği savunması ile sorumluluktan kurtulunamayacağına hükmetmiştir. Bu hükme göre dönemin Alman yargılamasının amirin emrini mutlak bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmediği görülmektedir. Ayrıca mahkemenin Patzig'in emrini ifa eden askerlerin emri uygulamasaydılar nasıl bir durum ile karşılaşabileceklerini araştırdığı görülmektedir. Bu noktada dolaylı olarak mahkemenin, emre itaatsizlik karşısındaki ölüm tehdidinin varlığını da amirin emri savunmasını kabul edip etmemede bir kıstas olarak kabul ettiğini söyleyebiliriz<sup>13</sup>.

#### 1.4 ULUSLARARASI HUKUK PRATIĞİ

Amirin emri savunmasına ilişkin olarak uluslararası hukuk pratiğini incelerken İkinci Dünya Savaşı sonrasında savaş suçularının yargılanması amacıyla kurulan ad hoc mahkemelerin statüleri ve kararlarında gözlenen yaklaşım yol gösterici olacaktır.

##### 1.4.1. NUREMBERG YARGILAMALARI

Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi (IMT) Statüsünün 8. maddesi<sup>14</sup> bu konuda bir düzenleme getirmiştir:

“The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.”

Maddeye göre; sanığın, hükümetin veya hiyerarşik amirin emirlerine uygun olarak hareket etmesi onu sorumluluktan kurtaramaz, fakat, mahkemenin adaletin gerektirdiğini belirlediği hallerde, bu durum cezayı azaltıcı neden olarak dikkate alınabilir. Bu kabulün ardındaki mantık, askerinin muhakemesi kuvvetli bir görevli olması ve aldığı emirlerin niteliğini takdir edebilme istidadına sahip olduğu düşüncesidir<sup>15</sup>.

Bu düzenleme ile 20. Yüzyılın ikinci yarısına kadar hakim olan *respondeat*

---

<sup>13</sup> Gökhan Güneysu, a.g.e., s. 46-48.

<sup>14</sup> Charter of the International Military Tribunal, <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> (Erişim Tarihi: 13.11.2015)

<sup>15</sup> Paola Gaeta, “The Defence of Superior Orders: The Statue of the International Criminal Court versus Customary International Law”, *European Journal of International Law* **10**, no.1, s. 178, Academic Search Complete EBSCOhost (Erişim Tarihi: 26.10.2015)

*superior* ilkesinin bir sonucu olan *automatic immunity* (otomatik muafiyet) anlayışından kopuş gerçekleşmiş, Nurenberg Statüsünün hazırlık çalışmalarında öne sürülen Sovyet tezi kabul edilerek *absolute responsibility* (mutlak sorumluluk) ilkesi benimsenmiştir. Anglo-Amerikan yaklaşımı olan, amirin emri savunmasının “hukuka açık aykırılık” olmadığı durumlarda kabul edilebileceğine dair prensip dikkate alınmamıştır. Ancak amirin emrinin cezadan indirim sebebi olarak dikkate alınabileceğine ilişkin düzenleme bu yaklaşımın etkilerini taşımaktadır.

Nuremberg Şartı'nın ortaya konduğu Londra Konferansı'nda dört galip devletin delegeleri amirin emri savunması konusunda hoşnutsuzluklarını ifade etmiştir. Örneğin; *David Fyfe*, Birleşik Krallık Delegesi, emri uygulamaması halinde ölüm cezası ile karşı karşıya kalacak bir askerin bu durumunun bir cezasızlık sebebi olarak değil, ancak bir cezada indirim sebebi olarak dikkate alınabileceğini belirtmiştir. Benzer olarak diğer delegelerin görüşleri de “mutlak sorumluluk prensibi” etrafında şekillenmiştir. Ancak delegelerin mutlak sorumluluk görüşlerinden farklı olarak ilgili devletlerin milli mevzuatlarında “şartlı muafiyet” kabul edilmiştir. 1944 yılında revize edilen Birleşik Krallık Askeri El Kitabında hukuka açıkça aykırı olmayan hallerde amirin emrini ifa edenin sorumluluğu değerlendirilirken askeri itaatinin bir takım özel karakterleri dikkate alınabileceği söylenerek mutlak sorumluluk anlayışı yumuşatılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri Kara Savaşı Kuralları'na göre ise hukuka açık olarak aykırı olmayan hallerde amirin emrinin bir savunma olarak ya da cezadan indirim sebebi olarak dikkate alınabileceği düzenlenmiştir. Örneğin; 1897 yılında *McCall v. McDowell Davası*'nda Amerikan Bölge Federal Mahkemesi, aşikâr şekilde hukuka aykırı haller dışında hukukun astı, komutanının emrine uygun hareket ettiği hallerde koruması gerektiği, çünkü askeri disiplinin askerleri fiili bir zorlama altında tuttuğu görüşü dile getirilmiştir. Konuya ilişkin 1944 tarihli Fransız Yönetmeliği'nde amirin emri savunmasına imkan sağlayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yönetmelikte bu imkanın şartları net olarak belirtilmemekle beraber İkinci Dünya Savaşı sonrası Fransız hukukçular amirin emri ile askeri disiplinden doğan zorlama arasındaki ilişki üzerinde durmuşlardır. Sovyetler Birliği hukuk düzeninde ise içtihat hukuku akademik tartışmaların meyilli olduğu düşünceye uygun olarak amirin emri savunmasını yalnızca hukuka açık aykırılık hallerinde kabul etmemiştir. Görüldüğü gibi galip dört devletin milli hukuk pratikleri şartlı muafiyeti amirin emri savunmasında kabul etmektedir<sup>16</sup>.

Nuremberg Şartı'nın 8. maddesine uygun olarak IMT, amirin emrini

---

<sup>16</sup> Hiromi Sato, “The Defence of Superior Orders in International Law: Some Implications for the Codification of International Criminal Law, *International Criminal Law Review* 9, 2009, no.1, s. 119-122, Academic Search Complete EBSCOhost (Erişim Tarihi: 26.10.2015)

bir savunma olarak kabul etmemiş ve ancak cezadan indirim sebebi olarak dikkate alınabileceğini söylemiştir. Bu yapılırken de emrin var olup olmadığının araştırılmasından ziyade ortada bir ahlaki seçim imkanının olup olmadığının araştırılması gerektiği dile getirilmiştir.

#### 1.4.2. İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI UZAK DOĞU YARGILAMALARI

İkinci Dünya Savaşı sonrası Uzak Doğu yargılamalarında konuya ilişkin olarak *Jaluit Atoll Davasında* Japon İmparatorluk Ordusu personeli tarafından amirin emri bir hukuka uygunluk nedeni veya mazeret olarak dile getirilmiştir. Bu davada dört Japon askeri personeli, sağ ele geçirdikleri Amerikan askerlerini idam ettikleri gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Savunmalarında Japon kültüründe amirin emrinin İmparatorun emri olarak kabul edildiği ve bu emre uymamanın düşünülmemeyeceği belirtilmiştir. Japonya'nın mutlak ve totaliter yapısı da düşünüldüğünde liberal ve bireyci toplumlarda uygulanan kuralların bu olayda uygulanmasının beklenmesinin yanlış olacağı savunmada belirtilmiştir. Buna karşılık mahkeme, sıradan anlayış ve zekaya sahip herkesin verilen infaz kararının hukuka aykırılığını anlaması gerektiğine işaret etmiş ve emrin açıkça hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>17</sup>. Amirin emri savunmasını böylece reddetmiştir.

#### 1.4.3. ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ(EYUCM) UYGULAMASI

EYUCM Statüsü açık bir şekilde amirin emrinin bir hukuka uygunluk/cezasızlık sebebi olarak ileri sürülmesini reddetmiştir<sup>18</sup>. Statü'nün 7. maddesinin 4. fıkrasına göre hükümetin/ amirin emri suç işleyen astların dayanabileceği bir savunma teşkil etmemektedir. Ancak mahkeme adaletin gerektirdiği kanaatini taşıyorsa cezada bu sebeple indirime gidebilir. Görüldüğü gibi amirin emri otomatik olarak cezada bir indirim sebebi olarak da düzenlenmemiştir. EYUCM'nin önüne bu konuda gelen en önemli davalardan birisi *Drazen Erdemovic Davası*dır. Erdemovic'in kendi ifadesine göre kendisine emanet edilen sivillerin veya savaş esirlerinin infaz edilmesi emri üstlerince verilmiş ve ilk başta Erdemovic emri yerine getirmeyi reddetmiştir. Buna karşılık üstleri silahını bırakması ve infaz edilmek üzere olanların yanına geçmesi söylenmiştir<sup>19</sup>. Bu tehdit karşısında Erdemovic istememesine rağmen emri

---

<sup>17</sup> The Jaluit Atoll Case, s.74, [http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.12.13\\_United%20States\\_v\\_Masuda.pdf](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.12.13_United%20States_v_Masuda.pdf) (Erişim Tarihi: 13.11.2015)

<sup>18</sup> Updated Statute of The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia, 2009, [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf) (Erişim Tarihi:12.10.2015)

<sup>19</sup> Mahkeme kararına geçen ifadesi: "If you don't wish to do it, stand in the line with the rest of them and give others your rifle so that they can shoot you." Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Judgment, 7 October 1997, s.6, <http://www.icty.org/x/>

yerine getirmiştir. Yargılama Dairesi'ndeki ifadesinde Erdemovic, suç teşkil eden fiili işlediğini ve bu fiilin hukuka aykırı olduğunu bildiğini kabul etmiştir. Mahkeme düşük bir ast konumundaki Erdemovic'in suçluluğunda amirin emrinin rol oynadığını kabul etmiş ve kendisine Statü'nün 7.maddesinin 4. fıkrası uyarınca daha az ceza verilmesine hükmetmiştir. Daha sonra bir üst derece tarafından başka bir daireye gönderilen davada ilk yargılamaya oranla daha az bir cezaya hükmedilmiştir. Yargılama esnasında Erdemovic'in ikrarının niteliği tartışılmış, ikrarının hukuki sonuçlarını bilip bilmediğine dair sorular kendisine yöneltilmiştir. Bununla birlikte mahkeme amirin emri durumuyla birlikte başka hukuka uygunluk nedenlerinin de var olup olmadığını araştırmıştır. Yargıçlar MacDonald ve Vonrah'ın müşterek görüşlerine göre hata ve ıztırrar halleri de amirin emriyle birlikte araştırılmalıdır ancak bu durumların varlığına hükmedilirse mutlak bir hukuka uygunluk ya da cezasızlık sebebi olarak kabul edilemeyecek ancak cezada indirim imkan tanınabilecektir<sup>20</sup>. Yargıç Cassese ise Erdemovic'in ileri sürdüğü olaylardan ortada bir ıztırrar hali olduğunu belirterek karşı oy yazısına başlar. Cassese, çok sıkı şartların sağlanması halinde, yalnızca ıztırrar halinin özel bir görünümü olarak amirin emrinin hukuka uygunluk yahut cezasızlık sebebi olarak kabul edilebileceğini söylemektedir<sup>21</sup>.

## 2. TEAMÜL HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 2.1 RESPONDEAT SUPERIOR İLKESİ

Eski bir anlayışın ifadesi olan *Respondeat Superior* ilkesi, üstlerinin emirleri çerçevesinde hareket eden askerlerin fiillerinin asıl yetki sahibi olan üstlerine atfedilmesidir<sup>22</sup>. Nuremberg Şartı'nda açıkça karşı çıkılan ilke budur. Özet olarak bu ilke, devletlerin egemen eşitliğine atf yapan ve hiçbir devletin ve mahkemelerinin diğer devletleri yargılayamayacağını savunan *Act of State* doktrininden beslenir<sup>23</sup>. *Act of State* doktrinini benimseyen Kelsen'e göre hiçbir devlet başka bir devlet üzerinde yargılama yetkisine sahip olamaz (par

---

cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf (Erişim Tarihi:14.11.2015)

<sup>20</sup> Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Join Separate Opinion of Judge MacDonald and Judge Vonrah, <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf> (Erişim Tarihi: 14.11.2015)

<sup>21</sup> Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Seperate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adojcas971007e.pdf> (Erişim Tarihi:14.11.2015)

<sup>22</sup> Martha Minow, "Living Up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defence." *Mcgill Law Journal* 52, 2007, no. 1: s.17, *Business Source Complete*, EBSCOhost (Erişim Tarihi:14.11.2015)

<sup>23</sup> Gökhan Güneysu, a.g.e., s.91.

in par non habet iurisdictionem<sup>24</sup>). Bir gerçek kişi devlet adına hareket ederken uluslararası hukukun bir hükmünü ihlal ediyorsa bu devlete atfedilmeli ve ilgili kişi sorumlu tutulmamalıdır.

Nuremberg ABD savcısı Yargıç Robert Jakson *respondeat superior* ilkesine karşı çıkmış act of state doktrini ile bu ilkenin bir araya gelmesi halinde ortaya büyük bir sorumsuzluk alanı çıktığını belirtmiştir. Londra Konferansı'nda ABD delegesi olarak da bulunan Jakson, Londra Konferansı'na sunduğu raporunda bu düşüncesini şöyle dile getirmiştir;

“With the doctrine of immunity of a head of state usually is coupled another, that orders from an official superior protect one who obeys them. It will be noticed that the combination of these two doctrines means that nobody is responsible.”<sup>25</sup>

Aksar, Jakson'ın bu görüşünü destekler nitelikte olarak, tüm sorumluluğu en üstteki birkaç kişiye atma eğiliminin, nihayetinde “savaş hukuku ve uluslararası ceza hukukunu anlamsız” hale getireceği konusunda bir tespitte bulunmaktadır<sup>26</sup>.

Lassa Oppenheim tarafından ilk olarak formüle edilen *respondeat superior* ilkesi uzun süre etkili olamamış ve 1944 senesinde yapılan değişiklikle hem İngiliz hem de Amerikan askeri hukukundan çıkarılmıştır<sup>27</sup>.

## 2.2. MUTLAK SORUMLULUK ANLAYIŞI

Respondeat superior ilkesine bir tepki olarak ortaya çıkan mutlak sorumluluk (absolute responsibility) yaklaşımı, hukuka aykırı eylemde bulunmuş olan görevlilerin herhangi bir hukuka uygunluk nedeni ileri sürmelerini kabul etmemektedir. Bu yaklaşımın ilk örneklerinden birisi Nuremberg Şartı'nın hazırlık çalışmalarında öne sürülen Sovyet tezidir. Nuremberg Mahkemesi'nin yargılama konusu ve sanıkların profili de dikkate alınarak Sovyetler tarafından mutlak sorumluluk prensibinin kabul edilmesi öne sürülmüş, hatta Şartın 8.

---

<sup>24</sup> “Equals have no jurisdiction over each other.”, <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-1565>  
(Erişim Tarihi: 14.11.2015)

<sup>25</sup> Report of Robert Jakson to the International Conference on Military Trials, 1945, s.47, [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/jackson-rpt-military-trials.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/jackson-rpt-military-trials.pdf)  
(Erişim Tarihi:14.11.2015)

<sup>26</sup> Yusuf Aksar, “Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s.143, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-04/AUHF-2003-52-04-Aksar.pdf> (Erişim Tarihi:14.11.2015)

<sup>27</sup> Bu değişikliklerle kabul edilen yeni standartlar için bkz. Sato,a.g.m. s. 120.

maddesinin düzenlemesinden daha ağır olarak bir cezada indirim sebebi olarak dahi amirin emri faktörünün dikkate alınmaması gerektiği savunulmuştur. Ancak eylemi gerçekleştiren kişinin suç işleme iradesinin var olup olmadığını ya da bu iradeyi etkileyen dışsal faktörlerin niteliğini incelemeksizin mutlak sorumluluğun öngörüldüğü bu yaklaşım giriş bölümünde de bahsedilen ikilem ile, yani askeri hiyerarşinin bir gereği olarak her emre itaat etmek ya da hukuku ihlal etmeme yükümlülüğüne uygun davranarak hukuka aykırı emre uymamak suretiyle askeri mahkeme tarafından emre itaatsizlik sebebiyle cezalandırılmak<sup>28</sup>, astı yüzyüze bırakılmaktadır. Birleşmiş Milletler(BM) Genel Kurulu tarafından tespit edilen Nuremberg İlkeleri'ndeki düzenlemede ise Nuremberg Şartının 8. maddesinden farklı olarak emri uygulayanın ahlakça bir tercih yapma imkanının bulunmaması halinde sorumluluğun azalacağına hükmedilmiştir<sup>29</sup>.

Mutlak sorumluluk prensibinin kabul edildiği başka uluslararası metinler de vardır. 12 Aralık 1946 tarihli BM kararı ile soykırım suçu tanımlanmış ve daha sonra soykırım suçunu düzenleyen bir taslak hazırlanmıştır. Taslak metninin 5. maddesi her ne kadar daha sonra BM Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'de yer almasa da hukukun veya amirin emrinin soykırımı meşrulaştırmayacağını ifade etmiş ve mutlak sorumluluk ilkesini benimsemiştir. Bir diğer metin ise 10 Aralık 1984 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi'dir. Sözleşmenin 2. maddesinin 3. fıkrasında amirin emrinin işkenceyi hukuka uygun hale getirecek bir neden olarak ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir<sup>30</sup>.

### 2.3. HUKUKA AÇIK AYKIRILIK İLKESİ

Bu ilkeye göre kural olarak, amirin emrini ifa etmek, astın ceza sorumluluğunu kaldırır, ancak bunun istisnası, astın emrin hukuka aykırı olduğunu bilmesi ya da emrin açıkça hukuka aykırı olmasıdır. Bu ilke açısından hukuka açık aykırılığın objektif ve subjektif bilme durumlarının ikisinin de araştırıldığına dikkat edilmelidir. Objektif olarak hukuka aykırı olduğu bilinmesi gerekli olmamasına rağmen subjektif bilme söz konusu ise emri uygulayan yine amirin emri savunmasını ileri süremeyecektir.

---

<sup>28</sup> Durmuş Tezcan vd.,a.g.e., s.399.

<sup>29</sup> Durmuş Tezcan vd.,a.g.e., s.401.

<sup>30</sup> "An order from a superior officer or a public authority may not be invoked as a justification of torture.", Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York, 10 Decemeber 1984, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx> (Erişim Tarihi:14.11.2015)

Hukuka açık aykırılık ölçütünün somutlaştırılmaya ihtiyacı vardır. Bu konuda iki görüş mevcuttur. Birinci görüşe göre, en sıradan zeka ve bilgiye sahip bir kişinin durumu üzerinden ölçütün içeriği doldurulmalıdır<sup>31</sup>. Bu ölçüte tamamen objektif ölçüt denilebilir. Bir diğeri ise subjektifleştirilmiş objektif ölçüttür. Buna göre yargılanan kişinin şahsi özellikleri de dikkate alınmalıdır. Örnek vermek gerekirse sivil hayatında avukat olan bir asker ile lise mezunu bir askerin hukuka açık aykırılığı bilmesinin ya da bilmesi gerekmesinin değerlendirilmesinde bu kişilerin haiz oldukları nitelikler üzerinden bir objektif değerlendirme yoluna gidilmelidir ve avukat olanın bilemeyeceği hukuka aykırılık hallerinin daha dar bir alan için kabul edilmesi gerektir. Bu ikinci yaklaşımın adalete daha uygun olacağı düşünülebilir<sup>32</sup>.

Ulusal ve uluslararası organların içtihadına bakıldığında, şu fiiller açısından, amirin emrini ifa etmiş olmak, astın sorumluluğunu kaldırmak bakımından kabul edilmemiştir<sup>33</sup>:

- (i) savunmasız deniz kazazedelerinin, (ii) işgal altındaki topraklardaki masum sivillerin, (iii) savaş esirlerinin, (iv) çatışma alanında alıkonulan ve muharip olmayanların, öldürülmesi veya kötü muameleye maruz bırakılması;
- Sivillere karşı hukuka aykırı olarak zararlar karşılık verme fiillerinde bulunulması;
- Düşman adına hareket eden ya da düşmanla iş birliği yapan sivillerin hukuka aykırı olarak cezalandırılması;
- kimsenin hayatta bırakılmaması emri verilmesi.

#### 2.4. DEĞERLENDİRME

Uluslararası Ceza Hukukunda amirin emri kavramına ilişkin olarak yukarıda sayılan üç yaklaşımın teamül hukukuna etkisine bakıldığında, Oppenheim'ın formüle ettiği respondeat superior ilkesinin yaklaşık kırk yıllık bir dönem için uygulama alanı bulduğu ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında terk edildiği söylenebilir. Londra Konferansı'nda kabul edilen Nuremberg Şartı'nda yer alarak uluslararası ceza hukukunda uygulanma imkanı bulan mutlak sorumluluk anlayışı; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Sierra Leone Özel Mahkemesi Statülerinde tekrar edilmiş ve amirin emrinin ancak adaletin gerektirmesi halinde bir

---

<sup>31</sup> Lydia Ansermet, a.g.m.,s. 1443. Bu yaklaşımın bir örneğini görmek için bkz. United States v. Calley, U.S Court of Military Appeals 21 December 1973, <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/united-states-william-calley-case-study.htm>, (Erişim Tarihi:14.11.2015)

<sup>32</sup> Gökhan Güneysu, a.g.e., s.104.

<sup>33</sup> Antonio Cassese, **International Criminal Law**, Oxford University Press, New York, 2003, s.233.



cezadan indirim sebebi olarak kabul edilebileceği söylenmiştir. Bu yaklaşımın teamül hukukunu yansıttığını düşünenler<sup>34</sup> olmakla birlikte emrin açıkça hukuka aykırı olması halinde astı sorumlu tutan bir çok ulusal düzenlemenin olması ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin 1977 tarihli I. Ek Protokol'ünün hazırlık çalışmalarında bu konuda net bir tavır sergileyememesi nedeniyle bu konuda opinio juris<sup>35</sup> oluşmadığını savunanlar da vardır<sup>36</sup>.

Konuya ilişkin olarak ortaya üç farklı yaklaşımın çıkması korunacak olan değerlerin ne olduğuna ilişkin tartışmadan doğmaktadır. Korunmak istenen değerler; askeri disiplinin sürdürülmesi, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve bireysel olaylarda adaletin sağlanması ihtiyacıdır<sup>37</sup>.

### 3. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜNDE AMİRİN EMRİ

Roma Statüsü'nün 33. maddesi amirin emri kavramının geçmiş uluslararası hukuk pratiğindeki ad hoc mahkeme statülerinden farklı olarak bir savunma olarak kabul edilmesinin önünü açan istisnai<sup>38</sup> bir düzenleme içermektedir. Madde metni şu şekildedir<sup>39</sup>;

#### “Article 33

#### Superior orders and prescription of law

1. The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless:

- (a) The person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question;
- (b) The person did not know that the order was unlawful; and
- (c) The order was not manifestly unlawful.

---

<sup>34</sup> Durmuş Tezcan vd., a.g.e., s.402.

<sup>35</sup> Uluslararası hukukta bir yapılageliş hukukundan bahsedebilmek için iki unsurun varlığı aranmaktadır. Bunlar maddi ve manevi unsurlar olarak da isimlendirilmektedir. Birincisi devletler arasında gözlenen bir belli davranış tipi olmaktadır ki bu “consuetudo” olarak ifade edilir. Manevi unsur ise bu davranışların hukuk oldukları için tekrarlanması gerektiğine dair bir düşünüş olmalıdır ki buna da “opinio juris” denilmektedir.

<sup>36</sup> Gökhan Güneysu, a.g.e., s.98-99.

<sup>37</sup> Muhammed Demirel, **Amirin Emri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.236.

<sup>38</sup> Roma Statüsü'nün milli hukuklardan farklı olarak amirin emri savunmasını kural olarak değil istisnai olarak kabul ettiği hakkında bkz. Gaeta, a.g.m. , s. 190.

<sup>39</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi Resmi İnternet Sayfası, <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/add16852-ae9-4757-abe7-9cdc7cf02886/283503/romestatuteng1.pdf> (Erişim Tarihi:16.11.2015)

2. For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful.”

“ 1. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun bir hükümetin ya da bir üstün emrine uyan askeri ya da sivil bir şahıs tarafından işlenmesi aşağıdaki hususlar haricinde şahsı cezai sorumluluktan kurtaramayacaktır;

(a) şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni zorunluluk ise,

(b) şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi halinde, **ve**<sup>40</sup>

(c) emrin açıkça kanunsuz olmaması halinde.

2. Bu maddenin amaçları bakımından soykırım veya insanlığa karşı suç emirlerinin kanunsuzluğunun her zaman bilindiği kabul edilir.<sup>41</sup>”

Görüldüğü gibi madde metninde sayılan üç halin kümülatif olarak bulunması halinde amirin emri bir savunma olarak ileri sürülebilecek ve emri icra eden failin cezai sorumluluktan kurtulmasını sağlayacaktır<sup>42</sup>. Bu metnin, bu konudaki uluslararası içtihat hukukuna karşılık geldiği söylenebilir<sup>43</sup>.

### 3.1 EMİR

Maddede bahsi geçen emir tabiri geniş yorumlanmalıdır. Buna göre 33. madde bağlamında emir her türlü yazılı, sözlü emir olabileceği gibi; belli bir davranış biçimini emreden zımni eylemler de emir kapsamında değerlendirilmelidir<sup>44</sup>. Alman Askeri Ceza Kanunu ve Amerikan askeri hukukuna göre de bir emrin verilmiş şeklinin ve emrin kendi formunun, emir anlaşılır olduğu sürece, hiçbir önemi bulunmamaktadır.

1958 yılında gerçekleşmiş, İsrail ve Filistin'de büyük bir infial yaratmış olan Kafr Kasım olayı emrin tanımına ilişkin yerinde bir örnektir. İsrail makamları, Ürdün sınırı yakınlarında bulunan Arap köylerinde, akşam saat 17 ile sabah 6 saatleri arasında sokağa çıkma yasağı getirmişlerdir. Bu kararın uygulanmasına ilişkin toplantıda karara uymayanlara karşı nasıl muamele edileceği hakkındaki bir soruya görevli komutan “God have mercy upon them (Allah günahlarını

---

<sup>40</sup> TBMM İnsan Hakları Komisyonu çevirisinde “**veya**” olarak yer alan ifade “**ve**” olarak düzeltilmiştir.

<sup>41</sup> TBMM İnsan Hakları Komisyonu, [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge\\_cezadivani\\_b3.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b3.pdf) (Erişim tarihi : 26.10.2015)

<sup>42</sup> Cryer vd., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2.bası, 2010, s. 417.

<sup>43</sup> William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Çev. Gülay Arslan, *Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş*, 2. Basım, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi, Legal Yayıncılık, 2004, s. 143.

<sup>44</sup> Gökhan Güneysu, a.g.e., s. 149.

affetsin).” ifadesini kullanmıştır. Bu cevap, askerler tarafından vur emri olarak algılanmış ve 47 sivil Filistinli dava edilen olayda öldürülmüştür<sup>45</sup>. Bu davada komutanın ifadeleri İsrail yargı mercilerince emir olarak nitelenmiştir.

Emrin sadır olduğu makamın niteliği üzerinde öğretide çok durulmamış, burada esas olarak başka birinin emrine itaat etme yükümlülüğünün mevcudiyeti aranmıştır.

### 3.2 AMİRİN EMRİNE UYMA YÜKÜMÜ

Ast konumunda olan ve hukuka aykırı bir emirle muhatap olan kişinin, verilen bu emre kanunen uyma yükümlülüğünün varlığı şarttır. Bununla birlikte bu yükümlülüğün fiilin işlenmesi anında var olması ve emir ile fiil arasında bir neden-sonuç ilişkisinin mevcudiyeti gerekir. Emre uyma yükümlülüğünün kaynağı ulusal mevzuattır. Böyle bir düzenleme Türk mevzuatında da vardır. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu 13. ve 14. maddeleri itaat olgusunu mutlak olarak nitelendirmektedir. 14. maddeye göre<sup>46</sup>;

“Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.

Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.

İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.”

Bu hükme ve genel askeri geleneğe bakılarak, ast durumundaki askerin kendisine verilen bir emir karşısında herhangi bir sorgulamaya girmeden doğrudan emri uygulaması beklenen bir eğilimdir. Kendisine yöneltilmiş emri verenin bu emri verme etkisinin olup olmadığının araştırılması ast konumundaki askerden beklenmemelidir. Burada önemli olan üst konumunda bulunan asker ya da sivilden sadır olmuş bir emrin varlığıdır.

### 3.3 HUKUKA AYKIRILIĞI BİLMEME

33. maddenin açık hükmü gereği her ne şekilde olursa olsun emri uygulayanın emrin hukuka aykırı olduğunu bilmesi halinde amirin emri savunmasına başvurma imkanı yoktur. Emrin mündemiç olduğu hukuka aykırılığın objektif kritere göre bilinmesinin beklenemeyeceği hallerde dahi hukuka aykırılık fail tarafından biliniyorsa 33. maddenin sunduğu istisnai imkandan faydalanılamayacaktır.

---

<sup>45</sup> Martha Minow, a.g.m., s. 44.

<sup>46</sup> Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.211.pdf> (Erişim Tarihi:16.11.2015)

### 3.4 EMRİN AÇIKÇA HUKUKA AYKIRILIĞI

Subjektif olarak emrin hukuka aykırı olduğunu bilmeyen bir kişinin yine de sorumlu tutulması mümkündür. Bu hal emrin açıkça hukuka aykırı olduğu haldir. Bu mahiyetteki durumlarda aslında artık emri uygulayanın subjektif bilmesi ya da bilmemesi dikkate alınmaksızın fiilin işlenmiş olmasına doğrudan cezai sorumluluk sonucu bağlanmıştır. Hukuk terminolojisinde kesin karine ya da faraziye olarak adlandırılan ve aksinin ispatlanması mümkün olmayan, kanun koyucunun düzenlemeleri vardır. 33. maddenin ortaya koyduğu hukuka açık aykırılık hallerinde de böyle bir durum mevcut olup, bu tip hukuka aykırılıkların herkes tarafından bilindiği farz edilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında soykırım ve insanlığa karşı suçların hukuka açık aykırılığı niteliği açısından kesin karine getirilmiş ve bu suçların hukuka açıkça aykırı olduğu madde ile hükme bağlanmıştır. Hukuka açık aykırılık ölçütü, sıradan zeka sahibi bir insanın bilmesi olarak ortaya konulmaktadır.

33. maddenin Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar için faraziye getirip, savaş suçları için amirin emri savunmasına imkan sağlaması *Gaeta* tarafından eleştirilmiştir. *Gaeta*, savaş suçlarının Statü'nün 8. maddesinde çok geniş bir şekilde düzenlendiğini ve şüphe götürmez ve açıkça suç teşkil eden fiilleri içerdiğini belirtip bununla birlikte Roma Statüsü'nün 1. maddesinde bu statünün en ciddi uluslararası suçları inceleme kabiliyeti olduğunun düzenlendiğini söyleyerek; nasıl olur da savaş suçu teşkil eden fiillerden birinin işlenmesinin açıkça hukuka aykırı olmadığı ya da astın bu hukuka aykırılığı bilmediği ileri sürülebilir sorusunu soruyor. *Gaeta*, bu sorunun cevabını Mahkeme'nin içtihatlarıyla vermesi ve savaş suçları için de açıkça hukuka aykırı oldukları yönünde mahkemenin içtihat geliştirmesi noktasındaki beklentisini dile getirmiştir<sup>47</sup>.

### 3.5 İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR VE SOYKIRIM BAĞLAMINDA AMİRİN EMRİ

33. maddenin 2. fıkrası ile insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçları açısından amirin emrinin ileri sürülmesi açıkça yasaklanmıştır. Ancak maddenin açık ifadesine rağmen bu düzenleme bünyesinde bazı sorunları içermektedir. Özel kast ile işlenen bu suç tiplerinde amirin emrinin ileri sürülmesine imkan vermeyen bu hüküm, vasıflandırmayı hangi iradeye göre yapacaktır? Bu sorgulamanın sebebi işlenen fiillerde özel kastı bulunmayan, çoğu zamanda içinde bulunulan şartları tam manasıyla kavrayamayan ast konumundaki askerin bu ağırlıktaki suçlardan sorumlu tutulması ne kadar adildir<sup>48</sup>? Bu tür bir problemin somut olayda ortaya çıkması ihtimali göz ardı edilerek bu suç

---

<sup>47</sup> Gaeta, a.g.m., s. 190.

<sup>48</sup> Gökhan Güneysu, a.g.e., s. 156.

tiplerinde faraziye tesis etmek ve bu suretle Nuremberg Şartı ile başlayan mutlak sorumluluk yaklaşımından ayrılmanın temel motivasyonu olan objektif adalete ulaşma fikriyle ne derece uyum içindedir? Bu yönleriyle konunun tartışılmaya ihtiyacı bulunmaktadır. Bu noktada suça ilişkin manevi unsurun tam olmaması hallerinde “Yanılma” kurumuna da başvurulabileceği göz ardı edilmemelidir.<sup>49</sup>

### 3.6 SALDIRI SUÇU BAĞLAMINDA AMİRİN EMRİ

Amirin emrinin Saldırı Suçu bağlamında suçun yapısı itibariyle bir savunma olarak kabul edilebilmesi mümkün görünmemektedir. Saldırı suçu, “saldırı eyleminin ya da saldırı savaşının, bir ülkenin askeri ve siyasi eylemlerini aktif bir biçimde kontrol ve yönlendirme pozisyonundaki liderlerin, isteyerek ve bilerek planlanmasına, hazırlanmasına, başlatılmasına ya da sürdürülmesine katılması” olarak tanımlanmaktadır<sup>50</sup>. Statünün 8 bis maddesinin 1. fıkrasında saldırı suçu, “ bir devletin siyasi ve askeri eylemleri üzerinde etkin kontrol ve yönetme yetkisi bulunan kişi” tarafından gerçekleştirilebilecek olan bir eylem olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlar ışığında suçun maddi tanımındaki fiili işleyen şahısların kendilerinin amir konumunda bulunmasından dolayı amirin emri savunmasına dayanabilmeleri makul görünmemektedir.

### 3.7 AMİRİN EMRİ İLE DİĞER SAVUNMALARIN İLİŞKİSİ

Amirin emrinin varlığı diğer savunmaların, özellikle tehdit ve fiili hatanın, gündeme gelmesini sağlayabilir. Eğer emir kesin bir şekilde askeri bir hedef olarak bir binanın bombalanmasını içerir ve ast bu emre uygun olarak hedefi imha ettikten sonra bu hedefin aslında bir hastane olduğu anlaşılırsa bu durumda amirin emrinden ziyade fiili bir yanılmanın olduğu söylenebilecektir. Fiili yanılma doğrudan doğruya suçun maddi unsurlarından birini bilmemeyi gerektirdiğinden, kişinin kastı bu unsuru içermeyeceğinden suçun manevi unsuru oluşmayacaktır. Tehdit de fiili yanılma gibi amirin emrinin önüne geçen bir karaktere bürünebilir<sup>51</sup>. Erdemovic davasında Yargıç Casesse’ nin de belirttiği gibi kişinin hayatına yönelik olarak kesin ve yakın bir tehlike bulunmadığı takdirde ast, açıkça hukuka aykırı olan emirleri yerine getirmemekle mükelleftir, ancak kişinin hayatına yönelik bir tehdit varsa tehdit savunması ön plana çıkar ve amirin emri savunmasına dayanılmasına yer kalmaz.

---

<sup>49</sup> Durmuş Tezcan vd., a.g.e., s. 413.

<sup>50</sup> Yücel Acer, “Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu Kavramının Temel Unsurları: Tanım Çalışmaları ve Yansımalar”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C.1, No.3, 2005, s.29, <http://www.usak.org.tr/dosyalar/dergi/nSTHrJvCB1pFugjxxr8covaDKQmO84.pdf> (Erişim Tarihi:19.11.2015)

<sup>51</sup> Cryer vd., a.g.e., s. 420.

## SONUÇ

Uluslararası ceza hukuku ulusal/şahsi çıkarların öne çıktığı engellenemez bir hırs ve çaba ile dolu erdem körlüğünün yoğunlaştığı dönemleri kendisine konu edinmiştir. Bu zamanlarda bireyler normal zamanlara aykırı olarak sahip oldukları ahlaki değerlere uygun bir tavır geliştirememektedir. Bu hareket tarzının devlet tüzel kişiliğinin iradesiyle hareket edildiği tezi ile meşrulaştırılması da mümkün görünmemektedir. Amirin emri kurumunun bu zamanlarda geliştirilen tavırları aklayan bir mekanizma olarak ileri sürülmesi kavramın tarihi gelişiminde de görüldüğü üzere sıkça karşılaşılan bir durumdur. Milli hukuk sistemlerinde çoğunlukla bu sav bir savunma olarak kabul edilerek şahsi cezasızlık ya da cezada indirim nedeni görünümünde kabul görmüştür. Bununla birlikte milli hukuk sistemlerine zıt şekilde II. Dünya Savaşı sonrası yapılan uluslararası yargılamalarda bu savunma mutlak bir şekilde reddedilmiş, ancak adaletin gerektirmesi halinde bir cezadan indirim sebebi olarak dikkate alınmıştır. Mutlak sorumluluk anlayışı olarak adlandırılan bu yaklaşımın bir teamül kuralı teşkil ettiği genel görüş olmakla birlikte uluslararası mahkemelerin içtihat hukukunda kavramın bir savunma olarak doğrudan reddedilmemesi ve failerin suçu işlemedeki manevi unsurun derinlemesine incelemesiyle beraber özellikle Cenevre Sözleşmeleri'nin Ek Protokollerinde konuya ilişkin net bir tavrın sergilenmemesi aslında mutlak sorumluluk yaklaşımından ziyade milli hukuk sistemlerince de genel kabul gören şartlı muafiyetin teamül hukukunu yansıttığı görüşünü savunanlar için dayanak noktası olmuştur. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde kümülatif olarak sayılan üç şartın( emre itaat zorunluluğu, suç niteliğini bilmeme ve açık hukuka aykırılığın olmaması) bulunması halinde amirin emri savunmasını kabul edilmiş ve şartlı muafiyet anlayışı yansıtılmıştır. Bu yaklaşımda da kural olarak amirin emrinin savunma olarak kabulü reddedilmiş ancak bu durum istisnai olarak bir savunma olarak kabul edilmiştir. Statü düzenlemesindeki "hukuka açık aykırılık" ifadesinin somutlaştırılmaya ihtiyacı olmakla beraber iletişim teknolojisindeki gelişmeler hukuka açık aykırılık alanının genişletmektedir.

Amirin emri kurumunun istisna dışında bir hukuka uygunluk ya da mazeret nedeni olarak tek başına kabul edilmesi mümkün olmamakla beraber vakiada yanılma, hukuki yanılma ve son olarak tehdit/ icbar özel bir hali olarak kabul edilebilecek bir savunmadır. Statüde bir indirim nedeni olarak yer verilmemiş olsa da Usul ve Delil Kuralları 78 (1) uyarınca cezanın belirlenmesinde bu durumun dikkate alınması mümkündür.

Görüldüğü gibi Nuremberg Yargılamaları ile başlayan dönemle benimsenen mutlak sorumluluk anlayışının teamül hukukunu yansıttığını kabul eden görüş esas alınırsa UCM Statüsü'ndeki amirin emrine ilişkin düzenleme teamül hukukunun mutlak ret yaklaşımından bir sapma olarak nitelenebilecektir.

### KONUyla İLGİLİ MAHKEME KARARLARI

The Prosecutor v. Jean Kambanda, International Criminal Tribunal for Rwanda 97-23-S, Judgement and Sentence 04/09/1998, consulted at: < <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Kambanda/decisions/kambanda.pdf>>

The Prosecution v. Goran Jelisić "Brčko", International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-95-10-T, Judgement and Sentence, 14/12/1999, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/jelisc/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>>

The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, International Criminal Tribunal for Rwanda 95-1-T, Judgement and Sentence 21/05/1999, consulted at: < [http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/kayishema/judgement/990521\\_sentence.pdf](http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/kayishema/judgement/990521_sentence.pdf)>

The Prosecution v. Thihomir Blasvić, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-95-14-T, Judgement and Sentence, 03/03/2000, consulted at: < [www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf)>

Mucić et al. "Čelebići Camp", International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-96-21-A, Judgement on Appeal, 20/02/2001, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>>

The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, International Criminal Tribunal for Rwanda 95-1-T- A, Judgement (reasons) 01/06/2001, consulted at: < <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/kayishema/judgement/010601.pdf>>

The Prosecution v. Kvočka et al., International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-98-30/1-T, Judgement and Sentence, 02/11/2001, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>>

The Prosecutor v. Dominique Ntawukulilyayo, International Criminal Tribunal for Rwanda 05-82-T, Judgement and Sentence 03/08/2002, consulted at: < <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Ntawukulilyayo/Judgement/100803.pdf>>

Billal Ahmad Yassin v The minister of citizenship and immigration, Canada, 2002 FCT 1029, consulted at < <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/2002/2002fct1029.shtml>>

The Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana, International Criminal Tribunal for Rwanda 96-10 and ICTR 96-17-T, Judgement and Sentence 21/02/2003, consulted at: < [http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/NtakirutimanaE/judgement/030221\\_judgement.pdf](http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/NtakirutimanaE/judgement/030221_judgement.pdf)> ,

The Prosecution v. Predrag Banović, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-02-65/1-S, Judgement and Sentence 28/10/2003, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/banovic/tjug/en/ban-sj031028e.pdf>> ,

The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda, International Criminal Tribunal for Rwanda 99-54A-T, Judgement and Sentence 26/01/2004, consulted at: < <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Kamuhanda/decisions/260104b.pdf>>

The Prosecution v. Miroslav Bralo "Lašva Valley", International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-95- 17-S, Judgement and Sentence, 07/12/2005, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/bralo/tjug/en/br-sj051207-e.pdf>>

The Prosecution v. Darko Mrđa, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-02-59-S, Judgement and Sentence, 31/03/2006, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/mrda/tjug/en/sj-040331.pdf>>

Jeremy Hinzman v The minister of citizenship and immigration, Canada, 2006, consulted at < <http://reports.fja.gc.ca/eng/2007/2006fc420.html>>

The Prosecution v. Ivika Rajić, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-95-12-S, Judgement and Sentence, 06/05/2008, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/rajic/tjug/en/raj-tj0060508e.pdf>>

The Prosecutor v. Théoneste Bagosora, Gratien Kabilgi, Aloys Ntabakuze en Anatole Nsengiyumva, ICTR 98-41- T, Judgement and Sentence 18/12/2008, consulted at: < <http://www.unict.org/Portals/0/Case/English/Nsengiyumva/081218.pdf> >

Milan Lukić Sredoje Lukić " Višegrad ", International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-98-32/1-T, Judgement and Sentence, 20/07/2009, consulted at: < [http://www.icty.org/x/cases/milan\\_lukic\\_sredoje\\_lukic/tjug/en/090720\\_j.pdf](http://www.icty.org/x/cases/milan_lukic_sredoje_lukic/tjug/en/090720_j.pdf) >

Sikirica et al. "Keraterm Camp", International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia IT-95-9, Judgement and Sentence, 01/11/2013, consulted at: < <http://www.icty.org/x/cases/sikirica/tjug/en/sik-ts011113e.pdf>>

The Prosecutor v. Bizimungu and others, International Criminal Tribunal for Rwanda, 2000-56-I, Consulted at: < [http://www.haguejusticeportal.net/Docs/ICTR/Bizimungu\\_Indictment\\_EN.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/ICTR/Bizimungu_Indictment_EN.pdf)>



## KAYNAKÇA

### KİTAPLAR

Cassese Antonio, **International Criminal Law**, Oxford University Press, New York, 2003.

Cryer Robert vd., **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Cambridge University Press, 2.bası, 2010.

Demirel Muhammed, **Amirin Emri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

Güneysu Gökhan, **Uluslararası Hukukta Amirin Emri**, 1. Bası, On İki Levha Yayınevi, 2015.

Schabas William A., **An Introduction the International Criminal Court**, Çev. Gülay Arslan, **Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş**, 2. Basım, Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi, Legal Yayıncılık, 2004.

Tezcan Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan ve ÖNOK Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

### MAKALELER

Aksar Yusuf, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 52, Sayı 4, 2003,

<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-04/AUHF-2003-52-04-Aksar.pdf> (Erişim Tarihi:14.11.2015)

Ansermet Lydia, 2014. "Manifest Illegality and the ICC Superior Orders Defense: Schuldtheorie Mistake of Law Doctrine as an Article 33(1)(c) Panacea." **Vanderbilt Journal Of Transnational Law** 47, no. 5, *Academic Search Complete*, EBSCOhost (accessed October 30, 2015).

Finnegan Colonel Patrick, "Operational Law: Plan and Execute" (1996) 76:2 **Military Review** 29 at 32.

Gaeta Paola, "The Defence of Superior Orders: The Statue of the International Criminal Court versus Customary International Law", **European Journal of International Law** 10, no.1, *Academic Search Complete* EBSCOhost (Erişim Tarihi: 26.10.2015)

Lütem İlhan, "Some Controversial Aspects of War Crimes", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, 1953, C.2, s.3, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/juafdi/article/view/1023007051/1023006573> (Erişim Tarihi: 10.11.2015)

Minow Martha, "Living Up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defence." *Mcgill Law Journal* **52**, 2007, no. 1, *Business Source Complete*, EBSCOhost (Erişim Tarihi:14.11.2015)

Sato Hiromi, "The Defence of Superior Orders in International Law: Some Implications for the Codification of International Criminal Law, *International Criminal Law Review* **9**, 2009, no.1, s. 119-122, *Academic Search Complete* EBSCOhost (Erişim Tarihi: 26.10.2015)

### İNTERNET SAYFALARI

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York, 10 Decemeber 1984, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx> (Erişim Tarihi:14.11.2015)

Charter of the International Military Tribunal, <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> (Erişim Tarihi: 13.11.2015)

Dragan Kolundžija, Statement of Guilt Before the International Tribunal for the Former Yugoslavia, Oct. 9, 2001, <http://www.icty.org/sid/214> (Erişim Tarihi:19.11.2015)

Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Judgment, 7 October 1997, s.6, <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf> (Erişim Tarihi: 14.11.2015)

Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Join Separete Opinion of Judge MacDonald and Judge Vonrah, <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf> (Erişim Tarihi:14.11.2015)

Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Seperate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adojcas971007e.pdf> (ErişimTarihi:14.11.2015)

<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-1565> (Erişim Tarihi: 14.11.2015)

Report of Robert Jakson to the International Conference on Military Trials, 1945, s.47, [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/jackson-rpt-military-trials.pdf](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/jackson-rpt-military-trials.pdf) (Erişim Tarihi:14.11.2015)

TBMM İnsan Hakları Komisyonu, [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge\\_cezadivani\\_b3.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b3.pdf) (Erişim tarihi : 26.10.2015)

The Jaluit Atoll Case, s.74, [http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.12.13\\_United%20States\\_v\\_Masuda.pdf](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.12.13_United%20States_v_Masuda.pdf) (Erişim Tarihi: 13.11.2015)

Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.211.pdf> (Erişim Tarihi:16.11.2015)

Uluslararası Ceza Mahkemesi Resmi İnternet Sayfası, <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/add16852-ae9-4757-abe7-9cdc7cf02886/283503/romestatuteng1.pdf> (Erişim Tarihi:16.11.2015)

United States v. Calley, U.S Court of Military Appeals 21 December 1973 , <https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/united-states-william-calley-case-study.htm>, (Erişim Tarihi:14.11.2015)

Updated Statute of The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia, 2009, [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf) (Erişim Tarihi:12.10.2015)

